

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNİK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 25

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 25,
Br. 1, str. XIV+1-622, Rijeka, 2004.

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.

Prijevod/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.: (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: Grafika/Graftrade Žagar, 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 25

BROJ 1

RIJEKA, 2004.

SADRŽAJ

| | |
|---|-----|
| <i>Uvodna riječ</i> | XI |
| I. Prilozi za Savjetovanje: | |
| “Vlasništvo - obveze - postupak” | |
| (Poreč, 1. - 3. travnja 2004.) | |
| <i>Mihajlo Dika,</i> | |
| Izmjena pravomoćnih odluka donesenih u parničnom postupku u povodu odluka Ustavnoga suda o neustavnosti odnosno nezakonitosti propisa (izvorni znanstveni članak) | 1 |
| <i>Nevenko Misita,</i> | |
| Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13/EEC o nepravičnim ugovornim odredbama (izvorni znanstveni članak) | 17 |
| <i>Petar Simonetti,</i> | |
| Denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta (izvorni znanstveni članak) | 49 |
| <i>Nada Bodiroga-Vukobrat, Alen Bilić,</i> | |
| Skupno otpuštanje radnika i zbrinjavanje viška radnika pri statusnim promjenama u europskome pravu u svjetlu Smjernice 98/59/EZ, s posebnim osvrtom na harmonizaciju hrvatskoga prava (izvorni znanstveni članak) | 105 |
| <i>Jozo Čizmić,</i> | |
| Punomoćnik u parničnom postupku - novo uređenje (izvorni znanstveni članak) | 123 |
| <i>Edita Čulinović Herc,</i> | |
| Aktualna pitanja financijskog izvještavanja dioničkih društava - odgovornost revizora (izvorni znanstveni članak) | 167 |
| <i>Silvija Petrić,</i> | |
| Problem pravne osnove profesionalne odgovornosti za štetu (izvorni znanstveni članak) | 203 |
| <i>Stefan Pürner,</i> | |
| “Treu und Glauben” in der deutschen Rechtsprechung (izvorni znanstveni članak) | 247 |

| | |
|---|-----|
| <i>Marko Bevanda,</i> Odgovornost za štetu izazvanu lijekovima s nedostatkom (izvorni znanstveni članak) | 265 |
| <i>Jasnica Garašić,</i> Sudsko ispitivanje podobnosti stečajnog plana (izvorni znanstveni članak) | 295 |
| <i>Dionis Jurić,</i> Uloga revizora u dioničkom društvu (izvorni znanstveni članak) | 323 |
| <i>Marinko Đ. Učur,</i> Pravna narav prijelaznih odredbi i produžena primjena pravnih pravila sadržanih u kolektivnom ugovoru (prethodno priopćenje) | 353 |
| <i>Eduard Kunštek,</i> Prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina prema novelama Ovršnog zakona 2003. (prethodno priopćenje) | 365 |
| <i>Dragutin Ledić,</i> Prolegomena noveli Zakona o trgovačkim društvima (pregledni znanstveni članak) | 383 |
| <i>Mirko Vasiljević,</i> Upravljanje korporacijama (modeli i trendovi u uporednom pravu i praksi) (pregledni znanstveni članak) | 405 |
| <i>Aldo Radolović,</i> Odgovornost države za štetu prouzrokovanu nezakonitim ili nepravilnim radom organa uprave (pregledni znanstveni članak) | 425 |
| <i>Zvonimir Slakoper,</i> Primjena odredbi Zakona o obveznim odnosima o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke na razne vrste ugovora (pregledni znanstveni članak) | 445 |
| <i>Jasna Brežanski,</i> Najam stana - položaj zaštićenog najmoprimca (s osvrtom na predložene izmjene i dopune Zakona o najmu stana) (pregledni znanstveni članak) | 481 |
| <i>Loris Belanić,</i> Zaštita od evikcije (pregledni znanstveni članak) | 523 |
| <i>Dragan Zlatović,</i> Opoziv žiga i novo hrvatsko žigovno pravo (pregledni znanstveni članak) | 559 |
| II. Sudska praksa | 587 |
| III. Prilog | 613 |

TABLE OF CONTENTS

| | |
|--|-----|
| <i>Introductory Speech</i> | XI |
| I. "Ownership - Obligations - Procedure" | |
| <i>(Poreč, April 1 - 3, 2004)</i> | |
| Conference Texts: | |
| <i>Mihajlo Dika,</i> | |
| Revision of Enforceable Court Decisions Delivered in Civil Procedure on Basis of Constitutional Court Decisions on Unconstitutionality or Illegality of Regulation | 1 |
| <i>Nevenko Misita,</i> | |
| In Occasion of the Tenth Anniversary of the 93/13/EEC Directive on Unfair Contractual Provisions | 17 |
| <i>Petar Simonetti,</i> | |
| Denationalization of Unused Building Soil | 49 |
| <i>Nada Bodiroga-Vukobrat, Alen Bilić,</i> | |
| Collective Redundancies of Workers and Disposal of Surplus of Workers on the Restructuring of Enterprises in European Law in Light of 98/59/EC Directive with Special Attention to Harmonization of Croatian Law | 105 |
| <i>Jozo Čizmić,</i> | |
| Attorney in Civil Procedure - The New Regulation | 123 |
| <i>Edita Čulinović Herc,</i> | |
| Actualities on Company Accounts - Auditors Liability | 167 |
| <i>Silvija Petrić,</i> | |
| Problem of Legal Basis of Professional Liability for Damages | 203 |
| <i>Stefan Pürner,</i> | |
| Principle of "Good Faith" in German Case-Law | 247 |
| <i>Marko Bevanda,</i> | |
| Liability for Damages Caused by Medical Drugs with Flaws | 265 |
| <i>Jasnica Garašić,</i> | |
| Judicial Control of Bankruptcy Plan | 295 |
| <i>Dionis Jurić,</i> | |
| The Role of Auditor in Public Company | 323 |

| | |
|---|-----|
| <i>Marinko Đ. Učur,</i> Legal Nature of Transitory Provisions and Extended Application of Legal Rules Contained in Collective Agreements | 353 |
| <i>Eduard Kunštek,</i> Transfer of Ownership for Securing the Claims According to the Law on Enforcement Amendments 2003 | 365 |
| <i>Dragutin Ledić,</i> Prolegomen on Amendments of the Law on Commercial Companies | 383 |
| <i>Mirko Vasiljević,</i> Corporate Governance (Models and Trends in Comparative Law and Practice) .. | 405 |
| <i>Aldo Radolović,</i> State Liability for Damages Caused by Illegal or Irregular Performance of Administrative Organs | 425 |
| <i>Zvonimir Slakoper,</i> Application of Provisions of Law on Obligations on Seller's Liability for Material Schortcomings on Different Kinds of Contract | 445 |
| <i>Jasna Brežanski,</i> Apartment Lease - Status of Protected Tenant - with a view on proposed revisions and amendments of the Law on Apartment Lease | 481 |
| <i>Loris Belanić,</i> Protection from Eviction | 523 |
| <i>Dragan Zlatović,</i> Revocation of Trademark and the New Croatian Trademark Law | 559 |
| II. Case Law | 587 |
| III. Appendix | 613 |

INHALT

| | |
|---|-----|
| <i>Vorwort</i> | XI |
| I. "Eigentum - Pflichten - Verfahren" | |
| (Poreč, 1 - 3 April 2004) | |
| Tagungsbeiträge: | |
| <i>Mihajlo Dika,</i> Änderung rechtskräftiger Entscheidungen, die in einem Gerichtsverfahren anlässlich einer Entscheidung des Verfassungsgerichts über nicht verfassungsmässige bzw. ungesetzliche Vorschriften gefällt wurde | 1 |
| <i>Nevenko Misita,</i> Zum zehnjährigen Bestehen der Direktive 93/13/EEC über unrechtmässige Vertragsbestimmungen | 17 |
| <i>Petar Simonetti,</i> Entnationalisierung unbebauten Baulands | 49 |
| <i>Nada Bodiroga-Vukobrat, Alen Bilić,</i> Massenentlassungen von Arbeitnehmern und Versorgung der Entlassenen Arbeitnehmer gemäss der Unternehmensumstrukturierungen im Europarecht im Lichte der Richtlinie 98/59/EU, unter besonderer Berücksichtigung der Harmonisierung des kroatischen Rechts | 105 |
| <i>Jozo Čizmić,</i> Der Prozessbevollmächtigte - neue Regelung | 123 |
| <i>Edita Čulinović Herc,</i> Aktuelle Fragen zum Finanzbericht in Aktiengesellschaften - Haftung des Revisors | 167 |
| <i>Silvija Petrić,</i> Das Problem der Rechtsgrundlage professioneller Schadenshaftung | 203 |
| <i>Stefan Pürner,</i> "Treu und Glauben" in der deutschen Rechtsprechung | 247 |
| <i>Marko Bevanda,</i> Haftung für Schaden durch fehlerhafte Arzneimittel | 265 |
| <i>Jasnica Garašić,</i> Gerichtliche Vorprüfung der Zulässigkeit eines Insolvenzplans | 295 |

| | |
|--|-----|
| <i>Dionis Jurić,</i> Die Rolle des Revisors in der Aktiengesellschaft | 323 |
| <i>Marinko Đ. Učur,</i> Rechtsnatur von Übergangsbestimmungen und verlängerte Anwendung von im Tarifvertrag enthaltenen Rechtsregeln | 353 |
| <i>Eduard Kunštek,</i> Übertragung der Eigentümerrechte zur Sicherung von Forderungen nach den Novellen des Vollstreckungsgesetzes von 2003 | 365 |
| <i>Dragutin Ledić,</i> Prolegomena der Novelle des Gesetzes über Handelsgesellschaften | 383 |
| <i>Mirko Vasiljević,</i> Verwaltung von Körperschaften (Modelle und Trends im vergleichenden Recht und in der Praxis) | 405 |
| <i>Aldo Radolović,</i> Haftung des Staates für Schaden, der durch ungesetzliche oder irreguläre Arbeit der Verwaltungsorgane verursacht worden ist | 425 |
| <i>Zvonimir Slakoper,</i> Anwendung der Bestimmungen des Schuldrechtsgesetzes über die Haftung des Verkäufers für materielle Mängel bei verschiedenen Arten von Verträgen | 445 |
| <i>Jasna Brežanski,</i> Mieten einer Wohnung - Lage des geschützten Mieters (mit Rückblick auf vorgeschlagene Änderungen und Ergänzungen des Mietgesetzes) | 481 |
| <i>Loris Belanić,</i> Schutz vor Eviktion | 523 |
| <i>Dragan Zlatović,</i> Widerruf des Warenzeichens und das neue kroatische Warenzeichenrecht .. | 559 |
| II. Gerichtspraxis | 587 |
| III. Appendix | 613 |

INDICE

| | |
|---|-----|
| <i>Testo introduttivo</i> | XI |
| I. "Proprietà - obbligazioni - procedura" | |
| <i>(Poreč, 1 - 3 aprile 2004)</i> | |
| Contributi per il Convegno: | |
| <i>Mihajlo Dika,</i> | |
| Modifica di decisioni giudiziali esecutive adottate nel processo civile sul fondamento di decisioni del Tribunale costituzionale sull'incostituzionalità relativa all'illegittimità della regolamentazione | 1 |
| <i>Nevenko Misita,</i> | |
| Direttiva 93/13/CEE sulle disposizioni sleali nei contratti di consumo | 17 |
| <i>Petar Simonetti,</i> | |
| Denazionalizzazione del terreno edificabile inutilizzato | 49 |
| <i>Nada Bodiroga-Vukobrat, Alen Bilić,</i> | |
| Licenziamento collettivo di lavoratori e collocamento di lavoratori eccedenti durante le fusioni nel diritto europeo alla luce della Direttiva 98/59/CE con particolare sguardo all'armonizzazione del diritto croato | 105 |
| <i>Jozo Čizmić,</i> | |
| Procuratore nel processo civile - nuovo ordinamento | 123 |
| <i>Edita Čulinović Herc,</i> | |
| Questioni attuali sulle informazioni finanziarie delle società per azioni - responsabilità dei revisori | 167 |
| <i>Silvija Petrić,</i> | |
| Problemi del fondamento giuridico della responsabilità professionale per danno | 203 |
| <i>Stefan Pürner,</i> | |
| Principio di "coscienza e onestà" nella prassi giudiziale tedesca | 247 |
| <i>Marko Bevanda,</i> | |
| Responsabilità per danno causato da farmaci con difetto | 265 |
| <i>Jasnica Garašić,</i> | |
| Controllo giudiziale dell'adeguatezza del piano fallimentare | 295 |

| | |
|---|-----|
| <i>Dionis Jurić,</i> | |
| Ruolo dei revisori nella società per azioni | 323 |
| <i>Marinko D. Učur,</i> | |
| Natura giuridica delle disposizioni transitorie e applicazione prorogata delle regole legali contenute nel contratto collettivo | 353 |
| <i>Eduard Kunštek,</i> | |
| Trasferimento del diritto di proprietà per l'assicurazione dei crediti secondo le novelle della Legge sull'esecuzione 2003 | 365 |
| <i>Dragutin Ledić,</i> | |
| Prolegomeni alla novella della Legge sulle società commerciali | 383 |
| <i>Mirko Vasiljević,</i> | |
| Amministrazione delle società (modelli e tendenze in diritto e prassi comparati) | 405 |
| <i>Aldo Radolović,</i> | |
| Responsabilità dello stato per danno causato da attività illegale o irregolare di organi dell'amministrazione | 425 |
| <i>Zvonimir Slakoper,</i> | |
| Applicazione delle norme della Legge sulle obbligazioni sulla responsabilità del venditore per difetto materiale nelle differenti specie di contratto | 445 |
| <i>Jasna Brežanski,</i> | |
| Locazione di abitazione - condizione di locatario protetto (con sguardo sulle modifiche e integrazioni proposte alla Legge sulla locazione di abitazione) .. | 481 |
| <i>Loris Belanić,</i> | |
| Tutela dall'evizione | 523 |
| <i>Dragan Zlatović,</i> | |
| Revoca del marchio e nuova Legge sul marchio croata | 559 |
| II. Giurisprudenza | 587 |
| III. Appendice | 613 |

Uvodna riječ

Poštovane kolegice i kolege,

Stigli smo do jubilarnog, Desetog savjetovanja pravnika, koja su započela 1994. pod znakovitim naslovom *Zaštita vjerovnika*. Kako se vidi iz prikaza sadržaja dosadašnjih savjetovanja (prilog), svi tekstovi namijenjeni ovim savjetovanjima od 1996. do 2004. objavljeni su u Zborniku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. Zbornik uživa visoku međunarodnu reputaciju jer se članci u njemu objavljeni referiraju za: *Index to Foreign Legal Periodicals*, Berkeley, California, USA, *L'Indice Penale*, Milano/Padova, Italia i *Sociological Abstracts*, San Diego, California, USA. Teme savjetovanja bile su iz svih grana privatnog prava i građanskog sudskog postupka, a djelomično i iz javnog prava. Obrađivane su i pojedine teme iz europskog privatnog i javnog prava. Savjetovanja su bila usmjerena na aktualne teme, ali nije zanemarena obrada načelnih pitanja bez koje se ne može postići odgovarajuća dubina u interpretaciji pravnih pravila i pravnih ustanova.

Savjetovanja su od početka koncipirana kao tribine razmjene iskustva u primjeni i interpretaciji prava u sudskoj praksi i pravnoj znanosti. U objavljenim referatima nalaze se interpretacije postojećih propisa i kritičke ocjene pojedinih zakonskih rješenja, kao i sugestije zakonodavcu *de lege ferenda*.

Vaše sudjelovanje na tim savjetovanjima potvrđuje da su interpretacije zakona koje su dolazile s ovog mjesta imale pozitivan odjek u pravnoj struci. Taj zaključak potvrđuje i stalno rastući interes za Zbornik u kojem su objavljeni izloženi radovi.

Nasuprot tome zakonodavac i izvršna vlast, koja sudjeluje u kreiranju zakona, nisu pokazali interes za kritike i sugestije koje su im odavde upućivane, a obrazložene u objavljenim tekstovima. Za ovo ima više razloga, među kojima je na prvom mjestu tradicionalno loša komunikacija zakonodavca sa sudskom praksom i pravnom znanošću, a zatim, premoćna uloga politike (voluntarizma) u kreiranju zakona, često radi postizanja kratkoročnih i parcijalnih ciljeva.

Pravna struka može samo neizravno sudjelovati u kreiranju prava. Njen doprinos u tome procesu ovisi od toga u kojoj mjeri se zakonodavac i tijela koja pripremaju nacрте zakona i predlagatelji zakona oslanjaju na sudsku praksu i pravnu znanost. Iskustvo potvrđuje tezu da su najbolji upravo oni zakoni koji se oslanjaju na sudsku praksu i pravnu znanost. Kao primjer može se navesti Zakon o obveznim odnosima, koji je ozakonio mnoga pravila što ih je stvorila sudska praksa i podržala pravna znanost, na primjer pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu, pravila o naknadi neimovinske štete itd.

Mnogi su naši zakoni nepotpuni, nekoherentni, na niskoj nomotehničkoj razini, pored ostalog i zbog nedovoljnog utjecaja kompetentnih stručnjaka u izradi nacрте zakona. Osim toga, mnogi su zakoni donijeti u žurbi, bez šire rasprave u stručnoj javnosti, u nastojanju da se brzo uredi pojedina područja pravnih odnosa, a u zadnje vrijeme i zbog kratkih rokova za usklađenje zakona sa standardima Europske unije. Takvi zakoni su ponekad samo deklaracije bez odgovarajućeg učinka.

Pravna struka, međutim, ima velik utjecaj na interpretaciju prava primjenom odgovarajućih interpretativnih metoda u aplikaciji pravnih pravila na konkretne pravne odnose. Interpretativne metode koje imaju univerzalnu primjenu u praksi i pravnoj znanosti jamče objektivnu spoznaju značenja pravnih pravila koja su predmet tumačenja. Utjecaj pravne struke na interpretaciju prava utoliko je veći ukoliko su sudovi nezavisniji od izvršne vlasti i drugih društvenih čimbenika da bi bili kao i svi drugi državni organi podčinjeni zakonu. U pravnoj državi nitko nije iznad zakona, a zakoni su usklađeni s ustavom. Naša zbilja daleko je od toga ideala.

Bitna pretpostavka nezavisnog sudstva jest nezavisan sudac. Pored moralnih vrлина, nezavisnog suca krasi visoko stručno obrazovanje, jer sudac koji ne poznaje bit prava, pravila i pravne institute koje primjenjuje na konkretne pravne odnose, ne može biti nezavisan. Takvo visoko stručno znanje stječe se permanentnim obrazovanjem. Sve to vrijedi i za ostale pravnike koji se na ovaj ili onaj način bave primjenom ili obradom prava. Smatramo da su ova savjetovanja jedan od oblika takvog obrazovanja, utoliko plodonosniji ukoliko je učestalija permanentna komunikacija njegovih sudionika: uzajamna razmjena mišljenja i iskustva.

Po Ustavu "Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao najviši sud, osigurava jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana" (čl. 116. st. 1.). Kako bi Vrhovni sud mogao uspješno obavljati tu visoku zadaću, mora postojati odgovarajući sustav pravnih lijekova koji mu omogućuju potpuni uvid u primjenu zakona u sudskom postupku i u postupku pred drugim nadležnim tijelima. Promatrano sa stajališta parničnog postupka, opasna je redukcija revizije tog neposrednog pravnog sredstva kojim se obraća stranka najvišem sudu u državi radi zaštite ili ostvarenja svoga prava. Pozitivna je praksa objavljivanja sudskih odluka u odgovarajućim glasilima. Time se daje orijentacija sudovima i drugim nadležnim tijelima u primjeni prava, a objavljeni pravni stavovi obvezuju sud koji ih je utvrdio i djeluju na druge sudove snagom svoje argumentacije i autoriteta. Ovo predstavlja doprinos pravnoj sigurnosti i unapređenju pravne znanosti koja ne smije zaobilaziti sudsku praksu.

Naša savjetovanja su oblik međusobne suradnje sudske prakse i pravne znanosti koji treba neprekidno obogaćivati i unaprjeđivati u cilju dublje spoznaje prava i adekvatne primjene zakona. Do ovoga se ne dolazi površnim usvajanjem jedinstvenih gledišta, već, naprotiv, suprotstavljanjem mišljenja svih koji se na različite načine bave pravom u praksi, obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti. Produbljena spoznaja pravnih pravila i pravnih instituta u praktičnoj primjeni jamac je pravne sigurnosti, a pravna sigurnost je bitni sastojak prava. Produbljena spoznaja prava koja je plod međusobnog prožimanja sudske prakse i pravne znanosti otvara nova pitanja, otkriva proturječnosti i praznine u pravnom sustavu te dovodi u pitanje ustavnost pojedinih rješenja pozivajući zakonodavca na odgovarajuću intervenciju.

Naša je namjera nastaviti istim putem pozivajući Vas, sudionike ovih savjetovanja na još aktivniju ulogu, ne samo tijekom savjetovanja nego i u pripremi savjetovanja, a priprema sljedećeg savjetovanja počinje kada se zaključi prethodno.

I. Prilozi za Deseto savjetovanje pravnika 2004. g.:

Contributions for Tenth Jurist Conference, 2004

Beiträge für die 10. Juristen-Tagung, 2004

Contributi per il X Convegno di giuristi, 2004

“Vlasništvo - obveze - postupak”

“Ownership - Obligations - Procedure”

“Eigentum - Pflichten - Verfahren”

“Proprietà - obbligazioni - procedura”

(Poreč, 1.-3. 04. 2004.)

Voditelj Savjetovanja (Conference Moderator / Tagungsleitung / Presidente):

prof. dr. sc. Petar Simonetti

IZMJENA PRAVOMOĆNIH ODLUKA DONESENIH U PARNIČNOM POSTUPKU U POVODU ODLUKA USTAVNOGA SUDA O NEUSTAVNOSTI ODNOSNO NEZAKONITOSTI PROPISA

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

UDK: 342.565.2(497.5)
343.157(497.5)
Ur.: 5. veljače 2004.
Pr.: 16. veljače 2004.
Izvorni znanstveni članak

Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (NN proć. 49/02.; UZUS) uređeno je složeno izvanredno pravno sredstvo protiv pravomoćnih sudskih odluka zbog "pogrešne primjene" materijalnoga i procesnog prava - zahtjev za izmjenu pravomoćne sudske odluke u povodu odluka Ustavnog suda o ustavnosti i zakonitosti određenog propisa ili pojedinih njegovih odredaba. Tim se pravnim sredstvom omogućava određenim kategorijama pravnih subjekata koji su tangirani primjenom neustavnog zakona ili neustavnog ili nezakonitog drugog propisa, odnosno neprimjenom ustavnoga i zakonitog podzakonskog propisa da, između ostaloga, u parničnom postupku, uz odgovarajuću primjenu pravila o ponavljanju postupka, ishode izmjenu sudske odluke kojom je taj postupak pravomoćno završen. U ovom se radu analiziraju razlozi za podnošenje toga pravnog sredstva, nastoji definirati krug subjekata legitimiranih za njegovo podnošenje te procedura po kojoj se u povodu njega odlučuje.

Ključne riječi: *izmjena pravomoćne odluke, ponavljanje postupka, ukidanje i poništaj propisa, Ustavni sud.*

1. Uvod

Ustavni sud je posebno tijelo hrvatskog ustavnopravnog poretka¹ koje je, između ostaloga, ovlašteno odlučivati o ustavnosti i zakonitosti propisa, važećih i onih koji više nisu na snazi (128. URH, 130. UZUS²). U povodu odluka Ustavnoga suda o ustavnosti odnosno zakonitosti nekog propisa moguće je tražiti izmjene pravomoćnih sudskih odluka donesenih u parničnom postupku uz odgovarajuću primjenu pravila o

¹ Ustavni sud nije dio sudbene vlasti (arg. ex glave IV/4. i glave V. URH). URH: Ustav Republike Hrvatske, NN proć. 41/01., ispr. 55/01.

² UZUS: Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, proć. NN 49/02.

ponavljanju postupka (57 - 60. UZUS). Time je sustav pravnih lijekova u tom postupku obogaćen jednim specifičnim pravnim sredstvom koje omogućava "ponavljanje postupka" i zbog "pogrešne primjene" materijalnoga i procesnoga prava. U ovom će se radu pokušati obraditi pretpostavke, legitimacija te procedura za izmjenu pravomoćne sudske odluke donesene u parničnom postupku u povodu odluke Ustavnoga suda o ustavnosti odnosno zakonitosti nekoga propisa.

2. Ocjena suglasnosti zakona s Ustavom i suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom

2.1. Općenito

U Republici Hrvatskoj zakoni moraju biti u suglasnosti s Ustavom, a ostali propisi i s Ustavom i sa zakonom (5/1. URH). Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona (141. URH).

Svatko je dužan držati se Ustava i zakona i poštivati pravni poredak Republike Hrvatske (5/2. URH).

O suglasnosti zakona s Ustavom te o suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom odlučuje Ustavni sud (*arg. ex* 128. URH). Ustavni sud može ocjenjivati ustavnost važećeg zakona te ustavnost i zakonitost drugog pozitivnog propisa odnosno pojedinih njihovih odredaba (*arg. ex* 55. UZUS). Ustavni sud, međutim, može ocjenjivati i ustavnost zakona te ustavnost i zakonitost drugog propisa odnosno pojedinih njihovih odredaba iako su prestali važiti, ako od dana prestanka njihovog važenja do podnošenja zahtjeva ili prijedloga za pokretanje postupka nije proteklo više od godinu dana (56/1. UZUS). Ustavni sud može ocjenjivati ustavnost odnosno zakonitost i onih propisa koje nadležno tijelo ukine ili izmijeni prije okončanja postupka pred Ustavnim sudom - u tom će slučaju Ustavni sud dovršiti pokrenuti postupak (57/1. UZUS).

Ustavni sud može ocjenjivati suglasnost zakona s Ustavom odnosno suglasnost drugih propisa s Ustavom i zakonom i u slučaju kad je određeni zakon ili drugi propis već ranije bio predmet ustavnosudske ocjene (54. UZUS). Zbog toga bi se moglo uzeti da u postupku za ocjenjivanje ustavnosti odnosno zakonitosti *in abstracto* ne vrijedi princip *ne bis in idem*, pa Ustavni sud može prilikom ponovnog ocjenjivanja ustavnosti i zakonitosti nekog propisa zauzeti drukčiji stav od onoga zauzetog prigodom prethodnog ocjenjivanja.

2.2. Pokretanje postupka pred Ustavnim sudom za ocjenu suglasnosti propisa s Ustavom odnosno zakonom

Postupak pred Ustavnim sudom za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom i suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom može se pokrenuti na tri načina: (1) zahtjevom ovlaštenog državnog tijela, odnosno predstavničkog tijela jedinica lokalne ili područne (regionalne) samouprave (35-37. UZUS); (2) u povodu prijedloga bilo koje fizičke ili pravne osobe za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti zakona s

Ustavom i ocjenu suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom (38/1. UZUS) na temelju posebne odluke Ustavnog suda o tome; (3) na inicijativu samog Ustavnog suda (38/2. UZUS), dakle po službenoj dužnosti.

Sudovi su ovlašteni i dužni zahtjevom pokrenuti pred Ustavnim sudom (1) postupak za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom i (2) postupak za ocjenu suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom. Za pokretanje tih postupaka vrijede različite pretpostavke pa su ovlaštenja i dužnosti suda u njima različite.

Sud je dužan i ovlašten podnijeti Ustavnom sudu zahtjev za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom, odnosno pojedine njegove odredbe s Ustavom, kad u tijeku postupka utvrdi da zakon koji treba primijeniti odnosno pojedina njegova odredba nisu suglasni s Ustavom. Sud će u tom slučaju zastati s postupkom. Ako sud u tijeku postupka utvrdi da drugi propis koji bi trebao primijeniti odnosno pojedina njegova odredba nisu suglasni s Ustavom i zakonom, u konkretnom će slučaju primijeniti zakon (*exceptio illegalitatis*), a Ustavnom će sudu podnijeti zahtjev za ocjenu suglasnosti spornog propisa odnosno pojedine njegove odredbe s Ustavom i zakonom. (37. UZUS).

Postupak za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom i drugih propisa s Ustavom i zakonom smatra se pokrenutim na dan primitka zahtjeva u Ustavnom sudu, odnosno na dan predaje zahtjeva pošti preporučeno (44/1. UZUS).

2.3. Ukidanje važećeg zakona te ukidanje i poništaj drugog važećeg propisa

Ustavni sud ukinut će važeći zakon ili pojedine njegove odredbe ako utvrdi da nije suglasan s Ustavom, odnosno drugi pozitivni propis ili pojedine njegove odredbe ako utvrdi da nije suglasan s Ustavom i zakonom (55/1. UZUS). Ukinuti zakon i drugi propis, odnosno njihove ukinute odredbe, prestaju važiti danom objave odluke Ustavnog suda u "Narodnim novinama" ako Ustavni sud ne odredi drugi rok (55/2. UZUS).

Ustavni sud može poništiti propis, odnosno pojedine njegove odredbe, uzimajući u obzir sve okolnosti od važnosti za zaštitu ustavnosti i zakonitosti te imajući u vidu osobito težinu povrede Ustava ili zakona i interes pravne sigurnosti (55/3. UZUS): ako se njime vrijeđaju ljudska prava i temeljne slobode zajamčene Ustavom; ako se njime pojedinci, skupine ili udruge neosnovano stavljaju u povoljniji ili nepovoljniji položaj (55/3. UZUS).

2.4. Utvrđenje neustavnosti zakona ili neustavnosti i nezakonitosti propisa koji su prestali važiti

Kad u postupku ocjenjivanja ustavnosti zakona te ustavnosti i zakonitosti drugog propisa, odnosno pojedinih njihovih odredaba, iako su prestali važiti, utvrdi njihovu neustavnost, odnosno nezakonitost, Ustavni sud dužan je donijeti odluku o utvrđenju neustavnosti zakona ili neustavnosti i nezakonitosti drugog propisa odnosno pojedinih njihovih odredaba (56/2. UZUS).

Ustavni je sud dužan donijeti odluku o neustavnosti ili nezakonitosti propisa kojega je nadležno tijelo ukinulo ili izmijenilo tijekom postupka pred Ustavnim sudom, dakle prije nego što je taj postupak okončan odlukom Suda (57/1. UZUS).

3. Izmjena pravomoćnih sudskih odluka

3.1. Općenito

Mogućnost traženja izmjene pravomoćnih presuda donesenih u parničnom postupku u povodu odluke Ustavnog suda ovisi o vrsti odluka koje je donio taj sud - je li njima samo ukinut neki propis ili je možda poništen, odnosno je li utvrđeno da jest ili nije protuustavan ili nezakonit, a ako je zakon ili propis ukinut, je li Ustavni sud pokrenuo postupak u kojemu je donio odgovarajuću odluku u povodu prijedloga osobe koja je bila stranka u parničnom postupku. Razlike u tim pretpostavkama praćene su dramatičnim razlikama u određivanju kruga subjekata legitimiranih tražiti izmjenu pravomoćnih presuda, razlikama koje je načelno, ali i u pogledu pojedinih rješenja, teško objasniti³ te koje na provedbenoj razini mogu dovesti u pitanje ravnopravnost pravnih subjekata pred Ustavom i zakonom, ugroziti jedinstvenu primjenu prava i kompromitirati Republiku Hrvatsku kao pravnu državu.

3.2. Razlozi za izmjenu pravomoćne sudske odluke

Pet je zapravo "razloga" zbog kojih se može tražiti izmjena pravomoćnih judikata u povodu odluka koje Ustavni sud može donijeti ocjenjujući *in abstracto* ustavnost odnosno zakonitost propisa:

(1) okolnost da je pravomoćna sudska odluka utemeljena na odredbi zakona ili drugog propisa koju je Ustavni sud ukinuo (58/2. UZUS);

(2) okolnost da je pravomoćna sudska odluka utemeljena na odredbi podzakonskog propisa koju je Ustavni sud poništio (58/3. UZUS);

(3) okolnost da je pravomoćna sudska odluka utemeljena na zakonu ili drugom propisu odnosno pojedinoj njihovoj odredbi koji su prestali važiti, a Ustavni sud utvrdi da su zakon ili pojedina njegova odredba bili neustavni, odnosno da su podzakonski propis ili pojedina njegova odredba bili neustavni ili nezakoniti (56/2,3. UZUS);

(4) okolnost da je pravomoćna sudska odluka utemeljena na zakonu ili drugom propisu koji je nadležno tijelo ukinulo ili izmijenilo tijekom postupka pred Ustavnim sudom, a Ustavni sud u nastavljenom postupku utvrdi da su taj zakon ili drugi propis bili neustavni ili nezakoniti (57/2. UZUS);

(5) okolnost da je Ustavni sud utvrdio da podzakonski propis koji sud nije primijenio smatrajući ga neustavnim ili nezakonitim - nije neustavan ili nezakonit (60. UZUS).

Pojedini od navedenih razloga postojali bi ako bi propis ili pojedina njegova odredba koji su ukinuti, poništeni, za koje je utvrđeno da su bili neustavni ili nezakoniti, odnosno za koje je utvrđeno da nisu neustavni odnosno nezakoniti bila osnovom za donošenje sudske odluke kojom je određen postupak pravomoćno

³ Neovisno o motivima kojima su se rukovodili kreatori posljednje novele UZUS-a, kojom je bitno ograničen krug osoba legitimiranih tražiti izmjenu pravomoćne presude u povodu ukidajuće odluke Ustavnoga suda, njome su, objektivno uzevši, država i drugi donositelji takvih neustavnih odnosno nezakonitih propisa praktično amnestirani od odgovornosti za takve propise. Potencijalno, takvo ustavno-zakonsko rješenje provocira na eventualne zloupotrebe mogućnosti da se bez sankcija donose neustavni i nezakoniti opći pravni akti.

okončan. Ti propisi odnosno njihove odredbe mogu biti procesnopravnog odnosno materijalnopravnog karaktera u ovisnosti o tome jesu li uvjetovali donošenje procesne ili meritorne odluke o okončanju postupka (v. *amplius infra*).

3.3. Legitimacija za traženje izmjene pravomoćne presude

3.3.1. Legitimacija za traženje izmjene pravomoćne presude u slučaju ukidanja zakona i drugog propisa

Svaka fizička i pravna osoba koja je Ustavnom sudu podnijela prijedlog za ocjenu suglasnosti pojedine odredbe zakona s Ustavom, odnosno pojedine odredbe drugog propisa s Ustavom i zakonom, a Ustavni sud njezin prijedlog prihvati i ukine odredbu zakona, odnosno odredbu drugog propisa, ima pravo podnijeti zahtjev nadležnom sudu za izmjenu pravomoćne sudske odluke kojom je povrijeđeno njezino pravo, a odluka je donesena na temelju ukinute zakonske odredbe, odnosno ukinute odredbe drugog propisa - uz odgovarajuću primjenu pravila o ponavljanju postupka (*arg.ex* 58/2. UZUS).

Dakle, da bi neka osoba bila ovlaštena tražiti izmjenu pravomoćne presude donesene u parničnom postupku u povodu navedene odluke Ustavnoga suda, morale bi kumulativno biti ispunjene ove pretpostavke:

(1) ta osoba mora biti podnositelj prijedloga za ocjenu ustavnosti zakona ili drugog propisa, odnosno zakonitosti drugog propisa, koji je

(2) Ustavni sud prihvatio i u povodu njega ukinuo odgovarajuću zakonsku ili podzakonsku odredbu, te

(3) ukinuti propis odnosno njegova odredba morali su biti osnovom (premisom) za donošenje pravomoćne sudske odluke, kojom je

(4) povrijeđeno njezino pravo.

Dilema koja bi se u vezi s razmatranim slučajem mogla javiti ticala bi se identificiranja osobe u povodu čijeg je prijedloga za ocjenu ustavnosti odnosno zakonitosti Ustavni sud ukinuo zakon ili drugi propis - bi li to bila samo osoba čiji je prijedlog Ustavni sud prihvatio, u povodu njega pokrenuo postupak za ocjenu ustavnosti odnosno zakonitosti te donio svoju odluku o ukidanju zakona ili drugog propisa, ili i svaka druga osoba koja je prije donošenja odluke Ustavnog suda podnijela takav prijedlog, neovisno o tome je li Ustavni sud baš u povodu toga prijedloga ukinuo zakon ili drugi propis, odnosno je li ga uopće uzeo u razmatranje prigodom donošenja svoje odluke. Doslovno prema Ustavnom zakonu to bi bila samo osoba čiji je konkretni prijedlog Ustavni sud prihvatio i u povodu kojega je ukinuo osporavani zakon odnosno drugi propis. Čini se, međutim, da bi takvo tumačenje bilo ne samo nepravično već i da bi dovodilo do protuustavnih konzekvencija - ako bi se ono prihvatilo, došlo bi do neravnopravnog tretmana osoba koje su ispunile sve pretpostavke da se u povodu njihove inicijative preispita ustavnost odnosno zakonitost nekog propisa u ovisnosti o tome je li Ustavni sud prihvatio njihov prijedlog i u povodu njega ukinuo propis ili ih pri tome uopće nije uzeo u obzir. Zato bi trebalo uzeti da bi pravo tražiti izmjenu pravomoćne presude trebalo priznati svakoj osobi koja je prije donošenja odluke Ustavnog suda pokrenula postupak za ispitivanje ustavnosti odnosno zakonitosti propisa, neovisno o tome je li Ustavni sud njezin prijedlog uopće uzeo u meritorno razmatranje prigodom donošenja svoje odluke.

Ako bi se prihvatilo ovo drugo tumačenje, u praksi bi mogao nastati problem u vezi s dokazivanjem legitimacije onih osoba čiji prijedlog Ustavni sud nije eksplicitno prihvatio, a trebalo ga je uzeti u obzir prigodom donošenja svoje odluke jer je već bio podnesen. Čini se prihvatljivim rješenje po kojemu bi parnični sud prigodom odlučivanja o dopustivosti prijedloga za izmjenu pravomoćne presude provjeravao je li osoba koja ga je podnijela bila predložila Ustavnom sudu ocjenu ustavnosti odnosno zakonitosti ukinutog propisa prije donošenja odluke kojom je taj propis ukinut. Ako bi parnični sud utvrdio da je taj prijedlog bio podnesen prije donošenja odluke Ustavnog suda, trebao bi stranci koja ga je podnijela priznati legitimaciju za traženje izmjene pravomoćne presude.

Uvjetujući pravo tražiti izmjenu pravomoćne presude podnošenjem prijedloga za ocjenu ustavnosti odnosno zakonitosti nekog propisa prije donošenja odluke kojom je taj propis ukinut, onemogućeno je svim onim subjektima koji bi bili dovedeni u situaciju da traže takvu ocjenu nakon toga u neravnopravni položaj, osobito u slučajevima u kojima s obzirom na ograničenja za traženje izmjene pravomoćne presude zbog povrede zakona to ne bi mogle postići izvanrednim pravnim sredstvima u parničnom postupku.

Konačno, postavlja se pitanje bi li pravo tražiti izmjenu pravomoćne presude trebalo priznati svim onim osobama koje su bile podnijele prijedlog za ocjenu ustavnosti odnosno zakonitosti nekog propisa, ali je Ustavni sud taj propis ukinuo po službenoj dužnosti ili u povodu zahtjeva ovlaštenog podnositelja (npr. suda) ne uzimajući uopće u obzir prijedloge koji su mu podneseni s istim ciljem. Stav po kojem osobe koje su "pravodobno" podnijele prijedlog za ocjenu ustavnosti odnosno zakonitosti propisa ne bi imale pravo tražiti izmjenu pravomoćne presude samo zato što Ustavni sud nije te njihove prijedloge uopće uzeo u meritorno razmatranje, bio bi nepravičan i pravopolitički nepošten i kontraproduktivan. On bi omogućavao zakonodavcu da programirano donosi protuustavne zakone samo zato da bi određenim kategorijama pravnih subjekata nametnuo određena ograničenja njihovih prava, čiji se učinci ne bi mogli otkloniti ako bi Ustavni sud zakon ukinuo po službenoj dužnosti ili u povodu zahtjeva kojeg od ovlaštenih podnositelja.

Neprimjerenost izloženog uređenja razmatranog slučaja dolazi posebno u ograničenoj mjeri do izražaja kad se usporedi sa slučajem u kojem je propis čija se ocjena traži prestao važiti ili je ukinut ili izmijenjen, pa je Ustavni sud samo konstatirao njegovu neustavnost odnosno nezakonitost (56/3, 57/2. UZUS), (v. *infra*).

3.3.2. Legitimacija za traženje izmjene pravomoćne presude u slučaju poništaja odredbe podzakonskog propisa

Svaka fizička osoba i pravna osoba kojoj je povrijeđeno pravo pravomoćnom sudskom odlukom donesenom na temelju poništene odredbe drugog propisa ima pravo podnijeti zahtjev nadležnom tijelu za izmjenu te odluke - uz odgovarajuću primjenu odredaba o ponavljanju postupka (*arg. ex* 58/3. UZUS). U slučaju poništaja podzakonskog propisa legitimacija za traženje izmjene pojedinačnog pravomoćnog akta priznaje se, dakle, bitno širem krugu subjekata - svima onima koji su tangirani primjenom tog propisa, neovisno o tome u povodu čije je inicijative došlo do poništaja podzakonskoga propisa.

3.3.3. Legitimacija za traženje izmjene pravomoćne presude u slučaju u kojemu je Ustavni sud utvrdio neustavnost odnosno nezakonitost propisa koji je prestao važiti

Ustavni sud može ocjenjivati ustavnost zakona te ustavnost i zakonitost drugog propisa, odnosno pojedinih njihovih odredaba, iako su oni prestali važiti, ako od prestanka do podnošenja zahtjeva ili prijedloga za pokretanje postupka nije proteklo više od godinu dana (56/1. UZUS).⁴ Kad utvrdi neustavnost odnosno nezakonitost propisa, Ustavni sud dužan je donijeti odluku o utvrđenju neustavnosti zakona ili neustavnosti i nezakonitosti drugog propisa, odnosno pojedinih njihovih odredaba (56/2. UZUS). U takvom slučaju treba na odgovarajući način primijeniti odredbe UZUS-a o pravu osoba čije je pravo povrijeđeno pojedinačnom sudskom odlukom utemeljenom na odredbi zakona koju je Ustavni sud ukinuo, odnosno na odredbi drugog propisa koju je Ustavni sud ukinuo ili poništio (56/3., 58. UZUS). Budući da citiranim odredbama nije izriječno riješeno pitanje legitimacije za traženje izmjene pravomoćnog judikata, njemu bi trebalo pristupiti primjenjujući na odgovarajući način odredbe o legitimaciji u slučaju ukidanja zakona odnosno ukidanja ili poništaja drugog propisa. To će značiti da će u povodu odluke Ustavnoga suda kojom je utvrđena neustavnost zakona koji je prestao važiti, zahtjev za izmjenu pravomoćnoga judikata donesenog u parničnom postupku moći podnijeti samo osoba koja je podnijela prijedlog u povodu kojega je Ustavni sud donio tu svoju odluku. Odluka kojom je utvrđena neustavnost zakona koji je prestao važiti imala bi isti učinak kao i odluka kojom je zakon ukinut zbog neustavnosti. Dileme glede toga zapravo ne bi trebalo biti jer Ustavni sud smije samo ukinuti neustavni zakon. Problem, međutim, nastaje u situaciji u kojoj je odlukom Ustavnoga suda utvrđena neustavnost odnosno nezakonitost drugog propisa. Ustavni sud, naime, utvrđujući neustavnost i/ili nezakonitost drugog propisa koji je prestao važiti, ne eksplicira (ili nije dužan eksplicirati) svoj stav o tome je li taj propis trebalo ukinuti ili poništiti, a o tome ovisi tko će biti legitimiran tražiti izmjenu pravomoćnog judikata - samo stranka u povodu čijeg je prijedloga Ustavni sud donio svoju odluku ili svatko tko je tangiran primjenom toga propisa. Taj bi problem, čini se, trebalo prevladati na način da bi - idući u slučaju dvojbe *in favorem* pravnih subjekata (stranaka) - legitimaciju za izmjenu pravomoćnog judikata u slučaju u kojem je utvrđena neustavnost ili nezakonitost podzakonskog propisa trebalo priznati svakome onome koji je tangiran njegovom primjenom. U prilog takvog pristupa govorila bi, *argumento a simile, a cohaerentia*, osobito okolnost da se svakome priznaje pravo tražiti izmjenu pravomoćnog judikata i kada Ustavni sud utvrdi neustavnost zakona odnosno neustavnost ili nezakonitost drugog propisa koje je nadležno tijelo ukinulo ili izmijenilo tijekom postupka pred tim sudom (57/2. UZUS).

3.3.4. Pretpostavke i legitimacija za traženje izmjene pravomoćne presude u slučaju u kojemu je Ustavni sud utvrdio neustavnost odnosno nezakonitost propisa koji je ukinut ili izmijenjen tijekom postupka pred Ustavnim sudom

Ako zakon ili drugi propis nadležno tijelo ukinu ili izmijeni prije okončanja postupka koji je pokrenut pred Ustavnim sudom za ocjenu suglasnosti zakona s

⁴ Iz ove bi odredbe, *a contrario*, proizlazio zaključak da Ustavni sud postupak kontrole ustavnosti odnosno zakonitosti propisa koji je prestao važiti ne bi bio ovlašten pokrenuti po službenoj dužnosti.

Ustavom, odnosno suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom, Ustavni sud dužan je dovršiti pokrenuti postupak (57/1. UZUS). Ako Ustavni sud u tom postupku utvrdi neustavnost ukinutog ili izmijenjenog zakona, odnosno neustavnost ili nezakonitost drugog propisa, dužan je donijeti odluku o njegovoj neustavnosti ili nezakonitosti. U povodu te odluke svatko kome je povrijeđeno pravo pravomoćnim pojedinačnim aktom donijetim na temelju ukinutog ili izmijenjenog zakona ili drugog propisa ima pravo tražiti od nadležnog tijela izmjenu tog pojedinačnog akta (57/2. UZUS). Postupak u povodu zahtjeva za izmjenu pravomoćnog judikata provodio se uz odgovarajuću primjenu odredaba o ponavljanju postupka (57/2, 58. UZUS).

3.3.5. Pretpostavke i legitimacija za traženje izmjene pravomoćne presude u slučaju u kojem Ustavni sud nije utvrdio neustavnost odnosno nezakonitost podzakonskog propisa

Kad sud pravomoćnom odlukom odbije primijeniti propis zbog njegove neustavnosti ili nezakonitosti, a Ustavni sud utvrdi da takva neustavnost odnosno nezakonitost ne postoji, svatko kome je povrijeđeno neko pravo može zahtijevati izmjenu pravomoćne odluke suda u roku od godine dana od dana objave odluke Ustavnog suda (60. UZUS). Treba uzeti, premda to nije izrijekom predviđeno, da se ta izmjena može tražiti uz odgovarajuću primjenu odredaba o ponavljanju postupka (*arg. per analogiam, arg. a cohaerentia ex 58/2, 58/3. UZUS*).

3.4. Rok za podnošenje zahtjeva za izmjenu pravomoćne sudske odluke

Zahtjev za izmjenu pravomoćne sudske odluke može se u navedenim slučajevima podnijeti u roku od šest mjeseci od dana objave odluke Ustavnog suda u "Narodnim novinama" (*arg. ex 58/4. UZUS*). Rok je procesnopravni, objektivan i prekluzivan. Bilo bi moguće tražiti povrat u prijašnje stanje zbog propuštanja toga roka (117 - 122.a ZPP).

3.5. Zahtjev za izmjenu pravomoćne sudske odluke

U prijedlogu za ponavljanje postupka, pored podataka koje mora sadržavati svaki podnesak (106. ZPP), treba osobito navesti: zakonsku osnovu po kojoj se traži ponavljanje, okolnosti iz kojih proizlazi da je prijedlog podnesen u zakonskom roku i dokaze kojima se potkrepljuju navodi predlagača (424/2. ZPP). U prijedlogu treba navesti činjenice i dokaze kojima će se supstancirati razlog (zakonska osnova) zbog kojega se traži ponavljanje jer sud nije ovlašten po službenoj dužnosti prikupljati te činjenice i dokaze (*arg. ex 7/2., 421/1., 424/2. ZPP*).⁵ Ako u prijedlogu nije navedena zakonska osnova po kojoj se traži ponavljanje postupka, sud taj prijedlog ne smije odbaciti, već treba pozvati predlagača da ispravi ili dopuni prijedlog (109. ZPP; VsH Gž 88/83 - PSP 24/216).

Navedena pravila primijenjena na odgovarajući zahtjev za izmjenu pravomoćnog judikata tražila bi da podnositelj u prijedlogu navede odluku Ustavnog suda u povodu koje traži izmjenu judikata, kada je objavljena u "Narodnim novinama" te da ukaže

⁵ Tako je odbačen prijedlog za ponavljanje postupka kao nepotpun u kojemu nisu navedene okolnosti iz kojih bi proizlazilo da je podnesen.

na to u kom je smislu judikat čija se izmjena traži bio utemeljen na propisu koji je ukinut, poništen, odnosno za koji je utvrđeno da je neustavan. Pored toga trebalo bi naznačiti u kojem je smislu zbog toga povrijeđeno neko pravo podnositelja. U slučajevima u kojima su samo neke osobe legitimirane tražiti izmjenu judikata u povodu određene odluke Ustavnoga suda, u prijedlogu treba navesti i okolnosti iz kojih bi takva legitimacija proizlazila te predložiti dokaze koji bi ih potkrijepili.

Treba uzeti da kvalifikacija razloga zbog kojega se traži izmjena ne bi vezivala sud (*falsa nominatio non nocet*).⁶

Podnositelj zahtjeva ne mora formulirati sadržaj odluke koju bi u povodu njegova zahtjeva trebalo donijeti. Ako ga navede, sud za ovaj prijedlog nije vezan (*arg. a cohaerentia ex 336/2. ZPP*).⁷

3.6. Sud kome se zahtjev podnosi i sudovi nadležni voditi postupak u povodu zahtjeva i donijeti odluku o njemu

Prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se uvijek sudu koji je donio odluku u prvom stupnju (424/1. ZPP). Upravo stoga valjalo bi i zahtjev za izmjenu pravomoćne odluke donesene u parničnom postupku podnositi tome sudu.

Funkcionalno nadležan odlučivati o prijedlogu za ponavljanje postupka u pravilu je sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda (*arg. ex 425, 428. ZPP*). Samo iznimno, ako se razlog za ponavljanje postupka odnosi isključivo na postupak pred višim sudom, sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda nakon održanog ročišta za raspravljanje o prijedlogu za ponavljanje postupka dužni su dostaviti predmet tom višem sudu radi donošenja odluke (428/1. ZPP). Međutim, neovisno o tome, sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskoga suda dužni su rješenjem odbaciti nepravo-vremene, nepotpune ili nedopuštene prijedloge (*v. infra*), i to bez održavanja rasprave (425/1. ZPP). Oni su dužni, čak i u slučaju u kojemu odluku o prijedlogu treba donijeti viši sud, održati ročište za raspravljanje o prijedlogu za ponavljanje (425/2, 428/1. ZPP).⁸ Nema razloga da se izložena pravila o sudovima koji su funkcionalno nadležni i u kojem sastavu voditi postupak u povodu prijedloga za ponavljanje postupka i donijeti odluku o prijedlogu ne primijene i na postupak u povodu zahtjeva za izmjenu pravomoćne sudske odluke donesene u parničnom postupku.

3.7. Odluke čija se izmjena može tražiti

Zahtjevom za izmjenu može se tražiti ponavljanje postupka pravomoćno završenog odlukom suda donesenom u parničnom postupku (*arg. ex 421/1. ZPP, 55. - 58. UZUS*), dakle i presudom i rješenjem (129/1. ZPP).

⁶ U tom smislu za prijedlog za ponavljanje postupka TRIVA-BELAJEC-DIKA, Gradansko parnično procesno pravo, 1986., 619. Ovo će se djelo u nastavku navoditi kao TRIVA, uz dodatak broja stranice.

⁷ U tom smislu za prijedlog za ponavljanje postupka TRIVA, 619..

⁸ Pravila o nadležnosti isključive su prirode, pa stranke nisu ovlaštene sklopiti ugovor o prorogaciji (*arg. ex 70. ZPP; usp. TRIVA, 620*). U judikaturi je izražen stav (VsH R 347/83 - PSP 11/84-52) da prijedlog za ponavljanje postupka treba podnijeti sudu koji je sudio u prvom stupnju čak i kada zbog promjene pravila o stvarnoj nadležnosti taj sud nije više nadležan suditi u prvom stupnju.

Budući da se zahtjevom traži izmjena pravomoćnog judikata utemeljenog na propisu koji je odlukom Ustavnoga suda ukinut ili poništen, čija je neustavnost ili nezakonitost utvrđena, odnosno za koji je utvrđeno da nije neustavan ili nezakonit, dakle zapravo zbog pogrešne primjene materijalnog ili procesnog prava (u ovisnosti o tome je li judikat čija se izmjena traži procesna ili meritorna odluka), postavlja se pitanje može li se u povodu takve odluke Ustavnog suda tražiti izmjena dispozitivnih judikata koji se temelje na izjavama volje stranaka, koji, dakle, nisu rezultat primjene materijalnog prava, npr. presude na temelju priznanja (331. ZPP) i presude na temelju odricanja (331.a ZPP). Trebalo bi uzeti da se navedene odluke ne bi mogle pobijati zbog pogrešne primjene materijalnoga prava zato što sud prigodom njihova donošenja ne primjenjuje to pravo. Ipak, pogrešna bi primjena materijalnoga prava mogla biti razlogom za izmjenu tih odluka ako je sud koji ih je donio, polazeći od propisa koji je ukinut, poništen, čija je neustavnost ili nezakonitost utvrđena, odnosno za koji je utvrđeno da nije neustavan ili nezakonit, dopustio dispoziciju na kojoj se one temelje, ako tu dispoziciju s obzirom na pravno stanje kakvo je stvoreno ili trebalo biti prema odluci Ustavnoga suda ne bi smio dopustiti.

Presuda zbog ogluhe (331.b. ZPP) i presuda zbog izostanka (332. ZPP) mogle bi se "pobijati" zahtjevom za njihovu izmjenu zbog pogrešne primjene materijalnoga prava zato što se one donose uz primjenu toga prava.

Dispozitivni bi se judikat mogao pobijati zbog pogrešne primjene procesnoga prava ako je odlukom Ustavnoga suda ukinut ili poništen neki propis, odnosno ako je utvrđeno da je on neustavan ili nezakonit ili da nije neustavan ili nezakonit, a sud je donio taj judikat baš postupajući ili ne postupajući po tom propisu, a inače ga ne bi donio.

Nema razloga da se ne traži i izmjena pravomoćne međupresude.

Trebalo bi uzeti da se ne bi mogla tražiti izmjena judikata donesenih u statusnim sporovima u onim slučajevima u kojima se ne bi moglo tražiti ni ponavljanje postupka. To bi trebalo vrijediti i za sve druge sudske odluke koje se ne mogu pobijati prijedlogom za ponavljanje postupka.

3.8. *Pretpostavke za traženje izmjene*

Pretpostavke za traženje izmjene pravomoćne sudske odluke donesene u parničnom postupku dvojake su - procesne i meritorne. O prvima ovisi dopustivost zahtjeva, o drugima njegova osnovanost.

Da bi zahtjev bio dopušten, morale bi svakako biti ispunjene tzv. opće procesne pretpostavke⁹, one koje moraju biti ispunjene prigodom poduzimanja bilo koje stranačke radnje. Posebne procesne pretpostavke za podnošenje zahtjeva trebale bi korespondirati takvim pretpostavkama za traženje ponavljanja postupka: zahtjev bi morao imati propisanu formu i sadržaj, odluka čija se izmjena njime traži mora biti odluka koja se može "pobijati" takvim zahtjevom, zahtjev mora biti podnesen u zakonskom roku, mora se temeljiti na nekom od razloga zbog kojih se u načelu može podnijeti¹⁰, osoba koja ga podnosi mora na to biti procesno legitimirana¹¹.

⁹ O pojmu procesnih pretpostavaka usp. TRIVA, 24. i sl.

¹⁰ Suđeno je da prijedlog za ponavljanje postupka nije dopušten ako nije podnesen ni iz jednog od razloga predviđenih u članku 421. ZPP (VsH Rev 1578/82 - PSP 22/177).

¹¹ O procesnoj legitimaciji tražiti izmjenu pravomoćne sudske odluke v. *supra*.

Podnositelj zahtjeva mora imati pravni interes tražiti izmjenu pravomoćne sudske odluke, jednako kao što takav interes mora imati osoba koja traži ponavljanje postupka. Takav interes ne može se priznati onome koji od prihvaćanja zahtjeva ne bi mogao očekivati povoljniju odluku od one koja se pobija. U tom smislu je u judikaturi zauzet stav da se pravni interes tražiti ponavljanje postupka ne može priznati stranci čiji je zahtjev u cijelosti prihvaćen (VsH Rev 1517/83 - NZp 22-102).

Procesna legitimacija za podnošenje zahtjeva za izmjenu ovisila bi o razlogu zbog kojega se traži izmjena. U slučajevima u kojima se legitimacija priznaje samo osobama koje su predložile pokretanje postupka za apstraktnu kontrolu propisa, i u povodu čije je inicijative sud donio odluku o neustavnosti ili nezakonitosti propisa, legitimaciju bi trebalo priznati i njihovim univerzalnim sukcesorima, ali i singularnim sukcesorima ako je do sukcesije došlo nakon donošenja odluke Ustavnoga suda, zatim potencijalnim jedinstvenim suparničarima jer oni s njima tvore jedinstvenu stranku (201. ZPP), te umješačima koji bi bili ovlašteni samostalno podnijeti prijedlog za ponavljanje postupka (208/2. ZPP).¹²

Postojanje razloga zbog kojega se traži izmjena pravomoćne sudske odluke bilo bi meritorna pretpostavka, pretpostavka o kojoj bi ovisila njegova osnovanost.

3.9. Postupak

3.9.1. Pripremni postupak

Sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda dužan je ispitati pravovremenost,¹³ potpunost¹⁴ i dopuštenost zahtjeva za izmjenu pravomoćne sudske odluke te nepravovremene, nepotpune ili nedopuštene¹⁵ zahtjeve odbaciti rješenjem bez održavanja ročišta (*arg. ex 425. ZPP*).

Ako ga sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća ne odbaci, dužan je dostaviti jedan primjerak zahtjeva protivnoj stranci prema odredbama o tzv. osobnoj dostavi (142. ZPP), koja ima pravo u roku od petnaest dana odgovoriti na zahtjev. Kad sudu stigne odgovor na zahtjev ili kad protekne rok za davanje odgovora, sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća dužni su odrediti ročište za raspravljanje o zahtjevu (*arg. ex 425/2. ZPP*).

Budući da utemeljenost zahtjeva za izmjenu pravomoćne sudske odluke ovisi o postojanju kojega od razloga za traženje izmjene, okolnosti da je Ustavni sud donio

¹² O krugu osoba ovlaštenih predložiti ponavljanje postupka usp. TRIVA, 614.

¹³ Pravovremen je zahtjev koji je podnesen u zakonskom roku (*arg. ex 358/2. ZPP*).

¹⁴ Potpun bi bio zahtjev koji, pored podataka koje mora sadržavati svaki podnesak (106. ZPP), sadrži oznaku pravomoćne sudske odluke čija se izmjena traži, potpis podnositelja, zakonsku osnovu za traženje izmjene, navode o okolnostima da je podnesen u zakonskom roku, dokaze kojima se potkrjepljuju navodi o tim okolnostima (*arg. ex 351., 424/2., 425/1. ZPP*).

¹⁵ Zahtjev bi bio nedopušten ako bi ga podnijela osoba koja nije ovlaštena na podnošenje žalbe, ili osoba koja je odustala od zahtjeva, ili osoba koja nema pravnog interesa za podnošenje zahtjeva (*arg. ex 358/3. ZPP*). Treba uzeti da bi zahtjev bio nedopušten i ako bi nedostajala koja druga od općih pozitivnih procesnih pretpostavaka koje bi se ticale suda (apsolutna nadležnost), stranaka (stranačka i parnična sposobnost, uredno zastupanje) ili predmeta spora (formalna i sadržajna urednost zahtjeva, da se ne radi o zahtjevu u povodu kojega već teče postupak ili o kojemu je već pravomoćno odlučeno). Usp. TRIVA, 26, 27.

određenu odluku o ustavnosti odnosno zakonitosti nekog propisa čijom je primjenom povrijeđeno neko pravo podnositelja zahtjeva, parnični bi sud bio dužan prigodom donošenja odluke o zahtjevu ocjenjivati bi li primjenom materijalnoga ili procesnoga prava u skladu s odlukom Ustavnoga suda - u ovisnosti o tome je li Ustavni sud ocjenjivao ustavnost ili zakonitost materijalnog ili procesnog propisa - bila donesena povoljnija odluka za podnositelja zahtjeva. Ako takva odluka ne bi bila donesena, ne bi bilo povrede prava podnositelja, zbog čega bi nedostajao bitan element njegove legitimacije za traženje izmjene pravomoćne odluke. Stoga bi sud bio ovlašten raspravljati o zahtjevu za izmjenu pravomoćne odluke spojiti s raspravljanjem o glavnoj stvari (*arg. per analogiam ex 425/3. ZPP*).¹⁶

3.9.2. *Raspravljanje o osnovanosti zahtjeva za izmjenu pravomoćne odluke*

Ročište za raspravljanje o zahtjevu za izmjenu pravomoćne odluke drži se pred sućem pojedincem, odnosno predsjednikom vijeća prvostupanjskog suda, osim ako raspravljanje o prijedlogu nije spojeno s raspravljanjem o glavnoj stvari (*arg. per analogiam ex 426. ZPP*). Ročište će se održati i ako izostanu obje stranke. Svojim dispozicijama stranke ne mogu dovesti do mirovanja postupka (*arg. iz 216/1. ZPP*).¹⁷ Na ročištu se može raspravljati samo o razlogu zbog kojega je zahtjev za izmjenu pravomoćne odluke podnesen. Nakon održanog ročišta za raspravljanje o prijedlogu sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda donosi odluku o prijedlogu, osim ako se razlog za izmjenu odnosi isključivo na postupak pred višim sudom (*arg. ex 427/1. ZPP*). U rješenju kojim se dopušta ponavljanje postupka treba izreći da se ukida odluka donesena u prijašnjem postupku (*iudicium rescindens*) (*arg. ex 427/2. ZPP*).

Sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda može odrediti ročište za glavnu raspravu tek nakon pravomoćnosti rješenja kojim se dopušta ponavljanje postupka, ali u tom rješenju može odlučiti da se odmah započne s raspravljanjem o glavnoj stvari. Na novoj glavnoj raspravi stranke mogu iznositi nove činjenice i nove dokaze. (427/3. ZPP).

Protiv rješenja kojim se dopušta ponavljanje postupka nije dopuštena posebna žalba ako je sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća odlučio da odmah otpočne raspravljanje o glavnoj stvari (427/4. ZPP). Ako je sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća dopustio ponavljanje postupka i odlučio da se odmah raspravlja o glavnoj stvari, rješenje kojim se dopušta ponavljanje postupka i ukida odluka donesena u prijašnjem postupku unosi se u odluku o glavnoj stvari (427/5. ZPP).

Sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća rješenjem odbijaju neosnovani zahtjev, osim ako se o osnovanosti zahtjeva ne odlučuje zajedno s glavnom stvari, u kom slučaju u predmetima iz nadležnosti vijeća vijeće odlučuje o odbijanju zahtjeva.

Nakon provedenog raspravljanja o glavnoj stvari sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća donose novu odluku, koja može biti procesna ako se njome postupak

¹⁶ Prema odredbi članka 425. stavka 3. ZPP, ako se ponavljanje postupka zahtijeva zbog novih činjenica i novih dokaza (421/1.10) sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća može raspravljanje o prijedlogu spojiti s raspravljanjem o glavnoj stvari.

¹⁷ Usp. za postupak u povodu prijedloga za ponavljanje postupka TRIVA, 621.

okončava bez meritorne odluke (odluka o odbacivanju tužbe, odluka kojom se konstatira povlačenje tužbe, odluka o obustavi postupka) ili meritorna ako se njome odlučuje o osnovanosti zahtjeva (*iudicium restitutorium*).

Ako se razlog za izmjenu odnosi isključivo na postupak pred višim sudom, npr. stoga što je tek viši sud, odlučujući u povodu pravoga lijeka, primijenio ili odbio primijeniti propis o čijoj je ustavnosti ili zakonitosti odlučio Ustavni sud, sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda će nakon održanog ročišta za raspravljanje o zahtjevu dostaviti predmet tom višem sudu radi donošenja odluke o osnovanosti zahtjeva (428/1. ZPP). Kad predmet stigne višem sudu, postupak se provodi po pravilima o postupku pred drugostupanjskim sudom u povodu žalbe (361. ZPP), što znači da će se (najprije) odrediti sudac izvjestitelj. O zahtjevu za izmjenu pravomoćne odluke viši sud odlučuje bez rasprave (428/2. ZPP).¹⁸ Kad viši sud ustanovi da je opravdan razlog za izmjenu odluke i da nije potrebno održati novu glavnu raspravu, ukinut će svoju odluku, a i odluku višeg suda ako takva postoji, i donijeti novu odluku o glavnoj stvari (428/3. ZPP) (*iudicium restitutorium*).

3.10. Pravna kvalifikacija zahtjeva za izmjenu pravomoćne odluke

Zahtjev za izmjenu pravomoćne odluke može se, analogno kao i prijedlog za ponavljanje postupka, kvalificirati kao ograničen, izvanredni, dvostran, nesuspendivan, u pravilu remonstrativan pravni lijek stranaka protiv sudskih odluka kojima je postupak pravomoćno završen, bez obzira na to je li do pravomoćnosti došlo nakon korištenja redovnih pravnih lijekova ili nezavisno od njih (*arg. ex 421. ZPP*).¹⁹ Za razliku od ponavljanja postupka, taj bi pravni lijek u pravilu bio dopušten zbog pogrešne primjene materijalnog i procesnog prava.

Budući da se ponovnom raspravljanju i odlučivanju o predmetu o kome je pravomoćno odlučeno suprotstavlja pravomoćnost odluke u toj stvari (*ne bis in idem*), prethodno je eliminiranje pravomoćne odluke nužno da bi se moglo ponovno suditi u istoj stvari.²⁰ Stoga je postupak u povodu zahtjeva za izmjenu pravomoćne odluke složen utoliko što se provodi u tri stadija - prvom, u kojem se isputuje pravovremenost, potpunost i dopuštenost zahtjeva, drugom, u kojemu se odlučuje o njegovoj osnovanosti, i koji se u pravilu okončava odlukom o prihvatanju zahtjeva i ukidanju "pobijane" odluke (*iudicium rescindens*) ili odlukom o odbijanju zahtjeva, te trećem, koji se provodi ako se zahtjev prihvati i u kojemu se odlučuje o dopustivosti tužbe i osnovanosti tužbenog zahtjeva (*iudicium restitutorium*).

Postupak za izmjenu pravomoćne odluke pokreće se samo zahtjevom ovlaštene osobe, u pravilu stranke. Podnositelj može od njega odustati sve dok sud o njemu ne donese odluku (*arg. ex 349*).²¹

¹⁸ Suđeno je da kad viši sud donese rješenje o prijedlogu za ponavljanje postupka, ono je rješenje suda drugog stupnja kojim je postupak pravomoćno završen. Zato se protiv njega može izjaviti revizija, a ne žalba (VsH Rev 253/91 - IO 1993/275). Nema razloga da se ovaj stav ne primijeni i u povodu zahtjeva za izmjenu pravomoćne odluke.

¹⁹ Usp. za ponavljanje postupka TRIVA, 612.

²⁰ Za ponavljanje postupka usp. TRIVA, 613.

²¹ Usp. za ponavljanje postupka TRIVA, 613.

U povodu zahtjeva odlučuje se samo o razlozima zbog kojih je podnesen. Na podnositelju je teret dokazivanja o postojanju prepostavaka za dopustivost i osnovanost zahtjeva. Pravila o pretpostavkama za dopustivost zahtjeva kogentne su prirode, zato pri odlučivanju o njegovoj osnovanosti nema mjesta sudskoj nagodbi, dispozitivnim odlukama, a ni mirovanju postupka.²²

4. Zaključne napomene

Zahtjev za izmjenu pravomoćne sudske odluke u povodu odluke Ustavnog suda o ustavnosti ili zakonitosti nekog propisa ili pojedine njegove odredbe složeno je pravno sredstvo čije je značenje potencijalno veliko. Njime se na razini pravnoga poretka kao cjeline postiže viša razina ustavnosti, zakonitosti i pravne sigurnosti te posredno "obuzdavaju" zakonodavna i izvršna vlast kao vlasti koje su ovlaštene donositi opće pravne norme; na provedbenoj razini njime se omogućava potpunija zaštita prava pojedinih pravnih subjekata od pravnih posljedica primjene neustavnih odnosno nezakonitih propisa, realizacija ustavnosti i zakonitosti pravnoga poretka *in concreto*. *De lege ferenda*, bit će potrebno preispitati neujednačenost pristupa u određivanju pretpostavaka za korištenje toga pravnog sredstva, osobito načina na koji se određuje legitimacija za njegovo podnošenje zbog pojedinih od razloga zbog kojih se to može učiniti.

Relativno nedovoljno korištenje toga pravnog sredstva treba pripisati okolnosti da je ono zapravo nepoznato široj pravnoj javnosti te da nije dovoljno provjereno u praksi. Valja očekivati da će povećanjem opće svijesti o važnosti ustavnosudske zaštite te refleksnih prava koja za pravne subjekte nastaju u povodu odluka toga suda u postupcima pred sudovima i drugim tijelima porasti i praktično značenje zahtjeva za izmjenu pravomoćnih sudskih odluka kao specifičnog pravnog lijeka zbog izvanrednog pravnog lijeka zbog kvalificirane "pogrešne primjene" materijalnoga i procesnoga prava.

Summary

REVISION OF ENFORCEABLE COURT DECISIONS DELIVERED IN CIVIL PROCEDURE ON BASIS OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS ON UNCONSTITUTIONALITY OR ILLEGALITY OF REGULATION

The Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia (Official Gazette no. 49/2002) provides for a complicated extraordinary legal remedy against enforceable court decisions on the ground of "wrongful application" of material and procedural law - a request for revision of enforceable court decision on basis of the Constitutional Court decision on constitutionality and legality of a certain regulation or some of its provisions. This legal remedy enables a certain category of

²² Za ponavljanje postupka usp. TRIVA, 613.

legal subjects who have been affected by application of an unconstitutional law, or unconstitutional or illegal by-law, or by non-application of a constitutional and legal by-law, to demand, among other things and with adequate application of rules on procedural renewal, a revision of enforceable court decision by which a civil procedure has ended. This article analyses grounds for using this legal remedy, and it aims to define a circle of subject with legitimate right to institute this procedure as well as the procedure to be followed in these cases.

Key words: *revision of enforceable decision, renewed procedure, revocation and nullification of regulation, Constitutional Court.*

Zusammenfassung

ÄNDERUNG RECHTSKRÄFTIGER ENTSCHEIDUNGEN, DIE IN EINEM GERICHTSVERFAHREN ANLÄSSLICH EINER ENTSCHEIDUNG DES VERFASSUNGSGERICHTS ÜBER NICHT VERFASSUNGSMÄSSIGE BZW. UNGESETZLICHE VORSCHRIFTEN GEFÄLLT WURDE

Durch das Verfassungsgesetz über das Verfassungsgericht der Republik Kroatien (NN 49/02) wurde ein kompliziertes außerordentliches Rechtsmittel gegen rechtskräftige Gerichtsentscheidungen wegen „falscher Anwendung“ des materiellen und Prozessrechts impostiert - die Forderung einer Änderung der rechtskräftigen Gerichtsentscheidung anlässlich der Entscheidung des Verfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit einer bestimmten Vorschrift oder ihrer einzelnen Bestimmungen. Mit diesem Rechtsmittel wird es bestimmten Kategorien von Rechtssubjekten, die von der Anwendung eines nicht verfassungsmäßigen Gesetzes oder einer nicht verfassungs- und nicht gesetzmäßigen anderen Vorschrift betroffen sind, bzw. von der Nichtanwendung einer verfassungsmäßigen und gesetzmäßigen Vorschrift, ermöglicht, u.a. im Gerichtsverfahren unter der entsprechenden Anwendung der Regel zur Wiederholung des Verfahrens die Änderung der Gerichtsentscheidung zu verlangen, durch die dieses Verfahren rechtskräftig abgeschlossen wurde. In der Arbeit werden die Gründe zur Beantragung dieses Rechtsmittels analysiert und versucht den Kreis der Subjekte, die dazu berechtigt sind, sowie die Prozedur wonach darüber entschieden wird zu definieren.

Schlüsselwörter: *Änderung einer rechtskräftigen Entscheidung, Wiederholung des Verfahrens, Aufhebung und Löschen der Vorschrift, Verfassungsgericht.*

Sommario

**MODIFICA DI DECISIONI GIUDIZIALI ESECUTIVE ADOTTATE
NEL PROCESSO CIVILE SUL FONDAMENTO DI DECISIONI
DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE SULL'INCOSTITUZIONALITÀ
RELATIVA ALL'ILLEGITTIMITÀ DELLA REGOLAMENTAZIONE**

La Legge costituzionale sul Tribunale costituzionale della Repubblica di Croazia (*Narodne Novine*, n. 49/2002) prevede un complicato rimedio legale straordinario contro decisioni giudiziali esecutive sul fondamento dell'“errata applicazione” del diritto sostanziale e processuale - una richiesta di modifica della decisione giudiziale esecutiva sul fondamento della decisione del Tribunale costituzionale sulla costituzionalità e legittimità di una determinata regolamentazione o di alcune sue disposizioni. Questo rimedio legale consente a certe categorie di soggetti giuridici che sono stati colpiti dall'applicazione di una legge incostituzionale, ovvero da una regolamentazione incostituzionale o illegittima, ovvero dall'inapplicazione di una regolamentazione costituzionale e legittima, di chiedere, nel processo civile, tra le altre cose e con appropriata applicazione delle regole sulla rinnovazione del processo, una modifica della decisione giudiziale esecutiva attraverso la quale è concluso il processo civile. In questo lavoro si analizzano i fondamenti per l'utilizzazione di questo rimedio legale, e si cerca di definire una serie di soggetti con diritto legittimo di attivare questa procedura così come quella da seguire in questi casi.

Parole chiave: *modifica di decisione esecutiva, rinnovazione del processo, revoca e annullamento della regolamentazione, Tribunale costituzionale.*

UZ DESETOGODIŠNJICU DIREKTIVE 93/13/EEC O NEPRAVIČNIM UGOVORNIM ODREDBAMA

Dr. sc. Nevenko Misita, redoviti profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu
BiH

UDK: 347.440.66::366.54
Ur.: 30. prosinca 2003.
Pr.: 30. siječnja 2004.
Izvorni znanstveni članak

Pitanje pravičnosti uvjeta pod kojima se obavlja promet roba i usluga na tržištu je nerazdvojni suputnik stoljetne evolucije ugovornog prava. Prilog se bavi jednim aspektom tog fenomena, onim vezanim za ugovore koje zaključuju profesionalni sudionici tržišne razmjene i individualni potrošači - najčešće: standardni ugovori, odnosno opći uvjeti poslovanja. U središtu pažnje je direktiva Europske zajednice posvećena pravičnosti ovakvih ugovora, usvojena prije desetak godina (Direktiva 93/13/EEC), a koja zaštitu potrošača etablira kao jedan od svojih ciljeva. Analiza ovog komunitarnog propisa provedena je osvrtom na njegova osnovna rješenja, kao i način njihove transpozicije u pravo država članica, uključujući i odgovarajuće uporedno-pravne aspekte. Dotaknut je i fenomen sadržajnog "razvodnjavanja" Direktive, prvenstveno iz ugla zaštite potrošača. S tim u vezi detaljnije su analizirani i brojni izuzeci, s obzirom na tzv. minimalni karakter ove harmonizacijske mjere. Zaključnim napomenama prilog uspostavlja vezu između predmeta analize i sve aktualnije rasprave o mogućnostima, potrebi i sredstvima uspostavljanja "europskog" ugovornog prava.

Ključne riječi: komunitarno pravo, standardni ugovori, pravičnost, zaštita potrošača.

Uvod

I. Neposredni povod

U ambijentu kakav je evropskopравни, sa svojom hiljadugodišnjom pravnom istorijom i građanskim zakonima višestoljetnog važenja, desetak godina postojanja jednog pravnog akta, kojeg tek uslovno možemo nazvati zakonskim, teško da zavređuje posebnu pažnju. Ipak, ako iza njega stoji specifičan društveno-ekonomski i politički kontekst, i ako je materija koju pravno uređuje od nesumnjivog značaja, onda i takav akt može biti ilustracija maksime o pravilu i izuzetku. Drugim riječima, u takvim okolnostima i deset godina postojanja može biti jubilej kojeg vrijedi notirati.

Po mom dubokom uvjerenju upravo takav tretman zavređuje Direktiva 93/13/EEC¹ o nepravničnim odredbama u potrošačkim ugovorima (ubuduće i "Direktiva"). Razlozi za ovo brojni su, uključujući i činjenicu da je evropska doktrina njenoj analizi posvetila stotine članaka i desetine monografija, iza kojih stoji ne manji broj naučnih i stručnih skupova. Uz prigodno uopštavanje, u onom što je do sada rečeno o ovom komunitarnom propisu uočljiva su dva pristupa: jedan koji ga generalno podržava, i drugi koji ga, uslovno rečeno, ne manje generalno napada. Kao što to često biva, iza ključnih argumenata oba pristupa naziru se i nacionalno-pravno intonirana polazišta, koja u interpretaciji pojedinih autora ukazuju i na dublja filozofskopravna, odnosno ideološka ishodišta.

Prije svega, dio autora² drži da je u ovom slučaju komunitarnom zakonodavcu nedostajalo neophodno ustavno³ ovlašćenje za djelovanje. Najkraće, ističe se da su Direktivom obuhvaćeni nacionalni propisi koji nisu prepreka slobodnom prometu robe, tj. segment ugovornog prava vezan za potrošače koji se u nacionalnim pravnim porecima i faktički i pravno (*in fact and in law*) primjenjuje na isti način na domaće i uvozne proizvode. A u mjeri u kojoj su takvi, nacionalni pravni režimi nisu podobni niti za tzv. negativnu harmonizaciju niti za tzv. pozitivnu harmonizaciju. Kao što je poznato, u komunitarnom pravnom diskursu se pod prvim podrazumijeva ukidanje prepreka slobodnom kretanju proizvoda na jedinstvenom, odnosno unutrašnjem tržištu Zajednice djelovanjem Evropskog suda (ubuduće i "Sud"), a pod drugim intervencijom komunitarnog zakonodavca. Sa svoje strane, Evropski sud može efikasno djelovati u smislu negativne harmonizacije samo ako se ispostavi da nacionalni propisi nisu opravdani: a) kao izuzetak izričito predviđen Ugovorom⁴, a to se na primjer odnosi na čl. 30, ex čl. 36, ili b) kao jedan od tzv. imperativnih zahtjeva u smislu tzv. *Cassis* judikature Suda.⁵ Ili, kako bi mnogi rekli, u smislu pravila ili doktrine razumnog.

U osnovi isto vrijedi i za odredbu Ugovora pozivom na koju je Direktiva usvojena, a to je čl. 100a, sada čl. 95, gdje je postojanje prepreka nesmetanom prometu robe na unutrašnjem tržištu takođe preduslov za harmonizaciju nacionalnih propisa. Kratko rečeno, odredbe Ugovora ne dopustaju Zajednici "da se petlja u nacionalno ugovorno pravo".⁶

¹ OJ L 95/29/93.

² Uz ostale, vidi Carney, Tom, The Unfair Terms in Consumer Contracts Directive: An Unconstitutional Transposition in the Republic of Ireland?, *Consum. L.J.*, str. 94-102 (ubuduće: Carney, 1996)

³ U radu se pojam ustava, i uobičajene izvedenice, koriste bez navodnika. Razloge tome, uz odgovarajuća upućivanja, izložio sam u Misita, Nevenko, Osnovi prava Evropske Unije, COLPI i Magistrat, Sarajevo, 2002, osobito str. 216 (ubuduće: Misita, 2002).

⁴ Ako drugačije nije istaknuto, ili ako na to ne upućuje kontekst, "Ugovor" podrazumijeva Ugovor o Evropskoj zajednici (do Mاستrihtskih amandmana: Evropska *ekonomska* zajednica). Takođe, odredbe ovog Ugovora se navode samo po broju člana, uz navođenje pred-Amsterdamske numeracije (na primjer, čl. 28, ex čl. 30).

⁵ Uz ostale, tim povodom Misita, Nevenko, Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice, Pravni centar Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo, 1997, str. 149 i sl. (ubuduće: Misita, 1997).

⁶ Carney, 1996, str. 98.

Po mišljenju drugih⁷, ovaj argument stoji na labavim nogama. Ovo ne samo u mjeri u kojoj bi, pozivom na opšte ciljeve Ugovora, bilo moguće dokazivati generalni primat pozitivne u odnosu na negativnu harmonizaciju, nego i s obzirom na konkretni ustavni osnov Direktive, tj. čl. 95, ex čl. 100a. U suštini, argument se svodi na sljedeće. Ako se poveže sa mjerodavnim odredbama uvodnog dijela Ugovora koje govore o ciljevima Evropske zajednice i instrumentima njegovog ostvarivanja, a prije svih o uspostavljanju unutrašnjeg tržišta - čl. 14, ex čl. 7a, odredba čl. 95 ne samo da komunitarnom zakonodavcu nudi mogućnost harmonizacije ugovornog prava u oblasti potrošačkih ugovora, nego ga na to i poziva, ako već ne i obavezuje.⁸ Takođe, za razliku od čl. 94, ex čl. 100, koji kao uslov za djelovanje komunitarnog zakonodavca traži da nacionalni propisi koji se žele ujednačiti “neposredno” utiču na uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkog tržišta, čl. 95, ex čl. 100a, ne postavlja uslov “neposrednog” uticaja.

Bilo kako bilo, Direktiva je tu kao dio komunitarnog prava, te osobene nadnacionalne i transnacionalne tvorevine⁹, čiji uticaj na prava država članica Evropske unije, ali i svih drugih koje su s njom uspostavile tješnju privrednu saradnju, nije sporan. Šta više, možda je značaj ovog komunitarnog propisa naglašeniji u zemljama koje se trude da se što je moguće prije “kvalifikuju” za pridruženi status i eventualno članstvo u Evropskoj uniji. A to, kao što je opštepoznato, podrazumijeva ne samo preuzimanje postojećeg korpusa komunitarnih propisa nego i odgovarajuću institucionalnu podršku *primjeni* tako usvojenih pravila. Ovo opet znači da svaki segment komunitarnog pravnog poretka treba detaljnije upoznati - bez toga njegova korektna implementacija jednostavno nije moguća.

2. Bliže predmetu i analitičkom okviru

Pitanje pravičnosti ugovornih odredbi zasjeca u same temelje kapitalističkog poimanja slobode poduzetništva i slobodnog tržišta. Utoliko, ono dotiče osnovne principe ugovornog prava, kako u njegovoj nacionalnoj tako i međunarodnoj javnoj ili privatnoj dimenziji. Otud nastojanja na usklađivanju nacionalnih pravnih režima u ovoj oblasti na nivou Evropske zajednice, odnosno Evropske unije, izazivaju živu i na momente krajnje politiziranu raspravu.

Argumenti iznijeti tim povodom su raspoređeni u širokom luku. Njegov početak je u znaku svojevrsne *egzaltacije* pred mogućom unifikacijom evropskog ugovornog prava,¹⁰ odnosno šansom koju taj pothvat nudi za dalju socijalizaciju ugovornog,

⁷ Uz ostale, vidi Doyle, Alan, Unfair terms: no unconstitutional transposition, (1999) Consum. L.J., str. 7-14 (ubuduće: Doyle, 1999).

⁸ Doyle, 1999, str. 11 i sl.

⁹ Generalni uvid u pravo EZ/EU, uz ostale, nude: Craig, Paul/de Búrca, Gráinne, EU Law: Text, Cases, and Materials, 3rd ed, Oxford University Press, Oxford, 2003; Hartley, T. C., The Foundations of European Community Law, 5th ed., OUP, Oxford, 2003; Shaw, Jo, Law of the European Union, 3rd ed., Palgrave, Basingstoke, 2000. Vidi i Rodin, Siniša, Pravni sustav i institucije Evropske zajednice, Zagrebačka poslovna škola, Zageb, 1990; Vukadinović, Radovan, Pravo Evropske Unije, drugo izd., Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1996; Mista, 2002.

¹⁰ “Prvi korak u tom pravcu” - Hondius, Ewoud, EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Towards a European Law of Contract, (1994) Journal of Contract Law, str. 34-52, str. 43 (ubuduće: Hondius, 1994). Vidi i Collins, Hugh, Good Faith in European Contract Law, (1994) Oxford Journal of Legal Studies, str. 229-254, str. 245 (ubuduće: Collins, 1994).

odnosno privatnog prava.¹¹ A na drugom kraju je manje-više otvorena *indignacija* nad prijetnjom koju takva intervenionističko-socijalistička regulacija predstavlja - kako za sistemsko jedinstvo nacionalnog privatnog prava, tako i liberalno kapitalističko poimanje slobode ugovora, ako već ne i za temelje "Zapadne demokratije".¹²

Sâm fenomen standardnih ugovora, odnosno opštih uslova poslovanja ili opštih uslova (formularnih) ugovora, podrazumijeva niz otvorenih pitanja.¹³ Ne isključujući drugačiji pristup, većinu je moguće svesti na sljedeća tri: pitanje *inkorporacije*, pitanje *interpretacije* i pitanje *pravičnosti*.¹⁴ U prvom slučaju su dileme vezane za transformaciju pravnog režima kojeg je stvorila jedna strana, dakle opštih ili standardnih uslova, u sastavni dio konkretnog, pojedinačnog ugovora. U drugom slučaju dileme su vezane za primjerenost upotrebe standardnih metoda tumačenja ugovora u ovakvim situacijama. U trećem, pak, u prvom planu je problem ugovorne ravnoteže, odnosno pravičnosti rješenja sadržanih u ovakvim ugovorima.

U ovom kontekstu se u pravu država članica, a na tom tragu i u pravnoj teoriji, koristi niz izraza. Tako, govori se o standardnim ugovorima (*standard contract*), ugovorima po pristupu ili adhezionim ugovorima (*contrat d'adhesion*), opštim uslovima poslovanja (*allgemeine Geschäftsbedingungen; conditions générales du contrat; cláusulas contratuais gerais*), ali i opštim uslovima formularnih ugovora,

¹¹ Vidi Wilhelmsson, Thomas (1995), *Social Contract Law and European Integration*, Dartmouth, Aldershot, 1995, str. 65 (ubuduće: Wilhelmsson, 1995).

¹² Tako Brandner, Hans, Erich/Ulmer, Peter, *The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission*, (1991) CML Rev, str. 647-662. Vođeni tom idejom neki dovode u pitanje ustavnost nacionalnih propisa o implementaciji Direktive 93/13/EEC, povodom Irske vidi Carney, 1996.

¹³ Pristupni uvid nude: Hondius, E., *Unfair Terms in Contract Law*, Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Utrecht, 1987; Bourgoignie, Th. (ed.), *Unfair Terms in Consumer Contracts*, Cabay/Bruylant, Luvain-la-Neuve, 1983; Brownsword, R./Howells, G./Wilhelmsson, Th. (eds.), *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth, Aldershot, 1994 (ubuduće: Brownsword i dr., 1994); Wilhelmsson, Thomas, *Standard Form Conditions*, u Hartkamp, Arthur i dr. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Second ed., Kluwer, 1998, str. 255-266 (ubuduće: Wilhelmsson, 1998). Vidi i Goldštajn, Aleksandar, *Opći uvjeti poslovanja u međunarodnoj i unutrašnjoj trgovini*, Informator, Zagreb, 1970; Vilus, Jelena, *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Savremena administracija, 1976; Perović, S., uz članove 142-144, u Perović S./Stojanović D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet Kragujevac, 1980; Vilus, J., komentar uz čl. 142-144, u Blagojević, B.T./Kruj, V, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1983.; Ledić, Dragutin, *Kontrola općih uvjeta poslovanja i zaštita potrošača u ugovorima o prodaji*, Pravni fakultet Banjaluka, Centar za stručno usavršavanje i saradnju s udruženim radom, 1987. Bliže predmetu ovog priloga: Posebno izdanje *European Review of Private Law*, Vol 3, No 2, 1995; Izvještaj Evropske komisije - COM(95) 500 final; Konferencija - The "Unfair Terms Directive": 5 years on - 1/3 July 1999, dostupno na http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_en.htm; Izvještaj Evropske komisije - COM(2000) 248 final. Vidi i Vilus, Jelena, *Nekorektna klauzule u ugovorima sa potrošačima*, (1996) *Strani pravni život*, br. 1-3, str. 131-145; Misita, 1997, str. 149 i sl.; Slakoper, Zvonimir, *Nevaljalost pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2001, str. 181-208 (ubuduće: Slakoper, 2001); Baretić, Marko, *Zaštita potrošača u Europskoj zajednici*, u Gavella, Nikola et al. (eds.), *Europsko privatno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2002, str. 147 i sl.; Petrić, Silvija, *O problemu nepravednih odredaba potrošačkih ugovora u pravu Evropske zajednice i pravu Bosne i Hercegovine*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru*, 2002, str. 197-230 (ubuduće: Petrić, 2002).

¹⁴ Vidi Wilhelmsson, 1998.

opštim ugovornim standardima (*general contractual standards*) ili opštim ugovornim klauzulama (*general contractual clauses*). Ono što je kod toga uočljivo jeste da se mnogi od navedenih izraza često koriste kao sinonimi, odnosno pri njihovoj upotrebi se ne vrši odgovarajuće pojmovno razlikovanje.¹⁵

Ovaj prilog nema ambiciju da ovim povodom "uvodi red". Tim prije što se i pored nezanemarljivih pravnosistemskih i praktičnih posljedica upotrebe različite terminologije u ovom kontekstu, evropska doktrina *generalno slaže* o predmetu regulacije u slučaju ove Direktive. Ili, kako bi rekao Hondius, pojam "ugovorna odredba o kojoj nije pojedinačno pregovarano" jeste "dobro znan, iako obično pod različitim nazivima".¹⁶ Konačno, Direktiva nije ni prvi ni zadnji transnacionalni pravni akt koji će se u svakom pojedinačnom pravnom sistemu *čitati, razumijevati i primjenjivati* u skladu sa "lokalnom" pravnom tradicijom. A to je, kako bi mnogi rekli, neizbježna posljedica činjenice da je (i) pravo kulturni fenomen.¹⁷

Jelena Vilus, bez sumnje jedan od najkompetentnijih autora kada je u pitanju materija o kojoj je ovdje riječ na našim prostorima¹⁸, povodom ove Direktive koristi izraz "nekorektne" ugovorne odredbe, odnosno klauzule.¹⁹ Istim izrazom, manje ili više dosljedno, služe se i drugi autori, dok se dio opredijelio za izraze "nepravedne"²⁰ ili "nepoštene"²¹ ugovorne odredbe, odnosno klauzule. Ovaj prilog, međutim, ostaje kod izraza "nepravlične" ugovorne odredbe.²² Time se ne dovodi u pitanje mogućnost upotrebe izraza kojima se služe drugi autori (nekorektno, nepravedno, nepošteno ...). Jednostavno, čini mi se da je suštini onog čime se Direktiva bavi, odnosno onog što bi da postigne u ugovornim odnosima, bliži izraz pravično.

Konačno, premda materija o kojoj je ovdje riječ gotovo "sirenski" priziva osvrt na rješenja iz Zakona o obligacionim odnosima SFRJ iz 1978., on će u narednim redovima izostati. Dva su razloga za to. Sa jedne strane, paralelu između Direktive i odgovarajućih rješenja Zakona o obligacijama SFRJ već sam ponudio u tekstu objavljenom sredinom 90-ih.²³ Uz to, kritička analiza postojećih rješenja u čl. 142-144 ZOO, upravo iz ugla Direktive, karakteriše i novija doktrinarna nastojanja.²⁴ Sa

¹⁵ Uz ostale, ovim povodom Pinto Monteiro, António, *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, (1995) *European Review of Private Law*, str. 231-40, str. 235-36. (ubuduće: Pinto Monteiro, 1995). Instrukivan osvrt nudi i Petrić, 2002, str. 203 i sl.

¹⁶ Hondius, Ewoud, *The Reception of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts by Member States*, (1995) *European Review of Private Law*, str. 214-55, str. 245 (ubuduće: Hondius, 1995).

¹⁷ Uz ostale, vidi Lagrand, Pjere., *Against a European Civil Code*, (1997) *ML Rev.*, 44 i sl.; Legrand, Pjere, *European Legal Systems are Not Converging*, (1996) *ICLQ*, str. 52-81

¹⁸ To jest na prostoru bivše SFRJ.

¹⁹ Vilus, 1996.

²⁰ Npr., Petrić, 2002; Slakoper, 2001.

²¹ Npr., Miladin, Petar, *Ugovaranje klauzula s paušalnim zahtjevima za naknadu štete i klauzula o ugovornoj kazni (Pld-klauzule) putem općih uvjeta poslovanja i među trgovcima*, *Zbornik PFZ* (6), str. 1285-1323, str. 1291 i sl. (ubuduće: Miladin, 2002).

²² Kojim se služim i u Misita, 1997.

²³ Misita, Nevenko, *A propos the Unfair Contract Terms Directive*, (1995) *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, str. 38-61.

²⁴ U kontekstu hrvatskog prava, uz ostale, Slakoper, 2001, str. 194 i sl.; Miladin, 2002, str. 1293 i sl.

druge strane, kao što je nagoviješteno na početku uvodnih napomena, vjerujem da i čisto "komunitarni" pristup opravdava ovaj prilog. Dakle, uporednopravna analiza rješenja u zakonima o obligacijama novonastalih država na prostoru bivše Jugoslavije, odnosno njihovih zakona o zaštiti potrošača²⁵, ostaje za neki budući prilog.

3. *Preostali dio teksta*

U onom što slijedi proteklo desetljeće Direktive će biti predstavljeno na sljedeći način. Prvi segment je posvećen nastanku i ciljevima ovog komunitarnog propisa, sa posebnim osvrtom na pitanje njegovog utemeljenja u Ugovoru o EZ, te zaštiti potrošača kao njegovom cilju. Naredni se segment bavi pitanjem predmeta regulisanja, pri čemu je nešto više svjetla bačeno na pitanja statusa usmenih sporazuma, prinudnih propisa i tzv. autonomne regulacije, ugovora u oblasti javnih usluga, kao i izuzetku povodom ugovornih odredbi o predmetu i cijeni. Uz to, dat je i osvrt na pitanje uloge opštih pravila ugovornog prava u ovom kontekstu. Kratak pogled na Direktivu iz ugla subjekata regulisanja dat je u trećem segmentu.

Centralni dio priloga govori o pojmu pravičnosti, odnosno načinu na koji ga elaborira Direktiva. Tu je, pak, posebna pažnja posvećena načinu na koji je formulisana tzv. generalna klauzula, odnosno kriterijumi na kojima počiva, kao i statusu i sadržini "liste" date u Aneksu Direktive. Naredni segment bavi se principom transparentnosti u smislu mjerodavnih odredbi Direktiva, a slijedi ga segment posvećen sankciji koju Direktiva veže uz nepravilne ugovorne odredbe. Konačno, prilog završava sa nekoliko napomena koje podcrtavaju osnovne momenat u vezi sa predmetom analize i sve to dovode u vezu sa aktuelnim nastojanjima na planu konstituisanja "evropskog" ugovornog prava.

1. *Nastanak i ciljevi Direktive*

Odlučivši se da ujednači one segmente ugovornog prava koji su bitni za uspješno funkcionisanje jedinstvenog tržišta i kao takvi značajni za zaštitu potrošača,²⁶ Savjet ministara Evropske zajednice (ubuduće i "Savjet") je početkom 90-ih usvojio Direktivu o nepravilnim odredbama u potrošačkim ugovorima.²⁷ U odnosu na većinu

²⁵ U slučaju BiH riječ je o (državnom) Zakonu o zaštiti potrošača iz 2002, Sl. glasnik BiH, br. 17/02, u kojem su mjerodavne odredbe date u članovima 111-114, u poglavlju XIX, naslovljenom sa "Ugovorne odredbe". Kritički o rješenjima ovog zakona Petrić, 2002. Sa svoje strane, hrvatski Zakon o zaštiti potrošača iz 2003, Narodne novine br. 96/03, isto pitanje uređuje odredbama članova 81-88, u glavi čiji naslov je "Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima". Kritički osvrt na rješenja ovog zakona Miladin, 2002, str. 1294 i sl. (autor ima u vidu tekst nacrtu s početka 2002.).

²⁶ Generalno povodom zaštite potrošača u EU: Reich, Norbert, *Europäisches Verbraucherschutzrecht, Nomos, Baden-Baden, 1993*; Howells, Geraint/Wilhelmsson, Thomas, *EC Consumer Law, Dartmouth, Aldershot, 1997*; Weatherill, Stephen, *EC Consumer Law and Policy, Longman, London and New York, 1997* (ubuduće: Weatherill, 1997). Vidi i Vilus, Jelena, *Pravna zaštita potrošača I - Uporednopravna studija sa posebnim osvrtom na prava potrošača u Evropskoj uniji, Institut za uporedno pravo i D.o.o. ECO-TECH p.o., Beograd-Sremska Mitrovica, 1996*; Misita, 1997.

²⁷ OJ L 95/29/93.

ostalih, ova Direktiva je relativno brzo prešla put od objavljivanja prvog prijedloga²⁸ do konačnog usvajanja. Ipak, iza ovog brzog djelovanja komunitarnog zakonodavca stoji dug period "sazrijevanja" projekta, koji zavređuje kratak osvrt.

1.1. Pozadina i osnov komunitarne pravne intervencije

Rad na direktivi koja bi na nivou Evropske zajednice regulisala materiju nepravličnih ugovornih odredbi započeo je već sredinom 70-ih, a tzv. Zelena knjiga,²⁹ odnosno konsultacioni dokument koji je Evropska komisija (ubuduće i "Komisija") objavila desetak godina kasnije, 1984, bio je povod živoj debati, kako u komunitarnim institucijama tako i u evropskoj pravnoj doktrini.

Nakon rasprave koju je karakterisalo i prisustvo naglašeno ideološki intoniranih argumenata, i neizbježnih kompromisa i političkih intervencija "u minut do dvanaest" u nadležnim tijelima Zajednice, Direktiva 93/13/EEC o nepravličnim odredbama u potrošačkim ugovorima usvojena je u proljeće 1993. Rok za njenu implementaciju, odnosno za transpoziciju njenog sadržaja u nacionalni pravni poredak država članica, bio je kraj 1994.³⁰

Pravni osnov za donošenje Direktive, a to će reći odredba Ugovora EZ koja ovlašćuje komunitarne institucije da pravno urede ovu oblast, bio je čl. 100a, sada čl. 95. Dakle, njen ustavni temelj je odredba koja komunitarnu regulaciju veže za uspostavu i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. A to znači za *prostor kojeg karakteriše odsustvo unutrašnjih granica i slobodno kretanje robe, lica, usluga i kapitala* - kako je to rečeno u definirajućoj odredbi člana 14(2), ex čl.7a.³¹ S ovim u vezi vrijedi pomenuti da je u času usvajanja Direktive već bio potpisan Ugovor o Evropskoj uniji (tzv. Mاستrihtski ugovor), posredstvom kojeg je u Ugovor o Evropskoj zajednici unijeta i odredba koja *izričito* statuirala njeno djelovanje i u oblasti zaštite potrošača (čl. 192a, sada čl. 153). Ne ulazeći u detalje položaja i stvarnog domašaja nove odredbe, dovoljno je pomenuti da je prema vladajućem mišljenju i u njenom prisustvu pravno-regulativno djelovanje komunitarnih institucija primarno vezano za uspostavljanje i djelovanje unutrašnjeg tržišta.³²

Kao što je nagoviješteno, relativno brzo usvajanje Direktive ne znači i saglasnost o njenoj ustavnosti, tj. utemeljenosti u Ugovoru o EZ. Po mišljenju mnogih, u najboljem slučaju u pitanju je dosta "slab" ustavni osnov (čl. 100a, sada čl. 95), kojeg čvršćim nije napravila ni prilično "oskudna"³³ preambula Direktive. No, ako je ovo

²⁸ COM(90)322, OJ C 243/2/92.

²⁹ Vidi Bulletin of the EC, Supplement 1/84.

³⁰ Povodom relativno spore implementacije vidi COM(95) 500 final.

³¹ Odnosno svojevremeni čl. 8a u smislu dopuna izvršenih Jedinstvenim evropskim aktom.

³² Povodom post-Mاستrihtskog statusa zaštite potrošača vidi: za relativno neutralnu analizu Bourgoignie, Thierry, European Community consumer law and policy: from Rome to Amsterdam, (1998) Consum.LJ, str. 443-462; za liberano-tržišno intoniranu analizu Stuyck, Jules, European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or Beyond the Internal market, (2000) CMLRev., str. 367-400; za naglašenije socijalno intoniranu analizu Howells, Geraint/Wilhelmsson, Thomas, EC Consumer Law: has it come of age?, (2003) ELR, str. 370-388.

³³ Uz ostale, u tom smislu Reich, Norbert, European Consumer Law and its Relationship to Private Law, (1995) European Review of Private Law, str. 285-305, str. 289-90.

tačno, onda se već sama činjenica da je ova Direktiva usvojena s razlogom može shvatiti i kao značajan korak na planu evolucije pravnog regulisanja u okviru Zajednice.³⁴ Naravno, ovo posljednje može biti sa pozitivnim ili negativnim predznakom, zavisno od polaznog stanovišta u vezi sa generalnim pitanjem nadležnosti Zajednice u oblasti privatnog, odnosno ugovornog prava.

1.2. Zaštita potrošača i/ili efikasno funkcionisanje tržišta

Cilj Direktive je harmonizacija nacionalnih pravila u oblasti standardnih ugovora, kao pretpostavke uspostavljanja i uspješnog funkcionisanja zajedničkog tržišta, tj. povećanje transgraničnog prometa roba i usluga, i zaštita potrošača. Otud, iako njen naslov sugeriše suprotno, stvarni cilj Direktive jeste stvaranje uslova za *slobodu kretanja standardnih ugovora* na evropskom tržištu, a tek potom, i samo utoliko, i zaštita potrošača.³⁵ Drugim riječima, i ova regulacija ilustruje generalni stav komunitarnih institucija, a tu se prvenstveno misli na Evropsku komisiju, o tome da je zaštita potrošača više instrument uspostavljanja i efikasnog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta, a manje samostalan cilj ili politika Zajednice. Ili, nešto radikalnije, i pored programsko-političkih akata koji sugerišu suprotno, zaštita potrošača je i u Evropskoj zajednici manje socijalno intonirani angažman, a više "ulje za podmazivanje" tržišnog mehanizma.³⁶

2. Predmet i subjekti

2.1. Predmet

Generalno, predmet ove regulacije jesu ugovori o nabavci robe i korišćenju usluga zaključeni između potrošača i njihovih profesionalnih tržišnih partnera, pri čijem je zaključivanju izostalo pregovaranje - u cijelosti ili o pojedinim odredbama ugovora. Utoliko, Direktiva ima u vidu ugovore koji u praksi *najčešće* nastaju na osnovu stalne i opšte ponude - kako povodom prometa robe, tako i povodom pružanja usluga. Da je prvenstveno riječ o ugovorima koji se podvode pod pojmove: standardni ugovori, opšti uslovi poslovanja, formularni ugovori ili ugovori po pristupu, odnosno adhezioni ugovori, potvrđuje član 3(1) Direktive. Naime, on od primjene isključuje pojedinačne ugovore, tačnije ugovorne odredbe koje su individualno, odnosno pojedinačno ugovarane. U vezi sa ovim dvije napomene, jedna pravno-filozofski i ideološki intonirana, a druga nešto bliža tehničkopravnim aspektima primjene Direktive.

Prvo, ovakvim definisanjem područja primjene Direktiva dovoljno jasno deklarirše polaznu premisu: individualno sporazumijevanje profesionalnog partnera i

³⁴ Reich, 1995, str. 290.

³⁵ Kako neki ističu, u tom smislu Direktiva stvara "maglu regulativne složenosti" - Collins, 1994, str. 235.

³⁶ Stutterheim, Relf, H., *Consumer Law in the Year 1992 in Europe and the Netherlands: Law for the Consumer or Law for the Market?*, in: Wilhelmsson, T. (ed.), *Perspectives of Critical Contract Law*, Dartmouth, Aldershot, 1993, str. 349-359.

potrošača o uslovima ugovora kao takvo garantuje pravičnost (tržišne) razmjene.³⁷ Drugim riječima, iskazuje se privrženost ideji autonomije volje i slobode ugovaranja, naravno u granicama koje određuje sama Direktiva. O konsekvencama ovakvog opredjeljenja na planu zaštite potrošača, a to je prema slovu preambule jedan od osnovnih ciljeva Direktive, treba posebno istaći da je konačni tekst rezultat tzv. ministarske dorade.³⁸ Konkretnije, prijedlog direktive kojeg je 1992. podnijela Komisija principijelno je otvorio mogućnost da se kao nepravilne tretiraju i individualno ugovorene odredbe, dakle one o kojim su stranke pregovarale.³⁹ Utoliko, izričito isključenje ovih posljednjih iz domena Direktive rezultat je intervencije Savjeta u postupku usvajanja konačnog teksta.⁴⁰ U svakom slučaju, u skladu sa *minimalnim* karakterom ove harmonizacije, nekoliko država članica, pri njenoj implementaciji, nije preuzelo ovo ograničenje.⁴¹ A to, kako se konstatuje u već pominjanom izvještaju Komisije o implementaciji Direktive, nije rezultiralo "bilo kakvim problemima".⁴²

Druga opaska u vezi sa izuzimanjem pojedinačno ugovorenih odredbi takođe ima dva aspekta. Sa jedne strane, relevantna formulacija u članu 3 Direktive već je dugo kritikovana kao nedovoljno precizna. Sa druge strane, minulih desetak godina primjene ove odredbe pokazuje da su profesionalni učesnici tržišne razmjene i tim povodom demonstrirali uobičajenu inventivnost u vezi sa izigravanjem zakonske intervencije u "sveti" im prostor slobode i autonomije. Naime, dio firmi sve češće posluje posredstvom (standardnih) ugovora na/u kojima potrošač potvrđuje da je "pregovarao i izričito prihvatio" opšte uslove poslovanja i pojedine odredbe ugovora. I dalje, koriste se ugovorima koji navodno uopšte nisu "unaprijed pripremljeni" (od jedne strane), odnosno koji su sačinjeni za svakog potrošača pojedinačno, premda su ustvari u cijelosti pohranjeni u kompjuterskoj memoriji - ergo, unaprijed pripremljeni! Sa svoje strane, Komisija ističe da ovakve "pojedinačno dogovorene" odredbe, odnosno ugovore, treba tretirati kao nevažeće (*null and void*).⁴³

³⁷ O kritici ovakvog pristupa: Wilhelmsson, Thomas, *Twelve Essays on Consumer Law and Policy*, Ed. by Tuuli Junkkari, Publications of the Department of Private Law University of Helsinki, No 51, Helsinki 1996, str. 120 i sl. (ubuduće: Wilhelmsson, 1996); Weatherill, 1997, str. 84, gdje autor ističe da slabiji ekonomski položaj potrošača dolazi do punog izraza upravo pri individualnom ugovaranju.

³⁸ Vladajući stav je da je prijedlog Direktive nudio mnogo povoljnija rješenja za potrošače. Tim povodom Wilhelmsson, Thomas, *The Proposal for an Unfair Contracts Directive - a Nordic Perspective*, (1992) *European Consumer Law Journal*, str. 77-92 (ubuduće: Wilhelmsson, 1992); Reich, Norbert, *From Contract to Trade Practices Law: Protection of Consumers' Economic Interests by the EC*, u Wilhelmsson, Th. (ed.), *Perspectives of Critical Contract Law*, Dartmouth, Adelshort, 1993, str. 55-105 (ubuduće: Reich, 1993).

³⁹ Čl. 4, Prijedlog.

⁴⁰ Tim povodom vidi COM(1992) 66 final, i COM(2000) 248 final, str. 14.

⁴¹ Danska, Finska, Francuska i Švedska, a uz određene reserve i Austrija i Holandija, vidi COM(2000) 248 final, str. 14. Povodom Francuske vidi i (1995) *Consum. L.J.*, CS37, komentar: Jérôme Franck.

⁴² Vidi COM(2000) 248 final.

⁴³ COM(2000) 248 final, str. 14.

2.1.1. *Usmeni sporazum*

Kao što je sugerisano, kada je riječ o predmetu regulisanja, Direktiva bez sumnje u prvom planu ima standardne ugovore, odnosno opšte uslove poslovanja, a to će reći ugovore koji se po pravilu javljaju u pisanoj formi. Ipak, treba naglasiti da su ovom regulacijom obuhvaćene i odredbe iza kojih stoji *usmeni* sporazum stranaka - ali ne i pregovori o njihovoj sadržini.

Ova činjenica dobija na značaju iz dva razloga. Sa jedne strane, ovakvo rješenje zahtijevalo je odgovarajuću adaptaciju nacionalnog prava u vezi sa transpozicijom Direktive. Sa druge strane, upravo to je bio povod debati u ovim državama članicama. Konkretnije, dio autora je ovaj aspekt definisanja predmeta regulisanja Direktive držao riješenim, odnosno pokrivenim opštim pravilima nacionalnog prava o dobroj vjeri, savjesnosti i poštenju ili drugim odgovarajućim institutom. Tek kao primjer, u slučaju holandskog prava Hondius⁴⁴ sugeriše potrebu revizije postojeće definicije standardnih/opštih uslova ugovora u Građanskom zakoniku, dok Wissik⁴⁵, pozivajući se na stav organa nadležnih za implementaciju Direktive, ističe da tim povodom "posao vrši" generalna odredba Zakonika o dobroj vjeri⁴⁶, odnosno odgovarajući princip holandskog ugovornog prava.

Ne ulazeći u detalje ovog spora, na ovom mjestu treba konstatovati generalnu rezervu koja se odnosi na fenomen "prebacivanja" zaštite potrošača u opšti pravni režim - ovdje opšta pravila ugovornog prava. Najkraće, upravo iskustvo vezano za ovo posljednje jeste bitan povod pojavi specijalnih pravnih pravila o zaštiti potrošača kao posebne, tzv. difuzne, društvene skupine povodom tržišne razmjene roba i usluga.

2.1.2. *Prinudni propisi i autonomna regulacija*

U skladu sa onim što je navedeno u drugom stavu člana 1, Direktiva nije primjenjiva na odredbe ugovora koje su odraz, odnosno koje neposredno preuzimaju prinudne propise država članica, uključujući i međunarodne konvencije koje su ove potpisale i prihvatile, osobito one u oblasti transporta. Preciznije, u vezi sa prvim Direktiva koristi frazu koju bi, uz odgovarajuće rezerve, bilo moguće prevesti kao prinudni zakonski i podzakonski propisi ("*mandatori statutory or regulatory provisions*"; "*dispositions législatives ou réglementaires impératives*"; "*bindenden Rechtsvorschriften*"; "*disposizioni legislative o regolamentari imperative*"). No, dok se za pojam zakonskih odredbi može reći da ne uzrokuje ozbiljnije nesporazume, to ne vrijedi za ono što je ovdje navedeno kao podzakonski akt.

Ako bi se slijedila terminologija kojom se služe pojedine jezičke verzije, nije isključena mogućnost da se pod ovaj izuzetak podvedu i odredbe koje, na osnovu zakonskih ovlaštenja, donose određena profesionalna ili trgovačka udruženja. Drugim riječima, da se pitanje pravičnosti standardnih ugovora faktički ponovo prepusti superiornijoj ugovornoj strani! Na ovu mogućnost ukazuje i Komisija⁴⁷, utoliko što u

⁴⁴ Hondius, 1995a, str. 250.

⁴⁵ Vidi rad naveden kod Hondius, 1995, str. 250, napomena 66.

⁴⁶ O pojmu dobre vjere, vrlo inspirativno: Hesslink, Martija, W., *The New European Private Law*, Kluwer International, The Hague, 2002, str. 195 i sl. (ubuduće: Hesslink, 2002).

⁴⁷ COM(2000) 248 final, str. 14.

izvještaju o primjeni Direktive priznaje da terminologija kojom se služi mjerodavna odredba, a to je ono "prinudni" u čl. 1(2), ne uvažava razlikovanje između imperativnih i dispozitivnih propisa svojstveno kontinentalnoj pravnoj tradiciji. Ovo osobito u svjetlu odgovarajućeg stava preambule, koji pod pojam ovakvih propisa podvodi sve one koji se primjenjuju "u odsustvu sporazuma stranaka o suprotnom".⁴⁸ A to otvara prostor za argument u prilog izuzimanja i onih odredbi standarnih ugovora koje su "odraz" tzv. autonomne regulacije. Dakle, odredbe ugovora koje preuzimaju pravila koja potiču od ekonomski superiornije strane.⁴⁹

2.1.3. Javne usluge

U vezi sa ograničenjem područja primjene Direktive specifično pitanje jeste i status ugovora kojima se služe preduzeća u oblasti javnih usluga. Ovo u mjeri u kojoj je njihovo djelovanje u pravilu predmet manje ili više detaljne zakonske regulacije u državama članicama.

Evropska komisija ističe da ove posljednje *nije* moguće izvesti iz prostora primjene Direktive pozivom na izuzetak vezan za prinudne propise iz čl. 1(2). Prije svega, to proizlazi iz generalnog određenja subjekata ove regulacije. Kao što je pominjano, tu su na jednoj strani potrošači, a na drugoj prodavci i davaoci usluga, s tim da je u mjerodavnoj odredbi *izričito* rečeno da ovaj posljednj izraz, uz privatna, obuhvata i preduzeća javnopravnog karaktera. Tačnije, sva fizička i pravna lica angažovana u nekoj privrednoj, odnosno profesionalnoj djelatnosti, nezavisno od toga da li su u javnom ili privatnom vlasništvu.⁵⁰ Uz to, ovakvo tumačenje podržava i izjava Komisije u tom smislu, unijeta u zapisnik tokom zasjedanja Savjeta na kojem je ovaj usvojio opšti, odnosno zajednički stav u vezi sa sadržinom člana 2 Direktive.⁵¹

Ipak, ovaj vid kontrole davalaca javnih usluga nailazi na otpor u nizu država članica.⁵² To se odnosi i na nacionalne sudove, u mjeri u kojoj su uočljivo suzdržani u primjeni pravila Direktive na ugovore i opšte uslove poslovanja davalaca javnih usluga, odnosno firmi uz čiju djelatnost se veže kvalifikativ "u opštem interesu". Konačno, i u dijelu evropske doktrine konstatuje se da odredba člana 1(2) "po svemu sudeći" dopušta nacionalne propise kojima se iz primjene pravila o standardnim ugovorima isključuju pravila i ugovori posredstvom kojih djeluju javna preduzeća u oblasti usluga. Ovo je osobito karakteristično za države članice u kojima je ovakvo pravno rješenje već etablirano.⁵³

⁴⁸ 13. Recital.

⁴⁹ Izloženo komplikuje i činjenica da većina država članica nije preuzela ovo ograničenje područja primjene Direktive, na primjer: Austrija, Danska, Finska, Francuska, Holandija, Švedska, Belgija, vidi COM(2000) 248 final, str. 14

⁵⁰ Čl. 2(c).

⁵¹ COM(2000) 248 final, str. 15.

⁵² Kako to priznaje i sama Komisija, COM(2000) 248 final, str. 15, gdje, uz ostalo, ističe da je analiza ovog pitanja suočena sa "ogromnim problemima".

⁵³ Ilustraciju, na primjer, nude mjerodavni propisi Portugala, koji od primjene isključuju "klauzule donijete ili izričito odobrene od strane javnih tijela nadležnih da ograniče privatnu autonomiju [ugovarača]", Ghestin/Marchessaux, *L'élimination des clauses abusives en droit français, à l'épreuve du droit communautaire*, *Revue européenne de droit de la consommation*, 1993, p 72, No 7, prema Pinto Monteiro, 1995, 236.

Naravno, autori skloni zaštititi potrošača, ali i oni koji generalno zagovaraju ideju poštenog i *socijalno odgovornog* poslovanja, ovim povodom ne propuštaju upozoriti na činjenicu da su i pored ovako koncipirane kontrole ugovora potrošači isuviše često žrtve nepravičnih ugovornih odredbi upravo u sektorima djelovanja ovakvih preduzeća - snabdijevanje vodom, električnom energijom, plinom, PTT usluge, te, kao osobito značajno, osiguranje i bankarstvo.

Očito, stav o položaju standarnih ugovora kojima se služe preduzeća koja pružaju usluge od javnog interesa zavisi od toga koja će se odredba izvući u prvi plan. Da li ona koja govori o tome da su pojmom prodavca ili davaoca usluga obuhvaćena i pravna lica u javnom/državnom vlasništvu, dakle čl. 2(c), ili ona koja iz prostora primjene Direktive izvodi ugovorne odredbe koje preuzimaju odgovarajuće odredbe imperativnih (zakonskih ili podzakonskih) propisa, dakle čl. 1(2).

U svakom slučaju, cjelovita slika ovim povodom podrazumijeva i fenomen privatizacije ovakvih preduzeća, odnosno denacionalizacije sektora javnih usluga. A on, kao što je već rečeno, karakteriše osobito posljednje dvije decenije političkog i pravnog djelovanja institucija Zajednice, a time i država članica.⁵⁴

2.1.4. Predmet i cijena

Gledano iz ugla interesa potrošača ne manje značajno ograničenje domašaja Direktive vezano je za status predmeta ugovora i cijene, tj. za tumačenje odredbe stava dva člana 4. Naime, tekst ovog stava omogućava zaključak o tome da se ocjena pravičnosti ne smije odnositi (*shall relate neither ...*) na definiciju osnovnog predmeta ugovora, niti na primjerenost cijene i naknade (*adequacy of the price and remuneration*) u odnosu na isporučene usluge ili robu, pod uslovom da su ove ugovorne odredbe formulisane "jasnim i razumljivim jezikom".

Odmah treba konstatovati da značajan broj država nije preuzelo ovo ograničenje⁵⁵, ali i činjenicu da praksa njihovih sudova *ne* ukazuje na bilo šta što bi ličilo na "frontalni napad" na odredbe standardnih ugovora o predmetu i cijeni.⁵⁶ No, i pored toga pitanje postojanja i domašaja ovog izuzetka ne prestaje biti predmet rasprave. Tim povodom kao prvo treba konstatovati stav Komisije o tome da odredbu čl. 4(2) nije moguće tumačiti u smislu potpunog izuzimanja odredbi o cijeni. Kako se ističe,⁵⁷ po svemu sudeći ispravno, ono što izmiče kontroli jeste adekvatnost cijene kao tržišne naknade za ono što se za uzvrat dobija posredstvom ugovora. Na to upućuje onaj dio citirane odredbe koji govori o primjerenosti cijene "... sa jedne strane, u odnosu na..., sa druge strane...". A ako je to tačno, onda ocjeni pravičnosti u smislu Direktive podliježu ostali, ne manje značajni, elementi ugovorene cijene, odnosno odredbe ugovora. Na primjer odredbe o načinu izračunavanja cijene ili o postupku njene izmjene (u pravilu povećanja!).

⁵⁴ Naravno, politički lijevo orijentisana analiza ne bi propustila da ovim povodom uoči fenomen uzajmano povezane i uslovljene, i utoliko koordinirane, djelatnosti komunitarnih institucija i nacionalnih industrijskih i finansijskih oligarhija.

⁵⁵ Na primjer, Danska, Španija, Finska, Luksemburg, Portugal, Švedska.

⁵⁶ COM(2000) 248 final, str. 15.

⁵⁷ COM(2000) 248 final, str. 15.

Određene su nedoumice vezane i za domašaj izuzetka koji se odnosi na "osnovni" predmet ugovora. Kao što je pomenuto, tekst odredbe stava dva čl. 4 izvan domašaja Direktive izvodi odredbe ugovora kojima se određuju osnovni ili glavni predmet ugovora (*the main subject matter; l'objet principal; den Hauptgegenstand*). Ostavljajući po strani pitanje šta shvatiti kao "osnovni" predmeta ugovora, u doktrini se ovim povodom posebno fokusira ugovor o osiguranju. Dva su razloga za to. Sa jedne strane, u pitanju je jedan od najčešćih i najznačajnijih ugovora koje zaključuju potrošači, a koji je generalno *obuhvaćen* pravilima Direktive. Sa druge strane, samo ovaj ugovor je izričito pomenut u stavu preambule koji odgovara odredbi čl. 4(2). Naime, tu se kaže da ocjeni pravičnosti, "između ostalog", ne podliježu odredbe ugovora o osiguranju "koje jasno definišu ili opisuju osigurani rizik i odgovornost osigurača, jer se ova ograničenja uzimaju u obzir pri izračunavanju premije koju plaća potrošač".⁵⁸ A to dopušta izvođenja kojim bi se iz prostora Direktive izveo i korpus odredbi koje su u pravilu odštampane vrlo sitnim slovima i mimo udarnih sadržaja ugovora - tzv. "*small print*". Ipak, kako mnogi ističu, status ovih ugovora treba da je i u tom aspektu generalno identičan statusu ostalih ugovora pokrivenih Direktivom.⁵⁹

Stav o neprimjerenosti navedenog izuzetka vezanog za industriju osiguranja, inače rezultat njenog moćnog briselskog lobija, dijeli i Komisija. Doduše, to ne čini pozivom na razloge koje ističu advokati prava potrošača, ali to jasno proizlazi iz njenog izvještaja o primjeni Direktive s kraja 90-ih, gdje se kao "tipičan" primjer nejasnoća "od stvarnog značaja" pominje upravo ugovor o osiguranju. Konkretnije, retorički pita Komisija⁶⁰, kako odrediti da li je isključenje određenog rizika kod ugovora o osiguranju⁶¹ "odredba koja se odnosi na predmet ugovora", a otud ne i predmet kontrole, ili je to odredba o isključenju odgovornosti, "koja je zaista predmet Direktive?". Otud, svjesna manjkavosti ovog rješenja, kako sadržinski tako i pravnotehnički, Komisija je izrazila spremnost da razmotri prijedloge za njegovu doradu, uključujući i potpunu eliminaciju ovog izuzetka.

2.1.5. Ugovori sačinjeni od strane trećeg lica

U vezi sa domašajem Direktive postavljeno je i pitanje njene primjenjivosti na ugovore koje (unaprijed) ne sastavlja jedna ugovorna strana, tj. profesionalni partner, nego to čini neko treći, na primjer notar ili neko drugo tijelo. Ovo pitanje je predmet doktrinarne debate i u svjetlu postojećih nacionalnih rješenja, u kom pravcu su ilustrativni pravo Njemačke i Holandije.

Naime, u ovim zemljama propis o kontroli nepravinih ugovornih klauzla sugeriše da ugovori koje je sačinila treća, neutralna, strana, iako unaprijed pripremljeni, nisu podložni kontroli. Razlog? Relevantni nacionalni zakoni područje svoje primjene opredjeljuju, uz ostalo, pominjanjem onih koji ovakve ugovore "upotrebljavaju" ili "koriste" (*gebruikers* - holandski), odnosno koji ih "podnose" ili "daju" (*stellen* - njemački).⁶²

⁵⁸ Recit.16

⁵⁹ Vidi: Collins, 1994, str. 243; Wilhemlsson, 1996, str. 169.

⁶⁰ COM(2000) 248 final, str. 15.

⁶¹ Bilo da je dat negativno bilo pozitivno formulisanom odredbom (tj. rizik jeste ili nije uključen).

⁶² Vidi Hondius, 1995, str. 244.

Sa svoje strane, Hondius, nesumnjivo dio užeg kruga eminentnih autora koji se bave ovom materijom, dopušta mogućnost da se Direktiva primjenjuje i na ugovore koje (unaprijed) sačini neko treće lice ili odgovarajuće tijelo, a koje prigodno naziva *model ugovorima*.⁶³

2.1.6. Individualno ugovaranje i opšta pravila ugovornog prava

Imajući u vidu negativno formulisano određenje iz čl. 3(1), jasno je da pravila Direktive vrijede za odredbe ugovora koje nisu bile predmet pregovora, odnosno one o kojima se stranke nisu posebno sprazumijevale ("*term which has not been individually negotiated*"). Utoliko, Direktiva obuhvata ono što se uobičajeno shvata pod pojmom standardnih ugovora i/ili opštih uslova poslovanja, uz ograničenje s obzirom na subjekte.

Ovo znači da se Direktiva odnosi na materiju koja je u nekim zemljama regulisana posebnim zakonom, a u nekim kao dio obuhvatnije zakonske regulacije, uključujući i građanske zakonike. Dobro znana ilustracija prvog je odgovarajući njemački zakon iz 1976. (AGBG),⁶⁴ a drugog novi, "rekodifikovani", Holandski građanski zakonik (BW), odnosno njegove odredbe čl. 6:231-247 koje se bave opštim uslovima (*algemene voorwaarden*).

No, definirajuće odredbe iz člana 3 jasno govore o tome da je Direktiva primjenjiva i na odredbe koje nisu dio standardnog ugovora, odnosno opštih uslova u užem smislu. Tačnije, ona se primjenjuje i na pojedinačne odredbe koje su ugovorene u konkretnoj transakciji, ukoliko potrošač nije bio u prilici da o njima pregovara. Dakle, i pojedinačna odredba potrošačkog ugovora će biti pokrivena Direktivom, u mjeri u kojoj je bila ponuđena, odnosno unaprijed pripremljena, od strane jednog ugovarača, a drugi nije imao mogućnost da utiče na njen sadržaj (čl. 3(2)). Utoliko, nacionalna regulacija koja pitanje implementacije Direktive želi apsolvirati odredbama posvećenim "Opštim uslovima ugovora" ili "Opštim uslovima formularnih ugovora" i sl., posao transpozicije u najboljem slučaju obavlja tek djelimično.

Bilo kako bilo, uticaj njemačkog prava, odnosno njemačkog doktrinarnog kruga, na konačno oblikovanje predmeta Direktive se generalno smatra nespornim. Naime, izvorni prijedlog Direktive obuhvatao je sve potrošačke ugovore, kako one zaključene na osnovu standardne ponude tako i one individualno, odnosno pojedinačno zaključene. Drugim riječima, poenta je bila na nastojanju da se onemogućí prisustvo nefer ili, kako bi mnogi rekli, nekorektnih odredbi u potrošačkim ugovorima *uopšte*. Iako je kritika ovakvog rješenja stizala i sa drugih strana, ona je bila osobito oštro formulisana od strane nekih njemačkih autora.⁶⁵ Srž kritičkog argumenta ilustruju tekstovi Branderera i Ulmera objavljeni početkom 90-ih, u vezi sa obnovljenim prijedlogom za donošenje direktiva u ovoj oblasti. Najkraće, širok zahvat predložene komunitarne regulacije prikazan je kao napad na ključni princip autonomije subjekata u ugovornom pravu, a time i na osnovu tržišne privrede, odnosno demokratije.⁶⁶ Ili,

⁶³ Hondius, 1995, str. 244.

⁶⁴ *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, dopunjen ovim povodom 1996.

⁶⁵ Ovim povodom, uz ostale, Wilhelmsson, 1998, str. 258.

⁶⁶ Brander/Ulmer, 1991.

stavovi Canaris-a, u mjeri u kojoj prijedlog direktive, u osnovi pozivom na iste argumente, predstavljaju kao povredu njemačkog Ustava i pravila o nadležnosti Zajednice, a time i kao protivan privatnopravnim propisima država članica.⁶⁷

Sa druge strane, argumente u prilog izvornog rješenja, tj. šireg obuhvata odredbi o nepravničnim ugovornim klauzulama, iznosili su kako autori čiji je primarni cilj bila promocija zaštite potrošača u oblasti ugovornog prava, tako i oni koji su u tom pravcu poticaje dobijali i iz postojećih nacionalnih pravnih rješenja. Ilustraciju nudi pravo nordijskih zemalja. Naime, tu sudska kontrola nepravličnih odredbi ugovora obuhvata: ne samo potrošačke, nego i ostale ugovore; ne samo standardne ugovore, odnosno opšte uslove poslovanja, nego i "obične" ugovore; i ne samo sporedne, nego i ključne odredbe ugovora, dakle i one o predmetu i cijeni.⁶⁸

2.2. Subjekti

Kada je riječ o subjektima ove regulacije, tzv. definirajuće odredbe Direktive ih određuju na sljedeći način.

"Prodavac ili davalac usluge" je fizičko ili pravno lice koje ugovor zaključuje u okviru svoje profesionalne djelatnosti, s tim da nije od značaja da li je u pitanju privatni ili javni sektor (čl. 2(c)). Istovremeno, potrošač je definisan tradicionalnim ili *užim* manirom, tj. kao fizička osoba koja ugovor zaključuje mimo profesionalne djelatnosti, što će reći samo za vlastite potrebe i potrebe svoje porodice (čl. 2(b)).

Već je rečeno, ovaj pristup odstupa od načina na koji je pitanje pravičnosti ugovornih odredbi regulisano u pravima pojedinih država. Naime, tu smo u prisustvu tz. generalne regulacije, dakle ne samo povodom potrošačkih ugovora.⁶⁹ Imajući to u vidu, mnogi kritikuju činjenicu da Direktiva ograničava svoje važenje samo na potrošačke ugovore.⁷⁰ Drugi, pak, u želji da njene odredbe učine što obuhvatnijim, nastoje dokazati da citirana definicija iz čl. 2(b) obuhvata i trgovce u slučaju da ugovaraju van svoje profesionalne ili komercijalne djelatnosti.⁷¹

Iako u osnovi određen navedenom definicijom, pojam potrošača u kontekstu primjene Direktive ne može zanemariti pitanje "evropskog potrošača". A to znači tipičnog ili prosječnog potrošača kojeg ima u vidu judikatura Evropskog suda u vezi

⁶⁷ Canaris, C-W, *Liberdade e justicia contratual na sociedade jurídico-privada*, V, 4, prilog na Kongresu o ugovornom pravu održanom u novembru 1991. u Opertu, Portugal, navedeno prema Pinto Monteiro, 1995, str. 234-5.

⁶⁸ Na primjer, čl. 4 Zakona o zaštiti potrošača Finske.

⁶⁹ U nekim pravima postoje i zakoni kojima se pruža posebna zaštita malim firmama upravo ovim povodom. To vrijedi, na primjer, za Švedsku. Tim povodom: Bernitz, Ulf, *Unfair Contract Terms: The Small Businessman and Art. 36 of the Swedish Contract Act*, u *Law and the Weaker Party*, Vol. IV, ed. by Victorin, Anders, Professional Books Ltd., Abingdon, 1989, str. 169-199 (ubuduće: Bernitz, 1989).

⁷⁰ Vidi: ECLG, *Opinion on the Proposal for a Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, (1991) *Journal of Consumer Policy*, str. 107-116, str. 113; Weatherill, 1997, str. 83.

⁷¹ Hondius ostavlja mogućnost i takvog tumačenja "u granicama odluke Suda u slučaju *Di Pinto*" (misli se na slučaj C-361/89 (1991) ECR I-1189), Hondius, Ewoud, *EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Towards a European Law of Contract*, (1994) *Journal of Contract Law*, str. 34-52, str. 38. Ali, vidi i odluku u objedinjenim slučajevima C-541/99 & C-542/99 *Cape Snc v Idealservice Srl* (2001) ECR I-9049, para 17, gdje Sud rezolutno insistira na fizičkom licu kao potrošaču u smislu odredbe člana 2(b) Direktive. Ovim povodom vidi i Petrić, 2002, str. 209.

sa primjenom odgovarajućih komunitarnih propisa. Generalno, Sud je sklon kriterijumu “dobro informisanog... i pažljivog potrošača”⁷², no o tome će biti riječi i povodom operacionalizacije generalne klauzule nepravičnosti iz člana 3 Direktive.

3. Pojam nepravičnosti

Pojam nepravične odredbe ugovora Direktiva određuje kombinovanjem tzv. generalne klauzule i “sive” liste. Naime, ona se služi opštim pojmovima i vrlo obuhvatnim pravilom - tzv. generalnom klauzulom nepravičnosti, ali daje i listu ugovornih odredbi koje smatra takvim, tačnije koje *moгу* biti tretirane kao nepravične.

3.1. Generalna klauzula

Generalna klauzula iz člana 3 Direktive počiva na tri pojma. Prvi je dobra vjera, odnosno savjesnost i poštenje - kako bi mnogi rekli (*good faith; bonne foi; Treu und Glauben; buona fede*). Drugi je nesklad prava i obaveza - ustanovljenih ugovorom, a treći šteta, odnosno gubitak (*detriment; détriment; Nachteil; danno*). U skladu s tim, nepravičnom se ima smatrati ona odredba standardnog ugovora koja, suprotno principu *dobre vjere*, uzrokuje značajnu *neravnotežu* ugovornih prava i obaveza na *štetu* potrošača.

Ovako formulisan pojam nepravičnosti⁷³ očito je kompromis između pojmova dobra vjera i savjesnost i poštenje koji su stožeri kontinentalnog pristupa ocjeni pravičnosti ugovornih odredbi, sa jedne strane, i koncepta razumnog (*reasonableness*) koji to ulogu ima u common-law sistemima⁷⁴, sa druge strane.

Razlike o kojima je ovdje riječ nisu beznačajne. Tim povodom je dovoljno pomenuti autore koji, uz rezervu o izuzecima koji se sreću tek “tu i tamo”, povodom engleskog ugovornog prava ističu da ono odbija da prihvati opšti pojam obaveze pregovaranja u dobroj vjeri.⁷⁵ Ipak, mnogi drže da postojeće razlike nisu i nepremostive.⁷⁶ Dakle, izgleda da su u pravu oni koji o “dobroj vjeri” govore kao

⁷² Na primjer, vidi odluke u slučajevima *Pall* (C-238/89 (1990) ECR I-4827); *Clinique* (C-315/92 (1994) ECR I-317); *Mars* (C-470/93 (1995) ECR I-1923); *Nissan* (C-373/90 (1992) ECR I-131); *Gut Springenheide* (C-210/96 (1998) ECR I-468), paras 31-32; *Sektellerei Kessler* (C-303/97 (1999) ECR I-513), para 36. Vidi i Howells/Wilhelmsson, 1996, str. 299; Stuyck, 2000, str. 391 i sl.

⁷³ Za kritiku ove generalne klauzule Wilhelmsson, 1992.

⁷⁴ To vrijedi za V. Britaniju i Irsku. Pozivom na odredbu čl. 2-302 UCC, koja koristi pojam nesavjesnosti (“*uncoscionable*”) tvrdi se da pravo SAD počiva na ideji “*uncoscionableness*”, vidi: Thain, Gerald, J., The E.C. Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: A Perspective from the United States, (1994) *Consum. L.J.*, str. 127-131, str. 128.

⁷⁵ Weatherill, 1995, str. 322

⁷⁶ Tako: Willett, Chris, Can Disallowance of Unfair Contract Term Be Regarded as a Redistribution of Power in Favour of Consumers, (1994) *Journal of Consumer Policy*, str. 471-482, str. 120 i sl.; Brownsword, Roger, Two Concepts of Good Faith, (1994) *Journal of Contract Law*, str. 197-244. Ovim povodom vidi i Lando, Ole, Each Contracting Party Must Act in Accordance With Good Faith and Fair Dealing, in *Dessa studier tillägnas Jan Ramberg på 65-årsdagen, Juristförlaget ingår i Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1996, str. 345- 361.*

kandidatu za pojmovnu "evropeizaciju" posredstvom čl. 234, ex čl.177 Ugovora.⁷⁷ Doduše, tim povodom pred Evropskim sudom neće biti nimalo lak zadatak, budući da će se od njega tražiti da bude određen spram nečeg što je na izvjestan način neodređeno "po definiciji".

Kod ocjene nepravičnosti ugovornih odredbi Direktiva sugerise uzimanje u obzir vrste robe ili usluga i svih drugih relevantnih okolnosti u vrijeme zaključenja ugovora. Pri tome, kao što je već pominjano, nije dopušteno cijeniti odredbe o osnovnom predmetu ugovora niti primjerenost ugovorene cijene ("price ratio"), ukoliko one zadovoljavaju uslov transparentnosti, tj. ukoliko su date jasnim i razumljivim jezikom.⁷⁸ Dakle, ove odredbe ugovora su u specifičnom režimu, što nije slučaj u nekim nacionalnim pravima.⁷⁹ Na taj način Direktiva je bitno ograničila manevarski prostor sudu u odnosu na odredbe ugovora koje svojom prirodom najbliže dotiču pitanje materijalne pravičnosti ugovora u odnosu na potrošače.⁸⁰ Naime, ne treba gubiti iz vida da ovdje nije riječ o individualno ugovorenoj cijeni, gdje pojedinačni potrošač, iz različitih razloga, pristaje na "previsoku cijenu".

Budući da insistira na ocjeni pomenutih kriterija u vrijeme zaključenja ugovora, očito je da Direktiva nema u vidu okolnosti koje mogu nastati po njegovom zaključenju. Očito, ni ovim se ne izlazi u susret potrošačima, a Direktiva utoliko zaostaje za rješenjima koja se tim povodom sreću u nekim nacionalnim pravima.⁸¹

Vraćajući se generalnoj klauzuli, vrijedi konstatovati da su pri implementaciji Direktive neke države direktno preuzele tekst iz čl. 3(1), dok su se druge opredijelile za određena prilagođavanja. Kako se s razlogom ističe, sama činjenica različitog formulisanja generalne klauzule je u drugom planu; ono što je bitno jeste njena operacionalizacija u svakodnevnoj praksi. No, u mjeri u kojoj se ovim posljednjim priziva jedinstveno pravno rješenje na nivou Zajednice treba podsjetiti na potencijalno značajnu "pukotinu" koju s tim u vezi sadrži odredba člana 1(2) Direktive. Riječ je o isključenju iz njene primjene svih odredbi ugovora koje odražavaju, odnosno preuzimaju zakonsku ili podzakonsku regulaciju države članice. Kako se ističe, neizbježna konsekvencija ovog jeste mogućnost da se na isti ugovorni odnos, tj. na ugovornu odredbu, primjenjuju različiti standardi pravičnosti. Naime, ono što je u jednoj državi u ugovor preuzeta zakonska ili podzakonska odredba, i utoliko pravična u smislu čl. 1(2), u drugoj može imati suprotan status.⁸²

⁷⁷ Weatherill, 1997, str. 87. Detaljnije o mehanizmu kojeg ima u vidu citirana odredba, uz ostale, Misita, 2002, str. 548.

⁷⁸ Čl. 4(2).

⁷⁹ Povodom Finske vidi: Wilhelmsson, 1992. Povodom BW Holandije (čl. 6:233(a)) Hondius, 1994, str. 14.

⁸⁰ Tim povodom: Weatherill, 1997, str. 82.

⁸¹ Povodom skandinavskog ugovornog prava: Wilhelmsson, 1992, str. 89; Bernitz, 1989.

⁸² Tim povodom, uz ostale, Remien, AGB-Gesetz und Richtlinie über missbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihren europäischen Umfeld, ZEuP, 1994, str. 59; De Nova, Giorgio, Italian Contract Law and the European Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, (1995) European Review of Private Law, str. 321-230, str. 222 (ubuduće: De Nova, 1995).

3.1.1. Dobra vjera

Kako se često ističe, način formulisanja ključnih elemenata pravila o nepravničnosti ugovornih odredbi, odnosno generalna klauzula iz čl. 3 Direktive, predstavlja rješenje kojeg je moguće kritikovati kako iz pravnotehničkih, tako i pravopolitički razloga. Istovremeno, u njegovu odbranu je moguće ukazivati na teškoće u iznalaženju optimalne solucije u ambijentu koji obuhvata različite građanskopravne pravne tradicije, odnosno desetak zasebnih pozitivnopravnih rješenja. Tako, brojni autori koji baštine *common law* tradiciju, kao i dio onih koji pripadaju tzv. nordijskom pravnom krugu, kritikuju ključne elemente generalne klauzule kao nedovoljno precizne. No, iako ujedinjeni u kritici, pomenuti autori ne polaze sa istih pozicija. Naime, prvi imaju u vidu anglo-američku sklonost preciznijem formulisanju zakonskih odredbi, a time i uži manevarski prostor za tumačenje i intervenciju u ugovorne odnose od strane suda. Drugi, pak, imaju u vidu upravo suprotno - ograničenja implicirana rješenjem iz Direktiva, u mjeri u kojoj reduciraju slobodu koju nordijski sudovi (već duže) imaju u odnosu na mogućnost intervencije u slučaju nepravničnih ugovornih klauzula.

Kada je riječ o pravnotehničkom aspektu generalne klauzule, uz već pomenutu opasku o različitim sistemskim pristupima, treba podsjetiti na opšte mjesto o tome da precizno formulisanje određenog pravila samo po sebi nije garant i jednoobrazne primjene. Drugim riječima, element pravnotehničkog oblikovanja pravila ima relativnu vrijednost. Tako, upozorava Hondius, iako u zakonu formulirano na isti način, pravilo dobre vjere u francuskom GZ i (svojevremenom) holandskom GZ rezultiralo je "široko" različitim primjenom. Istovremeno, iako formulirane na različite načine, odredbe o dobroj vjeri u holandskom i njemačkom pravu su u praksi primjenjivane na "vrlo sličan način".⁸³

3.1.2. Ugovorna neravnoteža

U vezi sa kriterijumom neravnoteže ugovornih činidbi, odnosno obaveza stranaka, vrijedi pomenuti da rješenje iz čl. 3 traži da neravnoteža prava i obaveza ugovornih strana bude "značajna" (*significant*).

Tim povodom treba konstatovati da je u pitanju stroži kriterijum ne samo u odnosu na ono što je tim povodom zagovarano u dijelu evropske doktrine, nego i u aktima određenih evropskih institucija. Kao ilustraciju prvog, uz ostalo, moguće je navesti stavove Evropske grupe za pravo potrošača (ECLG),⁸⁴ a drugog odgovarajuću Rezolucija Savjeta Evrope iz 1976.

3.1.3. Pojam potrošača - još jednom

Kao što je nagoviješteno, osvrt na generalnu klauzulu, tačnije na kriterijume ocjene spornih odredbi ugovora, podrazumijeva i određeni tip potrošača kojeg pri tome imamo u vidu. Ili, nešto modernijim diskursom, evropeizacija konstitutivnih elemenata generalne klauzule iz člana 3 Direktive nije moguća bez evropeizacije "imidža" potrošača.

⁸³ Hondius, 1995, str. 246.

⁸⁴ Čini je grupa univerzitetskih nastavnika i pravnika praktičara koji se bave pravnom zaštitom potrošača.

Ostavljajući po strani ostale aspekte ovog pitanja,⁸⁵ generalno treba podsjetiti da Evropski sud već duže vrijeme u kontekstu primjene nekih potrošačkozaštitnih direktiva insistira na pojmu tzv. dobro informisanog i pažljivog/promišljenog potrošača (*well/fully informed & circumspect consumer*). A to je, onda, nekima povod da zagovaraju viziju tzv. samopouzdanog potrošača (*confident consumer*),⁸⁶ kao kriterijum spram kojeg treba sadržinski oblikovati "komunitarni" pojam nepravničnosti kojeg ima u vidu Direktiva.

Ovo nije mjesto za širi osvrt na ovo pitanje, ali svakako treba pomenuti rezervu koja se u dijelu evropske doktrine iznosi u vezi sa odlukama Evropskog suda u kojima on promovise viziju "dobro informisanog" i "pažljivog" potrošača.⁸⁷

4. Crno-siva lista

Uz opšte pravilo nepravničnosti, pominjano je, Direktiva u posebnom Aneksu daje i listu od dvadesetak tipičnih ugovornih odredbi koje, kako to iskustvo pokazuje, po pravilu ukazuju na zloupotrebu superiornijeg položaja kojeg na tržištu, odnosno pri ugovaranju, ima jedna strana - ovdje na štetu potrošača.

4.1. Status Aneksa

Lista priključena Direktivi nije zatvorena. Ona je tek *indikativna*, što znači da i odredbe koje u njoj nisu navedene mogu biti nepravnične. Istovremeno, radi se o odredbama koje "mogu biti" nepravnične u konkretnom slučaju.⁸⁸ Utoliko, lista *ne* podrazumijeva automatizam; i odredba ugovora koja odgovara onom što je navedeno u njoj može opstati u konkretnim okolnostima. Drugim riječima, uz navedene odredbe standardnih ugovora Direktiva veže svojevrsnu (oborivu) pretpostavku nepravničnosti. Naravno, s obzirom na karakter Aneksa, sud može i odredbe koje tu nisu izričito navedne oglasiti nepravničnim.⁸⁹

⁸⁵ O imidžu potrošača kao apstrakciji utemeljenoj u određenoj predstavi stvarnosti, ali i fenomenu koji posjeduje normativni kvalitet, u smislu normativnog polazišta (*Leitbilder*), vrlo poticajno Wilhelmsson, 1996, str. 103.

⁸⁶ Weatherill, 1995, str. 312 i sl. Vidi i Wilhelmsson, 1996.

⁸⁷ Nekorektno bi bilo ovdje ne pomenuti i odluke u kojima Evropski sud staje i iza "slabog", "osjetljivog" potrošača, uvažavajući pri tome i naglašeno socijalne aspekte. Vidi, na primjer, Case 382/87 R. *Buet and Educational Business Services* (EBS) v *Ministere public* (1989) ECR 1235.

⁸⁸ Čl. 3(3).

⁸⁹ Nepreciznost Direktive u odnosu na pravni status Aneksa se često veže za intervenciju Parlamenta koji se usprotivio obavezujućem karakteru liste, jer bi to bilo prekoračenje nadležnosti Zajednice. No, kod toga se zamjera što u konačni tekst bar nije ušao stav Parlamenta da se "... pretpostavlja nepravničnost..." odredbi navedenih u Aneksu, jer bi tada otpalo bar pitanje tereta dokazivanja - Howells, 1993, str. 61. Vidi tim povodom i: Recih, 1993, str. 97; Lehofer, Hans, Peter, *Minimum Implementation of Minimum Directives? Consumer Protection in Austria in the Cointext of European Integration*, (1994) *Journal of Consumer Policy*, str. 3-22, str. 5; Tonner Klaus, *The European Influence on German Consumer Law*, (1994) *Journal of Consumer Policy*, str. 39-50, str. 42. Za nordijska prava karakteristično je odsustvo liste, vidi Wilhelmsson, 1994.

Evropsku doktrinu inače ne karakteriše jedinstvena terminologija u ovom kontekstu, budući da se lista iz Aneksa navodi i kao (samo) “crna”⁹⁰ i kao (samo) “siva”.⁹¹ Dijelom se to može objasniti i činjenicom da su u pojedinim nacionalnim pravima i prije usvajanja Direktive postojali propisi koji su popis nepravničkih ugovornih odredbi strukturirali na različite načine. Kao što je nagoviješteno, negdje su u prvom planu tzv. crne liste, tj. popis odredbi ugovora koje su nedopuštene ili zabranjene kao takve (*per se*). A u nekim pravima su uz njih (paralelno) statuirane i tzv. sive liste, tj. odredbe ugovora koje mogu biti oglašene nepravničnim, a time i nedopuštenim.⁹² Ili, kako bi, u pokušaju da ponude odgovarajući ekvivalent njemačkom “*Klausulverbote mit Wertungsmöglichkeit*”, neki prilično nezgrapno rekli⁹³, ove posljednje su u režimu “relativne zabrane” (*forbidden in a relative fashion*).

Inače, izričito navođenje tipično nepravničkih odredbi bliže je pravnim sistemima sklonim apstraktnoj ocjeni pravičnosti ugovornih odredbi (*Fallgruppenbildung*). Naravno, takva ocjena neizbježna je i u sistemima koji su otvoreniji za procjenu nepravničnosti u svjetlu okolnosti konkretnog slučaja. To je, na primjer, karakteristično za pravo nordijskih zemalja, s tim da je takva ocjena osobito vezana za prethodnu fazu formulisanja standardnih ugovora (Postrošački ombudsman).

Da se ovdje ne radi tek o pukom doktrinarnom nijansiranju, pokazuje i nedavna odluka Evropskog suda u postupku kojeg je protiv Švedske pokrenula Komisija.⁹⁴ Konkretnije, ovoj državi je prigovoreno da je pri implementaciji Direktive u tekst mjerodavnog propisa⁹⁵ propustila preuzeti i Aneks, tj. navesti u njemu date nepravničke klauzule. Švedska Vlada se branila argumentom nacionalne, odnosno nordijske, pravne tradicije, tj. specifičnim pristupom tumačenju izvora prava, kojeg karakteriše prominentna uloga materijala korištenog tokom izrade i usvajanja propisa. No, Evropski sud je ostao neimpressioniran i opredijelio se za, uslovno rečeno, germanski pristup materijalizovan Aneksom. U skladu s tim Švedskoj je naložio da slijedi stav Komisije, dakle da u relevantnom propisu *izričito* navede ugovorne odredbe pojedinačno pomenute u Aneksu.

4.2. O sadržaju liste

Iako ih je moguće sistematizovati na različite načine, u smislu Aneksa (potencijalno) nepravničke su ugovorne odredbe koje:

- profesionalnom partneru omogućavaju kontrolu nad sadržinom ugovora i

⁹⁰ Npr., Wilhelmsson, Thomas, Control of Unfair Contract Terms and Social Values: EC and Nordic Approaches, (1993) JCP, str. 435-53, str. 440.

⁹¹ Npr., Bernitz, Ulf, Swedish Standard Contracts Law and the EC Directive on Contract Terms, in Dahl, Borge/Nielsen, Ruth (eds.) New Directions in Business Law Research, GadJura, Kobenhavn, 1996, str. 99-116.

⁹² Ovo posljednje, na primjer, vrijedi za Austriju, Njemačku, Holandiju.

⁹³ Pinto Monteiro, 1995, str. 238.

⁹⁴ Slučaj C-478/99 *Commission v Sweden* (2002) ECR I-04147.

⁹⁵ Novi Zakon o odredbama potrošačkih ugovora iz 1994 (*Lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden* - AVLK, 1994: 1512), kojim je zamijenjen isti zakon iz 1971.

njegovim izvršenjem ili trajanjem (klauzule ad "f", "g", "j", "k" i "n")⁹⁶;

- uspostavljaju nejednakost prava i obaveza ugovarača, odnosno nesrazmjernu štetu potrošača (klauzule ad "c", "d" i "o");

- nepravično opterećuju jednu stranu, tj. potrošača (klauzule ad "e", "h"⁹⁷ i "i"⁹⁸)

- isključuju odgovornost profesionalnog partnera (klauzule ad "a" i "b").⁹⁹

I ovdje treba upozoriti na određene izuzetke koji su vezani za ugovore o finansijskim uslugama,¹⁰⁰ kao još jedan tribut moćnim briselskim lobijima.¹⁰¹

Aneks sadrži brojne izraze koji nacionalnim sudovima ostavljaju relativno širok interpretativni prostor, ali utoliko i dovode u pitanje jedinstvenost kriterija ocjene pravičnosti ugovora na nivou Zajednice. U tom smislu su ilustrativni izrazi "neodgovarajuće" isključenje¹⁰², "nesrazmjerno" visoka suma¹⁰³, "razuman" otkaz-obavještenje¹⁰⁴, ili "neprijemljeno" ograničenje.¹⁰⁵

Takođe, treba podsjetiti da odredbe navedene u listi datoj u Aneksu uz sebe ne vežu istu sankciju u pojedinim nacionalnim pravima.¹⁰⁶ Naravno, Direktiva zahtijeva odgovarajući stepen jedinstva i ovim povodom, ali kod toga ne treba zaboraviti da je ovdje u pitanju minimalna harmonizacija, o čemu će još biti riječi.

5. Relevantan momenat za ocjenu nepravičnosti

Značaj trenutka prema kojem se cijeni pravičnost ugovornih odredbi ne treba posebno isticati. Kao što je navedeno, tim povodom se Direktiva opredijelila za trenutak zaključenja ugovora (čl. 4(1)). Ovo rješenje se razlikuje od onog kojeg

⁹⁶ Ugovorna odredba koju ima u vidu ova alineja je inače u nekim pravima generalno dopuštena, što dakle podrazumijeva odgovarajuće prilagodavanje pri implementaciji. Povodom italijanskog prava, i odredbe "*salvo approvazione della casa*" vidi De Nova, 1995, str. 228.

⁹⁷ Povodom odredbe ove alineje treba istaći da ona podrazumijeva rok u kojem se potrošač treba izjasniti da ne želi produženje ugovora, s tim da on treba da je "nerazumno kratak". Ovo tim prije jer neki nacionalni propisi, osobito povodom ugovora o osiguranju, ne govore o dužini ovog roka - npr. povodom italijanskog prava vidi De Nova, 1995, str. 227.

⁹⁸ De Nova, 1995, str. 227, ističe da italijansko pravo ne poznaje odredbu koja bi neposredno odgovarala onom o čemu govori ova alineja Aneksa.

⁹⁹ Vidi tim povodom: Willet, 1994; Brownsword/Howells, 1995. Detaljniji osvrt na sadržinu liste, uz ostale, nude De Nova, 1995 (pravo Italije); .

¹⁰⁰ Detaljnije o Direktivi i finansijskim uslugama Thomas, Richard, *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations - the Impact on the Financial Services Industry*, (1995) JIBFL, str. 214-218; Simmonds, Jeremy, *Unfair Contract Terms-The Banker's View*, (1999) JIBL, str. 81-91

¹⁰¹ Hondius, 1994, str. 40.

¹⁰² Aneks, 1.(b).

¹⁰³ Aneks, 1.(e).

¹⁰⁴ Aneks, 1.(g).

¹⁰⁵ Aneks, 1.(q).

¹⁰⁶ Povodom italijanskog prava detaljnije De Nova, 1995, str. 223 i sl. Takođe, kada je riječ o engleskom pravu ističe se da dio klauzula u Aneksu predstavlja svojevrsno dupliranje intervencije u ugovorne odnose, budući da su one već nedopuštene u smislu tzv. doktrine kosideracije. Kao takve se navode odredbe pod (c), (f), (h), (j) i (o), vidi De Moor, 1995, str. 269, napomena 62.

prihvataju pojedina nacionalna prava, među kojima opet vrijedi pomenuti nordijsko ugovorno pravo. Naime, tu se momenat procjene pravičnosti ugovora, odnosno njegovih odredbi, cijeni i prema okolnostima koje postoje nakon zaključenja ugovora, odnosno u momentu njegovog izvršavanja. A to se često ističe kao "simbolički najznačajniji efekat" odredi člana 36 Nordijskog zakona o ugovorima.¹⁰⁷

S obzirom na to, Direktivi se prigovara insistiranje na tradicionalnom pristupu ugovornom pravu, onom koji "započinje i završava" idejom stranačke autonomije, materijalizovane slobodnim dogovorom zainteresovanih subjekata. A to, nastavlja kritički argument, favorizuje apstraktnu ocjenu pravičnosti ugovora. Za razliku od toga, iako i sam generalno utemeljen na istim idejama (autonomija stranaka, sloboda ugovaranja...), nordijski pristup se predstavlja kao model koji je znatno otvoreniji za društveno-ekonomske okolnosti u kojima se stranke nalaze, ne samo u momentu zaključenja ugovora, već i u trenutku njegovog izvršenja. Drugim riječima, ovdje se ugovor tretira kao instrument kojim sud raspolaže u cilju preraspodjele društvenih dobara. Ili, kako bi neki rekli, ugovor je manje pravna forma, a više "pravedna socijalna praksa",¹⁰⁸ odnosno element socijalizacije građanskog ili privatnog prava.¹⁰⁹

6. Princip transparentnosti

Direktiva dotiče i pitanje jezika kojim je formulisan ugovor. Sa jedne strane, kao što je već pomenuto, jasan i razumljiv jezik je uslov da bi ugovorne odredbe o predmetu i cijeni mogle izbjeći ocjenu pravičnosti (čl. 4). Sa druge strane, Direktiva generalno obavezuje na upotrebu *jasnog* i *razumljivog* jezika pri pismenom formulisanju standardnih ugovora, odnosno njihovih dijelova (čl. 5).

Kako se često ističe, iza ove solucije se jasno nazire odgovarajući princip etabliran judikaturom njemačkih sudova (*Transparenzgebot*).¹¹⁰ No, ne treba zanemariti ni anglo-američko pravo, tačnije njegovo često isticano pravilo o jasnom, razumljivom jeziku ("*Plain English Law*"; "*plain language*" movement).¹¹¹ Sa druge strane, treba imati na umu i upozorenje njemačkih autora o tome da je domašaj principa transparentnosti u smislu judikature Saveznog vrhovnog suda ove zemlje znatno uži od onog što Direktiva ima u vidu.¹¹²

¹⁰⁷ Povodom norveškog prava Krüger, Kai, Norsk kontraktsrett, Alma mater, Bergen, 1989, str. 402; Povodom finskog prava, u paraleli sa rješenjem iz Direktive, Wilhelmsson, 1993, str. 440.

¹⁰⁸ Pöyhönen, Juha, Contracts - just social practice, in: Wilhelmsson, T. (ed.), Perspective of Critical Contract Law, Dartmouth, Aldershot-Brookfield USA-Hong Kong-Singapore-Sydney, 1993, str. 311-324 (ubuduće: Pöyhönen, 1993).

¹⁰⁹ Iz ugla Direktive Wilhelmsson, 1993, str. 441 i sl. Ali vidi i znatno pozitivniju ocjenu Direktive iz ugla nordijskog prava kod Bernitz, 1996.

¹¹⁰ Uz ostale, vidi Reich, N., Le principe de la transparence des clauses limitatives relatives au contenu des prestations dans le droit allemand des conditions générales des contrats, u Ghestin, J. (ed.), Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Paris, 1999, 77-93; Micklitz, H.W., AGB-Gesetz und die EG-Rechtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, (1993) Zeitschrift für Europäische Privatrecht, 522; Hondius, 1995 str. 249.

¹¹¹ Vidi Hondius, 1995, sa odgovarajućim upućivanjem.

¹¹² Vidi Reich, 1995, str. 294, gdje se upozorava da je u njemačkom pravu ovaj princip ograničen na pomoćne/dopunske ugovorne odredbe, i tim povodom posebno pominju ugovori u oblasti finansijskih usluga.

Istovremeno, činjenica da određeno nacionalno pravno rješenje fungira kao inspiracija odgovarajućem pravilu u direktivi ne znači automatsko otklanjanje potrebe za dodatnim mjerama pri njenoj implementaciji. Upravo je rečeno, za mnoge nije sporno da je princip transparentnost njemačkog prava “prenijet” u čl. 5 Direktive, ali za neke među njima isto tako nije sporno da ispravna implementacija ove odredbe ipak podrazumijeva donošenje posebnog propisa u ovoj državi članici.¹¹³

U svakom slučaju, princip transparentnosti iz čl. 5 potrošačima generalno izlazi u susret¹¹⁴, s tim da ovu odredbu treba posmatrati i iz ugla multijezičkog tržišnog prostora kakav je EZ.¹¹⁵ Utoliko, jedno od pitanje jeste i kako u tim okolnostima tumačiti pojam jasnog i razumljivog jezika u slučaju transgraničnog ugovaranja? Mnogo toga govori u prilog stavu da bi trebalo insistirati na jeziku potrošača, ali to je teško branjiv stav, budući da Direktiva o tome ćuti. Uz to, takav zahtjev bi nesumnjivo bio značajan tehnički i finansijski teret za prodavce i davaoce usluga, neovisno o tome što bi ga oni na kraju prebacili na leđa potrošača.

Takođe, treba podsjetiti i na generalni stav Evropskog suda u vezi sa “jezičkim očekivanjima” evropskih potrošača. Najkraće, potrošač ne može insistirati na svom, odnosno jeziku države ili regije “domaćeg” mu tržišta. Najviše što tim povodom garantuje postojeća judikatura Evropskog suda jeste “razumljiv” jezik. Doduše, moguće je dokazivati da slučajevi koji su Evropskom sudu bili povod da zauzme ovaj, za potrošače nepovoljan stav, nisu isti kao oni u kojima bi se postavilo pitanje tumačenja (teksta) ugovora. Ipak, opaska o generalnom stavu Evropskog suda stoji.

Povodom nejasnih odredbi ugovora Direktiva izričito predviđa tumačenje na štetu onog ko ih je formulisao. Drugim riječima, generalno upućuje na etablirani princip tumačenja *contra proferentem*, s tim da poziva na iznalaženje značenja ugovora koje je najpovoljnije za potrošača (“*most favourable*”; *plus favourable*; *günstigste Auslegung*; *più favorevole*).¹¹⁶

I konačno, princip transparentnosti u širem smislu zahtijeva i osvrt na odredbu čl. 10(2), tim prije jer je u vrijeme usvajanja Direktive predstavljala svojevrsnu novinu. Naime, njom su države članice obavezane da se pri usvajanju implementacionih mjera izričito pozovu na Direktivu - bilo u samom aktu, bilo pri njegovom objavljivanju.¹¹⁷ Kao što je već nagoviješteno, komunitarno pravo, tačnije judikatura Evropskog suda, i u kontekstu zaštite potrošača ima relativno relaksiran pristup (opštoj) obavezi poznavanja prava. Ipak, i pored toga ovu praksu pozivanja, odnosno upućivanja na relevantne komunitarne propise treba posmatrati kao doprinos poznavanju komunitarnog prava, a utoliko transparentnosti pravnog režima u ovom segmentu ugovornog prava.

¹¹³ Tako, na primjer, Micklitz, 1993, str. 533.

¹¹⁴ Vidi: Thain, 1994, str. 130. Autor daje izuzetno plastičnu ilustraciju pozitivnih efekata principa “Plain English Law”, na primjeru standardnog ugovora o prodaji stambenih zgrada - Ibid.

¹¹⁵ Kao i činjenice da je Direktivu moguće tumačiti i u smislu njene primjenjivosti na usmene ugovore - preambula, Recital 11, i čl. 5(1) *argumentum a contrario*.

¹¹⁶ Čl. 5.

¹¹⁷ Po pravilu u nacionalnom službenom listu.

7. Sankcija nepravčnosti

Generalno, Direktiva nepravčne ugovorne odredbe lišava pravnog dejstva - čl. 6(1), a tim povodom predviđa i određene vidove kolektivne zaštite - čl. 7(2). Takođe, Direktiva obavezuje države da preduzmu odgovarajuće mjere kojima će spriječiti zloupotrebe vezane za ugovaranje mjerodavnog prava - čl. 6(2).¹¹⁸

Ovoj uvodnoj napomeni o načinu na koji se Direktiva "obračunava" sa nepravničnim ugovornim klauzulama treba dodati sljedeće.

Prije svega, izvorni prijedlog Direktive izričito je govorio o *ništavosti* nepravčnih odredbi, a u njenom konačnom tekstu se kaže da takve odredbe "ne obavezuju" potrošača.¹¹⁹ Istovremeno, operacionalizacija ove generalne sankcije prepuštena je nacionalnim pravima. Nema sumnje, ovim rješenjem Direktiva nastoji uvažiti kako specifičnu prirodu standardnih ugovora, tako i različite pravne solucije koje uz njih, u ovom slučaju povodom nepravčnih klauzula, veže ugovorno pravo pojedinih država članica. Naime, ovaj ugovor je istovremeno i generalna i individualna regulacija. A to, gledano iz ugla oblikovanja sankcije, među ostalim za posljedicu ima sljedeće:

- na nepravčnost ukazuje i subjekt koji nije ugovorna strana;
- pravozaštitni zahtjev ne zastarijeva u uobičajenom smislu;
- efekti sankcije šire se na sve zainteresovane;
- sudska odluka mnogo više konstituiše nego li deklarirše;
- teže se primjenjuje pravilo *quod ab initio* ...;
- češće se ostavlja relativno dug i otvoren rok za adaptaciju standardnog ugovora;¹²⁰ itd.¹²¹

Već ovo je dovoljno da nagovijesti razloge zbog kojih je Direktiva izbjegla da se preciznije odredi spram sankcije nepravčnosti. S ovim u vezi treba podsjetiti i da pojedine zemlje imaju relativno razuđen mehanizam preventivnog djelovanja kada je riječ o izradi i korišćenju standardnih ugovora. Na primjer, to je tipično za aktivnost Potrošačkih ombudsmena i posebnih pravosudnih organa u nordijskim zemljama¹²², dok u drugim zemljama u tom pravcu djeluju individualni potrošači i njihove organizacije pred redovnim sudovima.

Ilustraciju složenosti pitanja o kojem je ovdje riječ nudi ugovorno pravo Portugala. Naime, tu uz generalnu klauzulu nepravčnosti postoje dvije "crne" i dvije "sive" liste, s tim da je sve podvedeno pod jednu sankciju - nepravčne ugovorne odredbe su ništave

¹¹⁸ Misli se na ugovaranje prava neke od država nečlanica kao mjerodavnog prava, čime se po nekima dodatno štite potrošači u odnosu na pravila u Rimskoj konvenciji.

¹¹⁹ I čl. 7 predviđa mogućnost da se od nadležnih organa zahtijeva oglašavanje ugovornih odredbi nepravčnih i sprečavanje njihove "dalje upotrebe".

¹²⁰ Na primjer 6 mjeseci. U nekim pravima potrošačke organizacije su obavezne učestvovati u redefinisaju opštih uslova u tom roku, bez prava da ih u tom periodu napadaju - kritiku takvih rješenja, povodom Holandije, Hondius, 1994, str. 16.

¹²¹ Otud, nije ni čudo što mnogi standardnim ugovorima generalno odriču čisto ugovorni karakter.

¹²² Potrošački ombudsman - Trgovački sud (*Market Court*) u nordijskim zemljama; *Office for a Fair Trading* - V. Britanija.

(*nulidade*).¹²³ Premda bez ovako razučene mreže "lista", i posredstvom drugačije formulisane sankcije, u osnovi istom rezultatu vodi i rješenje njemačkog prava - nepravične odredbe su ništave, odnosno lišene dejstva (*unwirksam*). Sa druge strane, belgijski propisi (o komercijalnom poslovanju) statuiraju generalnu klauzulu i "crnu" listu ugovornih odredbi, s tim da su ove posljednje ništave/nevažee i zabranjene (*nules et interdites; void and forbidden*), dok one koje su nepravične u smislu generalne klauzule *mogu* biti oglašene takvim (čl. 33(1) u vezi sa čl. 33(1)).¹²⁴

Imajući u vidu pomenute različitosti,¹²⁵ autori Direktive su se opredijelili za rješenje koje je naglašenije neutralno, odnosno "više udaljeno od nacionalnih pravnih tradicija".¹²⁶ U skladu s tim, izostavljen je izraz ništav/nevažee, a na njegovo mjesto stavljeno više otvoreno: bez dejstva, odnosno neobavezujući za potrošača (*not binding on the consumer; ne lient pas les consommateurs; für den Verbraucher unverbindlich sind; non vincolano il consumatore*). Dakle, ostavljen je prostor za nacionalna pravna rješenja povodom sankcije, s tim da Komisija vjeruje da je neophodni minimum jedinstva osiguran, a to je "neobaveznost" takvih klauzula u odnosu na potrošače.

Konkretnije, kakvo god da je nacionalno rješenje, rezultat postojanja nepravičnosti trebalo bi da bude sljedeće:

- potrošač može odbiti da izvrši obavezu u smislu nepravične ugovorne odredbe, bez potrebe da prethodno pribavi odgovarajuću odluku suda;
- potrošač se može pozvati na nepravičnost ugovorne odredbe u bilo koje vrijeme po zaključenju ugovora;
- potrošač se ne može odreći prava pozivanja na nepravičnost ugovornih odredbi;
- sud može oglasiti ugovornu odredbu nepravičnom i bez da je u tom smislu intervenisao potrošač, dakle (*ex officio*);
- odluka o oglašavanju odredbe nepravičnom djeluje *ex tunc*.

Kako ističe Tenreiro,¹²⁷ samo nacionalnopravna sankcija koja podrazumijeva navedeno predstavlja vjernu transpoziciju onog što Direktiva ima u vidu povodom sankcije nepravičnosti ugovornih odredbi.

Treba istaći da je iza otvorenosti solucije statuirane odredbom člana 6(1), stao i Evropski sud. To ilustruje nedavna odluka u slučaju **Océano**, tačnije u nekoliko slučajeva koje je Sud objedinio i odlučio jednom presudom.¹²⁸ Naime, spor se odnosio na kupovinu knjiga na otplatu posredstvom standardnog ugovora, u kojem je bila i odredba o isključivoj nadležnosti suda u mjestu prodavaca, tj. u Barceloni. Nakon što je više potrošača zadocnilo za uplatom ugovorenih rata, prodavac je protiv njih podnio

¹²³ Prema Tenreiro, Mario, The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems, (1995) European Review of Private Law, str. 273-284, str. 281 (ubuduće: Tenreiro, 1995).

¹²⁴ Tenreiro, 1995, str. 282.

¹²⁵ O pojmovno-terminološkom šarenilu u ovom kontekstu svjedoči i Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition, Clarendon Press, Oxford, 1996, govoreći o "oko 30 različitih termina" koje nam je u nasljeđe ostavilo rimsko pravo (npr., *nullum; nullius momenti; non esse; invalidum; nihil agere; inuite; irritum; imperfectum* ...).

¹²⁶ Tenreiro, 1995, str. 281, gdje se detaljnije izlaže "potraga" za opšteprihvatljivom solucijom.

¹²⁷ Tenreiro, 1995, str. 282.

¹²⁸ Slučajevi C-240/98 - C-244/98 *Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano Quintero et al.* (2000) ECR I-04941.

tužbu nadležnom sudu u Barceloni. Suočen sa tužbom utemeljenom na pomenutoj odredbi standardnog ugovora, nacionalni sud ovu posljednju vidi kao nepravičnu u smislu čl. 3 Direktive, ali nije siguran da li tim povodom može djelovati na vlastitu inicijativu ili mu je potreban odgovarajući prijedlog tuženog, tj. potrošača. Zbog toga se u skladu sa čl. 234, ex čl. 177, EZ, obraća Evropskom sudu sa zahtjevom za tumačenje mjerodavne odredbe Direktive.

U svojoj odluci Evropski sud član 6 Direktive tumači u smislu prve soluciju, tj. u prilog ovlaštenja nacionalnog suda da povodom nepravičnih ugovornih odredbi djeluje (i) na sopstvenu inicijativu (*ex officio*). No, u obrazloženju odluke Sud ne ide dalje od ponavljanja onog dijela citiranog člana koji govori o tome da ovakve odredbe ugovora "ne obavezuju potrošača".¹²⁹ Očito u nastojanju da se "ne petlja" u iznalaženje jedinstvenog, komunitarnog rješenja, recimo onog prema kojem bi ovakve odredbe bile ili apsolutno ništave (*void*) ili relativno ništave, odnosno rušljive ili pobjodne (*voidable*), ili prinudno neostvarive (*unforceable*).

Konačno,¹³⁰ u vezi sa posljedicama prisustva nepravičnih ugovornih odredbi treba konstatovati i činjenicu da Direktiva čuti o pravu potrošača na obeštećenje. Dosljedno tome, to pravo ravna se prema opštim pravilima ugovornog prava država članica. A to ne samo da nije sretna solucija gledano iz ugla zaštite potrošača, nego i s obzirom na širenje transgraničnog prometa robe i usluga.

Umjesto zaključka

1. Implementacija

Implementacija Direktive ukazuje na različitost pristupa. U nekim zemljama je ta aktivnost primarno viđena kao intervencija u opšta pravila ugovornog prava.¹³¹ U drugim je sagledavana u kontekstu posebnih propisa, odnosno tzv. potrošačkih zakona.¹³² U trećim, pak, implementacija Direktive bila je povod za adaptiranje postojeće razuđene potrošačke regulacije.¹³³ Istovremeno, iz razloga koje nije potrebno posebno obrazlagati, u svim državama regulisanje nepravičnih ugovornih odredbi naslanja se na šire konceptijske pristupe sadržini i ciljevima zaštite potrošača. Iako upravo rečeno vrijedi i za operacionalizaciju drugih segmenata komunitarne regulacije,

¹²⁹ Hondius, 1995, str. 249-50, u osvrtu na rješenje holandskog GZ, kojeg predstavlja kao sankciju "neobaveznosti" (*avoidance*) na strani potrošača, ističe da je ono, s obzirom na jednostavnost realizacije u smislu čl. 49, Knjiga 3, GZ, (dovoljno je neformalno isticanje da nepravična odredba ugovora ne obavezuje) saglasno Direktivi. No, svi holandski komentatori ne dijele ovo mišljenje, *Ibid.*, str. 250.

¹³⁰ Povodom odredbe čl. 7(3), odnosno njene korektne implementacije, vidi odluku u slučaju C-372/99 *Commission v Italv* (2002) ECR I-00819. Povodom nacionalnog propisa (francuski Zakon o zaštiti potrošača) koji vremenski ograničava pravo na isticanje nepravičnosti ugovorne odredbe, odnosno kontrole od strane suda (dvogodišnji rok), kao *protivnog* odredbama članova 6 i 7 Direktive, vidi slučaj C-473/00 *Cofidis SA v Jean-Louis Fredout* (2002) ECR I-10875, paras 35 i sl.

¹³¹ Na primjer: Italija, Holandija.

¹³² Na primjer: Francuska, Belgija, Španija.

¹³³ Na primjer: Velika Britanija, Njemačka.

ipak taj aspekt je ovdje naglašenije prisutan, budući da je u pitanju “nacionalni” propis koja dotiče samu srž vladajućih ugovornih, odnosno privatnopravnih formula. Ili, u Ordo-liberalnim diskursu, ovo je komunitarna mjere koja dotiče temeljne stubove nacionalnog ekonomskog ustava (“*Wirtschaftsverfassung*”).¹³⁴

2. Pravni “transplant” i “iritant”

Kao i sve ostale, i ova Direktiva je instrument harmonizacije, odnosno ujednačavanja prava u okviru Evropske zajednice - ovaj put u jednom segmentu ugovornog prava. No, i tako ograničena intervencija povod je doktrinarnoj debati, u kojoj prominetno mjesto zauzimaju pitanja njene generalne opravdanosti i/ili primjerenosti metoda kojim se koristi.

Kao što je govoreno, u dijelu doktrine je svojevremeni nacrt Direktive, doduše unekoliko ambiciozniji s obzirom na područje regulisanja, dočekan kritikom koja je kao ključne elemente argumentacije koristila pojmove kao što su: demokratija, osnovna prava, temeljni principi privatnog prava, struktura i konzistentnost nacionalnog privatnopravnog poretka i sl. Drugim riječima, Direktiva je viđena kao neposredna prijetnja nacionalnim sistemima privatnog prava, a utoliko i osobenoj društvenopravnoj strukturi. Ili, nešto drugačije, s obzirom na centralni položaj pravne materije koju reguliše, ono što stiže sa Direktivom nisu relativno lako prihvatljive posljedice (običnog) “pravnog transplanta”, već teško sagledive konsekvence “pravnog iritanta”.¹³⁵

Bez sumnje, nije zanemarljiv broj onih koji su spremni stati iza teubnerovski intoniranih upozorenja o rizicima vezanim za nametanje jedinstvenih rješenja u segmentima prava koji svojom prirodom sugerišu mogućnost, ako već ne i potrebu, različitosti. Tim prije ako se radi o pitanju pravičnosti - u ovom slučaju ugovornih odredbi. Sa druge strane, sa ne manje entuzijazma moguće je braniti stav o tome da ni pitanje koje uređuje Direktiva ne demantuje dosadašnje iskustvo o relativno bezbolnom preuzimanju stranih pravnih solucija (“pravni transplant”), uključujući i oblasti koje se smatraju naglašeno nacionalnim - bilo pozivom na istorijske, pravnosistemske ili kulturne razloge.

3. S pogledom na “evropska” rješenja

Za mnoge je usvajanje ove Direktive tek jedan od dokaza potrebe za daljim ujednačavanjem ugovornog prava, ali i drugih segmenata privatnog prava u okviru Zajednice, odnosno Evrope.¹³⁶ Među komunitarnim institucijama najprominetniji

¹³⁴ Ovim povodom vrlo instruktivno Joerges, Christian, Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die Renaissance der regulativen Politik, EUI Working Paper Law, 1990 No. 91/15, EUI, Florenc. Engleska verzija ovog teksta: (EioP) Vol I (1997) No 19, <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>.

¹³⁵ Generalno tim povodom Teubner, Gunther, Legal irritants: good faith in British law or how unified law ends up in new divergences, (1998) ML Rev., str. 11.

¹³⁶ Pogodno polazište u bavljenju ovim pitanjem nude prilozi u posebnom izdanje European Review of Private Lawv iz 1997, kao i u zbornicima Hartkamp, Arthur i dr. (eds.), Towards European Civil Code, 2nd Ed., Ars Aequi Libri - Nijmegen, Kluwer, The Hague/London/Boston; Müller-Graff, Peter-Christian (ed), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden, 1998; Hoecke, Mark van/Ost, François (eds.), The Harmonisation of European Private Law, Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon., 2000.

zagovornik ovakvog pristupa je Evropski parlament. O tome najbolje svjedoče njegove rezolucije o potrebi i opravdanosti ujednačavanja privatnog prava država članica - jedna s kraja 80-ih,¹³⁷ a druga iz sredine 90-ih.¹³⁸ Šta više, ovom posljednjom je Parlament direktno pozvao Komisiju da radi na "projektu izvodljivosti" kodifikovanja privatnog prava na nivou Zajednice.

Sa druge strane, u skladu sa svojim položajem u institucionalnoj strukturi Zajednice, Savjet je ovim povodom uočljivo suzdržaniji. Ovo i pored činjenice da je krajem 90-ih to pitanje našlo posebno mjesto i u zaključcima Evropskog savjeta, kao najvišeg političkog predstavništva država članica.¹³⁹

Ostavljajući po strani dugogodišnja nastojanja na planu ujednačavanja ugovornog prava, kako na evropskom tako i širem planu, na ovom mjestu vrijedi konstatovati da tokom minulog desetljeća Komisija nije ignorisala pomenute pozive Evropskog parlamenta. U pravilu radi se o njenoj finansijskoj i organizacionoj podršci odgovarajućim projektima. A kao što je poznato, minula decenija svjedoči *paralelno* ostvarivanje nekoliko "evropski" koncipiranih projekata vezanih za ujednačavanje ugovornog, odnosno privatnog prava.¹⁴⁰

Na tragu uočljivog trenda širenja pojma potrošača, kako u judikaturi tako i u zakonskim rješenjima, u dijelu evropske doktrine analiza se Direktive sve češće usmjerava ka opštim ugovornim pravilima. Iako na prvi pogled obećavajuće, prije svega u smislu onog što se vidi kao manje ili više radikalna transformacija vladajuće ugovorne paradigme, takav pristup Direktivi nosi i određene rizike. Sa jedne strane, Direktiva je tokom dugogodišnje obrade značajno sadržinski osiromašena *upravo* da bi se *prilagodila* opštim principima ugovornog prava.¹⁴¹ Sa druge strane, širenje njenog zaštitnog potencijala na sve subjekte neminovno vodi ka *pooštravanju* kriterijuma ocjene nepravičnosti ugovornih odredbi. A tradicija ugovornog prava dovoljno jasno govori o tome da ovo posljednje sadrži opasnosti da potrošači u tom uopštavanju pravnih solucija opet izvuku deblji kraj. Drugim riječima, da nivo njihove zaštite ustvari opadne.

Upravo rečeno *ne* znači da pravo zaštite potrošača treba tretirati usko ili "sektaški", odnosno kao zatvoren sistem. Njegove pojedine segmente, ako već ne i normative domete, treba transponirati na nivo opštih pravila ugovornog prava, ali pri tome put treba da bude: regulisati zaštitu potrošača kao takvu i tek potom rješenja prenositi i u druge oblasti. Suprotan postupak rizikuje slabljenje socijalno progresivnog naboja ove regulacije.

Dakle, Direktiva može *i treba* da posluži dogradnji osnovnih principa ugovornog prava, što znači i mimo standardnih, formularnih, adhezionih ... ugovora, odnosno i

¹³⁷ Vidi OJ C 158/400/89.

¹³⁸ Vidi OJ C 205/94.

¹³⁹ Vidi zaključke vanrednog zasjedanja u Tampereu, oktobra 1999. Vidi i COM(2000) 248 final, str. 31.

¹⁴⁰ U nizu projekata svakako su najpoznatija dva: prvi u okviru tzv. Lando komisije, čiji rad je usmjeren na ugovorno pravo, a drugi je tzv. Von Bar grupa, čiji rad je usmjeren ka "Evropskom građanskom zakoniku". Tim povodom poticajno, uz odgovarajuće reference, Hesselink, 2002, str. 164.

¹⁴¹ S tim u vezi krajnje ilustrativno svjedočanstvo nudi Tenreiro, 1995.

mimo potrošačkih ugovora.¹⁴² U tom smislu ona može biti i značajan poticaj transformaciji postojeće ugovorene paradigme u pravcu shvatanja ugovora kao “trajne saradnje” i “pravedne društvene prakse”¹⁴³, ali pri tome njen potrošačko zaštitni karakter mora biti primaran i utoliko zaštićen od razvodnjavanja u prostorima opštih ugovornih pravila.

A što se kriterijuma pravičnog tiče, kao što je nagoviješteno još u “Nikomahovoj etici”, oni će neizbježno varirati od jedne do druge države.¹⁴⁴ Ono što se tim povodom može realno očekivati jeste da će praksa vremenom uspjeti uspostaviti neophodni minimum jedinstva. Drugim riječima, željeli to ili ne, imajući u vidu nacionalnopravnu tradiciju, određeni stepen “evropeizacije” pojma (ne)pravičnog u ovom je kontekstu neminovan. U tome će ključnu ulogu svakako imati praksa Evropskog suda. Istovremeno, svoj doprinos će dati i internet baza podataka o judikaturi nadležnih nacionalnih organa u ovom kontekstu na nivou Zajednice - CLAB¹⁴⁵, kao i sve šira saradnja nacionalnih pravosudnih organa, odskora poticana i odgovarajućim instrumentima komunitarnog prava.

A ako je to tačno, onda možda imaju pravo oni koji, pozivom na Direktivu, budućnost evropskog prava potrošačkih ugovora predstavljaju na sljedeći način: “standardizirana budućnost; isporuka proizvoda i usluge na bazi standardnih uslova - standardizirana pravičnost za standardiziranu formu”!¹⁴⁶ Sve to na zadovoljstvo onih koji u jedinstvu pravnih rješenja vide cilj komunitarnog prava, ali i na razočarenje onih koji vjeruju da je komunitarno pravo, kao nadnacionalno, moguće i kao jedinstvo u različitosti. Tačnije, da je samo kao takvo vjerno cilju evropske integracije kao zajedničkog projekta izgradnje “sve bližeg jedinstva”, na kojeg se pozivaju uvodne odredbe tzv. Osnivačkih ugovora.

Ili, vraćajući se Hondiusu, Direktiva koja je bila povod ovim redovima zaista jeste “prva mjera koja zadire u srce ugovornog prava”, a utoliko i “vrijedan korak” ka njegovoj “evropeizaciji”.¹⁴⁷ Dakle, jedino pitanje kojim se treba baviti jeste koja ili kakva mjera treba da bude sljedeći korak na tom putu, ne zaboravljajući pri tome i one koji upozoravaju: “*ricoscere che ‘un codice per l’Europa’ non è un’ alternative realistica*”¹⁴⁸, odnosno apeluju: “*Recogonise, not harmonise*”.¹⁴⁹

¹⁴² U tom pravcu, uz ostale, Bemitz, 1996, str. 201.

¹⁴³ Pöyhönen, Juha, Procedural and Substantive Fairness in Finnish Contract Law, in Brownsword, R./Howells, G./Wilhelmsson, Th. (eds.), *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth, Adelrshot, 1994, str. 188-211.

¹⁴⁴ Elaboraciju ovog stava ponudio sam u Misita, Nevenko, Prilog određenju pojma pravičnosti, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 1983, XIL, str. 155-174.

¹⁴⁵ Dostupno na <http://europa.eu.int/clab/index.htm>.

¹⁴⁶ Brownsword, Roger/Howells, Geraint/Wilhelmsson, Thomas, *Between Market and Welfare: Some Reflections on Article 3 of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, in Willett, Chris (ed.), *Law in its Social Setting, Aspects of Fairness in Contract*, Blackstone Press Ltd., 1996, str. 25-59, str. 26-27.

¹⁴⁷ Hondius, 1995, str. 242. Vidi i Weatherill, 1995, str. 314 i 320, gdje autor Direktivu vidi kao “značajan napredak” u razvoju “prepoznatljivog privatnog prava Evropske zajednice”.

¹⁴⁸ Mengoni, L. (1993), *L’Europa dei codici o un codice per l’Europa?* Roma, str. 3, prema Hondius, 1995a, str. 254.

¹⁴⁹ Madsen, Palle Bo, *Scandinavian Contract Law within the EEC, A social dimension in contract*

Summary

**IN OCCASION OF THE TENTH ANNIVERSARY OF THE 93/13/EEC
DIRECTIVE ON UNFAIR CONTRACTUAL PROVISIONS**

The issue of unfair conditions of market trade of goods and services is an inseparable companion of centennial contractual law evolution. This work tackles one aspect of this phenomenon related to contracts concluded between professional participants of market exchange and individual consumers - most often: standard contracts, i.e., general terms. We focus on the EC Directive related to fairness of these contracts, adopted ten years ago (Directive 93/13/EEC), having one of its goals the consumer protection. Analysis of these communitarian provisions is conducted in relation to their basic solutions as well as in relation to their transpositions into domestic law of the Member States, including relevant comparative legal aspects. The phenomenon of material "dispersion" of the Directive is also discussed, primarily from the standpoint of consumer protection. In that respect numerous exceptions have been analyzed in details in view of the so called minimal character of harmonization measure. Concluding remarks demonstrate connection between the object of analysis and ever more important discussions on possibilities, needs and means of establishing the "European" contractual law.

Key words: communitarian law, standard contracts, fairness, consumer protection.

Zusammenfassung

**ZUM ZEHNJÄHRIGEN BESTEHEN DER DIREKTIVE 93/13/EEC
ÜBER UNRECHTMÄSSIGE VERTRAGSBESTIMMUNGEN**

Die Frage der Rechtllichkeit der Bedingungen, unter denen der Warenverkehr und die Dienstleistung beim Handel verlaufen sind bei der hundertjährigen Evolution des Vertragsrechts nicht voneinander zu trennen. Der Beitrag beschäftigt sich mit einem Aspekt dieses Phänomens, demjenigen das an die Verträge gebunden ist, die von den professionellen Teilnehmern des Warentauschs und individuellen Verbrauchern abgeschlossen werden - meistens: Standardverträge, bzw. allgemeine Geschäftsbedingungen. Im Mittelpunkt steht die Direktive der Europäischen Gemeinschaft, die der Rechtllichkeit solcher Verträge gewidmet ist, die vor zehn Jahren verabschiedet wurde (Direktive 93/13/EEC), und die den Verbraucherschutz als eines ihrer Ziele etabliert. Die Analyse dieser Vorschrift wird im Hinblick auf deren grundlegende

law by harmonization or recognition, in Wilhelmsson, T. (ed.), *Perspectives of Critical Contract Law*, Dartmouth, Aldersot, 1993, str. 107-120, str. 108. Ovim stavom je autor, inace Danac, dao za pravo Hondiusu, koji sredinom 90-ih ističe da se "radikalan otpor" ideji evropske kodifikacije može očekivati "iz common law zemalja i Danske", Hondius, 1995, str. 253. Sa svoje strane, i Hondius upozorava na značaj "očuvanja bogate lokalne tradicije", što se na najbolji način može učiniti "zadržavanjem postojećih kategorija [ugovornog prava] nedirnutim", Ibid, str. 254.

Lösungen sowie die Art ihrer Transposition in das Recht der Mitgliedstaaten einschließlich der entsprechenden Aspekte im Rechtsvergleich durchgeführt. Es wird auch das Phänomen der inhaltlichen "Verwässerung" der Direktive berührt, vor allem aus der Sicht des Verbraucherschutzes. Damit verbunden werden auch zahlreiche Ausnahmen im Hinblick auf den sog. minimalen Charakter dieser harmonisierenden Maßnahmen analysiert. In den abschließenden Bemerkungen wird die Verbindung zwischen dem Gegenstand der Analyse und einer immer notwendigeren Diskussion über Möglichkeiten, Bedarf und Mittel zur Einrichtung eines "europäischen" Vertragsrechts hergestellt.

Schlüsselwörter: EU-Recht, Standardverträge, Rechlichkeit, Verbraucherschutz.

Sommario

DIRETTIVA 93/13/CEE SULLE DISPOSIZIONI SLEALI NEI CONTRATTI DI CONSUMO

Negli anni recenti i contratti di consumo sono stati al centro di discussioni scientifiche. Ovvero, a livello dell'Unione Europea esiste la tendenza alla codificazione del diritto privato la cui parte più importante forma direttive relative ai contratti di consumo. Una di queste è la Direttiva 93/13/CEE sulle disposizioni sleali nei contratti di consumo. Essa influenza il vero cuore del diritto privato negli stati membri. Essa rappresenta un tentativo di bilanciare la posizione negoziale diseguale nelle transazioni di consumo. Il suo scopo fondamentale è di rafforzare la posizione del consumatore e di tutelarla nelle situazioni in cui egli aderisce a contratti che includono disposizioni sleali sulle quali egli non può negoziare individualmente. La disposizione contrattuale sulla quale non c'è stata una negoziazione individuale è ritenuta sleale se, contro il principio di buona fede, causa un significativo disequilibrio che colpisce sfavorevolmente il consumatore. Tale disposizione è nulla e non crea alcun effetto legale. La Direttiva elenca i criteri per l'interpretazione delle disposizioni sleali, mentre le corti nazionali dovrebbero valutare ciascun caso singolarmente. Tuttavia, per rendere più facile l'interpretazione delle disposizioni sleali alle corti nazionali, la Direttiva include una lista di clausole che possono essere ritenute sleali, una cosiddetta "lista grigia".

Parole chiave: tutela del consumatore, direttiva, contratto di consumo, disposizione contrattuale sleale.

DENACIONALIZACIJA NEIZGRAĐENOG GRAĐEVINSKOG ZEMLJIŠTA

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

UDK: 347.232.1
347.235

Ur.: 13. siječnja 2004.

Pr.: 23. siječnja 2004.

Izvorni znanstveni članak

Radi boljeg razumijevanja denacionalizacije neizgrađenog građevinskog zemljišta prikazuju se pravne osnove prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo, njihova svrha i pravna priroda, i to: eksproprijacija od 15. svibnja 1945. do 26. prosinca 1958., posebno ustanova eksproprijacije kompleksa zemljišta za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju koja se primjenjivala u SRH do 22. ožujka 1978.; zatim nacionalizacija građevinskog zemljišta od 26. prosinca 1958. do 15. veljače 1968.; podružtvljavanje neizgrađenog građevinskog zemljišta u skladu s Ustavom SFRJ, od 7. travnja 1963., po Zakonu o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera (od 15. veljače 1968. do 24. travnja 1973.) i po Zakonu o prostornom planiranju i korištenju građevinskog zemljišta SRH, od 24. travnja 1973. do 8. siječnja 1981. Permanentno podružtvljavanje građevinskog zemljišta zasnivalo se na Ustavu SFRJ, od 21. veljače 1974. (čl. 81. st. 1.), i Ustavu SRH, od 22. veljače 1974. (čl. 112. st. 1.), a provodilo se na temelju odluka skupština općina, u skladu s uvjetima i po postupku koji su bili propisani Zakonom o građevinskom zemljištu SRH (od 8. siječnja 1981. do 22. prosinca 1990.).

Ovlaštenici prava na denacionalizaciju su prijašnji vlasnici i njihovi pravni sljednici. Prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta je osoba koja je bila upisana u zemljišne knjige u trenutku prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo, ali od toga postoje dvije krupne iznimke.

Prijašnji vlasnik je u trenutku prisilnog prijenosa neizgrađenog građevinskog zemljišta u društveno vlasništvo stjecao privremeno pravo korištenja koje je trajalo do deposediranja; on je to pravo po Zakonu o nacionalizaciji mogao otuđiti, a od 15. veljače 1968. godine mogao ga je prenijeti samo na bračnog druga, potomke, usvojenike, roditelje i usvojitelje. Po kasnijem republičkom zakonu su i te osobe mogle prenositi pravo na isti krug bliskih srodnika i njime, kao i prijašnji vlasnik, oporučno raspolagati. Time je proširen krug ovlaštenika prava na denacionalizaciju, i još više Zakonom o naknadi koji osnažuje ništave ugovore kojima je prijašnji vlasnik protupravno raspolagao neizgrađenim građevinskim zemljištem, ako nemaju drugih nedostataka koji ih čine ništavima ili pobojnim (čl. 18.).

Kako je predmet denacionalizacije samo neizgrađeno, a ne i izgrađeno građevinsko zemljište u ovoj raspravi utvrđuju se kriteriji pomoću kojih se

procjenjuje kada se pojedino zemljište smatra neizgrađenim. Na kraju se izlažu pravila restitucije i njena ograničenja te pravila o naknadi u vrijednosnim papirima kada je restitucija po zakonu isključena zbog zaštite stečenih prava i u javnom interesu.

Neizgrađeno građevinsko zemljište, koje nije deposedirano niti dobrovoljno predano općini (jedinici lokalne samouprave) također je predmet denacionalizacije, dok se prijelazne odredbe Zakona o vlasništvu odnose na pravo korištenja radi građenja i ostvareno prvenstveno pravo korištenja.

Gljučne riječi: građevinsko zemljište, nacionalizacija, denacionalizacija, ovlaštenik denacionalizacije, restitucija, naknada.

Sadržaj

Uvod; § 1. Podruštvovljenje (nacionalizacija) građevinskog zemljišta; 1. Općenito; 2. Povijesni prikaz; 3. Eksproprijacija građevinskog zemljišta od 15. svibnja 1945. do nacionalizacije 26. prosinca 1958.; 4. Nacionalizacija građevinskog zemljišta od 26. prosinca 1958. do 15. veljače 1968.; a) Svrha nacionalizacije građevinskog zemljišta; b) Predmet nacionalizacije građevinskog zemljišta; c) Određivanje građevinskog područja; d) Ustavna osnova za nacionalizaciju najamnih zgrada i građevinskog zemljišta; 5. Podruštvovljenje građevinskog zemljišta od 15. veljače 1968. do 8. siječnja 1981.; 5.1. Pretpostavke za podruštvovljenje građevinskog zemljišta po Ustavu SFRJ od 7. travnja 1963.; 5.1.1. Odluka Ustavnog suda Jugoslavije od 19. travnja 1967.; 5.1.2. Podruštvovljenje građevinskog zemljišta po Zakonu o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera od 15. veljače 1968. do 24. travnja 1973.; 5.1.3. Podruštvovljenje građevinskog zemljišta po Zakonu SRH, od 24. travnja 1973. do 8. siječnja 1981.; 6. Podruštvovljenje građevinskog zemljišta po propisima koji su donijeti na temelju Ustava iz 1974.; 6.1. Načela ustanove podruštvovljenja građevinskog zemljišta po Ustavu SFRJ/SRH iz 1974.; 6.2. Zakonske pretpostavke za određivanje (podruštvovljenje) građevinskog zemljišta; 6.3. Pretpostavke za određivanje (podruštvovljenje) građevinskog zemljišta u SR Hrvatskoj (1981.-1990.); 6.4. Pravna priroda ustanove prisilnog prijenosa građevinskog zemljišta u društveno vlasništvo;

§ 2. Ovlaštenici prava na denacionalizaciju; 1. Prijašnji vlasnik; 2. Prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta; 3. Pravni sljednik prijašnjeg vlasnika podruštvovljenog neizgrađenog građevinskog zemljišta; 3.1. Pravni sljednik do 15. veljače 1958.; 3.2. Pravni sljednik od 15. veljače 1958. do 24. travnja 1973.; 3.3. Pravni sljednik od 24. travnja 1973. do 2. svibnja 1990.; 3.4. Pravni sljednik od 2. svibnja 1990. do 1. siječnja 1997.; 3.5. Isključeno stjecanje prava korištenja dosjelošću; 4. Druge osobe kao ovlaštenici prava na denacionalizaciju neizgrađenog građevinskog zemljišta; 4.1. Prijašnji vlasnik kome je dodijeljeno drugo zemljište na korištenje radi građenja; 4.2. Stjecatelj prava korištenja (koja se pretvaraju u pravo vlasništva) na temelju osnaženog pravnog posla; 4.2.1. Trenutak osnaženja pravnog posla; 4.2.2. Ništavost pravnog posla utvrđena presudom koja je stekla svojstvo pravomoćnosti do 1. siječnja 1997.; 4.2.3. Osnaženje ništavih pravnih poslova o raspolaganju

neizgrađenim građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu - iznimka od pravila;

5. Vlasnik protupravno izgrađenog objekta kao ovlaštenik prava na denacionalizaciju;

6. Kumulacija ovlaštenika prava na denacionalizaciju; **§ 3. Predmet denacionalizacije;**

1. "Imovina" kao objekt denacionalizacije; 1.1. Stvari kao objekt denacionalizacije (naknade) po Zakonu o naknadi; 2. Nekretnine kao objekt denacionalizacije; 2.1. Općenito; 2.2. Građevinsko zemljište kao objekt denacionalizacije; 2.2.1. Pojam - građevinsko zemljište; 2.2.2. Pojmovno razgraničenje: izgrađeno i neizgrađeno građevinsko zemljište; 2.2.2.1. Izgrađeno građevinsko zemljište; 2.2.2.2. Neizgrađeno građevinsko zemljište; 2.2.2.2.1. Privremene zgrade kao samostalni objekti; 2.2.2.2.2. Trajne zgrade sklone padu (ruševne) i izvlaštene zgrade; 2.2.2.2.3. Sporedni građevinski objekt; 2.2.2.2.4. Građevinski objekti podignuti bez odobrenja nadležnog organa (građevinska dozvola); 2.2.3. Naknada zbog uklanjanja bespravno izgrađene zgrade po propisima o eksproprijaciji; **§ 4. Posebna pravila o denacionalizaciji neizgrađenog građevinskog zemljišta;** 1. Pravila o denacionalizaciji neizgrađenog građevinskog zemljišta; 1.1. Denacionalizacija - restitucija neizgrađenog građevinskog zemljišta koje je prenijeto u društveno vlasništvo odlukom skupština općina poslije 22. veljače 1974.; a) Neizgrađeno građevinsko zemljište koje nije privedeno namjeni; b) Neizgrađeno građevinsko zemljište na kojemu je treći stekao pravo korištenja radi građenja; c) Zemljište privedeno namjeni; 1.2. Restitucija odnosno naknada za preostalo neizgrađeno građevinsko zemljište; 1.2.1. Ograničenje restitucije prava vlasništva na deposediranom građevinskom zemljištu; 1.2.2. Specifične pretpostavke o isključenju restitucije neizgrađenog građevinskog zemljišta; a) Pravomoćno rješenje o deposedaciji; b) Raspolaganje deposediranim zemljištem - konstituiranje prava korištenja radi građenja; c) Zemljište privedeno namjeni; d) Prestanak prava korištenja radi građenja; 1.2.3. Stjecatelj prava vlasništva na građevinskom zemljištu danom na ime naknade na kome je prestalo pravo korištenja radi građenja; 1.2.4. Prestanak prava korištenja radi građenja kao pretpostavka za restituciju; 1.2.4.1. Utvrđivanje prestanka prava korištenja radi građenja; 1.2.5. Restitucija prava vlasništva na zemljištu koje nije privedeno namjeni; 1.2.6. Restitucija prava vlasništva na građevinskom zemljištu na kojem je izgrađen objekt suprotno propisima; 1.2.7. Restitucija prava vlasništva na deposedirano građevinsko zemljište i vraćanje naknade; 1.3. Isključenje restitucije neizgrađenog građevinskog zemljišta prijašnjem vlasniku - odgovarajuća primjena općih odredbi; 1.3.1. Neizgrađeno građevinsko zemljište na koje su druge osobe stekle pravo vlasništva; 1.3.2. Neizgrađeno građevinsko zemljište koje je uneseno u društveni kapital poduzeća u postupku pretvorbe; 1.3.3. Neizgrađeno građevinsko zemljište u vlasništvu pravnih osoba koje obavljaju javnu djelatnost; 1.3.3.1. Odluka Vlade RH o vraćanju neizgrađenog građevinskog zemljišta; 1.3.4. Neizgrađeno građevinsko zemljište od osobitog društvenog i gospodarskog značenja; 1.3.5. Razlozi obrane i nacionalne sigurnosti zemlje; 1.4. Denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta koje nije predano općini niti je deposedirano.

Uvod

Restitucija i naknada za područstvljeno neizgrađeno građevinsko zemljište po svojoj pravnoj složenosti i gospodarskome značaju spada u prvi red pitanja denacionalizacije imovine, prisilno prenijete u društveno vlasništvo.

Radi boljeg sagledavanja pravnih pitanja denacionalizacije neizgrađenog građevinskog zemljišta nužan je kratak osvrt na područstvoljenje toga vrlo značajnog dobra za urbanu civilizaciju.

Na području današnje Republike Hrvatske bilo je područstvoljeno gotovo cjelokupno građevinsko zemljište, a područstvoljavalo se poslije 15. svibnja 1945. do 22. prosinca 1990., najprije na osnovi propisa o eksproprijaciji, a zatim na osnovi propisa o nacionalizaciji i napokon propisa o prisilnom prijenosu u društveno vlasništvo na temelju odluka skupština općina u skladu sa Zakonom o građevinskom zemljištu¹ i s posljednjim Ustavom SRH, od 22. veljače 1974. godine (čl. 112.).

Ovlaštenik prava na denacionalizaciju je prijašnji vlasnik odnosno njegov pravni sljednik, koji je do deposediranja ili dobrovoljne predaje zemljišta općini imao privremeno pravo korištenja a pod određenim pretpostavkama i prvenstveno pravo korištenja radi izgradnje obiteljske stambene zgrade; ovlaštenici prava na denacionalizaciju su i nasljednici prvog nasljednog reda tih osoba.²

Denacionalizaciju neizgrađenog građevinskog zemljišta u Republici Hrvatskoj uređuju dva zakona: ZID ZGZ³ i ZN.⁴ Prvi Zakon uređuje restituciju prava vlasništva neizgrađenog građevinskog zemljišta koje je bilo prisilno prenijeto u društveno vlasništvo na temelju odluka skupština općina nakon 22. veljače 1974.; drugi Zakon uređuje denacionalizaciju preostalog neizgrađenog građevinskog zemljišta koje je bilo prisilno prenijeto u društveno vlasništvo nakon 15. svibnja 1945. godine kao građevinsko, pa i drugo zemljište koje je nakon oduzimanja proglašeno građevinskim zemljištem u skladu sa zakonom.

Nije predmet denacionalizacije zemljište koje je kao neizgrađeno prisilno prenijeto u društveno vlasništvo, a u trenutku stupanja na snagu Zakona o naknadi bilo je izgrađeno (arg. iz čl. 15. st. 1. ZN-a), osim onoga koje je u sastavu vrijednosti oduzetog poduzeća (čl. 45. st. 2. ZN-a).⁵

Nije predmet restitucije građevinsko zemljište koje je privedeno namjeni, iako nije izgrađeno; nije predmet restitucije ni ono zemljište koje nije privedeno namjeni ako postoji drugi zakonski razlog koji isključuje restituciju.

¹ Zakon o građevinskom zemljištu, NN br. 54/80., 42/86., 41/88., proć. tekst NN, br. 48/88., 16/90. i 53/90. - odluka Ustavnog suda RH, NN 44/92.

² Simonetti, P., Denacionalizacija, izdanje Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004., treći dio, §2.

³ Zakon o izmjenama i dopunama zakona o građevinskom zemljištu, NN, br. 53/90., od 14. prosinca 1990.

⁴ Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, NN, br. 92/96. od 30 listopada 1996., ZID ZN, NN, br. 80/02. i 81/02. (ispr.); Odluka i rješenje Ustavnog suda RH, NN, br. 39/99.

⁵ Simonetti, P., Denacionalizacija, dio IV. § 2. toć. 2. do 2.4.

Prema tome, predmet područstvoljenja građevinskog zemljišta, predmet denacionalizacije i predmet restitucije mogu se figurativno predstaviti pomoću tri koncentrična kruga: prvi ima najveći promjer a treći - najmanji. U ovom članku utvrđuju se sva tri objekta. U slučaju isključenja restitucije ovlaštenik prava na denacionalizaciju ima pravo na naknadu u vrijednosnim papirima.

§ 1. Područstvoljenje (nacionalizacija) građevinskog zemljišta

1. Općenito

Područstvoljenje u ovom tekstu je termin za eksproprijaciju, nacionalizaciju i prestanak prava vlasništva na građevinskom zemljištu na temelju odluke skupštine općine; upotrebljava se kao zajednički naziv za sve tri osnove prisilnog prijenosa građevinskog zemljišta u društveno vlasništvo, ali i kao sinonim za svaku od ovih pravnih osnova ukidanja privatnog vlasništva na građevinskom zemljištu.

2. Povijesni prikaz

Radi boljeg sagledavanja ustanove područstvoljenja građevinskog zemljišta dajemo kratak povijesni prikaz područstvoljenja građevinskog zemljišta u Jugoslaviji: od 15. svibnja 1945. do donošenja Zakona o nacionalizaciji⁶ (26. prosinca 1958.); od donošenja Zakona o nacionalizaciji (26. prosinca 1958.) do stupanja na snagu Zakona o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera⁷ (15. veljače 1968.) i od 15. veljače 1968. do Ustava SFRJ 21. veljače 1974., odnosno Ustava SRH 22. veljače 1974., te uređuje prestanak prava vlasništva na građevinskom zemljištu u skladu s Ustavom SRH (čl. 112. st. 1.), po Zakonu o građevinskom zemljištu SRH koji je stupio na snagu 8. siječnja 1981. godine.⁸

3. Eksproprijacija građevinskog zemljišta od 15. svibnja 1945. do nacionalizacije 26. prosinca 1958.

U prvim godinama nakon završetka Drugog svjetskog rata na teritoriju tadašnje Jugoslavije, nakon 15. svibnja 1945., u slučaju potrebe, na zemljištu planiranom za izgradnju privrednih i drugih objekata od općeg interesa, ukidalo se pravo vlasništva u postupku eksproprijacije,⁹ a eksproprijirane nekretnine prenosile su se u općenarodnu imovinu (državno vlasništvo). U to je vrijeme individualna izgradnja stambenih zgrada u gradovima bila zanemariva, pa je i promet građevinskog zemljišta u privatnom vlasništvu, kao oblik prisvajanja gradske rente, bio neznatan. Individualna izgradnja stambenih zgrada u gradovima bila je pospješena olakšicama iz Uredbe o izgradnji

⁶ Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, Sl. list FNRJ br. 52/58.

⁷ Sl. list SFRJ, br. 5/68. i 20/69. (dalje u tekstu Zakon o određivanju građevinskog zemljišta...).

⁸ NN, br. 54/80. (dalje u tekstu: ZGZ).

⁹ Osnovni zakon o eksproprijaciji, Sl. list FNRJ, br. 28/47.; donesen je 1. travnja 1947.; stupio je na snagu danom objavljivanja, 4. travnja 1947., kada su prestali vrijediti dotadašnji propisi o eksproprijaciji (čl. 37.).

stambenih zgrada radnika i službenika, od 9. svibnja 1951.,¹⁰ koja je propisala pretpostavke i postupak za ustupanje na besplatno trajno korištenje neizgrađenog građevinskog zemljišta u općenarodnoj imovini radi izgradnje obiteljskih stambenih zgrada i radi pribavljanja jeftinih stambenih kredita. Ubrzo se pokazalo da površine građevinskog zemljišta u općenarodnoj imovini nisu dovoljne za zadovoljenje narasle potražnje građevnih čestica za individualnu stambenu izgradnju potaknutu povoljnim kreditima; upravo zbog toga primijećene su pojave “špekulacije u prometu građevinskim parcelama koje se nalaze u privatnoj svojini”, kako je konstatala Narodna skupština FNRJ. 22. svibnja 1953. u Rezoluciji o osiguranju uvjeta za proširenje stambenog fonda u gradovima i gradskim općinama. Rezolucija je nalagala da se:

1. za jedan od slijedećih sastanaka Narodne skupštine FNRJ pripremi “Prijedlog zakona o nacionalizaciji i uvjetima nacionalizacije zemljišta u gradovima i gradskim općinama koja služe za podizanje stambenih zgrada”;

2. do donošenja toga zakona ovlašćuju (se) narodni odbori gradova i gradskih općina “da svojom odlukom mogu izvršiti eksproprijaciju zemljišta namijenjenih za podizanje stambenih zgrada”. Naknada za eksproprijaciju zemljišta i druga pitanja vezana za eksproprijaciju “regulirat će se odredbama zakona čije se donošenje predlaže”.¹¹

U međuvremenu su sazreli politički i društveni uvjeti za podruštvovljenje građevinskog zemljišta i najamnih zgrada, pa je 26. prosinca 1958. Narodna skupština FNRJ donijela Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta.¹²

Međutim, prije donošenja Zakona o nacionalizaciji, dana 25. veljače 1957., donesen je novi Zakon o eksproprijaciji¹³ koji je uveo ustanovu eksproprijacije kompleksa zemljišta za potrebe stambene i komunalne izgradnje (čl. 67.-81.), pa je njegovim stupanjem na snagu prestao važiti ne samo dotadašnji Osnovni zakon o eksproprijaciji, nego i t. 2. Rezolucije o osiguranju uvjeta za proširenja stambenog fonda u gradovima i gradskim općinama, kao i Uredba o naknadi za ekspropirane nekretnine (čl. 123.). Taj zakon je, naime, propisao da se u gradskim naseljima mogu za potrebe stambene i komunalne izgradnje ekspropirirati samo one pojedine građevinske i poljoprivredne čestice ili cijeli zemljišni kompleksi koji se nalaze na području koje je urbanističkim planom ili odlukom narodnog odbora kotara ili općine određeno za takvu izgradnju (čl. 69. st. 1.). To se odnosilo i na druga naselja za koja je donesen urbanistički plan ili odluka koja taj plan zamjenjuje (čl. 69. st. 2.). Zemljište izvan tog područja moglo se ekspropirirati za potrebe stambene i komunalne izgradnje samo ako bi se prethodno utvrdio opći interes (čl. 69. st. 3.). Drugim riječima, u prvom je slučaju opći interes utvrđen urbanističkim planom ili odlukom koja ga zamjenjuje, a u drugom slučaju morao se utvrditi po odredbama ZE-a (čl. 13.-18.). U oba slučaja mogle su se ekspropirirati, već prema potrebama, pojedinačne građevinske ili

¹⁰ Sl. list FNRJ, br. 23/51.

¹¹ Rezolucija je objavljena u: Sl. list FNRJ, br. 23/53.

¹² Sl. list FNRJ, br. 52/58.

¹³ Zakon o eksproprijaciji, Sl. list FNRJ, br. 12/57., 11/68. (proč. tekst); stupio je na snagu 20. ožujka 1957., (u daljnjem tekstu: ZE). Vidi: Krbek, I., Pravo jugoslovenske uprave, III. knjiga, Birehnički izdavački zavod, Zagreb, 1962., str. 168-169.

poljoprivredne čestice, te cijeli kompleksi zemljišta koji su prostornim planom bili namijenjeni za stambenu i komunalnu izgradnju. Predmet eksproprijacije, međutim, i u prvom i u drugom slučaju bilo je samo neizgrađeno građevinsko zemljište.¹⁴ Izuzetak je bila situacija kada se eksproprijirala zgrada koju nije trebalo ukloniti, već ostaviti na istom zemljištu, jer se zajedno s eksproprijacijom zgrade morala eksproprijirati i građevna čestica. To zbog toga što zgrada u društvenom vlasništvu nije mogla stajati na zemljištu na kojem postoji pravo vlasništva.¹⁵

Izvlaštenik (eksproprijat) je imao prvenstveno pravo korištenja radi građenja ako je na eksproprijiranom zemljištu bila predviđena izgradnja zgrade s najviše dva stana (čl. 72. ZE-a).

Ustanova eksproprijacije kompleksa zemljišta za potrebe stambene i komunalne izgradnje zadržana je i nakon donošenja Zakona o nacionalizaciji, pa i nakon 15. veljače 1968., kada je stupio na snagu Zakon o određivanju građevinskog zemljišta ... (*infra*).¹⁶

Pravna ustanova eksproprijacije kompleksa zemljišta za potrebe stambene i komunalne izgradnje zadržala se i u pročišćenom tekstu Zakona o eksproprijaciji (čl. 55.- 64.). do 22. ožujka 1978.¹⁷

Zakon o eksproprijaciji SRH¹⁸ koji je stupio na snagu 22. ožujka 1978. godine nije uređivao ustanovu eksproprijacije kompleksa zemljišta za potrebne stambene i komunalne izgradnje, ali je prijelaznim odredbama propisao da se odredbe iz čl. 33. i čl. 34. st. 1. toga zakona¹⁹ ne primjenjuju u slučajevima kad je po ranijim propisima o eksproprijaciji izvršena eksproprijacija zemljišta. Na takve prijašnje vlasnike u pogledu njihovih prava i dužnosti odgovarajuće se primjenjuju odredbe Zakona o

¹⁴ Radanović, B., Novi Zakon o eksproprijaciji, Nova administracija, br. 1/59., str. 1-16.; Sazim, M., Povodom Zakona o eksproprijaciji, Narodna uprava, br. 4-5/57., 6/57. i 7/57.

¹⁵ Zakon o prometu zemljišta i zgrada (u daljnjem tekstu: ZPZZ), Sl. list FNRJ, br. 26/54., od 11. lipnja 1954. predviđao je mogućnost pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade na osnovi ugovora samo pod pretpostavkom da su zgrade i zemljišta objekt "privatnog vlasništva" (čl. 6. st. 1.). Na zemljištu u društvenom vlasništvu trajne zgrade bile su pravno samostalne nekretnine, a od zemljišta ih je odvajalo trajno pravo korištenja (čl. 6. st. 2. ZPZZ-a). Simonetti, P., Pravo korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, Informator, Zagreb, 1985., str. 193-234; isti: Trajno pravo korištenja i njegova pretvorba u pravo vlasništva vlasnika zgrade, ZPFR, vol. 20. br. 2., 1999.

¹⁶ Čl. 55-64. pročišćenog teksta ZE-a, Sl. list SFRJ, br. 11/68.

¹⁷ Sl. list SFRJ, br. 11/68., 30/68. i 33/70., koji se nakon ustavnih amandmana (1971.) primjenjivao u SRH kao republički zakon, NN, br. 53/71. i 52/73. do 22. ožujka 1978., kada je stupio na snagu Zakon o eksproprijaciji SRH, NN, br. 10/78, 5/80. i 30/82., pročišćeni tekst NN 46/82., 28/87., 39/88. i 73/91., koji je prestao važiti 10. veljače 1994., kada je stupio na snagu sadašnji Zakon o izvlaštenju, NN 9/94., 35/94. ispr. Zakon o eksproprijaciji SRH nije poznavao ustanovu eksproprijacije kompleksa zemljišta za potrebe stambene i komunalne izgradnje. Ova ustanova bila je uređena Zakonom o građevinskom zemljištu SRH (čl. 1. i 7.).

¹⁸ Pročišćeni tekst NN, br. 46/82.

¹⁹ Odredbe iz čl. 33. st. 1. i čl. 34. st. 1. ZE SRH odnose se na poništenje pravomoćnog rješenja o eksproprijaciji "ako korisnik eksproprijacije u roku od dvije godine od dana pravomoćnosti rješenja nije započeo građenjem objekta ili izvođenjem radova radi kojih je nekretnina eksproprijirana".

građevinskom zemljištu²⁰ (čl. 68. st. 2.), koji je davao široke mogućnosti općinama pri određivanju područja neizgrađenog građevinskog zemljišta, pa i onoga koje je namijenjeno za kompleksnu izgradnju.²¹

4. Nacionalizacija građevinskog zemljišta od 26. prosinca 1958. do 15. veljače 1968.

Nacionalizacija građevinskog zemljišta (kao i nacionalizacija najamnih zgrada) provedena je na temelju saveznog zakona koji je donijet, proglašen, objavljen i stupio na snagu 26. prosinca 1958.²²

a) Svrha nacionalizacije građevinskog zemljišta

Slijedeći intencije Rezolucije Narodne skupštine FNRJ, od 22. svibnja 1953.,²³ da se savlada stihijsko djelovanje gradske rente i radi racionalizacije i unaprjeđenja stambene izgradnje kako bi se planski razvijali gradovi, donesen je 26. prosinca 1958. Zakon o nacionalizaciji.²⁴

Iz odredaba Zakona o nacionalizaciji proizlazilo je da je svrha nacionalizacije građevinskog zemljišta bila spriječiti individualno prisvajanje gradske rente; gradsku rentu usmjeriti u fondove komunalne zajednice; omogućiti plansku i jeftiniju stambenu izgradnju i pružiti mogućnost komunalnoj zajednici da ona upravlja građevinskom zemljištem, u tom okviru pripremati zemljište za plansku izgradnju odgovarajuće komunalne infrastrukture, te po zakonom utvrđenim kriterijima vršiti dodjelu građevinskog zemljišta radi izgradnje stambenih i poslovnih zgrada fizičkih i pravnih osoba.

b) Predmet nacionalizacije građevinskog zemljišta

Predmet nacionalizacije bilo je cjelokupno gradsko zemljište (izgrađeno i neizgrađeno) koje se nalazilo u užim građevinskim područjima (rajonima) gradova i naselja gradskog karaktera (čl. 34. i 35. Zakona o nacionalizaciji).²⁵

c) Određivanje građevinskog područja

Budući da je predmet nacionalizacije građevinsko zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera, za primjenu Zakona o nacionalizaciji morale su se utvrditi dvije činjenice: prvo, koja se mjesta smatraju gradovima i naseljima gradskog karaktera; drugo, koja se zemljišta u tim mjestima smatraju građevinskim zemljištem.

²⁰ NN, br. 54/80.; ranije Zakon o prostornom uređenju i korištenju građevinskog zemljišta, NN br. 14/73. od 16. travnja 1973.

²¹ Čl. 7. ZGZ-a (pročišćeni tekst, NN, 48/88.).

²² Budisavljević, J., Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, *Odvjetnik* br. 7-8/59.; isti: *Podruštvljavanje zemljišta*, *Odvjetnik* br. 7-8/63., str. 207-211.

²³ Rezolucija je prestala važiti 22. travnja 1957. (čl. 123. st. 1. ZE-a) kao pravni izvor, ali njene intencije uzima u obzir zakonodavac pri donošenju Zakona o nacionalizaciji.

²⁴ Sl. list FNRJ, br. 52/58.; vidi: ekspozé člana Saveznog izvršnog vijeća, Lidije Šentjurs, o prijedlogu Zakona o nacionalizaciji... u Zbirci saveznih propisa, izdanje Sl. list FNRJ, Beograd, 1959., br. 167.; vidi i: Rezoluciju o osnovnim principima stambenog zakonodavstva, od 28. veljače 1957., Sl. list FNRJ, br. 10/57.; Radanović, B., *Nacionalizacija najamnih zgrada...*, op. cit., str. 1-16.

²⁵ VSJ, Rev-95/68, od 23. svibnja 1968., ZSO, 13-3, br. 260.

Prvo je utvrđivalo republičko izvršno vijeće (čl. 34. st. 2.),²⁶ a drugo kotarski narodni odbor "posebnom odlukom donesenom na sjednicama obaju vijeća", i to na prijedlog općinskog narodnog odbora (čl. 34. st. 3.). Zakon je propisivao, međutim, da se granicama užeg građevinskog područja može obuhvatiti samo ono područje koje je već urbanistički izgrađeno ili koje će prema planiranoj stambenoj i komunalnoj izgradnji biti izgrađeno u doglednom vremenu (čl. 34. st. 5.).²⁷ Uže građevinsko područje moglo se kasnije proširiti pod istim pretpostavkama i po istom postupku. Građevinsko zemljište obuhvaćeno odlukom kotarskog narodnog odbora koju bi potvrdilo republičko izvršno vijeće prelazilo je u društveno vlasništvo danom stupanja na snagu te odluke (čl. 35.).²⁸

d) Ustavna osnova za nacionalizaciju najamnih zgrada i građevinskog zemljišta

Postavlja se pitanje da li je postojala ustavna osnova za ovu kasnu nacionalizaciju građevinskog zemljišta i najamnih zgrada po Ustavu FNRJ od 31. siječnja 1946., kojim je bilo propisano da se zakonom mogu nacionalizirati "pojedine privredne grane ili poduzeća ako to traži opći interes" (čl. 18. st. 6. koji upućuje na st. 5.). Prema vodećem ideologu i graditelju tadašnjeg pravnog sustava, svrha nacionalizacije najamnih zgrada bila je "spriječiti da stambena privreda (ne) postane, uz povećane, tj. ekonomske stanarine, predmet privatne kapitalističke eksploatacije".²⁹ Nasuprot tome, za nacionalizaciju građevinskog zemljišta, ni širokim tumačenjem ne može se naći osnova u tadašnjem Ustavu jer vlasnici građevinskog zemljišta nisu obavljali privrednu djelatnost time što su u nastalim uvjetima povoljne konjunktore u prometu građevinskog zemljišta prisvajali gradsku rentu. Zato profesor ustavnog prava Jovan Đorđević, koji je sudjelovao u izradi nacrtu nekoliko jugoslavenskih Ustava, kaže da tek odredbe čl. 81. Ustava SFRJ od 21. veljače 1974. koje propisuju načelo da ne može postojati pravo vlasništva na građevinskom zemljištu, "potvrđuju pravno stanje uspostavljeno zakonom ustavnog karaktera".³⁰ Ovo se odnosi kako na Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, tako i na Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera (1968.).

²⁶ Vidi Odluku o određivanju mjesta koja se smatraju gradovima i naseljima gradskog karaktera, NN, br. 8/59., br. 32/61. i 37/62.

²⁷ Vidi Uredbu o postupku za provođenje nacionalizacije, čl. 32-35.

²⁸ Budisavljević, J., *Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada...*, op. cit., str. 130-147.; Pavić, Đ., *O nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta*, Zemljišna knjiga, br. 1-3/1959., i Pavić, Đ., Crnić, J., Duić, F., *Prava na nekretninama*, II. knjiga, (eksproprijacija i nacionalizacija), Informatorov priručnik za kadrove, Zagreb, 1969.; Stojaković, N., *O nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta*, Narodna uprava (Sarajevo) br. 3-4, (XII); Radanović, B., *Nacionalizacija najamnih zgrada i građevinskog zemljišta*, Nova administracija, Beograd, 1959., str. 1-16.

²⁹ Kardelj, E., *Problemi naše socijalističke izgradnje*, Kultura, Beograd, 1964., str. 5. Vidi i Rezoluciju Savezne narodne skupštine o osnovnim principima stambenog zakonodavstva, od 28. veljače 1957., Sl. list FNRJ, br. 10/57.

³⁰ Đorđević, J., *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1975., str. 215.

5. Podruštvovljenje građevinskog zemljišta od 15. veljače 1968. do 8. siječnja 1981.

Pretpostavke podruštvovljenja građevinskog zemljišta od 15. veljače 1968. bile su određene posebnim zakonom u skladu s Ustavom SFRJ od 7. travnja 1963.

5.1. Pretpostavke za podruštvovljenje građevinskog zemljišta po Ustavu SFRJ od 7. travnja 1963.

Ustav SFRJ od 7. travnja 1963. propisivao je načelo po kojem zakon određuje u kojim granicama i pod kojim uvjetima građani SFRJ mogu imati pravo vlasništva na poljoprivredno i drugo zemljište (čl. 21. st. 3.). U "drugo zemljište" spada i građevinsko zemljište.

5.1.1. Odluka Ustavnog suda Jugoslavije od 19. travnja 1967.³¹

Kako su odredbe čl. 34. i 35. Zakona o nacionalizaciji pružale osnovu za nacionalizaciju građevinskog zemljišta na temelju podzakonskih akata (odluka republičkih izvršnih vijeća i skupština kotara, odnosno skupština općina poslije ukidanja kotara), Ustavni sud Jugoslavije je nakon javne rasprave dana 19. travnja 1967. utvrdio da te odredbe nisu u skladu s Ustavom SFRJ i poništio je sve propise republičkih izvršnih vijeća, skupština kotara i općina o određivanju gradova i naselja gradskog karaktera, odnosno užih građevinskih područja, koji su bili doneseni na temelju tih odredaba poslije 7. travnja 1965., do kada su se savezni zakoni morali uskladiti s Ustavom.^{32, 33}

Međutim, odlukom Ustavnog suda Jugoslavije od 19. travnja 1967. nije bilo osporeno načelo podruštvovljenja građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera, već samo pretpostavke za podruštvovljenje - ukidanje prava vlasništva (čl. 34. i 35. Zakona o nacionalizaciji). Podzakonski propisi o nacionalizaciji građevinskog zemljišta poništeni su zbog toga što je po tadašnjem Ustavu granice i uvjete pod kojima građani mogu imati pravo vlasništva na poljoprivrednom i drugom zemljištu određivao zakon (čl. 21. st. 3.), a ne podzakonski akt, kako je bilo predviđeno u navedenim odredbama Zakona o nacionalizaciji. Nakon odluke Ustavnog suda zakonodavac se, međutim, nije zadržao samo na izmjenama i dopunama tih odredaba, već se odlučio izvršiti radikalniji zahvat na tom području, jer je došao do zaključka da "ovaj Zakon sadržava i druge odredbe koje bi trebalo podvrgnuti reviziji zato što su donošenjem drugih propisa prestale da važe ili što su u suprotnosti s kasnije donesenim saveznim propisima ili zbog drugih razloga ...".³⁴

³¹ Odluka Ustavnog suda Jugoslavije, U br. 489/65., Sl. list. SFRJ br. 30/67.

³² Čl. 8. Ustavnog Zakona o provođenju Ustava SFRJ, Sl. list SFRJ, br. 14/63.

³³ Odluka USJ, U-489/65, od 19. travnja 1967., Sl. list SFRJ, br. 30/67.

³⁴ Iz obrazloženja uz nacrt Zakona o određivanju gradova i naselja gradskog karaktera i užih građevinskih rajona (redakcija od 8. studenog 1967.), citirano iz publikacije: Pavić, Đ., Crnić, J., Duić, F., Prava na nekretninama, II. knjiga, op. cit., str. 232.

5.1.2. Podruštvoavljenje građevinskog zemljišta po Zakonu o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera od 15. veljače 1968. do 24. travnja 1973.

Umjesto izmjena i dopuna odredaba Zakona o nacionalizaciji, Savezna skupština je u povodu spomenute odluke Ustavnog suda Jugoslavije, dana 7. veljače 1968. donijela Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera,³⁵ koji je stupio na snagu 15. veljače 1968.

Zakon o određivanju građevinskog zemljišta... je u čl. 1. st. 1. naglašavao kontinuitet podruštvoavljanja građevinskog zemljišta te propisivao da građevinska zemljišta postaju društveno vlasništvo pod uvjetima određenim tim Zakonom. Slijedeći ustavno načelo da se samo zakonom može odrediti "u kojim granicama i pod kojim uvjetima" može postojati pravo vlasništva na poljoprivrednom i "drugom zemljištu", Zakon propisuje da se građevinsko zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera određuje republičkim zakonom, a ne podzakonskim aktom. Stoviše, ni republičkim zakonom nije se moglo proizvoljno određivati granice gradskog područja jer je savezni zakon propisivao da se kao građevinska zemljišta smatraju ona zemljišta koja su već urbanistički izgrađena ili bar obuhvaćena detaljnim urbanističkim planom, pod pretpostavkom da će se izgradnja na tim zemljištima u cjelini ili većim dijelom izvršiti najkasnije u roku od deset godina od dana stupanja na snagu republičkog zakona (čl. 2. st. 2.).

Povodom saveznog Zakona o određivanju građevinskog zemljišta..., SRH je donijela republički Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera³⁶ kojim su opisno određene granice građevinskog zemljišta (po katastarskim česticama u katastarskim općinama) gradova i naselja gradskog karaktera.³⁷ Nadležno tijelo skupštine općine izdavalo je deklarativno rješenje prijašnjem vlasniku da je "njegovo zemljište danom stupanja na snagu ovoga zakona postalo društveno vlasništvo" (čl. 4. st. 1.) jer se nalazi unutar granica građevinskog zemljišta utvrđenih tim zakonom (čl. 3. st. 3.). Uknjižba društvenog vlasništva u zemljišne knjige imala je samo deklarativan značaj (čl. 4. st. 3.).

5.1.3. Podruštvoavljenje građevinskog zemljišta po Zakonu SRH, od 24. travnja 1973. do 8. siječnja 1981.

Savezni Zakon o određivanju građevinskog zemljišta... prestao je važiti 31. prosinca 1971.³⁸ zbog prenošenja zakonodavne nadležnosti s Federacije na republike.³⁹ Nakon toga se taj Zakon u SRH primjenjivao kao republički sve do stupanja na snagu

³⁵ Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera, Sl. list SFRJ, br. 5/68. i 20/69.

³⁶ Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera, (u daljnjem tekstu: Zakon o određivanju...), NN, br. 30/68.

³⁷ NN, br. 30/68. Granice građevinskih zemljišta u mjestima iz čl. 1. označene su u točki I., a granice građevinskih zemljišta u točki II. opisa granica.

³⁸ Čl. 16. st. 1. t. 34. Ustavnog zakona za sprovođenje ustavnih amandmana XX do XLI, Sl. list SFRJ, br. 29/71.

³⁹ Vidi Ustavni zakon za sprovođenje ustavnih amandmana XX-XLI, Sl. list SFRJ, br. 29/71.

ZPU-a SRH⁴⁰ koji je bio na snazi od 24. travnja 1973. do 8. siječnja 1981., kada je stupio na snagu ZGZ SRH⁴¹ (čl. 15-18.). ZGZ SRH je u cjelini prestao važiti 1. siječnja 1997.⁴²

Podruštvovljenje građevinskog zemljišta u SRH nakon 24. travnja 1973. vršilo se pod pretpostavkama i po postupku koji je bio propisan u glavi VII Zakona o prostornom uređenju i korištenju građevinskog zemljišta (ZPU SRH). Po ZPU SRH moglo se na prijedlog skupštine općine određeno građevinsko zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera prenijeti u društveno vlasništvo. Zakonom su se mogla obuhvatiti samo ona zemljišta za koja je donesen provedbeni plan i za koja se učini vjerojatnim da će biti izgrađena ili privedena namjeni određenoj tim planom najkasnije u roku deset godina od dana stupanja na snagu tog zakona. U slučaju spora da li je pojedina katastarska čestica na temelju zakona prenijeta iz privatnog u društveno vlasništvo, odlučivao je općinski organ uprave nadležan za poslove urbanizma (čl. 113. ZPU SRH).

Građevinsko zemljište u društvenom vlasništvu ne može se otuđivati niti se na tom zemljištu može prenositi pravo korištenja protivno odredbama zakona, ali se na njemu mogu stjecati prava određena zakonom. Ugovor zaključen suprotno tim odredbama ništav je (114. ZPU SRH).

6. Podruštvovljenje građevinskog zemljišta po propisima koji su donijeti na temelju Ustava iz 1974.

Ustav SFRJ od 21. veljače 1974. je, za razliku od Ustava FNRJ od 31. siječnja 1946. i Ustava SFRJ od 7. travnja 1963., propisao načelo podruštvovljenja građevinskog zemljišta.

6.1. Načela ustanove podruštvovljenja građevinskog zemljišta po Ustavu SFRJ/SRH iz 1974.

Ustav SFRJ od 21. veljače 1974. propisivao je da ne može postojati pravo vlasništva na zemljištu u gradovima i naseljima gradskog karaktera i drugim područjima predviđenim za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju koje, u skladu s uvjetima i po postupku koji su utvrđeni zakonom, odredi općina (čl. 81. st. 1.). Uvjeti, način i vrijeme prestanka prava vlasništva na zemljištu na kojem je prije donošenja odluke općine postojalo pravo vlasništva, kao i naknada za to zemljište, uređuju se zakonom (čl. 81. st. 2.). Potpuno identična načela propisivao je i Ustav SRH (čl. 112.).

Područje u gradu i naselju gradskog karaktera više se ne određuje republičkim zakonom, kako je to propisivao savezni Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera, već to po posljednjem Ustavu SFRJ,

⁴⁰ Zakon o prostornom uređenju i korištenju građevinskog zemljišta, NN, br. 14/73., stupio na snagu 24. travnja 1973.

⁴¹ Zakon o građevinskom zemljištu (u daljnjem tekstu: ZGZ), NN, br. 54/80., 42/86. i 41/88.; pročišćeni tekst: NN, br. 48/88., 16/90. i 53/90.; USRH, NN, br. 44/92. Prestao je važiti 1. siječnja 1997. (čl. 394. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (u daljnjem tekstu: ZV), NN, br. 91/96.).

⁴² Čl. 394. st. 2. ZV-a.

odnosno SRH, spada u nadležnost skupština općina.⁴³ Ali, općine nisu mogle arbitrarno određivati ta područja, već su u tom pogledu bile ograničene republičkim zakonom koji, po Ustavu, uređuje ne samo postupak podruštvoavljenja građevinskog zemljišta, nego i uvjete - dakle, kriterije kojih se općina mora pridržavati pri određivanju građevinskog zemljišta na kojem prestaje pravo vlasništva. Dva načelna kriterija odredio je sam Ustav: prvo, odlukom skupštine općine može se obuhvatiti samo zemljište u gradu i naselju gradskog karaktera; drugo, predmet podruštvoavljenja može biti, dođuše, i građevinsko zemljište izvan gradova i naselja gradskog karaktera, ali samo ako je predviđeno za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju.

Po Ustavu SFRJ Federacija je uređivala osnovne vlasničkopravne odnose (čl. 281. t. 4.), ali ne i prestanak prava vlasništva na građevinskom zemljištu. Propisivanje uvjeta za prestanak prava vlasništva na građevinskom zemljištu spadalo je u nadležnost republika, a djelomično i autonomnih pokrajina. Federalne jedinice bile su ovlaštene da uređuju i načela korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu.⁴⁴ Po Ustavu, na temelju republičkih odnosno pokrajinskih zakona, općina je uređivala način i uvjete korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu (čl. 81. st. 2. Ustava SFRJ).

6.2. Zakonske pretpostavke za određivanje (podruštvoavljenje) građevinskog zemljišta

Republički i pokrajinski zakoni o podruštvoavljenju građevinskog zemljišta, iako su se oslanjali na identične ustavne odredbe propisane Ustavom SFRJ (čl. 81. st. 1.) i ustavima socijalističkih republika i socijalističkih autonomnih pokrajina, utvrđivali su različite kriterije - pretpostavke - po kojima je općina utvrđivala područje građevinskog zemljišta na koje je po sili zakona prestajalo pravo vlasništva. Usporedbom tih kriterija došlo se do zaključka da su općine u nekim republikama i autonomnim pokrajinama imale šire, a u drugim uže mogućnosti za određivanje građevinskog zemljišta.⁴⁵ U daljnjem izlaganju ograničavamo se na prikaz ZGZ-a SRH.⁴⁶ koji je stupio na snagu 8. siječnja 1981.

6.3. Pretpostavke za određivanje (podruštvoavljenje) građevinskog zemljišta u SR Hrvatskoj (1981.-1990.)

Zakon o građevinskom zemljištu SRH, koji je uređivao pretpostavke i postupak za "prijenos" građevinskog zemljišta u društveno vlasništvo u gradovima i naseljima gradskog karaktera i na drugim područjima predviđenim za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju (čl. 1.),⁴⁷ također je ostavljao široke mogućnosti općini pri

⁴³ Tako je bilo propisano i prije Ustava od 22. veljače 1974., Zakonom o prostomom uređenju i korištenju građevinskog zemljišta (čl. 80.), od 16. travnja 1973.

⁴⁴ Čl. 332. t. 6. Ustava SRH, od 22. veljače 1974.

⁴⁵ Šire Simonetti P., Pravo korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, izd. Informator, Zagreb, 1985., str. 22-41.

⁴⁶ ZGZ, NN, br. 54/80., 42/86., 41/88., pročišćeni tekst: NN, br. 48/88., 16/90. i 53/90.; odlukom USRH od 24. 06. 1992., NN, br. 44/92. ukinute su odredbe st. 2. - 5. članka 57. i članka 89. ZGZ je prestao važiti 1. siječnja 1997. (čl. 394. st. 2. ZV-a, NN, br. 91/96.).

⁴⁷ U ovom dijelu rasprave citira se prvobitni tekst ZGZ-a, NN, br. 54/80., koji je stupio na snagu 8. siječnja 1981.

donošenju odluke o određivanju područja građevinskog zemljišta. U smislu toga zakona (čl. 3. i 4.), građevinskim zemljištem smatralo se: zemljište koje se nalazilo u onim gradovima i naseljima gradskog karaktera koji su kao takvi proglašeni po prijašnjim propisima; zatim, zemljište u svim naseljima u kojima se nalazilo sjedište općine i napokon, u novim naseljima zemljišta koja su kao takva bila određena zakonom.

Kompleksnom izgradnjom po ZGZ-u smatrala se izgradnja funkcionalnih urbanističkih cjelina izvan gradova i naselja gradskog karaktera koje se, u pravilu, izgrađuju u cjelini ili najmanje u dijelu koji je omogućivao korištenje objekata u skladu s namjenom cjeline (čl. 5.).

Zakon o građevinskom zemljištu SRH je propisivao da se zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera na kojem postoji pravo vlasništva "prenosi" u društveno vlasništvo odlukom općinske skupštine (čl. 13. st. 1.). Granice gradova i naselja gradskog karaktera unutar kojih se podruštvovaljalo zemljište utvrđivale su se generalnim urbanističkim planom ili drugim prostornim planom, odnosno odlukom općinske skupštine, ali samo unutar područja koje "zahvaća plan" (čl. 14. st. 1. i 2.). Odlukom općinske skupštine "prenose" se u društveno vlasništvo i zemljišta izvan gradova i naselja gradskog karaktera koja su provedbenim planom⁴⁸ bila određena za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju (čl. 13. st. 2. i 14. st. 3.).

Posljednjom novelom ZGZ-a koja je stupila na snagu 22. prosinca 1990.⁴⁹ ukinute su odredbe o podruštvovaljenju građevinskog zemljišta i propisano je da na građevinskom zemljištu prestaje društveno vlasništvo na neizgrađenom zemljištu koje je prenijeto u društveno vlasništvo odlukama skupština općina poslije 22. veljače 1974. i da se neizgrađeno građevinsko zemljište u društvenom vlasništvu može prenositi u vlasništvo fizičkih i pravnih osoba (*infra*).

6.4. Pravna priroda ustanove prisilnog prijenosa građevinskog zemljišta u društveno vlasništvo

Postojala su tri shvaćanja o pravnoj prirodi ustanove ukidanja prava vlasništva na građevinskom zemljištu odnosno prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo.

Prema shvaćanju koje je zastupao prof. Đorđević savezni Ustav od 21. veljače 1974. predviđao je "nacionalizaciju" građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera i drugim područjima predviđenim za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju "jer na tom zemljištu ne može postojati pravo vlasništva" (čl. 81. st. 1.). Autor kaže da je ovo "virtuelna nacionalizacija, koja nastupa kad navedeno područje odredi opština u skladu sa uslovima i po postupku koji odredi zakon". Po njegovu mišljenju navedene "ustavne odredbe potvrđuju pravno stanje uspostavljeno Zakonom ustavnog karaktera".^{50, 51}

⁴⁸ Provedbenim planom detaljno su se određivali uvjeti i način uređenja prostora. Provedbeni plan izrađivao se i donosio u skladu s prostornim planom šireg područja odnosno odlukom o građevinskom području (čl. 13. Zakona o prostornom planiranju i uređivanju prostora, NN SRH, br. 54/80.). U čl. 12. ZGZ-a je, međutim, propisano: "Pod provedbenim planom u smislu ovog zakona podrazumijevaju se i urbanistički uvjeti određeni po odredbama posebnog Zakona u slučajevima kada provedbeni plan nije donesen, osim u slučajevima iz čl. 14. st. 3. i čl. 37. st. 1. i 2. ovog zakona ako urbanistički uvjeti nisu utvrđeni za izgradnju objekta u društvenom vlasništvu."

⁴⁹ ZID ZGZ, NN, br. 53/90., od 14. prosinca 1990.

⁵⁰ Đorđević, J., Ustavno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1975., str. 215.

Prema drugom gledištu, koje su zastupali autori Stručnog objašnjenja Ustava SFRJ, iz formulacije čl. 81. st. 1. proizlazi da se radi o “svojevrsnoj nacionalizaciji” zemljišta, koja se “formalno razlikuje od klasične nacionalizacije”, ali se ovo ukidanje prava vlasništva bitno razlikuje od eksproprijacije.⁵²

Napokon, prof. Stanković je smatrao da “posle donošenja Ustava od 1974. godine kod nas se ne može vršiti nacionalizacija”.⁵³ Zadržavajući se na ovoj uopćenoj i apodiktičkoj tvrdnji Stanković nije objasnio pravnu prirodu ustanove permanentnog podruštvovljenja građevinskog zemljišta.

Ustanova podruštvovljenja građevinskog zemljišta, nema sumnje, bitno se razlikuje od eksproprijacije i po pretpostavkama, i po obliku, i po cilju. Općenito, eksproprijacija je pojedinačni akt ukidanja individualnog prava vlasništva na određenoj nekretnini (izuzetno na pokretnim stvarima) u društvenom interesu, po pravilu radi izgradnje određenog građevinskog objekta od općeg interesa.⁵⁴ Moguća je bila i eksproprijacija određenog kompleksa zemljišta namijenjenog za kompleksnu izgradnju (po saveznom Zakonu o eksproprijaciji).

Ustanova ukidanja prava vlasništva na građevinskom zemljištu koju je uveo posljednji Ustav SFRJ, iz 1974. godine, te ustavi socijalističkih republika i autonomnih pokrajina koji su slijedili savezni Ustav, s obzirom na njen društveni cilj, bila je najbliža socijalističkom modelu nacionalizacije sredstava za proizvodnju. No, ona se nije mogla s njim poistovjetiti, jer se primjenom te ustanove nisu razvlašćivali vlasnici sredstava za proizvodnju u svrhu ukidanja eksploatorskih odnosa. Ukidanjem prava vlasništva na građevinskom zemljištu htjelo se, kako smo naprijed utvrdili, spriječiti individualno prisvajanje gradske rente i postići da rentu zahvaća općina koja se po zakonu brinula o uređenju građevinskog zemljišta; zatim, omogućiti općini da planski uređuje zemljište za izgradnju; da neposredno ili preko samoupravnih zajednica ili samoupravnih radnih organizacija dodjeljuje neizgrađeno građevinsko zemljište radi građenja po kriterijima koje je unaprijed utvrdila u skladu s politikom stambene i druge izgradnje; pružiti mogućnost radnim ljudima i građanima i njihovim asocijacijama da s manje izdataka pribavljaju pravo korištenja (građenja) na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, nego što bi platili kada bi kupovali građevinsku česticu od njenog vlasnika po tržišnim cijenama.

⁵¹ Aluzija na Zakon o nacionalizaciji...- primjedba P.S.

⁵² Ustav SFRJ - Stručno objašnjenje (grupa autora), Institut za političke studije Fakulteta političkih nauka i Privredni pregled, Beograd, 1975., str. 175.

⁵³ Stanković, O., Nacionalizacija, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, SI SFRJ, Beograd, 1978. tom. II., str. 268. Takva mišljenja javljaju se i poslije Ustava od 7. travnja 1963., npr. Kosovac, M., Institut nacionalizacije u novom ustavnom sistemu, Odvjetnik, br. 11-12/70. i Analiza Saveznog sekretarijata za pravosuđe i organizaciju savezne uprave o primjeni pojedinih zakona donesenih u periodu od 1945. do 1958. godine, Beograd, april, 1985. godine (iz arhiva) koja ističe da su zakoni o prisilnom prijenosu privatne imovine u društveno vlasništvo (o agrarnoj reformi i kolonizaciji, o nacionalizaciji privatnih privrednih poduzeća itd.) konzumirani. U vezi s tim vidi: Kraljević, I., Važenje zakona o nacionalizaciji iz 1958., Naša zakonitost, br. 12., 1984. Time, međutim, nisu dovedeni u pitanje propisi o prisilnom prijenosu u društveno vlasništvo u slučaju prekoračenja zakonskog maksimuma prava vlasništva na nekretninama.

⁵⁴ Čl. 1. ZE-a, NN, br. 10/78., 46/82., (pročišćeni tekst), 28/87., 39/88. i 73/91.

U društveno-političkom sustavu koji se zasnivao na pravu rada i na društvenim sredstvima za proizvodnju, a ne na pravu vlasništva i najamnom radu, koji zajamčuje stjecanje dohotka na osnovi rada, a ne na osnovi prava vlasništva ili ulaganja kapitala (poduzetnički), odnosno ugovora o najmu radne snage, nije se moglo dopustiti individualno prisvajanje gradske rente, plodova društvenog kapitala i društvenog progressa na temelju monopolističkog prava vlasništva na građevinsko zemljište,⁵⁵ jer bi to bio najdrastičniji primjer prisvajanja društvenog bogatstva odnosno tuđeg rada inkorporiranog u zemljište u vidu društvenog kapitala.⁵⁶ U socijalističkom društvu nije se moglo dopustiti da radni ljudi i građani plaćaju "tribut" pojedincima, vlasnicima zemljišta, kupnjom građevnih čestica po astronomskoj cijeni, koju je uglavnom sačinjavala gradska renta, a djelomično je bila posljedica i nerazmjerne potražnje građevinskog zemljišta u uvjetima galopirajućeg raslojavanja sela i naglog mehaničkog priraštaja gradskog stanovništva. Prema tome, područstvovljenje građevinskog zemljišta bilo je u skladu s osnovama tadašnjeg društveno-političkog sustava i zbog toga što su se time ukidali uvjeti za individualno prisvajanje društvenog kapitala, odnosno tuđeg rada i prirodnog bogatstva koji pripadaju društvu kao cjelini (položajna renta); time su se stvarale pretpostavke za usmjeravanje gradske rente u izgradnju komunalne infrastrukture.⁵⁷ Zato je prisilni prijenos građevinskog zemljišta blizak nacionalizaciji sredstava za proizvodnju u socijalističkim zemljama, ali se od nje razlikuje po svom društvenom doseg, jer se poduzima u društvu u kome je već ukinuto pravo vlasništva na krupnim sredstvima za proizvodnju, uključujući i pravo vlasništva na zemljišnom "veleposjedu". Cilj nacionalizacije krupnih sredstava za proizvodnju (i agrarne reforme) bio je da se ukinu klasni odnosi eksploatacije najamnog rada; u onom društvenopolitičkom sustavu, u ideološkom smislu, ona je predstavljala prvi korak u izgradnji društva zasnovanog na pravu rada sredstvima u društvenom vlasništvu. Područstvovljenje građevinskog zemljišta je, kao instrument sprječavanja individualnog prisvajanja gradske rente, bila jedna u nizu mjera koje je usvajalo socijalističko samoupravno društvo da bi afirmiralo načelo stjecanja prema radu i onemogućilo prisvajanje tuđeg rada, a ujedno omogućilo jeftiniju stambenu i drugu izgradnju na zemljištu u društvenom vlasništvu.⁵⁸

§ 2. *Ovlaštenici prava na denacionalizaciju*

Ovlaštenici prava na denacionalizaciju za oduzetu imovinu su, pod određenim zakonskim pretpostavkama, prijašnji vlasnici, fizičke odnosno pravne osobe ili njihovi nasljednici, odnosno pravni sljednici (članak 1. stavak 5. ZN-a), kao i dioničari ili

⁵⁵ O zemljišnoj renti: Marks, K., *Kapital*, tom III., Kultura, Zagreb, 1948., str. 657-750.

⁵⁶ O gradskoj renti i njenom prisvajanju u određenom vlasničkopravnom sustavu: Bingulac, Z., *Individualno prisvajanje gradske rente u Jugoslaviji* (doktorska disertacija), Beograd, 1987., str. 1-382.

⁵⁷ Jovančević, M., *Gradska renta kao faktor pri rešavanju bazičnih problema komunalne infrastrukture* (doktorska disertacija), Beograd, 1982., str. 298-304.

⁵⁸ Krstin, M., *Korišćenje zemljišta u stambenoj izgradnji* (magistarski rad), Novi Sad, 1986., str. 183-239.; Janjić, M., *Korišćenje gradskog zemljišta i gradske rente*, SZU, Beograd, 1968.

imatelji uloga trgovačkog društva prijašnjeg vlasnika (članak 45. stavak 3. ZN-a). U krug ovlaštenika prava na denacionalizaciju ulaze i nasljednici prvog nasljednog reda prijašnjih vlasnika (čl. 9. st. 1.), pa i njegovih nasljednika, ako su po nasljednom pravu stekli tu imovinu prije prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo (to je nasljednik iz čl. 1. st. 5. ZN-a.). Ovlaštenik prava na denacionalizaciju se u Zakonu o naknadi⁵⁹ naziva “ovlaštenik naknade”, ali se u zakonskom tekstu koristi sintagma “prijašnji vlasnik” (čl. 9. st. 1. i dalje). S obzirom na ovo, u ovom tekstu se radi održavanja pouzdane veze s pravnim izvorom upotrebljava i ova zakonska sintagma u slučajevima kada se izlaganje poziva na određenu zakonsku odredbu u kojoj se ona nalazi, kao što se mjestimično upotrebljava sintagma: prijašnji vlasnik, iako je točnija sintagma koju po pravilu upotrebljavamo u ovoj raspravi: ovlaštenik prava na denacionalizaciju.

1. Prijašnji vlasnik

U postupku denacionalizacije utvrđuje se tko je bio vlasnik imovine (stvari) u trenutku prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo.⁶⁰

Prijašnjim vlasnicima smatraju se osobe “kojima je imovina oduzeta” na osnovi propisa i akata iz članaka 2., 3. i 4. ZN-a, dakle, osobe koje su u odluci o oduzimanju imovine označene kao njeni vlasnici. Po pravilu su kao vlasnici oduzetih nekretnina bili označeni zemljišnoknjižni vlasnici, a zemljišnoknjižni vlasnik je predmnijevani vlasnik, dok se ne dokaže suprotno, tj. da je u trenutku prisilnog prijenosa stvari (po pravilu nekretnina) druga osoba bila vlasnik po pravilima tadašnjeg prava. Tako se i po Zakonu o nacionalizaciji, prijašnjim vlasnikom zgrade, posebnog dijela zgrade i građevinskog zemljišta koji su bili ovim zakonom nacionalizirani smatra osoba koja je po postojećim propisima, tj. pravilima građanskog prava bila njihov vlasnik na dan stupanja na snagu toga Zakona (čl. 9.), tj. 26. prosinca 1958., kada su po sili zakona nekretnine koje su došle pod njegov “udar” prenijete u društveno vlasništvo. Rješenja o nacionalizaciji zemljišta i zgrada samo su identificirala nekretninu koja je po samom zakonu prenijeta u društveno vlasništvo i dotadašnjeg vlasnika nekretnine.

Kako su predmet denacionalizacije oduzete imovine po pravilu određene nekretnine (članak 15. ZN-a), najčešće je osoba kojoj je oduzeta imovina bila zemljišnoknjižni vlasnik, bar na onome području gdje su postojale zemljišne knjige u vrijeme donošenja odluke o oduzimanju imovine. Ali zemljišnoknjižni vlasnik je po pravilima zemljišnoknjižnog prava samo predmnijevani vlasnik, kako zbog mogućnosti utvrđenja ništavosti ili poništenja pravnog posla na temelju kojeg je uknjiženo pravo vlasništva (kauzalna tradicija), te brisanja prava vlasništva iz zemljišne knjige zbog neistinite uknjižbe,⁶¹ ⁶² tako i, u praksi još češće, zbog izvanknjižnog stjecanja prava vlasništva: nasljeđivanjem, dosjelošću, građenjem na

⁵⁹ II. poglavlje - Ovlaštenici naknade.

⁶⁰ UpS RH, Us-11266/1998., od 22. prosinca 1999., Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977.-2002. (dalje u tekstu: ZO), str. 347-348.

⁶¹ §§ 68-78. bivšeg Zakona o zemljišnim knjigama.

⁶² Košutić, M., Tumač k Zakonu o zemljišnim knjigama, Zagreb, s. a., str. 215., 221.; Josipović T., Zemljišno knjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 444-461., Simonetti P., Višestruko ugovarana otuđenja, Rasprave iz stvarnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2001., str. 104-114.

tuđem zemljištu, na temelju odluke nadležnog tijela itd.⁶³ Može se, dakle, i danas dokazivati da je određena osoba stekla pravo vlasništva nasljeđivanjem (na osnovi zakona ili oporuke) prije prisilnog prijenosa imovine u društveno vlasništvo ako je nasljedstvo prije toga otvoreno,^{64, 65} ili da su prije oduzimanja bile ispunjene zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva dosjelošću ili građenjem na tuđem zemljištu^{66, 67} ili da je vlasništvo stečeno na osnovi odluke nadležnog tijela u postupku agrarne reforme i kolonizacije (dodjela zemljišta agrarnim interesentima), komasacije itd. Prema tome, i osoba koja je bila upisana u zemljišnim knjigama kao vlasnik oduzete nekretnine samo je njen predmnijevani vlasnik dok se ne dokaže suprotno.⁶⁸

2. Prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta

Po ZGZ-u SRH,⁶⁹ prijašnjim vlasnikom podružtvovljenog neizgrađenog građevinskog zemljišta smatrale su se, pored ostalih, i osobe koje su stekle vlasništvo prije prijenosa u društveno vlasništvo na temelju odluke nadležnog organa ili po samom zakonu (čl. 36. st. 3. al. 2.)⁷⁰, kao i osobe koje su imale pravnu osnovu stjecanja u ugovoru "ako je do dana prijenosa zemljišta u društveno vlasništvo ovjeren potpis

⁶³ Josipović, T., u Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 238-247.

⁶⁴ Članci 128., 129., 135., 239., 240. i 241. Zakona o nasljeđivanju, Sl. list FNRJ, 20/55., 52/57. i 18/58., pročišćeni tekst, Sl. list SFRJ, br. 42/65. i NN, br. 52/71. i 47/78., prema kojemu nasljedstvo prelazi na nasljednika u času smrti ostavitelja (članak 135.).

⁶⁵ Gavella, N., *Nasljedno pravo*, Informator, Zagreb, 1986., str. 43., 45-59., 213-291. i dalje.

⁶⁶ §§ 1452-1486. i 418. OGZ-a, odnosno članci 24.-26., 28. i 30. ZOVO-a (Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Sl. list FNRJ, br. 6/80. i 36/90.).

⁶⁷ Vidi: Derenčin, M., *Tumač k obćem austrijskom građanskom zakoniku*, Zagreb, 1880-1883.; Rušnov, A., Posilović, S., *Tumač obćemu austrijskom građanskom zakoniku*, Zagreb, između 1909.-1914., uz ustanove dosjeloosti i građenja na tuđem zemljištu; Čepulić, I., *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb, 1925. str. 220-225.; Rajčić, C., *Stvarno pravo (predavanja)*, Zagreb, 1956., dosjeloost i građenje na tuđem zemljištu; Gavella, N., *O dosjeloosti kao ustanovi našeg pravnog uređenja*, ZPFZ, 1976., br. 3, str. 241-270.; isti: *Stjecanje prava vlasništva izgradnjom zgrade na tuđem zemljištu*, Privreda i pravo, br. 5, 1981., Žuvela, M., *Vlasničkopravni odnosi, sudska praksa uz članke 28-30. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*; isti: *Stjecanje prava vlasništva - posebno o građenju na tuđem zemljištu i dosjeloosti*, *Zakonitost*, br. 9-10/1990.; Simonetti, P., *Građenje na tuđem zemljištu*, *Svjetlost*, Sarajevo, 1982., str. 69-140. i 189-218.

⁶⁸ U sudskoj praksi usvojen je stav da se u parničnom postupku može utvrditi da je pravo vlasništva na građevinskom zemljištu stečeno putem dosjeloosti prije nacionalizacije, odnosno prije podružtvovljenja građevinskog zemljišta. Vidi npr. odluke: VSH, Gzz-140/75, od 14. listopada 1975., *Pregled NZ 10/74.*; Okružni sud u Rijeci, Gž-2182/76. od 8. travnja 1976., *Pregled NZ 19/177.*; VSBiH, Gž-2404/75, od 31. prosinca 1975., *Zbirka pravne prakse VSBiH*, 1976., str. 179.; VSBiH, Gzz-56/73. od 24. svibnja 1974., *Bilten VSBiH*, 1974., br. 28, str. 14.; VSBiH, Rev-35/78, od 6. prosinca 1978., *Bilten VSBiH*, 1978., br. 4, str. 40.; VSH, Gzz-36/76, od 12. listopada 1976., *Pregled NZ 10/139.*; VSBiH, Rev-417/82, od 25. studenoga 1982., *Bilten sudske prakse VSBiH*, 1982., br. 4, str. 28.; VSH, Gzz-26/76, od 12. listopada 1976., *Pregled NZ 9/134.*

⁶⁹ Zakon o građevinskom zemljištu - pročišćeni tekst, NN, br. 48/88., 16/90. i 53/90.

⁷⁰ VSH, Gzz-36/76, od 12. listopada 1976., u: Žuvela, M., *Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, IV. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1990., Prilog II. j. XX., VSH, Rev, 2084/88, od 19. travnja 1989., PSP 47/27.

prodavaoca ili plaćen porez na promet nekretnina, odnosno ugovor zaprimljen kod nadležnog općinskog organa uprave radi razreza poreza ili je ugovorena cijena plaćena putem banke” (članak 36. stavak 2. alineja 1. i 2. ZGZ-a).^{71, 72} Ovo pod uvjetom da je ugovor zaključen prije zabrane otuđenja koja je prethodila podruštvovljenju građevinskog zemljišta (čl. 19. ZGZ).⁷³ Zakonom o nacionalizaciji, od 26. prosinca 1958.,⁷⁴ bile su propisane slične pretpostavke za dokazivanje da je na temelju pravnog posla stečen pravni temelj za uknjižbu prava vlasništva nacionalizirane nekretnine prije zabrane prometa⁷⁵ koja je prethodila nacionalizaciji (članak 70. i 71.).⁷⁶ No te odredbe nisu isključivale dokazivanje da je pravo vlasništva stečeno izvanknjižno, po samom zakonu (npr. dosjelošću), ili odlukom nadležnog tijela prije nacionalizacije, npr. rješenjem u postupku agrarne reforme.⁷⁷ Odredbe o dokazivanju da je stečeno pravo vlasništva na temelju pravnog posla bez uknjižbe u zemljišnu knjigu, prije prelaska u društveno vlasništvo, podsjećaju na nekadašnju legalnu ocjenu dokaza,⁷⁸ a imale su za cilj spriječiti špekulativni promet nekretninama radi izbjegavanja nacionalizacije i najamnih zgrada. Smatramo da se danas, u slučaju spora o tome je li ugovor o prijenosu prava vlasništva zaključen prije podruštvovljenja, može dokazivati svim dopuštenim dokaznim sredstvima,⁷⁹ jer je otpao cilj zbog kojeg je bila propisana zakonska forma dokazivanja da je zaključen valjan ugovor o prijenosu prava vlasništva prije podruštvovljenja odnosno nekretnine. Pravni promet prava vlasništva (i drugih stvarnih prava) na nekretninama odvijao se često i ranije, a pogotovo poslije 1945. godine, bez promjene u zemljišnoj knjizi. Postoje čitavi nizovi pravnih naslova, i tamo gdje postoje zemljišne knjige, o sukcesivnom prijenosu obveznog (tražbenog pravnog

⁷¹ Markičević, A., Pravna sudbina ugovora o otuđenju najamnih zgrada i građevinskog zemljišta zaključenih pre 25. novembra 1958., P Ž, br. 9-10, 1959. Od 25. studenog 1958., naime, bio je zabranjen promet zemljišta i zgrada kako bi se spriječila pojedinačna raspolaganja u cilju izigravanja predstojećeg Zakona o nacionalizaciji, (Vidi: Zakon o dopuni Zakona o prometu zemljišta i zgrada, Sl. list FNRJ br. 48/58.). Zato se na temelju ugovora o otuđenju zgrade, idealnih dijelova zgrada i posebnih dijelova, zaključenih prije 25. studenog 1958., koji ne ispunjavaju uvjete iz čl. 70. Zakona o nacionalizaciji može vršiti zemljišnoknjižni prijenos samo ako komisija za nacionalizaciju pri općinskom narodnom odboru utvrdi da se tim ugovorima ne ograničava nacionalizacija zgrada, idealnog dijela, ili posebnog dijela zgrade, koji bi inače zakonom bili nacionalizirani (čl. 71. Zakon o nacionalizaciji).

⁷² VSH, Rev. 2/90, od 10. svibnja 1990., PSP, br. 42/29.; Okružni sud u Zadru, Gž-378/91., od 9. lipnja 1991., PSP, br. 52/45.

⁷³ VSH, Rev. 2084/88, od 9. travnja 1989., PSP, 47/27.

⁷⁴ Sl. list FNRJ, br. 52/58.

⁷⁵ Zakon o izmjeni Zakona o prometu zemljišta i zgrada, Sl. list FNRJ, br. 48/58., od 25. studenog 1958., koji je prestao važiti danom stupanja na snagu Zakona o nacionalizaciji... (članak 79.). - 26. prosinca 1958.

⁷⁶ VSRH, Rev. 97/91, od 9. svibnja 1991., PSP. 53/47.; SVS, Rev- 651/61, od 16. svibnja 1961., ZSO, 6-2, 115, ističe da ugovor koji je ništav po odredbama iz čl. 60. i 71. “ ne važi ni kao ugovor o prenosu prava trajnog korišćenja toga zemljišta”.

⁷⁷ Simonetti, P., Pravo korištenja..., op. cit., str. 56. i 169-170.

⁷⁸ Zuglia, S., Građanski parnički postupak u Hrvatskoj i Slavoniji (predavanja), “Stjepan Kugli”, Zagreb, s.a. str. 33. i 144., str. 313.; Triva, S., Građansko procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1972., str. 124-127.

⁷⁹ Članak 219.-271. Zakona o parničnom postupku, NN, br. 53/91., 91/92. i 112/99. (nadalje ZPP).

naslova - *iustus titulus*) prava za prijenos prava vlasništva, a da prijenos prava vlasništva nije izvršen, iako se prenosio zakoniti posjed otuđene nekretnine, jer nije uknjiženo pravo vlasništva stjecatelja (uknjižba je način stjecanja *modus acquirendi* prava vlasništva na nekretnine), odnosno brisano iz zemljišne knjige pravo vlasništva otuđivatelja. Velik je, dakle, raskorak između knjižnog i izvanknjižnog vlasništva stečenog na originalan način, a još veći između knjižnog i izvanknjižnog pravnog prometa koji se odvijao na temelju ugovora valjanih za stjecanje prava vlasništva uknjižbom u zemljišne knjige. Zato postoji mogućnost da je prijašnji vlasnik bila neka druga osoba koja je pravo vlasništva stekla izvorno izvanknjižno npr. dosjelošću, nasljeđivanjem itd., ili ga je mogla steći uknjižbom u zemljišne knjige na temelju valjanog pravnog posla čija se egzistencija dokaže pravomoćnom presudom⁸⁰. Ovo osobito u onim slučajevima kada odluka o oduzimanju prava vlasništva nije imala osobni karakter (kao npr. u slučaju nacionalizacije privatnih privrednih poduzeća, neizgrađenog građevinskog zemljišta itd.), kada izvanknjižni vlasnik, koji nije bio označen u odluci o oduzimanju vlasništva, nije imao interesa ni pravne osnove tražiti izlučenje svojih nekretnina od prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo. Ovo ako nije dospjela obveza plaćanja naknade po tadašnjim propisima (npr. zato što nije deposedirano neizgrađeno građevinsko zemljište niti dobrovoljno predano općini) ili je naknada u obveznicama bila beznačajna (npr. za oduzeta poduzeća). Neizgrađeno građevinsko zemljište na određenom građevinskom području nacionalizirano je, naime, bez obzira na titulara prava vlasništva.

Prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta prenijetog u društveno vlasništvo nacionalizacijom, odnosno kasnije na temelju odluke skupštine općine, imao je do deposediranja ili predaje zemljišta općini privremeno pravo korištenja i potencijalno prvenstveno pravo korištenja (građenja) na tome zemljištu.^{81, 82}

Prijašnji vlasnik ekspropriiranog zemljišta izvan kompleksa nije imao privremeno pravo korištenja, pa je mogao tražiti deeksprijaciju pod propisanim zakonskim pretpostavkama ako je to zemljište naknadno uključeno u građevinsko područje, da bi time stekao privremeno pravo korištenja i eventualno prvenstveno pravo korištenja radi građenja.⁸³ Prema tadašnjoj sudskoj praksi, ako ne postoje pretpostavke za deeksprijaciju, prijašnji vlasnik nema privremeno pravo korištenja, iako je njegovo zemljište kasnije uključeno u građevinsko područje.⁸⁴

3. Pravni sljednik prijašnjeg vlasnika područjovljenog neizgrađenog građevinskog zemljišta

Prijašnjim vlasnikom smatra se i osoba na koju je prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu prenio svoje privremeno pravo

⁸⁰ Okružni sud u Zadru, Gž-378/91, od 19. lipnja 1991., PSP, br. 52/45.

⁸¹ Šire o tome, Simonetti, P., Denacionalizacija i pretvorba prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, ZPFR, vol. 18., br. 1., 1997., str. 193-213.

⁸² Vidi pravno shvaćanje Odjeljenja za građanske sporove Saveznog vrhovnog suda br. 1/62, od 30. lipnja 1962., ZSO, 7-2, XIV.

⁸³ VSM, U-436/69, od 7. svibnja 1969., ZSO, 11-1, 60.

⁸⁴ VSBiH, U-1005/68, od 27. siječnja 1968., ZSO, 13 - 4, 428.

korištenja i s njime prvenstveno pravo korištenja, kao i osoba koja je ta prava naslijedila.⁸⁵ U pravnom prometu prvenstveno pravo korištenja (građenja) prenosilo se zajedno s privremenim pravom korištenja, kako među živima, tako i nasljeđivanjem i pravnim poslom za slučaj smrti, npr. ugovorom o doživotnom uzdržavanju (čl. 122-127. ZON-a).⁸⁶

3.1. Pravni sljednik do 15. veljače 1958.

Po Zakonu o nacionalizaciji (od 26. prosinca 1958.), prijašnji je vlasnik mogao svoje privremeno pravo korištenja na neizgrađeno građevinsko zemljište i prvenstveno pravo korištenja prenijeti na drugu osobu bez ograničenja (članak 39. stavak 1.).⁸⁷

3.2. Pravni sljednik od 15. veljače 1958. do 24. travnja 1973.

Promet ovih prava ograničen je, međutim, Zakonom o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera⁸⁸, koji je stupio na snagu 15. veljače 1968. godine. Po tome Zakonu prijašnji vlasnik mogao je prenijeti privremeno pravo korištenja i prvenstveno pravo korištenja (građenja) samo na bračnog druga, potomke, usvojenike, roditelje i usvojitelje (članak 5. stavak 1.).⁸⁹ Osobe iz ovog kruga na koje je prijašnji vlasnik prenio svoja prava nisu ih mogle prenositi pravnim poslom na druge osobe (članak 5. stavak 2.). Međutim, spomenuta prava nasljeđivali su zakonski nasljednici prijašnjeg vlasnika, kao i zakonski nasljednici navedenih osoba na koje je prijašnji vlasnik prenio svoja prava (članak 5. stavak 3.). Ova ograničenja odnose se i na osobe na koje je prijašnji vlasnik prenio svoja prava prije stupanja na snagu ovog Zakona (kada je promet bio neograničen), "ako je prijenos prava izvršen na osnovi ugovora na kome su potpisi ovjereni od strane organa nadležnog za ovjeravanje potpisa, ili ako je ugovorna cijena isplaćena preko banke, ili ako je osoba na koju je prijašnji vlasnik prenio to pravo vršila isplatu poreza ili doprinosa u vezi sa zemljištem na koje to pravo postoji" (članak 5. stavak 4.).

⁸⁵ "Prijašnjim vlasnicima građevinskog zemljišta smatraju se osobe koje su na dan prijenosa zemljišta u društveno vlasništvo bile upisane u zemljišnoj ili drugoj javnoj knjizi koja zamjenjuje zemljišnu knjigu, kao vlasnici tog zemljišta.

Izuzetno od odredbe stava 1. ovoga člana prijašnjim vlasnicima građevinskog zemljišta u smislu ovoga zakona smatraju se i osobe:

- koje su zemljište stekle na osnovi ugovora, ako je do dana prijenosa zemljišta u društveno vlasništva ovjeren potpis prodavaoca, ili je plaćen porez na promet nekretnina, odnosno ugovor zaprimljen kod nadležnog općinskog organa uprave radi razreza tog poreza, ili je ugovorena cijena uplaćena putem banke;

- koje su prije prijenosa zemljišta u društveno vlasništvo stekle pravo vlasništva tog zemljišta na temelju odluke državnog organa ili po samom zakonu." (članak 36. Zakona o građevinskom zemljištu - pročišćeni tekst, NN, br. 48/88., 16/90. i 53/90.).

⁸⁶ Kreč, M., Pavić, Đ., Komentar Zakona o nasljeđivanju, uz član 122-127.

⁸⁷ Vidi Obvezno tumačenje članka 39. stavak 1., Sl. list FNRJ, br. 24/59. i rješidbu VSH, Rev-1949/80, od 17. ožujka 1981. (PSP, NZ, br. 19/48.).

⁸⁸ Sl. list SFRJ, br. 5/68.

⁸⁹ VSRH, br. 97/91., od 9. svibnja 1991., PSP, br. 53/47.; VSH, Rev-2084/88, od 19. travnja 1989., PSP, br. 47/27.; VSH, Gzz-54/86, od 26. listopada 1987., PSP, br. 38/88.; VSH, Rev-1703/81, od 19. siječnja 1982., PSP, br. 21/31.; VSH, Gz-5660/71 od 17. listopada 1972., Žuvela, Prilog II.j., br. 51.; VSH, Gzz-15/83, od 15. veljače 1983., PSP, br. 23/31; VSH Rev-652/86, od 4. lipnja 1986., PSP, 33/31.

3.3. Pravni sljednik od 24. travnja 1973. do 2. svibnja 1990.

Nakon što su Ustavnim amandmanima⁹⁰ iz 1971. godine zakonodavne kompetencije prenijete s Federacije na socijalističke republike, ova ograničenja preuzeo je i donekle ublažio Zakon o prostornom uređenju i korištenju građevinskog zemljišta SRH.⁹¹ Spomenutim zakonom, naime, priznato je pravo prijašnjem vlasniku da oporučno raspolaze navedenim pravima u korist osoba iz gore navedenog kruga (članak 120. stavak 1.), a osobe na koje je prijašnji vlasnik prenio svoje pravo stječu ista koja je i on imao (članak 120. stavak 2.), pa, dakle, i pravo raspolaganja pravnim poslom među živima i oporukom, u korist svoga bračnog druga potomka, usvojenika, roditelja i usvojitelja.⁹² Ista ograničenja je kasnije preuzeo i Zakon o građevinskom zemljištu (članak 35.) bez izmjene do 2. svibnja 1990.⁹³

Prema ZGZ-u pravo raspolaganja privremenim pravom korištenja i prvenstvenim pravom korištenja (građenja) u navedenim granicama imale su i osobe izvan navedenog kruga na koje je ta prava prenio prijašnji vlasnik do 15. veljače 1968. godine "ako je do toga dana prijenos upisan u zemljišnoj knjizi, ili je izvršen na temelju ugovora u kome su potpisi ovjereni od strane organa nadležnog za ovjeravanje potpisa, ili je ugovorena cijena isplaćena preko banke, ili je osoba na koju je prijašnji vlasnik prenio to pravo od tog dana plaćala porez ili doprinos u vezi sa zemljištem na kome to pravo postoji" (članak 35. stavak 3. ZGZ-a). Kao što se vidi, Zakon izjednačava prijenos prava, u pravnotehničkom smislu, upisom u zemljišnu knjigu s prijenosom posjeda bez upisa u zemljišnu knjigu.

3.4. Pravni sljednik od 2. svibnja 1990. do 1. siječnja 1997.

Od 2. svibnja 1990. postojala je mogućnost da bračni drug, potomci, usvojenici, roditelji i usvojitelji prijašnjeg vlasnika steknu privremeno pravo korištenja⁹⁴ uz njegovu suglasnost,⁹⁵ dakle jednostranim pravnim poslom.

Dok je od 15. veljače 1968. do 2. svibnja 1990. postojala mogućnost prijenesa privremenog prava korištenja i prvenstvenog prava korištenja ugovorom na isti krug osoba (čl. 35. ZGZ-a), do 15. veljače 1968. promet tim pravima bio je neograničen.⁹⁶

3.5. Isključeno stjecanje prava korištenja dosjelošću

Dosjelošću nitko nije mogao steći privremeno pravo korištenja, ni pravo korištenja radi građenja, osim osoba iz gore navedenog kruga,⁹⁷ ali i one samo na temelju pravnog posla.⁹⁸

⁹⁰ Ustavni amandmani XX - XLII, proglašeni 30. lipnja 1971., Sl. list FNRI, br. 29/71.

⁹¹ NN, br. 14/73.

⁹² VSRH, Rev-97/91, od 9. svibnja 1991, PSP 53/47.

⁹³ Pročišćeni tekst, NN, br. 48/88., 16/90. i 53/90.

⁹⁴ I akcesorno prvenstveno pravo korištenja.

⁹⁵ Članak 2. ZID ZGZ-a, NN, br. 16/90., koji je stupio na snagu 2. svibnja 1990.

⁹⁶ ZGZ je bio na snazi do 1. siječnja 1997. (čl. 394. st. 2. ZV-a.).

⁹⁷ Simonetti, P., Pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu (monografija), Informator, Zagreb, 1985., str. 57, 139-144.,

⁹⁸ VSH, Rev-186/73, od 5. prosinca 1973., PSP, br. 7/165.

4. Druge osobe kao ovlaštenici prava na denacionalizaciju neizgrađenog građevinskog zemljišta

Ovlaštenici prava na denacionalizaciju su, pored prijašnjeg vlasnika i njegovih pravnih sljednika, i druge osobe koje su stekle pravo korištenja nekretnine na ime naknade za oduzetu nekretninu; stjecatelj prava korištenja na temelju ništavog pravnog posla koji je osnažen po odredbama čl. 18. Zakona o naknadi, kao i prijašnji vlasnik zemljišta koji je bespravno izgradio građevinski objekt na oduzetom zemljištu, kao i osoba kojoj je prijašnji vlasnik to dopustio.

4.1. Prijašnji vlasnik kome je dodijeljeno drugo zemljište na korištenje radi građenja

S prijašnjim vlasnikom u pogledu prava na denacionalizaciju neizgrađenog građevinskog zemljišta izjednačen je i onaj prijašnji vlasnik kome je na temelju propisa dodijeljeno drugo građevinsko zemljište na korištenje radi građenja "na ime naknade za oduzeto građevinsko zemljište" (čl. 16. st. 3.). Po ZGZ-u, naime, u postupku deposedacije neizgrađenog građevinskog zemljišta "radi davanja tog zemljišta društvenopravnoj osobi u svrhu izgradnje zgrada, općina je prijašnjem vlasniku na njegov zahtjev, na ime naknade za zemljište koje mu se oduzima iz posjeda" davala "na korištenje neposrednom pogodbom drugu građevinsku parcelu" (čl. 38.). Ovo je bilo moguće i prije deposedacije, u slučaju dobrovoljne predaje zemljišta općini (čl. 31. st. 2. ZGZ-a) i pod pretpostavkama iz čl. 38. st. 2. Neizgrađeno građevinsko zemljište davalo se u zamjenu za oduzeto zemljište samo onom prijašnjem vlasniku koji je ispunjavao uvjete za ostvarivanje prvenstvenog prava korištenja (čl. 38. st. 3.).⁹⁹

4.2. Stjecatelj prava korištenja (koja se pretvaraju u pravo vlasništva) na temelju osnaženog pravnog posla

Pravo koje pripada prijašnjem vlasniku neizgrađenog građevinskog zemljišta, iz članka 16. stavak 1. i članka 17. stavak 1., pripada i osobi na koju je ovaj "prenio svoje pravo", čak i na temelju pravnog posla zaključenog suprotno "propisima kojima je bio zabranjen promet građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu", jer se takvi pravni poslovi po Zakonu o naknadi smatraju valjanim "ukoliko nemaju drugih nedostataka koji ih čine ništavim ili pobojnim" (članak 18. stavak 1.).¹⁰⁰ No, ako je na temelju takvog pravnog posla izvršen prijenos, služba nadležna za obavljanje imovinskopravnih poslova u uredima državne uprave u županijama¹⁰¹ priznat će stjecatelju na njegov zahtjev pravo vlasništva na neizgrađenom građevinskom zemljištu. Stjecatelj je u tom slučaju dužan platiti porez na promet nekretnina u roku od 15 dana od primitka rješenja ako taj porez nije plaćen do stupanja na snagu Zakona o naknadi (članak 18. stavak 2. i 3. ZN-a). Odredbe iz članka 18. stavak 1. ZN-a o

⁹⁹ Simonetti, P., *Pravo korištenja* ..., op. cit., str. 165-181.

¹⁰⁰ Bagić, S., *Denacionalizacija - aktualna pitanja iz prakse*, Godišnjak br. 4, str. 326-328.; Sarvan D., *Primjena odredbe članka 18. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine*, Informator, br. 5313, od 7. lipnja 1997.

¹⁰¹ Dosadašnji ured za imovinskopravne poslove (članak 8. ZID ZN-a).

konvalidaciji ništavih pravnih poslova (članak 55. ZGZ-a), "koje su prijašnji vlasnici sklopili protivno propisima kojima je bio zabranjen promet građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu", odnose se na sve pravne poslove "ukoliko nemaju drugih nedostataka koji ih čine ništavim ili pobožnim". Zakon, naime, ne čini razliku između pravnih poslova, pa se, dakle, ove odredbe odnose i na pravne poslove koji proizvode pravne učinke prijenosa navedenih prava nakon smrti prijašnjeg vlasnika. Prema tome, Zakonom o naknadi konvalidira se i ugovor o doživotnom uzdržavanju (članak 122.-127. Zakona o nasljeđivanju) kojim se prijenos prava prijašnjeg vlasnika na neizgrađenom građevinskom zemljištu (primatelja izdržavanja) odgađa do njegove smrti (članak 122. stavak 1.), jednako kao što se konvalidira i ugovor o doživotnom uzdržavanju kojim nije bio odgođen prijenos spomenutih prava do smrti primatelja uzdržavanja (prijašnjeg vlasnika);¹⁰² po tim odredbama konvalidira se i ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života (čl. 111.-121. Zakona o nasljeđivanju). Odredbe o konvalidaciji pravnih poslova iz članka 18. ZN-a odnose se i na oporuke (oporučna raspolaganja: zapisi), jer je i oporuka pravni posao.¹⁰³ Prema tome, Zakon o naknadi osnažuje i oporuke kojima je oporučitelj - prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta - raspolagao protivno prijašnjim propisima o zabrani raspolaganja "ukoliko nemaju drugih nedostataka koje ih čine ništavim ili pobožnim" (članak 18. stavak 1. ZN-a, te članci 65., 66. i 82. Zakona o nasljeđivanju). Ovo bez obzira što je nasljedstvo otvoreno prije 1. siječnja 1997. godine, jer je predmet raspolaganja pravo koje je nastalo u trenutku podruštvoavljenja neizgrađenog građevinskog zemljišta, za razliku od prava na denacionalizaciju, koje je nastalo 1. siječnja 1997., odnosno 5. srpnja 2002. (novi ovlaštenici).

Po istim pravilima osnažuju se i ugovori o zajedničkoj izgradnji koje su sklapali prijašnji vlasnici podruštvoavljenog neizgrađenog građevinskog zemljišta kao nositelji prava korištenja radi građenja stečenog na temelju prvenstvenog prava korištenja. U slučaju da je prijašnji vlasnik sklopio pravni posao o zajedničkoj izgradnji, iako nije ostvario prvenstveno pravo korištenja radi građenja, primjenjuje se pravilo iz čl. 16. st. 4. ZN-a (*infra*).

4.2.1. Trenutak osnaženja pravnog posla

Prema gore izloženom pravni poslovi iz članka 18. ZN-a, pa, dakle, i oporuke osnažuju se *ex tunc*. No, kod pravnih poslova *mortis causa* (ugovor o doživotnom uzdržavanju i oporuka) treba razlikovati pravno stanje koje je nastalo ako je prijašnji

¹⁰² Taj drugi ugovor nije reguliran pozitivnim propisima, ali nije ni suprotan imperativnim propisima građanskog prava, pa ga je sudska praksa nakon kratkotrajnog kolebanja po donošenju Zakona o nasljeđivanju prihvatila, s obrazloženjem da ga dopuštaju pravila obveznog prava. Vidi Načelno mišljenje Proširene opće sjednice Saveznog vrhovnog suda od 11. siječnja 1957., br. 8/57/, ZSO, II, 1, str. 19.; kao i odluke VSH, Gž-4221/72, od 21. siječnja 1974., Gž-4367/73, od 16. listopada 1974. i Rev-2335/89 od 27. prosinca 1989. Tako i Gavella, N., Nasljedno pravo, op. cit., str. 377., i Kreč, M., Pavić, Đ., Komentar Zakona o nasljeđivanju, Narodne novine, Zagreb, 1964., str. 365.

¹⁰³ Prema standardnoj definiciji oporuka je jednostrana, opoziva i u propisanoj formi dana izjava posljednje volje kojom neka osoba raspolaže svojom imovinom, ili jednim njenim dijelom za slučaj smrti (Kreč, M., Pavić, Đ., *ibid.*, str. 184.); Gavella, N., Nasljedno pravo, op. cit., str. 150.; Blagojević, T. B., - Antić, O., Nasledno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1986. (XVII izm. i dop. izdanje), str. 248-249.; Marković, S., Nasledno pravo, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981., str. 235-237.

vlasnik umro prije 1. siječnja 1997. od onog pravnog stanja koje je nastalo u slučaju da je umro 1. siječnja 1997. ili poslije toga. Ako je prijašnji vlasnik umro prije 1. siječnja 1997., u ostavinu je ušlo privremeno pravo korištenja i prvenstveno pravo korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta. Pravo na denacionalizaciju za oduzetu imovinu ušlo je u ostavinu ako je oporučitelj (prijašnji vlasnik) doživio 1. siječnja 1997., odnosno 5. srpnja 2002., ako je oporučitelj novi ovlaštenik prava na denacionalizaciju po noveliranom Zakonu o naknadi.¹⁰⁴

4.2.2. Ništavost pravnog posla utvrđena presudom koja je stekla svojstvo pravomoćnosti do 1. siječnja 1997.

Presude o utvrđenju ništavosti pravnog posla zbog zabrane raspolaganja pravom korištenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu koje su stekle svojstvo pravomoćnosti do stupanja na snagu Zakona o naknadi (1. siječnja 1997.), u nedostatku odgovarajuće zakonske odredbe, ne mogu se ukinuti samo zbog toga što su nakon njihove pravomoćnosti stupile na snagu odredbe o osnaženju takvih pravnih poslova (čl. 18.ZN-a).

U tom slučaju ostaje na snazi presuda u cjelini, pa i eventualna sankcija predaje zemljišta općini (čl. 104. st. 2. i 3. ZOO-a). Izricanje takve sankcije zbog zabrane raspolaganja neizgrađenim građevinskim zemljištem, pod pretpostavkama iz čl. 104. ZOO-a, nije bilo isključeno ni jednim zakonom. ZGZ koji je propisivao sankciju ništavosti takvih pravnih poslova (čl. 55.) nije time isključio sankciju oduzimanja predmeta obveze iz čl. 104. ZOO-a (čl. 24. ZOO-a).^{105, 106} Držimo da građevinsko zemljište oduzeto u korist općine, kao predmet prestacije zabranjenog raspolaganja (čl. 55. ZGZ-a i čl. 104. i čl. 24. ZOO-a), na temelju pravomoćne presude, prije 1. siječnja 1997., nije predmet denacionalizacije, pa prijašnji vlasnik odnosno njegov pravni sljednik nema ni pravo restitucije, niti ima pravo na naknadu za to zemljište. Uostalom, ova sankcija može pogoditi i sudionika pravnog posla koji bi bio zabranjen i po sadašnjim propisima, ako nije isključena po posebnim propisima, jer je ZOO i danas na snazi u Republici Hrvatskoj.

4.2.3. Osnaženje ništavih pravnih poslova o raspolaganju neizgrađenim građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu - iznimka od pravila

Svi ugovori i drugi pravni poslovi zaključeni protivno zabrani raspolaganja neizgrađenim građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu bili su ništavi (čl. 55. st. 1. ZGZ-a) bez obzira na to da li su ih zaključili prijašnji vlasnici ili druge osobe kojima je to zemljište bilo dodijeljeno na korištenje radi građenja).

Pravilo je obveznog prava da se ništav pravni posao ne osnažuje (čl. 103. st. 1. ZOO-a), da na ništavost pravnog posla sud pazi po službenoj dužnosti i da se na nju može pozivati svaka zainteresirana osoba, (čl. 109. ZOO-a), a pravo isticanja ništavosti se ne gasi (čl. 110.). Ovo je tradicionalno pravilo (*quod ab initium vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*) u našem pravu do stupanja na snagu Zakona o naknadi bilo ograničeno samo jednom iznimkom. Ništav ugovor ne postaje punovažan

¹⁰⁴ Članci 7. i 13. ZID ZN-a, NN, br. 80/02., ispr. 81/02.

¹⁰⁵ Tako i VSH Gzz-31/88, od 2. veljače 1989., PSP 46/54.

¹⁰⁶ Simonetti, P., Pravo korištenja..., op. cit., str. 60-62.

ni kad zabrana ili koji drugi uzrok ništavosti naknadno nestane. Ali, ako je zabrana bila manjeg značenja, a ugovor je izvršen, ništavost se ne može isticati (čl. 107 ZOO-a).¹⁰⁷ Prestanak važenja propisa o zabrani prijenosa nekretnine u društvenom vlasništvu bez izričitog propisa, kakav je onaj iz čl. 18. ZN-a, ne može proizvesti pravni učinak osnaženja pravnog posla, kojim je prijašnji vlasnik raspolagao nekretninom, nakon što je prenijet u društveno vlasništvo, iako do tog trenutka nije bio deposediran, jer zabrana raspolaganja sa stanovišta tadašnjeg prava nije bila manjeg značenja.

Prema slovu zakona osnaženi su, pod pretpostavkama iz čl. 18. ZN-a, samo oni pravni poslovi koje su sklopili prijašnji vlasnici. S prijašnjim vlasnicima, međutim, zakon izjednačava i njihove pravne sljednike - osobe na koje su prijašnji vlasnici prenijeli svoje pravo korištenja ili su ga one po zakonu naslijedile (čl. 16. st. 1. ZN-a). Nisu osnaženi, međutim, pravni poslovi kojima su druge osobe raspolagale neizgrađenim građevinskim zemljištem. I obrnuto, nisu se osnažili ni pravni poslovi kojima su prijašnji vlasnici raspolagali drugim nekretninama koje su bile prisilno prenijete u društveno vlasništvo. I zato nije ovlaštenik prava na denacionalizaciju npr. osoba kojoj je prijašnji vlasnik prodao nacionalizirani stan.¹⁰⁸

5. Vlasnik protupravno izgrađenog objekta kao ovlaštenik prava na denacionalizaciju

Pravo na denacionalizaciju građevinskog zemljišta ima i prijašnji vlasnik koji je na tome zemljištu izgradio "objekt suprotno propisima"; isto pravo pripada i osobi kojoj je prijašnji vlasnik prenio privremeno pravo korištenja, a ona je izgradila "objekt suprotno propisima" (čl. 16. st 4. ZN-a), kao i u slučaju zajedničke izgradnje. Dakle, bespravnom izgradnjom zgrade na podruštvovljenom zemljištu prijašnji vlasnik nije izgubio pravo na denacionalizaciju, kao što ga nije izgubila treća osoba koja je bespravno izgradila objekt na zemljištu što joj ga je ugovorom ustupio prijašnji vlasnik. Ovo i pod pretpostavkom da je ugovor o prijenosu privremenog prava korištenja na to zemljište bio protupravan, jer stjecatelj nije iz kruga osoba na koje je prijašnji vlasnik mogao prenijeti privremeno pravo korištenja, ali to samo pod pretpostavkama koje su propisane u čl. 18. ZN-a za osnaženje zabranjenog pravnog posla.

6. Kumulacija ovlaštenika prava na denacionalizaciju

Na podruštvovljenoj nekretnini mogla je pod određenim zakonskim pretpostavkama steći pravo vlasništva druga osoba, na primjer dodjelom poljoprivrednog zemljišta na temelju propisa o agrarnoj reformi i kolonizaciji ili na temelju naplatnog pravnog posla (ugovora o kupoprodaji ili o razmjeni) pod pretpostavkama iz čl. 32.-46. Zakona o prometu zemljišta i zgrada ili u postupku arondacije itd. Pretpostavimo da je poljoprivredno zemljište prisilno prenijeto u

¹⁰⁷ Perović, S., *Zabranjeni ugovori*, Beograd, 1975., str. 228-231.; Krulj, V., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redakcija: Balgojević - Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1980., tom I., uz članove 103.-110. ZOO; Gorenc, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 1998., uz čl. 107. ZOO-a.

¹⁰⁸ UpS RH, Us-7726/1999., od 25. svibnja 2000., ZO 1977.-2002., str. 355. (vidi zadnji stavak obrazloženja.)

društveno vlasništvo po propisima o agrarnoj reformi ili po drugoj pravnoj osnovi, i da je po tim propisima prenjeto u vlasništvo agrarnog interesenta, ili da je bilo koje drugo zemljište prisilno prenjeto u društveno vlasništvo, kasnije prenjeto u vlasništvo druge osobe na temelju pravnog posla ili odluke nadležnog tijela, a da je nakon toga podružtvovljeno. Tada postoje dva ovlaštenika prava na denacionalizaciju. Paradigmatičan slučaj je upravo podružtvovljenje poljoprivrednog zemljišta i ustupanje u vlasništvo drugoj osobi po propisima o agrarnoj reformi i kolonizaciji, a zatim je to zemljište uključeno u građevinsko područje, pa je kao takvo prisilno prenjeto u društveno vlasništvo. Ovlaštenici prava na denacionalizaciju su i prijašnji vlasnik poljoprivrednog zemljišta (čl. 19. st. 1. i čl. 20. ZN-a), a i osoba koja je bila stekla pravo vlasništva na već podružtvovljenom zemljištu koje je nakon toga kao građevinsko prisilno prenjeto u društveno vlasništvo (čl. 16. - 19. ZN-a). Čini se da po Zakonu o naknadi pravo restitucije ima potonji vlasnik, ukoliko restitucija nije isključena zbog drugih razloga (čl. 19. st. 2. ZN-a i čl. 1. st. 3. ZN-a).

Prema Konačnom prijedlogu,¹⁰⁹ međutim, u tom slučaju bi se nekretnina vraćala “onom prijašnjem vlasniku kome je prvome oduzeta” (čl. 9.).¹¹⁰ Predloženo rješenje teško je dovesti u sklad s načelom zaštite stečenih prava. Potonji vlasnik stekao je pravo vlasništva u skladu s tadašnjim pravilima koje priznaje i Zakon o vlasništvu (čl. 388. st. 2.),¹¹¹ pa je njegovo tako stečeno pravo vlasništva po pravnoj snazi jednako pravu vlasništva prethodnog vlasnika, njemu je pravo vlasništva oduzeto i prenjeto u društveno vlasništvo. Prema općim pravilima, prijašnjem vlasniku ne vraća se “imovina” (po pravilu nekretnine) na kojoj je druga osoba stekla pravo vlasništva na temelju valjanog pravnog osnova... ukoliko ovim Zakonom nije drukčije određeno (čl. 52. st. 1. ZN-a). Prema tome, po ZN, pravo restitucije pripada potonjem vlasniku.

Time što je isključeno pravo restitucije prvog vlasnika nije, međutim, isključeno njegovo pravo na naknadu za oduzeto zemljište i to u vrijednosnim papirima prema Zakonu o naknadi (čl. 20. st. 3.).

§ 3. Predmet denacionalizacije

Predmet (objekti) denacionalizacije (restitucije prava vlasništva, odnosno naknade u obliku propisanom zakonom) jest imovina (točnije: nekretnine i one

¹⁰⁹ Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o građevinskom zemljištu od studenog 2001. godine koji je Vlada Republike Hrvatske povukla iz saborske procedure 27. lipnja 2002. Po zaključku Hrvatskog sabora od 5. srpnja 2002. Vlada Republike Hrvatske bila je dužna “da u roku od 6 mjeseci Hrvatskom saboru dostavi prijedlog cjelovitog Zakona kojim se temeljem do sada provedenih rasprava predložiti rješenje povrata i obeštećenja bivših vlasnika za oduzetu imovinu.” Do zaključenja ovoga rukopisa taj prijedlog nije stigao u Hrvatski sabor.

¹¹⁰ Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi Vlade RH, od 30. studenog 2001., predviđao je: “Kada po odredbama ovoga zakona pravo na vraćanje iste nekretnine ima više osoba, a nekretnina im je oduzeta na temelju različitih pravnih osnova, nekretnina se vraća onom prijašnjem vlasniku kome je prvome oduzeta.”

¹¹¹ Teorija *tempus regit factum*, Perović, S., Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata, Teorija sukoba zakona u vremenu, Svetozar Marković, Beograd, 1984. str. 135-137; Trabucchi, A., *Instituzioni di diritto civile*, trentesima settima edizione, CEDAM, Padova, 1997., str. 27-29.

pokretne stvari koje imaju kulturnu, umjetničku ili povijesnu vrijednost) koja je bila prisilno prenijeta u društveno vlasništvo, općenarodnu imovnu, državno vlasništvo, na temelju propisa primjera radi navedenih u ZN-a (čl. 2. st. 1. toč. 1.-32.) odnosno na temelju odluka sudova ili drugih nadležnih tijela u vremenu od 15. svibnja 1945. do 25. lipnja 1991., pa i na temelju odluka civilnih i vojnih vlasti NOP-a odnosno tijela narodnooslobodilačke vlasti (1941. - 1945.). Budući da se privatna imovina, pa i nepokretna, prenosila u društveno vlasništvo na temelju samoga zakona ili pravomoćne odluke nadležnog tijela, opis društvenog vlasništva u zemljišne knjige nije imao konstitutivan značaj, oduzeta nekretnina prelazila je u društveno vlasništvo bez uknjižbe u zemljišnu knjigu. Uknjižba je imala samo deklarativan značaj, a ne i značaj publiciteta. Okolnost što nije uknjiženo društveno vlasništvo u zemljišnoj knjizi nije imala nikakvo značenje ni za poštenog stjecatelja na temelju pravnog posla, zaključenog sa zemljišnoknjižnim vlasnikom, jer takav pravni posao o otuđenju nekretnine koja je prešla u društveno vlasništvo, nije mogao biti pravni naslov za stjecanje prava vlasništva. Zato je, danas ovlaštenik prava denacionalizacije osoba koja je bila vlasnik u trenutku prijenosa nekretnine u društveno vlasništvo, a ne osoba kojoj je prijašnji vlasnik kasnije prodao ili darovao tu nekretninu,¹¹² iako je otudivatelj bio upisan kao vlasnik nekretnine. Okolnost što prisilni prijenos nekretnine iz privatnog u društveno vlasništvo nije vidljiv iz zemljišne knjige nije koristila, dakle, savjesnom stjecatelju. Osim toga, nekretnine u društvenom vlasništvu ili se uopće nisu mogle otuđiti iz društvenog vlasništva ili je to bilo moguće samo pod točno propisanim zakonskim pretpostavkama voljom društvenopravne osobe koja je na njima imala pravo korištenja, odnosno upravljanja ili raspolaganja.¹¹³ Pravni poslovi zaključeni protivno tim ograničenjima nisu proizvodili namjeravane pravne učinke, na što su sudovi i drugi državni organi bili dužni paziti po službenoj dužnosti (čl. 10. st. 4., čl. 11. i čl. 46 ZPZZ-a).

Nije predmet denacionalizacije ona imovina koja nije postojala u naravi na dan donošenja Zakona o naknadi (čl. 7.) - 11. listopada 1996. i ona koja je zakonom isključena iz drugih razloga¹¹⁴.

1. "Imovina" kao objekt denacionalizacije

Naziv "imovina" kao predmet denacionalizacije, kao ni u propisima o prisilnom prijenosu u društveno vlasništvo¹¹⁵, nema pravnotehničko značenje: skup svih imovinskih prava koja pripadaju jednoj osobi, već je sintagma "oduzeta imovina"

¹¹² Vidi odluku UpS RH Us 5564/2000, od 19. travnja 2001. ZO 1997-2002., str. 358.

¹¹³ Čl. 17.-27., čl. 32-50., Zakona o prometu zemljišta i zgrada.

¹¹⁴ Šire, Simonetti, P., *Denacionalizacija*, monografija, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004., četvrti dio.

¹¹⁵ Vedriš, M., Klarić, P., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1998., str. 94.; Gams, A., *Uvod u građansko pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1967., (imovina: pojam, subjekti, predmet konfiskacije i nacionalizacije), str. 159-167.; Stojanović, D., *Uvod u građansko pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1979., str. 105-108., Spaić, V., *Građansko pravo*, Univerzitet u Sarajevu, 1970., str. 244-248.; Galgano, F., *Diritto privato*, CEDAM, Padova, 1996., str. 188; isti: *Dizionario enciclopedico del diritto* (diretto da Francesco Galgano), vol. sec., CEDAM, Padova, 1996., str. 1102-1104 (patrimonio comune, ecclesiastico, eredetario (p. 622-623. vol. primo), sociale, sorico, artistico).

oznaka za oduzeto pravo vlasništva (čl. 2. - 4.) na stvarima koje su postojale 11. listopada 1996. (čl. 7.), a taksativno su navedene (kategorijalno) u članku 15., pa se u tome značenju koristi termin imovina i u ovome tekstu.

1.1. Stvari kao objekt denacionalizacije (naknade) po Zakonu o naknadi

U načelu, predmet denacionalizacije (naknade) su samo stvari (uglavnom nepokretne) koje su oduzete prijašnjem vlasniku i prenijete u društveno vlasništvo (članak 15. ZN-a)¹¹⁶, a to su:

1. neizgrađeno građevinsko zemljište,
2. poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište,
3. stambene i poslovne zgrade, odnosno idealni dijelovi takvih zgrada, te stanovi i poslovne prostorije kao što su posebni dijelovi zgrade odnosno idealni dijelovi tih posebnih dijelova zajedno sa pripadajućim zemljištem (u daljnjem tekstu: stan ili poslovni prostor),
4. brodovi i brodice,
5. poduzeća,
6. pokretnine.

Brodovi i brodice se u smislu ovog Zakona smatraju nekretninom.

O naknadi (denacionalizaciji) za oduzete nekretnine i pokretnine koje su navedene u članku 15. ZN-a raspravlja se i u drugim radovima.¹¹⁷

¹¹⁶ Za oduzeta poduzeća pripada naknada i "dioničarima ili imateljima udjela prijašnjih vlasnika" (članak 45. stavak 3. ZN-a), a isplaćuje se na temelju rješenja nadležnog županijskog ureda iz portfelja Hrvatskog fonda za privatizaciju (članak 45. stavak 4. i 5. ZN-a).

¹¹⁷ Vidi npr. radove u ZPFR, vol.18. br. 1 (1997.): Jelinić, S., Naknada za oduzetu gospodarsku imovinu, Pavišić, B., Matulović, M., Povrat imovine oduzete na temelju kaznene odluke odnosno konfiscirane u političkim procesima, ZPFR, vol 18. br. 1., 1997.; Radolović, A., Naknada za oduzete stanove i poslovni prostor; Borković, I., Pravila postupka naknade za oduzetu imovinu ZPFR, vol. 18. br. 1., 1997.; Jelčić, O., Naknada za oduzetu imovinu i sudska nadležnost, ZPFR, vol. 18., br. 1., 1997.; Brežanski, J., Prijelazne i završne odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima; Simonetti, P., Denacionalizacija i pretvorba prava korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, ZPFR, vol. 18, br.1., 1997.; Matković, J., Pravo na povrat ili odštetu za imovinu optanata, ZPFR, vol. 18. br. 1. (1997.); Bagić, S., Naknada za oduzeta poduzeća, Godišnjak 7., Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i prakse 2000. godine; ista: Denacionalizacija - aktualna pitanja iz prakse, Godišnjak 4, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i prakse 1997., ista: Denacionalizacija - aktualna pitanja iz prakse, Godišnjak, br. 6/1997; Bagić S., Šeparović M., Žuvela, M.,; Komentar Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Organizator, Zagreb, 1997. Crnić, J., u suradnji Končić, A., Kako vratiti oduzeto nacionalizacijom, konfiskacijom i agrarnom reformom..., Narodne novine, Zagreb, 1991., Crnić, J., Komentar Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Informator, Zagreb, 1997.; isti: Sadržaj zahtjeva za naknadu oduzete imovine, Informator, 4477, od 1. veljače 1997.; isti: O nekim pitanjima iz Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Informator, br. 4475. od 25. siječnja 1997.; isti: Primjena zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi, Informator, br. 5050-5051., od 31. srpnja i 3. kolovoza 2002., i br. 5058-5059, od 28. i 31. kolovoza 2002.; Jelušić, M., Naknada za oduzetu imovinu, Informator, 4458, od 27. studenog 1996., i 4459, od 30. studenog 1996., Dupelj, Ž., Postupak povodom zahtjeva za naknadu oduzete imovine, Informator, 4512, od 4. lipnja 1997., Peček, R., Revalorizacija hipoteka i drugih ranije isplaćeni naknada u postupku naknade za oduzetu imovinu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Informator, 4768, od 17. studenog 1999.; isti: Dekonfiskacija oduzete imovine, Informator, 4785., od 15. siječnja 2000.; isti: Povrat nacionaliziranih i konfisciranih stanova i prava najmoprimca, Informator, 5067, od 28. rujna 2002., isti: Postupak prava

Pokretnine su predmet denacionalizacije samo ako imaju kulturnu, umjetničku ili povijesnu vrijednost (čl. 48. st. 1. ZN-a).

Prema tome, predmet denacionalizacije su po pravilu nekretnine i samo zakonom određene pokretne stvari. Sve druge pokretne samostalne stvari koje su bile prisilno prenijete u društveno vlasništvo, bez obzira na njihovu vrijednost, nisu predmet denacionalizacije, jednako kao što nije predmet denacionalizacije ni oduzeti novac.¹¹⁸

Predmet (objekti) denacionalizacije užu je od predmeta (objekata) prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo, ali je neuporedivo širi od predmeta (objekata) restitucije. Predmet prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo, predmet denacionalizacije i predmet restitucije mogu se figurativno predstaviti pomoću tri koncentrična kruga; od kojih najveći promjer ima onaj koji obuhvaća dobra prisilnog prijenosa, manji promjer ima onaj krug koji obuhvaća dobra kao predmet denacionalizacije, a najmanji - onaj koji obuhvaća predmet restitucije.

2. Nekretnine kao objekt denacionalizacije

2.1. Općenito

Nekretnine u ranijem pravnom sustavu bile su zemljišta i zgrade. Zgrade su bile bez iznimke pravno odvojene od zemljišta u društvenom vlasništvu kao posve samostalne nekretnine, pa su se tako i upisivale u zemljišne knjige: u jedan zemljišnoknjižni uložak zemljište bez zgrade, a u drugi zgrada bez zemljišta.¹¹⁹ Zemljište se dijelilo u dvije skupine. U prvoj skupini su: poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište, u drugoj - građevinsko zemljište: a) neizgrađeno i b) izgrađeno.¹²⁰

prvokupa prijašnjih vlasnika na otkupljenim nacionaliziranim stanovima, Informator, br. 5046; od 17. kolovoza 2002., i 5047; 20. kolovoza 2002.; isti: Novela Zakona o naknadi za oduzetu imovinu, Informator, br. 5048-5049, od 24. i 27. srpnja 2002.; isti: Postupak denacionalizacije u tranzicijskim zemljama, Informator, 4882, od 20. prosinca 2000.; Jelčić, O., Načela restitucije prava vlasništva i naknade za oduzetu imovinu, ZPFR, vol. 19. br. 2. (1998.); Jelinić, S., Naknada u vrijednosnim papirima za oduzetu imovinu i mjerila za utvrđivanje naknade, ZPFR, vol. 19. br. 2 (1998.); Kačer, H., Reprivatizacija plovnih objekata, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1/1993.; isti, Nacionalizacija i denacionalizacija (doktorska disertacija), Split, 1997.; isti, Pravo prvokupa u korist prijašnjih vlasnika prema Zakonu o naknadi, Godišnjak 4... 1997.; isti, Oblik i visina naknade prigodom denacionalizacije, Vladavina prava, br. 2/1998.; Peček, R., Dekonfiskacija imovine, Godišnjak br. 7., Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb, 2000.; isti, Naknada za oduzeta poduzeća, Informator, br. 4859/00.; Šeparović, M., Denacionalizacija građevinskog zemljišta prema Zakonu o građevinskom zemljištu, Zbornik radova za Savjetovanje Otkup stanova i denacionalizacija, Zagreb, 1991.; Šmit, V., Kačer, H., Denacionalizacija stanova i poslovnih prostorija, Zakonitost, br. 9-10/1990.

¹¹⁸ Vidi obrazloženje Odluke Upravnog suda RH, Us 6620/1999., od 21. veljače 2001. Zbirka odluka 1997.-2002., str. 351, prema kojoj nema pravo na povrat novca osoba koja je otplatila dio kuće koji joj je bio oduzet u postupku ispitivanja porijekla nezakonito stečene imovine.

¹¹⁹ Vidi: Zakon o uknjižbi nekretnina u društvenom vlasništvu, NN 52/71., koji je bio na snazi do 1. siječnja 1997. (čl. 230. Zakona o zemljišnim knjigama), Uputstvo o načinu upisivanja u zemljišnim knjigama prava vlasništva na zgradama izgrađenim na zemljištu općenarodne imovine (Sl. list FNRJ, broj 44/51. i 29/54.) i Uputstvo o zemljišnoknjižnim upisima nacionaliziranih najamnih zgrada i građevinskog zemljišta u zemljišnim knjigama (Sl. list FNRJ, broj 49/59.).

¹²⁰ Magdić, M., Pravni režim zemljišta i zgrada, Narodna uprava, br. 9 - 10., 1967.; Šire: Simonetti, P., Trajno pravo korištenja i njegova pretvorba u pravo vlasništva vlasnika zgrade, ZPFR, vol. 20. br. 2., 1999.

Na neizgrađenom građevinskom zemljištu postojalo je privremeno pravo korištenja prijašnjeg vlasnika od nacionalizacije odnosno podruštvoavljenja do deposediranja ili dobrovoljne predaje zemljišta općini; na tome zemljištu konstituiralo se pravo korištenja radi građenja - socijalističko pravo građenja u korist fizičkih i pravnih osoba. Prijašnji vlasnik imao je po zakonu, pod određenim pretpostavkama, prvenstveno pravo korištenja radi građenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu.

Od ovih prava odvaja se pravo korištenja društvenopravne osobe koje je ona imala prije uključivanja zemljišta u građevinsko područje, a zadržavala ga do eventualnog administrativnog prijenosa u sredstva druge društvenopravne osobe radi privođenja zemljišta urbanističkoj svrsi.

Na izgrađenom građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu postojalo je trajno pravo korištenja koje je odvajalo od zemljišta zgradu kao samostalnu nekretninu, a trajalo je dok postoji zgrada. To pravo se pretvorilo u pravo vlasništva vlasnika zgrade uspostavom pravnog jedinstva nekretnine po propisima Republike Hrvatske.¹²¹ Ono nije objekt denacionalizacije. Zato se moraju točno razgraničiti pojmovi neizgrađeno i izgrađeno građevinsko zemljište.

2.2. Građevinsko zemljište kao objekt denacionalizacije

Bitna pretpostavka za denacionalizaciju jest da je imovina (nekretnina) prisilno prenijeta u društveno vlasništvo (čl. 2.-4. ZN-a), osim iznimke iz čl. 6. ZN-a (eksprijacija poslije 22. ožujka 1978. uz pravičnu naknadu utvrđenu po kriterijima iz ZE SRH).

Unatoč tome što se općenito smatra da je cjelokupno zemljište unutar granica građevinskog područja - građevinsko zemljište, neki smatraju da poljoprivredno zemljište unutar tog područja postaje građevinsko tek promjenom gospodarske namjene pod pretpostavkama iz Zakona o poljoprivrednom zemljištu i dokumentima prostornog uređenja.¹²²

S druge strane, bilo je sporno koje se zemljište smatra izgrađenim, a koje neizgrađenim, što je relevantno za ovu raspravu, jer načelno samo je neizgrađeno građevinsko zemljište predmet denacionalizacije (čl. 15. st. 1. t. 1. ZN-a).

Zato treba najprije raspraviti pitanje da li se građevinskim zemljištem smatra cjelokupno zemljište unutar granica građevinskog područja, bez obzira na njegovu trenutnu gospodarsku namjenu (poljoprivredno zemljište).

2.2.1. Pojam - građevinsko zemljište

Ovdje se utvrđuje pojam građevinskog zemljišta sa stanovišta Zakona o naknadi i drugih zakona koji su bili na snazi do njegovog stupanja na snagu, kao ZGZ i Zakon o poljoprivrednom zemljištu, koji je ostao na snazi i poslije 1. siječnja 1997.

Odredbe o denacionalizaciji (naknadi) neizgrađenog građevinskog zemljišta protežu se i na ono zemljište koje je "kao poljoprivredno zemljište, šuma ili šumsko zemljište" prisilno prenijeto u društveno vlasništvo "po propisima o agrarnoj reformi

¹²¹ Šire o tome: Simonetti, P., Pravo korištenja..., op. cit., str. 193-235; isti: Trajno pravo korištenja..., op. cit.; isti: Uspostavljanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu, Hrvatska pravna revija, br. 7., 2002.

¹²² Stipičić, M., Abramović, Lj., Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Informator, Zagreb, 1995., str. 9.

i kolonizaciji, a koje je nakon oduzimanja prenamijenjeno u građevinsko zemljište” (čl. 19. st. 1. ZN-a). Time je, nesumnjivo, istaknuta pravna osnova koja je imala najširu primjenu u prisilnom prijenosu u društveno vlasništvo poljoprivrednog zemljišta, šuma i šumskog zemljišta, ali to nije bila jedina pravna osnova prisilnog prijenosa toga zemljišta u društveno vlasništvo. Ovdje ćemo spomenuti još prisilni prijenos u društveno vlasništvo poljoprivrednog zemljišta po odredbama Zakona o poljoprivrednom zemljišnom fondu..., prema propisima o prekoračenju zakonskog maksimuma, po osnovi konfiskacije imovine itd. Ograničavanje denacionalizacije tih zemljišta samo na određenu pravnu osnovu prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo ne bi bilo u skladu sa zakonskim načelom iz čl. 2.-4. ZN-a.

Spor o tome da li poljoprivredno zemljište, šuma i šumsko zemljište unutar granica građevinskog područja spada u kategoriju građevinskog zemljišta do promjene faktičke namjene ili u kategoriju poljoprivrednog zemljišta, šuma i šumskog zemljišta, pojavio se prije Zakona o naknadi tijekom pretvorbe društvenih poduzeća kojima su pripadale određene površine takvog zemljišta unutar tehnoloških, gospodarskih, prostornih i drugih kompleksa (npr. turistički kampovi).

Građevinsko zemljište određeno je zakonom. To je ono “zemljište koje se nalazi u gradovima i naseljima gradskog karaktera, kao i drugo zemljište koje je izgrađeno ili prostornim planom određeno za izgradnju građevinskih objekata ili za javne površine” (čl. 3. ZGZ-a). Gradovi i naselja gradskog karaktera određeni su zakonom, a granice područja građevinskog zemljišta odlukom skupštine općine (čl. 4 - 7. ZGZ-a - pretpostavke za određivanje - područstvovljenje - građevinskog zemljišta u SRH)¹²³.

Zakon o poljoprivrednom zemljištu¹²⁴, koji je bio na snazi do 1. siječnja 1997. kada je stupio na snagu Zakon o naknadi, propisivao je da se poljoprivrednim zemljištem u smislu toga zakona smatra i neizgrađeno građevinsko zemljište, osim uređenog građevinskog zemljišta užih djelova starih gradskih jezgri, koje će utvrditi županijska skupština odnosno gradska skupština. (čl. 2. st. 2.).

Okolnost što je neizgrađeno građevinsko zemljište po gospodarskoj namjeni poljoprivredno ne utječe na njegov pravni položaj i prava prijašnjih vlasnika na to zemljište. Promjena namjene poljoprivrednog zemljišta “u nepoljoprivredne svrhe određene prostornim planovima i drugim propisima utvrđuje se lokacijskom dozvolom” (čl. 8. st. 1. ZPZ-a), znači gubitak površine poljoprivrednog zemljišta kao gospodarskog dobra od interesa za Republiku Hrvatsku zbog čega se plaća jednokratna naknada (čl. 22. st. 1. ZPZ-a). Ta promjena nema neposredan utjecaj na privremeno pravo korištenja prijašnjih vlasnika koje traje do depoziranja odnosno dobrovoljne predaje općini (čl. 31. ZGZ-a), pa ni na pravo korištenja koje su imale društvenopravne osobe na neizgrađenom građevinskom zemljištu (čl. 65-74. ZGZ-a) do depoziranja odnosno administrativnog prijenosa na drugu društvenopravnu osobu.

Prema tome, treba razlikovati pravni položaj građevinskog zemljišta koje determinira pravo prijašnjeg vlasnika, pa i prava društvenopravnih osoba (čl. 65. - 74. ZGZ-a), od gospodarske namjene zemljišta. Promjena gospodarske namjene zemljišta relevantna je za obvezu plaćanja odgovarajuće naknade (čl. 8. i čl. 21-27. ZPZ-a).

¹²³ Simonetti, P., Denacionalizacija - drugi dio, § 12. t. 5. 6. 3.

¹²⁴ Zakon o poljoprivrednom zemljištu NN, br. 54/94. (pročišćeni tekst) i 49/95.

2.2.2. Pojmovno razgraničenje: izgrađeno i neizgrađeno građevinsko zemljište

Pojmovno razgraničenje izgrađenog i neizgrađenog građevinskog zemljišta nužno je zbog toga što je samo neizgrađeno građevinsko zemljište objekt denacionalizacije. Neizgrađeno građevinsko zemljište kao objekt denacionalizacije ne smije se miješati s pojmom neizgrađenog građevinskog zemljišta kao objekta restitucije prava vlasništva.

Na ovom mjestu pokušava se odrediti pojam neizgrađenog građevinskog zemljišta po propisima o građevinskom zemljištu, dakle, kao objekt denacionalizacije, a ne restitucije. Pojam neizgrađeno građevinsko zemljište kao objekt restitucije utvrdit će se kasnije.

Kriterije za pojmovno razgraničenje izgrađenog i neizgrađenog građevinskog zemljišta potražiti ćemo najprije u pravnim izvorima - propisima koji su uređivali prava na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, odnosno u propisima koji su uređivali, općenito govoreći, pravni režim građevinskog zemljišta.

Radi razgraničenja pojmova izgrađeno i neizgrađeno građevinsko zemljište polazi se od pozitivne značajke pojma: izgrađeno građevinsko zemljište.

2.2.2.1. Izgrađeno građevinsko zemljište

Zakoni o građevinskom zemljištu socijalističkih republika i autonomnih pokrajina - federalnih jedinica bivše SFRJ, podudarali su se u jednoj bitnoj točki: po njima se izgrađenim građevinskim zemljištem smatralo ono zemljište na kome je bio izgrađen trajni građevinski objekt, te zemljište koje je po provedbenom planu ili po drugom aktu urbanističke regulative pripadalo tom objektu da bi se mogao koristiti prema njegovoj namjeni. Savezni ZOVO je propisivao: "Kad je zgrada na kojoj postoji pravo vlasništva izgrađena, u skladu sa zakonom, na zemljištu u društvenom vlasništvu, vlasnik zgrade ima pravo korištenja zemljišta na kojem je zgrada izgrađena i zemljišta što služi za redovitu upotrebu te zgrade dok ona postoji" (čl. 12. st. 1.). Neizgrađenim pak građevinskim zemljištem smatralo se ono zemljište na kome nije bilo nikakvog građevinskog objekta ili zemljište na kome je postojao privremeni građevinski objekt.¹²⁵

Budući da se pravo građenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu iscrpljivalo izgradnjom građevinskog objekta, kada bi nastalo trajno pravo korištenja, proizlazilo je da bi se moralo smatrati da je građevinsko zemljište neizgrađeno sve do potpunog završetka izgradnje. Međutim, kako se pravo građenja nije gubilo ako bi na dodijeljenom zemljištu bili izvedeni "osnovni" ("znatniji", "znatni") građevinski radovi, nameće se zaključak da je po tadašnjem pravu građevinsko zemljište bilo izgrađeno ako su na građevinskom objektu bili izvedeni radovi u onom opsegu koji je po zakonu sprječavao prestanak prava građenja zbog nevršenja (*infra*: Prestanak prava građenja).

¹²⁵ Čl. 12. SRM; čl. 25. st. 3. SRH; čl. 11. st. 2. SRSr; čl. 9. st. 2. SRCG, čl. 7. st. 2. SAPK; čl. 7. st. 1. i 2. SAPV. U sudskoj praksi bio je izražen stav da se smatralo neizgrađenim građevinskim zemljištem ono zemljište na kome su izgrađeni samo temelji trajne zgrade (UpsH, br. Us. 7677/77, od 19. 9. 1978., Pregled NZ, br. 14/419), pa i u slučaju kada je već postojala zgrada, ali je u ruševnom stanju (UpsH, br. Us. 6551/77, od 12. rujna 1978., Pregled NZ, br. 14/420).

Budući da se izgrađeno građevinsko zemljište moglo koristiti samo u skladu s potrebama građevinskog objekta kome je pripadalo i općenito u skladu s namjenom toga zemljišta u konkretnoj urbanoj sredini (uža lokacija), a da se neizgrađeno građevinsko zemljište moglo na jedan način koristiti do privođenja urbanističkoj namjeni, a na drugi način nakon privođenja toj namjeni - do završetka izgradnje, proizlazilo je da su postojala zapravo tri pravna režima građevinskog zemljišta: jedan od podruštvovljenja neizgrađenog građevinskog zemljišta do privođenja zemljišta urbanističkoj namjeni (deposediranju i dodijele na korištenje radi građenja), drugi od privođenja zemljišta urbanističkoj namjeni (konstituiranjem prava građenja i pribavljanje građevinske dozvole) do izgradnje građevinskog objekta do one faze koja sprječava prestanak prava građenja i treći - nakon izgradnje građevinskog objekta (čl. 51. st. 1. ZGZ-a).

2.2.2.2. Neizgrađeno građevinsko zemljište

Neizgrađeno građevinsko zemljište je i ono zemljište na kome je izgrađen privremeni građevinski objekt (čl. 25. st. 3. ZGZ-a) te privremeni objekti koji su izgubili svojstva trajnosti. Privremene zgrade su one zgrade koje su izgrađene s namjerom da se nakon izvjesnog vremena uklone ili su izgrađene radi zadovoljavanja neke relativno kratkotrajne namjene.

2.2.2.2.1. Privremene zgrade kao samostalni objekti

Privremene zgrade bile su po zakonu pravno odvojene od zemljišta. Takve zgrade od zemljišta nije razdvajalo trajno pravo korištenja na zemljištu u društvenom vlasništvu, već su po samom zakonu kao privremene bile pravno odvojene, pa se zbog toga nisu upisivale u zemljišne knjige.¹²⁶ Privremene zgrade su zadržale svojstvo autonomnosti i nakon uspostavljanja pravnog jedinstva nekretnina.^{127, 128}

2.2.2.2.2. Trajne zgrade sklone padu (ruševne) i izvlaštene zgrade

Postavlja se pitanje u kojem trenutku trajna zgrada sklona padu (ruševna) stječe svojstvo privremene zgrade, a izgrađeno građevinsko zemljište - svojstvo neizgrađenog.

¹²⁶ § 7. Pravilnika za vođenje zemljišnih knjiga od 17. veljače 1931. Vidi: Košutić, M., op. cit., str. 336-337. Analognu odredbu ima npr. švicarski Građanski zakonik, koji propisuje da privremeni građevinski objekti izgrađeni na tuđem zemljištu ne pripadaju vlasniku zemljišta niti se upisuju u zemljišne knjige (čl. 677.). Danas Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima (zemljišnoknjižni poslovnik), NN. br. 81/97., (čl. 15. st. 3.), koji je stupio na snagu 20. kolovoza 1997.; Josipović, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001., br. 166.

¹²⁷ Čl. 9. st. 3. ZV. Vidi: čl. 366. - 373. ZV-a.

¹²⁸ Šire o tome: Simonetti, P., Pravno jedinstvo nekretnine i njenih posebnih dijelova u: Rasprave iz stvarnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2001., str. 165 - 201.; isti: Uspostavljanje pravnog jedinstva nekretnina, Hrvatska pravna revija, br. 7., 2002.

Prema pravilima imovinskog prava (§ 294. i 297. OGZ-a),¹²⁹ samo trajni građevinski objekt, bez obzira na to da li je čvrsto vezan uz zemljište ili ne, jest sastavni dio zemljišta¹³⁰. U sudskoj praksi je izraženo gledište da nije relevantno što je trajna zgrada sklona padu. Sve dotle dok se ne sruši ili se ne ukloni, ona zadržava karakter trajnog građevinskog objekta, pa se zemljište na kome je bila izgrađena nije moglo smatrati neizgrađenim građevinskim zemljištem.¹³¹ Po drugom gledištu, ako je zgrada bila u ruševnom stanju, treba smatrati da je zemljište bilo neizgrađeno.¹³²

U skladu s načelom pravne sigurnosti, općenito treba smatrati da i ruševna trajna zgrada dobiva svojstvo privremene zgrade tek kada odluka nadležnog tijela o njenom uklanjanju zbog ruševnosti stekne svojstvo pravomoćnosti.

Trajna zgrada koja nije ruševna također se smatra privremenom od pravomoćnosti rješenja o izvlaštenju radi njenog uklanjanja zbog razloga privođenja zemljišta drugoj namjeni.

U prvom slučaju, da bi se donijelo rješenje, mora se utvrditi da je zgrada sklona padu ruševna; u drugom - da je njeno uklanjanje u općem interesu (danas u interesu Republike Hrvatske).

U sudskoj praksi izražen je stav da se građevinski objekt ne smatra ruševnim ako se može rekonstruirati bez rušenja konstruktivnih zidova.¹³³

2.2.2.2.3. Sporedni građevinski objekt

Zakon o građevinskom zemljištu SRH je propisivao da se neizgrađenim građevinskim zemljištem smatra i ono zemljište na kome je izgrađen "sporedni objekt koji ne služi za redovnu upotrebu postojeće stambene ili poslovne zgrade i za čiju izgradnju nije potrebna građevinska dozvola" (čl. 25. st. 3.). Naprotiv, zemljište na kome je uz odobrenje nadležnog organa bio izgrađen sporedni objekt, koji je služio upotrebi zgrade (pripadak), smatralo se izgrađenim i po sudskoj praksi.¹³⁴

Neizgrađenim građevinskim zemljištem smatralo se i ono zemljište na kome su se nalazili ostaci nekadašnjeg objekta - ruševine (čl. 25. st. 4.).

¹²⁹ Smatramo da su se ova pravila primjenjivala najprije na temelju čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donijetih do 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije, (Sl.list FNRI, br. 84/46., - pročišćeni tekst), a od 1. siječnja 1992. godine na temelju čl. 1. i 2. Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941., NN, br. 73/91. sve do stupanja na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (1. siječnja 1997.), jer to pitanje nije bilo uređeno Zakonom o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, niti bilo kojim drugim zakonom do 1. siječnja 1997.

¹³⁰ Šire o tome: Simonetti, P., Građenje na tuđem zemljištu, op. cit., str. 49-56.

¹³¹ VSM, br. U. 29/77. od 23. veljače 1977., ZSO, br. III, 113.

¹³² Odluka UpSH, br. Us. 6551/77.

¹³³ VSH, Rev. 1458/92; od 6. listopada 1992. IO br. 6/1994., br. 11.

¹³⁴ Smatralo se izgrađenim zemljištem i ono zemljište na kome su ugrađeni štapini uzemljivači međusobno galvanski spojeni u skladu s tehničkim propisima koji služe zaštiti od previsokog (opasnog) napona od elektromotora u zanatskoj radnji koja ima trajnu namjenu (VSBiH, br. Uvl. 7/79, od 19. ožujka 1979., Bilten Vrhovnog suda BiH, br. 2/79., str. 6.).

2.2.2.2.4. Građevinski objekti podignuti bez odobrenja nadležnog organa (građevinska dozvola)

U načelu, građevinski objekti podignuti bez odobrenja nadležnog organa (građevinske dozvole) do legalizacije imaju pravni položaj privremenog građevinskog objekta, pa se zemljište smatra neizgrađenim, bez obzira na to što su podignuti s namjerom da trajno ostanu tamo gdje su izgrađeni i radi zadovoljavanja trajne namjene, jer se takvi objekti po službenoj dužnosti mogu ukloniti bez naknade (čl. 58. ZG-a)¹³⁵ u realizaciji plana izgradnje ili u postupku eksproprijacije (ublaženo Zakon o eksproprijaciji SRH, *infra* 2.2.3.).¹³⁶ Suprotno stanovište zastupa Upravni sud Republike Hrvatske, prema kome se zemljište smatra izgrađenim ako je na njemu izgrađen objekt “za koji je potrebna građevinska dozvola bez obzira što je objekt izgrađen bez građevinske dozvole”.¹³⁷

Okolnost što se objekt izgrađen bez odobrenja ne može ukloniti dok se ne utvrdi pravomoćnim rješenjem nadležnog tijela da se ne može legalizirati, jer se ne uklapa u prostorni plan, ne daje karakter trajnosti tome objektu.¹³⁸

2.2.3. Naknada zbog uklanjanja bespravno izgrađene zgrade po propisima o eksproprijaciji

Prema saveznom Zakonu o eksproprijaciji vlasnik ekspropirirane zgrade ili posebnog dijela zgrade izgrađene bez propisane građevinske dozvole nadležnog državnog organa “nije imao pravo na naknadu”, već je imao pravo da poruši zgradu i odnese materijal.¹³⁹ Ova drakonska sankcija, propisana radi suzbijanja bespravne izgradnje, bila je na snazi od 15. veljače 1968. godine,¹⁴⁰ a bila je ublažena Zakonom o eksproprijaciji SRH koji je stupio na snagu 22. ožujka 1978.¹⁴¹ Po tome Zakonu, vlasnik ekspropirirane stambene zgrade ili posebnog dijela zgrade u kojoj stanuje sam ili s članovima svoje obitelji imao je pravo na naknadu za tu zgradu ili posebni dio zgrade ili na osiguranje drugog stana, ako su zgrada ili posebni dio zgrade izgrađeni bez građevinske dozvole do 15. veljače 1968.¹⁴² Skupština općine mogla je propisati, uzimajući u obzir osobne, socijalne, i obiteljske prilike ranijeg vlasnika, “kada i pod

¹³⁵ Zakon o građenju, NN, br. 77/92. Sadašnji Zakon o gradnji, NN, br. 175/03.

¹³⁶ Pravilo prema kome se u postupku eksproprijacije uklanja zgrada bez naknade ušlo je u pravni poredak Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o eksproprijaciji, Sl. list SFRJ, 11/68., koji je stupio na snagu 15. 2. 1968. Ovo pravilo su prihvatili, poslije prijenosa legislativne nadležnosti na republike i pokrajine (1971.), republički i pokrajinski zakoni o eksproprijaciji, Vidi npr.: čl. 57. st. 1. SRBiH; čl. 53. st. 3. SRCG; čl. 42. SRM; čl. 50. st. 2. SRS1-a; čl. 47. SRSr-a; čl. 33. SAPK-a; i čl. 33. SAPV.

¹³⁷ Us-2215/1988 od 14. prosinca 1988., ZO 1977.-2002., str. 328.

¹³⁸ Simonetti, P., Građenje na tuđem zemljištu, op. cit., str. 61.; Krbanjević, Đ., Izuzeće neizgrađenog građevinskog zemljišta iz posjeda ranijih vlasnika i njihova prava na tom zemljištu, PM, Sarajevo, br. 11-12/1977., str. 72.

¹³⁹ Čl. 37. st. 3. Zakona o eksproprijaciji, pročišćeni tekst, Sl. list SFRJ, br. 11/68., 30/68. i 3/70., te NN, br. 53/71. i 52/73

¹⁴⁰ Propisana je ZID-om Zakona o eksproprijaciji, Sl. list SFRJ, 5/68.

¹⁴¹ Zakon o eksproprijaciji, NN, 10/78., 5/80., 30/82., proč. tekst NN, br. 46/82., 28/87., 39/88. i 73/91. koji je bio na snazi do stupanja na snagu Zakona o izvlaštenju, NN, br. 3/94.

¹⁴² Čl. 53. st. 2.; čl. 50. st. 2. prva rečenica u pročišćenom tekstu.

kojim uvjetima je korisnik eksproprijacije dužan osigurati korištenje stana onom vlasniku koji je stambenu zgradu u kojoj stanuje izgradio bez odobrenja nadležnog organa do 24. travnja 1973.¹⁴³ Zakon je bio dopunjen 10. veljače 1980. s retroaktivnom primjenom od 22. ožujka 1978. godine.¹⁴⁴ Prema toj dopuni, pravo na naknadu imao je "i vlasnik gospodarskog i drugog objekta izgrađenog do 15. veljače 1968., ako služi za obavljanje poslovne djelatnosti",¹⁴⁵ iako je izgrađen bez građevinske dozvole.

§ 4. Posebna pravila o denacionalizaciji neizgrađenog građevinskog zemljišta

Na ovom se mjestu izlažu posebna pravila o denacionalizaciji neizgrađenog građevinskog zemljišta.

1. Pravila o denacionalizaciji neizgrađenog građevinskog zemljišta

Denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta provodila se najprije na temelju ZID ZGZ-a.¹⁴⁶ Po tome Zakonu pod određenim zakonskim pretpostavkama vraćalo se pravo vlasništva na neizgrađenom građevinskom zemljištu. Ova prva denacionalizacija bila je ograničena samo na neizgrađeno građevinsko zemljište koje je odlukama skupština općina preneseno u društveno vlasništvo nakon 22. veljače 1974. Druga denacionalizacija provodi se na temelju Zakona o naknadi, a odnosi se na preostalo neizgrađeno građevinsko zemljište koje je bilo prisilno prenijeto u društveno vlasništvo po bilo kojoj pravnoj osnovi na temelju samoga zakona ili odluke nadležne vlasti (čl. 2. - 4.). Po drugoj denacionalizaciji sužen je krug ovlaštenika prava na denacionalizaciju na nasljednike prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika (čl. 9. st. 1. ZN-a) i drastično je ograničena restitucija prava vlasništva (čl. 19. st. 2.).

1.1. Denacionalizacija - restitucija neizgrađenog građevinskog zemljišta koje je prenijeto u društveno vlasništvo odlukom skupština općina poslije 22. veljače 1974.

Prvom denacionalizacijom neizgrađenog građevinskog zemljišta koje nije privedeno namjeni, niti je na njemu treći stekao pravo korištenja radi građenja, provedena je restitucija prava vlasništva.¹⁴⁷

a) Neizgrađeno građevinsko zemljište koje nije privedeno namjeni

Neizgrađeno građevinsko zemljište koje je bilo prenijeto u društveno vlasništvo odlukama skupština općina poslije 22. veljače 1974. godine, a nije privedeno namjeni, vraća se u vlasništvo prijašnjim vlasnicima. Osnova za restituciju je novela ZGZ-a koja je stupila na snagu 22. prosinca 1990. godine.¹⁴⁸ Prema noveli ZGZ-a prestaje po

¹⁴³ Čl. 53. st. 3.; čl. 50. st. 3. pročišćenog teksta.

¹⁴⁴ Zakon o dopuni Zakona o eksproprijaciji, NN, br. 5/80.

¹⁴⁵ Čl. 1. i 2. ZID ZE-a; čl. 50. st. 2. druga rečenica pročišćenog teksta.

¹⁴⁶ NN, br. 53/90.

¹⁴⁷ Pravo vlasništva se vraća prijašnjem vlasniku a ne korisniku koji nije prijašnji vlasnik, UpS RH, Us-8095/1994., od 2. studenog 1995., ZO 1977.-2002., str. 322-323.

¹⁴⁸ Dan stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama ZGZ-a, NN, br. 53/90.

sili zakona društveno vlasništvo na neizgrađenom građevinskom zemljištu koje nije privedeno namjeni, a bilo je preneseno u društveno vlasništvo odlukama skupština općina nakon 22. veljače 1974. (čl. 4a. st. 1.). Prvi puta poslije nacionalizacije građevinskog zemljišta od 26. prosinca 1958., i suprotno socijalističkom Ustavu SRH, od 22. veljače 1974., Zakon koji je stupio na snagu na dan objavljivanja Ustava RH (22. prosinca 1990.) propisuje da u gradovima i naseljima gradskog karaktera može postojati pravo vlasništva na građevinskom zemljištu "kada je to zakonom određeno" (čl. 4b.). Na izgrađenom građevinskom zemljištu uspostavljeno je pravo vlasništva u korist vlasnika zgrade 8. listopada 1991.¹⁴⁹

b) Neizgrađeno građevinsko zemljište na kojemu je treći stekao pravo korištenja radi građenja

Nije predmet restitucije ono neizgrađeno građevinsko zemljište na kome je treći, u skladu s tadašnjim zakonom, stekao pravo korištenja radi građenja koje je po Zakonu o vlasništvu pretvoreno u pravo vlasništva (čl. 359. st. 2., 361., 362., st. 2. i 3., 363. i 365.).

S obzirom da se pravo korištenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu stjecalo na osnovi rješenja o dodijeli, odnosno neposrednom pogodbom i ugovorom na temelju kojega se obavljala uknjižba, Zakon određuje da se priznaju pravno valjanim pravni poslovi i pravomoćni akti zaključeni ili doneseni do stupanja na snagu ovoga zakona (čl. 4.a st.1.). To znači da se priznaju pravomoćna rješenja o dodjeli neizgrađenog građevinskog zemljišta na korištenje radi građenja, kao i valjano zaključene neposredne pogodbe (sukladno čl. 50. ZGZ-a), te ugovori sklopljeni s općinom o zasnivanju prava korištenja upisom u zemljišnu knjigu (čl. 51. ZGZ-a). Prema tome, ne može se vratiti vlasništvo prijašnjem vlasniku ako je zemljište, sukladno zakonu, rješenjem ili neposrednom pogodbom dodijeljeno drugoj osobi radi građenja ili ustupljeno na temelju neposredne pogodbe (čl. 47.-51. ZGZ-a), pa i kad nije uknjiženo u zemljišne knjige na temelju ugovora o međusobnim pravima i obvezama između općine i stjecatelja (čl. 51. st. 1. ZGZ-a). Ovo pod pretpostavkom da pravo korištenja radi građenja nije prestalo do 22. prosinca 1990., odnosno 1. siječnja 1997.^{149a} po odredbama iz čl. 53. ZGZ-a zbog toga što njegov nositelj nije u određenom roku izgradio predviđeni objekt ili nije na njemu izveo znatnije radove u odnosu na prirodu objekta (točnije projektirani objekt) koji je trebao izgraditi¹⁵⁰ u skladu s građevinskom dozvolom ili po drugoj zakonskoj osnovi.¹⁵¹ Budući da pravo korištenja radi građenja u tom slučaju prestaje po samom zakonu i danas se može dokazivati u parničnom postupku da su se bile ispunile zakonske pretpostavke za prestanak prava korištenja radi građenja prije 22. prosinca 1990. godine, odnosno 1. siječnja 1997. (čl. 365. st. 6. i čl. 388. st. 2. ZV-a) kada se to pravo pretvara u pravo

¹⁴⁹ Stupanjem na snagu Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, NN, br. 53/91., čl. 9.

^{149a} Do 22. prosinca 1990. na građevinskom zemljištu koje je prenijeto u društveno vlasništvo nakon 22. veljače 1974., a do 1. siječnja 1997. na ostalom građevinskom zemljištu.

¹⁵⁰ Rev-2438/91, od 18. 3. 1992., pravo korištenja radi građenja prestaje po samom zakonu ako zemljište nije privedeno namjeni, tj. ako objekt nije izgrađen u cjelini ili u pretežnom dijelu u određenom roku (Izbor odluka VSRH 4/94., 8); USRH, US-8095/1994., od 2. studenog 1995. godine (Izbor odluka USRH, 1995., br. 31); USRH, Us-8243/1994., od 8. studenog 1995. (Izbor odluka, 1995., br. 32).

¹⁵¹ Simonetti, P., Pravo korištenja..., op. cit., str. 182-192.

vlasništva (čl. 361., 362. st. 2. i čl. 365. ZV-a), ako zakonom nije drukčije određeno (čl. 390. ZV-a), ukoliko ranije nije pretvoreno u pravo vlasništva pretvorbom nositelja prava na stvarima u društvenom vlasništvu (društvenog poduzeća) ili neposrednom pretvorbom samih prava (npr. prava Republike Hrvatske, općina, gradova, Grada Zagreba, županija, javnih ustanova itd.). Prestanak prava korištenja utvrđuje se deklaratornom odlukom. Naravno, pretpostavka za prestanak prava korištenja po čl. 53. ZGZ-a jest da je u rješenju o dodjeli zemljišta, u neposrednoj pogodbi ili u ugovoru što je nakon dodjele zemljišta zaključen, a predstavlja pravnu osnovu za uknjižbu toga prava (čl. 51. ZGZ-a), bio određen rok u kome je stjecatelj prava trebao izgraditi predviđeni građevinski objekt. Ako taj rok nije bio određen u navedenim ispravama (rješenju, neposrednoj pogodbi ili ugovoru), ne bi se moglo smatrati da zemljište nije privedeno namjeni samo zato što nije izgrađen građevinski objekt ili nisu izvedeni znatniji radovi na njegovoj izgradnji do 22. prosinca 1990., odnosno 1. siječnja 1997. već bi se morale ocijeniti sve relevantne okolnosti konkretnog slučaja, između ostalog i razlog zbog kojeg nije određen rok za izgradnju objekta. Nakon toga bi sud mogao izvesti zaključak da li su ispunjene zakonske pretpostavke za prestanak spomenutog prava na temelju odredaba iz čl. 53. ZGZ-a (čl. 385. st.6. ZV-a). Po shvaćanju Upravnog suda RH ako "rok za izgradnju predviđenog objekta nije određen, a niti je objekt izgrađen, ili nisu izvedeni znatniji radovi, ispunjeni su uvjeti za postupanje po čl. 4a Zakona o građevinskom zemljištu",¹⁵² tj. za restituciju prava vlasništva prijašnjem vlasniku ili njegovom pravnom sljedniku.

c) Zemljište privedeno namjeni

U slučaju da je zemljište faktički deposedirano, dakle, bez pravomoćnog rješenja o deposediranju, smatra se da je privedeno namjeni ako je izgrađen objekt ili su izvedeni znatniji radovi na izgradnji objekta¹⁵³ (čl. 53. st. 2. i 3. ZGZ-a).

1.2. Restitucija odnosno naknada za preostalo neizgrađeno građevinsko zemljište

U postupku denacionalizacije neizgrađenog građevinskog zemljišta, po odredbama Zakona o naknadi, pojavljuju se dva specifična pitanja: prvo, krug ovlaštenika prava na denacionalizaciju, a drugo se tiče pretpostavki za restituciju prava vlasništva. Prvo je pitanje obrađeno u §2. - Ovlaštenik prava na denacionalizaciju. U nastavku fokusirat ćemo specifične pretpostavke za denacionalizaciju (restituciju) neizgrađenog građevinskog zemljišta.

1.2.1. Ograničenje restitucije prava vlasništva na deposediranom građevinskom zemljištu

Opći razlozi koji isključuju restituciju oduzete imovine vrijede i za isključenje restitucije neizgrađenog građevinskog zemljišta. Zakon o naknadi se izričito poziva na odredbe iz čl. 52. do 55. (čl. 19. st. 2.), ali među opće razloge isključenja restitucije, kako je naprijed izloženo, spadaju i oni iz čl. 1. st. 3. i čl. 56. ZN-a, kada se tiču neizgrađenog građevinskog zemljišta.

¹⁵² UpS RH, Us-899/92 od 17. prosinca 1992, ZO 1977-2002, str. 320-321.

¹⁵³ Takvo gledište zauzeo je Upravni sud RH u slučaju faktičkog deposediranja zemljišta radi izgradnje ulice, Odluka Us br. 467/92., od 8. travnja 1992. godine, objavljena u "Informatoru", br. 4098, od 16. lipnja 1993.

1.2.2. Specifične pretpostavke o isključenju restitucije neizgrađenog građevinskog zemljišta

Zakon o naknadi propisuje, međutim, posve specifične pretpostavke za restituciju neizgrađenog građevinskog zemljišta, a to su:

- prvo, da zemljište nije oduzeto iz posjeda prijašnjeg vlasnika ili njegovog pravnog sljednika, a ako je oduzeto;

- da općina, odnosno grad do 1. siječnja 1997. godine "nije dalje raspolagala" deposediranim zemljištem (čl. 17. st. 1.) ili ako je raspolagala;

- da to zemljište do 11. listopada 1996. godine nije "privedeno namjeni" (čl. 17. st. 1. i 5.).

a) Pravomoćno rješenje o deposedaciji

Neizgrađeno građevinsko zemljište oduzimalo se iz posjeda prijašnjeg vlasnika, ili njegovog pravnog sljednika, uz odgovarajuću naknadu, i poslije više godina nakon podružtvovljenja radi privođenja urbanističkoj namjeni i dodjele zemljišta radi građenja fizičkoj ili pravnoj osobi. Pretpostavke i postupak deposedacije, a nakon toga dodjele i stjecanja prava korištenja radi građenja, bili su uređeni Zakonom o građevinskom zemljištu (čl. 37. - 53.), kao i zakonima koji su mu prethodili.¹⁵⁴

b) Raspolaganje deposediranim zemljištem - konstituiranje prava korištenja radi građenja

U SRH neizgrađenim zemljištem upravljala je i raspolagala isključivo općina (nakon konstituiranja jedinica lokalne samouprave: općine, gradovi i Grad Zagreb)¹⁵⁵. Skupština općine, njeno nadležno tijelo, prethodno bi deposediralo prijašnjeg vlasnika ili njegovog pravnog sljednika, a nakon toga dodjeljivalo zemljište radi građenja određenoj fizičkoj ili pravnoj osobi, na temelju pravomoćnog rješenja (čl. 42.) ili neposredne pogodbe (čl. 50.). Nakon toga bi općina kao pravna osoba sa stjecateljem sklapala "ugovor o međusobnim pravima i obvezama u skladu s uvjetima utvrđenim u tom rješenju" (čl. 51. st. 1.), odnosno u skladu s neposrednom pogodbom o ustupanju zemljišta na korištenje radi građenja (čl. 50.). Na temelju toga ugovora provodila se uknjižba prava korištenja u zemljišnu knjigu (čl. 51. st. 3.). U tom slučaju isključena je restitucija neizgrađenog građevinskog zemljišta u postupku denacionalizacije ako upisano pravo korištenja nije prestalo¹⁵⁶ do 1. siječnja 1997., kada se pretvara u pravo vlasništva.¹⁵⁷ Ovo se odnosi i na ono zemljište koje je bilo dodijeljeno prijašnjem vlasniku na ima naknade za oduzeto građevinsko zemljište (čl. 16. st. 3. ZN-a).

c) Zemljište privedeno namjeni

Specifična pretpostavka za restituciju neizgrađenog građevinskog zemljišta, ako je ne isključuju opći razlozi (*supra*), jest da zemljište nije "privedeno namjeni" (čl. 16. st. 2. i čl. 17. st. 1.). To je bila pretpostavka za restituciju neizgrađenog građevinskog zemljišta i po noveliranom Zakonu o građevinskom zemljištu (čl. 4.-a).

¹⁵⁴ Šire: Simonetti, P., Pravo korištenja..., op. cit., str. 55 - 89, 145 - 164.

¹⁵⁵ Zakon o određivanju poslova iz samoupravnog djelokruga jedinica lokalne samouprave, NN, br. 75/93.

¹⁵⁶ Vs, Rev 2178/99; od 2. listopada 2001., IO br. 2/2001., 5.

¹⁵⁷ Čl. 359. st. 2., 362. st. 2., 363. i 365., osim u slučajevima iz čl. 390. ZV-a.

Kako se ova apstraktna odredba “nije privedeno namjeni” iz čl. 4.-a ZGZ-a u praksi različito tumačila,¹⁵⁸ Zakon o naknadi je pokušao bliže odrediti njeno značenje. Po Zakonu o naknadi, “pod zemljištem privedenim namjeni smatra se ono zemljište na kojem je izgrađen objekt ili su izvedeni znatniji radovi na objektu, kao i ono zemljište na kojem je općina, odnosno grad izvršila pripremu za izgradnju.” (čl. 17. st. 5.). Zakon je time pomiješao dva posve različita pojma: pojam izgrađenog i neizgrađenog građevinskog zemljišta. Ako je, naime, na zemljištu izgrađen objekt u skladu sa zakonom, to je zemljište s pravnog stanovišta izgrađeno i nije objekt denacionalizacije (arg. iz čl. 15. t. 1. ZN-a), pa već samo zbog toga ne može biti ni objekt restitucije. Sa stanovišta propisa o građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu zemljište se smatralo izgrađenim i u slučaju kada su na objektu izvedeni znatniji radovi “u odnosu na prirodu objekta” koje je stjecatelj prava korištenja radi građenja bio dužan izgraditi na tom zemljištu. Pod pretpostavkom da stjecatelj ne bi izgradio predviđeni građevinski objekt u određenom roku do te faze, skupština općine (odnosno njena komisija iz čl. 41. st. 2. ZGZ-a) rješenjem bi utvrdila da je prestalo pravo korištenja radi građenja (čl. 51. st. 2. i 53. st. 1. ZGZ-a).

Apstraktnu odredbu “priveo namjeni” zakonodavac tumači pomoću druge, isto tako apstraktno odredbe “pripreme za gradnju”. Stoga su se i u primjeni te odredbe pojavile različite interpretacije. Po jednima, sintagma “pripreme za izgradnju” ima značenje izgradnje komunalne infrastrukture; po drugima, ona znači da je utvrđena namjena zemljišta detaljnim urbanističkim planom (ranije provedbeni plan) ili drugim aktom urbanističkog uređenja koje je donijelo nadležno tijelo i ako su uz to “regulirani imovinskopravni odnosi”.

Po shvaćanju Upravnog suda Republike Hrvatske pripremom zemljišta za građenje ne može se smatrati samo “izrada prostornih planova i obavljanje imovinskopravnih radnji”, već u pripremu zemljišta spadaju i drugi radovi i poslovi koje je potrebno provesti (u tu svrhu) radi privođenja zemljišta namjeni određenoj prostornom planom koji je bio na snazi u vrijeme donošenja ovoga Zakona¹⁵⁹ (tj. Zakona o prostornom uređenju iz 1994.). Ali činjenica što se neizgrađeno građevinsko zemljište nalazi na već izgrađenom građevinskom području, sama po sebi ne znači da je na tom zemljištu izvršena i priprema za izgradnju radi namjene zemljišta određene planom.¹⁶⁰

U Konačnom prijedlogu ZID ZN-a Vlade RH bilo je precizirano “Smatra se da je priprema za izgradnju na određenoj parceli, u smislu ovoga Zakona, izvršena ako su do donošenja ovoga Zakona u odnosu na istu riješeni imovinskopravni odnosi s ranijim korisnicima odnosno vlasnicima nekretnine, porušeni raniji objekti i uređaji, premještene nadzemne i podzemne instalacije, izvedeni sanacijski i pripremni radovi, a osobito i izrađeni parcelacijski elaborati odnosno izvršena preparcelacija zemljišta u cilju nove gradnje” (čl. 13.). Ni ova definicija pojma “priprema za izgradnju”, nije najsretnija jer je suviše kazuistična, ali je bolja nego prethodne.

¹⁵⁸ Po shvaćanju Upravnog suda RH smatra se da je zemljište pripremljeno za izgradnju ako je donijet prostorni plan, uređeni imovinsko pravni odnosi i izgrađena infrastruktura (ceste, vodovod, kanalizacija, plinovod i sl.). Us-7760/1996; od 21. siječnja 1998., ZO 1977.-2002., str. 324-325.

¹⁵⁹ UsH, Us-11487/1999; od 15. ožujka 2000.

¹⁶⁰ UpS RH, Us-8178/1997, od 7. rujna 2000.

d) Prestanak prava korištenja radi građenja

Stjecatelju bi prestalo pravo korištenja radi građenja ako ne bi u određenom roku "izgradio predviđeni objekt ili nije na njemu izveo znatnije radove u odnosu na prirodu objekta koje je bio dužan izgraditi na tom zemljištu" (čl. 53. st. 1.). Do prestanka prava korištenja radi građenja moglo je doći zbog prestanka primjene provedbenog plana, npr. zbog toga što nije u roku usklađen s odredbama Zakona o prostornom uređenju (čl. 72. st. 2.)¹⁶¹ ili zbog poništenja rješenja o eksproprijaciji građevinskog zemljišta¹⁶².

Rješenje o prestanku prava korištenja radi građenja donosila je skupština općine ili njena komisija iz čl. 41. st. 2. ZGZ-a (čl. 53. st. 1.), a nakon konstituiranja jedinica lokalne samouprave općinsko odnosno gradsko vijeće,¹⁶³ od 1. siječnja 1997. o tome odlučuje sud u parničnom postupku.¹⁶⁴

1.2.3. Stjecatelj prava vlasništva na građevinskom zemljištu danom na ime naknade na kome je prestalo pravo korištenja radi građenja

Prijašnji vlasnik, kojem je u zamjenu za oduzeto neizgrađeno građevinsko zemljište dodijeljena na korištenje druga neizgrađena građevinska čestica u društvenom vlasništvu radi građenja (čl. 38. st.2., 39. i 50. al 13 ZGZ-a), stječe pravo vlasništva na dodijeljenoj zemljišnoj čestici (čl. 16. st. 3. ZN-a), ako ne postoje zakonski razlozi koji isključuju restituciju (čl. 19. st. 2.). Ovo zemljište neće se vratiti prijašnjem vlasniku jer je pravo vlasništva stekla treća osoba (čl. 52. ZN-a). Pravo korištenja radi građenja pretvara se u pravo vlasništva i po Zakonu o vlasništvu (čl. 359. st. 2., 361., 362. st. 2. i 3., 363. i 365.) ako prije 1. siječnja 1997. nije pretvoreno u pravo vlasništva po drugoj pravnoj osnovi (npr. pretvorbom).

1.2.4. Prestanak prava korištenja radi građenja kao pretpostavka za restituciju

Dodijeljeno pravo korištenja (socijalističko pravo građenja) gasilo se, kao što je već naprijed rečeno, na temelju samoga zakona, ako stjecatelj toga prava ne bi izgradio "predviđeni objekt" u određenom roku (čl. 51. st. 2. i 53. st.1. ZGZ-a).¹⁶⁵ U slučaju prestanka prava korištenja po članku 53. ZGZ-a, korisnik je bio dužan predati zemljište općini (čl. 53. st. 1.), koja ga je nakon toga mogla dodijeliti drugoj osobi na korištenje (čl. 41.-51. ZGZ-a).¹⁶⁶ Ovo se po našem mišljenju odnosi i na pravo korištenja koje je stekao prijašnji vlasnik na drugom neizgrađenom građevinskom zemljištu koje mu je dodijeljeno na ime naknade (čl. 41. st. 5. ZGZ-a). To znači da prijašnji vlasnik kome je bilo dodijeljeno zemljište radi građenja na ime naknade za oduzeto zemljište neće steći pravo vlasništva na dodijeljenom zemljištu pretvorbom ukoliko se naknadno utvrdi da mu je prestalo pravo korištenja radi građenja po odredbama iz čl. 53. ZGZ, jer "nije u određenom roku izgradio predviđeni objekt ili nije na njemu izveo znatnije radove u odnosu na prirodu objekta koji je bio dužan

¹⁶¹ UsH, Us 3248/89; od 2. studenog 1989., PSP 45/210; Us-5925/1989; od 18. siječnja 1990., ZO 1977.-2002., str. 333.

¹⁶² UsH, Us 5925/89; od 18. siječnja 1990., PSP 46/239.

¹⁶³ Čl. 36. Zakona o određivanju poslova iz samoupravnog djelokruga jedinica lokalne samouprave, NN, br. 75/93. Vidi UpS RH Us-5979/1994; od 24. svibnja 1995., ZO 1977.-2002., str. 336.

¹⁶⁴ Čl. 365. st. 6. ZV, čl. 1. i 187. ZPP-a.

¹⁶⁵ Vidi rješidbe o prestanku prava korištenja radi građenja u ZPFR vol. 17. br. 1. (1996.), str. 145 - 151. i u ZPFR vol. 23. br. 1. (2002.), str. 385 - 391.

¹⁶⁶ Šire o prestanku prava korištenja radi građenja: Simonetti, P., Pravo korištenja..., op. cit., str. 182 - 196.

izgraditi". Ovaj zaključak oslanja se na opće pravilo iz članka 388. st. 2. ZV-a prema kojem se i prestanak stvarnih prava prosuđuje po pravilima koja su se primjenjivala u trenutku prestanka. U tom slučaju na zemljište stječe pravo vlasništva jedinica lokalne samouprave, sljednica bivše općine¹⁶⁷, odnosno Grad Zagreb.¹⁶⁸

Ako tim zemljištem nije dalje raspolagala općina, odnosno sadašnja jedinica lokalne samouprave, niti ga je privela namjeni, postavlja se pitanje da li okolnost što je sada vlasnik zemljišta općina, grad, odnosno Grad Zagreb sprječava restituciju prava vlasništva i tko je ovlaštenik prava na restituciju:

- prijašnji vlasnik toga zemljišta, odnosno njegov pravni sljednik ili
- prijašnji vlasnik kojemu je to zemljište bilo dano u zamjenu za oduzeto zemljište.

Prema odredbi čl. 5. Zakona o naknadi predmet denacionalizacije je imovina koju su od ranijih općina preuzele sadašnje općine, gradovi, Grad Zagreb i županije. To je ona imovina koja je bila prisilno prenijeta u društveno vlasništvo, a ne imovina koju su prijašnje općine pribavile na temelju pravnog posla. Čini se da se ova odredba odnosi i na neizgrađeno građevinsko zemljište koje je bilo vraćeno općini nakon što je prestalo pravo korištenja osobi kojoj je bilo dodijeljeno "zbog toga što nije bio izgrađen građevinski objekt u određenom roku." U načelu u tom slučaju zemljište se vraća prijašnjem vlasniku. Ali ako je zemljište bilo dodijeljeno drugoj osobi radi građenja na ime naknade za njeno zemljište koje joj je oduzeto iz posjeda, tada se po našem mišljenju toj osobi priznaje vlasništvo zemljišta, a ne vraća se prijašnjem vlasniku. Ovo proizlazi iz čl. 16. st. 2. ZN-a koji ne uvjetuje restituciju, osim po općim odredbama na koje upućuje čl. 19. st. 2. ZN-a i analogne primjene čl. 17. st. 1. ZN-a. Prijašnjem vlasniku toga zemljišta bila je određena naknada u postupku deposedacije ili prilikom dobrovoljne predaje posjeda općini. Priznanjem prava vlasništva na zemljište osobi kojoj je bilo dodijeljeno na ime naknade za oduzeto zemljište kompenzira se njeno pravo koje proizlazi iz prava na denacionalizaciju.

1.2.4.1. Utvrđivanje prestanka prava korištenja radi građenja

Budući da je pravo korištenja radi građenja (pravo građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu) prestajalo po samom zakonu, pod gornjim pretpostavkama, odluka nadležnog tijela kojom se utvrđuje prestanak toga prava ima deklaratoran značaj. Od stupanja na snagu Zakona o vlasništvu (1. siječnja 1997.), nadležno tijelo za utvrđenje da je to pravo prestalo jest sud (čl. 365. st. 6. ZV-a), a to je po Zakonu o sudovima¹⁶⁹ općinski sud (čl. 16.),¹⁷⁰ u parničnom postupku (čl. 1. i 187. ZPP-a).

Prestanak prava korištenja radi građenja utvrđuje se u parničnom postupku (čl. 187. ZPP-a),¹⁷¹ jer posebnim zakonom nije propisano da se o tome odlučuje u izvanparničnom postupku.

¹⁶⁷ Čl. 67. i 87. Zakona o jedinicama lokalne samouprave i uprave, NN br. 90/92., 94/93. i 117/93.

¹⁶⁸ Čl. 42. Zakona o Gradu Zagrebu, NN, br. 90/92. i 94/93.

¹⁶⁹ Zakon o sudovima, NN, br. 3/94., 100/96., 115/97., 131/97., 129/00., 67/01., 5/02. i 101/03. (vjerodostojno tumačenje).

¹⁷⁰ Ranije je po ZGZ-u rješenje o prestanku prava korištenja građevinskog zemljišta donosila je skupština ili nadležna komisija (čl. 53. st. 1.), a nakon uspostave lokalne samouprave općinsko odnosno gradsko vijeće (čl. 36. Zakona o određivanju poslova iz samoupravnog djelokruga jedinica lokalne samouprave, NN 75/93.).

¹⁷¹ Zakon o parničnom postupku, NN, 53/91., 9/92. i 112/99.

Slijedeći načelo pravne sigurnosti u pravnom prometu, odnosno načelo povjerenja u zemljišne knjige, ZV propisuje da se upisano pravo korištenja ili pravo vlasništva u koje se ono pretvorilo briše iz zemljišne knjige na temelju pravomoćne sudske odluke kojom je utvrđeno da je po zakonu prestalo (čl. 365. st. 6.).

1.2.5. Restitucija prava vlasništva na zemljištu koje nije privedeno namjeni

Pod gornjim pretpostavkama prijašnjem vlasniku vraća se “u vlasništvo” neizgrađeno građevinsko zemljište, a to je po ZN-u ono zemljište koje nije privedeno namjeni. Zakon propisuje da je privedeno namjeni i “ono zemljište na kojem je općina odnosno grad izvršila pripremu za izgradnju” (čl. 17. st. 5.), pa se takvo zemljište ne vraća prijašnjem vlasniku (arg. iz čl. 17. st. 1.), iz čega proizlazi da na takvo zemljište općina odnosno grad (kao pravni sljednici ranije općine) stječu pravo vlasništva po odredbama iz čl. 361. st. 1. i 362. st. 2. ZV-a. Restitucija je moguća pod pretpostavkama da na to zemljište nije stekla pravo vlasništva treća osoba kojoj ga je općina bila dodijelila po drugoj pravnoj osnovi. Isto vrijedi, po analogiji, ako je po ugovoru “pripreme za gradnju” izvela društvenopravna osoba, npr. organizacija udruženog rada ili druga društvenopravna osoba, u slučaju da joj je bio dodijeljen radi građenja veći kompleks neizgrađenog građevinskog zemljišta, pa je po ugovoru bila dužna sama pripremiti zemljište za građenje. U tom slučaju stječe pravo vlasništva na dodijeljenom građevinskom zemljištu pravni sljednik te društvenopravne osobe (trgovačko društvo, javna ustanova ili druga pravna osoba).

1.2.6. Restitucija prava vlasništva na građevinskom zemljištu na kojem je izgrađen objekt suprotno propisima

Prijašnji vlasnik odnosno osoba na koju je prenio svoje pravo “u skladu s posebnim zakonom” ima pravo na restituciju prava vlasništva i u slučaju kada je na područstvoljenom zemljištu “izgradio objekt suprotno propisima” (čl. 16. st. 4.).

Izgradnjom objekta suprotno propisima prijašnji vlasnik, naime, nije stjecao trajno pravo korištenja (čl. 12. st. 1. ZOVO-a), koje se 8. listopada 1991. pretvorilo u pravo vlasništva vlasnika zgrade na osnovi čl. 9. Zakona o preuzimanju ZOVO-a,^{172, 173} već bi to pravo stjecao tek naknadnim odobrenjem za građenje - legalizacijom bespravne izgradnje¹⁷⁴. Trajno pravo korištenja pripadalo je, naime, vlasniku zgrade samo ako je zgrada izgrađena u skladu sa zakonom (čl. 12. st. 1. ZOVO-a).

Logično je da se u tom slučaju prijašnjem vlasniku zemljišta vraća pravo vlasništva u postupku denacionalizacije jer on nije bio ni deposediran, a ne može biti kažnjen oduzimanjem prava na denacionalizaciju, odnosno uskraćivanjem restitucije, vraćanjem prava vlasništva, samo zato što je na zemljištu koje je bilo prisilno prenijeto u društveno vlasništvo “izgradio objekt suprotno propisima”. To pravo ima i osoba na koju je prijašnji vlasnik prenio svoje pravo korištenja u skladu s posebnim zakonom (čl. 16. st. 4.).

¹⁷² NN, 53/91. od 8. listopada 1991.

¹⁷³ Simonetti, P., Trajno pravo korištenja..., op. cit.

¹⁷⁴ P. Simonetti, Pravo korištenja..., op. cit., str. 201-202; isti: Građanskopravni položaj građevinskog objekta izgrađenog bez odobrenja za građenje, Informator, br. 4055, 1993.

Držimo da restituciju prava vlasništva može tražiti i osoba na koju je prijašnji vlasnik prenio svoje pravo pravnim poslom suprotno zabrani prometa građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu ukoliko taj pravni posao nema drugih nedostataka koje bi ga činile ništavim ili pobožnim (čl. 18. st. 1. i 2.); naravno uz obvezu plaćanja poreza na promet nekretnina (čl. 18. st. 3.), jer bi i takav stjecatelj imao pravo na restituciju da nije izgradio nikakav objekt, a ni on ne može biti kažnjen gubitkom prava na restituciju samo zbog toga što je izgradio objekt protivno propisima. Za ovakvu sankciju nema pravne osnove u pravnom sustavu Republike Hrvatske.

Međutim, i u tom slučaju restitucija prava vlasništva na građevinsko zemljište na temelju čl. 16. st. 4. ZN-a na odgovarajući način primjenjuje odredbe koje je isključuju (čl. 52.-55. ZN-a) jer stav 4. upućuje na st. 1. čl. 16. ZN-a na koji se odnose ta ograničenja (čl. 19. st. 2.). Osim toga, i u ovom je slučaju isključena restitucija zbog razloga obrane i nacionalne sigurnosti zemlje (čl. 1. st. 3. ZN-a). Ali u slučaju isključenja restitucije ovlaštenik prava na denacionalizaciju ima pravo na naknadu u vrijednosnim papirima (čl. 19. st. 2.),¹⁷⁵ pa i u drugom obliku po nagodbi (čl. 8.).

1.2.7. Restitucija prava vlasništva na deposedirano građevinsko zemljište i vraćanje naknade

Po Zakonu o naknadi prijašnjem vlasniku će se vratiti (Zakon kaže “dati”) u vlasništvo, na njegov zahtjev, i ono zemljište koje mu je bilo oduzeto iz posjeda po odredbama ZGZ-a “ako općina odnosno grad do stupanja na snagu ovoga zakona nije dalje raspolagala” (čl. 17. st. 1.). U tom slučaju prijašnji vlasnik dužan je vratiti primljenu naknadu za oduzeto neizgrađeno građevinsko zemljište, revaloriziranu u kunskoj protuvrijednosti DEM-a “prema srednjem tečaju ovlaštene banke u mjestu ispunjenja koji vrijedi na dan davanja naknade, a koji odgovara dinarskoj protuvrijednosti primljene naknade izražene u DEM, prema prodajnom tečaju na dan primitka naknade” (čl. 17. st. 2. i 3. ZN-a).¹⁷⁶ Obveza vraćanja naknade postoji isključivo ako je naknada isplaćena prema odredbama Zakona o eksproprijaciji SRH¹⁷⁷ (čl. 17. st. 4. ZN-a). Ovo zbog toga što Zakon o naknadi propisuje načelo da se primljena naknada za oduzetu imovinu “ne može na bilo koji način potraživati od prijašnjeg vlasnika ako ovim Zakonom nije drukčije propisano” (čl. 51. st. 2.), a u pogledu zemljišta drukčije je propisano samo u čl. 6. ZN-a,¹⁷⁸ koji se odnosi na imovinu (nekretninu) prenijetu u društveno vlasništvo na temelju ZE SRH-a, nakon 22. ožujka 1978.

1.3. Isključenje restitucije neizgrađenog građevinskog zemljišta prijašnjem vlasniku - odgovarajuća primjena općih odredbi

Radi zaštite stečenih prava drugih osoba ili javnog interesa Zakon o naknadi propisuje krupne iznimke od načela vraćanja oduzete imovine “u vlasništvo i posjed”

¹⁷⁵ Po pravilu u obveznicama Republike Hrvatske.

¹⁷⁶ Peček, R., *Revalorizacija hipoteke...*, op. cit.; koji se odnosi i na vraćanje primljene naknade po odredbama iz čl. 17. ZN. Vidi Naputak o načinu i postupku revalorizacije iznosa duga i rokovima uplate dugovanja u korist proračuna Republike Hrvatske, NN, 77/99.; od 21. srpnja 1999.

¹⁷⁷ NN, br. 10/78., 5/80., 30/82. - pročišćeni tekst 28/87., 39/88., 73/91.

¹⁷⁸ Vidi o tome šire, Simonetti, *Naknada za oduzetu imovinu*, ZPFR, vol. 18. br. 1., 1997., str. 14-15.

prijašnjem vlasniku (čl. 52.-55. ZN-a) koje su naprijed izložene, a na ovom mjestu se interpretira njihova odgovarajuća primjena na neizgrađeno građevinsko zemljište (čl. 19. st. 2. ZN-a), koje obiluje nizom specifičnosti zakonskih odredbi u odnosu na druge nekretnine. U tom slučaju, umjesto restitucije prava vlasništva prijašnjem vlasniku neizgrađenog građevinskog zemljišta "pripada pravo na naknadu u vrijednosnim papirima, utvrđenu ovim Zakonom". To znači da će se naknada davati u obveznicama RH, ako zakonom nije određena naknada u drugom vrijednosnom papiru (čl. 57. ZN-a), kao npr. u slučaju da je neizgrađeno građevinsko zemljište unijeto u društveni kapital poduzeća sukladno Zakonu o pretvorbi društvenih poduzeća (čl. 53. st. 1. ZN-a).

U sažetom obliku prikazat ćemo, dakle, opće odredbe o isključenju restitucije prava vlasništva s obzirom na neizgrađeno građevinsko zemljište.

1.3.1. Neizgrađeno građevinsko zemljište na koje su druge osobe stekle pravo vlasništva

Odredbom iz čl. 52. st. 2. Zakona o naknadi nisu zaštićene samo osobe koje su stekle pravo vlasništva upisom u zemljišnu knjigu (čl. 33. ZOVO-a i čl. 51. st. 3. ZGZ-a), odnosno pravo korištenja radi građenja, čl. 51. st. 3. ZGZ-a, koje se pretvorilo u pravo vlasništva (čl. 359. - 365. ZV-a), nego i one osobe koje su uvedene u posjed neizgrađenog građevinskog zemljišta na temelju valjane pravne osnove (arg. iz čl. 51. st. 1.), tj. na temelju pravomoćnog rješenja o dodjeli zemljišta na korištenje ili neposredne pogodbe, odnosno ugovora "o međusobnim pravima i obvezama" (čl. 47.-51. ZGZ-a) koji se zaključivao na temelju rješenja o dodjeli (čl. 51. st. 1. ZGZ-a), a bio je osnova za uknjižbu prava korištenja građevinskog zemljišta (čl. 51. st. 3. ZGZ-a). Ovo zbog toga što je nositelj neuknjiženog prava korištenja koje je imao na temelju valjanog pravnog naslova pretvaranjem toga prava stekao pravo vlasništva upisom u zemljišne knjige pod pretpostavkama koje propisuje Zakon o vlasništvu (čl. 365. ZV-a). Ovo, razumije se, pod uvjetom da se nisu ispunile pravne pretpostavke za prestanak prava korištenja radi građenja do 1. siječnja 1997. godine kada se to pravo po Zakonu o vlasništvu pretvara u pravo vlasništva (čl. 359., 361. i 362. st. 2.) ili prije toga dana u postupku pretvorbe ili na temelju posebnog zakona o stjecanju prava vlasništva fizičkih i pravnih osoba.

Poslije noveliranja ZGZ-a (22. prosinca 1990. godina) neizgrađeno građevinsko zemljište moglo se, naime, prenositi iz društvenog vlasništva u vlasništvo fizičkih ili pravnih osoba "uz naknadu prema tržišnim cijenama" (čl. 26.), ali, samo ako je zemljište bilo oduzeto iz posjeda prijašnjem vlasniku u postupku deposedacije prije 22. prosinca 1990., a nisu bile ispunjene pretpostavke za restituciju prava vlasništva (čl. 4a. ZGZ-a). Građevinsko zemljište koje je bilo prisilno prenijeto u društveno vlasništvo moglo se davati na korištenje društvenopravnoj osobi (čl. 26. ZGZ-a) i nakon 22. prosinca 1990. pod pretpostavkama iz čl. 5. Zakona o zabrani prijenosa koji je bio na snazi od 22. prosinca 1990. (dopunjen 1993).¹⁷⁹

¹⁷⁹ čl. 5. Zakona o zabrani prijenosa prava raspolaganja i korištenja određenih nekretnina u društvenom vlasništvu na druge korisnike odnosno u vlasništvo fizičkih i pravnih osoba, NN, br. 53/90., 61/91., 25/93. i 70/93.

1.3.2. Neizgrađeno građevinsko zemljište koje je uneseno u društveni kapital poduzeća u postupku pretvorbe

Prijašnjem vlasniku ne vraća se “u vlasništvo i posjed” niti “imovina” - neizgrađeno građevinsko zemljište na kojem je društveno poduzeće imalo pravo korištenja, a koje je sukladno Zakonu o pretvorbi društvenih poduzeća unijeto u procjenu kapitala društvenog poduzeća, već mu za tu “imovinu” - neizgrađeno građevinsko zemljište, pripada pravo na naknadu u dionicama ili udjelima društva u čiju je imovinu unijeto u postupku pretvorbe (čl. 53. st. 1.).¹⁸⁰

1.3.3. Neizgrađeno građevinsko zemljište u vlasništvu pravnih osoba koje obavljaju javnu djelatnost

Ne vraća se prijašnjem vlasniku neizgrađeno građevinsko zemljište koje je ušlo u imovinu pravnih osoba koje obavljaju javnu djelatnost.

Zakon o naknadi propisuje da se ne vraća “u vlasništvo i posjed imovina”, tj. stvari, uglavnom nekretnine, pa, dakle, i neizgrađeno građevinsko zemljište koje služi za obavljanje djelatnosti pravnih osoba iz oblasti zdravstva, socijalne skrbi, odgoja, obrazovanja, kulture, zaštite kulturne i prirodne baštine, znanosti, energetike, vodoprivrede, športa i drugih javnih djelatnosti, a postalo je njihovo vlasništvo “na temelju posebnih propisa” i bilo u njihovom posjedu do dana donošenja Zakona o naknadi (čl. 54. st. 1.), tj. 11. listopada 1996. godine. Za ovu iznimku od načela restitucije prava vlasništva, moraju se, dakle, ispuniti kumulativno četiri pretpostavke:

1. da je oduzeta “imovina” - neizgrađeno građevinsko zemljište, ušla u imovinu pravne osobe koja obavlja neku javnu djelatnost, primjerice naprijed navedenu u čl. 54. st.1 ZN-a;

2. da je ta osoba stekla pravo vlasništva na toj “imovini” (stvari) - neizgrađenom građevinskom zemljištu - “na temelju posebnih propisa”;

3. da je stjecatelj prava vlasništva u posjedu stvari - neizgrađenog građevinskog zemljišta - na kojoj je stekao pravo vlasništva na temelju posebnih propisa;

4. da pravnoj osobi koja obavlja javnu djelatnost ta “imovina” (stvari) - neizgrađeno građevinsko zemljište - služi za obavljanje njene djelatnosti.

Nedostaje li bilo koja od gornjih pretpostavki, nema ni iznimke od načela restitucije prava vlasništva na oduzetoj “imovini” (stvari) - neizgrađenom građevinskom zemljištu iz čl. 54. st. 1. ZN-a.

1.3.3.1. Odluka Vlade RH o vraćanju neizgrađenog građevinskog zemljišta

No, i kada su ispunjene gornje pretpostavke, koje sprječavaju restituciju prava vlasništva, Vlada RH može donijeti odluku kojom se prijašnjem vlasniku “daje” u vlasništvo određena “imovina” (stvari), pa, dakle, i oduzeto neizgrađeno građevinsko zemljište, ali samo ako za to postoje opravdani razlozi koje cijeni Vlada (čl. 54. st. 2.).

Pravni učinak odluke Vlade RH o vraćanju prijašnjem vlasniku neizgrađenog građevinskog zemljišta na kojemu je neka pravna osoba koja obavlja javnu djelatnost stekla pravo korištenja radi građenja jest ukidanje prava građenja, stečenog prava,

¹⁸⁰ UpS RH, Us-11321/1998; od 26. listopada 2000., ZO, 1977.-2002., str. 348-349.; Us-5635/1996; od 12. studenog 1997., str. 336.

protiv načela o zaštiti stečenog prava (čl. 288. st. 2. i 289. ZV-a). Ovo nije održivo ni u slučaju da je Republika Hrvatska osnivač te osobe, jer osnivač ne može umanjivati imovnu pravne osobe koju je osnovao zbog toga što i ta osoba u načelu odgovara za svoje obveze samo svojom imovinom, a ne imovinom osnivača, ako zakonom nije što drugo propisano. Pogotovo je nedopustivo ukidanje stečenih prava onih pravnih osoba koje nije osnovala Republika Hrvatska. Ovo utoliko prije što za ukidanje stečenog prava u ovom slučaju se ne predviđa nikakva kompezacija, npr. davanjem u zamjenu drugog odgovarajućeg zemljišta, odnosno druge nekretnine i slično.

1.3.4. Neizgrađeno građevinsko zemljište od osobitog društvenog i gospodarskog značenja

Zakon o naknadi propisuje da se ne vraća imovina “u vlasništvo i posjed” (čl. 55.), pa, dakle, ni neizgrađeno građevinsko zemljište:

1. koja je nedjeljiv dio sustava mreža, objekata, naprava ili drugih sredstava javnih poduzeća iz oblasti energetike, komunalne djelatnosti, prometa i veza te šumarstva;

2. koja je izuzeta iz pravnog prometa, odnosno neizgrađeno građevinsko zemljište na kome nije moguće stjecanje prava vlasništva (npr. javno dobro, pomorsko dobro itd.);

3. čijim bi se vraćanjem bitno okrnjila prostorna cjelovitost odnosno namjena uporabe prostora;

4. čijim bi se vraćanjem bitno okrnjila gospodarska odnosno tehnološka funkcionalnost kompleksa (industrijski, turistički, zdravstveno rekreacijski i slični kompleksi).

Ove posljednje dvije iznimke odnose se na velik dio neizgrađenog građevinskog zemljišta u prostornim cjelinama, u gradovima i naseljima gradskog karaktera, kao i na drugim područjima predviđenim prostornim planom za kompleksnu izgradnju i na prostoru gdje se obavlja gospodarska odnosno druga djelatnost koja predstavlja tehnološku cjelinu, a koja obuhvaća široke površine neizgrađenog građevinskog zemljišta namijenjenog za tu svrhu.

1.3.5. Razlozi obrane i nacionalne sigurnosti zemlje

Prema načelnoj odredbi ZN-a ovlašteniku koji stječe pravo na “naknadu određene imovine”, zbog razloga obrane i nacionalne sigurnosti zemlje, može se dati “druga odgovarajuća naknada” (čl. 1. st. 3). *Mutatis mutandis*, prijašnjem vlasniku koji stječe pravo vraćanja neizgrađenog građevinskog zemljišta može se to pravo uskratiti zbog obrane i nacionalne sigurnosti. U zamjenu za oduzeto neizgrađeno građevinsko zemljište, prijašnjem vlasniku može se dati i drugo odgovarajuće neizgrađeno građevinsko zemljište (čl. 41. st. 5. ZGZ-a) ili “druga odgovarajuća naknada”, odnosno naknada u vrijednosnim papirima (čl. 19. st. 2). U ovom slučaju u obveznicama Republike Hrvatske (čl. 57.).

1.4. Denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta koje nije predano općini niti je deposedirano

Prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta stjecao je privremeno pravo korištenja u trenutku podružtvovljenja. Na temelju toga prava zadržavao je

posjed i smio koristiti zemljište prema dotadašnjoj namjeni. Skupština općine, odnosno njeno tijelo, donosila bi rješenje o depozitaciji prijašnjeg vlasnika radi "davanja toga zemljišta na korištenje drugoj osobi radi građenja" (čl. 41. - 52.). Budući da je općina bila dužna platiti prijašnjem vlasniku odnosno njegovom pravnom sljedniku pravičnu naknadu na temelju rješenja o depozitaciji, postupak depozitacije bi se pokretao u trenutku kada bi se odnosno zemljište privodilo namjeni.¹⁸¹ Tako se dogodilo da je značajan dio neizgrađenog građevinskog zemljišta podruštvovljenog u vremenu od 1958. do 1990., ostao u posjedu prijašnjih vlasnika odnosno njihovih pravnih sljednika sve do 1. siječnja 1997. godine kada je stupio na snagu Zakon o naknadi. Budući da je istog dana stupio na snagu Zakon o vlasništvu, koji je u prijelaznim odredbama propisao pretpostavke o pretvorbi prava korištenja u pravo vlasništva na neizgrađenom građevinskom zemljištu, po jednom, dosta proširenom shvaćanju, postoji sukob između odredbi o pretvorbi iz čl. 359. st. 2., 361., 362. st. 1. i 3., 363. i 365. ZV-a i odredbi o denacionalizaciji iz čl. 16. Zakona o naknadi. Po tome shvaćanju Zakon o vlasništvu derogirao je odredbe iz čl. 16. ZN-a. Drugi smatraju da prijelazne odredbe iz ZV-a imaju supsidijaran karakter i da se primjenjuju samo ako prijašnji vlasnik, odnosno njegov pravni sljednik, ovlaštenik prava na denacionalizaciju, ne podnese zahtjev za denacionalizaciju u prekluzivnom roku od 6 mjeseci. Prema tome tumačenju očekivalo se, naime, da će Zakon o naknadi stupiti na snagu prije Zakona o vlasništvu, a da će se Zakonom o vlasništvu dovršiti "svekolika" pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama.¹⁸²

Ni prvo, ni drugo gledište, međutim, ne uočava bitnu razliku između privremenog prava korištenja koje pripada prijašnjem vlasniku, odnosno njegovom pravnom sljedniku na neizgrađenom građevinskom zemljištu koje je objekt denacionalizacije i prava korištenja radi građenja i ostvarenog prvenstvenog prava korištenja radi građenja, subjektivnih prava fizičkih i pravnih osoba koja su predmet pretvorbe po prijelaznim odredbama Zakona o vlasništvu. Privremeno pravo korištenja stjecalo se po samom zakonu u trenutku podruštvovljenja zemljišta, a pravo korištenja radi građenja stjecalo se rješenjem o dodjeli zemljišta na korištenje odnosno neposrednom pogodbom, uknjižbom u zemljišnu knjigu na temelju ugovora zaključenog između stjecatelja i općine (čl. 51. ZGZ-a).¹⁸³ Prvo pravo ovlašćivalo je prijašnjeg vlasnika da koristi zemljište prema dosadašnjoj faktičkoj namjeni (npr. poljoprivredno zemljište) do depozitacije odnosno do dobrovoljne predaje općini. Iako je ono po pravnoj namjeni bilo građevinsko, njegova faktička namjena mijenjala bi se tek nakon depozitacije i dodjele zemljišta na korištenje radi građenja. Drugo pravo ovlašćivalo je nositelja da pribavi građevinsku dozvolu i da na tom zemljištu u određenom roku izgradi vlastitu zgradu koju će od njene izgradnje, u skladu sa zakonom, odvajati od zemljišta trajno pravo korištenja (čl. 12. st. 1. ZOVO-a). Trajno pravo korištenja pod istim pretpostavkama stjecala je i društvenopravna osoba, inače ne bi imala pravo raspolaganja na zgradi koja bez toga prava ne bi bila odvojena od zemljišta. Dok je pravo korištenja radi građenja bilo izvan prometa, trajno pravo

¹⁸¹ Simonetti, P., Pravo korištenja..., op. cit., str. 55-89.

¹⁸² Bagić, S., Šeparović, M., Žuvela, M., Komentar Zakona o naknadi..., op. cit., str. 48 - 60.

¹⁸³ O razlici između tih prava, Simonetti, P., Pravo korištenja..., op. cit., str. 55 - 70 i 119 - 216.

korištenja prenosilo se u pravnom prometu zajedno sa zgradom. Trajno pravo korištenja pretvoreno je u pravo vlasništva (suvlasništva) zgrade odnosno posebnih dijelova zgrada.^{184, 185}

Zakon o naknadi odnosi se na neizgrađeno građevinsko zemljište bez obzira na to da li je prijašnji vlasnik deposediran ili nije.¹⁸⁶ Kad bi se Zakon o vlasništvu odnosio na nedeposedirano građevinsko zemljište, a Zakon o naknadi na deposedirano, postojao bi bitno različiti pravni položaj između prijašnjih vlasnika neizgrađenog građevinskog zemljišta. Oni čije zemljište nije deposedirano imali bi pravo restitucije bez ograničenja koja propisuje Zakon o naknadi, a oni kojima je zemljište deposedirano, imali bi pravo na restituciju pod pretpostavkama iz čl. 17. ZN-a, ali uz velika ograničenja iz čl. 52. - 55. (čl. 19. st. 2. ZN-a), te iz čl. 1. st. 3. ZN-a. Pravo restitucije nedeposediranog zemljišta po ZV-u imali bi i nasljednici prijašnjih vlasnika i njihovih pravnih sljednika, bez ograničenja na prvi nasljedni red koji propisuje Zakon o naknadi, dok pravo restitucije ili naknade za zemljište koje je deposedirano imaju samo nasljednici prvog nasljednog reda (čl. 9. st. 1. ZN-a). Takvo razlikovanje između prijašnjih vlasnika neizgrađenog građevinskog zemljišta i njihovih pravnih sljednika u sukobu je s ustavnim načelom: svi su pred zakonom jednaki (čl. 14. st. 2. Ustava RH). Prijašnji vlasnici nedeposediranog građevinskog zemljišta bili bi u povlaštenom položaju ne samo u odnosu na prijašnje vlasnike deposediranog zemljišta, već i na vlasnike ostalih nekretnina koje su predmet denacionalizacije, jer oni trpe opće ograničenje prava restitucije, propisane zakonom o naknadi, a ovlaštenici prava na denacionalizaciju su samo njihovi nasljednici iz prvog nasljednog reda, dok su ostali nasljednici isključeni. Takva proturječnost neodrživa je u pravnom sustavu. Ona ne proizlazi, međutim, iz zakona, već iz pogrešnog tumačenja zakona.

Zakon o naknadi uređuje pretpostavke i postupak denacionalizacije, a prijelazne odredbe Zakona o vlasništvu uređuju pretpostavke pretvorbe prava koje su druge osobe, fizičke ili pravne stekle na neizgrađenom građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu. Zakon o naknadi je dakle *lex specialis* za denacionalizaciju. Stoga odredbe Zakona o naknadi nisu derogirane prijelaznim odredbama Zakona o vlasništvu koji je, uostalom, stupio na snagu isti dan kao i Zakon o naknadi 1. siječnja 1997. Povedena pogrešnom interpretacijom Zakona Vlada RH je Konačnim prijedlogom predlagala ukidanje čl. 16. ZN-a, pa je time samo potvrdila da se upravo te odredbe odnose na denacionalizaciju neizgrađenog građevinskog zemljišta i da nisu derogirane Zakonom o vlasništvu jer da jesu, ne bi ih trebalo ukidati.

Drugo tumačenje, koje namjenjuje prijelaznim odredbama Zakon o vlasništvu supsidijarnu primjenu u slučaju propusta prekluzivnog roka za podnošenje zahtjeva za denacionalizaciju, nije održivo zbog toga što je propustom prekluzivnog roka po sili zakona Republika Hrvatska stekla pravo vlasništva na to zemljište (čl. 77. ZN-a).

¹⁸⁴ Čl. 9. ZP ZOVO-a i čl. 366. - 373. ZV-a.

¹⁸⁵ Šire: Simonetti, P., Pravno jedinstvo nekretnine i njenih posebnih dijelova, u: Rasprave iz stvarnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2001.; isti: Trajno pravo korištenja..., op. cit.

¹⁸⁶ Tako i UpS RH, presuđuje da se nedeposedirano zemljište daje u vlasništvo ranijem vlasniku odnosno njegovom zakonskom I. nasljednog reda Us-9205/1996; od 15. prosinca 1999., ZO, 1977.-2002. str. 352-353 (Razumije se uz ograničenja iz čl. 1. st. 3. i čl. 19. st. 2. ZN-a).

Odredba “ako zakonom nije drukčije propisano” iz čl. 77. ZN-a ne tiče se ove teme, jer kada bi se odnosila na neizgrađeno građevinsko zemljište glede kojega je propušten prekluzivni rok za podnošenje zahtjeva za denacionalizaciju, činila bi razliku među prijašnjim vlasnicima na koju smo gore ukazali. Time bi bili nagrađeni oni koji su propustili prekluzivni rok, jer po prijelaznim odredbama Zakona o vlasništvu ne bi ih pogađala ograničenja prava restitucije (čl. 1. st. 3. i čl. 19. st. 2. ZN-a), niti bi bili isključeni oni zakonski nasljednici koji ne spadaju u prvi nasljedni red (čl. 9. st. 1. ZN-a). Ako se prihvati tumačenje da se odredba o pretvorbi iz ZV-a primjenjuje i u slučaju da je zahtjev za denacionalizaciju pravomoćno odbijen (čl. 77.), tada se nameće pitanje je li moguće da jedan zakon daje ono što drugi uskraćuje, a jedan i drugi su stupili na snagu istog dana. Takva interpretacija zakona protivi se načelu jedinstva i sklada pravnog sustava. Takvo tumačenje zakona nije moguće ni zbog toga što negira već stečeno pravo vlasništva Republike Hrvatske. Interpretacija spomenute odredbe ne može dovesti do razlike između prijašnjih vlasnika samo zbog činjenice što prijašnji vlasnik nije bio deposediran do 1. siječnja 1997., ako ne postoje specifični razlozi koji isključuju restituciju (iz čl. 17. ZN-a), pa i samu denacionalizaciju (izgrađeno građevinsko zemljište). Ona ima drugo značenje, a to je da umjesto Republike Hrvatske pravo vlasništva na imovini koja je predmet denacionalizacije stječu druge osobe. Koje? To su one osobe u čiju je korist isključena restitucija (čl. 52.-55.). Osim toga, ova iznimka bi se mogla primijeniti i na općine, gradove, Grad Zagreb i županije koji su tu imovinu stekli na temelju pravnog posla ili po drugoj osnovi, ako ne postoji obveza restitucije iz čl. 5. ZN-a.¹⁸⁷

Summary

DENATIONALIZATION OF UNUSED BUILDING SOIL

For the purpose of better understanding of denationalization of unused building soil, legal basis of forced transfer into social ownership, its purpose and legal nature have been presented. This includes: expropriation from May 15th, 1945 to December 26th, 1958, especially institution of combined soil for apartment building and other combined building expropriation that was enforced in the Socialist Republic of Croatia until March 22nd, 1978; then, nationalization of building soil from December 26th, 1958 to February 15th, 1968; transfer of unused building soil to social ownership under the Constitution of the SFRY of April 7th, 1963 and regulated by the Law on Determination of Building Soil in Towns and Inhabited Areas with Urban Character (from February 15th, 1968 to April 24th, 1973) and by the Law on Urban Planning and Use of Building Soil of the SRC (from April 24th, 1973 to January 8th, 1981). Permanent transfer of building soil to social ownership was based on the Constitution of the SFRY of February 21st, 1974 (art. 81. para. 1) and the Constitution of the SRC

¹⁸⁷ Za ovo se rješenje zalagao i Konačni prijedlog ZID ZN-a (čl. 54.) navodeći u obrazloženju da su “titulari predmetne imovine” uglavnom “te osobe”. To je ona imovina koja je prisilno prenijeta u društveno vlasništvo, čiji je titular bila tadašnja općina, ako nije bila ustupljena drugim osobama (čl. 206. st. 3. Zakona o udruženom radu), a i ta imovina je po ZN-u predmet denacionalizacije (čl. 5.)

of February 22nd, 1974 (art. 112 para. 1), and it was enforced by decisions of municipal assemblies under conditions and in procedure set by the Law on Building Soil of the SRC (from January 8th, 1981 to December 22nd, 1990).

Persons entitled to denationalization are former owners and their legal successors. Former owner of unused building soil is the person who was registered in land registry at the moment of forced transfer to social ownership, with two significant exceptions. Firstly, a person is deemed to be former owner if he can prove valid legal title of acquisition (contract); secondly - person who can prove a non-registered title (*usucapio*, etc.).

Former owner has acquired, at the moment of forced transfer of unused building soil to social ownership, a temporary right of use that lasted as long as he had possession: this right was alienable according to the Law on Nationalization, and from the February 15th, 1968 it could have been transferred only to spouse, descendants, adoptees, parents and adopters. According to later Republican law, those persons were empowered to transfer this right to the same group of close relatives and were also, just as the former owner, allowed to dispose of it by a testament. Thus, a group of persons entitled to denationalization has been increased, and even more by the Law on Compensation that validates null contracts by which a former owner has illegally disposed of unused building soil, unless these transactions have other flaws that render them null or voidable (art. 18).

Since the object of denationalization is only unused, and not used building soil, this article establishes criteria to be used when evaluating whether a particular soil is to be considered unused. Finally, the article present rules of restitution and its limitations, as well as rules on compensation in securities when restitution is proscribed by the law in order to ensure protection of acquired rights or public interest.

Unused building soil, that was retained in possession or was not willingly turned to municipality (unit of local self-government), is also the object of denationalization, while transitory provisions of the Law on Ownership regulate right to use for the purpose of building and acquired priority right of use.

Key words: building soil, nationalization, denationalization, person entitled to denationalization, restitution, compensation.

Zusammenfassung

ENTNATIONALISIERUNG UNBEBAUTEN BAULANDS

Zum besseren Verständnis der Entnationalisierung unbebauten Baulands werden die Rechtsgrundlagen von Zwangsübertragung in Gesellschaftseigentum aufgezeigt sowie deren Zweck und Rechtsnatur und zwar: Enteignung vom 15. Mai 1945 bis zum 26. Dezember 1958; besonders das Institut der Enteignung eines Komplexes von Land zum Wohnungsbau oder anderen komplexen Aufbau, das im SRH bis zum 22. März 1978 angewandt wurde; dann die Nationalisierung von Bauland vom 26. Dezember 1958 bis zum 15. Februar 1968; Vergesellschaftung unbebauten Baulands im Einklang

mit der Verfassung der SFRJ vom 7. April 1963 nach dem Gesetz über die Bestimmung von Bauland in Städten und Siedlungen mit Stadtcharakter (vom 15. Februar 1968 bis 24. April 1973) und nach dem Gesetz zur Raumplanung und Nutzung von Bauland der SRH vom 24. April 1973 bis 8. Januar 1981. Die permanente Vergesellschaftung von Bauland bezog sich auf die Verfassung der SFRJ vom 21. Februar 1974 (Art. 81 Abs. 1) und die Verfassung der SRH vom 22. Februar 1922 (Art. 112 Abs.1) und wurde auf Grund der Entscheidung der Gemeindeversammlung im Einklang mit den Bedingungen und nach dem Verfahren, die im Gesetz über Bauland der SRH (vom 8. Januar 1981 bis zum 22. Dezember 1990) vorgeschrieben waren, durchgeführt.

Befugte des Rechts auf Entnationalisierung sind ehemalige Eigentümer und deren rechtliche Nachfolger. Ehemaliger Eigentümer unbebauten Baulands ist eine Person, die im Moment der Zwangsübertragung in Gesellschafteigentum ins Grundbuch eingetragen war, doch dabei gibt es zwei große Ausnahmen. Die erste ist, dass als Eigentümer die Person betrachtet wird, die einen gültigen Rechtstitel des Erwerbs (Vertrag) vorweisen kann; die zweite, dass Eigentümer derjenige ist, der vorweisen kann, dass er es ohne Eintragung (folgerichtig usw.) erworben hat.

Der ehemalige Eigentümer hat im Moment der Zwangsübertragung unbebauten Baulands in Gesellschafteigentum vorübergehend das Nutzrecht erhalten, das bis zur Enteignung dauerte; er konnte dieses Recht nach dem Gesetz über Nationalisierung veräußern aber seit Februar 1968 konnte er es nur auf Ehepartner, Nachkommen, Adoptivkinder, Eltern und Adoptiveltern übertragen. Nach dem späteren republikanischen Gesetz konnten auch diese Personen es auf denselben Kreis naher Verwandter übertragen und darüber - wie der ehemalige Eigentümer - testamentarisch verfügen. Damit hat sich der Kreis der zur Entnationalisierung Befugten erweitert, und noch mehr durch das Gesetz über Entschädigung, das nichtige Verträge bekräftigt durch die der ehemalige Eigentümer widerrechtlich über unbebautes Bauland verfügt hat, wenn sie keine anderen Mängel haben, die sie nichtig oder anfechtbar machen (Art. 18).

Da der Gegenstand der Entnationalisierung nur unbebautes und nicht auch bebautes Bauland ist, werden in diesem Artikel die Kriterien festgelegt, mit denen bestimmt wird, wann das jeweilige Land als unbebaut angesehen wird. Abschließend werden Regeln der Restitution und deren Einschränkung aufgeführt sowie Regeln zur Entschädigung in Wertpapieren, wenn die Restitution nach dem Gesetz wegen des Schutzes der erworbenen Rechte und im öffentlichen Interesse ausgeschlossen ist.

Unbebautes Bauland, das nicht enteignet noch der Gemeinde (Einheit der lokalen Selbstverwaltung) freiwillig übergeben wurde, ist ebenfalls Gegenstand der Entnationalisierung, während sich die Übergangsbestimmungen des Eigentumsgesetzes auf das Nutzrecht zum Bauen und realisierte Erstrecht zur Nutzung beziehen.

Schlüsselwörter: Bauland, Nationalisierung, Entnationalisierung, Befugter der Entnationalisierung, Restitution, Entschädigung.

Sommaro

**DENAZIONALIZZAZIONE DEL TERRENO EDIFICABILE
INUTILIZZATO**

Allo scopo di comprendere meglio la denazionalizzazione del terreno edificabile inutilizzato, sono presentati i fondamenti giuridici del trasferimento coattivo nella proprietà sociale, il suo fine e la sua natura giuridica. Questo include: l'espropriazione dal 15 maggio 1945 al 26 dicembre 1958, particolarmente l'istituzione del terreno unito per abitazione e altre espropriazioni unite per abitazione che furono applicate nella Repubblica Socialista di Croazia sino al 22 marzo 1978; quindi, la nazionalizzazione del terreno edificabile dal 26 dicembre 1958 al 15 febbraio 1968; il trasferimento del terreno edificabile inutilizzato alla proprietà sociale sotto la Costituzione della Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia del 7 aprile 1963 e regolata dalla Legge sulla determinazione del terreno edificabile nelle città e nelle aree disabitate con carattere urbano (dal 15 febbraio 1968 al 24 aprile 1973) e dalla Legge sulla pianificazione urbana e l'uso del terreno edificabile della RSC (dal 24 aprile 1973 all'8 gennaio 1981). Il trasferimento permanente del terreno edificabile alla proprietà sociale fu fondato sulla Costituzione della RSFJ del 21 febbraio 1974 (art. 81, com. 1) e la Costituzione della RSC del 22 febbraio 1974 (art. 112, com. 1), e venne applicato dalle decisioni dei consigli municipali alle condizioni e nelle procedure stabilite dalla Legge sul terreno edificabile della RSC (dall'8 gennaio 1981 al 22 dicembre 1990).

I titolati alla denazionalizzazione sono i precedenti proprietari e i loro successori. Il precedente proprietario di terreno edificabile inutilizzato è la persona che fu registrata nel registro immobiliare al momento del trasferimento coattivo nella proprietà sociale, con due significative eccezioni. La prima, la persona è ritenuta essere il precedente proprietario se può provare un valido titolo giuridico di acquisto (contratto); la seconda, la persona che può provare un titolo non registrato (usucapione, etc.).

Al momento del trasferimento coattivo del terreno edificabile inutilizzato alla proprietà sociale il precedente proprietario ha acquistato un diritto temporaneo di uso che durò tanto a lungo quanto egli ebbe il possesso: questo diritto fu inalienabile secondo la Legge sulla nazionalizzazione, e dal 15 febbraio 1968 poté essere trasferito solo al coniuge, ai discendenti, agli adottati, ai genitori e agli adottanti. Secondo la successiva legge repubblicana, tali persone furono autorizzate a trasferire questo diritto allo stesso gruppo di parenti prossimi e, come il precedente proprietario, altresì fu loro consentito di disporne per testamento. Così, il gruppo di titolati alla denazionalizzazione fu accresciuto, e ancora più dalla Legge sulla compensazione che convalidò i contratti nulli con i quali un precedente proprietario avesse disposto illegalmente di un terreno edificabile inutilizzato, salvo che queste transazioni avessero vizi che le rendevano nulle o annullabili (art. 18).

Siccome l'oggetto della denazionalizzazione è solo il terreno edificabile inutilizzato, e non quello utilizzato, questo articolo stabilisce i criteri da utilizzare nella valutazione di quando un particolare terreno deve essere considerato inutilizzato. In conclusione si presentano le regole della restituzione e le sue limitazioni, come anche

le regole della compensazione in titoli quando la restituzione è proibita dalla legge per assicurare la tutela dei diritti acquisiti o del pubblico interesse.

Anche il terreno edificabile inutilizzato, che fu trattenuto in possesso o che fu trasferito contro volontà alla municipalità (unità di autogoverno locale), è oggetto di denazionalizzazione, mentre le disposizioni transitorie della Legge sulla proprietà regolano il diritto di uso allo scopo di edificare e il diritto prioritario acquisito di uso.

***Parole chiave:** terreno edificabile, nazionalizzazione, denazionalizzazione, titolato alla denazionalizzazione, restituzione, compensazione.*

SKUPNO OTPUŠTANJE* RADNIKA I ZBRINJAVANJE VIŠKA RADNIKA PRI STATUSNIM PROMJENAMA U EUROPSKOME PRAVU U SVJETLU SMJERNICE 98/59/EZ, S POSEBNIM OSVRTOM NA HARMONIZACIJU HRVATSKOGA PRAVA

Dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Alen Bilić, odvjetnik
Rijeka

UDK: 331.106.44
34::061.1EU
340.137
Ur.: 3. veljače 2004.
Pr.: 22. veljače 2004.
Izvorni znanstveni članak

U radu autori analiziraju razvitak propisa glede skupnih otpuštanja, koji su bili inicirani slučajem AKZO. Tijekom sedamdesetih godina prošloga stoljeća, dakle relativno kasno, donesena je Smjernica 75/129/EEZ koja je imala za cilj ujednačiti pravne propise država članica Europske zajednice, glede skupnih otpuštanja radnika. Početkom devedesetih godina usvojena je konsolidirana verzija prvotne smjernice 92/56/EEZ. Smjernica 98/59/EZ zamjenjuje ranije navedenu Smjernicu. U radu se vrši raščlamba stvarnog i personalnoga polja primjene Smjernice. Također se analiziraju obveze poslodavaca glede postupka otpuštanja, te se analiziraju presude Europskoga suda.

Također je dana analiza najnovijih rješenja u Zakonu o radu u Republici Hrvatskoj - de lege lata, koja predstavljaju djelomičnu harmonizaciju u ovome području sukladno pravu Zajednice, te se daju prijedlozi de lege ferenda u ovoj oblasti.

Ključne riječi: *skupno otpuštanje, zbrinjavanje viška radnika, harmonizacija, statusne promjene.*

* Za termin skupno otpuštanje radnika u hrvatskome jeziku (*eng. collective redundancies, njem. Massenentlassungen*) odlučili smo se nakon konzultacija s prof. dr. Ivom Pranjkovićem, prof. dr. Josipom Silićem, uglednim hrvatskim jezikoslovcima s Filozofskoga fakulteta u Zagrebu. Također zahvaljujemo prof. dr. Ž. Potočnjaku, sucu Ustavnoga suda Republike Hrvatske, na korisnim sugestijama.

I. Uvod

Od osnivanja Europske zajednice, nastojalo se kontinuirano baviti i usvajati propise (mislimo na sekundarno pravo, odnosno smjernice kao najčešći instrument harmonizacije u europskome radnome pravu) koji sadrže minimalnu razinu zaštite radnika. U početnim fazama razvitka europskoga radnoga prava radilo se najčešće o tehničkoj zaštiti na radu. Tek znatno kasnije, započinje donošenje smjernica koje reguliraju socijalnu zaštitu na radu.¹ Sve snažniji pritisak globalizacije, globalnoga tržišta, te sve zaoštreniji uvjeti tržišnoga natjecanja prisiljavaju i europske tvrtke na restriktivna ponašanja glede zaposlenika, posebice kada dolazi do statusnih promjena spajanja i pripajanja, preuzimanja i sl.² Sve naprijed navedene statusne promjene imaju utjecaj na zaposlenike. U većini slučajeva, kako bi se smanjili troškovi, događa se "sinergijski efekt", koji najčešće za posljedicu ima otpuštanje radnika.

Međutim relativno kasno započeo je proces donošenja smjernica Europske zajednice glede skupnih otpuštanja radnika, te harmoniziranja nacionalnih zakonodavstava država članica.

Skupna otpuštanja radnika danas predstavljaju specifičan problem, kako u državama članicama Zajednice, tako i tranzicijskim zemljama, kandidatima za prijem u EZ, zbog brzih gospodarskih promjena. Posebnost ovoga prava proizlazi iz obveze poslodavca prema radnicima u cilju zaštite njihovih prava.

Skupno otpuštanje radnika proces je pokrenut od strane poslodavca kojim poslodavac otpušta veći broj radnika iz poduzeća zbog nastalih raznih gospodarskih i drugih situacija. Usvajanje Smjernice 75/128/EEZ valja zahvaliti *slučaju AKZO*, koji je otvorio polemike unutar Zajednice. Kasnije su slijedile tri smjernice vezane za skupno otpuštanje radnika temeljem kojih se ujednačavaju propisi država članica:

- Smjernica 75/129/EEZ o ujednačavanju pravnih propisa država članica o skupnim otpuštanjima, od 17.2.1975.

- Smjernica 92/56/EEZ, od 24.6.1992., što predstavlja konsolidiranu verziju Smjernice 75/129/EEZ

- Smjernica 98/59/EZ, od 20.7.1998.

Smjericama su propisani osnovni uvjeti i načini postupanja vezani za nastavak, proces i samu zaštitu radnika u slučaju skupnog otpuštanja iz poduzeća. Postojanje odnosno nastanak i proces skupnog otpuštanja radnika određen je postupcima unutar poduzeća koji se periodično događaju.

¹ Tehnička zaštita na radu služi osiguranju zaštite zdravlja i sigurnosti na radu. EZ je donijela veliki broj Smjernica koje se odnose na tehničku zaštitu na radu. Države članice sukladno vlastitome nacionalnome zakonodavstvu bile su obvezne implementirati smjernice u nacionalne pravne poretke. Smjernice obično propisuju minimalnu razinu zaštite ispod koje države članice ne smiju ići, ali države mogu propisati veće standarde zaštite na radu, nego što propisuju smjernice. Vidi šire, Krimhove, D., *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2001, str. 334, u hrvatskoj literaturi Bodiroga-Vukobrat, N., *Europsko pravo zaštite na radu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 18 Supplement, 1997., str. 609-619.

² Bodiroga-Vukobrat, N., / Horak, H., *Radni odnosi kod statusnih promjena u europskome pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 24 br. 1, 2003., str. 393-412.

Skupno otpuštanje radnika nastupa onda kada u poduzeću koje zapošljava više od 20, a manje od 100 radnika, bude u posljednjih 30 dana uzastopce otpušteno 10 radnika, ili bude otpušteno 10% radnika u poduzeću koje zapošljava najmanje 100 radnika, a manje od 300 radnika, ili ukoliko bude otpušteno najmanje 30 radnika u poduzeću koje zapošljava 300 ili više radnika. Također i ako u poduzeću u posljednjih 90 dana bude otpušteno najmanje 20 radnika, ma koliki broj radnika u tom poduzeću bude stavljen pod pitanje otkaza.

Navedene smjernice ne primjenjuju se na skupna otpuštanja radnika s ugovorima o radu sklopljenima na određeno vrijeme ili sklopljenih za određenu namjenu odnosno zadatke, osim u slučaju kad skupno otpuštanje nastane prije isteka roka ugovora. Nadalje smjernice se ne primjenjuju na radnike zaposlene u tijelima državne uprave ili u ustanovama kojima upravlja država, te na posade pomorskih brodova.

Poslodavac u slučaju skupnog otpuštanja radnika mora poduzeti potrebne mjere i udovoljiti određenim proceduralnim uvjetima da bi to realizirao. Obveze koje su poslodavcu nametnute da bi realizirao zakonito i valjano skupno otpuštanje, imaju za cilj zaštitu prava radnika, ali i pripremu nadležnog tijela državne vlasti u državi članici.

II. Harmonizacija prava država članica s pravom EZ

U cilju stjecanja veće zaštite radnika u slučajevima skupnih otpuštanja nastoji se harmonizirati zakonodavstvo država članica u pitanjima koja se odnose na ugovore o radu i procesno-pravne pretpostavke za otpuštanja. Radnici, naime, ne smiju biti žrtve socijalnog i tehnološkog progressa. Radnici koji izgube svoj posao u slučaju skupnih otpuštanja zbog ekonomskih i tehnoloških razloga moraju od poslodavca dobiti adekvatnu kompenzaciju.

Europska je zajednica donijela sljedeće smjernice glede zaštite radnika u slučaju skupnih otpuštanja i to:

- Smjernica 75/129/EEZ, od 17.2.1975., za ujednačavanje prava država članica u vezi s skupnim otpuštanjem³
- Smjernica 92/56/EEC, od 24.6.1992., koja dopunjuje smjernicu 75/129/EEC, od 17.2.1975., za ujednačavanje prava država članica u vezi sa skupnim otpuštanjem
- Smjernica 98/59/EZ od 20.7.1998., za ujednačavanje prava država članica u vezi sa skupnim otpuštanjem.

Smjernica Vijeća 75/129/EEZ donijeta je kao dio Socijalnoga akcijskoga programa 1974.-1976.⁴

³ Council Directive 75/129/EEC of 17 Feb. 1975 on the approximation of the laws of the Member states relating to collective redundancies (1975) OJ L 48/29 and Council Directive 92/56/EEC of 24 June 1992 amending Directive 75/129/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (1992) OJ L245/3.

⁴ Blanpain, R., *Labour Law and Industrial Relations of the European Community*, Kluwer, Deventer, 1991, str. 153.

Autori Blainpain,⁵ Krimhove,⁶ te Schmid⁷ ističu da je izravni uzrok bio *case AKZO*.

O čemu se zapravo radi: AKZO je bila nizozemsko-njemačka multinacionalna kompanija koja je bila podvrgnuta postupku restrukturiranja s ciljem otpuštanja 5000 radnika. AKZO je imala veliki broj podružnica u različitim državama članicama Europske zajednice, a skupnim otpuštanjem radnika uzrokovala bi različite gubitke u poslovanju u tim državama, pa su skupna otpuštanja radnika provedena samo u onim državama članicama gdje je gubitak bio manji. Nakon što je ta strategija uočena, utvrđena je povreda prava radnika, te se pojavila potreba za donošenjem smjernice koja bi spriječila takva i slična ponašanja i ostvarivala minimalnu zaštitu u slučaju skupnih otpuštanja. Zapravo multinacionalna kompanija AKZO poduzela je radikalne zahvate, te najveći broj otpuštanja u državama gdje su troškovi bili najniži. Čini se, kako s pravom zaključuju navedeni autori, da je to "alarm" na europskoj razini da se ovakvi postupci ne bi ponavljali.

Smjernicom 75/129/EEZ htjelo se postići dvostruki cilj: pružiti veću zaštitu radnicima u slučajevima skupnih otpuštanja, te istovremeno promicati bolje uvjete rada, kao i poboljšane uvjete života radnika, na taj način da se izvrši harmonizacija i poboljšaju isti.⁸

Smjernica je, da bi mogla ostvariti ove ciljeve, postavila minimalne zahtjeve kako bi osigurala da skupna otpuštanja budu podvrgnuta savjetovanju s predstavnicima radnika, te da istovremeno nadležno tijelo bude obaviješteno prije otpuštanja.

Valja naglasiti da je u *case Rockfon*⁹ Sud ustvrdio da društva zadržavaju autonomiju u postupanju u svojim unutarnjim pitanjima. Zapravo istaknuto je da je svrha Smjernice djelomična harmonizacija postupka skupnog otpuštanja radnika, te da njezin cilj nije ograničiti slobodu poduzetnika da organiziraju svoje aktivnosti (restruktuiranje i sl.), zapravo kako to najbolje odgovara njihovim potrebama.

Iako Smjernica svoje postojanje zahvaljuje *case AKZO*, u kojemu je uprava koncerna pravila materijalne pretpostavke za otkaze, Smjernica je više usredotočena na postupovno-pravne odredbe. Niti noveliranjem Smjernice u 1992. godini nije došlo do izmjena. Ako se pak vratimo Povelji Zajednice o temeljnim socijalnim pravima radnika, i u njoj je u točki 7. predviđeno poboljšanje životnih i radnih uvjeta radnika u Zajednici, te u toč. 17. utvrđena obveza neophodnosti daljnjega razvitka informiranja, saslušanja i sudjelovanja radnika, posebno u slučajevima spajanja i pripajanja poduzeća u više zemalja članica.¹⁰

Smjernica je usvojena temeljem čl. 94. i 136. Ugovora o Europskoj zajednici, gdje se inzistira za uravnoteženim gospodarskim i socijalnim razvojem unutar Zajednice.

⁵ Blainpain, R., *European Labour Law*, Kluwer, 1999, str. 334.

⁶ Krimhove, D., *Europäisches Arbeitsrecht*, Beck, München, 2001, str. 356.

⁷ Schmidt, M., *Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2001, str. 210.

⁸ Vidi šire: *Case 215/83 Commission versus Belgium (1985) ECR 103*.

⁹ *Case C-449/93 Rockfon A/S v. Specialarbejderforbundet i Danmark, acting for Nielsen (1995) ECR I-4291*

¹⁰ Weiss, M., *Die europarechtliche Regelung der Massenentlassung*, RdA 1992, str. 367.

U daljnjem tekstu analizirat ćemo Smjernicu 98/59/EZ.¹¹

III. Stvarno i personalno polje primjene Smjernice 98/59/EZ

Čl. 1. st. 1.(a) definira skupna otpuštanja kao “otpuštanja koja učini poslodavac zbog jednoga ili više razloga koji se ne odnose na pojedinačne radnike u pitanju”.

Skupno otpuštanje je otkaz radniku zbog jednog ili više razloga koji nisu vezani uz radnika i koji se događaju u poduzećima kroz period i to:

a) u posljednjih 30 dana uzastopce s jednim od sljedećih efekata:

- najmanje 10 otpuštenih radnika u poduzeću koje zapošljava više od 20, a manje od 100 radnika,

- najmanje 10% radnika u poduzeću koje zapošljava najmanje 100, ali manje od 300 radnika,

- najmanje 30 radnika u poduzeću koje zapošljava 300 ili više radnika.

b) u posljednjih 90 dana, najmanje 20 otpuštenih radnika, bez obzira na broj radnika uobičajeno zaposlenih u odnosnom poduzeću (pogonu).

Izbor između ovih alternativa prepušten je državama članicama. Smjernica 92/56 dopunila je ove zahtjeve na način da se u svrhu izračunavanja broja otpuštanja “otkazi ugovora o radu prema pojedinačnim radnicima” smatraju otpuštanjima ako postoji barem pet otkaza. Stoga su drugi oblici raskida, poput dobrovoljnog prijevremenog umirovljenja, uključeni u polje primjene Smjernice pod uvjetom da su kao i sama otpuštanja poduzeti zbog razloga koji ne leže u samim radnicima.

Ako analiziramo definiciju skupnoga otpuštanja, dade se vidjeti da sadrži objektivni element koji se odnosi na razmjer otpuštanja, tj. broj ili postotak radnika koji će se otpustiti u određenome roku, te subjektivni element, koji se odnosi na razloge otpuštanja.

Glede objektivnoga elementa, Sud je zauzeo stajalište u *case Rockfon*.¹²

¹¹ Jer Smjernica 75/129 je dopunjena Smjernicom 92/56/EEZ koja je donijeta kako bi se spriječile neželjene posljedice sve veće internacionalizacije društava, gdje se odluke donose od strane poslodavaca u drugim državama članicama koje imaju kontrolu. Zapravo, smjernice 75/129/EEZ i 92/56/EEZ su konsolidirane i prestale vrijediti donošenjem Smjernice 98/59/EZ.

¹² *Case C- 449/93 Rockfon A/S. v. Specialarbejderforbundet i Danmark, acting for Nielsen (1995) ECR I4291*

Rockfon, dio multinacionalne grupacije dijelio je zajednički kadrovski odjel nadležan za zapošljavanje i otpuštanje s tri druga društva u grupaciji. Interna su pravila zahtijevala da se sve odluke o otkazu moraju donijeti u dogovoru s kadrovskim odjelom. Između 10. i 28. studenog 1989. Rockfon je otpustio dvadeset i četiri od sveukupno 162 radnika. Rockfon, smatrajući se dijelom multinacionalne grupacije i time ne ulazeći u polje primjene Smjernice, nije proveo savjetovanje s radnicima niti je obavijestio odnosno javno tijelo. Pitanje upućeno Sudu bilo je da li je Rockfon sam po sebi predstavljao *establishment*. Ako jest, otpuštanja su provedena suprotno zahtjevima za savjetovanjem iz Smjernice jer je dansko pravo, kako bi provelo Smjernicu, usvojilo prvu mogućnost iz čl. 1 (1)(a) (u roku od trideset dana barem deset otkaza u pogonu koji uobičajeno zapošljava između dvadeset i 100 radnika, 10 posto od broja radnika u pogonu koji uobičajeno zapošljava između 100 i 300 radnika).

Pitanje značenja pojma *establishment* pojavilo se u naprijed citiranome case *Rockfon*, koji je bio dio multinacionalne grupacije *Rockwool*.¹³

Iako Smjernica ne definira *establishment*,¹⁴ Sud je zauzeo stajalište da mu treba dati značenje, i to europsko značenje.¹⁵ Zanimljivo je napomenuti da Smjernica rabi različite termine, te tako stvara i jezični, ali i pravni galimatijas (*establishment*, *undertaking*, *work centre*, *local unit*, *place of work*).

Sud je naveo da bi široko tumačenje Smjernice otežalo primjenu Smjernice, jer bi neka poduzeća, kako smatra Barnard, ovlast za otpuštanje prenijela na odvojena tijela odlučivanja. Kao rezultat, zapravo, mogle bi izbjegnuti obvezni postupak koji traži Smjernica.¹⁶

Sud je naveo da termin "*establishment*" treba interpretirati kao jedinicu kojoj su radnici koji su proglašeni viškom dodijeljeni za obavljanje posla. Nije bitno za jedinicu u pitanju da ima management koji samostalno može vršiti masovna otpuštanja.¹⁷ Od kada je dansko pravo izabralo prvu opciju koju nudi Smjernica 1(1)(a), cilj definicije iz slučaja *Rockfon* ("*establishment*" definira usko) bio je koristan za danske radnike. U stvari, Sud je jasno naveo da je temeljni cilj Smjernice da omogući radnicima veći stupanj zaštite u slučaju skupnih otpuštanja.

¹³ Pitanja su bila sljedeća: prvo, je li čl. 1(1)(a) smjernice sprječava dvoje ili više poduzetnika u grupaciji da uspostave zajednički odjel zadužen za poslove zapošljavanja i otpuštanja na način da se otpuštanje kod jednog od poduzetnika može provesti samo uz suglasnost odjela; i drugo, je li u takvim okolnostima pojam *establishment* iz čl. 1(1)(a) treba uzeti tako da znači sve poduzetnike koji koriste usluge odjela za zapošljavanje i otpuštanje, ili se svaki poduzetnik kod kojeg višak radnika uobičajeno radi mora uzeti kao *establishment*. U pogledu prvog pitanja sud je naveo: "dovoljno je reći da je jedini cilj smjernice djelomična harmonizacija postupaka skupnih otpuštanja i da njen cilj nije ograničiti slobodu poduzetnika da organiziraju svoje aktivnosti i uspostave svoje kadrovske odjele na način za koji smatraju da najbolje odgovara njihovim potrebama".

¹⁴ njem. *Betrieb*, španjolski *centro de trabajo*, švedski *arbetsplats*, talijanski *stabilemento*, eng. *establishment*.

¹⁵ U literaturi na njemačkome govornome području prevladava stajalište (pozivajući se na case *Rockfon*) da se pod pojmom "*Betrieb*", iako nije bliže definiran, valja tumačiti odluke Europskoga suda shvatiti da se radi o jedinstvenoj radnoj cjelini, kojoj su radnici koji se otpuštaju pripadali u obavljanju svojih poslova i radnih zadataka. Vidi šire: Schmidt, M., *Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2001, str. 211.

¹⁶ Barnard, C., op. cit., str. 491.

¹⁷ Prvo, tumačenje pojma *establishment*, na način koji je predložio *Rockfon*, omogućio bi društvima koja čine istu grupaciju da pokušaju otežati primjenu smjernice na njihov slučaj na način da bi odvojenom tijelu odlučivanja prenijeli ovlasti da odlučuje o otpuštanjima. Na ovaj način mogli bi izbjeći obvezi da poštuju određene postupke za zaštitu radnika, te bi se velikom broju radnika moglo onemogućiti pravo da budu obaviješteni i savjetovani, a na što imaju pravo na osnovi smjernice. Ovakvo tumačenje čini se neprimjerenim cilju smjernice.

Drugo, Sud smatra da zaposlenički odnos u biti karakterizira veza koja postoji između zaposlenika i dijela poduzetnika ili posla na kojem radi, tj. obavlja svoje dužnosti.

Stoga je Sud odlučio: "pojam *establishment* koji se pojavljuje u čl. 1(1)(a) smjernice mora se tumačiti na način da ovisno o okolnostima predstavlja jedinicu kojoj je radnik dodan da bi obavljao svoje dužnosti. Nije bitno da li odnosna jedinica ima upravu koja samostalno može odlučivati o skupnim otpuštanjima da bi se takva jedinica smatrala *establishmentom*".

Međutim, za zemlje kao Veliku Britaniju, koje su izabrale drugu opciju koju nudi članak 1(1)(a) (dvadeset zaposlenika u jednom "establishment" unutar razdoblja od 90 dana), odluka iz slučaja *Rockfon* mogla bi ugroziti njihov položaj jer što šire tumačimo pojam "establishment", to će se prije desiti višak od 20 radnika.

Što se tiče subjektivnog elementa, razlozi za otpuštanje ne smiju biti vezani uz "individualnog zaposlenika". Dakle, otpuštanja vezana uz zaposlenikovo ponašanje (npr. disciplinski otkazi) isključena su iz polja primjene Smjernice. U case *Commission v. UK*¹⁸ Sud je utvrdio da je britanska definicija otpuštanja preuska jer ne uključuje slučajeve otpuštanja vezana uz novu organizaciju poslovanja, a koja nemaju veze s opsegom poslovanja.

Smjernica se primjenjuje samo kada poslodavac otpusti zaposlenika. Ne primjenjuje se na samoinicijativni prestanak zaposlenja od strane zaposlenika, budući da se može desiti da to ne odgovara željama poslodavca. Na ovome mjestu valja ukazati na stajalište koje je Sud zauzeo u case *Nielsen*.¹⁹

Što se tiče polja primjene Smjernice 98/59/ EZ sukladno čl. 1. st. 1., izrijeckom su izuzete tri skupine, tako da se Smjernica ne primjenjuje na sljedeće:

- Skupna otpuštanja koja proizlaze iz prestanka ugovora o radu na određeno vrijeme ili ugovora o obavljanju određenog posla;
- Zaposlenike koji su zaposleni u javnim tijelima ili poduzećima koje regulira javno pravo (ili, u državama članicama gdje je ovaj koncept nepoznat, identičnim tijelima);
- Posade broda.

Ove iznimke treba usko tumačiti. Smjernica 75/129 također isključuje zaposlenike na koje utječe odluka o prestanku poslovanja poduzeća kao rezultat sudske odluke. Smjernica 92/56 je uklonila tu iznimku.

Najevidentniji slučajevi propusta ovih iznimki su slučajevi više sile. Sud je o tome raspravljao u slučaju *Nielsen*.²⁰

Valja također naglasiti da Smjernica ne predstavlja, kako bi bilo očekivati, minimalne materijalno pravne zaštitne mehanizme, nego propisuje pridržavanje

¹⁸ *Case Commission v. UK C-383792 (1994) ECR I-2435*. U ovome slučaju je Sud utvrdio da je britanska definicija otpuštanja tj. prestanak (cessation) poslovanja, ili pak smanjenje potrebe za obavljanje specifične vrste preuska, jer ne uključuje slučajeve koji su vezani za novu organizaciju poslovanja, a koja nemaju veze s opsegom poslovanja.

¹⁹ Sukladno stajalištu Suda u case *Nielsen C 284/83(1985) ECR 553.*, zapravo to bi dovelo do suprotnoga rezultata od onoga što se Smjernicom željelo postići, a to je smanjivanje ili pak sprečavanje broja skupnih otpuštanja.

²⁰ *Case Nielsen C 284/ 83 (1985) ECR 553*. U veljači 1980. godine poslodavac Nielsen, informirao je predstavnike zaposlenika o poslovnim poteškoćama. 14. ožujka 1980. informirao je stečajni sud da prestaje s otplatom dugova, i kada nije osigurao bankovne garancije za buduće isplate plaća, sindikati su upozorili svoje članove da prestanu s radom. 25. ožujka 1980. poslodavac se proglasio insolventnim i drugi dan zaposlenici su bili obaviješteni o otkazima. Sindikat je naveo da čim je poslodavac saznao da ima poteškoće, trebao je razmišljati o skupnim otpuštanjima i primjeni Smjernice. Sud se nije s time složio. Naveo je da bi takvo tumačenje dovelo do kažnjavanja poslodavca zato što nisu mogli predvidjeti otpuštanja i da su na temelju toga propustili primijeniti obveznu proceduru koju traži Smjernica. To se protivi članku 1(1)(d) koji isključuje iz Smjernice masovna otpuštanja prouzrokovana "prestankom poslovanja pogona uzrokovanog sudskom odlukom". Logika ovih argumenata pada u vodu budući da je članak 1(1)(d) izbrisan člankom 1. Smjernice 92/56EEC, te je na taj način stav u odnosu na višu silu nejasan.

određenih postupovnih pravila. Zapravo radi se o savjetodavnome postupku, odnosno postupku konzultiranja u postupku skupnih otpuštanja.

IV. Postupak savjetovanja (konzultiranja) s predstavnicima radnika

IV.1. Radnici i radnički predstavnici

Čl. 2. st. 1. predviđa da ukoliko poslodavac predviđa skupna otpuštanja, započet će savjetovanje s predstavnicima radnika u razumnome roku, kako bi se postigao dogovor.²¹ Obveza poslodavca konzultirati se s predstavnicima radnika postoji sukladno čl. 2. st. 4. Razvidno je kako s pravom zamjećuju Fuchs i Marchold,²² da nije predviđen određeni rok za provođenje ovoga postupka, ali je očigledno da mora započeti u ranoj fazi postupka odlučivanja, tim prije kako bi se omogućilo predstavnicima radnika sudjelovati u postupku odlučivanja te pronalaženja adekvatnih rješenja socijalnih problema s time u svezi.

Pod radničkim predstavnicima sukladno čl. st. 1. t. 1. podrazumijevamo radničke predstavnike predviđene u propisima ili praksi država članica.²³

Radnici i njihovi predstavnici imaju određena prava i zaštitu koja im omogućava sudjelovanje u procesu pregovaranja. U slučaju izbora radnika za radničkog predstavnika poslodavac ga ne može otpustiti zbog:

- njegovog sudjelovanja u izboru, bilo kao kandidata bilo kao glasača
- njegovog položaja ili aktivnosti kao izabranog predstavnika.

Poslodavac ne može poduzimati mjere poput privremenog otpuštanja radnika kako bi mogao jednostavnije provesti svoju namjeru otpuštanja. Poslodavac mora omogućiti radničkim predstavnicima da se slobodno organiziraju, da obavljaju svoju aktivnost te da imaju pravo i na druge olakšice kao npr. korištenje telefona i prostorija.

Izbor radničkih predstavnika ima za cilj odabir radnika koji će pregovarati tijekom procesa skupnog otpuštanja.

Prilikom izbora moraju se ispuniti sljedeći zahtjevi:

- poslodavac mora poduzeti mjere za osiguranje poštenog izbora;
- poslodavac odlučuje o broju radničkih predstavnika, a broj predloženih treba biti dovoljan u odnosu prema broju grupe radnika koja se otpušta;
- poslodavac odlučuje o vremenu trajanja mandata radničkih predstavnika, to vrijeme mora biti dovoljno da se obave sve potrebne radnje;
- kandidati moraju biti radnici koji su obuhvaćeni skupnim otpuštanjem, mogu

²¹ Vidi konvenciju Međunarodne organizacije rada br. 158. i čl. 2. Dodatnoga protokola socijalnoj povelji.

²² Fuchs M. / Marchold F., *Europäisches Arbeitsrecht*, Springer, Wien, New York, 2001, str. 131. i dalje.

²³ Valja ukazati da je Komisija poslala svoja stajališta u Irsku i Grčku, upozorivši da nisu u svoja zakonodavstva implementirale u cjelini odredbe Smjernice o skupnim otpuštanjima. Vežano za Irsku problem je istaknut u svezi s "predstavnikom zaposlenika" i zaštite zaposlenika, dok su u Grčkoj pojedini radnici isključeni iz doseg djelovanja Smjernice, što je po mišljenju Komisije povreda europskog prava. Vidi šire: www.eiro.eurofound.eu.int/1999/09/inbrief/eu9909195n.html, 16/01/2004.

se kandidirati i radnici koji nisu obuhvaćeni otpuštanjem, ali pod uvjetom da su oni zamjenski kandidati za kandidata koji je obuhvaćen skupnim otpuštanjem;

- svi radnici koji su obuhvaćeni skupnim otpuštanjem imaju pravo glasovati;
- izbor mora biti proveden tajno i neposredno.²⁴

Države članice Europske zajednice razvile su tri različita modela organiziranja radničkih predstavnika u poduzećima. Prvu vrst modela nalazimo u Njemačkoj i Francuskoj gdje radnički predstavnici zajedno s upravom sastavljaju pravnoobvezujući ugovor usmjeren ka kompenziranju ili smanjenju gospodarskih poteškoća u slučaju značajnije promjene u poduzeću.²⁵ U Francuskoj sindikati participiraju obvezatno (u firmama sa po 50 i više zaposlenika) u stvaranju socijalnoga plana i zbrinjavanja radnika. Izabrani predstavnici imaju pravo biti informirani i konzultirani, ali sindikati mogu pregovarati s poslodavcima o svim pitanjima vezanim za odluku o otpuštanju. Druga vrst modela primjenjuje se u Italiji, gdje je glavna intervencija u rukama sindikalnih predstavnika u poduzećima. Treći model primjenjuje se u Velikoj Britaniji.²⁶

Smjernica zapravo daje nacionalnome pravu placet za utvrđivanje strukture radničkih predstavnika. Savjetovanje se obavlja s "predstavnicima radnika" koje predviđaju zakoni država članica.²⁷

Čini nam se da je preporučljivo pismeno obavijestiti radnike o važnosti predstavnika i konzultacijskih procesa, kao i pozivati ih na radničke sastanke.

IV.2. Informiranost i savjetovanje (konzultacije)

Poslodavci moraju predstavnike radnika redovno informirati i s njima se konzultirati u nekoliko područja:

- o ekonomskoj strategiji;
- o trendu zapošljavanja u poduzeću te o mjerama koje se u tom smislu poduzimaju;
- o posebnim odlukama vezanim za organizaciju i ugovaranje poslova.

Na taj način predstavnici radnika dobivaju relevantne informacije na vrijeme, pa se aktivnosti radničkih predstavnika mogu pravodobno usmjeriti na određene nadolazeće situacije.

U slučaju skupnoga otpuštanja informiranje i konzultacije s predstavnicima radnika imaju specifičan karakter.

Člankom 2. Smjernice 98/59/EC od 20.07.1998. godine, predviđeno je:

- kada poslodavac donese odluku o skupnom otpuštanju, on će započeti

²⁴ Electing employee representatives, Publications-Focuses&Guides>http://www.laytons.com/publications/focus_sheets_1999/1999_september_electing_c.htm.01/11/1999., 10/05/2003.

²⁵ Vidi šire: Busch, *Massenentlassungen unter Beachtung der §§ 111-112 BetrVG und § 17 KschG*, DB, 1992, str. 1474., Grünberger, *Nachweisgesetz und Änderung des Kündigungsschutzgesetzes*, NJW, 1995, str. 2809.

²⁶ Electing employee representatives, Publications-Focuses& Guides>http://www.laytons.com/publications/focus_sheets_1999/1999_september_electing_c.htm. 01/11/1999., 10/05/2003.

²⁷ To omogućava da se savjetovanje provede unutar njemačkoga radničkoga vijeća, francuskoga comité d'entreprise te npr. kolektivnoga pregovaranja u Danskoj.

pregovore s predstavnicima radnika u svrhu postizanja dogovora;

- ti pregovori će obuhvaćati pronalaženje načina za izbjegavanje skupnoga otpuštanja ili smanjivanja broja otpuštenih radnika, a ujedno će i pokušati ublažiti i posljedice otpuštanja sredstvima koji uključuju socijalne mjere. Također će nastojati pronaći način za ponovno zapošljavanje ili prekvalifikaciju radnika koji su otpušteni. Države članice moraju omogućiti predstavnicima radnika sve usluge stručnjaka u skladu sa zakonom ili pravnom praksom.

Zapravo sadržaj savjetovanja mora obuhvatiti dvoje: prvo, načine i sredstva izbjegavanja skupnih otpuštanja ili smanjenja broja obuhvaćenih radnika; i drugo, načine ublažavanja posljedica otpuštanja putem "socijalnih mjera usmjerenih k pomoći za preorijentiranje i obrazovanje otpuštenih radnika".²⁸

Smjernica predviđa odredbe kojima se osigurava učinkovitost savjetovanja.

Da bi omogućili predstavnicima radnika konstruktivna rješenja, predstavnici će ih tijekom pregovora opskrbiti sa svim relevantnim informacijama u pisanom obliku i to:

- razlozima za skupno otpuštanje;
- broju i kategorijama radnika koje se namjerava otpustiti;
- broju i kategorijama radnika koji bi trebali ostati zaposleni;
- vremenskom roku unutar kojeg bi skupno otpuštanje moralo biti izvršeno;
- kriterijima koji su uključeni za selekciju radnika u skladu s nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom;
- metodi izračuna plaćanja za otpuštanja osim onih predviđenim nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom;
- metodama zbrinjavanja.²⁹

Poslodavac je dužan u pisanom obliku kopijom zapisnika u određenom roku obavijestiti nadležno državno tijelo u državi članici o svim elementima i zaključcima pregovora. Prethodno navedene obveze primjenjivat će se neovisno je li odluka o provođenju skupnog otpuštanja donesena od strane poslodavca ili poduzeća koje kontrolira poslodavca.

Valja napomenuti da je još ranije Smjernicom 92/56 utvrđena obveza poslodavca savjetovati se s predstavnicima radnika "neovisno od činjenice je li odluku o skupnom otpuštanju donio poslodavac ili društvo koje kontrolira poslodavca" (vladajuće društvo).³⁰

Zbog sve snažnije globalizacije, internacionalizacije, a sukladno stajalištu komisije, ukidanje nacionalnih ograničenja dovelo je do snažnog i velikog reorganiziranja korporacija (veliki porast preuzimanja, spajanja i pripajanja i joint

²⁸ Iako je Smjernica bila usmjerena na "socijalni plan" iz njemačkog prava, tj. specifičnog oblika programa otpuštanja kojega sastavlja uprava i zaposleničko vijeće u obliku obvezujućeg ugovora usmjerenog "kompenziranju ili smanjenju gospodarskih poteškoća radnika u slučaju bitnih promjena u poduzeću". Valja naglasiti da je ovakvo rješenje neuspjao pokušaj preslikavanja tzv. njemačkog socijalnog plana.

²⁹ European Union, approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies > <http://www.itcilo.it/english/actrav/telearn/global/ilo/law/euredum>, 28. 04. 2003.

³⁰ Zato ne može stajati argument poslodavca kojim ukazuju na činjenicu da društvo-majka ili vladajuće društvo (herschende Gesellschaft) nije radnicima dalo potrebne informacije. Vidi šire: Schmidt, M., op. cit., str. 212.

ventura). To ima za rezultat da odluke koje mogu utjecati na otpuštanja zaposlenika mogu donositi i vladajuća društva koja ne moraju biti u državi članici. Postoji obveza pribavljanja informacija i ona je dana u zadatak ovisnom društvu, kako bi se izbjegnulo problem eksteritorijalnosti.³¹

U slučaju da u toku donošenja informacija, konzultacija i obavijesti dođe do prekida, poslodavac se neće moći opravdati činjenicom da navedeno nije poduzelo poduzeće koje je donijelo odluku o skupnom otpuštanju.³²

Dakle, informacije za skupno otpuštanje moraju biti date prije samog čina otpuštanja, a poslodavac je dužan konzultirati se pravodobno s predstavnicima radnika.

IV.3. Prava otpuštenih radnika

Radnik nakon otpuštanja ima određena prava i to:

- plaćeno vrijeme izvan rada dok traži novi posao ili dok se školuje radi prekvalifikacije;
- pravo na otpremninu;
- pravo na obaviještenost;
- ukoliko postoji alternativni posao, ima pravo na probni rok, a za probnog roka ne isplaćuje mu se otpremnina.

IV.4. Postupak skupnog otpuštanja

U slučaju potrebe za skupnim otpuštanjem, poslodavac mora nadležnom državnom tijelu u državi članici dostaviti u pisanom obliku projekt odnosno plan za skupno otpuštanje. Države članice mogu odrediti da u slučajevima planiranja skupnog otpuštanja, koji je rezultat neke sudske odluke, poslodavac može obavijestiti nadležno državno tijelo samo na zahtjev tog tijela. Obavijest mora obuhvaćati sve informacije vezane za plan skupnog otpuštanja, konzultacije s radničkim predstavnicima, a osobito razloge otpuštanja, broj radnika koji će se otpustiti, broj normalno zaposlenih radnika te razdoblje kroz koje će se otpuštanje provesti.

Poslodavci će nakon navedenog predstavnicima radnika poslati kopiju obavijesti. Predstavnici radnika mogu tada na osnovi zaprimljene obavijesti dati svoj prigovor nadležnom državnom tijelu.

Predloženo skupno otpuštanje o kojem je obaviješteno nadležno državno tijelo u državi članici provest će se nakon proteka 30 dana od dana prihvaćanja obavijesti, bez obzira na propis koji štiti individualna prava radnika. Države članice mogu nadležnom tijelu dopustiti da smanji razdoblje određeno za provođenje otpuštanja. Navedeni rok nadležno tijelo koristi za traženje rješenja problema koji nastupaju prilikom skupnog otpuštanja.

Tamo gdje je inicijalni period kraći od 30 dana, države članice odnosno nadležno državno tijelo može predmetni rok produljiti do najviše 60 dana nakon obavijesti,

³¹ Barnard, C., op. cit., str. 495.

³² Concil Directive 98/59/EC 20.06.1998.g., on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies, Official Journal L225, 12/08/1998 p.0016-0021.

ukoliko problemi koji proizlaze iz otpuštanja ne mogu biti riješeni unutar inicijalnog perioda. Poslodavac mora biti obaviješten o produljenju inicijalnog perioda prije njegova isteka.

Države članice nisu dužne primjenjivati čl. 4 Smjernice 98/59/EC o ujednačavanju propisa skupnog otpuštanja zbog prekida rada poduzeća kada je ono rezultat sudske odluke.

IV.5. Uloga nadležnog državnog tijela

Uloga je nadležnog državnog tijela države članice biti obaviješteno pravodobnim informacijama prije otpuštanja radnika i tražiti rješenje za probleme koji su nastali skupnim otpuštanjem. Valja istaći da u Nizozemskoj i Francuskoj nadležna tijela odavna imaju ovlasti odobravati i zabranjivati otpuštanja. Zapravo u Nizozemskoj postupak uključuje sustav prema kojemu nizozemski ured za rad izdaje određeni broj za otpuštanje.³³

Ovakav sustav nije uključen u Smjernicu zbog protivljenja Velike Britanije.³⁴ Predstavnici radnika moraju biti pravovremeno informirani i kontaktirani. Poslodavac mora pismeno obavijestiti nadležno državno tijelo o skupnom otpuštanju, a obavijest mora sadržavati već navedene stavke. To su ustvari one informacije koje su već prethodno upućene radnicima. Nadležno državno tijelo mora razmotriti mišljenja i prigovore predstavnika radnika iznesene na obavijest poslodavca. Države članice mogu odrediti da u slučaju planiranog otpuštanja, koje je proizašlo kao rezultat sudske odluke, poslodavac obavijesti nadležno državno tijelo pismenim putem samo ako ono to zatraži.

Obveza poslodavca je da pošalje kopiju obavijesti iz čl. 3. st. 1. Smjernice predstavnicima radnika kako bi oni mogli poslati moguće primjedbe nadležnome tijelu.³⁵

Skupno otpuštanje ne smije se provesti prije 30 dana od obavijesti (čl. 3. st. 1. Smjernice). Taj period mora se koristiti za traženje rješenja problema proizašlih iz planiranih otpuštanja. Nije baš sasvim jasno znači li to da bi "nadležno javno tijelo" trebalo intervenirati na način da spriječi otpuštanja ili pak pronaći načine kojima će se rješavati problemi radnika koji će nakon otpuštanja biti nezaposleni.

I na kraju valja odgovoriti na pitanje što se događa kada se propuste izvršiti obveze koje predviđa Smjernica. Izrijeком niti Smjernica 75/129/EEZ niti smjernica 92/56/EZ nisu to regulirale. Međutim stajalište je zauzeto u case *Commission v. UK*³⁶ tvrdeći da

³³ U 1993. godini od Nizozemskoga ureda za rad bilo je zatraženo 107 998 takvih zahtjeva, od kojih se 15 % odnosilo na skupno otpuštanje 20 radnika ili više.

³⁴ Umjesto toga, članak 3(1) uvodi administrativnu obvezu poslodavca da obavijesti "nadležno javno tijelo" pismenim putem o svakom planiranom otpuštanju. Obavijest mora sadržavati sve informacije relevantne za planirano otpuštanje, savjetovanje s predstavnicima radnika iz čl. 2., i osobito razloge za otpuštanje, broj radnika koji će biti obuhvaćeni njime, broj radnika koji je uobičajeno zaposlen, te rok u kojem bi trebalo provesti otpuštanje. U slučaju planiranog skupnog otpuštanja koje je posljedica prekida poslovanja poduzeća uzrokovanog sudskom odlukom, država članica može predvidjeti da je poslodavac obavezan obavijestiti nadležno javno tijelo na njegov zahtjev.

³⁵ *Case C- 250/97 Lauge (1998) ECR I - 8737*

³⁶ U skladu s time Sud je odlučio da je britansko pravo koje je dopuštalo da se "zaštitna naknada", koju je plaćao poslodavac koji se nije savjetovao s predstavnicima radnika, otpuštenom radniku može prebiti s bilo kojom sumom koju je u potpunosti ili djelomično poslodavac dugovao radnicima što je sankciju lišilo praktičnog učinka i njene svrhe da sprječava daljnje kršenje prava. *Case C -383/92 (1994) ECR I-2479*

države članice moraju sankcionirati kršenje prava Zajednice pod postupovnim i materijalnim preduvjetima, nalik onima predviđenim za kršenje nacionalnoga prava i koji kaznu čini učinkovitom, razmjernom i čija je svrha da se u budućnosti ne krše dalje prava.

Izvorno je takav učinak bio previđen Nacrtom smjernice 98/59/EC. Zbog protivljenja Velike Britanije i ECOSOC-a nije ušlo u konačan tekst Smjernice. Danas imamo kompromisno rješenje koje datira još od Smjernice 92/56/EZ, koje zahtijeva od država članica da osiguraju da sudski i/ili upravni postupci radi obveza proizašlih iz Smjernice budu dostupni predstavnicima radnika ili radnicima.

V. Skupna otpuštanja i zbrinjavanje viška radnika - rješenja u hrvatskome zakonodavstvu de lege lata

U srpnju 2003. Hrvatski je sabor usvojio izmjene i dopune Zakona o radu, te dopune i drugih propisa iz sfere radnoga i socijalnoga zakonodavstva. Prilikom izrade Zakona vodile su se žestoke polemike između Sindikata s jedne strane i Vlade kao predlagača s druge strane, pa su konačna zakonska rješenja dosegla manji stupanj usuglašenosti, odnosno harmoniziranosti s pravom Europske zajednice, nego što se moglo očekivati.

U hrvatskome se pravu u čl. 119. Zakona o radu (Narodne novine br. 114/03.) regulira program zbrinjavanja viška radnika, a u čl. 120., obvezni sadržaj programa zbrinjavanja viška radnika. I prije donošenja izmjena i dopuna, čl. 119. i čl. 120. regulirali su ova pitanja.

U hrvatskoj literaturi veoma je malo pisano o ovoj problematici.³⁷ Autori Potočnjak i Terek bavili su se analizom zbrinjavanja viška zaposlenika, te rješenjima našega zakonodavstva. Međutim o fenomenu skupnih otpuštanja u smislu Smjernice 98/59/EZ nije pisano.

Ako analiziramo komentare Zakona o radu, onda možemo vidjeti da Crnić,³⁸ analizirajući čl. 119. Zakona o radu (NN br. 53/95.), koristi termin "kolektivna otpuštanja" u smislu toč. 18. podst. 4. Europske povelje o temeljnim socijalnim pravima radnika, međutim teorijski ih šire ne analizira.

Autorice M. Nalis i Marinković-Drača,³⁹ u knjizi "Izmjene Zakona o radu i novine u propisima radnosocijalnoga zakonodavstva" rabe termin "kolektivni otkazi", ali ga šire ne objašnjavaju. Također se izrijeком pozivaju na Smjernicu 98/59/ EZ, ukazujući da je cilj zakonodavca bila harmonizacija čl. 119 i 120. s navedenom Smjernicom.

³⁷ Vidi šire: Potočnjak, Ž., Program zbrinjavanja viška zaposlenika, Informator, br. 4579, 24. siječnja 1998, str. 5-6, Terek, D., Program zbrinjavanja viška zaposlenika - kako ga donijeti i provesti, RiF, br. 10/98, str. 71-75.

³⁸ Crnić, I., Komentar Zakona o radu, Organizator, Zagreb, 1999., str. 283.

³⁹ Nalis, M., / Marinković-Drača, D., Izmjene i dopune zakona o radu, u Kuzmić, M. / Hercigonja, J. (uredile), Izmjene Zakona o radu i novine u propisima radnosocijalnog zakonodavstva, Inženjerski biro, Zagreb, 2003., str. 22-116.

Valja istaknuti da je zakonodavac elegantno zaobišao definiranje skupnoga otpuštanja. Isto tako nije u smislu Smjernice ni u objašnjenjima, ni u zakonskome tekstu definirao pojam *establishment*.⁴⁰ Ovo je čini nam se valjalo učiniti zbog prakse, jer to nije samo teorijsko pitanje. (Tako se zakonodavac koristio terminom poslodavac, ne upuštajući se govoriti o gospodarskim subjektima u kojima se događaju otpuštanja).

Zbog toga je neobično važno izvršiti analizu čl. 119. i čl. 120. Zakona o radu.

Sukladno prijašnjem čl. 119. staroga Zakona o radu (NN br. 53/95., 17/01., 82/01.) poslodavac je bio dužan izraditi program zbrinjavanja viška radnika ako je zapošljavao najmanje 20 radnika, te ako je imao namjeru u razdoblju od 6 mjeseci zbog poslovno uvjetovanih razloga otkazati više od 10% ugovora o radu, a najmanje petorici radnika. Također je bilo utvrđeno u stavku 2. da poslodavac navedeni program mora izraditi ako u vremenskome periodu od mjesec dana zbog istih razloga namjerava otkazati više od 20 ugovora o radu.

Izmjenama i dopunama čl. 119. Zakona o radu (NN br. 114/03.) u st. 1. poslodavac koji u vremenskome periodu od 90 dana namjerava otkazati najmanje 20 ugovora o radu, dužan je izraditi program zbrinjavanja viška radnika, bez obzira koliko radnika zapošljava.

Ako analiziramo čl. 119. st. 2., 3. i 5., te čl. 120. razvidno je da se daju veće ovlasti nadležnoj službi zapošljavanja. Novouvedenim st. 4. ovoga članka, a u svezi s ubrzavanjem postupka, utvrđen je rok od 8 dana za očitovanje nadležne službe za zapošljavanje.⁴¹ Ukoliko protekom toga perioda nije bilo očitovanja nadležne službe za zapošljavanje, smatra se da služba nema primjedbi i prijedloga. Sukladno st. 5. ovoga članka, nakon što provede proceduru savjetovanja s radničkim vijećem, poslodavac je dužan izjasniti se o mišljenjima i prijedlozima radničkog vijeća i nadležne službe zapošljavanja u pogledu mjera koje treba poduzeti da bi se spriječili ili sveli na najmanju moguću mjeru očekivani otkazi ugovora o radu. Poslodavac se također dužan izjasniti o mjerama koje kani poduzeti glede ublažavanja štetnih posljedica otkaza ugovora o radu.

Čl. 120. utvrđuje obvezni sadržaj programa viška zaposlenika. Kao što to utvrđuje i Smjernica 98/59/EZ, tako i naš zakon obvezuje da o programu zbrinjavanja viška radnika poslodavac mora obavijestiti zaposlenike i nadležnu službu zapošljavanja.⁴² Odredba je instruktivne naravi i nema sankcija ukoliko se ne očituje o tome programu. Ako se pak služba za zapošljavanje ne očituje u zakonskome roku, predmnijeva se da se s takvim programom suglasila.⁴³

⁴⁰ Vidi šire o pojmu "establishment" u fusnoti br. 17. ovoga rada.

⁴¹ Takvo pravno stajalište zauzela je naša sudska praksa i prije donošenja izmjena i dopuna Zakona o radu.

"Ako se služba za zapošljavanje u propisanome roku od 8 dana ne očituje na dostavljeni program zbrinjavanja viška radnika, treba smatrati da se s tim programom suglasila." Vidi šire VSRH, Rev. 3744/99, od 14.11.2001.

⁴² Vidi šire: VSRH, Rev 1370/01, od 27.09.2001.

⁴³ VSRH, Rev 3744/99, od 14.11.2001.

Glede dostavljanja programa radnicima na koje se taj program odnosi, u hrvatskoj literaturi su prisutna dva stajališta. Tako I. Crnić⁴⁴ smatra da bi bilo korisno da poslodavac dostavi program svakome od radnika na koje se taj program odnosi. Drugo stajalište zastupa Ž. Potočnjak⁴⁵, koji smatra da je program pravni akt koji ima opći karakter, pa je dovoljno radnicima dati informaciju o postojanju te sadržaju toga akta na način na koji se objavljuju opći akti poslodavca. Čini nam se bliže stajalište Ž. Potočnjaka, te mislimo da bi trebalo objavljivati kako se objavljuju opći pravni akti.

Zbog svega naprijed navedenoga zanimalo nas je koliko su prisutna i na koji se način provode skupna otpuštanja kod nas, te smo izvršili istraživanje u Primorsko-goranskoj županiji u 2003. godini. Istraživanjem je bilo obuhvaćeno 6 tvrtki koje su vršile skupna otpuštanja: Jadran hoteli d.d. Rijeka (6 radnika), Lumik d.d. Rijeka (57 radnika), Jadran d.d. Crikvenica (70 radnika), Erste & Steiermärkische Bank d.d. Rijeka (83 radnika), Luka d.d. Rijeka (380 radnika), Liburnija Rivijera hoteli Opatija (21 radnik).

Razvidno je da su sve tvrtke poštovala postupovna pravila koja propisuju čl. 119. i čl. 120. Zakona o radu. Nakon analize dade se zaključiti da je hrvatski zakonodavac izvršio djelomičnu harmonizaciju čl. 119. i čl. 120. sukladno Smjernici 98/59/EZ.

Valjalo bi u narednim izmjenama Zakona o radu implementirati cjelokupan čl. 1. Smjernice, ugraditi ga u čl. 119., te izrijekom utvrditi na koje se skupine ne odnose odredbe čl. 119. i čl. 120.⁴⁶

Također bi trebalo, sukladno hrvatskome zakonodavstvu, definirati termin "establishment", jer Smjernica ostavlja nacionalnome zakonodavstvu u ovoj oblasti prilično širok manevarski prostor.

Problem koji je već dulje vremena evidentan u našem zakonodavstvu u procesu prilagodbe europskome pravu jest brzina donošenja propisa, ali i nedostatak tijela na državnoj razini koje bi pratilo usuglašenost hrvatskih zakona. (Tako je u jednoj oblasti, npr. pravo društava, zakonodavstvo u potpunosti harmonizirano s europskim, dok je npr. u oblasti radnoga prava to samo djelomično).

Zbog toga bi valjalo osnovati tijelo na nacionalnoj razini koje će ne samo pratiti stupanj usuglašenosti s europskim pravom, nego usuglašavati zakone međusobno na hrvatskoj nacionalnoj razini. Jer to je zadaća koja nas čeka u procesu harmonizacije hrvatskoga s europskim pravom.

⁴⁴ I. Crnić, op. cit., str. 120.

⁴⁵ Potočnjak, Ž., op. cit., str. 5. i 6.

⁴⁶ Ovo zbog toga što u polje primjene Smjernice ne spadaju radni odnosi u tijelima državne uprave. Tako ne bi dolazilo do sporova kakav je bio spor VSRH, Rev. 1802/01, od 21. 05. 2002.

VI. Zaključak

Skupno otpuštanje radnika na području država članica EU, ali i šire, nedvojbeno nameće niz pitanja, prosudbi i promišljanja pri razmatranju problema, koji je moguće dovesti u svezu s aktualnim događanjima. Smjernice o harmoniziranju prava država članica o skupnom otpuštanju radnika daju konkretan sadržaj za određivanje i postupak u slučaju skupnog otpuštanja radnika.

Skupno otpuštanje radnika predstavlja ozbiljan problem kako radnog tako i socijalnog prava. Sve dosad izneseno ukazuje da države članice EU moraju za pravnu prilagodbu prilikom izbora forme i sredstava, imati i potrebne pretpostavke za kvalitetno uređenje procesa skupnog otpuštanja, posebno u dijelovima izrade plana, pregovaranja, sporazumijevanja i funkcioniranja zaštite radnika u slučaju otpuštanja. Stoga se nameće potreba uspostavljanja takovog društveno-gospodarskog sustava u kojem će djelovati zakoni tržišta i tržišnog privređivanja, što pretpostavlja i postojanje tržišta rada i radne snage, u kojem će se onda u kratkom roku moći pronaći rješenje za osnovni i najveći problem, zaštitu prava radnika. Na državama članicama i budućim državama članicama Europske zajednice također ostaje problem vezan za postojanje autentičnih predstavnika radnika, kao i izbor i stručnu pomoć u pogledu pronalazjenja bezbolnih rješenja skupnih otpuštanja, kako za radnika i poslodavca, tako i za samu državu članicu.

Smjernicom 98/59/EZ htjelo se postići dvostruki cilj: pružiti veću zaštitu radnicima u slučajevima skupnih otpuštanja, te istovremeno promicati bolje uvjete rada, kao i poboljšanje uvjeta života radnika. Ova Smjernica postavila je minimalne zahtjeve, kako bi osigurala da skupna otpuštanja budu podvrgnuta savjetovanju s predstavnicima radnika, te da istovremeno nadležno tijelo bude obaviješteno prije otpuštanja.

Smjernica propisuje pridržavanje određenih postupovnih pravila. Zapravo, radi se o savjetodavnome postupku, odnosno postupku konzultiranja u postupku skupnih otpuštanja.

Činjenica da se načini izbjegavanja skupnih otpuštanja pojavljuju na početku čl. 1. i čl. 2. Smjernice sugerira da autori Smjernice nisu pretpostavili da će do otpuštanja doći, te su smatrali da je izbjegavanje otpuštanja jednako važno kao i pružanje zaštite prava radnicima koji su otpušteni. Valja naglasiti da je Smjernica rezultat kompromisa, posebno pod utjecajem Velike Britanije. Sadržaj Smjernice u svome minimumu je blijeda kopija "socijalnoga plana za zbrinjavanje viška radnika" predviđenoga njemačkim zakonodavstvom.

Hrvatsko zakonodavstvo izvršilo je djelomičnu harmonizaciju Smjernice. Smatramo da bi trebalo u potpunosti implementirati Smjernicu 98/59/EZ, te bi se na taj način i u našem zakonodavstvu definirala skupna otpuštanja. Ovo zbog toga što s razvitkom tržišta velike multinacionalne kompanije ulaze i na naše tržište, a kada dolazi do otpuštanja, obično je to u državama gdje su "socijalni troškovi" najniži.

Činjenica je da su skupna otpuštanja realnost i u hrvatskim gospodarskim subjektima, kao što je to pokazalo i naše istraživanje.

Zbog svega toga valja u narednim izmjenama Zakona o radu usuglasiti u potpunosti čl. 119. i čl. 120. s Smjernicom 98/59/EZ, ali i sa Zakonom o trgovačkim

društvima. Zato i predlažemo osnivanje tijela na nacionalnoj razini koje bi se bavilo ne samo usuglašavanjem hrvatskih propisa s europskim pravom (što se danas i radi), nego i usuglašavanjem hrvatskih nacionalnih propisa međusobno.

Summary

COLLECTIVE REDUNDANCIES OF WORKERS AND DISPOSAL OF SURPLUS OF WORKERS ON THE RESTRUCTURING OF ENTERPRISES IN EUROPEAN LAW IN LIGHT OF 98/59/EC DIRECTIVE WITH SPECIAL ATTENTION TO HARMONIZATION OF CROATIAN LAW

In this article, the authors analyze development of legal framework related to collective discharge, initiated by the *AKZO* case. During '70ies of the past century, relatively late, the 75/129/EEC Directive was adopted whose goal was to unify legal regulations of the EC Member States related to collective discharge of workers. In the beginning of '90ies a consolidated version of the original Directive, the 92/56/EEC Directive, was adopted. 98/59/EC Directive replaces the previously mentioned Directive. This article analyses Directive's material and personal field of application. Furthermore, obligations of employers in relation to collective discharge as well as the relevant decisions of ECJ are analyzed. Additionally, an analysis of the newest provisions of the Law on Labor of the Republic of Croatia *de lege lata* are given - provisions that represent a partial harmonization with EC law in this field, and finally *de lege ferenda* suggestions are made.

Key words: collective redundancies, disposal of surplus workers, approximation of Croatian law, restructuring of enterprises.

Zusammenfassung

MASSENENTLASSUNGEN VON ARBEITNEHMERN UND VERSORGUNG DER ENTLASSENEN ARBEITNEHMER GEMÄSS DER UNTERNEHMENSUMSTRUKTURIERUNGEN IM EUROPARECHT IM LICHT DER RICHTLINIE 98/59/EU, UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER HARMONISIERUNG DES KROATISCHEN RECHTS

In der Arbeit analysieren die Autoren die Entwicklung der Vorschrift hinsichtlich Massenentlassungen, die durch den Fall *AKZO* initiiert wurden. Im Laufe der siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts, also relativ spät, wurde die Richtlinie 75/129/EEZ verabschiedet, die zum Ziel hatte, die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten der EU hinsichtlich der Massenentlassung von Arbeitern anzugleichen. Anfang der neunziger Jahre wurde eine konsolidierte Version der ursprünglichen Richtlinie 92/

56/EEZ verabschiedet. Die Richtlinie 98/59/EZ ersetzt die zuvor erwähnte Richtlinie. In der Arbeit werden die sachlichen und personalen Anwendungsbereiche der Richtlinie analysiert. Ebenso werden die Pflichten des Arbeitgebers hinsichtlich der Verfahrensentlassung und die Urteile des Europäischen Gerichtshofs einer Analyse unterworfen.

Die neuesten Lösungen des Arbeitsgesetzes der Republik Kroatien - *de lege lata* - die eine teilweise Harmonisierung auf diesem Gebiet im Einklang mit dem Recht der EU darstellen, werden kritisch betrachtet und es werden Vorschläge *de lege ferenda* für diesen Bereich gemacht.

Schlüsselwörter: *Massenentlassung, Versorgung der entlassenen Arbeitnehmer, Harmonisierung, Unternehmensumstrukturierungen.*

Sommario

LICENZIAMENTO COLLETTIVO DI LAVORATORI E COLLOCAMENTO DI LAVORATORI ECCEDENTI DURANTE LE FUSIONI NEL DIRITTO EUROPEO ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 98/59/CE CON PARTICOLARE SGUARDO ALL'ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO CROATO

Nel lavoro gli autori analizzano lo sviluppo del quadro giuridico relativo al licenziamento collettivo, avviato dal caso AKZO. Durante gli anni '70 del secolo scorso, relativamente tardi, venne adottata la Direttiva 75/129/CEE il cui obiettivo fu di unificare le discipline legali degli stati membri dell'Unione Europea relative al licenziamento collettivo di lavoratori. All'inizio degli anni '90 venne una versione consolidata dell'originaria Direttiva, la Direttiva 92/56/CEE. La Direttiva 98/59/CE sostituì la prima menzionata Direttiva. Nel lavoro si disamina il campo di applicazione oggettivo e soggettivo della Direttiva. Inoltre sono analizzate le obbligazioni dei datori di lavoro in relazione al licenziamento collettivo, come anche le decisioni rilevanti della Corte di giustizia europea. Altresì è avanzata un'analisi delle nuove disposizioni della Legge sul lavoro della Repubblica di Croazia - *de lege lata*, che rappresentano una parziale armonizzazione con il diritto UE, e infine sono proposte suggestioni *de lege ferenda*.

Parole chiave: *licenziamento collettivo, collocamento di lavoratori eccedenti, armonizzazione, fusioni.*

PUNOMOĆNIK U PARNIČNOM POSTUPKU - NOVO UREĐENJE

Dr. sc. Jozo Čizmić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.921.4
Ur.: 30. prosinca 2003.
Pr.: 18. veljače 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 novota s temeljnim ciljem da se parnična procedura pojednostavi i učini efikasnijom, da svi sudionici u postupku svojim aktivnim djelovanjem pridonesu da se što prije rasprave sporne činjenice i donese odluka u sporu, čime bi se povećala opća razina pravne zaštite.

U tom smislu autor se u radu osvrnuo na izmjene i novine koje se odnose na uređenje instituta punomoćnika u parničnom postupku, pri čemu je nastojao detaljnije ukazati na problematiku: poduzimanja parničnih radnji (od strane punomoćnika), uskrate zastupanja, punomoćnika pravnih osoba, učinka parničnih radnji punomoćnika, dostave stranci koja ima punomoćnika, opsega punomoći odvjetniku i neodvjetniku, oblika i načina davanja punomoći, podnošenja punomoći sudu, opoziva i otkaza punomoći, prestanka punomoći, te, posebno, pojasniti tko sve može biti punomoćnik u parničnom postupku.

Ključne riječi: *punomoćnik, parnični postupak, postulacijska sposobnost, obvezno odvjetničko zastupanje.*

I. Uvod

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 stupa na snagu 1. prosinca 2003. godine (Novela, čl. 287.).

Važeći 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 jer:¹ postupci predugo traju; sudovi su preopterećeni brojem parničnih predmeta do mjere da se može govoriti o blokadi njihova rada; kvaliteta donesenih odluka često je problematična, što potvrđuje velik broj ukinutih odluka nižih sudova; stranke često zlorabe svoja procesna ovlaštenja u postupku; sudovi nemaju efikasnih instrumenata za suzbijanje takvih zlouporaba; 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 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**), koji bi trebao pojednostavniti i učiniti efikasnijom parničnu proceduru te povećati opću razinu pravne zaštite što bi se među ostalim, postiglo i redefiniranjem instituta punomoćnika.²

Napominjemo da rad pišemo prije 1. prosinca 2003. godine, odnosno neposredno prije njegovog stupanja na snagu (v. Novelu, čl. 287.), pa u radu nismo ni mogli ukazati na sudsku praksu ili stajališta teorije utemeljene na odredbama Novele. Usto, u radu se pozivamo na sudsku praksu i stajališta pravne teorije utemeljene na odredbama parničnih postupnika bivše Jugoslavije, iz 1957. i 1977. godine, i to tamo gdje su odredbe o punomoćnicima identične s odredbama hrvatskoga ZPP-a, koji, uostalom još uvijek, i nakon donošenja Novele, sadrži veliki broj odredbi preuzetog Zakona o parničnom postupku bivše Jugoslavije.

II. Poduzimanje parničnih radnji

1. Punomoćnik je osoba koju je stranka ovlastila da u njezino ime i za njezin račun poduzima parnične radnje u konkretnoj parnici. Punomoćnik je, dakle, zastupnik stranke koji ovlaštenje na zastupanje dobiva od same parnično sposobne stranke fizičke osobe³ ili od zakonskog zastupnika parnično nesposobne stranke, ili od organa zastupnika stranke pravne osobe, a u tom slučaju riječ je također o zastupanju, ali o dobrovoljnom, koje se temelji na ugovoru stranke i punomoćnika.⁴

¹ Podrobnije o tome u zborniku radova "Novine u parničnom postupku", Inženjerski biro, Zagreb, 2003., *Uvod* (I. Crnić), str. 3.-6. i *Predgovor* (V. Belajec), str. 273.-274.

² Vidi Prijedlog Novele - "*Ocjena stanja i osnovna pitanja koja se trebaju urediti Zakonom, te posljedice koje će donošenjem Zakona proisteci*", str. 1.-2.

³ Davatelj punomoći je poslovno sposoban za davanje punomoći ako je poslovno sposoban za poslove čije vršenje povjerava punomoćniku. Vrhovni sud (dalje - VS) Srbije (dalje - VSSr), Rev- 848/88., objavljena kod ČOŠIĆ, R. - KRSMANOVIĆ, T., *Aktuelna sudska praksa iz građansko-procesnog prava*, Beograd, 2000., str. 45.

⁴ CRNIĆ, I., *Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku*, "Informator", br. 4680. od 13. siječnja 1999., str. 5.

Punomoćnik može biti samo fizička osoba,⁵ tj. kao punomoćnik ne može nastupati pravna osoba,^{6, 7, 8} i kad bi, primjerice, sa strankom zaključila ugovor o obavljanju svih pravnih poslova.⁹ Svoje ovlaštenje za zastupanje punomoćnik može izvoditi iz različitih građanskopravnih odnosa zasnovanih između sebe i stranke. Pravo na zastupanje temelji se na ugovoru (privatnopravnom odnosu), koji ima svoju vanjsku i javnopravnu manifestaciju izraženu kroz punomoć.¹⁰ U pravilu će to biti ugovor o nalogu (mandatu),¹¹ čak i kad je u osnovi toga ugovora ugovor o radu, službi ili djelu. Naime, ako je punomoćnik stranke osoba koja je s njome u radnom odnosu, tada je ona eventualno po osnovi radnog odnosa dužna zastupati stranku, ali svoje ovlaštenje na zastupanje izvodi iz ugovora kojim ju se na to ovlašćuje - ugovora o mandatu. U nekim slučajevima bi se zapravo moglo raditi o složenim pravnim odnosima koji bi osim elemenata ugovora o radu ili službi imali i elemente ugovora o zastupanju.¹² Ovlaštenje za zastupanje kojim se legitimira prema trećima punomoćnik dobiva u obliku punomoći. Punomoćnik radnje u postupku poduzima u ime i za račun stranke (neposredno zastupanje).

Ono što je predviđeno za punomoćnika stranke vrijedi *mutatis mutandis* i za punomoćnika **umješača**, jer i umješač može imati punomoćnika koji će u njegovo ime i za njegov račun poduzimati parnične radnje u tuđoj parnici.

Postulacijska sposobnost (njem. *die Postulationsfaehigkeit*) je, pak, svojstvo neke stranke da osobno, bez posredovanja izabranoga, u pravilu kvalificiranoga zastupnika (punomoćnika), može poduzimati parnične radnje s relevantnim procesnopravnim

⁵ Usp. odluke Viši privredni sud (dalje - VPS) Hrvatske (dalje - VPSH), Pž-1173/81, od 22.9.1981. - "Pregled sudske prakse" (dalje - PSP) 20/314.; Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (dalje - VTSH), Pž-2550/96, od 28. 1.1997., "Zbirka rješidbi hrvatskih trgovačkih sudova"- 4/80.; VS Bosne i Hercegovine (dalje - BiH), Pž- 71/83., od 18. travnja 1983., "Privreda i pravo" 1-2/84-94.

⁶ Vidi odluku Okružnog suda (dalje - OS) u Zagrebu, Gž- 6355/84., od 30. studenoga 1984., "Sudska praksa" (dalje - SP) 10/85-106. Međutim, pravna osoba može biti punomoćnik za sklapanje poslova u pravnom prometu (VPSH, Pž- 820/81., od 13. listopada 1981., objavljena kod JANKOVIĆ, M. - KARAMARKOVIĆ, H. - JANKOVIĆ, Đ. - PETROVIĆ, D., Komentar Zakona o parničnom postupku, Beograd, 1990. (dalje - JANKOVIĆ), str. 132.

⁷ Prema stajalištu VSSr ako bi stranka izdala punomoć za zastupanje u parnici pravnoj osobi, ta bi se punomoć trebala smatrati nalogom. VSSr, Gž- 51/97., od 10. rujna 1997., objavljenu kod ČOSIĆ, R. - KRSMANOVIĆ, T., *Aktuelna sudska praksa iz građansko-procesnog prava*, Beograd, 2000., str. 43.

⁸ Postoji mišljenje da i pravna osoba može biti parnični punomoćnik, a parnične radnje bi poduzimao u tom slučaju onaj radnik pravne osobe koji ima položaj zastupnika te pravne osobe. Svakako taj radnik bi morao ispunjavati uvjete koji su propisani za punomoćnika. Tako bi se punomoć umjesto odvjetniku pojedincu, mogla izdati odvjetničkom uredu, te bi u tom slučaju zastupnik odvjetničkog ureda bio punomoćnik u konkretnoj parnici. Usp. STANKOVIĆ, str. 167.

⁹ Tako VSSr, Rev- 5010/92., objavljeno kod ČOSIĆ, R., *Zakon o parničnom postupku sa objašnjenjima, napomenama, sudskom praksom i registrom pojmova*, Beograd, 1998., str. 51.

¹⁰ Vidi ŠUMANOVIĆ, M., *Punomoćnici*, rad u knjizi CRNIĆ, I. - DIKA, M. - GRBIN, I. - HRVATIN, B. - JELČIĆ, O. - SESSA, Đ. - ŠUMANOVIĆ, M., "Novote u parničnom postupku", Zagreb, 2003., str. 143.

¹¹ V. Zakon o obveznim odnosima, "Narodne novine" br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99., dalje - ZOO, čl. 749.-770.

¹² Tako DIKA, M. - ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000. (dalje - DIKA-ČIZMIĆ), str. 176.

učinkom.¹³ Postulacijski nesposobna a parnično sposobna stranka može određivati granice ovlaštenja svoga punomoćnika, ali sama ne može djelovati pred sudom.¹⁴ Dakle, postulacijska sposobnost stranaka očituje se ne samo u tome da stranke mogu same, bez punomoćnika, voditi parnicu (arg. ZPP, čl. 89. st. 1.), nego i u tome da, čak i ako imaju punomoćnika, mogu uvijek doći pred sud i davati izjave pored svog punomoćnika (arg. ZPP, čl. 89. st. 2.).

De lege lata, u hrvatskom procesnoppravnom sustavu stranke ne moraju zastupati profesionalni punomoćnici (odvjetnici). Međutim, iako zastupanje u pravilu nije uvjetovano stručnom kvalifikacijom punomoćnika, stručna kvalifikacija neprijeporno predstavlja značajnu prednost jer je mogućnost da punomoćnik svojim stručnim znanjem pomogne stranci temeljni razlog njegovog angažiranja.¹⁵ Stranke ne moraju same poduzimati radnje u postupku. One, u pravilu, slobodno odlučuju o tome hoće li i koga će angažirati kao punomoćnika. Druga parnična stranka ne može utjecati na odluku parničnog protivnika o izboru punomoćnika, niti može zahtijevati da parnični protivnik sam poduzima parnične radnje.¹⁶ Punomoćnik kojega stranke angažiraju ne mora, u pravilu, biti kvalificiran niti imati posebna profesionalna svojstva (odvjetnik). Stoga je naš procesni sustav utemeljen na načelu da su stranke postulacijski sposobne, ako posebnim propisom za koju kategoriju stranaka nije što drugo predviđeno.

2. Iako stranke mogu poduzimati radnje u postupku osobno ili preko punomoćnika, sud uvijek može pozvati stranku koja ima punomoćnika da se pred sudom **osobno izjasni o činjenicama** koje treba utvrditi u parnici (ZPP, čl. 89.). Kada sud poziva stranku da se izjasni o činjenicama koje treba utvrditi u parnici, on je poziva da to učini kao stranka, kao parnični subjekt koji je ovlašten iznositi tvrdnje o činjenicama, predlagati dokaze i inače disponirati predmetom spora. U tom je smislu ovlaštenje suda da poziva stranku da se izjasni o bitnim činjenicama komplementarno njegovom ovlaštenju i dužnosti iz članka 298. ZPP-a, prema kojemu je sud dužan stvoriti uvjete da se na glavnoj raspravi dadu sva razjašnjenja potrebna da bi se utvrdilo činjenično stanje važno za odluku.¹⁷ Traženjem od stranke da se izjasni o bitnim činjenicama, sud ne izvodi dokaz saslušanjem stranaka (v. čl. 264. ZPP-a). O dispoziciji stranke ovisi hoće li se odazvati pozivu suda da se izjasni o bitnim činjenicama. Iz odbijanja stranke da se odazove tom pozivu ne bi se mogli izvoditi nikakvi zaključci na štetu stranke. Sud, dakle, u tom slučaju ne bi imao ovlasti koje ima kad izvodi dokaz saslušanjem svjedoka.¹⁸

3. Ako stranka nema punomoćnika, a stranka ili zakonski zastupnik stranke nisu u stanju jasno i određeno izjasniti se o predmetu o kojemu se raspravlja, sudac

¹³ Podrobnije o tome kod TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., *Gradansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986. (dalje - TRIVA), str. 246.; ZUGLIA, S., *Gradanski postupak FNRI*, Zagreb, 1957. (dalje - ZUGLIA), str. 330.-331.; STANKOVIĆ, G., *Gradansko procesno pravo*, Beograd, 1989. (dalje - STANKOVIĆ), str. 129.-130.

¹⁴ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 175.

¹⁵ Tako TRIVA, str. 261.

¹⁶ Vidi STANKOVIĆ, str. 157.

¹⁷ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 498.

¹⁸ Tako *ibid.*, str. 176. Drukčije TRIVA, str. 261, koji to pitanje ostavlja otvorenim za diskusiju.

pojedinaac odnosno predsjednik vijeća dužan je **upozoriti stranku na potrebu da uzme punomoćnika** (v. ZPP, čl. 296. st. 1.). Ova dužnost suda postoji samo kad utvrdi da se stranka iz neznanja ne koristi procesnim pravima. Odredbe čl. 296. ZPP-a u skladu su s načelom izraženim u čl. 11. ZPP-a, prema kojima će sud stranku koja se iz neznanja ne koristi pravima koja joj pripadaju prema ZPP-u upozoriti koje parnične radnje može poduzeti. Sud nije ovlašten stranku upoznavati s materijalnim pravom na koje ima pravo. Ako su, pak, stranka ili zakonski zastupnik stranke koji nisu u stanju jasno i određeno izjasniti se o predmetu o kojemu se raspravlja, tj. osobe pod starateljstvom, sud bi trebao upozoriti organ skrbi o potrebi da zastupanje stranke povjeri osobi koja može uspješno sudjelovati u parnici. Stranka nije dužna uvažiti prijedlog predsjednika vijeća jer on ima značenje preporuke, pa će u takvom slučaju sud nastaviti s raspravom. Ako, pak, sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća propusti ukazati stranci na potrebu uzimanja punomoćnika, takav propust sam po sebi ne predstavlja bitnu povredu odredaba parničnog postupka. Kada je stranka prihvatila upozorenje predsjednika vijeća da uzme punomoćnika, prijedlog stranke da se ročište odgodi jer nije u mogućnosti odmah uzeti punomoćnika, smatra se opravdanim razlogom za odgađanje ročišta (ZPP, čl. 269. st. 2.; v. ZPP, čl. 116.).

4. ZPP ne daje izričiti odgovor na pitanje može li stranka u parničnom postupku imati **više punomoćnika** (tzv. višestruka ili kolektivna punomoć). Iako se u odredbama čl. 89.-101. ZPP-a govori o "punomoćniku", a ne o "punomoćnicima", držimo da stranku u parničnom postupku smiju zastupati dva ili više punomoćnika. Uporište za ovakovo stajalište možemo naći i u odredbi čl. 138. st. 2. ZPP-a, gdje se izričito spominje "više punomoćnika", iako je riječ "punomoćnik" spomenuta u drugom kontekstu, a u tom je smislu i stajalište pravne znanosti.¹⁹ Ovo je pitanje značajno prije svega zbog mogućnosti da izjave punomoćnika nekada nisu suglasne, štoviše mogu biti i dijametralno suprotne u odnosu na interese stranke koju zastupaju. To svakako može sud dovesti u dvojbu koju od izjava punomoćnika uzeti u obzir tijekom vođenja postupka i donošenja meritorne odluke.

Jedan punomoćnik ne može svojim protivljenjem otkloniti učinak **neopozive** parnične radnje (pr., povlačenje tužbe, prijedlog za mirovanje postupka i sl.) koju je drugi punomoćnik poduzeo. Ako se, pak, radi o nesuglasnosti parničnih radnji punomoćnika koje su **opozive** (pr., činjenične tvrdnje), svaki punomoćnik može opozvati parničnu radnju drugog punomoćnika, pa ako je parnične radnje punomoćnika opozvao punomoćnik koji je zadnji poduzeo parničnu radnju, tada bi sud trebao uvažiti, odnosno prihvaćena bi bila parnična radnja punomoćnika koja je zadnja poduzeta,²⁰ a držimo da bi ovo stajalište trebalo poštivati i kod nesuglasja neopozivih parničnih radnji punomoćnika. Svakako, sud bi trebao po službenoj dužnosti upozoriti stranke da su dužne svoje parnične radnje uskladiti kako stranka ne bi trpjela štetne posljedice, a u krajnjem slučaju sud bi mogao pozvati i stranku da se osobno izjasni o neusklađenim činjenicama koje su iznijeli punomoćnici i koje treba utvrditi u postupku (arg. iz čl. 89. ZPP-a). Ako parnične radnje suprotnog sadržaja

¹⁹ Vidi TRIVA, str. 260.

²⁰ Tako POZNIĆ, B. - RAKIĆ VODINELIĆ, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1999. (dalje - POZNIĆ-VODINELIĆ), str. 125.

poduzme više punomoćnika istovremeno, te bi parnične radnje trebalo poništiti. U pravnoj znanosti postoji mišljenje da bi razne dvojbene situacije koje se javljaju ili se mogu javiti u slučaju zastupanja stranke od strane dva ili više punomoćnika, trebalo tretirati analogno pravilima o jedinstvenim suparničarima.²¹ Tako bi i u ovom slučaju trebalo održati na snazi parnične radnje onoga punomoćnika koje su povoljnije za stranku, a one koje nisu, ne bi bile važeće.²² U slučaju da parnične radnje suprotnog sadržaja istovremeno poduzmu stranka i punomoćnik, pravno važenje imaju parnične radnje i izjave stranke. Što se rokova tiče, rokovi za pravne lijekove počinju teći kad se odluka dostavi prvome punomoćniku.²³

5. *De lege lata*, stranku ili njezina zakonskog zastupnika koji se nalaze u inozemstvu, a nemaju punomoćnika u Republici Hrvatskoj, pozvat će sud da u primjerenom roku postave **punomoćnika za primanje pismena u Republici Hrvatskoj**.²⁴ Ako stranka ili njezin zakonski zastupnik ne postave takva punomoćnika, sud će stranci na njezin trošak postaviti privremenog zastupnika ovlaštenog za primanje pismena i o tome obavijestiti stranku, odnosno njezina zakonskog zastupnika (ZPP, čl. 146.). Odredba ovoga članka predviđa **iznimku od pravila da stranka sama određuje punomoćnika**, a odredbe se odnose na obje parnične stranke. Sud će strankama ili njihovim zakonskim zastupnicima dostaviti diplomatskim putem poziv da u primjerenom roku postave punomoćnika za primanje pismena u Republici Hrvatskoj, odnosno obavijest o postavljanju privremenog zastupnika ovlaštenog za primanje pismena, ako međunarodnim ugovorom ili odredbama ZPP-a nije što drugo određeno. Hrvatskim državljanima u inozemstvu to se može, uz njihov pristanak,²⁵ učiniti preko nadležnog konzularnog predstavnika ili diplomatskog predstavnika Republike Hrvatske koji obavlja konzularne poslove u toj stranoj državi (arg. ZPP, čl. 136.). Ovlaštenje privremenog zastupnika odnosi se samo na primitak pismena za stranku i/ili zakonskog zastupnika, i po tome se on razlikuje od privremenog (zakonskog) zastupnika iz čl. 85. ZPP-a. Tako je punomoćnik za primanje pismena ovlašten primiti ih i o tome obavijestiti stranku, a nije ovlašten poduzimati parnične radnje u ime stranke, pa, primjerice, ni podnijeti žalbu protiv prvostupanjske presude.²⁶ Ovlaštenje privremenog zastupnika prestaje kad se osoba kojoj je zastupnik za primanje pismena postavljen, pojavi pred sudom ili kad se pred sudom pojavi punomoćnik kojega je ta osoba postavila. Dostava punomoćniku za primanje pismena u Hrvatskoj ili privremenom zastupniku ovlaštenom za primanje pismena ima isti učinak kao dostava samoj stranci.

²¹ Vidi u tom smislu ZUGLIA, str. 395.; POZNIĆ, B., *Uvod u građansko procesno pravo*, Beograd, 1980., str. 337.

²² Tako i podrobnije o tome MARIĆ, M., *Neka od pitanja zastupanja parnične stranke kad stranka ima više punomoćnika*, "Zakonitost", god. 44, 1990., br. 3., str. 485.

²³ U tom je smislu i odluka VSH, Rev-1772/82., "Prilog Naše zakonitosti" (dalje - PNZ) - 22-96.

²⁴ Inače, punomoć za primanje pismena predstavlja posebnu vrstu punomoći za pojedine parnične radnje. Tako STANKOVIĆ, str. 171.

²⁵ Dostava na ovakav način je uredna samo ako adresat pristane primiti pismo. Vidi u tom smislu odluku VS Vojvodine, Gž- 126/86. od 27. ožujka 1986., SP- 10/86.

²⁶ Vidi presudu Privrednog suda Hrvatske (dalje - PSH), Pž- 3072/90. od 26. studenoga 1991., Praxis 1/190.

Privremeni zastupnik može biti svaka osoba koja može biti i punomoćnik.

Usto, u slučaju postojanja aktivnog i/ili parničnog **suparničarstva**, odnosno ako više osoba zajednički tuže, ili ako je više osoba tuženo kao jedinstveni suparničari, a nemaju zajedničkoga zakonskog zastupnika odnosno punomoćnika, sud ih može pozvati da u određenom roku imenuju **zajedničkog punomoćnika za primanje pismena**. Istodobno sud će obavijestiti tužitelje/jedinstvene suparničare kojega će od njih smatrati zajedničkim punomoćnikom za primanje pismena ako oni sami ne imenuju takva punomoćnika (ZPP, čl. 147.). Držimo da bi se odredba mogla analogno primijeniti i na umješača na strani tuženika kad ima položaj jedinstvenog suparničara. Aktivnim suparničarima može se naložiti imenovanje zajedničkog punomoćnika za primanje pismena, bez obzira postoji li obično, jedinstveno ili nužno suparničarstvo te bez obzira ima li svaki od njih punomoćnika ili sam obavlja parnične radnje. Dok suparničari kao zajedničkog punomoćnika za primanje pismena mogu odrediti jednog od njih, nekog od njihovih punomoćnika ili treću osobu, dotle sud za zajedničkog punomoćnika za primanje pismena može odrediti samo jednog od suparničara za kojega ocijeni da će moći najlakše i najbolje obavljati tu dužnost s obzirom na njihove interese i načelo ekonomičnosti.²⁷

De lege ferenda, Novelom je uređeno da su tužitelj ili njegov zastupnik koji se nalaze u inozemstvu, a tužitelj nema punomoćnika u Republici Hrvatskoj, dužni već prigodom podnošenja tužbe imenovati **zastupnika/punomoćnika za primanje pismena** u Republici Hrvatskoj, ili će u protivnom sud tužbu odbaciti (ZPP, čl. 146. st. 1., izmijenjen odredbom čl. 77. Novele). Dikcija ove odredbe ukazuje na odbacivanje tužbe i bez prethodnog upozorenja i pozivanja na otklanjanje ove procesne zapreke.²⁸ Drži se kako će ovo rješenje, osim ubrzanju postupka, pridonijeti i smanjenju samog broja postupaka koji su još u tijeku zbog nemogućnosti suda da ostvari kontakt s tužiteljem.²⁹ Tuženika, pak, ili njegova zastupnika koji se nalaze u inozemstvu, a tuženik nema punomoćnika u Republici Hrvatskoj, sud je dužan već prigodom dostave prvoga pismena pozvati da u primjerenom roku postave punomoćnika za primanje pismena u Republici Hrvatskoj, uz upozorenje da će u suprotnom sud tuženiku na njegov trošak postaviti zastupnika za primanje pismena iz reda odvjetnika ili javnih

²⁷ Usp. TRIVA, str. 297. Usto Triva smatra neutemeljenim "stav zakona da jedan od suparničara, ako oni ne imenuju punomoćnika, obavlja funkciju njihova punomoćnika, jer bi bilo pravilnije ovakvog suparničara tretirati kao specifičnog privremenog zastupnika". TRIVA, str. 263.

²⁸ Tako ŠUMANOVIĆ, M., *Punomoćnici*, rad u knjizi CRNIĆ, I. - DIKA, M. - GRBIN, I. - HRVATIN, B. - JELČIĆ, O. - SESSA, Đ. - ŠUMANOVIĆ, M., "Novote u parničnom postupku", Zagreb, 2003., str. 146.; SESSA, Đ., *Dostava*, rad u knjizi CRNIĆ, I. - DIKA, M. - GRBIN, I. - HRVATIN, B. - JELČIĆ, O. - SESSA, Đ. - ŠUMANOVIĆ, M., "Novote u parničnom postupku", Zagreb, 2003., str. 163.-164. Suprotno, I. Crnić drži kako bi sud prije odbacivanja tužbe trebao postupiti po čl. 109. ZPP-a, tj. podnosioca poučiti i pomoći mu da podnesak dopuni tako da u određenom roku imenuje punomoćnika za primanje pismena. Da je zakonodavac htio ovlastiti sud da to učini bez prethodnog pozivanja stranke na dopunu tužbe, tada bi to izričito propisao kao što je to učinio u odredbi noveliranog čl. 386. st. 2. ZPP-a u odnosu na reviziju. CRNIĆ, I., *Bitne novote u parničnom postupku*, "Hrvatska pravna revija", god. III., 2003., br. 11, str. 93.

²⁹ Vidi NAGY, E., *Izmjene i dopune Zakona o parničnom postupku*, "Informator", god. L, br. 5078. od 17. studenoga 2003., str. 25.

bilježnika i preko toga zastupnika obavijestiti tuženika odnosno njegova zastupnika o tom postavljenju (ZPP, čl. 146. st. 2.).³⁰

III. Tko može biti punomoćnik?

1. Najznačajnijom izmjenom/novinom koju je uvela Novela na području zastupanja stranaka putem punomoćnika, držimo rješenje iz čl. 45. Novele. Naime, sukladno odredbi čl. 45. Novele, iza čl. 89. ZPP-a dodaje se novi članak 89.a koji glasi:

“Stranku kao punomoćnik može zastupati samo odvjetnik, ako zakonom nije drugačije određeno.

Stranku može kao punomoćnik zastupati osoba koja je s njome u radnom odnosu, ako je potpuno poslovno sposobna.

Stranku kao punomoćnik može zastupati srodnik po krvi u pravoj liniji, brat, sestra ili bračni drug - ako je potpuno poslovno sposoban i ako se ne bavi nadripisarstvom.”

Kao što sam predlagatelj tvrdi, prigodom noveliranja instituta punomoćnika pošlo se od dvaju načelnih stavova. Prvo, da svaka stranka može sama voditi u svoje ime svaki parnični postupak, dakle da ne postoji obvezatno zastupanje od strane kvalificiranih punomoćnika - odvjetnika,³¹ te, drugo, da stranke kao punomoćnici smiju zastupati u pravilu samo odvjetnici.³² Bitnim ograničenjem mogućnosti da treće osobe kao punomoćnici zastupaju stranke trebalo bi se suzbiti zastupanje stranaka po nadripisarima.³³

2. Iznimke od pravila da stranku kao punomoćnik može zastupati samo odvjetnik, predviđene su za zaposlenike kao punomoćnike, te za bliske srodnike kao punomoćnike.

2.1. Što se bliskih srodnika tiče, uvodno treba napomenuti da se krug tih osoba prema Prijedlogu Novele protezao i na “srodnike po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stupnja, a u pobočnoj liniji do četvrtog stupnja, ili bračnog druga ili srodnika po tazbini do drugog stupnja, bez obzira na to je li brak prestao ili nije” (v. Prijedlog Novele, čl. 45.). Razvidno je kako je u konačnom (usvojenom) tekstu Novele taj krug osoba dodatno sužen jer, za razliku od rješenja iz Prijedloga Novele, stranku ne mogu više kao punomoćnici zastupati ni srodnici po krvi u pobočnoj liniji do četvrtog stupnja, osim braće i sestara, niti srodnici po tazbini do drugog stupnja. ZPP ne zahtijeva da

³⁰ Podrobnije o tome kod SESSA, Đ., *Dostava*, rad u knjizi CRNIĆ, I. - DIKA, M. - GRBIN, I. - HRVATIN, B. - JELČIĆ, O. - SESSA, Đ. - ŠUMANOVIĆ, M., “Novote u parničnom postupku”, Zagreb, 2003., str. 163.

³¹ Svakako, zbog kolizije interesa stranka ne bi mogla zastupati svog parničnog protivnika, a zbog istog razloga ista osoba ne može biti punomoćnik i tužitelja i tuženika i u takvom je slučaju sud ovlašten uskratiti pravo zastupanja takvom punomoćniku. Usp. TRIVA, str. 262. Vidi i odluku VS BiH, 64/69., “Zbirka sudskih odluka” (dalje - ZSO)- 2/71-141. Isti punomoćnik ne bi mogao zastupati ni suparničare ako su im interesi suprotni. Punomoćnik ne bi u istoj parnici mogao biti svjedok ili umješac.

³² Vidi Uvod Prijedloga Novele.

³³ Usp. *Obrazloženje* Prijedloga Novele uz čl. 45.

punomoćnici po srodstvu moraju biti i osobe koje imaju pravno obrazovanje, već je dovoljno da je riječ o osobama koje su sa strankom u zakonom određenom stupnju srodstva.³⁴

2.2. Što se zastupanja stranaka (pravnih osoba, obrtnika i sl.) od strane osoba koje su s njome u radnom odnosu tiče, ZPP ne uvjetuje pravo na zastupanje trajanjem radnog vremena, odnosno ne pravi razliku između radnog odnosa u punome radnom vremenu i za nepuno radno vrijeme (v. Zakon o radu, čl. 30. i 31.), niti između radnog odnosa na određeno ili neodređeno vrijeme. Na temelju odredbe čl. 89.a st. 2. ZPP-a moglo bi se zaključiti da stranke, pored tzv. korporacijskih pravnika, smiju kao punomoćnici zastupati i druge osobe koje su s njome u radnom odnosu, svakako ako su potpuno poslovno sposobne.³⁵ Prema mišljenju I. Crnića, u praksi bi sud trebao zatražiti da takav punomoćnik dokaže da je u radnom odnosu sa strankom čiji je punomoćnik, odnosno da je sa strankom u zakonom određenom stupnju srodstva, za što bi bila i dovoljna izjava stranke na ročištu da je riječ o zakonom propisanom stupnju srodstva. Pribavljanju isprava kojima bi se dokazao radnopravni status punomoćnika, odnosno stupanj srodstva, trebalo bi pribjegavati tek u slučaju kada bi protivna stranka tome prigovorila ili zahtijevala da se to pitanje raspravi.³⁶

2.3. Još jedna iznimka tiče se zastupanja u parnicama iz radnih odnosa. Naime, prema odredbi čl. 252. Novele, iza čl. 434. ZPP-a dodaje se novi članak 434.a, prema kojemu radnika u radnim sporovima mogu zastupati osobe zaposlene u sindikatima ili u udruzi sindikata čiji su oni članovi (ZPP, čl. 434.a st. 1.). Drugim riječima, u parnicama iz radnog odnosa nakon 1. prosinca 2003. godine radnika ne može zastupati osoba na temelju toga što je u radnom odnosu u sindikatu ako radnik ujedno nije i član sindikata.³⁷ Naravno, radnika kao punomoćnik može zastupati i punomoćnik po srodstvu iz čl. 89.a st. 3. ZPP-a. Usto, poslodavca može u postupku u parnicama iz radnih odnosa kao punomoćnik zastupati osoba koja je u radnom odnosu u udruzi poslodavaca čiji je on član ili u udruzi poslodavaca više razine u koju je udružena udruga poslodavaca čiji je on član (ZPP, čl. 434.a st. 2.). Time se proširuje krug osoba koje smiju zastupati poslodavca u parnicama iz radnih odnosa jer, vidjeli smo, poslodavca mogu zastupati i sve osobe koje su s njim u radnom odnosu ako su potpuno poslovno sposobne (v. ZPP, čl. 89.a st. 2.). Treba kazati kako ovaj drugi stavak nije bio predviđen u Prijedlogu Novele, nego je unesen u konačni tekst Novele tek na prijedlog Hrvatske udruge poslodavaca. Svoj prijedlog Hrvatska udruga poslodavaca temeljila je na činjenici da Zakon o radu daje mogućnost utemeljenja udruga radnika i poslodavaca pod jednakim uvjetima (Zakon o radu, "Narodne

³⁴ Usp. CRNIĆ, I., *Bitne novote u parničnom postupku*, "Hrvatska pravna revija", god. III, 2003., br. 11, str. 91.

³⁵ Tako i detaljnije kod CRNIĆ, I., *Postupak u parnicama iz radnih odnosa*, rad u knjizi CRNIĆ, I. - DIKA, M. - GRBIN, I. - HRVATIN, B. - JELČIĆ, O. - SESSA, Đ. - ŠUMANOVIĆ, M., "Novote u parničnom postupku", Zagreb, 2003., str. 309.

³⁶ *Ibid.*, str. 310.

³⁷ Vidi u tom smislu i stajalište J. S. 3-3/1. od 12. studenoga 2003., objavljeno u rubrici "VI - MI", "Informator", br. 5191. od 6. prosinca 2003. godine, str. 23.

novine” br. 38/95., 54/95., 65/95., 17/01., 82/01., dalje - ZR, glava XIX.). Štoviše, čl. 163. ZR-a određuje ista prava zastupanja pred sudom i za sindikat i za udruhu poslodavaca pa kod odredaba o punomoćnicima ne bi trebalo u povoljniji položaj stavljati samo jednog socijalnog partnera - sindikat.³⁸ Svakako, udruge mogu zastupati samo svoje članove i to uz njihov pristanak, a punomoćnici - osobe zaposlene u sindikatima i u udruzi poslodavaca - moraju se pred sudom legitimirati na temelju punomoći.³⁹

3. Novim člankom 89.a ZPP-a stranci nije oduzeta mogućnost da **sama nastupa u postupku**, odnosno da je zastupa njezin zakonski zastupnik. Predlagatelj nije prihvatio stajalište da bi trebalo uvesti obvezatno zastupanje od strane profesionalnih punomoćnika, jer je ocijenjeno da bi to zahtijevalo uspostavljanje posebnog sustava financiranja i određivanja besplatnog zastupanja, što bi u krajnjoj liniji opteretilo državni proračun, pošto bi država u tom slučaju, kao i u nizu drugih zemalja, morala osigurati sredstva za takvo zastupanje. Usto, uvođenje obvezatnog zastupanja pretpostavljalo bi da se i odvjetnička tarifa uredi zakonom kao npr. u SR Njemačkoj⁴⁰ i Republici Austriji.⁴¹ U suprotnom bi rješenje po kojemu bi jedna monopolistička služba sama utvrđivala cijenu svojih usluga bilo protuustavno. Zatim, trebalo bi riješiti i status više tisuća tzv. korporacijskih pravnika i njihovoga prava da zastupaju svoje

³⁸ Vidi Primjedbe na Prijedlog izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku Hrvatske udruge poslodavaca od 22. srpnja 2002. godine. str. 2.-3.

³⁹ Tako i potanje o tome kod CRNIĆ, I., *Komentar Zakona o radu sa sudskom i upravnom praksom i priložima*, Zagreb, 1999., str. 358.-359.

⁴⁰ U tzv. stranačkom postupku (*Partieprozess*) svaka parnično sposobna osoba može u parničnom postupku pred njemačkim sudom zastupati samu sebe (v. par. 79. njemačkog *Zivilprozess Ordnunga*, dalje - DZPO). U pravilu je to moguće u parnicama pred tzv. službeničkim sudovima (*Amtsgerichte*) u kojima vrijednost predmeta spora ne prelazi 5. 000 EUR (v. par. 23. Zakona o organizaciji sudova, *Gerichtsverfassungsgesetz*, dalje - DGVG). Podrobnije o tome kod BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMAN, *Zivilprozessordnung*, 59. Auflage, München, 2001., str. 206.-207.; JAUERING, O., *Zivilprozessrecht*, 27. Auflage, München, 2002., str. 67.-74. U postupku pred tzv. Zemaljskim sudovima (*Landgerichte*) kao i svim sudovima viših instanci obvezno je zastupanje od strane odvjetnika (*Anwaltsprozess*) “registriranog kod parničnog suda” (v. DZPO, par. 78/I.), te u sporovima pred Zemaljskim sudovima u kojima je vrijednost predmeta spora veća od 5. 000 EUR-a. Sukladno odredbi par. 78/II DZPO-a, u bračnim, paternitskim i maternitskim parnicama obvezno je zastupanje od strane odvjetnika bez obzira pred kojim se sudom vodi postupak. Ista odredba određuje i iznimke od obveznog odvjetničkog zastupanja, pa se tako stranka može sama zastupati (u pravilu) pred sucem pojedincem, izbranim sucem ili u izvanparničnom postupku. Potanje kod BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMAN, *Zivilprozessordnung*, 59. Auflage, München, 2001., str. 197.-206.; JAUERING, O., *Zivilprozessrecht*, 27. Auflage, München, 2002., str. 67.-74.

⁴¹ U parničnom postupku pred austrijskim višim sudovima (pr., Kreisgerichte, Landesgerichte, Oberlandesgerichte), kao i u postupku pred općinskim sudovima (*Bezirksgericht*) u kojima vrijednost spora prelazi iznos od 30. 000 ATS/ 2.180 EUR, obvezno je zastupanje po odvjetniku (tzv. *absolute Anwaltszwang*) (v. *Zivilprozessordnung*, dalje - AZPO, par. 27.). U postupcima pred *Bezirksgerihtom* u kojima je vrijednost predmeta spora niža od 30. 000 ATS/ 2.180 EUR, stranke mogu poduzimati parnične radnje bez punomoćnika odvjetnika (*relative Anwaltszwang/Anwaltspflicht*, ali ako uzmu punomoćnika to mora biti odvjetnik). Usto, stranke mogu samostalno, bez obzira na vrijednost predmeta spora, poduzimati radnje pred zamoljenim sucem i predsjednikom vijeća, u sudskoj pisarnici, povodom zahtjeva za dodjelu besplatnog punomoćnika, u bračnim sporovima i sl. Podrobnije o tome kod RECHBERGER-SIMOTTA, *Zivilprozessrecht*, 2000.; FASCHING, *Lehrbuch des osterreichischen Zivilprozessrecht*, Wien, 1990.; HOLZHAMMER, *Osterreichisches Zivilprozessrecht*, Wien/New York, 1976.

poslodavce. Uvođenje obvezatnog zastupanja po profesionalnim punomoćnicima dovelo bi do otpuštanja velikog broja korporacijskih pravnikâ, od kojih svi ne bi ni mogli postati odvjetnici. Pritom kvaliteta zastupanja koju pružaju ti pravnici u pravilu nije ispod one koju pružaju odvjetnici. Konačno, ocijenjeno je da postojeće stanje, u kojemu ipak stranke u pravilu angažiraju profesionalne punomoćnike, ne zahtijeva, radi općeg povećanja kvalitete u pružanju pravne zaštite, uvođenje instituta obvezatnoga zastupanja.⁴² Ipak, drži se da stranka, u granicama u kojima joj je izbor punomoćnika neodvjetnika ipak dopušten, treba sama snositi moguće štetne posljedice koje iz toga proizađu.⁴³

4. Vrijedi spomenuti da je u saborskoj raspravi o Prijedlogu Novele istaknuto i više **amandmana** na pojedine odredbe, koji u konačnici nisu prihvaćeni. Tako je Hrvatska odvjetnička komora predložila da se u članku 89. ZPP-a doda novi stavak 2. koji bi glasio: "Stranke su obvezne poduzimati radnje putem odvjetnika kao punomoćnika u predmetima u kojima je dopuštena **revizija**", jer se time, zbog profesionalizma i osiguranja od odgovornosti za rad odvjetnika, štite interesi stranke. Amandman nije prihvaćen jer se kod uređivanja instituta i pošlo od pravila da stranke u načelu mogu zastupati samo odvjetnici, s tim da su iznimke predviđene za zaposlenike kao punomoćnike te za bliske srodnike kao punomoćnike (v. predloženi novi čl. 89.a ZPP-a). Usto, prijedlog je ocijenjen kao neprihvatljiv i zbog bitno drugačijeg uređenja razloga zbog kojih se može izjaviti revizija.⁴⁴ Odbor za zakonodavstvo bio je također mišljenja da bi stranke trebalo obvezati na poduzimanje radnji putem odvjetnika kao punomoćnika u predmetima u kojima je dopuštena revizija. Drže kako institut punomoćnika nije dovoljno redefiniran, i to zbog uvođenja raspravnog načela, bitnog ograničenja prava stranaka, te prava na iznošenje novota. Zbog svega stranku bi trebalo pojačano zaštititi, poglavito u predmetima u kojima se može izjaviti revizija, a to najbolje mogu odvjetnici. Tvrdè kako je, u pravilu, riječ o najkompliciranijim predmetima koji zahtijevaju visok stupanj stručnosti u zastupanju. U raspravi je izraženo i suprotno stajalište prema kojemu nema opravdanih razloga nametati strankama obvezu angažiranja odvjetnika općenito, pa i kod korištenja instituta revizije, jer svatko slobodno disponira svojim pravima, pa tako treba dopustiti da npr. pravnu osobu zastupaju njezini pravnici, a ostale osobe punomoćnici srodnici, koji ionako svoju punomoć ne mogu prenositi na druge osobe. Prijedlogu je zamjerena i nedovoljna preciznost jer je revizija u nekim slučajevima dopuštena od početka postupka, a u nekim tek od drugog stupnja (ovisno o vrijednosti spora) pa nije jasno kad bi nastajala obveza angažiranja odvjetnika.⁴⁵

Usto je, u ime Kluba zastupnika HSS-a, Z. Haramija zatražio da se iz čl. 3. Konačnoga prijedloga zakona, kojim se mijenjaju odredbe čl. 9. ZPP-a o dužnosti

⁴² Usp. Uvod Prijedloga Novele.

⁴³ Vidi ŠUMANOVIĆ, M., *Punomoćnici*, rad u knjizi CRNIĆ, I. - DIKA, M. - GRBIN, I. - HRVATIN, B. - JELČIĆ, O. - SESSA, Đ. - ŠUMANOVIĆ, M., "Novote u parničnom postupku", Zagreb, 2003., str. 144.

⁴⁴ Vidi Nacr prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku usklađen s prihvaćenim primjedbama i prijedlozima, koji je Ministarstvo pravosuđa, uprave i lokalne samouprave uputilo Vladi 21. listopada 2002. god., str. 3.

⁴⁵ Vidi *Jednostavnije do pravne zaštite*, "Izvjješća Hrvatskoga sabora", god. XIV, 2003., br. 372, str. 27.

govorenja istine i savjesnog korištenja priznatih prava pred sudom, izostavi riječ “zastupnici”, među koje spadaju i odvjetnici, jer se obveza govorenja istine pred sudom pored stranaka i umješaka ne bi mogla odnositi i na odvjetnike s obzirom da oni prenose činjenično ono što saznaju kroz upute stranke. Drži da je obrazloženje kojim je Vlada odbila taj prijedlog, zbog toga jer se radi o izvršenju subjektivne istine, nerazumljivo.⁴⁶ Ipak, u konačnom tekstu Novele izostavljena je riječ “zastupnici” iz teksta odredbe čl. 3. Novele.

5. Usporedbe radi, zanimljivo je napomenuti da je 5. studenoga 2003. godine stupio na snagu novi Zakon o parničnom postupku Federacije **Bosne i Hercegovine** (“Službene novine Federacije BiH”, broj 53/03., dalje - **FZPP**). Danom stupanja na snagu FZPP-a prestao je važiti dotadašnji Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine FBiH”, br. 42/98 i 3/99., dalje - **SFZPP**), osim odredaba koje se odnose na postupak u parnicama iz obiteljskih odnosa (SFZPP, čl. 404.-424.), koje će se nastaviti primjenjivati do donošenja posebnog zakona (FZPP, čl. 459.). Stupanjem na snagu FZPP-a u parnični postupak uveden je niz izmjena i novina, među ostalim i na području zastupanja stranaka od strane punomoćnika.⁴⁷ Tako, prema odredbi čl. 300. st. 1. i 2. FZPP-a, stranke mogu poduzimati radnje u postupku osobno ili preko punomoćnika, a stranka koju zastupa punomoćnik može uvijek doći pred sud i davati izjave pored svog punomoćnika, ali suprotnu stranu, svjedoke i vještake može ispitivati samo preko punomoćnika, ako je on nazočan na glavnoj raspravi. Vidljivo je kako je, u odnosu na odredbu čl. 80. SFZPP-a, brisana sintagma “ali sud može pozvati stranku koja ima punomoćnika da se pred sudom osobno izjasni o činjenicama koje treba utvrditi u parnici”. Puno je značajnije da je postulacijska sposobnost stranke ograničena na način da suprotnu stranku, svjedoke i vještake može ispitivati samo preko punomoćnika, ako je on nazočan na glavnoj raspravi.⁴⁸ Prema odredbi čl. 301. FZPP-a, punomoćnik stranke u parničnom postupku može biti: odvjetnik, odvjetničko društvo ili uposlenik službe za besplatnu pravnu pomoć, kao i, za pravne osobe uposlenik te pravne osobe, a za fizičke osobe bračni odnosno izvanbračni drug stranke ili srodnik stranke po krvi ili po tazbini. Odredbom čl. 301. FZPP-a značajno su izmijenjene odredbe čl. 81. SFZPP-a prema kojima je punomoćnik stranke mogla biti svaka potpuno poslovno/parnično sposobna osoba. Sada je krug mogućih punomoćnika znatno sužen.⁴⁹ U svezi s tim treba napomenuti da je u Nacrtu FZPP-a bilo predviđeno kako punomoćnik stranke može biti “srodnik stranke po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stupnja, u pobočnoj liniji do četvrtog stupnja zaključno, a... srodnik po tazbini do drugog stupnja zaključno”. Držimo lošim rješenjem što je u konačnom tekstu određeno da punomoćnik stranke može biti njezin “srodnik po krvi ili po tazbini”, bez ikakvih ograničenja u stupnjevima srodstva. Time

⁴⁶ *Ibid.*, str. 29.

⁴⁷ Sve navedeno za parnični postupak Federacije, vrijedi i za parnični postupak Republike Srpske, jer je sadržaj odredaba o punomoćnicima u potpunosti usklađen. Podrobnije o tome kod ALEKSIĆ, R., *Novine u Nacrtu ZPP Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske*, “Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 1”, Mostar, 203., str. 347.-389.

⁴⁸ Podrobnije kod OMANOVIĆ, S., *Draft novog Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine s komentarom*, Sarajevo, 2003., str. 129.

⁴⁹ *Usp. Ibid.*, str. 129.

se u velikoj mjeri umanjuje temeljni cilj odredbe čl. 301. FZPP-a, kojemu je intencija da osigura da stranke u postupku zastupaju kvalificirani punomoćnici, jer se uvelike proširila mogućnost zastupanja stranaka od strane nekvalificiranih punomoćnika.

I u Republici **Sloveniji** na snazi je novi Zakon o parničnom postupku od 14. srpnja 1999. godine ("Uradni list Republike Slovenije", dalje - **ZPPSl.**, br. 26/99.). Pored niza drugih novina, donošenjem ZPP-a redefiniran je i institut punomoćnika u parničnom postupku. Prema odredbi čl. 86. i 87. ZPPSl.-a, stranke mogu obavljati parnične radnje osobno ili preko punomoćnika. U postupku pred okružnim, višim i Vrhovnim sudom stranka može sama poduzimati parnične radnje, ali ako se odluči angažirati punomoćnika, u postupku pred okružnim i višim sudom to može biti samo odvjetnik ili osoba s položenim pravosudnim ispitom. U postupku po izvanrednim pravnim lijekovima stranka može poduzimati parnične radnje samo preko punomoćnika koji je odvjetnik, osim ako stranka ili njezin zakonski zastupnik nemaju položen pravosudni ispit. Prema odredbi čl. 95. ZPPSl.-a, za podnošenje izvanrednog pravnog lijeka i odvjetniku je potrebna nova i posebna punomoć.⁵⁰

6. Da bismo u potpunosti shvatili konačni tekst odredbe novoga čl. 89.a ZPP-a, nužno je napomenuti da je taj sadržaj posljedica, i po našem mišljenju svojevrstni kompromis, **suprotstavljenih stajališta odvjetnika i pravnika u gospodarstvu** povodom davanja u raspravu Nacrta prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, iz veljače 1998. godine (dalje - **Nacrt 98.**). Kao što je sam predlagatelj uvodno tvrdio, u Nacrtu je, djelomično radi ubrzanja postupka i njegove efikasnosti te kvalitete pravosuđenja, a djelomično radi sprječavanja nadripisarstva, bilo alternativno predloženo kao opće pravilo uvođenje obveznog zastupanja putem kvalificiranog punomoćnika - odvjetnika. Ipak, držalo se kako treba zadržati i mogućnost da pravne osobe zastupaju pravnici s položenim pravosudnim ispitom koji su s tim pravnim osobama u radnom odnosu. Usto, bilo je predviđeno i da suci, odvjetnici, javni bilježnici i druge osobe s položenim pravosudnim ispitom mogu same sebe neposredno zastupati. Predloženo ograničenje postulacijske sposobnosti ne bi se primjenjivalo u sporovima male vrijednosti, radnim sporovima i parnicama zbog smetanja posjeda.^{51. 52}

⁵⁰ Podrobnije o tome kod UDE, L. - GALIČ, A., *Zakon o pravdnem postopku z uvodnimi pojasnili in stvarnim kazalom*, Ljubljana, 1999., str. 37.-41.; GALIČ, A., *Novosti u slovenskom Zakonu o parničnom postupku*, "Pravo u gospodarstvu", vol. 40, 2001., br. 5, str. 36.-37.

⁵¹ Vidi Novelu 98, poglavlje *ALTERNATIVA*.

⁵² U odredbama točke IV. *Alternative* Nacrta 98, bio je predviđen novi članak 90a., iza čl. 90. ZPP-a, koji glasi: "Docenti i profesori pravnih fakulteta s položenim pravosudnim ispitom mogu za nagradu pružiti pravnu pomoć i zastupati stranke pred sudom i upravnim tijelima sukladno propisima koji se odnose na odvjetništvo. O namjeri obavljanja navedenih poslova dužni su izvijestiti Hrvatsku odvjetničku komoru". U načelu smo pozdravili rješenja iz navedene odredbe, ali smo bili slobodni ukazati na neke nelogičnosti. U tom smislu predložili smo da se iz članka 90a. izostave riječi "pružati pravnu pomoć i", a u drugoj rečenici riječi "obavljanja navedenih poslova", treba zamijeniti s riječi "zastupanja". Tako bi novi tekst članka 90a. glasio: "Docenti i profesori pravnih fakulteta s položenim pravosudnim ispitom mogu za nagradu zastupati stranke pred sudom i upravnim tijelima sukladno propisima koji se odnose na odvjetništvo. O namjeri obavljanja zastupanja dužni su izvijestiti Hrvatsku odvjetničku komoru." Naime, odredbe ZPP-a, po naravi stvari, odnose se na postupak/zastupanje pred sudovima i supsidijarno na postupak/zastupanje pred upravnim tijelima. Držali smo da ne bi bilo dobro odredbama ZPP-a uređivati i materiju pružanja pravne pomoći, jer se ona pruža izvan sudskog postupka

Pitanje obveznog zastupanja stranaka od strane odvjetnika kao punomoćnika izazvalo je u našoj pravničkoj javnosti vrlo burne, a u velikoj mjeri i oprečne reakcije iz redova odvjetnika i pravnika u gospodarstvu.⁵³ Obje strane slažu se da postupak u ime i za račun stranaka trebaju voditi stručne osobe jer je to jedino jamstvo za zaštitu interesa stranaka, kvalitetno korištenje vremena te brže okončanje postupka, ali ne i u tome da ta stručna osoba mora biti odvjetnik.

6.1. Prema mišljenju odvjetnika, zastupanje po kvalificiranom punomoćniku pridonosi povećanju kvalitete u zastupanju, a sudove bi rasteretilo skrbi za neuke stranke.⁵⁴ Uređeni pravni sustav u kojem samo odvjetnici i javni bilježnici imaju pristup sudovima, sudskom registru i zemljišnim knjigama temelj je sprečavanja nadripisarstva.⁵⁵ Uvođenjem obveznog zastupanja podiže se kakvoća pravne usluge, ubrzava se rad sudova, izostaju objesna parničnjenja kao i nepotrebne parnične radnje, što utječe na smanjenje troškova svakoj stranci.⁵⁶ Profesionalci (odvjetnici) prije i lakše usvajaju novote te ih pravilnije primjenjuju od ostalih, a ni sud ne mora paziti na procesna im prava, što je dužan upozoravati u parničnom postupku pravno neuke stranke.

U ime odvjetnika Josip Kos obrazložio je HOK-ove prijedloge na sljedeći način: kvalificirani odvjetnik pomaže sudu da sudi stručno, time pridonose ubrzanju postupka, čime bi stranke brže dobile sudsku zaštitu; obvezno odvjetničko zastupanje omogućuje i održavanje zajedničkih seminara i drugih oblika zajedničkog usavršavanja u struci sudaca i odvjetnika, a što nije moguće postići s potencijalnim punomoćnicima neodvjetnicima jer oni predstavljaju neidentificirani i nepoznati krug osoba; obveznim odvjetničkim zastupanjem pridonijelo bi se izgradnji pravne države

i nije uvijek u izravnoj svezi sa sudskim postupkom. Štoviše, pružanje pravne pomoći od strane profesora pravnih predmeta uređeno je odredbom čl. 5. Zakona o odvjetništvu ("Narodne novine", br. 9/94., dalje - ZO), pa bi se te odredbe duplirale, a moguća je i kolizija. Upravo su spomenutim odredbama čl. 5. ZO-a neprijeporno razgraničeni poslovi pružanja pravne pomoći (pravni savjeti i pravna mišljenja) od zastupanja pred sudom i radnjama koje su u svezi s zastupanjem (sastavljanje isprava, sastavljanje tužbi, žalbi, prijedloga, zahtjeva, molbi, izvanrednih pravnih lijekova i drugih podnesaka). Razvidno je da bi odredbe čl. 90a. kojima se dopušta zastupanje stranaka pred sudom od strane docenata i profesora pravnih fakulteta, djelomično derogirale odredbe čl. 5. Zakona o odvjetništvu koje to zabranjuju. Vidi detaljnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Neka zapažanja o pravnoj pomoći nastavnika pravnih fakulteta u Republici Hrvatskoj*, "Pravo i porezi", god. X, 2001., br. 9, str. 38.-40.

⁵³ Osim literature koja će u nastavku biti spomenuta, pogledati detaljnije o tome i kod GIUNIO, M., *Još o odvjetničkoj isključivosti*, "Hrvatska gospodarska revija", god. XLVII, 1998., br. 3, str. 387.-392.; KOS, J., *Prijedlog da stranke u sudskim postupcima mogu zastupati samo odvjetnici i drugi zakonom određeni zastupnici*, "Odvjetnik" god. 71, 1998., br. 1-2, str. 39.-49.; GIUNIO, M., *Odvjetništvo u sendviču između dviju odluka Ustavnog suda RH*, "Pravo u gospodarstvu", vol. 39, 2000., br. 5, str. 155.-160.; GIUNIO, M., *Odvjetnici - isključivi zastupnici pred sudovima (o postulacijskoj sposobnosti, nadripisarstvu i ostalom)*, "Pravo i porezi", god. VI., 1997., br. 9, str. 24.-29.; KOS, J., *Još o prijedlogu Novele Zakona o parničnom postupku*, "Pravo i porezi", god. VII., 1997., br. 12, str. 38.-42.; ZNIDARČIĆ-BEGOVIĆ, Z., *Odvjetnik na sudu*, "Odvjetnik", god. 72., 1999., br. 3-4, str. 36.-39.;

⁵⁴ Tako PERKUŠIĆ, A., *Utjecaj postupovnih odredbi na ažurnost rada sudova u kontekstu postupovnih odredbi parničnog prava*, "Hrvatska gospodarska revija", 1998., br. 12, str. 1480.

⁵⁵ Vidi HANĐEKOVIĆ, M., *Odvjetnicima isključivo pravo zastupanja pred sudovima?*, "Odvjetnik", god. 70., 1997, br. 9.-10, str. 8.

⁵⁶ *Ibid.*, str. 8.

ili vladavini prava, jer bi pred sudovima stranke zastupale osobe koje su za to ovlaštene, stručne i dvostruko odgovorne (moralno i stegovno te imovinski cijelom svojom imovinom); obveznim odvjetničkim zastupanjem pridonosi se sigurnosti stranaka da će ostvariti zakonima i drugim propisima zajamčena prava ili naknadu štete zbog propusta u zastupanju, jer se odvjetnik mora obvezno osigurati za štetu koju bi mogao počinuti trećima obavljanjem odvjetništva (Zakon o odvjetništvu, čl. 44. st. 1.); obveznim odvjetničkim zastupanjem osigurala bi se naplata poreza na odvjetničke usluge i tako bi se poboljšala porezna stega i stanje državnog proračuna; za obvezno odvjetničko zastupanje stranaka pred sudom nema zapreke ni sa socijalnog stajališta jer odvjetnici su i do sada besplatno zastupali socijalno ugrožene, a odvjetnički honorar može se naplatiti od protivne stranke koja izgubi spor i koja ugrožava tuđe pravo, pa stranka koja ima pravo na sudsku zaštitu ima i pravo na naknadu parničnih troškova; obveznim odvjetničkim zastupanjem pravnici u gospodarstvu neće biti ugroženi jer oni koji imaju pravosudni ispit mogu postati odvjetnici i nastaviti zastupati svoje tvrtke pred sudovima, odnosno ako ne postanu odvjetnici, mogu i dalje obavljati sve druge pravničke poslove u tvrtkama, osim zastupanja pred sudovima.⁵⁷

Nadalje, A. Vičić drži da je ekskluzivitet odvjetničkog zastupanja u građanskim postupcima rješenje koje tradicionalno postoji u svim zemljama visoke civilizacije, a alternativa mu je ostanak u okvirima pravnih sustava bivšeg socijalističkog bloka, koji je odvjetništvo smatrao nužnim zlom, a njegovu ulogu u pravosudnom sustavu minornom.⁵⁸

6.2. Pravnici u gospodarstvu mišljenja su da ako u imovinskom materijalnom pravu postoji mogućnost raspolaganja svojim pravima, uključujući i odricanje od njih, onda bi bilo posve nelogično uskratiti nekoj osobi pravo odabira onoga tko će mu pružiti pravnu pomoć, odnosno pravo da preuzme rizik možebitnog nedostatka stručnosti.⁵⁹ Usto, kazneni progon nadripisarstva drže neustavanim, anakronim i nepotrebnim te predlažu da se kazneno djelo nadripisarstva izostavi iz Kaznenog zakona, misle kako ga ne bi trebalo spominjati u ZPP-u, a odredbu čl. 5. Zakona o odvjetništvu trebalo bi bitno izmijeniti tako da ne uključuje neustavan pravni monopol odvjetnika u pružanju pravnih usluga, te da ne sadrži diskriminatorne i omalovažavajuće odredbe kao što su one o sveučilišnim profesorima i docentima pravnih predmeta.⁶⁰ Nadalje, trebalo bi omogućiti uključenje u odvjetničku asocijaciju ili pak stvaranje paralelne slične asocijacije kako je to uređeno u državama koje odvjetnicima daju određenu ekskluzivnost.⁶¹ Uvođenje obvezatnog korištenja odvjetnika kao zastupnika zahtijeva i državno propisivanje naknade odvjetničkih usluga, a ne samostalno od strane odvjetničke udruge, te bi zahtijevalo i vrlo

⁵⁷ KOS, J., *Još o prijedlogu Novele Zakona o parničnom postupku*, "Pravo i porezi", 1997., br. 12, str. 40.-42.

⁵⁸ Tako VIČIĆ, A., *Ponovno o obveznom zastupanju putem odvjetnika*, "Odvjetnik", god. 72., 1999., br. 3-4, str. 41.

⁵⁹ Usp. SLAKOPER, Z., *O mogućim posljedicama prihvaćanja novele članka 89. Zakona o parničnom postupku*, "Pravo i porezi", 1998., br. 2., str. 41.

⁶⁰ Vidi GIUNIO, M., *Nadripisarstvo i prateće tendencije*, "Pravo u gospodarstvu", vol. 37, 1998., br. 4., str. 642.

⁶¹ *Ibid.*, str. 642.

diferenciran pristup u pogledu vrste sporova i instacijskog vođenja postupka,⁶² a zahtijevalo bi i pojačano proračunsko izdvajanje kako se socijalno ugroženim ili siromašnijim slojevima ne bi udaljila mogućnost traženja pravne zaštite u parničnom postupku.⁶³

IV. Uskrata zastupanja

1. *De lege lata*, prema odredbama čl. 90. ZPP-a, **punomoćnik može biti svaka osoba koja je potpuno poslovno sposobna osim osoba koje se bave nadripisarstvom (st. 1.)**. Da bi neka osoba mogla biti punomoćnikom mora, dakle, ispunjavati dva zahtjeva. Jedan je od tih zahtjeva pozitivan - ta osoba mora biti potpuno poslovno sposobna,⁶⁴ mora dakle imati parničnu sposobnost (ar. iz čl. 79. ZPP-a), a drugi je negativan - ona se ne smije baviti nadripisarstvom.

Nadripisar je osoba koja se neovlašteno bavi pružanjem pravne pomoći. Sud je dužan rješenjem uskratiti zastupanje punomoćniku za koga je utvrdio da je nadripisar, odnosno ako ima saznanje da se ta osoba pojavljuje kao punomoćnik u većem broju parnica,⁶⁵ i o tome je dužan odmah obavijestiti stranku dostavom rješenja (ZPP, čl. 90. st. 2.). Pri utvrđivanju bavi li se punomoćnik nadripisarstvom nije nužno i postojanje kaznene odgovornosti,⁶⁶ nego je dovoljno da je ta osoba poznata sudu kao osoba koja se bavi nadripisarstvom.⁶⁷ Smisao odredbe čl. 90. st. 2. ZPP-a prema kojoj sud treba uskratiti daljnje zastupanje punomoćniku koji se bavi nadripisarstvom, nije u tome da se punomoć proglašni ništavom, nego u tome da prestane njezino daljnje važenje.⁶⁸ Protiv rješenja vijeća kojim se punomoćniku nadripisaru uskraćuje daljnje zastupanje u toj parnici dopuštena je posebna žalba. Žalba protiv rješenja o uskraćivanju zastupanja ne zadržava izvršenje rješenja (ZPP, čl. 90. st. 3.). Žalba protiv rješenja o uskrati zastupanja nije, dakle, suspenzivna, što znači da prema osobi kojoj je uskraćeno zastupanje odnosno prema stranci djeluje prije pravomoćnosti - od dostave (arg. iz čl. 334. ZPP-a),⁶⁹ ali treba uzeti i od objave rješenja na ročištu na kojoj su bili prisutni ta osoba ili stranka.⁷⁰

⁶² *Ibid.*, str. 642.

⁶³ *Ibid.*, str. 643.

⁶⁴ Za ocjenu poslovne sposobnosti punomoćnika bilo bi mjerodavno pravo njegova državljanstva.

⁶⁵ Tako STANKOVIĆ, str. 166.

⁶⁶ U tom je smislu i odluka Županijskog suda (dalje - ŽS) u Rijeci, Gž- 237/97. od 26. veljače 1997., objavljena kod CRNIĆ, I., *Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku*, "Informator", br. 4682. od 20. siječnja 1999., str. 6.

⁶⁷ Tako BAZALA, B., *Zakon o parničnom postupku s objašnjenjima i sudskim odlukama*, Zagreb, 1969., str. 66.

⁶⁸ Vidi odluku VSH, Rev- 349/84. od 13. lipnja 1984., objavljena kod CRNIĆ, I., *Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku*, "Informator", br. 4682. od 20. siječnja 1999., str. 6.

⁶⁹ Vidi u tom smislu odluku OS u Varaždinu, Gž- 917/80., od 29. rujna 1980. god.

⁷⁰ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 177.

U slučaju uskrate zastupanja osobi za koju je utvrđeno da je nadripisar, sud bi trebao postupiti kao u slučaju u kojemu je **udaljio punomoćnika stranke s ročišta** (v. ZPP, čl. 318.).⁷¹ Naime, kad se iz sudnice udalji punomoćnik, vijeće će na zahtjev stranke odgoditi ročište, a ako stranka nije nazočna ročištu, vijeće će uvijek odgoditi ročište i obavijestiti stranku da je njezin punomoćnik udaljen s ročišta zbog narušavanja reda. Bez obzira što je odlukom o udaljavanju punomoćniku sud uskratio daljnje zastupanje, rasprava se može nastaviti ako je stranka prisutna te ako izjavi da joj punomoćnik nije potreban ili ako odmah uzme novoga punomoćnika. Stranci nije dana mogućnost da raspravlja pred sudom kad je na ročištu kojem ona nije prisustvovala, a nakon što je udaljio njezina punomoćnika iz sudnice, sud umjesto da odgodi ročište nastavio s izvođenjem dokaza (saslušanje svjedoka) o odlučnim činjenicama.⁷²

Radnje koje je nadripisar poduzeo do uskrate zastupanja pravno su valjane,⁷³ a radnje koje bi nadripisar poduzeo nakon što mu je uskraćeno zastupanje, bile bi bez pravne važnosti⁷⁴ i trebalo bi ih odbaciti.

Ako sud utvrdi da punomoćnik koji nije odvjetnik **nije sposoban obavljati tu dužnost, dužan je upozoriti stranku** na štetne posljedice koje bi mogle nastati zbog nepravilnoga zastupanja (ZPP, čl. 90. st. 4.). Stranka potom slobodno odlučuje hoće li otkazati punomoć i uskratiti zastupanje takvoj osobi. Iako se tumačenjem ove odredbe *a contrario* nameće zaključak da sud ne bi bio dužan to učiniti u slučaju u kojemu stranku zastupa odvjetnik, držimo kako bi pitanje bi li sud smio stranku upozoriti na nesposobnost njezina odvjetnika trebalo držati otvorenim i za mogućnost da bi sud, ipak, to smio učiniti, jer je to u skladu s zahtjevom načela pružanja pomoći nekoj stranci u širem smislu (v. čl. 11. ZPP-a), ali i načela savjesnog korištenja procesnih ovlaštenja (v. čl. 9. i 10. ZPP-a).⁷⁵ Da bi sud bio ovlašten upozoriti stranku na nesposobnost njezina punomoćnika, bila bi, smatramo, dovoljna vjerojatnost te nesposobnosti i mogućnost nastupanja štetnih posljedica. Sud bi stranku o nesposobnosti njezina punomoćnika mogao obavijestiti dopisom odgovarajućeg sadržaja.

2. Radi usklađivanja s novim člankom 89.a ZPP-a, Novelom (čl. 46.) su izmijenjene odredbe čl. 90. ZPP-a na način da, ako se kao punomoćnik pojavi osoba koja ne može biti punomoćnikom prema odredbama članka 89.a ZPP-a, sud takvoj osobi treba uskratiti daljnje zastupanje i o tome obavijestiti stranku (ZPP, čl. 90. st. 1.). Kao i prije, žalba protiv rješenja o uskrati zastupanja neće zadržavati provedbu rješenja (ZPP, čl. 90. st. 2.). I dalje je sud, ako utvrdi da punomoćnik koji nije odvjetnik nije sposoban obavljati tu dužnost, dužan upozoriti stranku na štetne posljedice koje mogu nastati zbog nepravilnog zastupanja (ZPP, čl. 90. st. 3.). Možemo zaključiti da su radnje koje je poduzela takva osoba do donošenja rješenja o uskrati zastupanja pravno valjane. Stoga bi bilo dobro da sud, već pri prvom kontaktu

⁷¹ Tako ZUGLIA, str. 238.

⁷² Takvo je stajalište zauzeo VSH u odluci II Rev- 50/87., od 17. prosinca 1987., PSP - 38/129.

⁷³ Tako i u odluci VSH, Rev-349/84 od 13. lipnja 1984., PSP- 261/126.

⁷⁴ Usp. TRIVA, str. 263. i ZUGLIA, str. 238.

⁷⁵ Tako DIKA-ČIZMIĆ, str. 177. Suprotno BAZALA, B., *Zakon o parničnom postupku s objašnjenjima i sudskim odlukama*, Zagreb, 1969., str. 66.

s parničnim radnjama punomoćnika, provjeri sposobnost i kvalifikaciju prijavljenog punomoćnika (primjerice, odgovarajućim ispravama).⁷⁶

Povreda odredaba o kvalifikacijama punomoćnika predstavlja samo **relativno bitnu povredu** odredaba parničnog postupka (arg. *a contrario* iz čl. 354. st. 2. t. 8. ZPP-a).

V. Punomoćnici pravnih osoba i vrijednost predmeta spora

Donošenjem Novele odredbe čl. 91. ZPP-a nisu se mijenjale. I nadalje, ako u parnicama o imovinskopравnim zahtjevima vrijednost predmeta spora prelazi 50.000,00 kuna, punomoćnici pravnih osoba mogu biti samo osobe koje imaju **položen pravosudni ispit**. Punomoćnika imenuje ovlaštenu zastupnik pravne osobe.⁷⁷ Ova se odredba o stručnoj pravnoj kvalifikaciji ne odnosi, svakako, na osobe koje su na temelju zakona ili općih akata pravne osobe ovlaštenu zastupati tu osobu (pred sudom)⁷⁸ i koje u određenom sporu poduzimaju parnične radnje u ime i za račun pravne osobe, u granicama ovlaštenja koja se upisuju u odgovarajući registar.⁷⁹ Na zahtjev suda punomoćnik je dužan dokazati da ima položen pravosudni ispit. Kad pravna osoba ima punomoćnika, dostava pismena suda i protivnika u parnici može se obavljati, u pravilu, samo tom punomoćniku, a ne i stranci.⁸⁰ Sud bi morao tijekom cijelog postupka po službenoj dužnosti paziti ima li osoba koja se pojavljuje kao punomoćnik pravne osobe u predmetima u kojima vrijednost predmeta spora prelazi 50.000,00 kuna položen pravosudni ispit. Povreda navedene odredbe samo je relativno bitna povreda odredaba parničnog postupka.⁸¹

⁷⁶ Tako i podrobnije o tome kod ŠUMANOVIĆ, M., *Punomoćnici*, rad u knjizi CRNIĆ, I. - DIKA, M. - GRBIN, I. - HRVATIN, B. - JELČIĆ, O. - SESSA, Đ. - ŠUMANOVIĆ, M., "Novote u parničnom postupku", Zagreb, 2003., str. 145.

⁷⁷ Vidi odluku PSH, Pž- 656/81. od 16. rujna 1981., PSP- 20/315.

⁷⁸ U tom je smislu i odluka VPSSr., Pž- 2632/80., objavljena kod MOMČINOVIĆ, H., *Zastupnici poduzeća i njihova ovlaštenja u pravnom prometu i u parničnom postupku*, "Naša zakonitost" (dalje - NZ), god. XLIII, 1989., br. 9-10, str. 1127.

⁷⁹ Tako i podrobnije o tome kod MOMČINOVIĆ, H., *Zastupnici poduzeća i njihova ovlaštenja u pravnom prometu i u parničnom postupku*, NZ, god. XLIII, 1989., br. 9-10, str. 1127-1128.

⁸⁰ Vidi i odluke PSH, Pž- 877/79., od 4. prosinca 1979., "Privreda i pravo" 6/80-68. te Pž- 1388/80., od 21. listopada 1980., "Privreda i pravo" 5/81-64.; VS Vojvodine, Pž- 326/89., od 7. lipnja 1989., "Informator" br. 3692-3693.; VSH, Rev- 1632/86., od 20. kolovoza 1986., PSP- 33/170.

⁸¹ Takav je zaključak zauzet na savjetovanju Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i pokrajina i Vrhovnog vojnog suda, od 15. i 16. svibnja 1985., PNZ- 28/83. Vidi u tom smislu i odluke VTSH, Pž- 1508/01., od 9. listopada 2001., objavljena u "Informatoru", br. 5060-5061., od 4. i 7. rujna 2002., str. 5.; VSH, Rev- 266/82., od 23. veljače 1983., PSP- 23/84-170.; VPSH, Pž- 1681/83., od 29. ožujka 1983., SP- 8/83-63. Suprotno, u sudskoj praksi bilo je i shvaćanja da je spomenuta povreda odredaba parničnog postupka apsolutno bitna povreda (v. odluku PSH, Pž- 2575/83., od 3. srpnja 1984., SP- 9/84-58. i presudu VS Makedonije, Rev- 364/84., od 24. kolovoza 1984., SP- 10/84-58.)

VI. Učinak parničnih radnji punomoćnika

1. Radnje u postupku što ih punomoćnik poduzima u granicama punomoći imaju isti **pravni učinak kao da ih je poduzela sama stranka** (ZPP, čl. 92.). Odredbom čl. 92. ZPP-a, punomoć je utvrđena kao osnova za zastupanje, njome se definira i učinke radnji punomoćnika, te je zastupanje na temelju punomoći uređeno kao tzv. neposredno zastupanje. *A contrario* radnje poduzete izvan granica punomoći bile bi bez pravnog učinka (v. čl. 87. ZOO-a). Punomoćnik bi radnje na temelju punomoći mogao poduzimati od momenta kad mu je izdana, osim ako što drugo ne proizlazi iz same punomoći ili dogovora stranaka (arg. iz čl. 87. ZOO-a).

Punomoćnik se u postupku legitimira prema sudu i strankama svojom **punomoći** - jednostranim očitovanjem volje stranke kojom ga ona ovlašćuje da u njezino ime i za njezin račun poduzima radnje u postupku (v. čl. 84. ZOO-a). Sud i protivna stranka bili bi dužni uzimati u obzir punomoć od momenta kad im je podnesena ili priopćena. Za sud i protivnu stranku mjerodavne su u osnovi granice ovlaštenja što ih je punomoćnik dobio u punomoći. Ako punomoćnik prekorači eventualna interna ograničenja dane punomoći, stranka će se na to prekoračenje moći pozivati samo ako su i sud i protivna stranka za njega znali ili prema okolnostima slučaja trebali znati. Znanje suda i protivne stranke o prekoračenju internih ograničenja ovlasti iz punomoći trebalo bi tretirati kao znanje o ograničenju punomoći.⁸²

Postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke **ponoviti** ako, među ostalim, punomoćnik stranke nije imao potrebne ovlasti za vođenje parnice, ili za pojedine radnje u postupku, ili ako vođenje parnice odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno (ZPP, čl. 421. st. 1. t. 3.).⁸³ Postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke ponoviti i ako je do odluke suda došlo zbog kaznenog djela punomoćnika (ZPP, čl. 421. st. 1. t. 6.). Postojanje kaznenog djela može se dokazivati pravomoćnom kaznenom presudom⁸⁴ ili se može u parnici utvrđivati kao prethodno (prejudicijelno) pitanje.⁸⁵ Kazneno djelo predstavlja novu činjenicu, pa se zbog toga i ova skupina razloga za ponavljanje postupka u znanosti građanskoga procesnoga prava naziva kvalificiranim novotama.⁸⁶

2. Mogućnost **opoziva i/li izmjene parničnih radnji punomoćnika** izraz je pravila da stranka može uz svoga punomoćnika poduzimati radnje u postupku (arg. ZPP, čl. 89. st. 2.). Tako stranka može izmijeniti ili opozvati **izjavu** svog punomoćnika na ročištu na kome je ta izjava dana (ZPP, čl. 93. st. 1.). Dakle, prema odredbi stavka 1.

⁸² Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 178.

⁸³ Primjerice, ako parnično nesposobna stranka uzme odvjetnika kao punomoćnika, takvo zastupanje u postupku ne bi bilo pravilno. Usp. odluku OS u Šapcu, Gž- 57/80., od 4. ožujka 1980. god.

⁸⁴ Takvo je stajalište zauzeo i VS Vojvodine u odluci Rev- 11/83., ZSO- 2/83-116.

⁸⁵ Prema stajalištu VSH, zauzetom u odluci Gž- 126/81., od 12. svibnja 1981., PNZ-19/210., parnični bi sud mogao odlučivati o postojanju kaznenog djela kao o prethodnom pitanju, time da bi ta odluka imala pravni učinak samo u postupku ponavljanja, jedino u slučaju ako se protiv počinitelja nije mogao provesti kazneni postupak.

⁸⁶ Tako TRIVA, str. 616. Vidi i STAROVIĆ, B. - KEČA, R., *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 1998., str. 450.-451. i ZUGLIA, str. 564.

čl. 93. ZPP-a stranka bi bez ikakva ograničenja bila ovlaštena izmijeniti ili opozvati svaku izjavu svoga punomoćnika na ročištu na kojemu je dana, što je i razumljivo jer je njoj činjenično stanje bolje poznato nego li punomoćniku.⁸⁷ Realizacija te mogućnosti pretpostavljala bi da je **stranka nazočna na ročištu** uz svoga punomoćnika.⁸⁸ Ona bi radnju mogla opozvati do zaključenja ročišta,⁸⁹ odnosno dok sud ne bi donio odgovarajuću odluku na temelju te radnje, npr., presudu na temelju priznanja ili odricanja.⁹⁰ Ovlaštenje na izmjenu ili opoziv izjave punomoćnika, budući da ZPP glede toga ne postavlja nikakva ograničenja, trebalo bi se odnositi i priznanja **činjenica**. Tome u prilog govori i odredba st. 2. čl. 93. ZPP-a, koja mogućnost opoziva priznanja činjenica posebno tretira samo za slučaj u kojemu je punomoćnik priznao činjenicu na ročištu na kojemu stranka nije bila nazočna. Izmjena ili opoziv trebali bi vezivati sud, a radnja punomoćnika bi davanjem izjave stranke gubila svoju pravnu relevantnost.

Ako je, pak, punomoćnik priznao koju **činjenicu na ročištu kome stranka nije prisustvovala** ili je koju činjenicu priznao **u podnesku**, a stranka to priznanje kasnije izmijeni ili opozove, sud će, uzimajući u obzir sve okolnosti, ocijeniti obje izjave prema svom uvjerenju (ZPP, čl. 93. st. 2. u svezi s čl. 221. st. 2.). Za opoziv toga priznanja vrijedio bi režim predviđen za slučaj u kojemu je stranka sama priznala neku činjenicu, pa kasnije svoje priznanje opozvala ili ograničila. Drugim riječima, sud je ovlašten prosuditi hoće li uzeti za priznatu ili osporenu činjenicu koju je punomoćnik priznao, a stranka ju je u potpunosti ili djelomično porekla ili ograničila priznanje dodavanjem drugih činjenica.⁹¹

Odredbama st. 1. i 2. čl. 93. ZPP-a nepotpuno su uređeni mogućnost i pravne posljedice opoziva nekih radnji koje je u određenim situacijama u ime i za račun stranke poduzeo punomoćnik. Tako odredbama stavka 1. i 2. čl. 93. ZPP-a nije uređena situacija u kojoj je punomoćnik **na ročištu na kojemu stranka nije bila nazočna**, odnosno u podnesku dao neku drugu **izjavu**, a ne priznanje činjenica. Za te bi izjave trebalo vrijediti pravilo da bi ih stranka mogla opozvati uz iste uvjete uz koje bi bila ovlaštena opozvati vlastite odgovarajuće izjave.⁹² Takav bi se zaključak

⁸⁷ Tako POZNIĆ-VODINELIĆ, str. 129.

⁸⁸ ZPP ne sadrži izričitu odredbu o tome može li stranka koja je bila prisutna na ročištu naknadno, na drugom ročištu ili podneskom, osporiti izjavu svog punomoćnika. U pravnoj teoriji postoji mišljenje da bi to stranka mogla uraditi jer je ovlaštena poreći svoja ranija priznanja pa može naknadno opozvati izjavu svog punomoćnika koja je u stvari njezina parnična radnja, bez obzira što je tu radnju za nju poduzeo punomoćnik. Sud bi u takvom slučaju trebao ocijeniti značenje priznanja i osporavanja činjenica. Tako i podrobnije kod STANKOVIĆ, str. 175.

⁸⁹ Zuglia drži da bi stranka uspješno mogla opozvati ili izmijeniti izjavu punomoćnika datu u njezino ime samo neposredno nakon date izjave, a ne i naknadno na istom ročištu nakon što se već raspravljalo o drugim pitanjima, i tada bi obje izjave trebalo prosuđivati u skladu s odredbom čl. 221. st. 2. ZPP-a. ZUGLIA, str. 238.

⁹⁰ Usp. TRIVA, str. 267.

⁹¹ Tako *ibid.*, str. 268.

⁹² Usp. POZNIĆ-VODINELIĆ, str. 129. Isti autori drže da, obrnuto, i punomoćnik može izmijeniti i opozvati radnju stranke pod istim uvjetima pod kojima bi to mogla učiniti i stranka. Primjerice, punomoćnik bi mogao izjaviti odustanak od pravnog lijeka (ako je na to u punomoći ovlašten) koji je uložila stranka.

nametao iz pravila da radnje što ih u postupku poduzima punomoćnik u granicama punomoći imaju isti pravni učinak kao da ih je poduzela sama stranka.⁹³

Učinci radnji punomoćnika, dakle, ipak ne bi bili u svemu isti kao i učinci radnji stranke. Razlika bi se ticala radnji koje bi punomoćnik poduzeo na ročištu na kojemu bi bila nazočna stranka. Tu za radnju punomoćnika ne bi vrijedilo pravilo da bi se ona mogla opozvati uz iste uvjete kao da ju je poduzela sama stranka - nju bi stranka do zaključenja ročišta mogla opozvati bez ikakvih ograničenja, čak i kad inače ne bi mogla opozvati vlastitu radnju poduzetu na istom ročištu. To bi se u prvom redu ticalo priznanja činjenica (v. ZPP, čl. 221.). U slučaju u kojemu bi stranka bila nazočna na ročištu, ali ne bi na tom ročištu opozvala izjavu punomoćnika trebalo bi vrijediti ono što je rečeno za slučaj u kojemu stranka nije bila na ročištu na kojemu je radnja poduzeta.⁹⁴ S druge strane, sud bi učinio bitnu povredu odredaba parničnom postupka iz čl. 354. st. 2. t. 6. ZPP-a ako bi u odsustvu punomoćnika koji nije uredno pozvan održao i zaključio glavnu raspravu, a prisutna stranka se s takvim postupkom nije izričito suglasila.⁹⁵

VII. Dostava stranci koja ima punomoćnika

Stranci koja ima punomoćnika **dostava se obavlja tom punomoćniku**,⁹⁶ a ne stranci, osim ako ZPP-om nije što drugo određeno (ZPP, čl. 138. st. 1.).⁹⁷ Tako se stranci, iako ima zakonskog zastupnika, odnosno punomoćnika, osobno dostavljaju pozivi kad je potrebna njezino osobno prisustvo u sudu, primjerice radi saslušanja ili davanja izjave.⁹⁸ Poziv mora biti dostavljen i zakonskom zastupniku, odnosno punomoćniku stranke.⁹⁹ Uručenje poziva punomoćniku, odnosno zakonskom zastupniku stranke izjednačava se glede pravnih posljedica s uručenjem poziva samoj stranci. Kad stranka ima punomoćnika, dostava se obavlja isključivo njemu, a ne njegovu zamjeniku.¹⁰⁰ Ako je zakonski zastupnik imenovao punomoćnika, pismena se dostavljaju tom punomoćniku, a ne zakonskom zastupniku. Kada je, primjerice, odluka suda jednom već pravilno dostavljena punomoćniku stranke, svaka naknadna dostava iste odluke nije pravno relevantna te ne utječe na tijek žalbenog roka.¹⁰¹

⁹³ Tako DIKA-ČIZMIĆ, str. 179.

⁹⁴ *Ibid.*, str. 179.

⁹⁵ U tom je smislu zauzeo stajalište i VSSr u odluci Rev- 557/99. od 21. listopada 1999., objavljena kod ČOSIĆ, R. - KRSMANOVIĆ, T., *Aktuelna sudska praksa iz građansko-procesnog prava*, Beograd, 2000., str. 43.

⁹⁶ Vidi odluku VSH, Rev- 3774/94. od 12. ožujka 1998., "Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske" (dalje - IO) 2/98-107.

⁹⁷ U tom smislu vidi odluku ŽS u Splitu, Gž- 432/97. od 12. prosinca 1997., IO- 1/98-154.

⁹⁸ Vidi odluku VSH, Rev- 1632/86. od 20. kolovoza 1986., PSP- 33/170.

⁹⁹ U tom je smislu i odluka VSH, Gž- 35/87. od 19. siječnja 1988., PSP- 39/113.

¹⁰⁰ Tako i VSH u odluci II Rev- 100/92., od 5. srpnja 1994., IO- 2/95-124.

¹⁰¹ Takvo je stajalište zauzeo ŽS u Rijeci u odluci Gž- 480/02., od 12. lipnja 2002., SP- 6/02-135.

Pravilo o dostavljanju punomoćniku, a ne stranci, kogentne je naravi pa ni stranke ne mogu izbjeći njegovu primjenu klauzulama u punomoći. Ako bi dostavljanje bilo izvršeno samo stranci, dostava se ne bi smatrala urednom, čak i ako bi stranka izjavila kako želi da se dostava obavi njoj osobno.¹⁰²

Povreda postupovne odredbe po kojoj se stranci koja ima punomoćnika dostava obavlja izravno stranci, a ne punomoćniku, ne može utjecati na donošenje pravilne i zakonite odluke pa zato nema značenje relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka. Ona, međutim, može biti od značenja samo kod ocjene pitanja pravodobnosti pravnog lijeka podnesenog protiv odluke koja nije dostavljena punomoćniku, budući da je početak roka za podnošenje tog pravnog lijeka mjerodavno vrijeme kad je odluka dostavljena punomoćniku, a ne izravno stranci.¹⁰³ Tako kad je pismeno (pobijana presuda) dostavljeno i stranci i njezinom punomoćniku, rok za izjavljivanje revizije počeo je teći od dana kad je prijepis presude dostavljen punomoćniku, jer se, prema odredbi čl. 138. ZPP-a, stranci koja ima punomoćnika dostava obavlja punomoćniku.¹⁰⁴

Ako stranka ima više zakonskih zastupnika, odnosno punomoćnika, dovoljno je dostavu obaviti jednom od njih (ZPP, čl. 138, st. 2.). Sud nije dužan sva pismena dostavljati uvijek istom punomoćniku, osim ako stranka ne odredi da se sva pismena dostavljaju jednom od njih.

Kad dostavu treba izvršiti odvjetniku, nije potrebna dostava u vlastite ruke.¹⁰⁵ Dostava odvjetniku kao punomoćniku može se obaviti i predajom pismena njegovom vježbeniku,¹⁰⁶ odnosno predajom pismena osobi koja radi u njegovom uredu (ZPP, čl. 139.). Kad dva ili više odvjetnika imaju zajednički ured, predaja pismena bilo kojem od njih smatra se urednom i ako se pismeno ne odnosi na odvjetnika koji ga je primio. Međutim, ne može se smatrati da je stranka uredno obavještena o održavanju ročišta ako su pozivi upućeni odvjetniku koji je bio punomoćnik stranke do likvidacije odvjetničkog ureda, a punomoć mu nije obnovljena nakon ponovnog otvaranja ureda.¹⁰⁷

Ako stranka ima više punomoćnika, dovoljno je izvršiti dostavu jednom od njih, pa, primjerice, rok za žalbu počinje teći kad je presuda dostavljena prvome od njih.¹⁰⁸ Ako je punomoćnik u cijelosti prenio punomoć na drugog odvjetnika, tada se dostava tom odvjetniku smatra urednom,¹⁰⁹ a ako je punomoćnik ovlastio drugog odvjetnika za obavljanje pojedine parnične radnje, primjerice da ga zamijeni na jednom ročištu, dostavu i dalje treba obavljati odvjetniku koji je dobio ovlaštenje od stranke.¹¹⁰

Uobičajeno je da se odvjetnicima dostava može obaviti i putem dostavnog pretinca koji se uspostavlja u pogodnoj prostoriji u zgradi suda. Treba napomenuti da

¹⁰² Vidi u tom smislu odluku VS BiH, 752/82., ZSO- 1/83-144.

¹⁰³ Usp. u tom smislu odluku VSH, Rev- 3774/94., od 12. ožujka 1998., IO- 2/98-107.

¹⁰⁴ U tom je smislu odluka VSH, Rev- 1254/96., od 16. listopada 1996.

¹⁰⁵ Tako i odluka OS u Varaždinu, Gž- 549/81., od 11. svibnja 1981., PSP- 19/192.

¹⁰⁶ U tom je smislu i odluka VSH, Rev- 1733/84., od 20. studenoga 1984.

¹⁰⁷ Takvo je stajalište zauzeo VS FBiH u odluci Pž- 5/98., od 24. veljače 1998., Bilten VS FBiH- 1/98.

¹⁰⁸ Usp. odluku VSH, Rev- 1772/82., od 3. studenoga 1982., PNZ- 22-96.

¹⁰⁹ Tako Vrhovni privredni sud, SI- 235/74, kod JANKOVIĆ, str. 135.

¹¹⁰ Usp. odluku Vrhovnog privrednog suda, P- 62/72., kod JANKOVIĆ, str. 135.

je odredbom čl. 69. Novele u ZPP unesen novi članak 134.b, na temelju kojega se među ostalim i odvjetnicima, na temelju njihova zahtjeva i odobrenja predsjednika suda, dostava može obavljati u sudu, i u tom slučaju pismena koja im upućuje sud polažu se za njih u posebne pretince u za to određenoj prostoriji suda. Štoviše, predsjednik suda može rješenjem donesenim u upravnom postupku odrediti da svi odvjetnici koji imaju pisarnicu na području njegovog suda, sudska pismena primaju preko sudskog pretinaca, a protiv toga rješenja odvjetnik ima pravo žalbe predsjedniku neposredno višeg suda u roku od osam dana (ZPP, čl. 134.b st. 2.). Odvjetnici su dužni podići pismeno iz pretinca u roku od osam dana, a za svako preuzeto pismeno trebaju potpisati dostavnicu. Ako pismeno ne bude podignuto u tom roku, dostava će se obaviti stavljanjem pismena na oglasnu ploču suda, te će se smatrati da je dostava obavljena istekom osmoga dana od dana stavljanja pismena na oglasnu ploču suda (ZPP, čl. 134.b st. 3.-5.).

VIII. Opseg punomoći

1. Odredbama st. 1. čl. 94. ZPP-a utvrđeno je pravo stranke da **slobodno određuje opseg punomoći**, što je u skladu s njezinim pravom da sama poduzima radnje u postupku bez posredovanja profesionalnoga punomoćnika/odvjetnika (ar. ZPP, čl. 89.), a što uključuje i odluku o tome hoće li i u kojoj mjeri radnje u postupku poduzimati netko drugi.

Stranka može ovlastiti punomoćnika na poduzimanje određenih radnji ili svih radnji u postupku (ZPP, čl. 94. st. 2.). Dakle, stranka može ovlastiti punomoćnika na poduzimanje jedne radnje, više poimenično navedenih radnji ili svih radnji na određenom ročištu ili u stanovitom stadiju postupka (specificirana punomoć). Usto, stranka može ovlastiti punomoćnika na poduzimanje svih radnji u postupku (*mandatum ad litem*), kako postojećem tako i u predstojećem postupku.¹¹¹ Ova je vrsta punomoći nedovoljno precizno određena kao punomoć za poduzimanje svih radnji u postupku, a umjesto toga trebalo ju je nazvati punomoćju za vođenje parnice (arg. ZPP, čl. 95. i 96.) ili možda preciznije - postupka, zato što parnica počinje teći dostavom tužbe tuženiku (v. ZPP, čl. 179.) i prestaje pravomoćnošću. Jer i punomoć kojom je netko ovlašten da u ime i za račun stranke vodi parnicu ne mora ga ovlašćivati za poduzimanje svih radnji u postupku.¹¹²

Stranka može tijekom parnice (dodatno) **ograničiti** prvobitno data ovlaštenja punomoćniku, ali ta ograničenja moraju biti priopćena sudu i protivnoj stranci, jer prema protivnoj stranci nova ovlaštenja imaju učinak tek od trenutka kad su joj priopćena.¹¹³ Stranka može isključiti svoga punomoćnika iz zastupanja na jednoj ili

¹¹¹ Usp. STANKOVIĆ, str. 169.

¹¹² U tom smislu i DIKA-ČIZMIĆ, str. 180.

¹¹³ Usp. i detaljnije kod GAJOVIĆ, J., *Građansko procesno pravo - sa komentarom*, Beograd, 2000., str. 67. Kako je sadržaj parnične punomoći određen zakonom, ona se ne može proširiti jer je zakonodavac predvidio sve parnične radnje koje se uopće u postupku mogu poduzeti. Tako STANKOVIĆ, str. 168.

više rasprava, ali tada neprisustvovanje njezinog punomoćnika tim raspravama ne znači onemogućavanje stranci raspravljanja pred sudom.¹¹⁴ Parnične radnje koje punomoćnik poduzme mimo ovlaštenja iz punomoći, pravno su nevažeće.

U ZPP-u nije izričekom uređena tzv. **generalna punomoć**, punomoć kojom se netko ovlašćuje da u ime i za račun neke osobe vodi sve parnične i druge sudske postupke na aktivnoj i pasivnoj strani, u svim parnicama koje se vode ili bi se mogle voditi u korist ili protiv određene stranke. Generalna parnična punomoć predstavlja posebni oblik parnične punomoći. Obično se takva punomoć izdaje za zastupanje u postupcima kod određenog suda, a detaljnije odredbe o toj punomoći nalaze se u sudskom poslovniku.¹¹⁵ Iako ZPP ne uređuje izričito generalnu punomoć, drži se da ona nije u suprotnosti s važećim pravom.¹¹⁶

2. Punomoć za vođenje parnice odvjetniku - punomoćniku

Odredbama članka 95. ZPP-a uređen je opseg punomoći za vođenje parnice (parnične punomoći) izdane odvjetniku.¹¹⁷ Punomoć za vođenje parnice ovlašćuje u načelu odvjetnika, ako u punomoći nije što drugo određeno, odnosno ako stranka nije pobliže odredila ovlaštenja u punomoći, na poduzimanje svih radnji u postupku koje bi bila ovlaštena poduzimati sama stranka - od njegova pokretanja do iscrpljivanja svih postupovnih mogućnosti u povodu izvanrednih pravnih lijekova. Tom se punomoći, međutim, odvjetniku daju i određene taksativno navedene ovlasti izvan parničnog postupka, a koje su u svezi s tim postupkom. Opseg ovlasti odvjetnika na temelju parnične punomoći određen je, dakle, korištenjem dviju tehnika - općom formulom kad su u pitanju radnje u postupku i tehnikom pozitivnoga nabranjanja kad su u pitanju neke radnje izvan postupka, ali u vezi s njime.¹¹⁸

2.1. Radi otklanjanja mogućih dvojbi glede radnji koje je odvjetnik ovlašten poduzimati prema općoj formuli o opsegu njegovih ovlasti na temelju parnične punomoći (**sve radnje u postupku**), osobito stoga što se određenim zakonima traži posebna punomoć za neke radnje, npr. za ugovor o nagodbi (v. ZOO, čl. 91. st. 4.), ali i iz nomotehničkih razloga (v. ZPP, čl. 96.), u st. 1. t. 1. čl. 95. ZPP-a navedene su primjerice najznačajnije parnične radnje što ih odvjetnik smije poduzimati na temelju

¹¹⁴ Vidi u tom smislu odluku OS u Varaždinu, Gž- 688/87., od 29. lipnja 1987., PSP 36/99.

¹¹⁵ Tako je odredbom čl. 25. Sudskog poslovnika ("Narodne novine", br. 80/97., 20/98., 118/01. i 49/03.), predviđeno da se opće (generalne) punomoći primaju i čuvaju u uredu predsjednika suda, koji bi o tome trebao izdati potvrdu na temelju koje se generalni punomoćnik može pojaviti u konkretnoj parnici kao zastupnik svoje stranke. U pravnoj teoriji i sudskoj praksi dvojbeno je vrijedi li potvrda o generalnoj punomoći samo kod suda u kojek je takva punomoć deponirana ili pred svim sudovima u zemlji. Tako i detaljnije o tome kod TRIVA, str. 267.

¹¹⁶ Tako TRIVA, str. 267.

¹¹⁷ Možda bi pravilnije bilo tu punomoć označiti kao punomoć za vođenje postupka jer se njome odvjetnik ovlašćuje na poduzimanje i radnji u postupku prije zasnivanja parnice (dostave tužbe tuženiku - v. uz čl. 194.) i nakon njezina okončanja. Vjerojatno bi se objašnjenje nepreciznog označavanja punomoći kojom se odvjetnik ovlašćuje na vođenje postupka kao punomoći za vođenje parnice, moglo pronaći u okolnosti da se ponekad u ZPP-u izraz "parnica" u različitim kontekstima koristi i kao sinonim za parnični postupak, dakle ne u strogom pravnotehničkom smislu. Tako DIKA-ČIZMIĆ, str. 181.

¹¹⁸ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 181.

te punomoći: podnijeti tužbu (v. ZPP, čl. 185), povući je (v. ZPP, čl. 193.), priznati tužbeni zahtjev (v. ZPP, čl. 331.) ili se odreći tužbnog zahtjeva (v. ZPP, čl. 331.a), zaključiti nagodbu (v. ZPP, čl. 321.),¹¹⁹ podnijeti pravni lijek i odreći se ili odustati od njega (v. ZPP, čl. 348. 349. itd.)¹²⁰ te zahtijevati izdavanje privremenih mjera osiguranja. Jedino se ograničenje ovlaštenja odvjetnika, da podnosi izvanredne pravne lijekove, tiče ponavljanja postupka, jer je njemu za to potrebna posebna punomoć ako je od pravomoćnosti odluke proteklo više od šest mjeseci (ZPP, čl. 95. st. 2.). Ako, pak, stranka u više navrata traži ponavljanje postupka, mora odvjetniku izdati posebnu punomoć za podnošenje svakog pojedinog prijedloga.¹²¹

Ako stranka želi odvjetniku uskratiti neko od navedenih ovlaštenja, mora to u punomoći izričito navesti (tzv. negativna enumeracija).¹²²

2.2. Kad su u pitanju radnje koje je odvjetnik ovlašten poduzimati na temelju parnične punomoći **izvan parničnog postupka**, ali u vezi s njime, u čl. 95. ZPP-a navedene su tri vrste radnji.

2.2.1. Kao prvo, odvjetnik je ovlašten podnijeti zahtjev za **ovrhu** i poduzimati potrebne radnje u postupku u povodu takvog zahtjeva (ZPP, čl. 95. st. 1. t. 2.), dakle pokrenuti ovršni postupak, ali i voditi ga u ime i za račun stranke kojoj je nešto dosuđeno u parničnom postupku, jer se samo u ime takve stranke može pokrenuti ovrhu.¹²³ On, *a contrario*, ne bi bio ovlašten na temelju parnične punomoći zastupati ovršenika u ovršnom postupku.¹²⁴ Moglo bi biti sporno može li odvjetnik na temelju parnične punomoći pokrenuti ovršni postupak i nakon smrti stranke. U novijoj hrvatskoj sudskoj praksi izraženo je negativno stajalište prema toj mogućnosti uz obrazloženje da nakon što je završena parnica za koju je punomoć dana, prestaje takva punomoć, pa tako i pravo (ovlaštenje) na pokretanje ovršnog postupka, te punomoćnik na temelju takve punomoći ne bi bio ovlašten pokrenuti ovršni postupak u ime stranke koja je prije toga umrla.¹²⁵ Može se posumnjati u opravdanost takvoga stajališta. ZPP izrijeком ovlašćuje odvjetnika da može na temelju parnične punomoći u ime i u korist stranke pokrenuti ovršni postupak, dakle postupak koji se redovito vodi nakon završetka parnice, pa stoga stajalište da završetkom parnice prestaje i parnična

¹¹⁹ Vidi u tom smislu i odluku VSH, Rev-1732/89, od 15. studenoga 1989., PSP- 48/90.

¹²⁰ Vidi i odluku ŽS u Koprivnici, Gž- 768/98. od 22. listopada 1998., IO- 1/99-147.; i odluku VSH, Gž- 2547/77., od 14. srpnja 1977., OS u Zagrebu - Informacija br. 17/88-403.

¹²¹ U tom je smislu stajalište zauzeo i OS u Bjelovaru u odluci Gž- 925/74., od 25. lipnja 1974., PSP- 6/74-212.

¹²² Podrobnije o tome kod TRIVA, str. 266. i GRBIN, I., *Zastupnici parničnih stranaka*, "Informator", br. 3382.-3383., od 6. i 9. kolovoza 1986., str. 20. U tom su smislu i odluke VSH, Gž- 2354/77., od 5. listopada 1978., PSP- 14/316. i OS u Varaždinu, Gž- 688/87., od 29. lipnja 1987., PSP- 36/89.

¹²³ Usp. odluku ŽS u Zagrebu, Gž-3568/97, od 1. srpnja 1997; Gž-7673/96, od 27. siječnja 1998., IO- 2/1998-94.

¹²⁴ Tako TRIVA, str. 265.- 266., a u tom smislu vidi i odluku OS Split, Gž-421/86, od 21. veljače 1986., SP- 31/87.

¹²⁵ U tom je smislu i stajalište ŽS u Zagrebu zauzeto u odluci Gž-7305/96, od 3. veljače 1998., PSP- 1998-8-102.

punomoć ne bi bilo opravdano. I nakon toga bi ostajala odvjetniku ona ovlaštenja iz te punomoći što ih zakon izriječno predviđa - da pokreće ovršni postupak i postupke osiguranja, da primi dosuđene troškove itd.¹²⁶ Međutim, punomoćnik nije ovlašten pokrenuti novi postupak, bez obzira što bi, primjerice, tužbom u tom novom postupku zahtijevao naknadu daljnje štete iz istoga štetnog događaja.¹²⁷

2.2.2. Drugo, odvjetnik je ovlašten stavljati zahtjev za **osiguranje** i poduzimati potrebne radnje u postupku u povodu takvog zahtjeva (ZPP, čl. 95. st. 1. t. 2.), dakle pokretati odgovarajuće postupke osiguranja predviđene Ovršnim zakonom ("Narodne novine", br. 57/96., 29/99., 173/03.), uključujući i zahtjev za određivanje privremenih mjera osiguranja prije pokretanja parnice, paralelno s parnicom i nakon njezina okončanja. Zahtjeve za osiguranje odvjetnik bi mogao podnositi i u ime i korist stranke koja je izgubila parnični postupak, koja je osuđena u tom postupku, npr. bio bi ovlašten u ime stranke tražiti određivanje privremenih mjera osiguranja u povodu izvanrednih pravnih lijekova.

2.2.3. Treće, odvjetnik je na temelju parnične punomoći ovlašten od protivne stranke **primiti dosuđene troškove** (ZPP, čl. 95. st. 1. t. 3.). Logika ovoga ovlaštenja jeste u tome da se olakša eventualno namirenje odvjetnika u parničnom postupku.¹²⁸ Odvjetnik, međutim, na temelju parnične punomoći ne bi bio ovlašten tražiti od protivnika da mu isplati dosuđene troškove ili u svoje ime i za svoj račun pokrenuti protiv njega ovrhu. Odvjetnik ne bi na temelju parnične punomoći bio ovlašten primiti glavnu činidbu na koju bi protivnik bio osuđen. Za to bi mu trebala posebna punomoć. Usto, punomoćnik kojem je stranka tijekom parnice, prije donošenja odluke opozvala punomoć, ne bi bio legitimiran u tom postupku tražiti naknadu troškova zastupanja koje je imao do opoziva punomoći.¹²⁹ Radi sprječavanja "pranja novca" i izigravanja vjerovnika trebalo bi inzistirati na tome da bi odvjetnik samo na temelju ugovora o cesiji tražbine iz presude mogao tražiti ispunjenje glavne činidbe, ali i dosuđenih troškova u svoje ime i za svoj račun. Zapravo on bi samo na temelju takvog ugovora o cesiji tražbine mogao tražiti da se isplata duga izvrši na njegov račun umjesto na račun stranke.¹³⁰

Punomoćnik nije parnična stranka pa mu se u parnici ništa ne može ni dosuditi niti u glavnoj stvari može biti na nešto osuđen. Iznimno sud može narediti punomoćniku da naknadi protivniku troškove koje mu je prouzročio svojom krivnjom (v. ZPP, čl. 156. st. 2.),¹³¹ odnosno može punomoćnika osuditi na kaznu zbog

¹²⁶ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 182.

¹²⁷ Vidi u tom smislu odluku VTSH, Pž- 3205/94., od 7. veljače 1995., objavljena kod CRNIĆ, I., *Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku*, "Informator", br. 4682., od 20. siječnja 1999., str. 6.

¹²⁸ Tako DIKA-ČIZMIĆ, str. 182.

¹²⁹ U tom je smislu i odluka OS u Somboru, Gž- 415/92., objavljena kod RADOVANOV, A. - KORAĆ, M., *Zakon o parničnom postupku*, Novi Sad, 1999., str. 58.

¹³⁰ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 182.

¹³¹ O zahtjevu za naknadu troškova koje je punomoćnik prouzročio protivnoj stranci svojom krivnjom, sud je dužan rješenjem odlučiti bez odgode, neovisno o odluci o glavnoj stvari, protiv toga rješenja posebna žalba nije dopuštena, a ovrha se na temelju toga rješenja može tražiti prije njegove pravomoćnosti (ZPP, čl. 156. st. 3.).

narušavanja reda, vrijeđanja suda i drugih sudionika u postupku, ometanja rada suda ili nepokoravanja naredbama suda (v. ZPP, čl. 110. i 318.).¹³² Zahtjev za naknadu štete protiv svoga zastupnika stranka pak može ostvariti u posebnoj parnici.

Presuda kojom se parnica okončava ne može izazvati nikakve materijalnopravne učinke u pravnoj sferi punomoćnika.

2.2.4. Parnični se troškovi dosuđuju stranci, a ne njezinom punomoćniku, i visina naknade troškova stranci ne ovisi o tome je li njezin punomoćnik već primio od nje nagradu za pojedine usluge.^{133, 134}

Parnični troškovi obuhvaćaju, među ostalim, i **nagradu za rad odvjetnika** (ZPP, čl. 151.). Svaka stranka ima pravo angažirati punomoćnika odvjetnika, te se zastupanje po odvjetniku smatra potrebnim i svrsishodnim, pa se i nagrada odvjetniku uvijek mora tretirati kao sastavni dio parničnih troškova.¹³⁵

Parnični troškovi pripadaju i stranci koja je po zanimanju odvjetnik, ali ne po odvjetničkoj tarifi, nego kao stvarni izdaci (pristojbe, putni troškovi i sl.).¹³⁶ Ipak, smatramo kako i stranka koja je po profesiji odvjetnik ima pravo na naknadu troškova koji su joj nastali zbog toga što je angažirala drugog odvjetnika da kao njezin punomoćnik poduzima radnje u postupku.

Rukovodeći se objektivnim kriterijem, sud priznaje pravo na naknadu samo onih parničnih troškova koji su bili potrebni poradi vođenja parnice. Tako se, npr., troškovi odvjetničkog zastupanja uvijek smatraju potrebnim, svrsishodnim. Ali, ako je stranka imala više odvjetnika u istom postupku, priznat će joj se kao potrebni troškovi zastupanja samo jednog od njih. Iznimno, ako sud ocijeni, s obzirom na složenost predmeta i posebno specijalizaciju odvjetnika, da je angažiranje više odvjetnika bilo korisno za svrsishodno, racionalno vođenje postupka, može priznati kao potrebne i izdatke za više odvjetnika.¹³⁷

Naknada i nagrada odvjetniku određuje se u skladu s odredbama odvjetničke tarife i obuhvaća, npr., stvarne izdatke potrebne za izvršenje povjerenih poslova, izdatke za poštanske, telefonske i bankarske usluge, troškove prijevoza, dnevnice, zastupanje na ročištima sastavljanje podnesaka i pravnih lijekova i sl. Ali, ako je stranka angažirala odvjetnika iz mjesta izvan sjedišta suda, a u mjestu sjedišta suda ima ovlaštenih odvjetnika, priznat će joj se samo troškovi na koje bi imala pravo da

¹³² Tako TRIVA, str. 264. Treba napomenuti da je sud mogao kazniti novčanom kaznom punomoćnika koji je svojim parničnim radnjama teže zloupotrijebio procesna prava priznata ZPP-om (ZPP, čl. 316.). Međutim, odredbom čl. 172. Novele u cijelosti je brisan čl. 316. ZPP-a.

¹³³ Tako i odluka VSH, Rev- 664/88, od 13. listopada 1988. godine.

¹³⁴ Potanje o naknadi parničnih troškova u parničnom postupku kod ČIZMIĆ, J., *Naknada parničnih troškova u postupku pred hrvatskim sudovima*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", vol. 23, 2002., br. 1, str. 215.-242.

¹³⁵ Usp. TRIVA, str. 378.

¹³⁶ Tako odluka VSH, Gž 1678/75., od 18. ožujka 1976. i Odluka OS Bjelovar, Gž 875/80, od 3. lipnja 1980., PSP- 17-142.

¹³⁷ Zbog istih razloga mogu se priznati kao potrebni i povećani troškovi zastupanja od strane odvjetnika izvan sjedišta suda.

je odvjetnik iz mjesta sjedišta suda.¹³⁸ Kada se vrijednost predmeta spora tijekom postupka mijenja na način da tužitelj poveća tužbeni zahtjev, visina parničnih troškova, koji se sastoje od nagrada za rad punomoćnika odvjetnika, utvrđuju se glede svake parnične radnje što ju je on poduzeo, prema vrijednosti predmeta spora u trenutku njenog poduzimanja.¹³⁹ Treba napomenuti da je Županijski sud u Zagrebu, u slučajevima kad se tijekom parnice vrijednost predmeta spora mijenjala zbog toga što je tužitelj smanjio tužbeni zahtjev, zauzeo stajalište da se visina troškova parničnih radnji tužitelja, a koje se sastoje od nagrade za rad odvjetnika, treba utvrditi prema vrijednosti predmeta spora konačno postavljenog tužbenog zahtjeva, a ne prema vrijednosti predmeta spora u vrijeme kad je pojedina radnja poduzimana.¹⁴⁰ U parnične troškove spada i iznos koji je stranka platila svom punomoćniku na ime poreza na promet odvjetničkih usluga.¹⁴¹ Međutim, stranci koju zastupa odvjetnik ne pripada posebno pravo na troškove koje ima odvjetnik radi obavještanja stranke u svezi s obavljenim radnjama u postupku, jer "se ne radi o obavještanju stranke sa navođenjem činjeničnog stanja nego o dopisivanju što je obuhvaćeno Tbr. 44 Tarife".¹⁴² Usto, stranka nema posebno pravo na materijalne troškove poslovanja odvjetnika (struja, papir, amortizacija kompjutera, režijski troškovi odvjetničke pisarnice i sl.), jer su to "troškovi koje odvjetnički ured ima da bi uopće mogao

¹³⁸ "Trošak zastupanja po odvjetniku čije je sjedište izvan područja suda pred kojim se vodila parnica može iznositi samo toliko koliko bi iznosio i trošak odvjetnika čije je sjedište u mjestu parničnog suda". Odluka VSH, Gž-3003/78 od 27. rujna 1978. godine.

¹³⁹ U tome je smislu i odluka VSH, Rev- 1090/1992 g. od 14. listopada 1992. godine. Vidi i odluku istog suda prema kojoj "kada visina troškova zastupanja odvjetnika u skladu s tarifom za nagradu odvjetnika zavisi od vrijednosti predmeta spora, a ona se tijekom postupka mijenjala (jer je tužitelj povećao tužbeni zahtjev), visina troškova za svaku radnju što ju je poduzeo odvjetnik određuje se s obzirom na vrijednost predmeta spora u vrijeme poduzimanja te procesne radnje, a ne prema visini konačno postavljenoj tužbenog zahtjeva". VSH, Rev 2080/91, od 12. prosinca 1991. godine.

¹⁴⁰ U tom smislu vidi odluke ŽS u Zagrebu, Gž-3451/96, od 25. veljače 1997., IO- 1/97. i Gž-3422/96., od 18. veljače 1977. godine. U pravnoj se teoriji javljaju određene dvojbe, ali i kritika navedenih presuda. Tako Hrvatini smatra da "u situaciji kad je tužitelj tijekom parnice smanjio tužbeni zahtjev (čemu se tuženik ne može protiviti), a obje su stranke stavile zahtjev za naknadu parničnih troškova, treba imati u vidu da je tuženik prethodno radi vođenja parnice morao snositi trošak nagrade za rad odvjetnika prema vrijednosti predmeta spora kada je određena procesna radnja poduzeta i kada je ta vrijednost, u određenom stadiju postupka mogla biti viša od konačno postavljenog tužbenog zahtjeva. Stoga, ako se nagrada za rad odvjetnika utvrđuje prema vrijednosti konačnog tužbenog zahtjeva (koji je niži od vrijednosti predmeta spora koja je postojala tijekom parničnog postupka) visina toga troška za pojedinu procesnu radnju može biti niža od stvarnog troška koji je za tu istu procesnu radnju već prethodno tuženik i snosio za nagradu za rad odvjetnika". HRVATINI, B., *Naknada troškova parničnog postupka*, "Hrvatska gospodarska revija", br. 11/98, str. 40. Potanje o tome kod KAČER, H., *Međusobni odnos smanjenja tužbenog zahtjeva i parničnog troška (povodom sudske odluke)*, "Vladavina prava", II, 1998, br. 2, str. 137-149.

¹⁴¹ Vidi u tom smislu odluke VSH, II Rev- 61/1994, od 19. travnja 1994. i Gzz- 2/1994, od 23. veljače 1994. godine. "U parnične troškove spada i iznos koji je stranka platila svom punomoćniku na ime poreza na promet odvjetničkih usluga. Naime, Tarifom o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika ("Narodne novine", br. 69/93 i 16/94.), u Tbr. 42. st. 2., određeno je da odvjetnik ima pravo stranci zaračunati porez na promet na odvjetničke usluge". VSH, Gzz 2/94, od 23. veljače 1994., i II Rev- 61/94, od 19. travnja 1994. godine.

¹⁴² Tako i odluka ŽS u Gradu Zagrebu, Gž-2806/97., od 1. srpnja 1997. godine.

funkcionirati i ti su troškovi uključeni u nagradu koja odvjetniku pripada. Te troškove nema u vidu Tbr. 44 Tarife".¹⁴³ Kad je stranka tijekom parnice opozvala punomoć svom punomoćniku - odvjetniku, nagrade za rad punomoćnika obračunavaju se prema Tarifi o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika koja je bila na snazi u vrijeme prestanka ugovora o punomoći.¹⁴⁴

Kad stranka ili njezin punomoćnik prije zaključenja glavne rasprave izjavi na zapisniku da traži trošak prema troškovniku koji će naknadno priložiti odnosno po zaključenju glavne rasprave, a sud o takvom prijedlogu nije odlučivao, prema stajalištu dijela sudske prakse treba se smatrati da je troškovnik predan pravovremeno, iako je podnesen poslije zaključenja glavne rasprave.¹⁴⁵ Potrebno je ipak napomenuti da se u praksi događa da punomoćnik stranke izjavi kako traži trošak prema Tarifi, ali nikad ne podnese naknadno troškovnik, pa sud mora obračunavati i trošak punomoćnika, što ne smatramo dužnošću suda. Iako u praksi neki suci prihvaćaju navedeni pristup, držimo da odredbe čl. 164. st. 3. ZPP-a, treba tumačiti na način da je stranka dužna predati troškovnik najkasnije do završetka raspravljanja koje prethodi odlučivanju o troškovima, jer u protivnom gubi pravo na trošak i sud ga ne bi morao dosuditi. Stoga podupiremo ona stajališta prema kojima zahtjev za naknadu parničnih troškova postavljen uz uvjet da se popis troškova dostavi naknadno u određenom roku, treba smatrati neodređenim, a naknadno dostavljeni troškovnik nepravovremenim.¹⁴⁶

Kad je stranka potpuno oslobođena plaćanja troškova postupka,¹⁴⁷ trebalo bi da prvostupanjski sud na njezin zahtjev, a ne po službenoj dužnosti, odredi da je zastupa punomoćnik, ako je to nužno radi zaštite prava stranke. Pitanje nužnosti određivanja punomoćnika je u dispoziciji suda u svakoj parnici, i predstavlja faktičko pitanje koje zavisi od vrste i složenosti spora, te od procjene suda u kojoj je mjeri stranka sposobna sama zastupati svoje interese tijekom postupka. Stranka kojoj je postavljen punomoćnik oslobađa se plaćanja stvarnih izdataka i nagrade postavljenom punomoćniku, a koje bi inače trebala platiti izabranom punomoćniku. Za punomoćnika postavlja se odvjetnik. Ali ako u sjedištu suda nema dovoljno odvjetnika, za punomoćnika se može postaviti i druga osoba s pravnom spremom, sposobna da dade potrebnu pravnu pomoć. Punomoćnika iz reda odvjetnika postavlja predsjednik suda. Ako se niži sud prvog stupnja nalazi u sjedištu višeg suda prvog stupnja, punomoćnika određuje predsjednik višeg suda prvog stupnja. Stranka nije dužna prihvatiti određenog punomoćnika. Suprotno, postavljeni punomoćnik dužan je, za razliku od običnog punomoćnika, prihvatiti zastupanje, a postavljeni punomoćnik može iz opravdanih razloga tražiti da bude razriješen. O tome odlučuje izvan glavne rasprave predsjednik vijeća, a na raspravi vijeće. Protiv rješenja suda kojim se prihvaća zahtjev stranke o postavljanju punomoćnika nije dopuštena žalba (ZPP, čl. 174.).¹⁴⁸

¹⁴³ U tom je smislu odluka ŽS u Gradu Zagrebu, Gž-2806/97., od 1. srpnja 1997. godine.

¹⁴⁴ Vidi odluku VSH, Rev- 32/93. od 18. veljače 1993. godine.

¹⁴⁵ U tom smislu vidi odluku ŽS u Bjelovaru, Gž- 403/94., od 13. travnja 1995. godine.

¹⁴⁶ Tako i HRVATIN, B., *Naknada troškova parničnog postupka*, "Hrvatska gospodarska revija", br. 11/98, str. 36.

¹⁴⁷ Detaljnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Oslobodenje od plaćanja troškova postupka i troškovi izvođenja i osiguranja dokaza*, "Hrvatska pravna revija", god. I., 2001., br. 10., str. 111.-122.

¹⁴⁸ Potanje kod TRIVA, str. 78.; UDE, L., *Civilni pravdni postopek*, Ljubljana, 1988., str. 198-199. i JUHART, J., *Civilni procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961., str. 247-250.

2.3. U svezi s parničnim postupkom i s neposrednim učinkom u odnosu na taj postupak odvjetnik je na temelju parnične punomoći ovlašten, kao prvo, **prenijeti tu punomoć** na drugog odvjetnika ili ga ovlastiti na poduzimanje samo pojedinih radnji u postupku (ZPP, čl. 95. st. 1. t. 4.). Prijenosom bi dotadašnji punomoćnik gubio to svojstvo, dok bi ga odvjetnik na kojega je punomoć prenesena stjecao sa svim ovlastima koje je imao punomoćnik kome ju je stranka bila dala.¹⁴⁹ Ako bi odvjetnik ovlastio drugog odvjetnika na poduzimanje pojedinih radnji, on bi imao pravo opozvati to ovlaštenje i sam poduzimati radnje za koje je ovlaštenje dao drugom odvjetniku. Ako odvjetnik kao punomoćnik stranke ovlasti drugog odvjetnika da ga zastupa na određenom ročištu, sud je dužan presudu dostaviti punomoćniku koji je dobio punomoć od stranke.¹⁵⁰ Inače, valjanost dostave zamjeniku ovisila bi o ovlastima koje je dobio.¹⁵¹ Zamjenik zastupa stranku i snosi odgovornost za štetu prouzročenu stranci lošim zastupanjem. Prvi punomoćnik odgovara bi stranci za štetu ako nije pokazao potrebnu pažnju prilikom izbora zamjenika (*culpa in eligendo*, arg. ZOO, čl. 753.), odnosno ako zastupniku nije dao potrebna uputstva ili ako mu je dao netočna uputstva.¹⁵²

Punomoćnik je inače dužan savjesno obavljati svoju funkciju i štiti interese stranke koju zastupa. Pri tome punomoćnik odgovara stranci koju zastupa za svoj rad, ali ne i za neuspjeh u parnici. Iznimno punomoćnik odgovara po pravilima materijalnog prava za štetu koju je stranci prouzročio nepravilnim radom i koju je prouzročio svojom krivnjom. Štoviše, punomoćnik je dužan objema strankama nadoknaditi parnične troškove koji su za stranke nastali njegovom krivnjom.

2.4. Stranka u parničnoj punomoći može i proširiti listu ovlasti odvjetnika preko granica utvrđenih u čl. 95 ZPP-a, primjerice, dajući ovlaštenje odvjetniku da je zastupa u eventualnim postupcima ovrhe i osiguranja i na pasivnoj strani (tzv. pozitivna enumeracija). Stranka bi, međutim, u parničnoj punomoći mogla **ograničiti ovlasti** odvjetnika, npr. izričitim navođenjem radnji koje nije ovlašten obavljati (tzv. negativna enumeracija),¹⁵³ reduciranjem njegovih ovlasti na ovlasti što ih na temelju punomoći za vođenje parnice ima osoba koja nije odvjetnik, ili na koji dugi način.¹⁵⁴

2.5. Posebna su ovlaštenja odvjetniku na temelju parnične punomoći dana zbog njegove kvalificiranosti, ali i okolnosti da se profesionalno bavi zastupanjem, s čime je povezana i njegova povećana i postrožena odgovornost.¹⁵⁵ Stoga stav da bi ovlasti

¹⁴⁹ Vidi u tom smislu stajalište VSH u odluci Rev-2195/83., od 22. ožujka 1984, PSP- 26/127.

¹⁵⁰ Tako i VPS u odluci P-62/72. Usp. i JANKOVIĆ, str. 137.

¹⁵¹ Vidi odluku VPS Sarajevo, Pž-67/76. objavljena kod JANKOVIĆ, str. 138; zaključak Savjetovanja republičkih privrednih sudova 3-5. studenoga 1977. u Budvi, kod JANKOVIĆ, str. 138. Vrijedi napomenuti kako preuzimatelj odvjetničkog ureda ne postaje samim tim i punomoćnikom stranke (VS Vojvodine, Gž-1430/72. od 31. svibnja 1973., kod JANKOVIĆ, str. 137.).

¹⁵² Tako POZNIĆ-VODINELIĆ, str. 128.

¹⁵³ Usp. odluku VSH, Gž-2354/77. od 5. listopada 1978., kod JANKOVIĆ, str. 138.

¹⁵⁴ Vidi DIKA-ČIZMIĆ, str. 183.

¹⁵⁵ Primjerice, Salaj drži da bi, zbog kvalificiranosti odvjetnika i njegove povećane i postrožene odgovornosti u odnosu na punomoćnika neodvjetnika, u slučaju kad stranka ima kvalificiranog punomoćnika, pa takav punomoćnik podnese neurednu tužbu, sud trebao, u cilju urednog i svrsishodnog vođenja parnice, odbaciti takvu neurednu tužbu bez naknadnog roka za ispravak i dopunu, odnosno ne bi trebao postupiti po neurednim podbescima kvalificiranih punomoćnika. Vidi SALAJ, Š., *Moguće promjene Zakona o parničnom postupku*, "Informator", br. 5006. od 27. veljače 2002., str. 6.

koje se priznaju odvjetniku trebalo priznavati i drugim osobama koje imaju iste kvalifikacije,¹⁵⁶ držimo ne bi trebalo smatrati opravdanim.¹⁵⁷

Punomoć koju je stranka izdala odvjetniku ne prelazi nakon njegove smrti na **preuzimatelja njegove kancelarije**,¹⁵⁸ već mu je potrebna nova punomoć stranke.¹⁵⁹ Dakle, preuzimatelj pisarnice odvjetnika koji se prestao baviti odvjetništvom ne postaje samim time punomoćnikom stranke koja je izdala punomoć bivšem odvjetniku, već je nužno da stranka i preuzimatelju izda punomoć. Ako bi, primjerice, sud nastavio i pravomoćno završio postupak s preuzimateljem odvjetničke pisarnice kao punomoćnikom stranke bez nove punomoći, držimo da je time ostvaren jedan od razloga za ponavljanje postupka iz čl. 421. st. 2. i 3. ZPP-a.¹⁶⁰ Naime, prestankom obavljanja odvjetničke djelatnosti ne prestaje punomoć koju je izdala stranka,¹⁶¹ punomoćniku ne prestaje svojstvo punomoćnika stranke,¹⁶² niti su bez pravnog učinka parnične radnje punomoćnika koji se predstavljao kao odvjetnik, iako mu je taj status već bio prestao, a koje je poduzeo u granicama punomoći.¹⁶³ Prestankom ili gubitkom prava na obavljanje odvjetništva osoba koja je prestala biti odvjetnik nije time izgubila poslovnu i parničnu sposobnost, nego je izgubila samo ona ovlaštenja iz parnične punomoći za koja punomoćnik-neodvjetnik mora imati izričito ovlaštenje.¹⁶⁴ Dakle, time bi samo opseg njegove punomoći bio reduciran na opseg parnične punomoći koja je izdana osobi koja nije odvjetnik.¹⁶⁵

2.6. De lege lata, odvjetnik na temelju parnične punomoći može **ovlastiti odvjetničkog vježbenika koji je kod njega uposlen da ga zamjenjuje**, i to samo pred sudom prvog stupnja, s tim da ako vrijednost predmeta spora prelazi 50.000,00 kuna, odvjetnički vježbenik mora imati položen pravosudni ispit (ZPP, čl. 95. st. 3., u svezi s čl. 91. ZPP-a). Odvjetnik bi bio mogao svom vježbeniku oduzeti to ovlaštenje, odnosno mogao bi sam poduzimati radnje uz njega ili umjesto njega u postupku. Vježbenik bi bio ovlašten zamjenjivati svoga odvjetnika i kad bi njegov odvjetnik bio ovlašten da zamijeni drugog odvjetnika.¹⁶⁶

¹⁵⁶ Tako TRIVA, str. 266.

¹⁵⁷ U tom je smislu i stajalište VPSSr., Pž-289/80.; VSSrb., Gzz-1251/78., od 27. listopada 1976.; VS BiH, Rev-71/80. od 14. ožujka 1980., sve kod JANKOVIĆ, str. 138., 139. i 140.

¹⁵⁸ Vidi odluku VSH, Rev- 1041/87., od 1. rujna 1988., PSP- 43/99.

¹⁵⁹ U tom je smislu odluka VS Vojvodine, Rev- 235/81. od 19. lipnja 1981., SP- 12/81-53.

¹⁶⁰ Takvo je stajalište zauzeo i VS Vojvodine, Gž- 1430/72., objavljena kod ČOSIĆ, R. - KRSMANOVIĆ, T., *Aktuelna sudska praksa iz građansko-procesnog prava*, Beograd, 2000., str. 47.

¹⁶¹ Usp. odluku OS u Zagrebu, Gž- 4323/87., od 23. lipnja 1987., PSP- 35/157.

¹⁶² Vidi u tom smislu odluke OS u Zagrebu, Gž-4323/87., od 23. lipnja 1987., PSP- 35/157; VSH, Rev-795/90., od 20. rujna 1990., PSP- 52/174; i Rev-112/93., od 12. listopada 1993., IO- 1994/285.

¹⁶³ Vidi o tome odluku VSH, Rev- 349/84., od 13. lipnja 1984., PSP- 26/126.

¹⁶⁴ Tako TRIVA, str. 268. Suprotno, POZNIĆ smatra da punomoć prestaje i prestankom prava na bavljenje odvjetništvom te da u takvom slučaju nadležni organ odvjetničke komore treba odrediti odvjetnika preuzimatelja kancelarije. Vidi POZNIĆ-VODINELIĆ, str. 130.

¹⁶⁵ Usp. TRIVA, str. 268. U pravnoj teoriji postoji i suprotno mišljenje prema kojemu parnična punomoć izdata odvjetniku prestaje prestankom prava na obavljanje odvjetništva. Vidi STANKOVIĆ, str. 170.

¹⁶⁶ Vidi u tom smislu odluku VSH, Gž-164/77., od 20. siječnja 1977., PSP- 11/220.

De lege ferenda, odredbom čl. 47. Novele članak 95. st. 3. ZPP-a promijenio se na način da sada odvjetnički vježbenik bez položenog pravosudnog ispita može zamjenjivati odvjetnika kod kojeg je zaposlen samo pred sudom prvoga stupnja, u postupcima čija vrijednost predmeta spora nije veća od 50.000,00 kuna. Usto, iza stavka 3. dodaje se stavak 4. kojim se određuje da odvjetnički vježbenik s položenim pravosudnim ispitom može zamjenjivati odvjetnika bez ikakvih ograničenja. Navedenom izmjenom stavka 3. čl. 95. ZPP-a i novim stavkom 4. čl. 95. ZPP-a htjelo se određeno definirati ovlasti odvjetničkog vježbenika u parničnom postupku. Ovime su ovlasti odvjetničkog vježbenika s položenim pravosudnim ispitom proširene jer on može zamjenjivati bilo kojeg odvjetnika, a ne samo onoga kod kojega je zaposlen, bez ikakvih ograničenja. Dakle, ne samo pred sudom prvog stupnja kao do sada. S druge strane, odvjetničkom vježbeniku bez položenog pravosudnog ispita sužene su dosadašnje ovlasti, jer takav vježbenik više neće moći zastupati stranke niti u jednoj parnici u kojoj je vrijednost predmeta spora veća od 50.000,00 kuna, a ne, kao do sada, samo u slučaju zastupanja pravnih osoba u predmetima u kojima je vrijednost predmeta spora veća od navedenog iznosa.¹⁶⁷

3. Punomoć za vođenje parnice punomoćniku koji nije odvjetnik

Granice parnične punomoći izdane punomoćniku koji nije odvjetnik utvrđene su odredbom čl. 96. ZPP-a. U načelu i takav punomoćnik može poduzimati sve radnje u postupku kao i sama stranka. Međutim, njemu je potrebno izričito ovlaštenje za poduzimanje određenih taksativno navedenih radnji: za povlačenje tužbe, za priznanje¹⁶⁸ ili za odricanje od tužbenoga zahtjeva,¹⁶⁹ za zaključenje nagodbe, za odricanje ili odustanak od pravnog lijeka, za prenošenje punomoći na drugu osobu te za podnošenje izvanrednih pravnih lijekova¹⁷⁰ (tzv. pozitivna enumeracija). Radi se o

¹⁶⁷ Hrvatska odvjetnička komora imala je značajne primjedbe na ovako formilirane nove odredbe čl. 95. st. 3. i 4. ZPP-a. Naime drže da su time ovlasti odvjetničkih vježbenika koji nemaju položen pravosudni ispit sužene jer po izmijenjenom čl. 95. st. 3. ZPP-a mogu ubuduće zamjenjivati principala samo pred sudom prvog stupnja i u predmetima čija vrijednost spora ne prelazi 50.000,00 kuna, bez obzira je li zastupani fizička ili pravna osoba. Na taj način je napušteno dosadašnje djelomično ograničenje (u svezi s čl. 91. ZPP-a) prema kojemu nisu mogli, preko ovoga iznosa, zastupati samo pravne osobe. Stoga nije jasno zašto takvo ograničenje ne vrijedi za osobe koje se, ne računajući odvjetnike, mogu pojaviti u ulozi punomoćnika stranke i koje su obično potpuno pravno neobrazovane, a to se ograničenje nameće osobama koje imaju dobrim dijelom ovu naobrazbu i postupaju po uputama i pod nadzorom odvjetnika, a povrh svega obuhvaćene su sustavom osiguranja od odgovornosti. Tako MASTILOVIĆ, B., *Prijedlog izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku*, "Odvjetnik", god. 76., 2003., br. 3.-4., str. 37. Postoje i mišljenja da je ovakovo zakonsko rješenje u najmanju ruku neizbalansirano. Usp. ŠUMANOVIĆ, M., *Punomoćnici*, rad u knjizi CRNIĆ, I. - DIKA, M. - GRBIN, I. - HRVATIN, B. - JELČIĆ, O. - SESSA, Đ. - ŠUMANOVIĆ, M., "Novote u parničnom postupku", Zagreb, 2003., str. 145.

¹⁶⁸ I VTSH je zauzeo stajalište da punomoćnik koji nije odvjetnik ne smije bez izričitog ovlaštenja priznati tužbeni zahtjev. VTSH, Pž- 3161/94. od 12. travnja 1995., ZSO- 3/127.

¹⁶⁹ Kako tužbeni zahtjev pored zahtjeva glavne stvari može obuhvatiti i sporedna traženja, kao primjerice zahtjev za naknadu parničnih troškova, u judikaturi je zauzeto stajalište kako se odredba čl. 96. ZPP-a odnosi i na zabranu punomoćniku neodvjetniku da bez izričitog ovlaštenja prizna zahtjev za naknadu parničnog troška. Vidi u tom smislu odluku OS u Puli, Gž- 561/77., OS u Zagrebu - Informacija br. 17/88-405.

vrlo ozbiljnim pravnim radnjama, pa izistiranje na tome da one trebaju biti izrijeckom navedene u punomoći imalo bi za cilj upozoriti stranku na njihovu važnost i pravne posljedice koje bi njihovo poduzimanje moglo izazvati.¹⁷¹ Ako bi, primjerice, reviziju u ime stranke izjavio punomoćnik koji nije odvjetnik a da nije imao ovlaštenje za podnošenje revizije, te ako usto na poziv suda ne bi podnio urednu punomoć niti bi stranka odobrila tu njegovu parničnu radnju, sud bi trebao odbaciti reviziju. Naime, takva revizija je nedopuštena pošto ju je izjavila osoba koja nije ovlaštena na podnošenje revizije (arg. iz čl. 389. st. 2. ZPP-a).¹⁷² *A contrario*, takav bi punomoćnik bio ovlašten podnijeti tužbu, izjavljivati redovne pravne lijekove, priznati činjenice itd., dakle poduzimati sve radnje u postupku osim onih za koje mu je po zakonu potrebno izričito ovlaštenje.

Na temelju parnične punomoći punomoćnik koji nije odvjetnik nije ovlašten poduzimati radnje izvan parnice, a u svezi s parnicom, ako na to nije izrijeckom ovlašten u punomoći. On je na temelju te punomoći ovlašten samo na poduzimanje svih radnji u postupku, dakle ne i ostalih na koje izrijeckom zakonom ovlašten odvjetnik (arg. čl. 95. st. 1. ZPP-a). Tako bi punomoćnik-neodvjetnik morao imati izričito ovlaštenje za prenošenje punomoći na drugu osobu, a ako nakon prenošenja punomoći na drugu osobu takav punomoćnik umre, njegova smrt ne dovodi do prestanka ovlaštenja te druge osobe da zastupa stranku.¹⁷³

IX. Oblik i način davanja punomoći

Pitanje **forme i načina davanja punomoći** riješeno je odredbama čl. 97. ZPP-a. Punomoć se daje u pisanoj formi ili usmeno na zapisnik kod suda (ZPP, čl. 97. st. 1.). Kad se punomoć daje usmeno na zapisnik, tada će u pravilu ona također biti dana u pisanoj formi. Izjava stranke bit će registrirana u sudskom zapisniku koji će ona zatim potpisati (v. ZPP, čl. 127. st. 1.), odnosno supotpisati uz svoga punomoćnika, ako je i on bio na ročištu.¹⁷⁴ Postoji mišljenje da ako se punomoć izdaje usmeno na zapisnik,

¹⁷⁰ Prema stajalištu judikature punomoćnik koji nije odvjetnik mora imati u punomoćju izričito ovlaštenje za izjavljivanje revizije. Vidi u tom smislu odluke VS Vojvodine, Rev- 446/86., od 18. lipnja 1986., SP- 11/86.; i VS Makedonije, Rev- 296/84., od 26. lipnja 1984., SP- 10/84.

¹⁷¹ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 184.

¹⁷² Vidi u tom smislu odluku VSH, Rev- 2891/00., od 10. siječnja 2001. god., objavljena u "Informatoru", br. 5010., od 13. ožujka 2002. god., str. 5.

¹⁷³ Usp. odluku VSH, Rev- 827/86., od 17. rujna 1987., PSP- 35/158.

¹⁷⁴ Treba napomenuti da u postupku u trgovačkim sporovima stranke ne mogu izvan ročišta davati izjave usmeno na zapisnik kod suda (ZPP, čl. 501. st. 1.) Smisao ove odredbe jest u tome da u postupku u trgovačkim sporovima stranka ne može pisani podnesak zamijeniti usmenom izjavom datom u zapisnik kod parničnog suda, kao što to može u redovitom postupku. Naime, *ratio* uzimanja izjave na zapisnik jest, među ostalim, pružanje pravne pomoći od strane suda strankama koje nisu u mogućnosti napisati podnesak zbog toga što su nepismene, nemaju dovoljno pravno tehničkog znanja ili zbog drugih razloga. Primjena ove odredbe u privrednim sporovima je isključena kako zbog svojstava stranaka, tako i zbog toga jer o poslovanju privrednih subjekata postoji, u pravilu, pisana dokumentacija (usp. JANKOVIĆ, str. 516.). S obzirom na kvalificirane zastupnike stranaka, u trgovačkim sporovima moguća je šira primjena pisane komunikacije pred sudom.

tada nije potrebno da stranka potpisuje zapisnik (drukčije kod sporazuma stranaka o nagodbi, v. ZPP, čl. 322.), pa se drži da je izdana samim davanjem usmene izjave koja se unosi u zapisnik. Drži se da sudsko vijeće i nazočni sudionici postupka predstavljaju dovoljno jamstvo istinitosti ove izjave.¹⁷⁵ Punomoć koja je izdana po općim propisima obveznoga prava ne ovlašćuje na zastupanje u parnici jer zastupanje u parnici ne spada u redovito poslovanje (*arg. ex* čl. 91. st. 2. ZOO-a).¹⁷⁶

Punomoćnik postavljen stranci oslobođenoj od plaćanja troškova postupka svoje ovlaštenje na zastupanje također izvodi iz izjave volje stranke, odnosno njezina zahtjeva da joj se postavi punomoćnik (v. ZPP, čl. 161. st. 1).

Posebna pravila utvrđena su radi zaštite **nepismenih stranaka**. Stranka koja nije pismena ili nije u stanju potpisati se, stavit će na pisanu punomoć umjesto potpisa otisak kažiprsta. Ako se u tom slučaju punomoć izdaje osobi koja nije odvjetnik, potrebna je prisutnost dvojice svjedoka koji će se potpisati na punomoći (ZPP, čl. 97. st. 2.).¹⁷⁷ Nepismena osoba ili osoba koja se ne može potpisati stavit će, dakle, na zapisnik otisak kažiprsta, a zapisničar će ispod otiska upisati njezino ime i prezime (ZPP, čl. 127. st. 3.). Kako odredbama čl. 127. st. 3. ZPP-a nije određeno hoće li nepismena osoba, odnosno osoba koja se ne može potpisati staviti otisak kažiprsta lijeve ili desne ruke, potrebno je pored otiska navesti s kojega je prsta uzet otisak.¹⁷⁸

Ovjera punomoći potpisom dvaju svjedoka nije potrebna kad nepismena osoba punomoć daje odvjetniku zbog presumiranog povjerenja u odvjetnike kao profesionalce vezane pravilima posebne etike. Svjedoci punomoći, koji spadaju u kategoriju tzv. pozvanih svjedoka (v. ZPP, čl. 239.), moraju biti nazočni prigodom davanja izjave koja se pismeno redigira i prigodom stavljanja otiska kažiprsta na punomoć te se moraju na nju potpisati. Svjedoci bi se morali tako potpisati da se može utvrditi tko je dao potpis, odnosno uz njihov bi potpis trebalo čitko naznačiti njihovo ime. Prigodom navođenja podataka o svjedocima bilo bi korisno naznačiti i podatke o njihovoj adresi.¹⁷⁹

Ako **posumnja u istinitost pisane punomoći**, sud može rješenjem odrediti da se podnese ovjerena punomoć (ZPP, čl. 97. st. 3.), a izdavanju takve punomoći ne moraju biti nazočni svjedoci.¹⁸⁰ To vrijedi i za punomoć koja je izdana odvjetniku. "Istinitost" punomoći odnosi se na pitanje potječe li punomoć od osobe koja je na njoj označena kao izdavač.¹⁸¹ Ovjerena punomoć služi, dakle, kao dokaz da je ranije podnesena punomoć istinita. U sudskoj je praksi izraženo stajalište kako propust tuženika da postupi po nalogu suda i dostavi ovjerenu punomoć ne može imati za posljednicu

¹⁷⁵ Vidi "Informator", br. 4771., od 27. studenoga 1999. god., rubrika "VI - MI", str. 15.

¹⁷⁶ Tako TRIVA, str. 263.

¹⁷⁷ Prigodom ovjere otiska kažiprsta nepismene stranke ne trebaju biti nazočni svjedoci. VSH, Rev-1748/84, od 4. prosinca 1984., PSP- 27/124.

¹⁷⁸ Vidi o tome kod ZUGLIA, str. 241. i JANKOVIĆ, str. 174.

¹⁷⁹ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 184.

¹⁸⁰ U tom smislu je i odluka VSH, Rev- 178/84., od 4. prosinca 1984., objavljena kod CRNIĆ, I., *Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku*, "Informator", br. 4682., od 20. siječnja 1999., str. 6.

¹⁸¹ Tako RADOVANOV, A. - KORAC, M., o. c., str. 55.

presumpciju da je žalba koju je podnio punomoćnik podnijela neovlaštena osoba, ako se u spisu nalazi punomoć potpisana tuženikovim imenom i prezimenom.¹⁸² Ako bi se taj pravni stav generalizirao, tada bi nepostupanje po zahtjevu suda da se podnese ovjerena punomoć bilo lišeno svake ozbiljne sankcije. Sud bi morao moći izvesti ozbiljne konzekvencije iz okolnosti da mu stranka nije predala ovjerenu punomoć kad je to zatražio jer bi radnje koje bi se poduzimale u ime stranke morao smatrati nedopuštenima zbog nedostataka u zastupanju.¹⁸³

X. Podnošenje punomoći sudu

Vrijeme i način davanja punomoći te postupak i **pravne posljedice** nepodnošenja punomoći odnosno podnošenja neuredne punomoći, uređeni su odredbama čl. 98. ZPP-a.

Punomoćnik svoju legitimaciju za zastupanje dokazuje podnošenjem punomoći, i to prigodom poduzimanja prve parnične radnje za stranku (ZPP, čl. 98. st. 1.).

U parničnom postupku može se nekada pojaviti i **punomoćnik bez punomoći**. Osobi koja se deklarira kao punomoćnik, koja tvrdi da je ovlaštena za zastupanje, ali nema ispravu o punomoći ili tvrdi da je stranka nije angažirala, ali će joj stranka naknadno izdati punomoć (*negotiorum gestor*),¹⁸⁴ sud može pod rezolutivnim uvjetom (rješenjem) dopustiti da privremeno obavi za stranku određene radnje te joj (istom odlukom) narediti da naknadno u određenom roku podnese punomoć ili odobrenje stranke za obavljene parnične radnje (ZPP, čl. 98. st. 2.).¹⁸⁵ Hoće li osobi koja se deklarira kao punomoćnik dopustiti privremeno obavljanje određene parnične radnje, sud ocjenjuje s obzirom na okolnosti slučaja i radnju koju osoba bez punomoći namjerava poduzeti.¹⁸⁶ Nepostojanje punomoći ili neuredna punomoć su po svojoj prirodi otklonjive procesne smetnje u zastupanju stranke jer zastupana stranka može naknadno odobriti parnične radnje osobe koja nije bila uredno ovlaštena za zastupanje.¹⁸⁷ Iako izrijeком nije propisano da protiv odluke kojom se naređuje pribavljanje punomoći odnosno odobrenje poduzetih radnji (posebna) žalba nije dopuštena, trebalo bi uzeti da takva žalba ne bi bila dopuštena zato što bi rješenje kojim se nalaže pribavljanje punomoći trebalo smatrati rješenjem o upravljanju postupkom (arg. ZPP, čl. 278. st. 2.). U prilog ovakvom stajalištu je i dikcija odredbe čl. 97. st. 3. ZPP-a po kojoj nije dopuštena žalba protiv rješenja kojim je naloženo

¹⁸² Vidi u tom smislu odluku OS Zadar, Gž- 438/84, od 18. travnja 1984., PSP- 25/174.

¹⁸³ Tako DIKA-ČIZMIĆ, str. 185.

¹⁸⁴ Primjerice, stranka je mogla ovlastiti punomoćnika telefonom prije samog ročišta; punomoć može biti izgubljena, uništena ili ukradena; ili punomoćnik nije znao da treba podnijeti punomoć; ili su u pitanju hitne parnične radnje (sprječavanje donošenja presude zbog izostanka) i sl., a može se očekivati da će stranka naknadno izdati punomoć. Usp. STANKOVIĆ, str. 172.

¹⁸⁵ Tako ZUGLIA, str. 241. Vidi u tom smislu i odluku VSH, Gzz- 88/82., od 7. rujna 1982., PSP- 22/153.

¹⁸⁶ Usp. ČOSIĆ, R., *Zakon o parničnom postupku sa objašnjenjima, napomenama, sudskom praksom i registrom pojmova*, Beograd, 1998., str. 55.

¹⁸⁷ Vidi u tom smislu odluku VSSr, Rev- 1381/99., od 26. svibnja 1999., objavljenu ČOSIĆ, R. - KRSMANOVIĆ, T., *Aktuelna sudska praksa iz građansko-procesnog prava*, Beograd, 2000., str. 43.

podnošenje ovjerene punomoći.¹⁸⁸ Nalog za podnošenje punomoći odnosno odobrenja izdaje se navodnom punomoćniku, a ne stranci.¹⁸⁹ Primjerice, ako je za tuženika na ročište došla osoba koja nema punomoći i osporila je tužbeni zahtjev, protiv takvog se tuženika ne može (odmah) donijeti presuda zbog izostanka.¹⁹⁰ Dok ne protekne rok za podnošenje punomoći, i, držimo, odobrenja, sud je dužan odgoditi donošenje odluke koju bi inače donio da je bio na čistu s time ima li navodni punomoćnik punomoć ili je nema, a ako rok za podnošenje punomoći ili odobrenja bezuspješno protekne, sud je dužan nastaviti postupak, ne uzimajući u obzir radnje što ih je obavila osoba bez punomoći (arg. ZPP, čl. 98. st. 3.),¹⁹¹ i, eventualno, donijeti odluke čije donošenje je odgodio zato što nije bio siguran ima li osoba koja se predstavljala kao punomoćnik to svojstvo.¹⁹² Radnje koje je poduzela neovlaštena osoba bile bi bez učinka *ex tunc*. Ipak, tužbu što ju je podnijela osoba koja nije bila ovlaštena za zastupanje tužitelja sud ne bi smio odbaciti ako prethodno ne bi pozvao tužitelja da se (u određenom roku) izjasni odobrava ili takvo podnošenje tužbe,¹⁹³ a isto vrijedi i za izjavljivanje žalbe.¹⁹⁴ Na temelju navedene judikature moglo bi se zauzeti stajalište kako bi sud bio dužan, ako mu navodni punomoćnik u određenom roku ne bi podnio odobrenje stranke za radnje koje je poduzeo, izravno zatražiti od stranke da se izjasni o tome hoće li ili neće odobrti radnje koje su poduzete u njezino ime.¹⁹⁵ Stranka može naknadno, sve do pravomoćnosti rješenja o ukidanju radnji što ih je u ime stranke poduzela osoba koja nije podastrijela punomoć ili koja nije uopće bila ovlaštena za zastupanje, odobriti te poduzete radnje i tada valja smatrati kao da je odobrene radnje poduzela sama stranka.¹⁹⁶

¹⁸⁸ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 186.

¹⁸⁹ U tom je smislu odluka VSH, Rev-576/91., od 26. lipnja 1991., PSP- 53/145.

¹⁹⁰ Ne može se donijeti presuda zbog izostanka ni ako je na pripremno ili prvo ročište za glavnu raspravu za tuženika pristupila osoba bez punomoći, jer se i pristup takve osobe ima smatrati osporavanjem tužbenog zahtjeva. Sud privremenom punomoćniku ostavlja rok za dostavu punomoći, kojom će konvalidirati radnju izvedenu na tom ročištu. U protivnome, smatrat će se da osporavanja nije ni bilo te će nakon proteka roka sud donijeti presudu zbog izostanka. Presuda zbog izostanka pretpostavlja tužnikovo pasivno držanje iz kojega se može zaključiti da ne osporava tužbeni zahtjev. Dolaskom na ročište ta pretpostavka otpada. Vidi odluku PSH, Pž- 497/91., od 9. travnja 1991., PSP-49/117. Ako tuženika zastupa punomoćnik koji nema zakonskih kvalifikacija koje bi morao imati (ispit), to se ne može kvalificirati kao nedolazak tuženika. Odluka VRPSr, SI- 2796/69., ZSO- 3/70-266.

¹⁹¹ Tako i CRNIĆ, I., *Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku*, "Informator", br. 4682., od 20. siječnja 1999., str. 7.

¹⁹² Tako DIKA-ČIZMIĆ, str. 186.

¹⁹³ Takvo su stajalište zauzeli VSH, Rev-9/92., od 24. lipnja 1992., IO- 1994/284. i ŽS u Zagrebu, Gž-1352/97. od 16. studenoga 1997., PSP- 1998-8-136.

¹⁹⁴ Vidi odluku VSH, Gzz- 88/82., od 7. rujna 1982., PNZ- 22/153.

¹⁹⁵ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 186.

¹⁹⁶ Vidi odluku ŽS u Dubrovniku, Gž- 640/95. od 24. kolovoza 1995., objavljena kod CRNIĆ, I., *Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku*, "Informator", br. 4682., od 20. siječnja 1999., str. 7.

Pravilnost punomoći je pozitivna procesna pretpostavka.¹⁹⁷ Sud je dužan tijekom cijelog postupka paziti (*ex officio*) je li osoba koja se pojavljuje kao punomoćnik ovlaštena za zastupanje. Ako utvrdi da osoba koja se pojavljuje kao punomoćnik **nije ovlaštena za zastupanje** (*falsus procurator*, lažni punomoćnik), ukinut će parnične radnje što ih je ta osoba poduzela ako te radnje nije stranka naknadno odobrila (ZPP, čl. 98. st. 4.) Tu dužnost treba razlikovati od dužnosti suda koji odlučuje u povodu pravnoga lijeka da pazi na to je li u postupku u kojemu je bila donesena pobijana odluka počinjena povreda pravila o zastupanju (v. ZPP, čl. 354. st. 2. t. 10.). Tu se radi o dužnosti suda koji provodi prvostupanjski postupak ili postupak u povodu pravnoga lijeka da pazi na to je li osoba koja se pojavljuje u postupku pred njime kao punomoćnik ovlaštena na zastupanje. Za razliku od punomoćnika bez punomoći, *falsus procurator* može imati punomoć, ali nema ovlaštenje za zastupanje.

Zbog povrede pravila o zastupanju mogu se izjaviti svi redovni (v. ZPP, čl. 354. st. 2. t. 10.)¹⁹⁸ i izvanredni pravni lijekovi (v. ZPP, čl. 385. st. 1. t. 1.; čl. 404. st. 1. t. 1.; čl. 421. st. 1. t. 3.). U povodu žalbe i revizije sud pazi na tu povredu po službenoj dužnosti (v. ZPP, čl. 365. i 386.).

Naknadnim podnošenjem punomoći sudu ratihabiraju se procesne radnje obavljene bez punomoći, bilo da se radi o radnjama punomoćnika ili zamjenika punomoćnika parnične stranke. Nedostatak u zastupanju može se otkloniti i u drugostupanjskom postupku, ali na trošak one stranke koja ga je uzrokovala svojim propustom.¹⁹⁹ Stranka može naknadno odobriti i samo pojedine radnje osobe koja nije imala urednu punomoć.²⁰⁰

¹⁹⁷ Tako TRIVA, str. 269. Usp. i potanje kod ČALIJA, B. - OMANOVIĆ, S., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000., str. 156.

¹⁹⁸ Bitna povreda odredaba parničnog postupka uvijek postoji ako, među ostalim, u postupku stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba ili zakonski zastupnik odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebne ovlasti za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, te ako vođenje parnice odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno. Povreda pravila zastupanju ima značenje kvalificirane i kazuistički određene povrede načela saslušanja stranaka. Nedostaci koji se tiču zastupanja relevantni su samo ako nisu naknadnim radnjama stranke ili njezina zastupnika ratihabirani (U tom je smislu i pravno stajalište sjednice sudaca Građanskog odjela Općinskog suda u Zagrebu od 4. ožujka 1986., objavljeno kod CRNIĆ, I., *Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku*, "Informator", br. 4682., od 20. siječnja 1999., str. 7. Treba uzeti da zbog povreda koje se tiču nedostataka u zastupanju žalbu ne može izjaviti protivnik stranke koja je uspjela u postupku (VSH, Rev-704/78., od 25. siječnja 1979., PSP- 15/248; Rev-778/88., od 25. listopada 1988., PSP- 43/112.). Svrha zakonske odredbe iz članka 354. st. 2. t. 10. ZPP-a jest da zaštiti neuredno zastupanu stranku, a ne da omogući njezinom protivniku koji je izgubio parnicu da pozivom na tu odredbu oteža procesni položaj stranke koja je uspjela u parnici (VSH, Rev- 2915/94., od 1. lipnja 1997., IO- 1/1998-185.; VSH, Rev- 1908/98. od 25. travnja 2001. god., "Informator", br. 5069. od 5. listopada 2002., str. 5.).

¹⁹⁹ Tako MOMČINOVIĆ, H., *Zastupnici poduzeća i njihova ovlaštenja u pravnom prometu i u parničnom postupku*, "Naša zakonitost", god. XLIII, 1989., br. 9-10, str. 1136. Vidi u tom smislu i odluku VPSH, Pž- 396/85. od 9. srpnja 1985., PSP- 28/182.

²⁰⁰ Usp. TRIVA, str. 270. POZNIĆ suprotno drži da stranka koja naknadno odobrava poduzete parnične radnje može samo odobriti sve parnične radnje ili im svima uskratiti odobrenje (podatak kod MOMČINOVIĆ, H., *Zastupnici poduzeća i njihova ovlaštenja u pravnom prometu i u parničnom postupku*, "Naša zakonitost", god. XLIII, 1989., br. 9-10, str. 1137.).

XI. Opoziv i otkaz punomoći

Instituti opoziva i otkaza punomoći, kao dva od više mogućih načina prestanka punomoći (v. čl. 100. i 101. ZPP-a), uređeni su odredbama čl. 99. ZPP-a. Stranke, dakako, ugovor o zastupanju mogu raskinuti i sporazumno.

Stranka je ovlaštena **opozvati** punomoć u svako vrijeme (ZPP, čl. 99. st. 1.). Takvo rješenje odgovara i općem pravilu obveznoga prava da vlastodavac može po svojoj volji suziti ili opozvati punomoć, čak i ako se ugovorom odrekao toga prava (v. čl. 92. st. 1. ZOO-a).²⁰¹ Time se ne dira u eventualno pravo punomoćnika da traži naknadu time nastale štete (ZOO, čl. 92. st. 3.). Punomoćnik je u načelu ovlašten također **otkazati** punomoć u svako vrijeme (ZPP, čl. 99. st. 1.), ali je poslije otkaza punomoći dužan još mjesec dana obavljati radnje za osobu koja mu je izdala punomoć ako je potrebno da od nje otkloni štetu koja bi u to vrijeme mogla nastati (ZPP, čl. 99. st. 4.). Da bi mogao zaštititi prava stranke, punomoćnik bi, dakle, i nakon otkaza uvjetno zadržavao to svojstvo mjesec dana. Stoga, primjerice, ako datum održavanja ročišta pada unutar roka od mjesec dana kroz koje je vrijeme punomoćnik nakon otkaza punomoći dužan obavljati radnje za stranku, tada on treba pristupiti tom ročištu.²⁰² Zbog povrede te svoje dužnosti punomoćnik bi stranci odgovarao za naknadu eventualne štete. Ova obveza punomoćnika prestaje svakako ranije ako stranka uzme drugog punomoćnika ili ako izjavi da joj pomoć dotadašnjeg punomoćnika nije potrebna.²⁰³ Dakle, stranka bi, nakon što bi bila upoznata s otkazom, mogla izjaviti da joj asistencija dotadašnjeg punomoćnika nije potrebna, a to bi, primjerice, mogla manifestirati i angažiranjem novoga punomoćnika.²⁰⁴

Opoziv i otkaz punomoći moraju se **priopćiti** sudu pred kojim se postupak vodi pismeno ili usmeno na zapisnik (ZPP, čl. 99. st. 2.). Nakon opoziva ili otkaza punomoći sud bi trebao izravno komunicirati sa strankom, odnosno njezinim novim zastupnikom. Opoziv i otkaz pravno djeluju prema sudu tek od trenutka kad su mu priopćeni, pa bi tek nakon priopćenja sud bio dužan komunicirati izravno sa strankom ili drugim njezinim zastupnikom, odnosno tek će nakon toga biti dužan uskratiti punomoćniku pravo na poduzimanje radnji, osim ako ne ocijeni da je to potrebno da bi se od stranke otklonila šteta (arg. ZPP, čl. 99. st. 4.).

Prema protivnoj stranci opoziv odnosno otkaz punomoći djeluju, pak, od trenutka kad su joj priopćeni (ZPP, čl. 99. st. 3.), bilo da ju je o tome obavijestila izravno stranka ili sud, između ostaloga i dostavom primjerka odgovarajućeg podneska ili prijepisa zapisnika. ZPP-om nije detaljnije riješeno pitanje priopćenja otkaza punomoći zastupanoj stranci. Punomoćnik bi bio dužan o otkazu punomoći obavijestiti i stranku. Trebalo bi uzeti da bi i sud bio dužan obavijestiti stranku o otkazu punomoći ako bi iz načina na koji je ona otkazana bilo moguće zaključiti da nije sigurno da je stranka o tome obaviještena.

²⁰¹ Usp. ZUGLIA, str. 242.

²⁰² Takvo je stajalište zauzeo i ŽS u Rijeci u odluci Gž-343/96., IO- 2/1997-132.

²⁰³ Tako CRNIĆ, I., *Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku*, "Informator", br. 4682., od 20. siječnja 1999., str. 7. Vidi i GAJOVIĆ, J., *Građansko procesno pravo - sa komentarom*, Beograd, 2000., str. 71.

²⁰⁴ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 188.

XII. Prestanak punomoći

1. Nakon završetka parnice za koju je punomoć dana, odnosno pravomoćnim okončanjem postupka, prestaje i ugovor o punomoći za vođenje parnice.²⁰⁵ Dakle, parnična punomoć uobičajeno prestaje okončanjem parnice ili stadija postupka za koje je bila izdata. Parnična punomoć potpuno prestaje realiziranjem presude u ovršnom postupku, jer ovlaštenje za zastupanje u cijeloj parnici presumira i ovlaštenje za zastupanje ovhovoditelja u ovršnom postupku.²⁰⁶ Prestanak punomoći za pojedinu parničnu radnju uobičajeno prestaje njezinim poduzimanjem i izvršenjem.²⁰⁷

2. Ako je punomoćniku dano ovlaštenje da može obavljati sve radnje u postupku, a stranka odnosno njezin zakonski zastupnik **umre ili postane poslovno nesposoban**, ili ako zakonski zastupnik **bude razriješen dužnosti**, punomoćnik je ovlašten i nadalje poduzimati radnje u postupku, ali nasljednik odnosno novi zakonski zastupnik može opozvati punomoć (ZPP, čl. 100. st. 1.). U navedenim slučajevima punomoćniku koji nije odvjetnik uvijek prestaju ovlaštenja koja se u punomoći moraju izričito navesti (ZPP, čl. 100. st. 2.).

Odredbama čl. 100. ZPP-a uređen je, dakle, utjecaj smrti ili gubitka poslovne sposobnosti stranke, odnosno smrti ili gubitka ovlaštenja na zastupanja njezina zakonskog zastupnika na parničnu punomoć. Utjecaj tih okolnosti na punomoć različit je u ovisnosti o tome je li parnična punomoć izdana u sporu o prenosivim ili neprenosivim pravima, odnosno je li izdana odvjetniku ili osobi koja nije odvjetnik. Izvedeci iz odredbe spomenutog st. 1. čl. 100. ZPP-a zaključak *argumento a contrario*, u doktrini je izraženo stajalište da nastupanjem okolnosti navedenih u st. 1. čl. 100. ZPP-a prestaje punomoć na poduzimanje specificiranih parničnih radnji.²⁰⁸ Ali ako vlastodavac umre još prije pokretanja parnice, i punomoćnik kojem je dato ovlaštenje da može vršiti sve parnične radnje u postupku ne može vršiti te radnje pa ni, primjerice, podnositi tužbu.²⁰⁹

Smrt stranke ili gubitak njezine poslovne sposobnosti te smrt ili gubitak poslovne sposobnosti odnosno razriješenje dužnosti njezina zakonskog zastupnika, u načelu su bez utjecaja na parničnu punomoć koja je izdana odvjetniku (arg. ZPP, čl. 100. st. 1. i *arg. a contrario* ZPP, čl. 100. st. 2.). Međutim, punomoćnik koji nije odvjetnik gubi po sili zakona nastupanjem tih okolnosti ovlasti koje se takvom punomoćniku moraju izričito navesti (ZPP, čl. 100. st. 2., v. i čl. 96.).

²⁰⁵ Prema stajalištu sudske prakse, završetkom parnice za koju je punomoć dana prestaje i takva punomoć (v. odluku VS Vojvodine, Gž- 1193/73., objavljenu kod ČOSIĆ, R. - KRSMANOVIĆ, T., *Aktuelna sudska praksa iz građansko-procesnog prava*, Beograd, 2000., str. 46.) a time, primjerice, i pravo na pokretanje ovršnoga postupka, pa punomoćnik na temelju takve punomoći nije ovlašten pokrenuti ovršni postupak u ime stranke koja je umrla prije pokretanja ovršnog postupka (ŽS u Zagrebu, Gž-7305/96. od 3. veljače 1998., PSP- 1998-8-102).

²⁰⁶ Usp. STANKOVIĆ, str. 173.

²⁰⁷ Podrobnije o tome kod ZUGLIA, str. 241.

²⁰⁸ Tako i TRIVA, str. 269.

²⁰⁹ Vidi odluku OS u Subotici, Pž- 987/91., objavljenu kod ČOSIĆ, R. - KRSMANOVIĆ, T., *Aktuelna sudska praksa iz građansko-procesnog prava*, Beograd, 2000., str. 45.

Nasljednik kao nova stranka, odnosno novi zakonski zastupnik mogu opozvati punomoć (ZPP, čl. 100. st. 1.). Za taj bi opoziv punomoći vrijedilo ono što je rečeno za opoziv punomoći općenito (v. ZPP, čl. 99.). Ako je punomoć izdana u sporu o strogo osobnim, neprenosivim pravima, njezina važnost prestaje smrću osobe o čijim se neprenosivim pravima postupak vodi, pa prestaje i postupak o tim pravima.²¹⁰ Tako, primjerice, kad tužitelj umre tijekom parnice za rastavu braka, postupak se prekida i kad tužitelj ima punomoćnika jer je predmet spora pravo koje ne prelazi na nasljednika.²¹¹ Ako je stranka izdala parničnu punomoć odvjetniku u parnici o prenosivim pravima, punomoć ne prestaje smrću ili gubitkom poslovne i parnične sposobnosti stranke. Pravilo o važenju punomoći i nakon smrti stranke koja je punomoć izdala, vrijedi samo u slučaju kada je smrt nastupila nakon pokretanja parnice.²¹²

Donošenjem Novele i njezinim stupanjem na snagu promijenit će se u cijelosti st. 1. čl. 100. ZPP-a. **De lege ferenda**, ako punomoćniku bude dano ovlaštenje da može obavljati sve radnje u postupku, a stranka izgubi parničnu sposobnost, odnosno njezin zakonski zastupnik umre ili izgubi poslovnu sposobnost, ili ako zakonski zastupnik bude razriješen dužnosti, punomoćnik bi bio ovlašten i nadalje poduzimati radnje u postupku, ali bi novi zakonski zastupnik mogao opozvati punomoć (v. Novelu, čl. 48.). Predloženom izmjenom st. 1. čl. 100. ZPP-a ta se odredba usklađuje s promjenom pravila o prestanku punomoći (ZPP, čl. 101.) i o prekidu postupka (v. ZPP, čl. 212.), po kojima u slučaju smrti stranke njezin dotadašnji punomoćnik nije više ovlašten nastaviti sa zastupanjem zbog čega dolazi do prekida postupka.²¹³

Treba napomenuti da punomoćnik kojemu je dano ovlaštenje za pokretanje parnice, ne smije podnijeti tužbu ni obavljati druge parnične radnje ako je vlastodavac umro prije pokretanja parnice.²¹⁴

3. Pravne posljedice prestanka i stečaja pravne osobe u odnosu na izdane punomoći, uređene su odredbama članka 101. ZPP-a.

De lege lata, prestankom postojanja pravne osobe prestaje, u načelu, i punomoć koju je ona izdala (ZPP, čl. 101. st. 1.),²¹⁵ pa tim trenutkom dolazi i do prekida postupka po sili zakona (v. ZPP, čl. 212. st. 3.). I otvaranjem stečajnoga postupka nad pravnom osobom prestaje, kao jedna od posljedica otvaranja stečajnoga postupka, i

²¹⁰ Takvo je stajalište zauzeo ŽS u Splitu u odluci Gž-2736/95., od 25. rujna 1996., IO- 1/1998-153. Usp. i TRIVA, str. 269.

²¹¹ Vidi u tom smislu odluku VSH, Rev- 18/86., od 28. siječnja 1986., PNZ- 31/93. i VSH, Gž-2097/59., NZ- 3-6/59-260.

²¹² Tako i VSH, Gž- 557/59., NZ- 5-6/59-263.

²¹³ Usp. Prijedlog Novele, *Obrazloženje*, uz čl. 48. Vidi i CRNIĆ, I., *Bitne novote u parničnom postupku*, rad objavljen u zborniku radova sa savjetovanja "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse", održanom u Opatiji u studenome 2003. god., *Godišnjak 10*, Zagreb, 2003., str. 25.

²¹⁴ Takvo je stajalište zauzeo VSH u odluci Gž- 380/77., od 2. veljače 1978., objavljena kod CRNIĆ, I., *Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku*, "Informativ", br. 4682. od 20. siječnja 1999., str. 6.

²¹⁵ Brisanjem pravne osobe iz sudskog registra prestaju sva ovlaštenja njezina ovlaštenog zastupnika, pa time i punomoć koju je on dao odvjetniku za zastupanje u parnici. V. odluku VPS u Beogradu, Pž-9697/97., od 30. listopada 1997., objavljenu kod ČOSIĆ, R. - KRSMANOVIĆ, T., o. c., str. 44.

punomoć koju je ona (stečajni dužnik) izdala (ZPP, čl. 101. st. 2.).²¹⁶ Tim trenutkom dolazi i do prekida postupka po sili zakona (v. ZPP, čl. 212. st. 4.). Nadalje pravnu osobu nad kojom je otvoren stečajni postupak u parnici zastupa stečajni upravitelj kao zakonski zastupnik *sui generis*.²¹⁷ Ipak, prestankom pravne osobe odnosno otvaranjem stečaja nad njom punomoć ne prestaje bezuvjetno. U tim je slučajevima punomoćnik još mjesec dana dužan obavljati radnje u postupku ako je potrebno da od stranke otkloni štetu (ZPP, čl. 101. st. 3.).

De lege ferenda, odredbom čl. 49. Novele, čl. 101. st. 1. ZPP-a mijenja se i glasi: "Smrću fizičke osobe odnosno prestankom pravne osobe prestaje i punomoć koju je ona izdala.", te u stavku 2. umjesto točke stavlja se zarez i dodaju riječi: "ako zakonom nije drugačije određeno". Predloženom izmjenom stavka 1. članka 101. ZPP-a afirmira se stav da bi i smrću stranke fizičke osobe, a ne samo prestankom postojanja stranke pravne osobe, prestajala punomoć koju je izdala. Predlagatelj je, naime, ocijenio da nema razloga za različit pristup u te dvije situacije, osobito s obzirom na probleme koji su se javili u praksi kad parnicu nakon smrti stranke fizičke osobe u ime i za račun njezinih još neutvrđenih nasljednika nastavi voditi dotadašnji punomoćnik. Ti su se problemi ticali mogućnosti artikuliranja prave volje zastupanih osoba u parnici, pokrića troškova punomoćnika, financiranja troškova postupka uključujući i pitanja prava na oslobođenje od njihovog prethodnog snošenja, itd. Situacija je postala još osjetljivijom nakon suženja kruga osoba koje bi, pored odvjetnika, mogle zastupati stranku u svojstvu punomoćnika.²¹⁸ Ako pak stranka ne umre nego izgubi parničnu sposobnost, punomoćnik na temelju opće punomoći i nakon što stranka izgubi parničnu sposobnost ovlašten poduzimati radnje u postupku.²¹⁹

XIII. Umjesto zaključka

U okviru prijelaznog režima utvrđenog Novelom, posebno je predviđeno koje će se njezine odredbe primjenjivati samo na postupke u kojima je nakon njezina stupanja na snagu podnesena tužba, prijedlog za izdavanje platnog naloga ili prijedlog za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave. U tom smislu treba napomenuti da će se odredbe čl. 45. Novele kojima se iza članka 89. dodaje se novi članak 89.a, a prema kojima stranku kao punomoćnik može zastupati samo odvjetnik, ako zakonom nije drugačije određeno, odnosno osoba koja je s njome u radnom odnosu, ako je potpuno poslovno sposobna te srodnik po krvi u pravoj liniji, brat, sestra ili bračni drug - ako je potpuno poslovno sposoban i ako se ne bavi nadripararstvom, primjenjivati samo na postupke u kojima je nakon stupanja na snagu Novele (nakon 1. prosinca 2003.

²¹⁶ Vidi u tom smislu odluku VPS, Pž- 4581/88., objavljena kod RADOVANOV, A. - KORAC, M., o. c., str. 57.

²¹⁷ Tako TRIVA, str. 245. Vidi i MOMČINOVIĆ, H., *Zastupnici poduzeća i njihova ovlaštenja u pravnom prometu i u parničnom postupku*, "Naša zakonitost", god. XLIII, 1989., br. 9-10, str. 1128.

²¹⁸ Vidi Prijedlog Novele, *Obrazloženje*, uz čl. 49.

²¹⁹ Tako i podrobnije kod ŠUMANOVIĆ, M., *Punomoćnici*, rad u knjizi CRNIĆ, I. - DIKA, M. - GRBIN, I. - HRVATIN, B. - JELČIĆ, O. - SESSA, Đ. - ŠUMANOVIĆ, M., "Novote u parničnom postupku", Zagreb, 2003., str. 146.

god.) podnesena tužba, prijedlog za izdavanje platnog naloga ili prijedlog za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave (Novela, čl. 284.). Isto vrijedi i za odredbe čl. 46. Novele, kojima se članak 90. ZPP-a usklađuje s novim člankom 89.a., a prema kojima, ako se kao punomoćnik pojavi osoba koja ne može biti punomoćnikom prema odredbama članka 89.a, sud takvoj osobi treba uskratiti daljnje zastupanje i o tome obavijestiti stranku. Radi se, dakle, o nekim od odredaba za koje se drži da su do te mjere vezane uz ukupnu strukturu nove procedure da bi bilo neprimjereno ili teško izvedivo da se počnu primjenjivati i na postupke u tijeku.²²⁰ Stoga je zauzeto stajalište da se nova pravila o zastupanju trebaju primjenjivati tek u postupcima koji će biti pokrenuti nakon stupanja na snagu Novele.²²¹ Usto, ni odredbe čl. 77. Novele, kojima su izmijenjene odredbe čl. 146. ZPP-a o punomoćniku/zastupniku za primanje pismena, neće se primjenjivati u postupcima koji su bili pokrenuti prije stupanja na snagu Novele, jer je ocijenjeno da bi njihova neposredna primjena u tim predmetima izazvala takve interpretacije i provedbene probleme kojima bi se anulirale eventualne procesne koristi koje bi se time postigle.²²²

Summary

ATTORNEY IN CIVIL PROCEDURE - THE NEW REGULATION

Enactment and entering into force of the Law on Revision of the Law on Civil Procedure (published in Official Gazette no. 117/03) has introduced in our civil procedure a number of important changes and novelties whose fundamental aim is to simplify civil procedure and render it more efficient by inducing all participants of the procedure to active conduct in order to contribute to sooner examination of disputable facts and final decision-making and, implicitly, to increase a general level of legal protection.

In that respect, the author discusses in this article changes and novelties related to the legal institute of "attorney in civil procedure" putting special emphasis on: procedural motions (conducted by attorney), denial of representation, attorney of legal persons, effects of attorneys' procedural motions, delivery to a party who has an attorney, extent of the power of attorney of a lawyer and of other persons, forms and modes of giving power of attorney, submitting power of attorney to a court, revocation and refusal of power of attorney, termination of power of attorney, and especially clarifying the issue of who is entitled to be an attorney in a civil procedure.

Key words: attorney, civil procedure, capability of being an attorney, compulsory representation by a lawyer.

²²⁰ Vidi Prijedlog Nacrta - *Obrazloženje pojedinih odredaba*, obrazloženje uz čl. 283., str. 139.

²²¹ 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. godine, str. 17.

²²² *Ibid.*, str. 17.

Zusammenfassung

DER PROZESSBEVOLLMÄCHTIGTE - NEUE REGELUNG

Mit der Verabschiedung und dem In Kraft Treten des Gesetzes über die Veränderungen und Ergänzungen des Gesetzes zur Prozessordnung ("Narodne novine", Nr. 117/03.) werden in Kroatien eine Reihe von Änderungen und Neuigkeiten mit dem Ziel eingeführt, die Prozessprozedur zu vereinfachen und effizienter zu machen so dass alle Teilnehmer am Verfahren durch ihre Aktivitäten dazu beitragen, möglichst früh über umstrittene Tatsachen zu diskutieren und über das Verfahren eine Entscheidung zu fällen womit das allgemeine Niveau des Rechtsschutzes erhöht würde.

In diesem Sinne betrachtet der Autor in der Arbeit die Änderungen und Neuigkeiten, die sich auf die Regelung des Instituts des Bevollmächtigten im Zivilprozess beziehen, wobei er versucht, möglichst genau auf folgende Probleme hinzuweisen: Unternehmen von Prozesshandlungen (seitens des Bevollmächtigten), Untersagen der Vertretung des Bevollmächtigten von juristischen Personen, Wirkung der Prozesshandlungen des Bevollmächtigten, Zustellung an die Partei, die einen Bevollmächtigten hat, Umfang der Vollmachten des Anwalts und einer Person, die kein Anwalt ist, Form und Art der Hilfestellung, Einreichung der Vollmacht beim Gericht, Widerruf und Kündigung der Vollmacht, Erlöschen der Vollmacht. Außerdem versucht er besonders zu erklären wer alles Prozessbevollmächtigter sein kann.

Schlüsselwörter: *Bevollmächtigter, Zivilprozess, Postulationsfähigkeit, Anwaltszwang.*

Sommario

PROCURATORE NEL PROCESSO CIVILE - NUOVO ORDINAMENTO

L'approvazione e l'entrata in vigore della Legge sulle modifiche e integrazioni della Legge sul processo civile ("Narodne Novine", n. 117/2003) ha introdotto nel nostro processo civile una serie di importanti cambiamenti e innovazioni il cui scopo fondamentale è di semplificare la procedura civile e renderla più efficiente, con l'indurre tutti i partecipanti del processo a una condotta attiva in ordine al contribuire al pronto esame dei fatti dibattuti e formazione della decisione finale, e implicitamente accrescere il livello di tutela legale.

A questo proposito, l'autore discute in questo lavoro i cambiamenti e le innovazioni relative all'istituto giuridico del procuratore nel processo civile, ponendo particolare enfasi sulla problematica: azioni civili intraprese (da parte del procuratore), rifiuto della rappresentanza, procuratore di persone giuridiche, effetti delle azioni civili del procuratore, notificazione alla parte che ha il procuratore, estensione della procura dell'avvocato e di altri, forme e modalità della concessione della procura, remissione della procura al tribunale, revoca e rifiuto della procura, cessazione della procura, e particolarmente sul chiarimento della questione di chi sia titolato ad essere un procuratore nel processo civile.

Parole chiave: *procuratore, processo civile, capacità di patrocinio, rappresentanza obbligatoria dell'avvocato.*

AKTUALNA PITANJA FINANCIJSKOG IZVJEŠTAVANJA DIONIČKIH DRUŠTAVA - ODGOVORNOST REVIZORA

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

UDK: 347.51

65.012.7

Ur.: 12. prosinca 2003.

Pr.: 14. siječnja 2004.

Izvorni znanstveni članak

U radu se obrađuje pitanje odgovornosti revizora za financijska izvješća. Nakon pregleda relevantnih nacionalnih propisa nekih država članica Europske unije suprotstavljaju se rješenja o određenim pitanjima posebice u odnosu na to je li tužbu protiv revizora ovlašten podnijeti samo naručitelj revizije ili i treće osobe, zatim, koje se povrede počinjene od strane revizora smatraju štetnim radnjama a koje rezultiraju odgovornošću za štetu, postoji li mogućnost ograničenja odgovornosti te postoji li obvezatno osiguranje od odgovornosti. Nakon što se utvrđuje postojanje bitnih i značajnih razlika u pogledu mnogih pitanja odgovornosti revizora te konstatira nedostatak harmonizacije propisa europskog prava, prelazi sa na analizu financijsko-računovodstvenog skandala Enrona, koji je označio prekretnicu u reguliranju odgovornosti revizora u pravu SAD-a te inducirao reakciju europskog zakonodavca najavom prijedloga novih smjernica u cilju povećanja zaštite ulagatelja te povećanja kvalitete financijske revizije. U posljednjem dijelu rada analiziraju se hrvatski propisi o revizorskoj struci i o odgovornosti revizora u svjetlu trendova u europskom i komparativnom pravu. Predlaže se da se poveća dostupnost podataka o revizorima javnosti što je i obveza prema osmoj smjernici. Također se predlaže detaljnije propisivanje smetnji za imenovanje revizora boljim redigiranjem postojećih smetnji kao i unošenjem novih, te uklanjanje propisa koji su derogirani izmijenjenim i dopunjenim ZTD-om. Najjasnije bi trebalo biti uređenje odgovornosti revizora prema trećim osobama jer postojeći propis otvara mogućnost različitih interpretacija. Po pitanju ograničenja odgovornosti, jasni trebaju biti kriteriji primjene, ali i situacije u kojima revizor gubi pravo da se pozove na ograničenje.

Ključne riječi: *odgovornost revizora, Enron, revizija financijskog izvješća, dioničko društvo, europsko pravo, Zakon o reviziji, Zakon o trgovačkim društvima.*

1. Uvod

Revizija financijskih izvješća trgovačkog društva važan je instrument kontrole financijskih rezultata trgovačkog društva. Uloga revizora je da periodično ispituje financijska izvješća društva i izrazi mišljenje o tome jesu li procjene koje je iskazala uprava društva istinite i objektivne.¹ Revizijom se provjerava je li u financijskim izvješćima realno i objektivno prikazano stanje imovine društva, kapitala, obveza i rezultata poslovanja. Za razliku od američkog prava društava, pravo društava zemalja članica Europske unije zahtijeva da sve srednje velike i velike korporacije u kojima članovi za obveze društva odgovaraju ograničeno moraju revidirati svoja financijska izvješća.² Koja trgovačka društva i kojom dinamikom u nas moraju revidirati svoja godišnja financijska izvješća, uređuje Zakon o računovodstvu (u daljnjem tekstu: ZR). Zakonodavac se propisuje obvezu revizije godišnjih financijskih izvješća uglavnom usredotočujući na dionička društva, pri čemu jedino dionička društva koja su mali poduzetnici podliježu tzv. skraćenoj reviziji. Dok ZR propisuje tko je obveznik revidiranja godišnjih financijskih izvješća, druge situacije u kojima je potrebno izvršiti financijsku reviziju imenuje i Zakon o trgovačkim društvima (u daljnjem tekstu: ZTD). Zakon o reviziji (u daljnjem tekstu: ZREV) predstavlja, s druge strane, okosnicu uređenja revizorske struke.

Iako je obveza revizije financijskih izvješća propisana zakonom, revizorska tvrtka pristupa obavljanju revizije tek po sklapanju ugovora s naručiteljem - društvom koje je obveznik revizije. Ipak, društvo-naručitelj revizije nije jedini korisnik te usluge.³ Sve osobe koje prema društvu imaju određeni interes financijske naravi, i te kako polažu vjeru u mišljenje revizora. Ono im predstavlja važan oslonac pri donošenju odluka u njihovim odnosima s društvom. Tako će jedan od glavnih faktora pri donošenju odluke o ulaganju u vrijednosne papire nekog dioničkog društva biti stanje iskazano u bilanci, posebice u računu dobiti i gubitaka. S druge strane, kreditori društva će iz financijskih izvješća steći uvid u opseg zaduženosti društva, što može biti odlučujućim faktorom pri donošenju odluke hoće li, i pod kojim uvjetima, društvu predujmiti kredit. Stoga je od iznimnog značenja da istinitost i potpunost financijskih izvješća potvrdi neka nezavisna instanca kao što je revizor. Rad financijskih analitičara odnosno investicijskih savjetnika na tržištu vrijednosnih papira bio bi nezamisliv bez revizora. U današnje vrijeme nezavisni revizori povijestno imaju sve više ulogu povjerenika

¹ EBKE, F.W. *The Impact of Transparency Regulation on Company law*, u: HOPT/WYMEERSCH *Capital market and Company law*, New York 2003, str. 181.

² To proizlazi iz obveza temeljem četvrte računovodstvene smjernice. Obveza revidiranja godišnjih financijskih izvješća propisana u čl. 47. iste smjernice odnosi se na sva trgovačka društva navedena (za svaku zemlju članicu posebno) u čl. 1. st. 1. četvrte smjernice. Vidi *Fourth Council Directive 78/660/EEC od 25.07.1978.*, OJ L 162 26.06.1999 str. 65). U njemačkom pravu osim dioničkog društva istu obvezu ima društvo s ograničenom odgovornošću i komanditno društvo na dionice. Tako je i u talijanskom i u francuskom pravu. Za njemačko pravo vidi SCHMIDT, K. (ed.) *MünchKommZurHGB*, München 2000, § 316, ad. 3.

³ Najbrajajući širok krug potencijalnih korisnika, ima autora koji misle da se našim zakonodavstvom nedovoljno štiti javni interes. Tako KRAJACIĆ, D. *Kritički osvrt na Zakon o reviziji*, RRiF, br. 3/1993., str. 374.

javnosti (*public confidants*) u domeni financijskog izvještavanja, bez obzira na to što između njih i naručitelja revizije postoji ugovorni odnos.⁴

Iako su sva dionička društva obuhvaćena pojmom “velikih” i “srednjih” poduzetnika izjednačena u pogledu obveze obavljanja revizije godišnjih financijskih izvješća, valja imati na umu da je značenje revizije financijskih izvješća tim veće kod dioničkih društava čije dionice kotiraju na burzi (ili uređenom tržištu kapitala) i od kojih se i inače očekuje da budu transparentnija. Ulagačima koji ulazu u dionice uvrštenih društava mora se omogućiti da se oslone na vjerodostojnost financijskih izvještaja izdavatelja, a na to se mogu osloniti ako je njihovu vjerodostojnost potvrdio revizor svojim stručnim i nepristranim mišljenjem.⁵ Logično je da javna dionička društva (kako ih se naziva u nas),⁶ koja prikupljaju kapital od široke ulagačeljske publike - toj javnosti podastiru više informacija od onih zatvorenih. Činjenica je, međutim, da su tim pojmom temeljem čl. 114. ZTVP-a obuhvaćena i ona (minijaturna i zatvorena) dionička društva koja prelaze određeni broj dioničara i određeni iznos temeljnog kapitala, te su i ona prisiljena biti javna. Stoga su neka od njih smanjila iznos temeljnog kapitala, odnosno broj dioničara ili se preoblikovala u društvo s ograničenom odgovornošću kako ne bi pala pod udar te zakonske odredbe.⁷ Iako su javna dionička društva u pogledu obveze revizije financijskih izvješća u potpunosti izjednačena s drugim dioničkim društvima, nije isključena mogućnost da se na nivou europskog prava u tom pogledu okolnosti promijene, te da se uvede i obveza revizije kvartalnih izvješća.⁸

⁴ “By certifying the public report that collectively depicts a corporation’s creditors and stockholders as well as to the investing public” Vidi kod NOBEL, P. *Audit Within the Framework of Corporate Governance*, u: HOPT/WYMEERSCH *Capital market and Company law*, New York 2003, str. 205.

⁵ NOBEL, P. *op. cit.*, str. 199.

⁶ Komparativno gledano granice između javnih i zatvorenih društava nisu tako oštre. Vidi *Report of the High Level Group*, Brusel, 4 November 2002, str. 35. Grupa stručnjaka smatra da u današnje vrijeme postoje tri tipa (dioničkih) društava: *listed companies* (uvrštena), *open companies* (otvorena) i *closed companies* (zatvorena). Uvrštena su ona čije su dionice uvrštene na burzu ili se njima trguje na uređenom tržištu. Kod drugih društava je moguće njihovim dionicama trgovati bez ograničenja iako se njima ne trguje na burzi ili uređenom tržištu, dok se kod trećih radi o društvima čijim se dionicama ne može slobodno trgovati. U pravu SAD-a kriterij razlikovanja privatnih i javnih društava kombinacija je dvaju parametara, slično kao i u ZTVP-u. Prema *Securities Exchange Act*-u iz 1934 § 12(g)(1)(B) i Tzv. Pravilu 12g-1. obveza objavljivanja (*mandatory disclosure*) nastaje kod društava kod kojih ukupna vrijednost imovine prelazi iznos od \$ 10 milijuna, i koje ima 500 i više dioničara istog roda dionica. Nešto su mekša pravila o objavljivanju za izdavatelje manjeg formata čiji je ukupan prihod manji od \$ 25 milijuna, pod uvjetom da je i iznos tržišne kapitalizacije manji od tog iznosa. Vidi pravilo 12b-2 i Formular 8-K. Vidi još, KRAAKMAN, R. *Disclosure and Governance: An Overview Essay, Syracuse Takeover and Corporate Governance Conference*, May 2003, str. 8. koji iznosi tezu da mali dioničari u zatvorenim društvima većeg formata imaju veću potrebu za objavom podataka nego što to imaju dioničari u otvorenim društvima koji jednostavno mogu prodati dionice na likvidnom tržištu.

⁷ Kritiku drugog kriterija iz čl. 114. ZTVP-a za javna dionička društva, vidi: PARAC, Z. *Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava*, Zbornik radova XLI susret pravnika, Opatija 2003., str. 40-44.

⁸ Prema prijedlogu Smjernice o transparentnosti, ostat će otvorena mogućnost da Komisija naknadno propiše, ako smatra da je to potrebno, obvezu revizije periodičnih, tj. kvartalnih financijskih izvješća za uvrštena društva. Vidi (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonization of transparency requirements with regard to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC*). Tekst prijedloga smjernice vidi: na: www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/mobil/transparency/transparency-proposal_en.pdf

Položaj i uloga revizora koji provodi tzv. obvezatnu reviziju u europskom pravu društava predmetom je samo jedne (tzv. osme) smjernice.⁹ Njome su regulirane obrazovne i druge kvalifikacije osoba koji obavljaju tzv. obvezatnu reviziju, kao i njihovo licenciranje. Druga, mnogo važnija pitanja revizorske struke nisu ni do danas harmonizirana. Kada je 1996. godine Komisija EZ-a objavila studiju o ulozi, položaju i odgovornosti revizora u zemljama članicama Europske unije,¹⁰ najkontroverznijim je označeno pitanje građanskopravne odgovornosti revizora.¹¹ Tada se postavilo pitanje treba li to pitanje ostati u domeni nacionalnog prava država članica ili je propise potrebno harmonizirati. Prijedlozi Komisije EZ-a koji su bili usmjereni pravcu harmonizacije propisa o građanskopravnoj odgovornosti revizora u zemljama članicama Europske unije, nisu naišli na potporu u Vijeću. Tako je primjerice izvorni prijedlog Pete smjernice iz prava društava sadržavao odredbu o neograničenoj odgovornosti revizora za štetu prema trećim osobama.¹² Tijekom 1998. godine Komisija inicirala je izradu komparativne studije kojom je trebalo utvrditi razlike u sustavima odgovornosti revizora u zemljama članicama.¹³ Rezultati istraživanja koji su objavljeni u toj studiji dijelom su predmet ovog rada. Druge (privatne) studije koje su osim nekih zemalja članica EU obuhvatile i pravo SAD-a pokazale su da između prava SAD-a i Velike Britanije postoji veća sličnost propisa kojima se regulira odgovornost revizora (posebice u odnosu na treće osobe) nego što je to slučaj s ostalim državama članicama Europske unije.¹⁴

Kako su dometi harmonizacije tada ocijenjeni nedostižnima, donedavno se o pitanju položaja i građanskopravne odgovornosti revizora raspravljalo samo uzgredno. Bez obzira na to jasno je da bez jasnih propisa o odgovornosti izdavatelja, odnosno revizora u odnosu na financijska izvješća, postoji opasnost plasiranja nepotpunih ili netočnih financijskih podataka o izdavatelju koja rezultira nanošenjem štete ulagateljima. U zemljama razvijene ekonomije postoji opći konsenzus o tome da

⁹ *Eight Council Directive 84/253/EEC of 10 April 1984 based on Art. 54(3) (g) of the Treaty on the approval of persons responsible for carrying out the statutory audits of accounting documents OJ L 126, 12.05.1984.*

¹⁰ *Commission Green Paper of 24 July 1996 on the role, the position and the liability of statutory auditor within the European Union, COM (96) 338 final O.J. C321, 28.10.1996.*

¹¹ *Tentative Conclusions of the European Commission (Dec. 6, 1996), na str. 3.*

¹² *EBKE, W. In Search of Alternatives: Comparative Reflections on Corporate Governance and Independent Auditor's Responsibilities 79 (1984) Nw.U.L.Rev. str. 666.* Autor napominje da izmijenjeni Prijedlog pete smjernice iz 1983. nije sadržavao niti jednu odredbu kojom bi revizori bili odgovorni i trećim osobama. Revizori su bili odgovorni samo prema izdavatelju, ali te odredbe nisu isključivale eventualnu odgovornost revizora prema dioničarima ili drugim osobama prema međunarodnom privatnom pravu zemlje članice. Izmijenjeni Prijedlog pete smjernice iz 1990. sadržavao je istu odredbu. Međutim, rasprave oko pete smjernice prekinute su 1991. godine.

¹³ *A Study on Systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union*, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/docs/auditliability.pdf

¹⁴ Zaključak o sličnosti temelji se na odluci House of Lord, *Caparo Industries PLC v. Dickman and Others* 1990 1 All ER 568. Vidi BAKER, R.C. *Critical Comparison of Auditor's legal liability in the US and selected EU countries*, panopticon.csustan.edu/cpa96/pdf/baker.pdf

kazneno pravo ne bi trebalo biti isključivim mehanizmom sankcioniranja tih pojava.¹⁵ Ipak, kako je naručitelj revizije izdavatelj, ulagatelji su, iako glavni korisnici tih izvješća, ipak treće osobe u odnosu na taj ugovorni odnos. Stoga je pitanje aktivne legitimacije trećih u sporovima iz izvanugovorne odgovornosti za štetu revizora komparativno vrlo različito riješeno. Da to postaje akutni problem globalnog tržišta kapitala, postaje vidljivo u eri sveopće njegove povezanosti, kao i zbog činjenice da velike revizorske tvrtke djeluju na svjetskoj pozornici. Stoga nije nimalo beznačajno pitanje tko je ovlašten podnijeti tužbu protiv revizorske tvrtke, pred kojim sudom, hoće li tužba biti supstancirana kao tužba *ex delicto* ili *ex contractu*, te koje to posljedice može imati na iznalaženje mjerodavnog prava (i visinu naknade štete).

Od srpnja 2002. godine situacija se drastično izmijenila. Financijsko-računovodstveni skandali, poput *Enrona*, *Global Crossinga*, *Tycoa*, koji su početkom prošle godine potresali američko tržište kapitala i punili naslovnice novinskih časopisa, izazvali su vrlo brzu reakciju američkog zakonodavca. Disciplinatorske mjere *Sarbanas Oxley Act*-a podjednako su bile usmjerene na članove uprave, revizore, ali neke mjere nisu mimoišle ni odvjetnike koji zastupaju uvrštena društva u postupcima pred Komisijom za vrijednosne papire SAD-a. Kako se promjene na američkom tržištu kapitala u koncentričnim krugovima šire prema Europi, nedavno je i europski zakonodavac preuzeo inicijativu nastojeći s jedne strane prevenirati slučajeve poput *Enrona*, a s druge strane zaštititi europske izdavatelje vrijednosnih papira od ekstrateritorijalnih učinaka američkog *Sarbanas Oxley Act*-a.

Zadatak je ovog rada da temeljem usporedbe propisa nekih zemalja članica Europske unije o odgovornosti revizora za istinitost i potpunost financijskih izvješća, koji su sistematizirani u studiji EU-a, kao i na temelju uvida u program njihove reforme na europskom nivou, sugerira do kojih izmjena bi trebalo doći u domaćem pravu. Pri tom se polazi od teze da su pravni sustavi iako pripadaju različitim pravnim obiteljima, pri oblikovanju građanskopravne odgovornosti revizora za štetu imali dalekosežan utjecaj jedni na druge (To posebno vrijedi za komparativno oblikovanje tzv. *third party liability*¹⁶ revizora, do kojeg je dolazilo pretežno u sudskoj praksi a iznimno putem intervencije zakonodavca.¹⁷) U trećem dijelu rada nastoji se utvrditi zbog čega u američkoj doktrini prava društava prevladava shvaćanje o tome da su za financijsko-računovodstvene skandale poput *Enrona* odgovorni revizori. Pri tom se naznačuju i najvažniji propisi *Sarbanas Oxley Acta*, koji su pokušaj discipliniranja revizorske struke nakon *Enrona*. U četvrtom dijelu rada naznačuju se prioritetni ciljevi

¹⁵ STEINBERG, I.M. *Emerging Capital Markets: Proposals and Recommendations for Implementation* (1996) 30 Int'l Law, str. 715.

¹⁶ LAND, V. *Wirtschaftsprüferhaftung gegenüber Dritten in Deutschland, England und Frankreich* (1996); EBKE, W. *Abschlussprüferhaftung im internationalen Vergleich*, u: WESTPHALEN / SANDROCK (eds.) *Festschrift für Reinhold Trinker* (1995), str. 493.

¹⁷ Primjer za to je zakonodavstvo američke savezne države New Jersey nastalo kao reakcija na odluku Vrhovnog suda države Jersey u predmetu *Rosenbaum, Inc. v. Adler* (93 N.J. 324, 349, 461 a.2d 138, 151 (N.J. 1983)). U njemačkom pravu primjer za to predstavljaju izmijenjene odredbe HGB-a i AG-a koje se odnose na revizore. Vidi BÖCKING / ORTH, *Kann das "Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)" einen Beitrag zur Verringerung der Erwartungslücke leisten? - Eine Würdigung auf Basis Rechnungslegung und Kapitalmarkt* (1998), 51 WPg, str. 351.

europskog zakonodavca namijenjeni ostvarenju veće kvalitete usluge financijske revizije unutar Europske unije. U petom dijelu rada razmatraju se propisi Zakona o reviziji, Zakona o računovodstvu i Zakona o trgovačkim društvima koje je potrebno uzeti u obzir da bi se u cijelosti sagledalo položaj revizora pri revidiranju (godišnjih) financijskih izvješća dioničkog društva kao i njegovu odgovornost, s prijedlozima *de lege ferenda*.

2. Studija o građanskopravnoj odgovornosti revizora zemalja članica Europske unije

2.1. Opći ili posebni propisi o (građanskopravnoj) odgovornosti revizora / ugovorna ili izvanugovorna odgovornost

Studijom¹⁸ je preliminarno ispitano da li u zemljama članicama postoje posebni propisi kojima se regulira odgovornost revizora ili se odgovornost revizora prosuđuje po općim pravilima građanskopravne odgovornosti. Utvrđeno je da u Danskoj, Irskoj, Velikoj Britaniji, Luksemburgu i Nizozemskoj ne postoje posebni, već samo opći propisi.¹⁹ Suprotna je situacija u Italiji, u kojoj postoje samo posebni propisi.²⁰ U svim ostalim državama članicama, postoji regulatorni paralelizam.²¹

U pitanju osnova odgovornosti za štetu komparativno se razlikuje temelj odgovornosti prema naručitelju revizije od temelja odgovornosti prema trećim osobama. U pogledu prvog utvrđeno je da u svim zemljama osim u Finskoj i Francuskoj revizori, odgovaraju društvima naručiteljima revizije temeljem ugovora.²² U pozadini tog rješenja je shvaćanje da iako je obveza revidiranja regulirana zakonom, revizor obavlja reviziju tek po zaključenju ugovora s naručiteljem revizije. U francuskom se pravu koncept izvanugovorne odgovornosti revizora prema naručitelju revizije opravdava činjenicom da revizor djeluje u javnom interesu, pa njegova djelatnost ne može biti definirana ugovorom već se definira propisima.²³ U Njemačkoj, Irskoj, Portugalu i Velikoj Britaniji dopuštena je konkurencija ugovorne i izvanugovorne odgovornosti za štetu.²⁴ Međutim, ugovorna strana koja svoj tužbeni zahtjev supstancira kao zahtjev za naknadu (izvanugovorne) štete, mora dokazati nemarno postupanje revizora koje prelazi granice puke ugovorne povrede i postojanje štete koja je različita od one koja je uobičajeno uzrokovana povredom ugovora.

¹⁸ Isto kao i u bilješci 13.

¹⁹ *op.cit.* u bilj. 13, str. 6.

²⁰ *loc.cit.*

²¹ *loc.cit.*

²² *Ibid.*, str. 7.

²³ Isto stajalište prihvaćeno je u rješidbi Vrhovnog suda SAD-a gdje se istaknuto da je revizor u većoj mjeri "public watch dog" nego što je dio internog sustava monitoringa. Vidi *United States v. Arthur Young & Co.* 465 U.S. 805, 817-18 (1984)

²⁴ *op.cit.* u bilj. 13, str. 8. Navodi se primjer belgijskog vrhovnog suda koji je dopustio tužbu naručitelja revizije prema revizoru temeljem izvanugovorne odgovornosti iako između njih postoji ugovor, što je izuzetak od općeg pravila zabrane konkurencije odgovornosti.

Prema trećim osobama revizori odgovaraju *ex delicto*, a samo su tri države članice razvile poseban oblik ugovorne odgovornosti revizora prema trećima iskazan u tzv. ugovoru sa zaštitnim učinkom za treću osobu (Njemačka i Austrija), dok u Portugalu prevladava shvaćanje da se ne radi ni o ugovornoj ni o izvanugovornoj odgovornosti za štetu već o svojevrsnom primjeru *culpa in contrahendo*.²⁵

2.2. Opći regulatorni okvir u nekim zemljama članicama

U **Austriji** ugovorna odgovornost propisana je § 275 HGB-a, a izvanugovorna odgovornost temelji se na općim propisima. Prema § 275 HGB-a ne samo da je odgovoran revizor (revizorska tvrtka, ali i revizor fizička osoba) već i revizorov pomoćnik te odgovorna osoba revizorskog društva: Sve osobe su solidarno odgovorne. Ako se tužba podnosi temeljem § 275 HGB, aktivno je legitimirano društvo čija su financijska izvješća predmetom revizije (ugovorna strana), ili društvo koje je povezano s tim društvom na način da njihova financijska izvješća moraju biti konsolidirana. Odgovornost prema trećima je izvanugovorna (restringirajuća), osim ako sud ne prihvati doktrinu o postojanju ugovora sa zaštitnim učinkom za treću osobu. Ne postoji mogućnost odricanja ili ograničavanja odgovornosti. Međutim, odgovornost svih tuženika, ukoliko nisu djelovali s namjerom, ograničena je iznosom - 5 milijuna ATS po jednoj reviziji.

U **Francuskoj** obvezatna revizija regulirana je posebnim odredbama sadržanim u čl. 234. Zakona od 24.7.1966. godine. Ta odredba ne predstavlja ništa drugo do primjenu općih pravila o odgovornosti za štetu iz čl. 1382. *Code Civila*. Pojam krivnje, štete i uzročnosti su identični.²⁶ Odgovoran je revizor ili revizorska tvrtka. Ako je revizorom imenovana revizorska tvrtka, tada je osoba koja je potpisala izvješće solidarno odgovorna uz tvrtku. Pomoćnici revizora ne odgovaraju prema izričitom propisu Zakona o trgovačkim društvima. Revizor može biti odgovoran društvu čija su financijska izvješća predmet revizije, ali i njegovim dioničarima *ex delicto* jer svoju misiju obavlja jedino u javnom interesu. Najviši iznos revizorove odgovornosti nije uređen zakonom. Ugovorne strane ne mogu ograničiti iznos štete, niti mogu smanjiti opseg revizorove odgovornosti (ni u glavnom ni u posebnom ugovoru).

U **Njemačkoj** odgovornost revizora izrasta iz općih pravila o građanskopravnoj odgovornosti za štetu (§ 823 / 2 BGB), kao i iz posebnih odredbi sadržanih u § 323 HGB-a koje reguliraju ugovornu odgovornost. Prema § 323 HGB-a oštećenoj strani izravno je odgovoran revizor, njegov pomoćnik, kao i zastupnici revizorske tvrtke (po zakonu). Svi su oni solidarno odgovorni. Ako se tužba temelji na § 323 HGB²⁷ tužitelj može biti naručitelj revizije, ali i društvo koje je s njime povezano. Naručitelj revizije ne može podnijeti tužbu temeljem izvanugovorne odgovornosti za štetu samo zato što revizor nije izvršio svoju ugovornu obvezu. U odnosu na treće revizori mogu biti odgovorni *ex delicto*, ali pod ograničavajućim uvjetima, osim ako sud ne utvrdi

²⁵ *loc.cit.*

²⁶ CNCC, *Encyclopedie des Etudes Juridiques, Responsabilité civile du commissaire aux comptes*, no. 2; HEMARD / TERRE / MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome II, no.1048.

²⁷ Izmijenjen i dopunjen HGB temeljem *Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz vom 21.6.2002)*, BGBl. I S. 2010

postojanje prešutnog ugovora između revizora i treće osobe, ili postojanje ugovora koji ima zaštitni učinak za treću osobu, kao što se očitovala najviša sudska instanica u SRNJ.²⁸ Prema st. 2 § 323 HGB ne postoji mogućnost ograničenja ili isključenja odgovornosti, ali visina ograničena zakonom - iznosi 1 milijun EUR-a po reviziji, a u slučaju da se radi o društvu čije su dionice uvrštene na burzu, tada je iznos ograničenja 4 milijuna EUR-a.

U Italiji je odgovornost revizora propisana u dva različita propisa, od kojih se prvi primjenjuje na revizorski odbor (*collegio sindacale*), a drugi regulira odgovornost revizorske tvrtke (*società di revisione contabile*).^{28a} Prema čl. 2407. *Codice civile* revizori moraju izvršavati svoje obveze uz pozornost agenta (*mandatario*). Prema talijanskom pravu to podrazumijeva veći standard pažnje od pažnje dobrog domaćina (*bonus pater familias*). Odgovornost revizorske tvrtke regulirana je čl. 164. Zakonskog dekreta od 24. 2. 1998. Prema toj odredbi osoba koja je odgovorna za reviziju kao i djelatnici koji su sudjelovali u obavljanju revizije, solidarno su odgovorni s revizorskom tvrtkom. Ugovorom se ne može ni ograničiti opseg odgovornosti revizora niti se može isključiti. Ne postoji zakonsko ograničenje visine naknade. Tužba upravljena prema članovima odbora revizora može se podnijeti u roku od 5 godina od nastanka štete. Pravo podnošenja tužbe prema revizorskoj tvrtci zastarijeva u roku od 10 godina (ako je oštećeni naručitelj revizije), odnosno 5 godina ako je tužitelj treća osoba.

U Velikoj Britaniji u nedostatku posebnih propisa, odgovornost se ocjenjuje prema pretpostavkama koje proizlaze iz *common lawa* za građanskopravnu odgovornost.^{28b} Odgovoran je revizor ili revizorska tvrtka, a ako je revizorska tvrtka *partnership*, bilo koji ili svi partneri mogu biti odgovorni za štetu koju su prouzrokovali oni ili njihovi suradnici (*associates*). Ako je ulogu revizora preuzela revizorska tvrtka, osoba koja je potpisala izvješće je također odgovorna. Odgovornost revizora prema naručitelju revizije moguća je i *ex delicto* i *ex contractu*. Revizor može biti odgovoran trećim osobama pod restriktivnim uvjetima. Ne postoji mogućnost ograničenja visine naknade štete. Ugovorne strane također ne mogu smanjiti opseg odgovornosti revizora, niti u glavnom ugovoru niti u posebnom sporazumu. U načelu tužba se mora podnijeti unutar 6 godina od nastanka događaja koji je prouzrokovao štetu (ako je tužba supstancirana iz ugovora tada od dana povrede ugovora, a ako se radi o tužbi iz delikta od dana kada je nastala šteta).

2.3. Tko je aktivno legitimiran

Naručitelj revizije može podnijeti tužbu protiv revizora u svim zemljama članicama. Negdje će ta tužba biti supstancirana *ex delicto*, a negdje *ex contractu*. U

²⁸ Radilo se o predmetu u kojem je revizor pismenim putem obavijestio vjerovnika, prije nego što je potvrdio financijska izvješća dužnika, da je pregledao financijska izvješća i ocijenio da ih ne treba upotpunjavati te izjavio da mišljenje neće imati primjedbe. Kasnije se ispostavilo da je da su dužnikove poslovne knjige bile namještene. Umjesto iskazanog profita od 2.6 milijuna DEM-a tvrtka je imala gubitak od 11 milijuna DEM-a. Nakon toga je revizor stavio primjedbe na izvješće. Vidi presudu BGH od 2.4. 1998. (1998, 53 JZ, na str. 1013)

^{28a} *op. cit.*, u bilj. 13., str. 14-15.

^{28b} *Ibid.*, str. 18-19.

Njemačkoj i Austriji aktivno su legitimirana i povezana društva. U kojoj mjeri je pravo podnošenja tužbe zajamčeno trećim osobama, ovisi o poimanju pravne naravi financijske revizije. U onim zemljama u kojima se smatra da se revizija obavlja i u javnom interesu, treće osobe koje mogu dokazati štetnu radnju, štetu i uzročnost imaju pravo na naknadu. Međutim, u zemljama *common law* treća osoba mora osim toga dokazati da je revizor morao u odnosu na nju postupiti s dužnom pažnjom (*owes duty of care*). Smatra se da revizor ima obvezu dužne pozornosti prema trećoj osobi samo "ako je revizor znao ili morao znati da će se tužitelj osloniti na njegovo izvješće za tu posebnu svrhu" ("*if the auditor knew or ought reasonably to have known that his work or report would be relied on by claimant for a particular purpose*"). Koncept predvidivosti (*foreseeability*) razvili su engleski sudovi. Njihova je sudska praksa bila pak inspirirana američkom sudsom praksom. Naime u zemljama anglosaksonskog pravnog kruga, *third party liability for negligence* u ranijoj je fazi pod pojmom "trećih osoba" obuhvaćao izravno predvidive korisnike financijskih izvješća (*directly foreseen users of financial statements*) da bi u kasnijoj fazi bio proširen na neodređen krug korisnika (*generally foreseeable third persons*). (Od 1992. godine Vrhovni sud države Kalifornije preinačivši odluku u predmetu *Bily v. Arthur Young & Co.*²⁹ vratio sve na početak, tj. dokinuo odgovornost revizora prema trećima temeljenu na širokom krugu predvidivih osoba.) Taj su trend pratili sudovi u Kanadi³⁰ i Velikoj Britaniji. Iako su značajke odgovornosti revizora u Velikoj Britaniji označene u predmetu *Hedley Byrne v. Heller*³¹, opseg revizorove "*duty of care*" preciziran je u predmetu *Caparo*.³² Sud je odbacio tezu da je revizor odgovoran pojedinom dioničaru (*single shareholder*), već samo dioničarima kao klasi, odnosno u njihovu svojstvu kao članova društva. Nakon ove odluke bilo je više predmeta u kojima se ispitalo može li revizor biti odgovoran nekom drugom osim društvu koje je naručitelj revizije i uvijek se tražilo postojanje "*special relationship*".³³

Do sličnih rezultata se došlo Austriji i Njemačkoj primjenom doktrine o postojanju prešutnog ugovora i ugovora sa zaštitnim učinkom za treće osobe. Revizor može biti odgovoran trećim osobama za štetu temeljem doktrine o ugovoru sa zaštitnim učincima za treće osobe (*Vertrag mit Schutzwirkungen fuer Dritte*).³⁴ U presudi Vrhovnog suda SR Njemačke od 2.4.1998. sud je prihvatio tu doktrinu. U konkretnom slučaju revizor je obavijestio vjerovnika, prije nego što je potvrdio

²⁹ 11 Cal.Rptr.2d 51, 834 P.2d 745

³⁰ *Hercules Managements Ltd. V. Ernst & Young* 22 May 1997, S.Ct Canada

³¹ [1964] AC 465 House of Lords. Cit: "if in a sphere where a person is so placed that others could reasonably rely upon his judgement or his skill or upon his ability to make careful inquiry such person takes it upon himself to give information or advice to, or allow his information or advice to be passed on to another person who, as he knows or should know, will place reliance upon it, then a duty of care will arise" (*Ibid.*, str. 514).

³² Vidi *Caparo Ind.v. Dickman et al.* [1990]1 All E.R. 568.

³³ *Al Saudi Banque v. Clark Pixley* [1990] Ch 320 "Eliminating the special relationship criteria would lead to liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class."

³⁴ Neki autori upozoravaju da taj pojam treba razlikovati od ugovora u korist treće osobe (*Vertrag zugunsten Dritter*) Vidi EBKE, W. F. *Accounting, Auditing and Global Capital Market*, u: BAUMS/HOPT/HORN Corporations, Capital Market and Business in the Law, Hague 2000, str. 131. bilj. 85.

financijska izvješća dužnika, da je ispitao financijska izvješća te da ona neće biti predmetom izmjena kao i da će biti potvrđena bez prigovora. Kasnije se ispostavilo da su poslovne knjige dužnika bile netočne. Umjesto iskazanog dobitka od 2,6 milijuna DEM-a, tvrtka je imala gubitak od 11 milijuna DEM-a. Zbog toga je revizor stavio rezervu na izvješće. Vrhovni sud je ukinuo presudu nižestupanjskog suda i vratio predmet na ponovni postupak. Posebno je od nižestupanjskog suda tražio da utvrdi da li je između vjerovnika i revizora postojao tzv. *Auskunftvertrag*, odnosno može li revizor biti odgovoran vjerovniku za prijevaru prema § 826 BGB-a. Spor je riješen nagodbom. Opasnost prihvaćanja doktrine o postojanju "implicitnog" ugovora je i u tome što u tim slučajevima revizor odgovara neograničeno. Neki nižestupanjski sudovi u Njemačkoj³⁵ zauzeli su stajalište da sud u nedostatku izričitog ugovornog uglavka o širenju zaštitnog učinka na treće osobe može to izvesti tumačenjem, što je ocijenjeno u dijelu literature neprihvatljivim.³⁶

U kontekstu aktivne legitimacije važno je i pitanje mogu li se kao tužitelji pojaviti dioničari društva, te ako mogu, jesu li ovlašteni podnijeti tužbu pojedinačno ili samo kao grupa, i to u svoje ime, ili tužbu mogu podnijeti samo u ime društva. Kako se dioničari pojedinci ne mogu upuštati u skupo parničenje, tužbe koje podnose udruge dioničara kao i *class actions* dva su primjera kojima se nastoji povećati njihov utjecaj. Studija upućuje i na postojanje i tzv. *derivative actions*. Razlika potonjih i *class actions* sastoji se u tome što kod prvih nekolicina dioničara podnosi tužbu i u ime ostalih dioničara (iste klase, tj. istog roda dionica), dok se kod potonjih tužba podnosi u ime društva.³⁷ Kod *class actions* svi se dioničari iste vrste smatraju suparničarima, osim ako pojedini dioničari izričito ne zahtijevaju da budu isključeni. Kod druge grupe tužbi sva dosuđena naknada pripada društvu. Tužba registrirane udruge dioničara protiv revizora dopuštena je samo u Francuskoj.³⁸ *Actio popularia* dopuštena je samo u Portugalu.³⁹ Podnošenje tužbe u ime društva od strane trećih osoba (vjerovnici i

³⁵ Primjerice odluka OLG Stuttgart 25.07.1995. 34 WPK-Mitt, na str. 222.

³⁶ Umjesto svih vidi EBKE, W.F. *op. cit.* u bilj. 34, str. 133. Cit: "A central point, not adressed by the expanded liability proponents, however, is that auditing is an art, not a science. The auditor is concerned with generally accepted accounting principle, that is, assumptions, premises, procedures, and techniques for the preparation of financial statements. It is no secret that accounting principles often allow similar transactions to be treated differently and that they remain silent with respect to the treatment of many items. Furthermore, numerous aspects of accounting are based upon opinions, estimates and judgements rather than objective tests or methods. To the question ... what is truth, generally accepted accounting principles often give more than one answer."

³⁷ *op.cit.* u bilj. 13, str. 21. Umjesto svih o udružnim tužbama u pravu SAD-a kod HESS, B. *Sammelkalgen im Kapitalmarktrecht*, AG, br. 3/2003, na str. 115-117. Za Veliku Britaniju *ibid.*, na str. 119.

³⁸ Francuski zakon od 5.1.1988, izmijenjen zakonima od 23.6.1989 i 8.8.1994. (Art. L 452-2 Code monétaire et financier) daje udrugama ulagatelja ovlast da zastupaju prava osoba u oblasti ulaganja u vrijednosne papire i druge financijske instrumente. Vidi *op.cit.* u bilj. 13, str. 27. Vidi još HESS, B. *op.cit.* na str. 118 gdje navodi primjer Francuske.

³⁹ Portugalski zakon no 83/95 31.8.1995. koji to dopušta u domeni zaštite potrošača robe i usluga. Ipak u oblasti financijske revizije nije bilo takvih slučajeva pred sudom. Ipak prema portugalskom zakonu o tržištu vrijednosnih papira no 486/99 od 13.11.1999., individualni investitori (*investidores nao institucionais*) imaju pravo na *actio popularia*. Nije potrebno da ostali dioničari iste vrste daju svoj pristanak ili punomoć za zastupanje u parnici. Vidi *loc.cit.*

dioničari) dopušteno je u Italiji, Luksemburgu, Portugalu, Španjolskoj i u Velikoj Britaniji. U Italiji su dioničari ovlašteni podnijeti tužbu u ime društva ako su u posljednjih 6 mjeseci imatelji najmanje 5% dionica društava koje su uvrštene na burzu, a ako se radi o vjerovnicima, tada je (pred)uvjet podnošenja tužbe nemogućnost namirenja iz imovine društva.⁴⁰ U Njemačkoj se očekuje donošenje zakona koji bi trebao urediti kolektivno zastupanje u sporovima unutar društava kapitala.^{40a}

2.4. Događaji koji rezultiraju odgovornošću

Štetne radnje revizor ne mora poduzeti samo tijekom obavljanja revizije već i u periodu koji tome prethodi, tj. u vrijeme kada revizor prihvaća obavljanje revizije, odnosno kada poduzima radnje koje dovode do njena okončanja (otkazivanje revizije).

U vrijeme preuzimanja obveze revizije revizor ne smije prihvatiti reviziju ako postoji sukob interesa, jer on tu zadaću mora obaviti nepristrano. U protivnom, ako ta okolnost prouzrokuje štetu, revizor će biti odgovoran. Revizor je, ne samo dužan otkloniti misiju ako postoji sukob interesa, već i ako ne raspolaze s ljudskim ili materijalnim potencijalima potrebnima za obavljanje revizije (Belgija, Njemačka, Grčka, Nizozemska, Španjolska i Švedska).⁴¹ Revizor je u nekim državama članicama dužan otkloniti misiju i ako potraživanja prema klijentu prema kojem je preuzeo obvezu provođenja revizije predstavljaju značajni dio revizorovog ukupnog prihoda (što dovodi u pitanje njegovu nepristranost). U današnje vrijeme naročito problem predstavlja činjenica da revizorske tvrtke značajniji dio prihoda ostvaruju kroz pružanje ne-revizorskih, tj. konzultantskih usluga.⁴² Prekomjerno ostvarenje prihoda od strane jednog klijenta valjanim je razlogom za povlačenje revizora u Belgiji, Francuskoj, Nizozemskoj i Španjolskoj.⁴³ Ako se smetnje za obavljanje revizije pojave tijekom revizije, postoji korespondentna dužnost revizora da okonča misiju. Mnogo su rjeđi slučajevi da jednom imenovani revizori budu opozvani i to od strane dioničara.⁴⁴ Tako je primjerice u Njemačkoj, gdje je to moguće samo u izuzetnim slučajevima.

U devet država članica revizor mora obrazložiti svoj odustanak od revizije,⁴⁵ dok

⁴⁰ *op.cit.* u bilj. 13, str. 28.

^{40a} Tako HESS, B. *Sammelklegen im Kapitalmarktrecht*, Die Aktiengesellschaft, 3/2003, str. 120 i dalje.

⁴¹ *op.cit.* u bilj. 13, str. 38.

⁴² Vidi EBKE, F.W. *The Impact of Transparency Regulation on Company law*, u: HOPT/WYMEERSCH *Capital Market and Company law*, New York 2003, str. 182. Recentna rješidba njemačkog vrhovnog suda u predmetu *Allweiler* pokazuje da je važno da postoje jasni i određeni kriteriji razgraničenja revizorskih i nerevizorskih usluga. Vidi BGH 1996 135 BGHZ 260. Njemački BGH je ukinuo je odluku drugostupanjskog suda i potvrdio odluku prvostupanjskog suda. Komentar vidi primjerice NEUMAN, N. *Abschlussprüfung und Abschlussberatung nach der Allweiler Entscheidung des BGH* (1998) 19 *Zeitschrift fuer Wirtschaftsrecht* 1338.

⁴³ *loc.cit.*

⁴⁴ EBKE, *op.cit.* u bilj. 34, str. 184. Suprotno, primjerice, u Švicarskoj i SAD-u. Za Švicarsku vidi: EBKE, W.F. *Die Internationalisierung der Rechnungslegung, Revision und Publizität und die Schweiz* (2000) 119 *Zeitschrift fuer Schweizerisches Recht* 39, 59.

⁴⁵ Austrija, Belgija, Njemačka, Grčka, Italija (samo za revizorske tvrtke), Luksemburg, Nizozemska, Španjolska i Švedska. *Op.cit.* u bilj. 13, str. 40.

u ostalim zemljama članicama to nije potrebno.⁴⁶ Međutim, i u tim državama ako je revizor otkazao u nevrijeme ili protivno načelu savjesnosti i poštenja, također može biti odgovoran za štetu.⁴⁷

Štetne radnje koje revizor poduzima pri samom obavljanju revizije mogu se grupirati u nekoliko slučajeva. Svim slučajevima je zajedničko da dolazi do propuštanja dužne pažnje pri obavljanju revizije. Prva grupa grešaka postoji ako revizor izradi netočno (*irregular / inaccurate*) mišljenje ili mišljenje koje dovodi u zabludu (*misleading*). Takvo mišljenje može biti osnova za tužbu trećih osoba (investitora, banaka, dobavljača) jer te osobe temeljem tih izvješća donose odluke u poslovnim odnosima s društvom. Društvo čija su financijska izvješća bila predmetom revizije također može tužiti revizora ako su mu lažna izvješća nanijela štetu. U sudskoj praksi zemalja članica iskristalizirali su se tipični slučajevi. Najčešće se radilo o sporovima u kojima su ulagatelji u dionice nekog društva (bilo kupnjom postojećih bilo pri upisu novih dionica pri povećanju temeljnog kapitala društva) podnijeli tužbu protiv revizora jer su odluku o kupnji dionica (ili upisu) donijeli pretežno se oslonivši na pozitivno mišljenje revizora o financijskim izvješćima tog društva, koja međutim nisu predstavljala realno stanje imovine. Zaštitu trećih prema revizorima potvrdili su sudovi u Francuskoj⁴⁸, Švedskoj⁴⁹, Velikoj Britaniji⁵⁰ i Finskoj.⁵¹

U drugu grupu razloga koji rezultiraju odgovornošću revizora ulazi prikrivanje ili kasno otkrivanje prijevornih radnji ili drugih nepravilnosti pri izradi financijskih izvješća.⁵² Ako revizor zbog propuštanja dužne pažnje nije otkrio prijevaru ili ako ju je otkrio, ali o njoj nije izvijestio u svom izvješću, on je počinio štetnu radnju pod uvjetom da se štetu moglo izbjeći da je primijenjena dužna pažnja. Štetna radnja je, s

⁴⁶ Danska, Finska, Francuska, Irska Italija (samo za revizore članove uprave), Portugal, Velika Britanija. *Ibid.*, str. 40.

⁴⁷ To se pitanje pojavilo u predmetu pred jednim francuskim sudom (Cour d'Appel Nimes, JCP 1974 IV, 311). Sud je smatrao da revizor može biti odgovoran za štetu ako ne otkáže svoju misiju u dobroj vjeri.

⁴⁸ *Cour d'Appel Paris*, 8 Sept 1999. Revizor je smatran odgovornim jer su potvrđena financijska izvješća bila odlučujući faktor pri donošenju odluke o ulaganju u dionice društva. Isto: *Cour de Cassation* 21 Jan 1997, BNCC 1997, no 107, str. 40. U potonjem slučaju revizor je osuđen na isplatu 500 000 EUR-a, s obrazloženjem da se kupac dionica razumno morao moći osloniti na mišljenje revizora.

⁴⁹ U predmetu *Gusum, Gusum Bruk AB* je pao pod stečaj u travnju 1988. zbog dugova u iznosu od 12 milijuna eura. U postupku je utvrđeno da se tijekom proteklih 10 godina manipulirano poslovnim knjigama. Kako je 1987. grupa ulagatelja kupila dionice društva u iznosu od oko 3.5 milijuna EUR-a, ti su ulagatelji tvrdili da su odluku o investiranju donijeli isključivo oslonivši se na revidirana financijska izvješća društva. Sud je u dijelu prihvatio tužbeni zahtjev ulagatelja prema revizoru. *op.cit.* u bilj. 13, str. 120.

⁵⁰ *ADT Ltd. v. BDO Binder Hamlyn* [1996] BCC 808, u kojem je dosuđen iznos od 39 milijuna EUR. Tužitelj je uvjetovao kupnju društva (čija je izvješća revidirao tuženik), time da mu tuženik na sastanku u razgovoru potvrdi valjanost financijskih izvješća. Sud je utvrdio da između tuženika i tužitelja postoji "special relationship". *Ibid.*, str. 121.

⁵¹ U predmetu pred finskim vrhovnim sudom (S 96/419, 20 Nov 1997), revizor je bio odgovoran za štetu jer je izradio revizorsko mišljenje koje je kupca dovelo u zabludu. *Op.cit.* u bilj. 13, str. 120.

⁵² MERTIN, D. *Die Verantwortung der Abschlussprüfers für die Aufdeckung von Fraud*, IDW (ed.) Kapitalmarktorientierte Unternehmensüberwachung - Chancen und Risiken, Dusseldorf 2001, 259.

druge strane, prouzročila neistinito revizorsko mišljenje. Neotkrivanje prijevornih radnji uprave razlog je odgovornosti u svim zemljama članicama.⁵³ Ipak samo u nekim zemljama članicama su sudovi imali priliku izjasniti se o kriterijima odgovornosti revizora upravo u tim slučajevima. U nekim predmetima revizor je otkrio, ali je zatajio prijevarne radnje uprave, a to je uzrokovalo štetu.⁵⁴ U drugim slučajevima odgovornost revizora utvrđena je jer se smatralo da nije primijenio dužnu pažnju pri utvrđivanju eventualnih prijevornih radnji - da je primijenio dužnu pažnju, otkrio bi prijevaru.⁵⁵ U nekim predmetima revizori su prekršili neke druge obveze - propustili su izvjestiti o događajima koji ugrožavaju solventnost društva, povrijedili su dužnost tajnosti, nisu izvjestili o ugovorima između društva i njegovih članova uprave ili o poduzetničkim ugovorima (npr. o zajedničkom vođenju poslova društva), promjenama u temeljnom kapitalu i sl.⁵⁶

2.5. Mogućnost ograničenja odgovornosti

Od ostalih pitanja kojima se studija bavi osobito je važno pitanje postoji li mogućnost ograničenja revizorove odgovornosti za štetu. Utvrđeno je da u zemljama članicama postoje dvije metode ograničavanja odgovornosti: najviši iznos do kojeg odgovara revizor može biti propisan zakonom ili određen ugovorom. Bilo koja od tih metoda je prihvaćena, otvara daljnje pitanje primjenjuje li se taj iznos odgovornosti i prema trećim osobama ili vrijedi samo prema naručitelju revizije.

Vremenske granice revizorove odgovornosti određene su pravilima o zastari, a ta su pravila vrlo raznolika. Ako je riječ o sporovima protiv revizora temeljem ugovora, zastara nastupa u različitim vremenskim rasponima (2-15 godina).⁵⁷ Zastarni rok u pravilu počinje teći od dana nastanka štete ili od dana otkrivanja štete. U nekim je zemljama početak toka zastarnog roka vrijeme potpisivanja izvješća.⁵⁸ Najnepovoljnija varijanta početka toka roka (za revizora) je vrijeme otkrivanja propuštanja dužne pažnje ili čak vrijeme otkrivanja štete i štetnika. Kod izvanugovorne odgovornosti za štetu zastarni rokovi također variraju (1 - 20 godina).⁵⁹ U nekim zemljama dopušteno je ugovorom odrediti vremenske granice odgovornosti revizora.⁶⁰

⁵³ *Op.cit.*, u bilj. 13, str. 45.

⁵⁴ Primjerice u Finskoj i Velikoj Britaniji. Helsinški žalbeni sud (14.10.1997 - S 97/35) presudio je protiv revizora jer on upozorio na to da članovi uprave koriste sredstva društva za svoju osobnu uporabu samo u izvješću od 1989. godine, iako se to zbivalo i naknadno. *Op.cit.* u bilj. 13, str. 125.

⁵⁵ *Cour d'Appel* iz Orleansa smatrao je revizora odgovornim jer se oslonio na informaciju dobivenu od računovođe koji je bio zaposlenik društva čija su financijska izvješća bila predmetom revizije, iako je i površnom provjerom mogao utvrditi greške koje je računovođa počinio, a o kojima je mogao izvjestiti članove uprave. *Cour d'Appel Orleans*, 19 Avr 1995, BNCC no 99, str. 332.

⁵⁶ Prema francuskom pravu, revizori moraju u slučaju otkrivanja okolnosti koje ugrožavaju solventnost društva odmah obavijestiti članove uprave (tzv. *procedure d'alerte*) predviđena u čl.230-1 Zakona od 24.7.1966. godine, izmijenjenog Zakonom od 1.3.1984. godine.

⁵⁷ Grčka - 2 godine, Španjolska - 15 godina, Vidi *op.cit.* u bilj. 13, str. 72-3.

⁵⁸ Luksemburg, *Ibid.*, str.72.

⁵⁹ Zastarni rok od 1 godine od otkrivanja štete prihvaćen je u Španjolskoj. U Finskoj i Švedskoj iznosi 10 godina od nastanka štete, a prema grčkom pravu čak 20 godina od poduzimanja radnje. *op.cit.* u bilj. 13, str. 71.

⁶⁰ Danska, Nizozemska i Španjolska. *Ibid.*, str. 71.

Metodu zakonski određenog najvišeg iznosa naknade štete, prihvaćaju kao rješenje Austrija, Njemačka⁶¹ i Grčka. U Njemačkoj se na ograničenje odgovornosti ne može pozvati revizor koji je djelovao dolozno, dok se u Austriji i Grčkoj taj iznos, osim prema sukontrahtentu primjenjuje i u odnosu na treću osobu. U Austriji se isti iznos ograničenja primjenjuje bez obzira na to koliko je osoba obavljalo reviziju, te koliko je pogrešaka pri obavljanju revizije učinjeno, dogod je pričinjena šteta rezultat nemarnog postupanja. Revizor se može odreći ograničenja odgovornosti. Slično je u Njemačkoj, samo što se stranke ne mogu odreći ograničenja.⁶² U njemačkoj sudskoj praksi nije riješeno pitanje može li se revizor pozvati na ograničenje odgovornosti u odnosu na treće osobe.⁶³

Treći vid ograničenja ogleda se u mogućnosti da se revizorska tvrtka ustroji kao trgovačko društvo kapitalnog tipa. U svim zemljama članicama osim Irske, postoji mogućnost inkorporacije revizorske tvrtke u bilo koji pravni oblik (društva osoba i društva kapitala), pri čemu je najinteresantniji oblik - društvo s ograničenom odgovornošću. To pogoduje članovima društva koji nisu sudjelovali u obavljenoj reviziji da koriste štit ograničene odgovornosti članova za obveze društva. Međutim, u Austriji zastupnik revizorske tvrtke po samom zakonu osobno je odgovoran čak i u slučaju da nije imao učešća u provedbi revizije.⁶⁴ U Portugalu i Španjolskoj revizori koji nisu potpisali izvješće mogu pod određenim uvjetima biti solidarno odgovorni.⁶⁵

Odvojeno je pitanje mogu li revizor i naručitelj revizije *ugovorom* odrediti najveći iznos revizorove odgovornosti, skratiti zastarni rok, ograničiti ili isključiti opseg odgovornosti za pojedina pitanja. Tu je studija pokazala širok raspon mogućnosti. U većini zemljama članica ugovorom se ne može skratiti zastarni rok. Iznimke su Danska, Nizozemska i Španjolska. U tim istim zemljama te u Luksemburgu moguće je ugovorom odrediti najviši iznos odgovornosti.⁶⁶ Samo u Danskoj i Luksemburgu moguće je isključiti odgovornost za neke povrede. U nekim zemljama sud je ovlašten temeljem zakona smanjiti iznos štete koji je dosuđen protiv revizora.⁶⁷ U Belgiji, Nizozemskoj i Luksemburgu ekulpacijski razlog za odgovornost revizora jest suglasnost dioničara.⁶⁸

Znakovito je i to da je u većini, ali ne i u svim državama članicama obvezatno osiguranje od odgovornosti. Ono proizlazi ili iz zakona ili iz pravila revizorskih udruga. U Italiji je obvezatno osiguranje predviđeno samo za revizorska društva

⁶¹ 1998. godine je izmjenama HGB-a drastično smanjen iznos do kojeg odgovaraju revizori na 250.000 EUR-a, da bi kasnijim izmjenama bio povišen na 1 milijun EUR-a po reviziji, odnosno 4 milijuna EUR-a za uvrštena društva. Vidi BAUMBACH/HOPT, HGB, 30. izd., München 2000, §323, ad. 9.

⁶² Par.323/4 HGB

⁶³ Vidi LG Passau, 28 May 1998, BB 1998, str. 2052, koji je smatrao da ograničenje ne vrijedi prema trećima.

⁶⁴ par. 275 HGB

⁶⁵ *op.cit.* u bilj. 13., str. 78.

⁶⁶ *Ibid.*, str. 79.

⁶⁷ Sec. 727 *Companies Act* Velike Britanije. Isto u Finskoj temeljem odluke vrhovnog suda (S-20.11.1997).

⁶⁸ *op.cit.* u bilj. 13, str. 80.

(*societa di revisione contabile*), dok takva obveza ne postoji za revizorski odbor u društvu (*collegio sindacale*). Međutim, kako se u članove tog odbora biraju odvjetnici ili računovođe koje obavljaju samostalno svoju djelatnost, oni su već osigurani od odgovornosti iz obavljanja svoje (odvjetničke ili računovodstvene) djelatnosti.⁶⁹

2.6. Sažetak razlika u zemljama članicama Europske unije

Studijom je utvrđeno da postoje vrlo bitne i značajne razlike u pogledu mnogih pitanja odgovornosti revizora u zemljama članicama. Zajedničkim nazivnikom označeno je postupanje revizora s pažnjom urednog revizora (*normally dilligent auditor*). Isto je tako uočeno da postoji pravilo o solidarnoj odgovornosti revizora, pri čemu revizor koji je platio naknadu štete može regresno zahtijevati isplatu od ostalih solidarnih dužnika. Zamijećeno je također da ne postoji korelacija između relativno strogih propisa o odgovornosti revizora, koji se nalaze u pojedinim zakonodavstvima, i stvarnog broja parnica u kojima je predmet spora bila odgovornost revizora. Tako se, primjerice, sudovi u državama članicama koje ne poznaju ograničenje odgovornosti prema trećim osobama nisu izjašnjavali u tom pogledu, dok je, naprotiv, u engleskoj sudskoj praksi, koja je razvila restriktivan pristup pri oblikovanju odgovornosti revizora, bilo mnogo više aktualnih parnica koje su završile s visokim iznosima dosuđene naknade štete.

Glavne uočene razlike postoje u pogledu kruga osoba ovlaštenih na podnošenje tužbe, duljine zastarnih rokova, mogućnosti ograničenja odgovornosti te pitanje obveznosti osiguranja od odgovornosti. Kod kaznenopravne odgovornosti, koja nije predmet ovog rada, svim je državama članicama zajedničko da zahtijevaju element namjere, pa se u odnosu na taj element i razlikuje građanskopravna i kaznena odgovornost.

Zaključeno je da je zbog različitih tradicija za sada teško provesti harmonizaciju propisa o građanskopravnoj odgovornosti revizora.⁷⁰ Neki su autori izrazili mišljenje da harmonizacija propisa o građanskopravnoj odgovornosti revizora nije ni potrebna ni poželjna. Predlažu uvođenje plafona ograničene odgovornosti na nivou Europske unije, kao što to postoji u nekim državama članicama.⁷¹

3. Enron - što ga je omogućilo i posljedice za europske izdavatelje

Veliku prekretnicu u reguliranju položaja revizora u svjetskim razmjerima imao je *Enron* i drugi financijsko računovodstveni skandali⁷² koji su potresali SAD potkraj 2001. i početkom 2002. godine. Začudno, ti skandali dogodili su se u državi koja postavlja uvrštenim društvima najviše standarde transparentnosti. Nedugo nakon eskaliranja *Enrona* pojavili su se komentari u američkoj doktrini prava društava i burzovnog prava kojima se pokušavalo rasvijetliti taj fenomen, pri čemu je svaki od

⁶⁹ *Ibid.*, str. 83.

⁷⁰ *Green Paper*, par. 5.7.

⁷¹ EBKE, W.F. *op.cit.*, u bilj. 34. str. 135.

⁷² *WorldCom, Tyco, Global Crossing*

komentatora u *Enronu* vidio dokaze za tvrdnje u koje je on ili ona vjerovao/la.⁷³

Činjenica je da je *Enronova* korporativna struktura bila jedinstvena. Za razliku od drugih uvrštenih društava glavni računovođa u *Enronu*, bio je ovlašten da putem svog "partnershipa" sklapa s *Enronom* vrlo rizične (i volatilne) transakcije, čije je vrijednost iskazivana milijardama dolara.⁷⁴ *Enron* je osnovao 3000 društava kćeri (kako korporacija, tako i *partnershipa*) pretežno registriranih u saveznoj državi Delaware, na Kajmanskim Otocima i u Nizozemskoj i uključio ih u kompleksnu mrežu *partnershipa* koji se nisu bilančno prikazivali.⁷⁵ Mnogi su tumačili *Enron* kao virtualni *hedge* fond, čija je korporativna struktura preko noći postala bizarna, za razliku od svojih početaka kada se radilo o dosadnoj naftnoj kompaniji.⁷⁶ Prema nekim autorima⁷⁷ nije kritično to što je zakazala uprava (*board of directors*) već to što su zakazali prije svega revizori, ali i ostali "čuvari", u američkoj doktrini popularno nazvani "gatekeepers".⁷⁸ To su posrednici na tržištu kapitala (revizori, financijski analitičari, pa i odvjetnici) koji za ulagatelje obavljaju usluge provjere i potvrđivanja ne samo financijskih izvješća, već i kreditne sposobnosti izdatelja, njihove perspektivnosti u odnosu na konkurentske tvrtke ili provjeravaju postupaju li pošteno pri poduzimanju nekih transakcija.⁷⁹

Da bi se razumjelo zbog čega je nastao tako drastičan propust u kontroli *Enronovih* financijskih izvješća, potrebno je razumjeti položaj njegove revizorske tvrtke (*Arthur Andersen*), inače visoke reputacije (jedne od američkih *Big Five*). Kredibilitet kojeg revizori uživaju kod ulagatelja prema nekim američkim autorima⁸⁰ proizlazi iz činjenice da revizori zalažu svoj tzv. reputacijski kapital, kojeg su stekli godinama obavljajući iste usluge za tisuće klijenata, a tu reputaciju ne žele ugroziti zbog jednog klijenta i za vrlo skromnu naknadu. Ako se promatra struktura prihoda revizorskih tvrtki, tada prihod od revizorskih usluga predstavlja skromniji dio, premalen da bi se revizorska tvrtka izložila riziku potvrđivanja netočnih ili nepotpunih financijskih izvješća kako bi ugodila klijentu.⁸¹ Iako je revizorska tvrtka *Arthur*

⁷³ Oni koji su kritizirali učinkovitost burzovnog tržišta, još su je više kritizirali nakon *Enrona*, upućujući na to da je vrijednost *Enronovih* dionica padala presporo u drugoj polovici 2001. Vidi COFFEE, J.C. *Understanding Enron: "It's About the Gatekeepers, Stupid"* [http://ssm.com/abstract id=325240](http://ssm.com/abstract?id=325240).

⁷⁴ Vidi Report of investigation by the Special investigative committee of the board of directors of Enron corp. (Power's Report) February 1, 2002.

⁷⁵ KESSLER, G. "Enron Agrees to let Congress See Tax Returns", *Washington Post*, February 16, 2002, na str. A13.

⁷⁶ PARTNOY, F. *Enron and Derivatives*, <http://ssm.com>, id=302332.

⁷⁷ COFFEE, *op.cit.* u bilj. 73, str. 5.

⁷⁸ KRAAKMAN, R. *Gatekeepers: The Anatomy of a third-Party Enforcement Strategy*, 2 J.L., Econ & Org. 53 (1986); CHOI, S. *Market Lessons for Gatekeepers*, 92 Nw. U.L.Rev 116 (1998).

⁷⁹ COFFEE, *op.cit.* u bilj 73.

⁸⁰ PRENTICE, R.A. *The Case of Irrational Auditor: A behavioral Insight Into Securities Fraud Litigation*, 95 Nw.U.L.Rev. 1333 (2000).

⁸¹ Revizorska tvrtka *Arthur Andersen* imala je prema nekim autorima oko 2500 klijenata za koje je obavljala revizorske usluge. Vidi članak: *Joe Berardino's Fall from Grace*, *Business Week* online, August 12, 2002.

Andersen bila uvučena i u druge financijske skandale, ništa nije govorilo u prilog tome da je ona bila neopreznija ili manje odgovorna nego njezini konkurenti.

Znakovito je, međutim, da je tijekom devedesetih godina zapažena opća erozija kvalitete financijskog izvještavanja⁸², ali i objektivnosti financijskih analitičara.⁸³ Razlog tome je prema nekima smanjenje rizika odgovornosti revizora do kojeg je tijekom 90-tih godina došlo što zbog dvaju presedana Vrhovnog suda SAD-a⁸⁴, odnosno zbog zakona⁸⁵ koji su uredili sporove iz vrijednosnih papira na način da su otežali njihovo procesuiranje. Konačno, tijekom devedesetih rasla je cijena konzultantskih usluga koju su pružale revizorske tvrtke. Već 2002. godine, tipično veliko uvršteno društvo plaća trostruko veći iznos cijene za konzultantske usluge od iznosa za revizorske usluge.⁸⁶

Recentna studija američkih akademskih eksperata utvrdila je da izdavatelji koji od revizora naručuju veći postotak ne-revizorskih usluga odgovaraju najviše profilu tvrtke kod kojih se lažno iskazuje dobit (*earnings management*).⁸⁷ Ono što se moglo u samoj revizorskoj kući *Arthur Andersen* smatrati prijelomnim događajem jest okolnost da se njezin konzultantski dio izdvojio nakon što su po prihodima prerasli revizorski dio, a arbitražni spor koji je nakon toga nastao između *Arthur Andersena* i nove tvrtke *Andersen Consulting* riješen je vrlo nepovoljno po prvoga.⁸⁸

Drugi autori ukazuju na to da uzrok *Enronu* nije u toj mjeri propust čuvara već u promijenjenom nagrađivanju članova uprave do koje je devedesetih godine došlo u SAD-u (i u manjoj mjeri u Europi).⁸⁹ Tijekom financijskog *boom*-a devedesetih, financijski analitičari su s oduševljenjem prihvatili dramatičan zaokret u načinu

⁸² MORIARTY / LIVINGSTON, *Quantitative Measures of the Quality of Financial Reporting*, 17 *Financial Executive* 53, na str. 54 (July/August 2001)

⁸³ Još tijekom listopada 2001., 16 od ukupno 17 konzultanata koji su obrađivali *Enron* sugerirali su "buy" ili "strong buy". Tijekom devedesetih godina općenito je rastao broj preporuka o kupnji u korist preporuka o prodaji (1991 - 6:1, 2000 - 100:1). Coffee (*op.cit.* u bilj.73,) objašnjava da *sell-side* analitičare angažiraju brokerske kuće koje razumljivo žele maksimizirati naknadu za posredovanje. U tom smislu preporuka kupnje upućena je cjelokupnom tržištu, dok je preporuka prodaje upućena samo klijentima koji drže dionice. Preporuke usmjerene na prodaju ("*sell*") brinu ne samo izdavatelje već i institucionalne investitore koji se boje da će te preporuke preplašiti individualne investitore. Ako individualni investitori podlegnu panici i počnu prodavati, tada će se institucionalni investitori naći na čudu jer se neće moći riješiti velikog paketa.

⁸⁴ *Lampf, Pleva, Lipkind & Petigrow v. Gilbertson*, 501 U.S. 350, 359-61 (1991) i *Central Bank of Denver, N.A., v. First Interstate of Denver, N.A.*, 511 U.S. 164 (1994)

⁸⁵ *Private Securities Litigation Reform Act of 1995* i *Securities Litigation Uniform Standards Act of 1998*. O posljednjem kritički PAINTER, R. *Responding to A False Alarm: Federal Preemption of State Securities fraud Causes of Action*, 84 *Cornell L.Rev.* 1 (1988).

⁸⁶ STEWART / COUNTRYMAN "Local Audit Conflicts Add Up: Consulting Deals, Hiring practices in Question, *Chicago Tribune*, February 24, 2002, na str. C-1.

⁸⁷ FRANKEL / JOHNSON / NELSON, *The Relation Between Auditor's Fees for Non-Audit Services and Earnings Quality*, www.ssm.com. id=296557

⁸⁸ *Andersen Consulting* je imao tada ukupan promet u iznosu od 9,4 milijarde US\$, a bio je osuđen na plaćanje iznosa od 1 milijarde US\$, uz promjenu tvrtke (sada: *Accenture*). *BusinessWeek online*, August 12, 2002, članak: "Joe Berardino fall from Grace".

⁸⁹ Umjesto svih vidi KRAAKMAN, R. *Disclosure and Governance: An Overview Essay, Syracuse Takeover and corporate Governance Conference*, May 2003, str. 16.

nagrađivanja članova uprave u kojem je sve više prevladavalo nagrađivanje u opcijama dionica, jer su vidjeli u tome mogućnost poistovjećivanja interesa uprave s interesima dioničara. Iako je to bilo točno, taj je zaokret imao svoju cijenu, članovima uprave postalo je bitno da “napušu” cijene kratkoročnih opcija dionica, što je opet stvaralo pritisak da se objavljuju dobri financijski rezultati.⁹⁰

Odgovor zakonodavca na *Enron* uslijedio je vrlo brzo. Već u srpnju 2002. godine donijet je u SAD-u *Sarbanas-Oxley Act*. Ovaj zakon smatra se najradikalnijim zahvatom u “tkivo” uvrštenih društava od 1934., otkad postoji SEC (Komisija za vrijednosne papire) SAD-a. Njegove odredbe jednako se primjenjuju na strane izdavatelje vrijednosnih papira jer se izrazi “*issuer*” odnosno “*public company*” koji se naizmjenično koriste u zakonu, primjenjuju na tzv. “*SEC registrants*” (izdavatelje vrijednosnih papira koji su prijavljeni SEC-u) bez obzira jesu li domaći ili strani. Stoga se ovaj zakon primjenjuje i na sve europske izdavatelje koji su uvršteni na američko tržište kapitala. Jasno je da na tom planu nastaju problemi jer dok se SOA dobro uklapa u američki korporativni okvir, on je u potpunosti stran europskim izdavateljima.⁹¹

Tim zakonom uveden je *Public Company Accounting Oversight Board*, privatna neprofitna korporacija koja nadzire jesu li financijska izvješća revidirana u skladu sa standardima nezavisnosti. Također prema SOA izvršni direktori i izvršni financijski direktori izravno su odgovorni za točnost i potpunost financijskih izvješća, ali i za uspostavu i održavanje sustava interne kontrole.⁹² U godišnjim i kvartalnim izvješćima moraju se razotkriti sve transakcije izdavatelja koje nisu bilančno prikazane (tzv. *off-balance sheet transactions*), a koje bi mogle utjecati na financijski položaj izdavatelja.⁹³ Novčane kazne za neistinita financijska izvješća mogu doseći iznose i do US\$ 5 milijuna, a mogu se kumulirati ili zamijeniti s kaznom zatvora do 20 godina. Uz određene izuzetke članovima uprave društvo ne može pozajmljivati novac.⁹⁴ Na nivou uvrštenog društva redefiniraju se revizorski odbori i njihove nadležnosti, čiji članovi moraju zadovoljiti nove standarde nezavisnosti.⁹⁵ Ne postoji mogućnost da revizorski odbor bude pobočno tijelo jer su njegovi članovi ujedno i direktori.⁹⁶ S druge strane, računovodstvenim tvrtkama zabranjeno je izdavatelju pružati razne ne-revizorske usluge tijekom provedbe revizije.⁹⁷ Revizorski odbor koji se formira pri izdavatelju ima pun nadzor nad revizorskim uslugama.

⁹⁰ *Ibid.*, str. 16-17.

⁹¹ CUNNINGHAM, L. *Sarbanas /Oxley and all that: impact beyond America's shores*, The 7th European Financial Market Convention, London 12-13 June 2003, str. 2. Vidi: www.fese.org.

⁹² Sec. 302 SOA (građanskopravna odgovornost za financijska izvješća); Sec. 906 SOA (kaznenopravna odgovornost za financijska izvješća)

⁹³ Sec. 401(a) SOA

⁹⁴ Sec. 402 SOA

⁹⁵ Sec. 301. SOA.

⁹⁶ “a committee (or equivalent body) established by and amongst the board of directors of an issuer for the purposes of overseeing the accounting and financial reporting processes of the issuer; and ...if no such committee exists with respect to an issuer, the entire board of directors of the issuer”

⁹⁷ Sec. 201(a) SOA. Tome se pridružuje zabrana izdavatelju da prijeverno utječe na revizora - Sec.303(a) SOA

Propisi o revizorskim odborima predstavljaju kost u grlu za europske izdavatelje. U nekim državama članicama Europske unije oni kolidiraju s nacionalnim pravom, ali čak i kada su njegovi propisi u skladu s nacionalnim propisima izdavatelja, kulturalni pečat koji nosi SOA neprevediv je.⁹⁸ O ekstrateritorijalnoj primjeni (*ratione personae*) SOA svjedoče uvjeti koje i strani i inozemni izdavatelji neizostavno moraju ispunjavati da bi se mogli uvrstiti na burzu.⁹⁹ Konkretni primjer inkompatibilnosti predstavlja ovlaštenje koje je SOA dao SEC-u da propiše pravilo kojim će se morati objelodaniti je li barem jedan član revizorskog odbora "financijski stručnjak", kao i da definira tko se smatra financijskim stručnjakom. Pred inozemnim uvrštenim društvima sada je dilema: znači li to da financijski stručnjak mora poznavati US GAAP, ili je dovoljno da poznaje nacionalne računovodstvene standarde?¹⁰⁰

Na općenitijem planu posebno je sporan propis kojim se reguliraju standardi profesionalnog ponašanja odvjetnika koji zastupaju izdavatelje u postupcima pred US SEC-om (sec.307 SOA). Od odvjetnika se zahtijeva da prijavi nezakonite radnje odgovarajućim osobama unutar tvrtke (kršenje propisa o vrijednosnim papirima ili kršenje odnosa povjerenja, tzv. fiducijarne obveze) koji su počinili društvo ili njegovi zastupnici, a ako rezultat izostane, tada taj isti slučaj mora iznijeti višoj instanci (*up-the-ladder*) - tj. nezavisnom revizorskom odboru, što dovodi u pitanje povjerljivost odnosa klijent-odvjetnik.¹⁰¹

4. Odgovor europskog zakonodavca

Kao odgovor na *Enron* europski je zakonodavac najavio promjene s ciljem poboljšanja kvalitete finacijske revizije u zemljama članicama Europske unije objavivši "deset prioriteta".¹⁰² Cilj tih mjera je "omogućiti da se ulagatelji i drugi

⁹⁸ BOLKENSTEIN, F. *Toward an integration of European Capital Market, some of the major issues reconsidered*, The 7th European Financial Market Convention, London 12-13 June 2003, Vidi: www.fese.org, posebno naglašavajući negativne implikacije njegovih propisa na europske revizore.

⁹⁹ Tako propis sec.301 SOA koji dopunjava sec.10A(m) *Exchange Acta*, zahtijeva da do 26.04.2003. US SEC dade napatuk nacionalnim burzama da zabrane uvrštenje bilo kojeg društva koje ne ispunjava sljedeće uvjete: 1) svaki član revizorskog odbora izdavatelja mora biti direktor i mora inače biti nezavisan; 2) revizorski odbor je odgovoran za imenovanje i razrješenje revizora; 3) revizorski odbor je odgovoran za odobravanje svih revizorskih ali i ne revizorskih usluga 4) nezavisni revizori moraju izvještavati revizorski odbor u pogledu bitnih pitanja računovodstvene politike i prakse u tvrtci, o raspravama koje su vođene s upravom u pogledu mogućnosti različitog iskazivanja financijskih informacija prema GAAP-u, te o svim neslaganjima između uprave i revizora o drugim pisanim očitovanjima; 5) revizorski odbor mora izraditi pravila prema kojima će postupati sa prigovorima koji se tiču računovodstvenih i revizorskih pitanja te pitanja interne kontrole kao i omogućiti djelatnicima da podnesu tajnu i anonimnu prijavu glede tih pitanja.

¹⁰⁰ CUNNINGHAM, L. *op.cit.*, u bilj. 91., str. 3.

¹⁰¹ Comments on Rules Implementing section 307 of the SOA: Standards of professional Conduct for Attorneys Practicing before the SEC, Antitrust and Trade Regulation, Winter 2003, Vol. 58, No.1, str. 25-72.

¹⁰² Vidi, Audit of company accounts: Commission sets out ten priorities to improve quality and protect investors, IP/03/715, Brussels 21st May 2003, Vidi također "A First Response to Enron related policy Issues, na Internet adresi www.europa.eu.int/comm/internal_market/eu/company/index.htm. Vidi još: NOBEL, P. *Audit within the Framework of Corporate Governance* u: HOPT/WYMEERSCH Capital Market and Company law, New York 2003, str. 204.

zainteresirani subjekti mogu u potpunosti osloniti na vjerodostojnost revizije financijskih izvješća, čime bi se unutar EU konzekventno povećala zaštita od skandala kao što je Enron”.¹⁰³ Planom su najavljeni prijedlozi novih smjernica kojima bi se radikalno trebalo izmijeniti postojeće zakonodavstvo. Kada ti prijedlozi budu usvojeni, bit će reguliran i način provedbe revizije, a postojat će i infrastruktura koja će nadzirati kvalitetu revizije. Plan izmjene obuhvaća dugoročne i kratkoročne prioritete. Među kratkoročnim mjerama ističe se obvezatna primjena Međunarodnih revizorskih standarda koja započinje od 2005. godine za sve obvezatne revizije. Pored toga na nivou Europske unije osnovat će se regulatorni odbor za reviziju (*EU Regulatory Committee on Auditing*) koji predstavlja pandan američkom *Public Company Accounting Oversight Board* (US PCAOB), organ u čijoj će nadležnosti biti da renovira zakonodavstvo i omogući brzo usvajanje detaljnijih za države obvezujućih mjera. Dosadašnji *EU Committee on Auditing* postat će *Audit Advisory Board*, koji će nadzirati financijsko izvještavanje uvrštenih društava. Glavni pokretač ovih akcija je činjenica da unutar zajedničkog tržišta postoji oko 7000 uvrštenih društava i da se godišnje unutar Europske unije obavi oko 2 milijuna obvezatnih revizija. U kontekstu izmjene postojećih smjernica u prvom planu je izmjena tzv. Osme smjernice iz prava društava kojom će se osim dosadašnjih pitanja regulirati pitanje nadzora javnosti nad provođenjem revizije, eksternih garancija kvalitete, nezavisnosti revizora, etičkog kodeksa, revizorskih standarda, disciplinarnih mjera te pitanje imenovanja i razrješenja revizora. Novo tijelo koje će se osnovati prilikom donošenja smjernice postat će odgovorno za provedbu njezine implementacije u pravu država članica.

5. Hrvatsko pravo *de lege lata* i *de lege ferenda*

Zakon o reviziji predstavlja *sedes materiae* uređenja revizorske struke. Da bi se u cijelosti sagledalo položaj revizora u situaciji kada revidira (godišnja) financijska izvješća dioničkog društva potrebno je uzeti u obzir i propise Zakona o trgovačkim društvima te propise Zakona o računovodstvu.

5.1. Osobe ovlaštene za obavljanje revizije

Prema ZREV-u osobe ovlaštene za provedbu revizije jesu revizorske tvrtke te (u njima zaposleni) ovlaštene revizori.¹⁰⁴ ZREV ne uvjetuje pravni oblik u kojem mora biti revizorska tvrtka (društvo osoba ili društvo kapitala), što je u potpunosti u skladu s europskim pravom, iako je izvjesno da je najpopularniji pravni oblik društvo s

¹⁰³ IP/03/715, str. 1. Vidi tamo i izjavu Komesara za unutarnje tržište Fritz Bolkensteina: “I do not accept the imposition of US standards on our firms and that is why the European Union strongly opposes registration of EU audit firms with US Public company Accounting Oversight Board. The EU will regulate its own businesses.”

¹⁰⁴ Prema najavljenim rješenjima u novom Zakonu o reviziji reviziju će ubuduće moći obavljati i samostalni revizor - pojedinac s registriranim obrtom, zajednički revizorski ured - ugovorna zajednica dvaju revizora te dosadašnje revizorske tvrtke. Vidi Večernji list, 30. listopada 2003. članak “Domaće revizore nadzirat će Hrvatski institut za reviziju”.

ograničenom odgovornošću.¹⁰⁵ U pogledu publiciranja podataka o revizorima naše pravo zaostaje u odnosu na zahtjeve europskog prava (vođenje registra revizora i revizorskih tvrtki).¹⁰⁶ Ta obveza nije zakonom propisana, i to bi trebalo izmijeniti pri donošenju novog ZREV-a. Baza podataka o revizorskim tvrtkama ionako već postoji pri Ministarstvu financija RH, s obzirom da ono daje dozvolu za rad revizorskim tvrtkama (čl. 6. st. 4. ZREV). Neki autori su uočivši taj nedostatak transparentnosti predlagali utvrđivanje liste revizora pri trgovačkim sudovima,¹⁰⁷ nudeći ključeve njihova odabira koji ne bi bio slobodan već bi društva "abecednim redom dobivala revizore i to tako da niti jedno društvo ne bi uzastopce dobilo istog revizora".¹⁰⁸

Strane revizorske tvrtke ne mogu na teritoriju RH djelovati samostalno, već samo s domaćom revizorskom tvrtkom.¹⁰⁹ Zbog toga su mahom strane revizorske tvrtke osnovale u RH društva kćeri. U svjetlu pristupanja RH Europskoj uniji i omogućavanja slobode obavljanja usluga, u novom zakonu o reviziji bit će potrebno izdvojiti status revizorskih tvrtki koje imaju sjedište u nekoj od zemalja članica Unije, od onih koje imaju sjedište u zemljama nečlanicama Unije.

Novim zakonom trebalo bi urediti da li i pod kojim uvjetima obavljanje revizije predstavlja smetnju za obavljanje drugih usluga za istog klijenta te kako postupiti ako jedan klijent revizorske tvrtke generira najveći dio prihoda. Prema sadašnjem zakonu revizorske tvrtke ovlaštene su obavljati i usluge s područja računovodstva, poreznog savjetovanja, financijskih analiza i kontrole, što znači da unutar iste revizorske tvrtke jedan ovlašten revizor može za istog klijenta obavljati reviziju, a da ista tvrtka pruža tom klijentu računovodstvene usluge (čl. 22. st. 3. i čl. 3. st. 2. ZREV). Pitanje generiranja određenog dijela prihoda biti će *de lege ferenda* posebno kritično ako reviziju *de lege ferenda* budu mogle obavljati i fizičke osobe - ovlaštene revizori. Financijska izloženost samostalnih revizora veća je nego u drugim slobodnim profesijama, pa bi dopusti li se takvo rješenje samostalnim revizorima trebalo prepustiti samo reviziju financijskih izvješća nekih, a ne svih poduzetnika. U budućem zakonu potrebno je odrediti se i oko odgovornosti revizora za rad osobe koja je kao poseban stručnjak angažirana pri obavljanju revizije (čl. 17. ZREV).

¹⁰⁵ Vidi čl. 1. st. 2. *Eighth Council Directive 84/253/EEC of 10 April 1984 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the approval of persons responsible for carrying out the statutory audits of accounting documents Official Journal L 126 , 12/05/1984 P. 0020 - 0026*

¹⁰⁶ Vidi čl. 28 iste smjernice. Vidi kritiku, KRAJAČIĆ, D. *op.cit.* u bilj. 3, str. 36.

¹⁰⁷ KALEB, Z. *Povreda dužnosti revizora da dade točno izvješće kao kazneno djelo*, RiF, br. 7/2002., str. 30.

¹⁰⁸ *loc.cit.*

¹⁰⁹ Već je tijekom 1994. u RH bilo licencirano nekoliko inozemnih revizorskih tvrtki, dok su samo neke obavljale reviziju zajedno s domaćim tvrtkama. Vidi PRKA, B. *Revizor i trgovačko društvo*, Zbornik radova Opatija '94, str. 106.

5.2. Obveznici revizije godišnjih financijskih izvješća

To pitanje uređuje Zakon o računovodstvu. Prema ZR-u svi veliki¹¹⁰ i srednje veliki poduzetnici¹¹¹ organizirani kao dionička društva moraju revidirati godišnja financijska izvješća (čl. 28. ZR). Dok su banke i financijske organizacije, osiguravajuća i reosiguravajuća društva po definiciji veliki poduzetnici, za ostala dionička društva to nije slučaj. Jedina skupina dioničkih društava za koje vrijede elastičnija pravila jesu dionička društva koja ulaze u pojam malih poduzetnika prema ZR-u. Ona svake treće godine podliježu obvezi tzv. skraćene revizije, koja obuhvaća uvid u poslovanje. Ostali srednje veliki i mali poduzetnici, koji nisu dionička društva obvezi revizije podliježu u skladu s vlastitim pravilima ili statutom.¹¹² Ovo rješenje ZR-a nije u skladu s europskim pravom, točnije s četvrtom računovodstvenom smjernicom, prema kojoj obveza revizije godišnjih financijskih izvješća zahvaća u pravilu sva društva, kod kojih svi ili samo neki članovi društva za obveze društva odgovaraju ograničeno. Osim dioničkog društva, u nas bi to značilo da reviziju godišnjih financijskih izvješća trebaju obavljati i društva s ograničenom odgovornošću. U nekim zakonodavstvima europskih država članica ta je obveza predviđena i za komanditno društvo na dionice (Njemačka, Italija, Francuska) koji pravni oblik društva ne postoji prema našem pravu.¹¹³ Ipak, europsko pravo predviđa i određene iznimke za poduzetnike manjeg formata. Prema čl. 51. st. 3. četvrte smjernice mali poduzetnici (koji su definirani u čl. 11. iste smjernice) mogu biti oslobođeni obveze revizije odredbama nacionalnog prava, pri čemu se kriteriji malog poduzetnika moraju ispunjavati, najmanje dvije godine uzastopce (čl. 12. iste smjernice).¹¹⁴ Kako je u međuvremenu četvrta smjernica izmijenjena na način da su se relevantni kriteriji prometa i ukupne aktive povećali otprilike za 17%,¹¹⁵ imajući u

¹¹⁰ Prema čl. 16. ZR-a, *veliki poduzetnici* su oni koji prelaze barem dva od tri sljedećih kriterija: 1) zbroj bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivi u protuvrijednosti DEM 8,000,000; 2) prihod u dvanaest mjeseci prije sastavljanja bilance u protuvrijednosti DEM 16.000.000 i 3) godišnji prosjek zaposlenih 250 namještenika. Prema prijedlogu novog ZR-a, kriterij ad 1) iznosi 14,600,000 EUR-a, preračunato u kune; kriterij ad 2) iznosi 29,200,000 EUR-a preračunato u kune, a godišnji prosjek zaposlenih ostaje isti. Vidi RRiF, br. 10/2003., str.18., čl.14. Prijedloga Zakona.

¹¹¹ *Srednje veliki poduzetnici* su oni koji prelaze dva od tri sljedeća kriterija (propisane za male poduzetnike): 1) zbroj bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivi u protuvrijednosti DEM 2,000.000; 2) prihod u dvanaest mjeseci prije sastavljanja bilance u protuvrijednosti DEM 4,000.000; i 3) godišnji prosjek zaposlenih 50 namještenika, ali nikad ne prelaze 2 od 3 kriterija propisanih za velike poduzetnike. Po novom ZR-u, kriterij ad. 1) iznosi 3,650,000 EUR-a, kriterij ad. 2) 7,300,000 EUR-a preračunato u kune. *Ibid*, str. 18. čl. 14. st. 2. Prijedloga ZR-a.

¹¹² Vidi kritiku tog rješenja KRAJAČIĆ, D. *op.cit.* u bilj. 3., str. 373.

¹¹³ Vidi bilješku br. 2.

¹¹⁴ Osim što prema rješenjima ove smjernice društva koja ne prelaze kriterije malih poduzetnika mogu biti oslobođena obveze revidiranja financijskih izvješća, ona mogu izrađivati skraćenu bilancu, skraćeni račun dobiti i gubitka, skraćenih bilješki uz financijske izvještaje. U nas vidi kod: RUŽIĆ, T. *Izmjene u korporativnom financijskom izvješćivanju EU - iznimke za mala i srednja društva*, RRiF, br. 7/2003, str. 57.

¹¹⁵ Vidi tabelarnu usporedbu pragova po smjernici prije i poslije izmjene kod RUŽIĆ, T. *op.cit.*, str. 59. Nove pragove vidi u: *Council Directive 2003/38/EC of 13 May 2003 amending Directive 78/660/EEC on the annual accounts of certain types of companies as regards amounts expressed in euro*, Official Journal L 120 , 15/05/2003 P. 0022 - 0023

vidu referentne vrijednosti iz ZR-a, jasno je da će usklađivanje značiti povećanje referentnih vrijednosti za oko 3,6 puta.¹¹⁶ Time će veliki broj dosadašnjih velikih i srednjih poduzetnika pasti ispod praga koji je mjerodavan za utvrđivanje obveze revidiranja financijskih izvješća, što će se odraziti i na ukupnost klijentele koja će trebati usluge revizije.

5.3. Imenovanje revizora

U dioničkom društvu imenovanje revizora, kako u slučajevima redovite revizije (godišnjih financijskih izvješća), tako i u slučaju posebne revizije, u nadležnosti je glavne skupštine dioničkog društva (čl. 275. st. 1. t. 4. i 7. ZTD). Stoga je odredba sadržana u čl. 7. ZREV-a prema kojoj "revizora (...) izabire "organ upravljanja poduzetnika" netočna. Iako je uprava društva organ koji priprema glavnu skupštinu, kada je u pitanju imenovanje revizora ovlašteni predlagatelji imenovanja su ili nadzorni odbor (arg. iz čl. 280. st. 3. ZTD) ili dioničari.

Ako *imenovanje revizora* predlaže nadzorni odbor, u objavi dnevnog reda skupštine treba navesti i prijedlog odluke (čl. 280. st. 3. ZTD). Ako je predmet odlučivanja uvršten u dnevni red na zahtjev manjinskih dioničara¹¹⁷ (čije dionice predstavljaju 1/20 temeljnog kapitala), a prijedlog se odnosi na imenovanje revizora, tada isti treba sadržavati njihova imena i prezimena, zanimanje i prebivalište, a kada je riječ o revizoru pravnoj osobi, njenu tvrtku i sjedište (čl. 280. st. 3. ZTD). Mogućnost *opoziva revizora* od strane manjinskih dioničara (i imenovanje drugog revizora) postoji samo u slučaju posebnih revizija (čl. 298. st. 5. ZTD), a to se pravo ne ostvaruje na skupštini nego prijedlogom sudu. Međutim, mora se raditi o dioničaru koji ima nešto veći udio u temeljnom kapitalu društva (najmanje 1/10 temeljnog kapitala društva ili najmanje na 8.000.000,00 kuna tog kapitala). Sud će umjesto imenovanog revizora imenovati drugog revizora ako se razlog za to nalazi u osobi revizora kojeg je imenovala glavna skupština, osobito ako imenovani revizor nema potrebna stručna znanja za obavljanje revizije, ako je prezauzet ili postoje sumnje u njegovu pouzdanost. Prijedlog za imenovanje drugog revizora mora se postaviti sudu u roku od četrnaest dana od dana održavanja glavne skupštine na kojoj je donesena odluka o imenovanju revizora. Prije donošenja odluke sud treba saslušati revizora kojeg je imenovala glavna skupština. Nema razloga da se pravo na opoziv posebnog revizora ne prihvati kao opće pravilo, kao što je to slučaj i u njemačkom pravu prema § 318/3 HGB-a.¹¹⁸

Otvoreno je pitanje može li individualni dioničar tužbom za poništaj ili radi pobijanja odluke skupštine postići isti učinak ako je riječ o imenovanju revizora za kojeg dioničar smatra da nije nepristran. U njemačkoj sudskoj praksi su se neki sudovi oko ovog pitanja izrazili negativno - uz obrazloženje da se kondicioniranjem prava

¹¹⁶ Usporedi s podacima u bilj. 109. i 110.

¹¹⁷ Pravo manjinskih dioničara da na dnevni red stave imenovanje revizora, kao samostalno manjinsko pravo ne isključuje mogućnost predlaganja imenovanja putem protuprijedloga, koji može poteći i od individualnog dioničara.

¹¹⁸ <http://dejure.org/gesetze/HGB/318.html>

podnošenja tužbe pragom od 10% temeljnog kapitala, podjednako štite revizori i društvo od obijesnog parničenja.¹¹⁹

Naknada za obavljanje revizije utvrđuje se ugovorom (čl. 9. st. 2. ZREV). Revizorska naknada mora biti razumna (s obzirom na vrijeme i troškove). To znači da mora pokriti troškove angažmana kvalificiranog osoblja u vremenu koje je potrebno da se revizija obavi na način na koji to zahtijevaju standardi. Ugovaranje naknade koja ne pokriva troškove može dovesti u sumnju revizorovu neovisnost. Također nije prihvatljivo ugovaranje naknade koja bi bila ovisna o rezultatu obavljene revizije (npr. postotak od cijene dionica).¹²⁰ Ima njemačkih autora koji smatraju da bi visina naknade koju revizor ugovara s upravom trebala biti poznata i članovima nadzornog odbora, odnosno tijelu koje predlaže imenovanje revizora skupštini.¹²¹

5.4. Smetnje za imenovanje revizora

Kvaliteta i pouzdanost revizorskog mišljenja bitno ovisi između ostalog o objektivnosti, stručnom integritetu i neovisnosti revizora.¹²² Postojanje bilo kojeg oblika ovisnosti ovlaštenog revizora o društvu čija financijska izvješća treba revidirati predstavlja smetnju za imenovanje revizora, a isto tako mogu biti i razlogom njegova opoziva. Između revizorske tvrtke i dioničkog društva ne smije postojati *kapitalna povezanost* (čl. 8. ZREV). Ovakvo je određenje povezanosti prešturo, s obzirom da povezana društva mogu biti povezana i na ugovornoj osnovi putem poduzetničkih ugovora (čl. 479. i 480. ZTD) a da istodobno ne mora postojati kapitalna povezanost. Stoga bi kriterije povezanosti trebalo dopuniti. Slovenski Zakon o reviziji opravdano razlikuje kapitalnu od drugih oblika povezanosti.¹²³ Ni između ovlaštenog revizora i naručitelja revizije ne bi smjela postojati kapitalna povezanost.

Pored zabrane kapitalne povezanosti koja jednako obvezuje tvrtku i revizora, ovlašteni revizor ima još neke smetnje: ne smije biti ni *zastupnik (po samom zakonu), član nadzornog odbora ili djelatnik društva* - naručitelja revizije. Zabranu obavljanja revizije ima revizor kada je sudjelovao u *vođenju poslovnih knjiga ili izradi financijskih izvještaja poduzetnika kod kojeg se obavlja revizija. De lege ferenda* autorica smatra da bi ovu zabranu trebalo proširiti i na poduzetnike koji su s prvim poduzetnikom u odnosu (kapitalne i druge) povezanosti. Konačno, smetnju za obavljanje revizije čini i okolnost da je ovlašteni revizor *bračni drug, krvni srodnik, staratelj, usvojitelj, usvojenik, hranitelj jednog od zakonskih predstavnika poduzetnika ili članova nadzornog odbora* (čl. 22. st. 1. t. 1-4. ZREV).

¹¹⁹ LG München 2000, 45 *Die Aktiengesellschaft* 235 (Bayerische HypoVereinsbank). Vidi još EBKE / JURISCH *Der Unerwuenschte Abschlussprüfer: Ersetzungsverfahren (§ 318 Abs HGB) versus Anfechtungsklage (§ 243 Abs 1 AktG)*, 45 *Die Aktiengesellschaft* 2000, str. 208.

¹²⁰ FABER, Ž. *Kvantitativni i kvalitativni indikatori neovisnosti revizora*, Zbornik radova "Računovodstvo, financije i revizija u suvremenim gospodarskim uvjetima", Pula 2003, str. 70.

¹²¹ Tako HOPT, oslanjajući se na prijedlog udruge njemačkih revizora (IDW). Vidi HOPT, K. *Corporate Governance in Germany*, u: HOPT/WYMEERSCH *Capital market and Company law*, New York 2003, str. 309.

¹²² FABER, Ž. *op.cit.* u bilj. 120, str. 70.

¹²³ Vidi čl. 7-9. Zakona o revidiranju od 30.01.2001. www.si-revizija.si/o_siru/dokumenti/ZRev-1.pdf

Prema preporuci koju je donijela Komisija EZ-a¹²⁴ navode se još neke smetnje za obavljanje revizije. Neprihvatljivo je ako revizor ima bilo kakav izravan ili značajan neizravan financijski interes kod naručitelja revizije, ako je revizoru bliska osoba djelatnik na nekoj od rukovodnih funkcija (*working in a management position*) ili ako ukupan iznos koji naplaćuje revizor od nekog klijenta predstavlja značajan udio u njegovu ukupnom prihodu. Ovlašteni revizori koji su proveli reviziju ne mogu se zaposliti kod naručitelja revizije prije nego što protekne period od dvije godine. Ovlašteni revizori koji su obavljali reviziju za nekog klijenta ne smiju to obavljati osobno duže od 7 godina.¹²⁵ U njemačkom pravu prema § 319 /2/ 8 HGB-a revizor koji u posljednjih 5 godina generira više od 30% prihoda od jednog klijenta ne smatra se neovisnim.¹²⁶

Slično rješenje u nas već postoji u Zakonu o bankama prema kojem ista revizorska tvrtka ne može kod jedne banke obavljati reviziju godišnjih financijskih izvještaja duže od 4 godine uzastopno, a također zabranjuje da ta tvrtka uz reviziju pruža banci konzultantske usluge (čl. 112. st. 5. i 6. ZB).¹²⁷ Prema istom zakonu ista revizorska tvrtka ne može preuzeti niti joj banka može povjeriti obavljanje revizije financijskih izvješća banke ukoliko je dotična revizorska tvrtka u prethodnoj godini više od polovine svojih ukupnih prihoda ostvarila na temelju obavljene revizije financijskih izvješća te banke. *De lege ferenda* treba se opredijeliti oko pitanja je li nakon isteka preporučenog perioda od 7 godina bolje rotirati glavnog revizora ili revizorsku tvrtku, pri čemu treba definirati kakvog utjecaja na rotaciju imaju statusne promjene revizorske tvrtke ili klijenta. U pogledu ostalih usluga koje mogu obavljati revizori autorica smatra da ih ne treba isključiti *a limine*, ali je potrebno da se utvrdi prihvatljiva proporcija njihova odnosa. Naročito se čini neprimjerenim da ista revizorska tvrtka može izrađivati i revidirati financijska izvješća, jer se *de lege lata* ta zabrana odnosi samo na revizora, a ne i na tvrtku.

5.5. Primjena dužne pažnje pri obavljanju revizije

Revizija se obavlja na način i prema postupcima koji su utvrđeni Međunarodnim revizijskim smjernicama¹²⁸ te u skladu s kodeksom profesionalne etike.¹²⁹ Kodeks se

¹²⁴ *Statutory Auditors' Independence in the EU: A Set of Fundamental Principles*, europa.eu.int/comm/internal_market/en/smn/smn29/s29mn21.htm

¹²⁵ O obvezatnoj (vanjskoj) rotaciji revizora, kao mjeri koja treba osigurati nepristranost u njemačkoj doktrini pojedini autori ukazuju na poteškoće koje to može izazvati kada se radi o revidiranju financijskih izvješća u velikih društvima, gdje je vrijeme koje je potrebno da se revizori upoznaju s društvom, značajni nedostatak tog rješenja. Tako HOPT, *op.cit.* u bilj. 121, str. 308.

¹²⁶ Vidi još NOBEL, *op.cit.* u bilj. 4, str. 210. koji naglašava da je postotak koji je nekad iznosio 50% izmijenjen s čl. 2 par. 8. KonTraG-a.

¹²⁷ Hrvatska narodna banka prema nekim autorima ovu zabranu tumači vrlo dosljedno, pa osim revizije nije moguće obavljati niti jednu drugu uslugu. Tako FABER, *op.cit.* u bilj. 120, str. 71.

¹²⁸ Međunarodni revizijski standardi, Hrvatska udruga revizora, Zagreb 1993. Postojeće je stanje takvo da domaći revizori moraju deklarirati po kojim su pravilima obavili reviziju - jesu li slijedili MRS (Međunarodne revizijske standarde) ili pak SMRP (Smjernice međunarodne revizorske prakse). No, čak i kad to učine, njihovo očitovanje nije do kraja vjerodostojno. Od 36 prevedenih MRS-ova, u Hrvatskoj ih nije aktualno osam, a dva novija MRS-a uopće nisu prevedena. Vidi Večernji list, 30. listopada 2003.

¹²⁹ Vidi *Kodeks profesionalne etike revizora*, Revizija br. 1/2000., str. 69-71.

sastoji od načela (odgovornost, javni interes, poštenje, objektivnost i neovisnost te kompetentnost) i pravila.¹³⁰ Revizor treba planirati i obavljati reviziju polazeći od pretpostavke visoke razine opreznosti jer uvijek mogu postojati uvjeti iz kojih bi mogle proizaći materijalno značajne pogreške (ili prijevare) u financijskim izvješćima.¹³¹

Osnovni je zadatak revizora da ispita financijska izvješća društva kako bi utvrdio prikazuju li ona istinito stanje imovine, kapitala, obveza i rezultata poslovanja poduzetnika, pri čemu se ne ispituju samo financijska izvješća već i poslovanje, organiziranost poslovnih funkcija, načina donošenja poslovnih odluka i funkcioniranja informacijskog sustava. Pri tom revizor mora postupati s povećanom pažnjom, odnosno s pažnjom dobrog stručnjaka (čl. 18. st. 2. ZOO). Taj stupanj pažnje može biti odlučujući prilikom utvrđivanja njegove odgovornosti za štetu. Ako je riječ o odgovornosti prema naručitelju revizije, tada se njegova odgovornost temelji na ugovoru (pretpostavljena krivnja). U postupku pred sudom revizor kao tuženik dužan je dokazati da je primijenio pažnju dobrog stručnjaka, a to će dokazati ako dokaže da je postupao prema pravilima struke i običajima. U ovom slučaju mjerodavno bi bilo postupanje u skladu s Međunarodnim revizijskim standardima, ali i relevantnim (prisilnim) odredbama zakona. U obzir dolazi postupanje nesukladno Kodeksu profesionalne etike revizora, s obzirom da je to izvor na kojeg se poziva ZREV.

Kako naše pravo poznaje opću delikttnu normu, nije isključena ni izvanugovorna odgovornost za štetu revizora (čl. 154. st. 1. ZOO). Izvanugovorna odgovornost je također zasnovana na načelu pretpostavljene krivnje pa bi i u tom sporu revizor trebao također dokazati da je primijenio pažnju dobrog stručnjaka, tj. dokazati svoju "nekrivnju".

Koje bi mogle biti štetne radnje pri obavljanju revizije? U prvom redu ako revizor nije primijenio dužnu pažnju, primjerice nije primijenio određeni standard pri obavljanju revizije, pa je kao rezultat tog propusta dao pozitivno mišljenje na financijsko izvješće koje ne prikazuje istinito stanje imovine obveza i kapitala, odnosno mišljenje koje dovodi u zabludu, on je počinio štetnu radnju, pod uvjetom da bi u slučaju poduzimanja određenog pravila struke (metoda i postupka obavljanja revizije) netočnost tog financijskog izvješća bila otkrivena. Pri tome šteta može nastupiti naručitelju revizije, ali i trećim osobama, koje su tada aktivno legitimirane u parnici protiv revizora. U ovom radu je već iznesena sudska praksa onih europskih zemalja u kojoj su treće osobe dobile sudska zaštitu protiv revizora u sporu za naknadu štete.¹³²

Revizor svakoj reviziji treba prilaziti s primjerenom dozom profesionalnog skepticizma kako bi otkrio eventualne prijevare radnje u ispitanim financijskim izvješćima. Stoga bi neotkrivanje prijevarenih radnji pri sastavljanju financijskih

¹³⁰ SPREMIĆ, I. *Etika i neovisnost revizije u funkciji zaštite dioničara*, Zbornik radova "Računovodstvo, financije i revizija u suvremenim gospodarskim uvjetima Pula 2003, str. 48.

¹³¹ Točka 6. Međunarodnog revizijskog standarda 200, Međunarodni revizijski standardi, Hrvatska udruga revizora 1999. Vidi također MrevS 240 - Odgovornost revizora za otkrivanje prijevare i pogreške pri reviziji financijskih izvješća, koji je u primjeni od 30. lipnja 2002. godine. Poblize KOLONIĆ, Ž. *Odgovornost za prijevare i pogreške u financijskim izvješćima*, RRiF, br. 2/2002, str. 155-160. HOPT smatra da se revizor ne smije pristupati reviziji presumirajući prijevare. *Op.cit.* u bilj. 121, str. 309.

¹³² Vidi gore pod t. 2.4. rada.

izvješća (ili njihovo kasno otkrivanje)¹³³ predstavljalo također štetnu radnju revizora.¹³⁴ Ako revizor zbog propuštanja dužne pažnje nije otkrio prijevaru ili ako ju je otkrio, ali o njoj nije izvijestio u svom izvješću, on je počinio štetnu radnju pod uvjetom da se štetu moglo izbjeći da je primijenjena dužna pažnja.¹³⁵ Štetna radnja je s druge strane, prouzročila neistinito revizorsko mišljenje. Kao što je već istaknuto, neotkrivanje prijevernih radnji uprave razlog je građanskopravne odgovornosti u svim zemljama članicama.¹³⁶

Štetnu radnju može predstavljati i nemogućnost izrade revizorskog mišljenja unutar zadanih rokova. Odustajanje od revizije u nevrjeme, odnosno odustajanje od revizije bez navođenja razloga također bi se moglo smatrati štetnom radnjom. Štetnu radnju predstavlja i povreda tajnosti podataka koja obvezuje revizora i revizorsku tvrtku (čl. 21. st. 2. ZREV). Prijevaru i pogrešku u financijskim izvješćima razlikuje element namjere, pa se u prvom slučaju govori i o lažnim financijskim izvješćima.¹³⁷

Output revizije sadržan je u revizorovu izvješću o obavljenoj reviziji i stručnom mišljenju koje može biti pozitivno, negativno i mišljenje s rezervom (čl. 15. ZREV). Ovlašteni revizor mora potpisati izvješće, a ono se mora se predočiti svim zakonskim predstavnicima¹³⁸ poduzetnika (čl. 13. st. 1. ZREV). Ove odredbe ZREV-a nakon izmjene ZTD-a postaju opsoletne, jer revizor i prije utvrđivanja financijskih izvješća u dioničkom društvu ima obvezu aktivnog sudjelovanja u radu nadzornog odbora.

5.6. Sudjelovanje revizora pri utvrđivanju financijskih izvješća dioničkog društva

Zakon o izmjenama i dopunama ZTD-a¹³⁹ u čl. 300 a-k preciznije propisuje kompetencije uprave, nadzornog odbora i glavne skupštine društva u pogledu financijskih izvješća, te u tom svjetlu treba sagledati i izmijenjenu ulogu revizora. Preliminarno valja zamijetiti da ZTD više ne govori o "usvajanju" već o "utvrđivanju" financijskih izvješća. Kako godišnja financijska izvješća nisu ništa drugo do brožčani iskaz poslovanja društva u poslovnoj godini i stanje društva na određeni dan, logično je da ih utvrđuje netko tko obavlja poslovanje i nadzire ga te tako s time upoznaje

¹³³ Prikrivanje prijevernih radnji uprave već bi ulazilo u opis kaznenog djela iz čl. 628. st. 1. ZTD-a ("prešućivanje važnih okolnosti")

¹³⁴ MERTIN, D. *Die Verantwortung der Abschlussprüfers für die Aufdeckung von Fraud*, IDW (ed.) Kapitalmarktorientierte Unternehmensüberwachung - Chancen und Risiken, Dusseldorf 2001, 259

¹³⁵ KOLONIĆ, *op.cit.* u bilj. 131.

¹³⁶ *Op.cit.* u bilj. 13, str. 45

¹³⁷ Prema t. 3 MrevS-a 22 "pogreška označuje nenamjerne pogreške u financijskoj informaciji", dok je u t. 2 MrevS 11 prijevara definirana kao namjerno pogrešan prikaz financijske informacije od jednog ili više pojedinaca iz uprave, zaposlenih ili trećih osoba" Vidi detaljnije, BEŠVIR, B. *Prepoznavanje pogrešaka i prijevara u postupku revizije financijskih izvješća*, RRiF, br. 5/2000, str. 42. i dalje.

¹³⁸ Neki smatraju da je zaštitna svrha ZREV-a promašena jer bi osim "zakonskim predstavnicima" revizorsko izvješće trebalo dostavljati i dioničarima društva. Ipak, sustav kontrole uprave u dioničkom društvu u nas je različito postavljen nego što je sustav kontrole u pravnim sustavima koja imaju *unitary board* i koje autor iznosi za primjer. U nas nadzorni odbor ima nadzorne ovlasti nad upravom, a njega imenuje skupština tj. dioničari. Vidi KRAJAČIĆ, D. *op.cit.* u bilj. 3. str. 33.

¹³⁹ NN, br. 118/2003.

organ u kojem su dioničari društva.¹⁴⁰ Prema ranijem tekstu, usvajanje financijskih izvješća bilo je stavljeno u nadležnost glavne skupštine (čl. 275. st. 1. t. 2. ZTD). Značenje te nadležnosti bilo je umanjeno time što je glavna skupština usvajala ta izvješća na temelju prijedloga uprave i pismenog izvješća i mišljenja nadzornog odbora (čl. 275. st. 3. u vezi s čl. 263. st. 3. ZTD). Mogućnost raspravljanja o tom pitanju postojala je jedino ako između uprave i nadzornog odbora nije postojala suglasnost.¹⁴¹ Zbog toga je i zastupano mišljenje da se radi o tzv. podrednoj nadležnosti glavne skupštine dioničkog društva, koja je dolazila u obzir jedino u dva slučaja: ako su uprava i nadzorni odbor tu nadležnost prepustili skupštini ili ako je nadzorni odbor uskratio svoju suglasnost na izvješće uprave.

Prema izmijenjenom propisu financijsko izvješće zajedno s prijedlogom odluke o upotrebi dobiti uprava podnosi nadzornom odboru bez odgađanja od kada ih sastavi (čl. 300.b st. 2. ZTD). Svaki član nadzornog odbora ima pravo pregledati financijska izvješća, izvješće o stanju društva i izvješće revizora (čl. 300.b st. 3. ZTD). Stoga sva izvješća treba dostaviti svakom članu nadzornog odbora, a ako taj odbor tako odluči i članovima njegovih komisija.

Dok nadzorni odbor ispituje godišnja financijska izvješća, izvješće o stanju društva i prijedlog odluke o upotrebi dobiti, revizor je *dužan je sudjelovati u radu sjednice nadzornog odbora* i njegove komisije na kojoj se ona ispituju, *izvijestiti o svom izvješću i dati objašnjenja* koja se od njega traže (čl. 300.c. st. 1. ZTD). Ne sudjeluje li u radu, to bi moglo biti uzrokom pobjonosti odluke o utvrđivanju financijskih izvješća. Nesudjelovanje revizora moglo bi osim toga rezultirati odgovornošću za štetu ako je nadzorni odbor kao rezultat njegova nesudjelovanja potvrdio financijska izvješća koja nije trebalo potvrditi. Kako nadzorni odbor mora u pisanom obliku izvijestiti glavnu skupštinu o rezultatima ispitivanja, u tom izvješću mora između ostalog zauzeti stav i o izvješću revizora.¹⁴² U konačnici mora se očitovati ima li primjedaba na podnesena izvješća i daje li svoju suglasnost na godišnja financijska izvješća. Djelovanje nadzornog odbora uvjetovano je rokovima¹⁴³ - propusti li se nadzorni odbor očitovati unutar zadanih rokova, presumira se da je nadzorni odbor odbio dati suglasnost na izvješća uprave (čl. 300.c. st. 3. ZTD).

Utvrđenje financijskih izvješća u pravilu nastupa davanjem suglasnosti nadzornog odbora na izvješće uprave (čl. 300.d. ZTD), osim ako oni ne prepuste utvrđenje izvješća glavnoj skupštini. Druga situacija u kojoj će glavna skupština biti pozvana da utvrđuje financijska izvješća je situacija kada nadzorni odbor uskrati svoju suglasnost na izvješće uprave (čl. 300.e st. 1. ZTD). Iako to zakon posebno ne navodi

¹⁴⁰ BARBIĆ, J. *Pravo društava, knjiga druga: Društva kapitala*, Zagreb 2000., str. 362.

¹⁴¹ FILIPOVIĆ/GORENC/SLAKOPER, *Zakon o trgovačkim društvima s komentarom*, 2. izd., Zagreb 1996., 362.

¹⁴² Nadzorni odbor mora navesti na koji je način i u kojem opsegu u toku poslovne godine ispitao vođenje poslova društva, a u društvima čije dionice kotiraju na burzi u spomenutom se izvješću mora navesti i koje komisije ima nadzorni odbor te koliko je sjednica tog odbora održano kao i broj održanih sjednica svake komisije (čl. 300.c. st. 2. ZTD).

¹⁴³ Inicijalni rok od mjesec dana od dostave svih relevantnih izvješća, i naknadni rok od mjesec dana koji mu daje uprava.

u situaciji kada je skupštini prepušteno usvajanje financijskih izvješća, *revizor bi trebao sudjelovati u radu skupštine kako bi mogao dati potrebna objašnjenja*. Ako ne bi bio prisutan, to bi prema okolnostima moglo dovesti do poboynosti odluke glavne skupštine o utvrđivanju financijskih izvješća (i eventualno o uporabi dobiti). Trebalo bi međutim dokazati da je upravo nesudjelovanje revizora na glavnoj skupštini i to što nisu dana potrebna objašnjenja, dovelo do toga da su dioničari odlučili drugačije nego što bi odlučili da su im revizori dali potrebna objašnjenja.¹⁴⁴

Revizor može imati vrlo značajnu ulogu ako glavna skupština izmijeni godišnje financijsko izvješće koje je ispitao revizor. Tada odluka skupštine o utvrđenju tog izvješća i odluka o upotrebi dobiti ostaje pendentna dogod to ne ispita revizor i o tome podnese izvješće bez rezerve. Ako revizor ne podnese takvo izvješće (bez rezerve) unutar dva tjedna od dana njihova donošenja, te su odluke ništave (čl. 300.e st. 3. ZTD). Zakon o trgovačkim društvima poznaje i posebne razloge ništavosti odluke o utvrđivanju godišnjih financijskih izvješća (čl. 359. ZTD). Ponekad će se raditi o ništavosti odluke uprave i nadzornog odbora (ako su oni utvrdili izvješća), a u drugim slučajevima će se raditi o ništavosti odluke skupštine o utvrđivanju godišnjih financijskih izvješća (ako je skupština djelovala temeljem svoje podredne nadležnosti). Uz ostale razloge ništavosti odluka će biti ništava *ako nije obavljena revizija godišnjih financijskih izvješća ili je nisu obavile za to ovlaštene osobe* (čl. 359. st. 1. t. 2.). Dodatni (već navedeni) slučaj ništavosti postoji ako je skupština izmijenila financijsko izvješće koje je ispitao revizor, pa ga revizor nije nakon toga potvrdio (bez rezerve).

5.7. Odgovornost revizora prema naručitelju i prema trećima

Prema čl. 11. st. 1. ZREV-a revizorska tvrtka, koja namjerno ili iz nehata obavljanjem revizije prouzroči štetu, obvezna je poduzetniku nadoknaditi tu štetu. Visina naknade štete ograničena je - po jednoj obavljenoj reviziji odgovara iznosu 50.000 DEM. Do visine te nadoknade revizorska tvrtka mora se osigurati od odgovornosti (čl. 11. st. 3. ZREV). Ovlašteni revizor koji je obavio spornu reviziju je solidarno odgovoran s tvrtkom. Ako se ima na umu da se prema čl. 2. ZREV pod pojmom revizije podrazumijeva revizija financijskih izvješća, ispitivanje i ocjena poslovanja, ispitivanje i ocjena organiziranosti poslovnih funkcija ispitivanje i ocjena načina donošenja poslovnih odluka i ispitivanje i ocjena informacijskog sustava, tada se i te usluge nalaze u istom režimu odgovornosti.

Iz dikcije zakona daje se sigurno iščitati sljedeće: zakon tretira samo obvezu naknade štete koja je nastupila pri obavljanju revizije, ali ne štete iz drugih usluga koje može obavljati revizorska tvrtka. Također jasno je da za štetu pričinjenu pri obavljanju revizije revizor poduzetniku odgovara ograničeno. Nije jasno kakav je odnos ovog propisa prema čl. 154. ZOO isključuje li taj propis odgovornost revizora za štete nanosene trećim osobama, ili upravo obrnuto, ograničenu odgovornost revizora predviđa samo kod ugovorne odgovornosti. Kako je ograničena odgovornost iznimka u obveznom pravu, a pravilo je da štetnici odgovaraju u potpunosti, tako bi se mogao izvesti zaključak da za štete nanosene trećim osobama revizori odgovaraju

¹⁴⁴ Tako BARBIĆ, J. *op.cit.* u bilj. 140. str. 481.

neograničeno. Pod pretpostavkom da se ispune svi elementi izvanugovorne odgovornosti revizora za štetu (šteta, štetna radnja, uzročna veza), revizor bi morao naknaditi štetu trećim osobama

U sudskoj praksi nekih zemalja članica Europske unije iskristalizirali su se tipični slučajevi izvanugovorne odgovornosti revizora, gdje su se u svojstvu tužitelja pojavljivali ulagatelji u vrijednosne papire dioničkog društva, ali i banke te drugi vjerovnici društva.¹⁴⁵ Valja naglasiti da i u pravnim sustavima onih zemalja članica¹⁴⁶ koje ne poznaju opću zabranu nanošenja štete drugome, revizor može biti odgovoran i trećim osobama. To je slučaj u njemačkom i austrijskom pravu - ako sud utvrdi da je postojao implicitan ugovor sa zaštitnim učinkom za treće osobe. Ovakva neobična pravna konstrukcija kvaziugovorne odgovornosti za štetu, koja nema svoju inačicu u hrvatskom pravu, upravo ukazuje da je i u sustavima koji ne poznaju opću deliktну normu, legitimnim proglašen zahtjev trećih osoba za pravnom zaštitom od nesavjesno obavljene revizije.¹⁴⁷

Ako se prihvati teza da čl. 11. st. 1. ZREV-a nije isključena izvanugovorna odgovornost revizora, postavlja se pitanje treba li izvanugovorna odgovornost revizora biti ograničena ili neograničena. Revizorska struka bi, prema mišljenju autorice, usvojili li se shvaćanje o njihovoj izvanugovornoj odgovornosti, bila izložena vrlo velikom profesionalnom riziku. Premije koje bi morao plaćati revizor u slučajevima da je izvanugovorna odgovornost neograničena, onemogućile bi normalno funkcioniranje te profesije. Stoga bi bilo uputno da se i revizorova izvanugovorna odgovornost zakonski ograniči, ali da se formiraju dva posebna fonda ograničene odgovornosti (one izvanugovorne i ugovorne). S druge strane, mogućnost ograničenja odgovornosti trebalo bi isključiti ako je šteta nastala namjerom ili grubom nepažnjom revizora, bez obzira radi li se o izvanugovornoj ili ugovornoj odgovornosti.

U eventualnoj parnici trećeg prema revizoru tužitelj bi morao dokazati postojanje štete, štetne radnje i uzročnu vezu i svoju nekrivnju (zbog načela presumirane krivnje). Umanjenje imovine ili sprečavanje njenog povećanja koje je nastupilo kod oštećenog ogledat će se primjerice u padu vrijednosti dionica ako je oštećeni ulagatelj u dioničko društvo. Šteta koja je nastala padom vrijednosti dionica lakše će se dokazati ako je riječ o javnom dioničkom društvu, čije dionice kotiraju na burzi. Pri tom treba uzeti u obzir da su dionice visoko volatilni vrijednosni papiri i da do promjene u cijeni dionice može doći i zbog utjecaja drugih faktora, stoga je potrebno razlučiti postoji li uzročna veza između štete i štetne radnje.

¹⁴⁵ Vidi *op.cit.* u bilj. 13. str. 118-122, bilješke od 31. do 61.

¹⁴⁶ Njemačko pravo ne poznaje opću deliktну normu. Postoji nekoliko posebnih deliktних normi. Jedna je od njih sadržana u § 823/1 BGB-a a sastoji se u odgovornosti za štetu ako su povrijeđena pravom zaštićena dobra kao što su život, zdravlje, vlasništvo i sl. U drugom slučaju radi se o odštetnoj odgovornosti kada je šteta uzrokovana lažnim izjavama o kreditnoj sposobnosti druge osobe (§ 824 BGB). Svojevrsna opća klauzula sadržana je u § 826 BGB-a, ali je ona kvalificirana dodatnim zahtjevom da ponašanje štetnika bude namjerno protivno dobrim običajima (*gutte Sitten*). Vidi pobliže SCHLECHTRIEM, P. *Civil Liability for Economic Loss - Germany*, 15th International Congress of Comparative Law, Bristol 1998, www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/LB_BRIST.pdf, str. 1-9.

¹⁴⁷ *Loc.cit.* Detaljan prikaz sudskih odluka njemačkih sudova izvanugovornoj odgovornosti revizora vidi kod EBKE, *op.cit.* u bilj. 34. str. 131-133.

Kako je odgovornost subjektivna, i to na temelju pretpostavljene krivnje,¹⁴⁸ revizor će morati dokazati svoju nekrivnju, odnosno da je postupao u skladu sa zakonom, pravilima struke (revizijskim standardima) te u skladu s kodeksom profesionalne etike. Revizor se može osloboditi odgovornosti ako dokaže da bi i primjenom postupaka i metoda revizije pogreška ili prijevara u financijskim izvješćima ostala neotkrivena. S obzirom na stupanj krivnje, šteta može biti prouzročena namjerno ili nepažnjom. U prvom slučaju smatramo da revizor ne bi mogao ograničiti svoju odgovornost.¹⁴⁹ S druge strane, valja promisliti na koji način odrediti gornji iznos revizorove ograničene odgovornosti. Umjesto apsolutnog iznosa koji je neprihvatljivo nizak trebalo bi usvojiti pragmatičnije rješenje i vezati iznos odgovornosti za neku referentnu vrijednost.¹⁵⁰ Također bi trebalo povećati taj prag kada je u pitanju uvršteno društvo, kakvo rješenje postoji u njemačkom pravu.

6. Zaključak

Na osnovi ispitanih propisa nekih zemalja članica Europske unije jasno je da unutar zemalja članica EU postoje značajne razlike oko raznih pitanja (građanskopravne) odgovornosti revizora. Zajedničko je svim zemljama članicama da revizor treba postupati s pažnjom urednog revizora (*normally diligent auditor*). Značajne razlike postoje oko pitanja može li revizor biti odgovoran trećim osobama koje su se pouzdale u njegovo mišljenje o financijskim izvješćima. Međutim, zamijećeno je i to da sudovi u zemljama članicama čiji propisi načelno otklanjaju tu mogućnost, ipak razvijaju značajan broj izuzetih slučajeva kroz sudsku praksu. Zamijećeno je također da ne postoji korelacija između relativno strogih nacionalnih propisa o odgovornosti revizora i aktualnih parnica u kojima su revizori procesuirani radi naknade (ugovorne i izvanugovorne) štete. Pored kruga aktivno legitimiranih osoba u sporu za naknadu štete od revizora u zemljama članicama različiti su i zastarni rokovi te pitanje mogućnosti ograničenja odgovornosti revizora i obvezatnosti osiguranja od odgovornosti.

Kada je u pitanju *Enron*, većina komentatora u američkoj doktrini opredjeljuje se za shvaćanje da je glavni propust nastupio kod revizora. Opći pad kvalitete financijskog izvještavanja, zamijećen tijekom devetdesetih godina prošlog stoljeća u SAD-u, objašnjava se dvama presedanima Vrhovnog suda SAD-a i propisima koji su značajno otežali procesuiranje sporova iz oblasti vrijednosnih papira. Usporedno s tim bilježio se porast onog dijela prihoda revizorskih tvrtki koji se generirao iz konzultantskih usluga. To je u nekim revizorskim tvrtkama dovelo do izdvajanja njihovih konzultantskih odjela, i drastičan pad prihoda. Ovi negativni trendovi u

¹⁴⁸ Vs, Rev - 845/83 od 3.11.1983.

¹⁴⁹ Nanese li namjerno štetu, to bi moglo biti temeljem njegove kaznene odgovornosti (čl. 628. st. 1. ZTD), jer se to kazneno djelo može počinuti samo dolusno. Tako PAVLOVIĆ, Š. *Posebno (dopunsko) kazneno zakonodavstvo*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 7, br. 2, 2000., str. 470

¹⁵⁰ U slovenskom zakonu osigurana svota izračunava se ili množenjem najviše ostvarene pojedinačne cijene obavljene revizije s faktorom 15 ili zbroj svih cijena revizije pomnožen s faktorom 2,5.

revizorskoj profesiji poklopili su se s izmijenjenim načinom nagrađivanja članova uprave društava koji se počeo primjenjivati tijekom devedesetih godine (u opcijama dionica), što je stvaralo dodatni pritisak da se objavljuju dobri financijski rezultati. *Sarbanas Oxley Act* kojim se vrlo brzo u pravu SAD-a reagiralo na događaje *Enrona* unio je radikalne promjene u tkivo uvrštenih društava, poštoživi odgovornost članova uprave i unijevši propise o novom ustroju revizorskih odbora pri uvrštenom društvu stavivši ih pod eksterni nadzor privatne neprofitne organizacije. Kako se SOA primjenjuje na sva uvrštena društva koja su registrirana pri SEC-u, taj je propis negativno utjecao na europske izdavatelje vrijednosnih papira, koji su bili prisiljeni uskladiti svoju unutarnju korporativnu strukturu sa zahtjevima SOA, a da pri tom to nije bilo u skladu s nacionalnim pravom. To konzekventno utječe na smanjenje kompetitivnosti europskih izdavatelja i poskupljuje njihov *parralel listing*.

SOA je djelovao povratnom spregom na europsko pravo. Tako, primjerice, bude li usvojen prijedlog nove smjernice o transparentnosti, članovi uprave će pri potpisivanju financijskih izvješća ujedno potpisivati i izjavu o istinitosti i potpunosti, kao što je to sada u američkom pravu. Od konkretnih mjera koje su već poduzete treba istaknuti obvezatnu primjenu Međunarodnih revizorskih standarda koja započinje od 2005. godine za sve obvezatne revizije. Pored toga na nivou Europske unije osnovat će se Regulatorni odbor za reviziju (*EU Regulatory Committee on Auditing*) koji predstavlja pandan američkom *Public Company Accounting Oversight Board* (US PCAOB), organ u čijoj će nadležnosti biti da renovira zakonodavstvo i omogući brzo usvajanje detaljnijih za države obvezujućih mjera. Dosadašnji *EU Committee on Auditing* postat će *Audit Advisory Board* koji nadzire financijsko izvještavanje uvrštenih društava.¹⁵¹ Bez obzira na iskazane trendove čini se da se pitanje građanskopravne odgovornosti revizora ipak neće još harmonizirati. Pogotovo uzme li se u obzir da je europski zakonodavac nedavno slično postupio kod građanskopravne odgovornosti iz prospekta (u novoj smjernici o prospektu) - gdje je ona ostala u domeni nacionalnog prava.

Kada su u pitanju domaći propisi, potrebno je ZREV što prije uskladiti s propisima europskog prava, ali pri tom treba voditi računa i novim izvorima kao što je, primjerice, preporuka koja se odnosi na pitanje nezavisnosti revizora. U našem pravu trebalo bi poraditi na publicitetu podataka o revizorima (registar), što je uostalom obveza prema osmoj smjernici. Baza podataka već postoji u Ministarstvu financija RH već stoga što je to resorno ministarstvo koje daje dozvolu za obavljenje djelatnosti revizorskoj tvrtci. Također treba bolje redigirati odredbe o smetnjama za imenovanje revizora, upotpuniti smetnju kapitalne povezanosti s ostalim oblicima povezanosti te proširiti njezinu primjenu i na ovlaštenog revizora, a ne samo u odnosu na revizorsku tvrtku. Bilo bi dobro upotpuniti listu smetnji još nekim razlozima kao što su činjenica da revizorska tvrtka generira značajan dio prihoda od nekog klijenta. U njemačkom pravu, primjerice, taj je postotak bio donedavno 50 %, ali je sa zadnjom izmjenom smanjen na 30%. Otvoreno je pitanje treba li i u kojem opsegu isključiti mogućnost da revizorska tvrtka istodobno obavlja računovodstvene (i/ili konzultantske)

¹⁵¹ Vidi, Audit of company accounts: Commission sets out ten priorities to improve quality and protect investors, IP/03/715, Brussels 21st May 2003

i revizorske usluge za istog klijenta. Čini se da je bolje rješenje utvrditi jasne proporcije tih odnosa. Iskustvo *Enrona* poučava da su revizorske tvrtke naplaćivale trostruko veće iznose za konzultantske usluge klijenteli čija su financijska izvješća revidirali, zbog čega su bili pod velikim pritiskom da izrađuju pozitivna mišljenja. Valjalo bi novim zakonom dati i određene smjernice o naknadi za usluge revizije te isključiti određene oblike nagrađivanja kao što je postotak od cijene dionica i sl.

Također bi valjalo ukloniti odredbe ZREV-a koje su derogirane ZTD-om, kao što je primjerice odredba o tome da revizora imenuje organ upravljanja (kada to nije uprava već skupština) te propise o tome da revizor mora predočiti izvješće zakonskim predstavnicima kada im prema ZTD-u pripada i aktivnija uloga pri utvrđivanju financijskih izvješća društva. Revizor je tako dužan sudjelovati u radu sjednice nadzornog odbora i njegove komisije na kojoj se ispituju financijska izvješća, radi toga da pruži potrebna objašnjenja prije nego što se financijska izvješća utvrde. Kod društava čije su dionice uvrštene na burzu nadzorni odbor u svom izvješću skupštini društva mora navesti koje komisije ima odbor te koliko je sjednica nadzornog odbora i njegovih komisija održano. Iako to zakon izričito ne kaže, jedna od komisija svakako bi trebala biti komisija za reviziju, koja bi nadzornom odboru trebala pružiti stručnu pomoć pri ispitivanju izvješća uprave, s obzirom da s potvrdom izvješća uprave članovi nadzornog odbora preuzimaju na sebe i dio odgovornosti za potpunost i istinitost istih. Iz toga se vidi da značenje revizora u dioničkom društvu sve više raste. Kako su ovlaštenici imenovanja revizora nadzorni odbor i u nekim slučajevima dioničari društva (npr. u kontekstu manjinskih prava), pravo opoziva revizora, koje je za sada pridržano dioničarima samo kod posebnih revizija, moglo bi se prihvatiti i kao opće pravilo, kao što je to u njemačkom pravu. Novi zakon o reviziji bi mogao precizirati standarde postupanja revizora na način da se konkretizira što predstavlja pažnju dobrog revizora (stručnjaka), jer je taj stupanj pažnje odlučujući pri procjeni njegove odgovornosti.

U pogledu najkontroverznijeg pitanja - pitanja revizorove odgovornosti prema trećim osobama, zakonodavac bi se trebao također preciznije odrediti. Tu odgovornost, po mišljenju autorice ne bi trebalo isključiti, već bi se i ta odgovornost mogla zakonski ograničiti, kao što je to primjerice u austrijskom pravu, kako bi se rizici koji prate revizorsku profesiju predvidivo dimenzionirali. Međutim, neprihvatljivo je da mogućnost ograničenja postoji kod namjernog postupanja revizora (ili kod grube nepažnje). Takvo postupanje ne samo da bi trebalo rezultirati gubitkom prava na ograničenje odgovornosti, već i kaznenom odgovornošću ako se radi o namjeri. S druge strane, iznos ograničenja koji je sada propisan zakonom neprihvatljivo je nizak, a umjesto apsolutnog iznosa u budućem zakonu moglo bi se vezivati na neku referentnu vrijednost (cijena obavljene revizije / ukupnost obavljenih revizija) pomnoženu nekim faktorom, koja bi se iz godine u godinu mijenjala ovisno prihodu tvrtke po obavljenoj reviziji (revizijama). Na taj bi način elastična bila i svota osiguranja, a prema tome i premija koju plaćaju revizori. Također kada su u pitanju društva uvrštena na burzu, taj bi prag trebalo povećati, kao što je to u njemačkom pravu.

Summary

**ACTUALITIES ON COMPANY ACCOUNTS -
AUDITORS LIABILITY**

The article deals with auditors' liability for companies accounts. After examination of relevant national provisions of certain Member States of the EU, the following issues show to be regulated with particular differences: whether an action against auditors may be brought only by person ordering audit or also by third persons, which violations made by auditors are deemed to be damaging acts and which result in liability for damages, whether there is a possibility for liability limitation, and, finally, whether there is an obligatory insurance against liability. After establishing existence of important and significant differences in relation to many issues connected with auditors liability which demonstrate lack of harmonization of European legal rules, the author analyses financial and accounting scandal with Enron that has marked a turning point of auditors liability regulation in the US law and that induced a reaction of the European legislator who announced proposal of new directives with the aim of increasing the level of investors' protection as well as increasing the quality of accounts auditing. The final part of the article analyses Croatian rules on auditors as a field of expertise and on auditors' liability in light of European and comparative legal trends. It is suggested that availability of data on auditors to public should be increased, according to obligation included in the eighth directive. Furthermore, it is suggested that a more detailed elaboration of impediments for auditors appointment should be made by better formulating of existing impediments but also by including a new ones, and that rules that have been revoked by the revised and amended Commercial Companies Act should be removed. Auditors' liability toward third persons should be regulated as clear as possible since the present regulation enables different interpretations. In relation to liability limitation, criteria for application as well as situations in which an auditor loses the right to invoke limitation should also be made clear.

Key words: *auditors liability, Enron, audit of companies accounts, joint stock company, European law, Audits Act, Commercial Companies Act.*

Zusammenfassung

AKTUELLE FRAGEN ZUM FINANZBERICHT IN AKTIENGESELLSCHAFTEN - HAFTUNG DES REVISORS

In der Arbeit werden die Fragen der Haftung des Revisors in Finanzberichten bearbeitet. Bei der Durchsicht relevanter nationaler Vorschriften einiger Mitgliedstaaten der EU gibt es Widersprüche bei der Lösung bestimmter Fragen, besonders dabei, ob nur der Beantrager einer Revision oder auch eine dritte Person befugt ist Klage gegen den Revisor einzureichen; ausserdem dabei, welche Verletzungen, von Seiten des Revisors begangen, als schädliche betrachtet werden und Haftung für Schaden ergeben; gibt es die Möglichkeit der beschränkten Haftung, d.h. besteht eine Haftpflichtversicherung. Nachdem hinsichtlich vieler Fragen zur Haftung des Revisors wesentliche und bedeutende Unterschiede festgestellt wurden, wird das Fehlen einer Harmonisierung der Vorschriften des Europarechts konstatiert. Danach geht die Autorin zur Analyse des Finanz- und Buchhaltungsskandals Enron über, der einen Wendepunkt in der Regulierung der Haftung des Revisors im Recht der USA bezeichnete sowie eine Reaktion der europäischen Gesetzgeber induziert hat, durch die Ankündigung eines Vorschlags neuer Richtlinien mit dem Ziel den Investor zu schützen und die Qualität der Finanzrevision zu verbessern. Im letzten Teil der Arbeit werden die kroatischen Vorschriften über den Beruf des Revisors und über die Haftung des Revisors im Sinne der Trends im europäischen und komparativen Recht analysiert. Es wird vorgeschlagen, die Zugänglichkeit der Daten über die Revisoren für die Öffentlichkeit zu erhöhen, was gemäß der Achten Richtlinie verpflichtend ist. Außerdem wird vorgeschlagen, eine detailliertere Aufstellung der Störungen bei der Ernennung von Revisoren durch eine bessere Redaktion der bestehenden Störungen sowie Eintragung neuer anzufertigen, d.h. die Löschung der Vorschriften, die durch die Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über Handelsgesellschaften derogiert wurden. Am klarsten formuliert sollte die Regelung der Haftung des Revisors gegenüber Dritten sein, denn die vorhandene Vorschrift öffnet Möglichkeiten für unterschiedliche Interpretationen. Bei der Frage der beschränkten Haftung sollten die Kriterien der Anwendung sowie die Situationen, in denen der Revisor das Recht verliert sich auf die Beschränkung zu berufen, klarer sein.

Schlüsselwörter: Haftung des Revisors, Enron, Revision des Finanzberichts, Aktiengesellschaft, Europarecht, Gesetz über die Revision, Gesetz über Handelsgesellschaften.

Sommaro

**QUESTIONI ATTUALI SULLE INFORMAZIONI FINANZIARIE
DELLE SOCIETÀ PER AZIONI - RESPONSABILITÀ DEI REVISORI**

Nel lavoro si tratta la questione della responsabilità dei revisori per la relazione finanziaria. Dopo l'esame delle disposizioni nazionali rilevanti di determinati stati membri dell'Unione Europea, le questioni successive mostrano di essere regolate con particolari differenze: se l'azione contro i revisori può essere sostenuta solo dal soggetto che ordina la revisione o anche da terze persone, quali violazioni commesse dai revisori sono considerate essere atti danneggianti e quali risultano nella responsabilità per danno, se esiste la possibilità per limitazioni della responsabilità, e, infine, se esiste l'assicurazione obbligatoria per la responsabilità. Dopo aver stabilito l'esistenza di grandi e significative differenze in relazione a molte questioni connesse con la responsabilità dei revisori che dimostrano una mancanza di armonizzazione delle regole legali europee, l'autrice analizza lo scandalo finanziario e informativo dell'Enron che ha costituito un punto di svolta della regolamentazione della responsabilità dei revisori nel diritto degli USA e che ha indotto una reazione del legislatore europeo che ha annunciato la proposta di nuove direttive con l'obiettivo di accrescere il livello di tutela degli investitori così come aumentare la qualità della revisione finanziaria. La parte finale del lavoro esamina le regole croate sui revisori come settore di competenza e la responsabilità dei revisori alla luce delle tendenze giuridiche europee e comparate. Si suggerisce che dovrebbe essere accresciuta la disponibilità di dati dei revisori al pubblico, secondo l'obbligazione contenuta nell'ottava direttiva. Inoltre, si consiglia che dovrebbe essere compiuta una più dettagliata elaborazione di impedimenti per la nomina dei revisori attraverso una migliore formulazione degli impedimenti esistenti ma anche mediante l'inclusione di uno nuovo, e che dovrebbero essere rimosse quelle regole che sono state revocate dalla Legge sulle società commerciali modificata e integrata. La responsabilità dei revisori verso terze persone dovrebbe essere regolata tanto chiaramente quanto possibile poiché la presente regolamentazione consente differenti interpretazioni. In relazione alla limitazione della responsabilità, dovrebbero altresì essere resi chiari i criteri per l'applicazione come anche le situazioni nelle quali un revisore perde il diritto di invocare la limitazione.

Parole chiave: responsabilità dei revisori, Enron, revisione della relazione finanziaria, società per azioni, diritto europeo, Legge sulla revisione, Legge sulle società commerciali.

PROBLEM PRAVNE OSNOVE PROFESIONALNE ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU

Dr. sc. Silvija Petrić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.56
347.447.51
Ur: 20. siječnja 2004.
Pr.: 10. veljače 2004.
Izvorni znanstveni članak

Rad se bavi problemom civilnopravne osnove odgovornosti pripadnika tzv. intelektualnih profesija za štetu koja strankama ili trećim osobama nastaje zbog djelovanja profesionalca. Specifičan karakter profesionalnih djelatnosti kao djelatnosti koje se sastoje u izvršenju pretežito intelektualne radnje, strogo osobna priroda obveze profesionalca, načelo autonomije profesionalnih djelatnosti i poseban status profesionalca faktori su koji utječu na poseban odnos prava prema ovom problemu u većini pravnih sustava. Iako se načelno u svim pravnim sustavima dopušta paralelna ugovorna i deliktna odgovornost profesionalca, rješenja se ipak u određenoj mjeri razlikuju od sustava do sustava, ali i u pojedinim oblastima profesionalnih djelatnosti. Problem pravne odgovornosti profesionalca tako veoma slikovito ilustrira glavne sporne točke odnosa ugovorne i deliktne odgovornosti u civilnom pravu uopće.

Ključne riječi: *profesionalne djelatnosti, ugovorna odgovornost, deliktna odgovornost.*

1. Uvodne napomene

U materiji civilnopravne odgovornosti, i to kako ugovorne tako i izvanugovorne, posebno mjesto zauzima kompleks problema vezanih uz odgovornost za štetu osoba koje pripadaju krugu tzv. profesionalaca, odnosno pripadnika tzv. intelektualnih profesija.¹ Može se uz određene ograde reći da suvremeno civilno pravo poznaje

¹ Naravno, pojam pravne odgovornosti profesionalca je širi od pojma civilnopravne odgovornosti, budući da građanskopravna odgovornost profesionalca za štetu nije jedini oblik njegove odgovornosti. U svim pravnim sustavima profesionalac za propuste u profesionalnoj aktivnosti može odgovarati i prema pravilima kaznenog prava, a pripadanje različitim strukovnim profesionalnim organizacijama ili djelovanje profesionalca u okvirima radnopravnog odnosa rađa u pravilu i stegovnu odgovornost u slučaju povreda autonomnih pravila organizacija kojima pripada. Ovi su oblici odgovornosti u velikoj mjeri međusobno povezani i mogu značajno utjecati jedan na drugoga, tako da samo promatrani kao jedinstvo precizno definiraju pravni položaj profesionalca.

poseban oblik odgovornosti koji se primjenjuje na pripadnike različitih profesija, kao što su liječnici, odvjetnici, arhitekti, ovlašteni graditelji, bilježnici, revizori, voditelji računskih knjiga i sl. No, potrebno je napomenuti da u većini pravnih sustava na legislativnoj razini ne postoji jedinstveni i integrirani sustav pravnih pravila posvećenih problemu profesionalne odgovornosti kao generalnom konceptu. I legislativa i sudska praksa uglavnom se bave izdvojenim problemima vezanim za pojedine profesije. Takav je pristup s jedne strane razumljiv jer se pojedine profesije o kojima je riječ u mnogim aspektima međusobno razlikuju i potrebno je pronaći izdvojena rješenja koja će zadovoljiti potrebe svake posebne oblasti profesionalnog djelovanja. No, sasvim sigurno, neke specifičnosti koje izdvajaju profesionalne od svih ostalih djelatnosti zajedničke su za sve profesije. Stoga je definiranje profesionalne odgovornosti kao generalnog pojma koji će apstrahirati od posebnosti svake pojedine profesije ne samo moguće na teorijskoj razini, nego i nužno za pravnu praksu, budući da jedino takva sintetička metoda omogućava da se pojedinačni problemi razmotre u pravoj perspektivi. Naime, sve osnovne specifičnosti ove odgovornosti izvor imaju u nekim karakteristikama zajedničkim za sve profesije i stoga im je temeljni *ratio legis* uvijek zajednički. Osim toga, integrirani pristup problemu omogućava i da rješenja postignuta u pojedinim oblastima pomognu u rješavanju pravnih pitanja odgovornosti u drugim sferama profesionalnog djelovanja.

2. Karakteristike profesionalne djelatnosti

U definiranju profesionalnih djelatnosti potrebno je prije svega razjasniti da se pod pojmom profesionalca u ovom kontekstu ne podrazumijeva svaka fizička osoba koja se bavi određenom djelatnošću kao zanimanjem, odnosno da profesionalna djelatnost nije svaka djelatnost koja zahtijeva poznavanje određenih pravila struke, pa stoga i određeni povećani stupanj pozornosti prilikom obavljanja takve djelatnosti. Naime, i u svakodnevnom govoru i u pravnoj teoriji i praksi često se pod pojmom profesionalne djelatnosti podrazumijeva svaka djelatnost koja predstavlja obavljanje zanimanja, odnosno svaka djelatnost kojom subjekt obavlja određene poslove i zadatke izvan kruga strogo privatnih poslova, a ujedno se radi o djelatnosti koja u pravilu predstavlja i njegov redoviti izvor prihoda.²

S druge strane, profesionalne djelatnosti o kojima je ovdje riječ mogu se, uvjetno rečeno, nazvati profesionalnim djelatnostima u užem smislu. No, potrebno je naglasiti da ni u pravnoj literaturi, a ni u sudskoj praksi većine zemalja ne postoji apsolutna suglasnost o tome kako treba definirati pojam profesije i koje se sve djelatnosti po svojim karakteristikama toliko izdvajaju iz općeg pojma "zaposlenja" da zaslužuju i

² U tom se smislu pojam profesionalne djelatnosti praktički izjednačava ili s gospodarskom djelatnošću ili, još šire, sa svakom djelatnošću koja predstavlja obavljanje bilo kojeg zanimanja. Stoga se profesionalcem smatra svaki gospodarstvenik, primjerice trgovac, proizvođač, pružatelj različitih usluga, odnosno pripadnici svih zanimanja.

traže poseban tretman.³ Naravno, kao uži pojam one su samo jedan segment već navedenog šireg shvaćanja pojma profesionalne djelatnosti, budući da redovito znače obavljanje zanimanja subjekta, a u pravilu su i izvor (najčešće glavni) njegovih prihoda. No, od općeg se pojma razlikuju po nekim specifičnim karakteristikama vezanima za prirodu djelatnosti i način njenog obavljanja. Te posebnosti ujedno su i temeljni faktor koji zahtijeva postavljanje zasebnih pravila vezanih za odgovornost za štetu koja nastaje u svezi s obavljanjem ove grupe profesionalnih djelatnosti.

2.1. Prevladavajući intelektualni karakter dugovane prestacije

Profesionalne djelatnosti u užem smislu one su profesije koje bitno određuje prvenstveno činjenica da se obavljanje posla sastoji isključivo ili barem u najznačajnijem dijelu od izvršavanja intelektualne, umne djelatnosti subjekta, tj. posao predstavlja obavljanje intelektualne usluge.⁴ Ovo je svojstvo esencijalno za definiranje intelektualnih profesija, i to s dva aspekta. S jedne strane, riječ je o karakteristikama koja se susreće bez iznimke kod svih profesionalnih djelatnosti u užem smislu riječi, a s druge o svojstvu po kojemu se one jasno razlikuju od ostalih djelatnosti. Naravno, to ne znači da je intelektualna komponenta prisutna jedino u radu profesionalca u užem smislu riječi. Sasvim suprotno, svaki rad, pa makar i najjednostavniji manuelni rad, uvijek zahtijeva određeni intelektualni angažman, ali je za intelektualne profesije karakteristično da manifestacija intelektualnih sposobnosti, znanja i vještina predstavlja ili isključivi sadržaj djelatnosti subjekta ili je apsolutno prevladavajući element te djelatnosti.

U talijanskom je pravu ovaj "intelektualni" karakter djelatnosti koje se smatraju profesionalnima u užem smislu riječi posebno naglašen i u zakonodavstvu. Naime, talijanski Građanski zakonik (*Codice civile*)⁵ u dijelu koji je posvećen radnim odnosima⁶ posebni odjeljak posvećuje tzv. intelektualnim profesijama.⁷ No, zakonik ne definira pojam intelektualnih profesija ni u jednoj od normi koje reguliraju odnose u ovoj oblasti, niti eksplicitno navodi profesije koje se smatraju intelektualnima. Jedina odredba koja posredno, ali svakako ne i dovoljno precizno, objašnjava sadržaj pojma

³ Tako se u engleskoj doktrini ističe da ne postoji točna definicija profesionalne djelatnosti, te da se kategorizacija određenih poslova kao profesionalnih, a time i primjena posebnih pravila o odgovornosti za štetu na osobe koje se bave takvim zanimanjima, u engleskom pravu može temeljiti samo na konzistentnoj i bogatoj sudskoj praksi koja je relativno rano ustanovila pravila o tzv. *professional negligence* i s njima povezana pravila odgovornosti. Vidi: *Clerk & Lindsell on Torts*, (Eighteen edition, General Editor: Anthony M. Dugdale), Sweet & Maxwell, London, 2000., str. 441.

⁴ U okviru pojma "intelektualne usluge" uvrštava se i rad koji zahtijeva upotrebu i operacionalizaciju ne samo intelektualnih sposobnosti (znanja i vještina) u užem smislu riječi, nego i kulture subjekta, i to shvaćene u najširem značenju, kao skupa svega što je stvorilo ljudsko društvo na umnom i materijalnom planu. Naglasak na ovom segmentu intelektualnog rada susreće se naročito kod nekih profesija kao što su umjetnici, dijelom arhitekti, novinari i sl.

⁵ *Codice civile, decreto 16 marzo 1942, n. 262 (I), (G.U. del 4. aprile 1942, 79 e 79 bis).*

⁶ Libro quinto: Del lavoro; Titolo III: Del lavoro autonomo.

⁷ Capo II: Delle professioni intellettuali (čl. 2229. - čl. 2238.)

jest odredba čl. 2230. *Codice civile*⁸ koja profesionalni odnos definira putem karaktera dugovane prestacije, tj. određuje da se pravila iz ovog odjeljka primjenjuju na ugovore u kojima je predmet obveze jedne strane intelektualno djelo. U talijanskoj se teoriji ističe da je nedostatak precizne definicije intelektualnih profesija svakako značajan propust zakonodavca, a to posebno i stoga što se termin “profesionalac” u zakoniku upotrebljava i za subjekte koji ne pripadaju ovoj grupi, već se radi o osobama koje se bave bilo kakvim zanimanjem.⁹

Naravno, definiranje profesionalne djelatnosti kao intelektualne ne znači da se u mnogim slučajevima obavljanje takve djelatnosti ne sastoji od kombiniranja intelektualnih i materijalnih radnji, ali za profesionalne je djelatnosti karakteristično da je naglasak na intelektualnoj komponenti, a materijalna je radnja najčešće samo način realizacije ili dopuna radnje koja je prvenstveno intelektualna. U engleskom se pravu tako izražava stav da je profesionalna djelatnost zanimanje koje zahtijeva ili intelektualne sposobnosti (znanje, vještinu), ili manuelne vještine, ali uvijek rukovođene (kontrolirane) intelektualnim sposobnostima i vještinama onoga tko ih obavlja. Kao primjeri profesionalnih djelatnosti koje uz intelektualne sposobnosti zahtijevaju i određene manuelne vještine navode se slikarstvo, kiparstvo i kirurgija.¹⁰

2.2. *Strogo osobni karakter obveze*

Činjenica da je temeljna karakteristika profesije u užem smislu obavljanje intelektualnog rada dovodi do toga da se obavljanje ovakvih djelatnosti razlikuje i od poduzetničke, odnosno komercijalne aktivnosti, iako među njima mogu postojati, i u pravilu postoje, značajne sličnosti. Naime, temeljne karakteristike poduzetničke djelatnosti su relativno čvrsta i trajna organizacija, proizvodnja ili razmjena dobara ili usluga, te stjecanje ekonomske koristi kao osnovni cilj djelatnosti. Osim toga, i poduzetnička djelatnost je profesionalna djelatnost u širem smislu riječi, odnosno predstavlja trajno i stručno obavljanje određenog zanimanja. I tzv. intelektualne profesije se često obavljaju u okviru čvrste organizacije, a redovito predstavljaju i “proizvodnju” usluga, dakle nove vrijednosti. Isto tako, nesumnjivo je da je osnovni cilj takvih djelatnosti stjecanje ekonomske koristi, odnosno da je ona u pravilu osnovni izvor prihoda profesionalca.

No, pošto je profesionalna djelatnost bitno određena intelektualnim karakterom usluge, organizacijski i komercijalni elementi aktivnosti od sekundarnog su značenja za definiranje profesionalne djelatnosti i za određivanje pravnog položaja profesionalca. Primarni element je individualna djelatnost upravo zato što se radi o obavljanju strogo osobnog intelektualnog rada. Stoga, iako se intelektualne usluge često u praksi pružaju

⁸ Art. 2230 Prestazione d’opera intellettuale:

Il contratto che ha per oggetto una prestazione di opera intellettuale è regolato dalle norme seguenti e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto, dalle disposizioni del capo precedente.

Sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

⁹ Više o takvim stavovima vidi: *Baldassari, A. - Baldassari S., La responsabilità civile del professionista*, Giuffrè editore, Milano, 1993., str. 8. sq.

¹⁰ Vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 441.

u okvirima trajne i čvrste organizacije, postojanje organizacije nije *conditio sine qua non* obavljanja intelektualne profesije.¹¹ Drugim riječima, pripadanje organizaciji ne znači "depersonalizaciju" profesionalca;¹² i kada djeluje kao dio organizacije, zbog specifične prirode intelektualnog rada on uvijek djeluje prvenstveno kao izdvojena individua, a organizacija, i kada postoji, samo je pomoćno sredstvo koje omogućava bolje i efikasnije pružanje individualnih usluga.¹³ Intelektualna usluga na koju se obvezuje uvijek je na određeni način kreativna djelatnost nerazdvojivo povezana s njegovom osobom, a organizacija i pomoćno osoblje kojima se služi u izvršenju svoje obveze imaju samo sekundarno značenje, oni su po prirodi stvari podređeni primarno intelektualnoj i kreativnoj djelatnosti profesionalca.

Prema tome, kako su profesionalne djelatnosti manifestacija prvenstveno intelektualnih ili kulturnih sposobnosti, znanja ili vještina izvršitelja, za njih je bez iznimke karakteristično da obveza ima strogo osobni karakter. Radi se o tipičnim *intuitu personae* obligacijama jer su osobna svojstva i sposobnosti izvršitelja obveze bitan element odnosa sa strankom. Naravno, u nekim je slučajevima moguća supstitucija, tj. prenošenje izvršenja dijela ili čitave obveze na druge osobe, ali uvijek uz značajna ograničenja glede kruga osoba na koje se izvršenje može prenijeti, okolnosti u kojima je supstitucija dopuštena, uvjeta i načina prenošenja, kao i glede odgovornosti profesionalca za propuste supstituta. To stoga što je odnos sa strankom uvijek odnos utemeljen na povjerenju u osobu profesionalca i njegove sposobnosti. I ova je karakteristika uvijek prisutna kod svih oblika profesionalnih djelatnosti, iako naravno, nije svojstvo koje je rezervirano isključivo za ovaj oblik obveza.

2.3. Autonomija profesionalca

Intelektualni karakter radnje uvjetuje i sljedeću, po mnogima najznačajniju specifičnu karakteristiku profesionalnih djelatnosti, a to je visoki stupanj autonomije u obavljanju posla, odnosno široko polje slobode koje uživaju pripadnici intelektualnih profesija.¹⁴ Ovaj snažni autodeterminizam profesionalca očituje se u nekoliko različitih aspekata.

U prvom redu, činjenica da se profesionalna djelatnost sastoji isključivo ili pretežito u intelektualnom radu u većini ovakvih profesija zahtijeva i potpunu slobodu od, makar i najslabije, hijerarhijske podčinjenosti profesionalca volji onoga za koga takav rad obavlja. Stoga je pravni okvir u kojem se većina ovakvih poslova obavlja ugovor, a ne radnopravni odnos za kojeg je karakteristična hijerarhijska podređenost radnika volji poslodavca. No, to ne znači da se neki poslovi koji spadaju u krug intelektualnih profesija ne mogu obavljati i da se u praksi često ne obavljaju upravo

¹¹ Primjerice, liječnik ili odvjetnik koji pruža usluge izvan okvira organizacije kojoj pripada preuzima u načelu iste obveze i snosi istu odgovornost kao i onda kada nastupa kao dio organizacije. Isto tako, kada prestane biti dio organizacije, ne prestaje biti profesionalac.

¹² Što je bez sumnje uvijek posljedica pripadanja pojedinca poduzetničkoj, komercijalnoj organizaciji djelatnosti.

¹³ No, treba napomenuti da postoje i stavovi koji smatraju da rad u okviru organizacije depersonalizira rad profesionalca. Više vidi: *Baldassari - Baldassari*, op. cit. str. 76. sq.

¹⁴ Zbog ove karakteristike talijanski *Codice civile* posebne odredbe o intelektualnim profesijama uvrštava u odjeljak koji se bavi tzv. samostalnim (autonomnim) radom.

u okviru radnopravnih odnosa.¹⁵ Ali i u takvim slučajevima, u kojima naravno postoje određeni elementi subordinacije, za intelektualne je profesije karakteristično da zadržavaju mnogo viši stupanj slobode u odlučivanju u odnosu na klasičan odnos zaposlenik - poslodavac.

S druge strane, kada se profesionalna usluga pruža na temelju ugovora, nedostatak hijerarhijske vezanosti ne znači da i profesionalac nije u obavljanju posla za stranku obvezan u određenoj mjeri slijediti njene zahtjeve ili instrukcije, ali to ne znači da se prema stranci nalazi u subordiniranom položaju kakav je karakterističan za hijerarhijski odnos. Njihov je odnos uređen ugovorom i mjera u kojoj je profesionalac obvezan poštovati zahtjeve stranke određena je ili izričitim klauzulama ugovora ili općim pravilima koja vrijede za ugovor o djelu, ali izvan toga profesionalac uživa potpunu slobodu u odnosu na zahtjeve stranke.

U ovom kontekstu treba spomenuti još jednu karakteristiku po kojoj se odnos profesionalca i korisnika njegovih usluga (bez obzira radi li se o radnopravnom ili ugovornom odnosu) razlikuje od odnosa iz ugovora o radu. Naime, iako je za profesionalne djelatnosti karakteristično da su u pravilu onerozne, tj. da se usluge pružaju uz naknadu koja predstavlja osnovni izvor prihoda profesionalca, u nekim profesijama je u određenim iznimnim situacijama uobičajeno da se usluge pružaju bez naknade, kao oblik karitativne aktivnosti ili obavljanja dužnosti u javnom (općem) interesu.¹⁶

S načelnom slobodom od hijerarhijskih veza povezan je i drugi vid slobode profesionalca, koji se ogleda u činjenici da pripadnici intelektualnih profesija u pravilu slobodno odlučuju hoće li se prihvatiti obavljanja određenog posla za stranku ili ne. Naravno, postoje značajni izuzeci od ovog pravila, odnosno kod nekih je profesija ova sloboda bitno ograničena,¹⁷ ali u većini pravnih sustava nije nikada potpuno isključena.

Autonomija profesionalca očituje se i u potpunoj slobodi izbora područja profesionalne djelatnosti u okviru kojega će obavljati svoje usluge.

Jedan od vidova autonomije profesionalca jest i činjenica da u većini profesionalnih djelatnosti postoje tradicionalno priznata i utvrđena pravila ponašanja kao specifičan način samoregulative profesije, koje pravni poredak prihvaća i respektira u procjenjivanju postupaka pojedinih pripadnika profesije.¹⁸ Ne radi se isključivo o pravilima struke, već su to često i pravila kojima se ustanovljava etički kodeks ponašanja profesionalca.

I konačno, u odnosu na pravne probleme kontraktne i deliktne odgovornosti profesionalca za štetu svakako je najznačajniji onaj aspekt autonomije koji se može definirati kao diskrecijska sloboda u izboru tehnika i sredstava pomoću kojih će izvršiti povjereni posao. Prevladavajući intelektualni karakter dugovane prestacije zahtijeva po prirodi stvari da profesionalac ima široko polje slobode u određivanju načina na koji će ostvariti postavljeni cilj. Ova sloboda u načinu izvršenja posla ostaje bitna odrednica profesionalne djelatnosti čak i u onim slučajevima u kojima se profesionalni

¹⁵ Primjerice liječnici zaposleni u bolnicama ili drugim zdravstvenim ustanovama, novinari i sl.

¹⁶ Npr. besplatno zastupanje od strane odvjetnika, besplatno liječenje i sl.

¹⁷ Primjerice liječnici, odvjetnici, notari.

¹⁸ Vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 442.

rad ne obavlja na temelju ugovora, nego u okviru radnopravnog odnosa, dakle u odnosu subordinacije.

Naravno, sloboda izbora načina i tehničkih sredstava kojima će se služiti u izvršenju profesionalne obveze ne znači da je profesionalac apsolutno slobodan.¹⁹ Sasvim suprotno, on je strogo vezan s jedne strane pravilima struke kojoj pripada, a s druge strane načelima deontologije kao znanosti koja ga obvezuje na moralnu dužnost da u svakom aspektu svog rada, a to znači prvenstveno u izboru sredstava i načina izvršenja posla, vodi računa o interesima stranke koja na određeni način zavisi od njegovog djelovanja.²⁰

Kako je pravni okvir u kojem pripadnik intelektualnih profesija u pravilu obavlja svoju djelatnost ugovor o djelu, tj. ugovor u kojem se obvezuje uz naplatu ili besplatno obaviti prestaciju čija je temeljna karakteristika da se sastoji u intelektualnoj radnji, ova diskrecijska ovlast izbora sredstava i načina izvršenja obveze uvjetuje da je predmet činidbe na koju se pripadnik intelektualnih profesija obvezuje specifičan u još jednom aspektu, veoma značajnom za utvrđivanje načela i pravila odgovornosti za štetu. Naime, dok se prema općim načelima koja vrijede za ugovor o djelu dužnik u pravilu obvezuje na postizanje određenog objektivnog cilja, kod ugovora o izvršenju profesionalnih usluga koje spadaju u ovu grupu dugovana se prestacija sastoji u određenom postupanju koje mora biti usmjereno k postizanju cilja, ali se dužnik u pravilu ne obvezuje da će taj cilj zaista i postići.²¹

Dakle, obveza profesionalca je obveza sredstva, a ne obveza rezultata (cilja).²² Naravno, ovo je samo generalna karakteristika, ali ne i pravilo bez iznimke, budući da je i kod ugovora o izvršenju intelektualnih usluga moguće preuzeti obvezu postizanja rezultata. No, u pravilu se pripadnik intelektualnih profesija obvezuje samo da će postupati u skladu s pravilima svoje struke i s onim stupnjem pažnje koji se od njega kao profesionalca očekuje, što znači da će upotrijebiti sva sredstva koja su pogodna i potrebna da se postigne očekivani rezultat, da će pratiti i upotrebljavati sva najnovija znanstvena i tehnička dostignuća u svojoj struci,²³ ali nepostizanje rezultata

¹⁹ Stoga se ovaj aspekt njegove "slobode" i definira kao diskrecijska ovlast i uspoređuje s diskrecijskim ovlastima državnih tijela kojima pravni poredak daje moć da slobodno uređuju određena pitanja, ali ta moć ne znači apsolutnu slobodu arbitriranja. (Vidi: *Baldassari - Baldassari*, op. cit., str. 11.) Državna tijela moraju s jedne strane strogo poštovati pravila oblasti u kojoj djeluju, a s druge su vezana ciljem koji se pravnom normom s diskrecijskom ovlasti pred njih postavlja. (Više o pojmu diskrecijskih ovlasti vidi: *Krbek, I.*, *Diskreciona ocjena*, JAZU, Zagreb, 1937.) U suštini identična ograničenja vrijede i za slobodu profesionalca u izboru načina realizacije dugovane prestacije.

²⁰ Deontološki principi naročito su snažno izraženi u procjenjivanju rada nekih profesija, posebice liječničke i odvjetničke, budući da je za takve odnose uvijek karakteristična izrazita ovisnost dobrobiti pacijenta ili stranke o ispravnom i stručnom djelovanju profesionalca.

²¹ To stoga što na realizaciju cilja ne utječe samo ponašanje dužnika, nego i različiti drugi faktori koji su izvan njegove sfere djelovanja.

²² Treba napomenuti da je i kod ugovora o djelu kod kojih se izvršitelj posla ne obvezuje na pružanje intelektualne profesionalne usluge moguće preuzeti obvezu sredstva, a ne obvezu rezultata.

²³ Ukoliko se obavljanje intelektualne profesije odvija u okvirima organizacije dužnost pravilnog izbora načina i sredstava izvršenja obveze obuhvaća i obvezu profesionalca da organizira rad na način koji je najprimjereniji ispunjenju postavljenog cilja, da pravilno izabere pomoćno osoblje, da ga adekvatno upućuje, obrazuje i nadgleda, i sl.

samo po sebi ne povlači za sobom njegovu odgovornost za neispunjenje obveze.²⁴

To ujedno znači da je bitna karakteristika obveze profesionalca, po kojoj se razlikuje od općeg pojma ugovornih obveza, da rizik neispunjenja očekivanog cilja pada na vjerovnika, a ne na dužnika, naravno samo pod pretpostavkom da je dužnik (profesionalac) ispunio svoju obvezu sredstva, tj. u skladu s pravilima struke i deontologije odabrao načine i tehnička sredstva za ostvarenje cilja, pravilno ih primijenio, upotrebljavajući pri tom pažnju koja se od njega zahtijeva. Ukoliko ne postupi tako, odnosno ukoliko povrijedi obvezu sredstva, odgovara za neispunjenje obveze. On je samo “dužnik sredstva” ali ne i “dužnik rezultata”, ekonomskog ili nekog drugog, koji je stranka imala na umu kada je sklapala ugovor.²⁵

U odnosu na primjenu pravila o odgovornosti za neispunjenje obveze razlika između obveze rezultata i obveze sredstva prvenstveno je u tome što se težina tereta dokaza prebacuje s vjerovnika na dužnika. Naime, da bi kod obveza rezultata dokazao povredu ugovora, vjerovnik (stranka) mora dokazati samo da prestacija nije izvršena, tj. da cilj nije postignut, a vjerovnik (profesionalac) mora obarati pretpostavku krivnje za neizvršenje prestacije, odnosno neispunjenje cilja. Kod obveze sredstva pak, vjerovnik mora dokazati da obveza nije izvršena u skladu s pravilima profesije, odnosno da je profesionalac povrijedio standarde pažnje, kompetentnosti i stručnosti. To stoga što dokazujući te činjenice zapravo dokazuje neizvršenje obveze sredstva, budući da srž i sadržaj dugovane prestacije čine upravo ti elementi.²⁶

2.4. Posebni položaj profesionalca

Sve navedene specifičnosti intelektualnih profesija, a posebno svojstvo autonomnosti i slobode od hijerarhijske subordinacije, rezultiraju i posebnim položajem profesionalca u društvu koji se ogleda u nekoliko različitih aspekata. U prvom redu, društveni, a time i pravni položaj profesionalca bitno je određen činjenicom da je obavljanje intelektualne profesije u pravilu zaštićeno načelom neovisnosti profesije. Načelo neovisnosti štiti ne samo profesionalca, nego prvenstveno javni interes,²⁷ budući da je sloboda od bilo kakvih oblika vanjskih pritisaka i vezanosti nužan preduvjet kvalitetnog i stručnog obavljanja intelektualnih usluga. Osim toga, pripadnici profesije uživaju i legalni monopol na obavljanje usluga, odnosno zaštićeni su od konkurencije onih koji ne pripadaju profesiji.

Naravno, oba privilegija koji intelektualne profesije čine ne određeni način “zaštićenima”, uvjetovane su formalnom pripadnošću profesiji koja se za većinu

²⁴ Više o obvezi profesionalca kao obvezi sredstva, vidi: *Galgano, F.*, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, tomo II, Cedam, Padova, 1990., str. 63. sq.; *Rescigno, P.*, *Manuale di diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1982., str. 653. sq.; *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 442. sq.

²⁵ Stoga i kada cilj za stranku nije postignut, profesionalac ima pravo na naknadu za svoj rad i ne odgovara za štetu ukoliko se ne može dokazati da je odsutnost realizacije zamišljenog cilja posljedica upravo njegove povrede profesionalnih obveza i dužne pažnje. Njegova se obveza može definirati samo kao “funkcija” usmjerena prema određenom cilju, ali ne i kao obveza dostizanja i realizacije tog cilja. Više o sudskoj praksi koja podupire ovakva stajališta vidi: *Baldassari - Baldassari*, op. cit., str. 135.-161.

²⁶ Više o razlici obveze cilja i obveze sredstva vidi: *Mazeaud, H. et L. - Tunc, A.*, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I, Dalloz, Paris, 1965., str. 187. sq.

²⁷ A time, naravno, i stranku.

profesija vezuje uz obvezni upis u službene registre (upisnike) profesionalaca određene branše.²⁸ Upisnici kao javne knjige imaju s jedne strane publicitetnu funkciju, a s druge predstavljaju sredstvo kojim javna vlast i(ili) profesionalne organizacije potvrđuju i jamče da upisani pripadnici profesije posjeduju potrebna posebna stručna znanja i sposobnosti.²⁹ Propisivanjem uvjeta koje mora ispuniti profesionalac da bi bio upisan u službene registre, javna vlast štiti prvenstveno interese stranaka, ali i javni interes, odnosno načelo povjerenja javnosti u tehničku i svaku drugu osposobljenost profesionalca za obavljanje posebnih funkcija.³⁰

3. O temeljnim pravnim problemima odgovornosti pripadnika intelektualnih profesija

Sve karakteristike obveze profesionalca koje, kako je objašnjeno, u biti proizlaze iz posebne prirode njegove prestacije, u velikoj mjeri generiraju pitanja, ali istovremeno i bitno utječu na specifično rješavanje najznačajnijih pravnih problema koji se u pravnoj praksi i teoriji u većini pravnih sustava postavljaju u svezi s odgovornošću profesionalca za štetu zbog neispunjenja ili neadekvatnog ispunjenja obveze.³¹ Temeljni pravni problem koji velikim dijelom nastaje upravo zbog posebnosti profesionalnih usluga i statusa profesionalca jest problem osnova po kojem profesionalac odgovara za štetu. Naime, odgovornost profesionalca u svim pravnim sustavima može pored ugovorne biti i deliktna. Razgraničenje pretpostavki i posljedica ugovorne i deliktne odgovornosti profesionalca stoga je pitanje od odlučujućeg značenja za ovu materiju, ne samo zbog svoje teorijsko-pravne važnosti, nego i zbog

²⁸ Pretpostavka za upis u registar profesionalnih djelatnosti u pravilu je određena stručna kvalifikacija, te često i polaganje posebnih ispita kojima se dokazuje stručnost kandidata.

²⁹ Više vidi: *Musolino, G.*, Il monopolio del professionista: la nullità del contratto d'opera intellettuale per mancanza di iscrizione all'albo, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994/3, str. 957.-966.

³⁰ Koliko je kod intelektualnih profesionalnih usluga snažno prisutan element javnog interesa, pokazuje primjerice i činjenica da je u nekim pravnim sustavima pripadniku profesije, radi zaštite nekog od aspekata upravo tog interesa, priznat značajan opseg imuniteta od odgovornosti. Tako je u engleskom pravu još uvijek dijelom živa tradicija po kojoj odvjetnici koji imaju pravo zastupanja stranaka pred sudom (*barrister* i *advocat*), uživaju imunitet od odgovornosti za štete koje su nastale od njihovog ponašanja pred sudom, a radi zaštite načela neovisnosti sudovanja. Više vidi: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XI: Torts; Ch. 6.: *Zepos, P. J. - Christodoulou, P.*, Professional Liability, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) - Tübingen, 1978., str. 45. sq.

³¹ Iako se, kako je već napomenuto, i sudska praksa i pravna znanost više bave pojedinačnim problemima vezanim uz odgovornost profesionalaca pojedinih branši, u pravnoj literaturi postoje i neki sustavniji pokušaji da se ova odgovornost promatra integralno. Tako vidi: *Bocchini E.*, Responsabilità del libero professionista, in *Fondamento e funzione della responsabilità civile*, cura di V. Buoncuore e V. Masello. EeEC, Napoli, 1975.; *Di Cerbo F.*, Le professioni intellettuali nella giurisprudenza, Giuffrè Editore, Milano, 1988.; *Zepos - Christodoulou*, op. cit.; *Markesinis, B.*, The German Law of Obligations, Vol. II: The Law of Torts: A comparative Introduction, Clarendon Press, Oxford, 1997.; *Baldassari - Baldassari*, op. cit.; *Feinman, J. M.*, Professional Liability to Third Parties, Tort Trial and Insurance Practice Publishers, 2002.; *Cattaneo G.*, La responsabilità del professionista, Giuffrè Editore, Milano, 1958.; *Lega C.*, Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza, Giuffrè Editore, Milano, 1984.; *Clerk & Lindsell*, op. cit. str. 441.-524.

činjenice da se kroz njega reflektiraju i da od odgovora na njega ovisi rješavanje gotovo svih praktičnopravnih problema ove odgovornosti.

Tu u prvom redu spadaju pitanja vezana uz definiranje povrede obveze profesionalca, kao što je precizno utvrđivanje pravila struke koja je profesionalac dužan poznavati i primijeniti u izvršenju posla, ali i mnogo kontroverznija pitanja kao što je pitanje moguće odgovornosti za nečinjenje, zatim problem određivanja kruga tzv. fiducijarnih obveza ili obveza povjerenja koje proizlaze iz specifičnog odnosa profesionalac - stranka, a isto tako i posebnih obveza koje profesionalac može imati prema trećim osobama, odnosno javnom interesu. Osim toga, veoma značajan krug problema vezan je uz određivanje pojma krivnje profesionalca kao pretpostavke njegove odgovornosti, odnosno određenje stupnja pažnje koju mora pokazivati.

Zbog važnosti ovog temeljnog problema držimo da mu treba posvetiti veliku pozornost, a posebno stoga što se o tome u našoj pravnoj teoriji malo govorilo. No, brojnost pravnih pitanja koja rasprava o osnovama odgovornosti profesionalca otvara, nažalost, zahtijeva veliki prostor, tako da u ovom radu nije moguće obuhvatiti ni izdaleka sve vidove ove odgovornosti. Moguće je samo postaviti temelj na kojemu u nekim budućim raspravama treba dalje ispitivati svaki posebni element odgovornosti profesionalca.

4. Odnos ugovorne i deliktne odgovornosti u oblasti profesionalnih usluga

U svim pravnim sustavima odgovornost profesionalca za štetu može se temeljiti na povredi ugovora, ali i na deliktu, odnosno u pravilu je za sve profesije moguća konkurencija osnova odgovornosti. O kojoj se vrsti odgovornosti u konkretnom slučaju radi, može imati značajne posljedice za obje stranke jer u mnogim pravnim sustavima postoje razlike u pretpostavkama i posljedicama kontraktne i deliktne odgovornosti za štetu.³² Iako se u hrvatskom pravu prema odredbama Zakona o obveznim odnosima³³ pravila koja vrijede za deliktnu odgovornost analogno primjenjuju na odgovornost za povredu ugovorne obveze,³⁴ i u našem pravu postoje određene, ponekad značajne razlike između ova dva oblika odgovornosti za štetu.

³² Tako je u njemačkom i u angloameričkom pravu upravo za odgovornost profesionalca za štetu veoma značajna razlika u tretmanu tzv. "čiste ekonomske štete" (*pure economic loss, reiner Vermögensschaden*). Naime, u okviru deliktne odgovornosti načelno se ovakve štete ne naknađuju. Više vidi: *Markesinis*, op. cit. str. 42., 222. sq. O razlikama koje postoje između ugovorne i deliktne odgovornosti profesionalca za štetu u francuskom pravu, vidi: *Jourdain, P.*, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999/4., str. 840. - 843.

No, treba napomenuti da se u dijelu pravne teorije i u nekim presudama, posebno američkih sudova, susreće stav da je ova razlika isključivo doktrinarne prirode i da nema praktičnih posljedica. Više vidi: *Markesinis*, op. cit., str. 306. sq. I u talijanskoj sudskoj praksi postoje izraženi stavovi da se radi suštinski o istom konceptu, te da razlike u normi koja je povrijeđena i u teretu dokaza krivnje nisu dovoljne da bi opravdale različit tretman ovih oblika odgovornosti. O takvim stavovima jurisprudencije vidi: *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.

³³ 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).

³⁴ Čl. 269. ZOO-a.

Tako je vrsta odgovornosti odlučujuća za određenje opsega naknade. Kod ugovorne odgovornosti dužnik u pravilu duuguje samo tzv. predvidivu štetu, tj. onu štetu koju je u vrijeme sklapanja ugovora bio dužan i mogao predvidjeti kao moguću posljedicu povrede ugovorne obveze, dok će i nepredvidivu štetu dugovati samo ako je postupao s namjerom ili grubom nepažnjom.³⁵ Deliktna odgovornost je u tom segmentu šira od ugovorne jer štetnik u svakom slučaju, tj. bez obzira na stupanj krivnje, odgovara za tzv. potpunu štetu, odnosno i običnu štetu i izgublenu dobit.³⁶ I pravila o zastari potraživanja su različita. Potraživanja naknade štete nastale povredom ugovora zastarijevaju u roku predviđenom za zastaru ugovorne obveze koja je povrijeđena, što znači da je početak tijeka zastarnog roka određen objektivno. Obveze iz delikata zastarijevaju u roku od tri godine od saznanja za štetu i osobu štetnika, a u svakom slučaju u roku od pet godina od nastanka štete, što znači da je početak zastarnog roka određen subjektivno.³⁷ Značajne su i razlike u reguliranju ugovornog ograničavanja, isključenja ili pooštrenja odgovornosti za štetu, odnosno pristanka oštećenika na štetu. Osim toga, odgovor na pitanje o kojoj se vrsti odgovornosti radi može utjecati na određenje jurisdikcije suda koji će odlučivati o zahtjevu za naknadu štete, a kod sporova s međunarodnim elementom i na mjerodavno pravo, itd.

Zbog svega toga i za naše je pravo određenje osnova odgovornosti "prethodno pitanje", od odgovora na njega ovisi tretman profesionalca u oblasti odštetnog prava.

4.1. Profesionalne djelatnosti kao područje razgraničenja deliktne i kontraktne odgovornosti za štetu

Iako načelno u svim pravima odgovornost profesionalca može biti i ugovorna i deliktna, u području profesionalne odgovornosti za štetu problem odnosa ugovorne i deliktne odgovornosti jedno je od onih pitanja koje je oduvijek izazivalo rasprave u teoriji i sudskoj praksi, i to zbog specifičnosti obveze profesionalca. Naravno, radi se o općem teorijskopravnom pitanju koje prelazi okvire ove posebne vrste odgovornosti, ali često se upravo u odnosu profesionalca prema stranci (korisniku usluga) i prema trećim osobama javljaju pitanja koja pokazuju da granica između deliktne i kontraktne odgovornosti nije uvijek sasvim jasna.³⁸

Generalno gledano, postoje područja u kojem argumenti koji govore o tome da se radi o jednoj ili o drugoj vrsti odgovornosti nisu do kraja uvjerljivi. Primjerice, u

³⁵ Čl. 266. ZOO-a.

³⁶ Čl. 189. i 190. ZOO.

³⁷ Čl. 371.-375. i čl. 376. ZOO.

³⁸ Stoga se u raspravama o odnosu ugovorne i deliktne odgovornosti redovito referira na pojedine probleme civilnopravne odgovornosti upravo pripadnika intelektualnih profesija. Tako vidi: *Castronuovo, C.*, La nuova responsabilità civile, Giuffrè Editore, Milano, 1997.; *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.; *Scognamiglio, R.*, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, *Novissimo Digesto italiano*, tomo XV, Torino, 1968.; *Alpa, G.*, Responsabilità civile e danno, Bologna, 1991.; *Abdel-Wahad, A. R.*, Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit français et en droit suisse, Genève, 1963.; *Harris, D.*, Remedies in Contract and Tort, Weidenfield and Nicholson, London, 1988.; *Harpwood, W.*, Principles of Tort Law, Cavendish Publishers Limited, London, 1997.

suvremenom se pravu sadržaj obveznog odnosa iz ugovora više ne izjednačava isključivo s obvezom na izvršenje dugovane prestacije, nego ga čine i tzv. akcesorne obveze koje služe izvršenju glavne prestacije ili, još šire, zaštiti različitih interesa stranaka.³⁹ Iako nastaju u svezi s ugovornom prestacijom i služe joj, one nemaju izvor u ugovoru nego u zakonu. Ako se shvate kao samostalne, autonomne obveze (iako funkcionalno povezane s glavnom prestacijom), dužnik je obavezan na ispunjenje takve obveze i u slučaju da glavna obveza prestane postojati ili uopće ne nastane.⁴⁰ Postavlja se pitanje rezultira li povreda takve originalno akcesorne obveze u tom slučaju ugovornom ili deliktnom odgovornošću.⁴¹

Osim toga, treba uzeti u obzir i činjenicu da je jedna od tendencija razvoja suvremenog civilnog prava u svim pravnim sustavima kretanje prema proširenju odgovornosti, odnosno nastojanje da se pronađu pravna sredstva da se svaka šteta koja nastaje djelovanjem ili propustom pravično naknadi. Deliktna odgovornost je u mnogim aspektima šira od ugovorne i znači bolju zaštitu subjektivnih prava, odnosno interesa oštećenika. Stoga priznavanje konkurencije osnova odgovornosti u načelu znači poboljšanje položaja oštećenika. S druge strane, odgovornost na temelju ugovora može u konkretnim okolnostima biti povoljnije rješenje za oštećenika, pa u suvremenom odštetnom pravu postoje rješenja koja u područje ugovora "uvlače" i neke obveze koje bi po klasičnom civilnom pravu mogle imati temelj samo u deliktu.

U oblasti odgovornosti profesionalca za štetu svi se generalni problemi razgraničenja ugovorne i deliktne odgovornosti posebno jasno manifestiraju i upravo rješavanje konkretnih pitanja odgovornosti pripadnika intelektualnih profesija često u pravnoj praksi i teoriji dovodi do prihvaćanja specifičnih rješenja koja relativiziraju klasično razgraničenje ovih oblika odgovornosti.

Razlozi takvog stanja su brojni i uvijek su vezani za posebne karakteristike profesionalnih usluga:

1. Posebna priroda intelektualnih usluga stvara na pravнополитиčkoј razini sukob između dvije suprotne tendencije. S jedne strane postoji nastojanje da se odgovornost profesionalca za štetu što više proširi zbog činjenice da obavljanje posebno nekih od ovih profesija zahtijeva visok stupanj povjerenja stranke, ali i javnosti uopće u profesionalne sposobnosti, vještinu i kompetentnost profesionalca. Oblasti u kojima obavljaju svoje usluge često su od izuzetnog značenja,⁴² kako za pojedinca, tako i za javni interes, a štete koje mogu nastati zbog propusta profesionalca stoga su nerijetko veoma ozbiljne i pogađaju najznačajnija dobra. Osim toga, priznavanje posebnog društvenog statusa, činjenica da javna vlast garantira da je profesionalac kompetentan

³⁹ Npr. obveza obavještavanja o svim činjenicama relevantnim za ugovorni odnos stranaka, obveza čuvanja kao tajne svih podataka koje je jedna strana saznala o drugoj strani i sl.

⁴⁰ Primjerice, ugovor je ništav ili prestane postojati iz bilo kojeg razloga.

⁴¹ U talijanskoj doktrini i sudskoj praksi (u kojoj se smatra da ugovorna odgovornost postoji kada je povrijeđeno subjektivno pravo na obvezu, a deliktna kada je povrijeđena opća dužnost nenanošenja štete drugome) prevladava stav da je riječ o ugovornoj odgovornosti jer se ističe da se radi o povredi postojeće obveze (*vero e proprio obbligo*), a ne samo generalna dužnost suzdržavanja od nanošenja štete, odnosno dužnost pažljivog ponašanja (*mero dovere*). Vidi: *Castronuovo*, op. cit., str. 176.-267.

⁴² To posebno vrijedi za usluge pripadnika svih vrsta medicinskih profesija, te za usluge odvjetnika i notara.

za obavljanje svoje profesije, legalni monopol na obavljanje usluga, sve su to faktori koji zahtijevaju i opravdavaju pooštrenje odgovornosti prema stranci, ali isto tako i proširenje odgovornosti prema trećim osobama. Klasični modeli ugovorne i deliktne odgovornosti ponekad ne mogu udovoljiti tim zahtjevima.

No, s druge strane, posebne karakteristike profesionalne djelatnosti zahtijevaju i priznavanje određenog prostora imuniteta od odgovornosti. Profesionalna usluga u pravilu nije "konfekcijska" usluga, zbog svog intelektualnog karaktera ona sadrži element kreacije i stoga mora uživati značajno područje slobode djelovanja. Osim toga, pravila struke su izuzetno složena, brojna, podložna brzom i stalnom mijenjaju, razvoju u pravcu boljih rješenja.

Ne smije se zanemariti ni činjenica da se neke profesionalne usluge često obavljaju u iznimnim i složenim okolnostima u kojima se sukobljavaju zahtjevi primjene najboljih mogućih sredstava i zahtjevi brzine i efikasnosti intervencije. Zatim, obavljanje intelektualne usluge ponekad generira sukob između zahtjeva zaštite interesa stranke i interesa trećih osoba. I konačno, često razlozi javnog interesa traže ograničenje ili čak potpuno isključenje odgovornosti za štetu kako je postavljena općim pravilima o odgovornosti. To se posebno očituje u svjetlu zaštite načela neovisnosti profesije, ali i u zaštiti profesionalca od odgovornosti u situacijama kada obavljanje profesionalne usluge ne znači samo ostvarenje interesa stranke nego i nekog aspekta javnog interesa.⁴³

2. U napetosti između ova dva suprotna zahtjeva očituje se u nekim slučajevima neadekvatnost klasične podjele odgovornosti na ugovornu i deliktnu i traže se i nalaze rješenja koja odgovaraju specifičnostima profesionalnih djelatnosti. Načelno se polazi od općih pravila koja vrijede za odgovornost u civilnom pravu. Kako se profesionalne usluge u pravilu obavljaju na temelju ugovora zaključenog izričito ili prešutno, ukoliko profesionalac povrijedi ugovornu obvezu, njegova je odgovornost nesumnjivo ugovorna odgovornost. S druge strane, ukoliko profesionalac (kao uostalom i bilo koji drugi subjekt) svojim aktivnim djelovanjem prema osobi s kojom nije u ugovornom odnosu povrijedi temeljno načelo *neminem laedere*, njegova je odgovornost deliktna.

Ali, priroda intelektualnih profesija, prvenstveno zbog toga što stvara povjerenje javnosti uopće (dakle "bilo koga"), specifična je po tome što nameće profesionalcu određene dužnosti ponašanja i onda kada nema ugovorne veze. Drugim riječima, njegova se obveza ne svodi isključivo na *non facere*, kao poštovanje tuđe pravom zaštićene sfere, nego prerasta u obvezu na *facere*, dakle obvezu aktivnosti i onda kada nema prethodno nastale ugovorne veze. Isto tako, i kada postoji ugovorna obveza profesionalca prema stranci, obveza se ne svodi na izvršenje ugovorne prestacije, upravo zbog ovog specifičnog elementa povjerenja u profesionalne vještine i sposobnosti profesionalca. Spomenute akcesorne obveze koje služe izvršenju ugovorne prestacije, odnosno zaštiti interesa stranke u širem smislu, kod

⁴³ Primjerice, imunitet od odgovornosti u situacijama kada je usluga profesionalca usmjerena na rješavanje spora između zahtjeva dviju strana, bilo da djeluje kao arbitar u sporu ili kao svjedok-ekspert ili sudski vještak, javni interes rješavanja spora i konačnosti presuđene stvari zahtijeva imunitet od odgovornosti prema strankama u sporu. Isto tako, ako u obavljanju svoje funkcije mora poštovati javni interes, kao što je zaštita javnog zdravlja ili zaštita određenih posebnih kategorija osoba. Više vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit. str. 452.-454.

profesionalnih su obveza posebno naglašene i nesumnjivo imaju status autonomnih obveza koje egzistiraju i ako ugovor prestane postojati ili uopće ne nastane.

3. Prema tome, specifičan status intelektualnih profesija čini ih područjem kojim su po prirodi stvari immanentne tzv. *obveze zaštite* koje na neki način stoje na polovici puta između ugovorne i deliktne odgovornosti. One su neovisne o ugovoru, ali se isto tako ne mogu izjednačiti ni s općom obvezom nenanošenja štete drugome. Stoga se primjerice u angloameričkom pravu ističe da, pored odgovornosti za delikt i za povredu ugovorne obveze, profesionalac stranci duguje uvijek i tzv. fiducijarne obveze koje svoj izvor nalaze u sustavu *equity* pravila, odnosno u pravičnosti.

Pojam fiducijarne obveze je jedno od pravnoteorijski i praktično najkontroverznijih pitanja u angloameričkom odštetnom pravu.⁴⁴ Radi se o obvezama koje proizlaze iz posebnog odnosa zasnovanog na povjerenju, a koji rađa dužnošću lojalnosti prema interesima oštećenika. Ovaj poseban odnos povjerenja neovisan je o postojanju i sadržaju ugovora, i posebno kod profesionalnih obveza smatra se odnosom koji proizlazi direktno iz zakona (prava).⁴⁵ Isto tako, odgovornost za povredu fiducijarne obveze neovisna je o eventualnom paralelnom postojanju deliktne odgovornosti. Iako je teret fiducijarnih obveza, tj. dodjeljivanje svojstva "fiducijara" tipično za neke osobe (primjerice za staratelja, *trustee*, zastupnika, odvjetnika i sl.), pojam fiducijarne obveze ne može se adekvatno definirati subjektivnim kriterijem, tj. određenjem kruga osoba kojima zakon nameće ovakve obveze, jer taj krug nije određen statusom nego karakterom obveze koju pravo u određenim okolnostima nameće subjektu.⁴⁶ Prema tome, pojam fiducijarne obveze određuje specifična priroda odnosa povjerenja za koji je uvijek karakteristično da zahtijeva od fiducijara apsolutnu lojalnost interesima druge strane, odnosno da te interese uvijek pretpostavlja interesima drugih, uključujući i vlastite interese.⁴⁷

Za neke profesije, a posebno za odvjetnike,⁴⁸ *surveyore*, i za medicinske profesije⁴⁹ u pravilu je karakteristično da obveza profesionalca uvijek sadrži i elemente fiducijarnih obveza, no specifičnost odnosa povjerenja između pripadnika bilo koje profesije i stranke uvijek ostavlja otvorena vrata nametanju ovakvih obveza i za one profesije za koje to nije tipično.

⁴⁴ Više o općem pojmu fiducijarnih obveza, te posebno o fiducijarnim obvezama pripadnika intelektualnih profesija, vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 1541.-1555.; 451.-456.

⁴⁵ Iako veoma često postoji ugovor i čak definira manje ili više detaljno sadržaj fiducijarnih obveza.

⁴⁶ Naime, fiducijarne obveze mogu u konkretnim okolnostima teretiti i subjekte koji ne pripadaju tipičnim fiducijarima, a isto tako i oni koji u pravilu imaju status fiducijara ne moraju u svakom slučaju dugovati i fiducijarne obveze.

⁴⁷ Zbog ovakve prirode fiducijarnih obveza one se u praksi veoma često sastoje u negativnoj obvezi, tj. obvezi suzdržavanja od djelovanja kojima bi se mogli povrijediti interesi stranke u korist trećeg ili u vlastitom interesu. No, to ne znači da dužnost vjernosti i lojalnosti interesima stranke ne može nametati i pozitivne obveze, tj. obveze na *facere*.

⁴⁸ Primjerice, odvjetnik koji u ime stranke preda novac zajmoprimcu iako zna da ovaj nije ispunio uvjete iz ugovora o zajmu, odgovara za povredu fiducijarne obveze. Vidi: *Bristol & West Building Society v. May, May & Marrimans* (1996) 2 All E.R. 801.

⁴⁹ U kanadskom pravu pripadnici medicinske profesije smatraju se osobama koje terete fiducijarne obveze, dok je u engleskoj sudskoj praksi takav stav odbačen. Više vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 1544.

U ovom kontekstu treba spomenuti još jednu specifičnu grupu obveza čija povreda u angloameričkom pravu rađa dužnošću odgovornosti za štetu, a izvor te obveze su također *equity* pravila. To su tzv. obveze naknade štete zbog povrede povjerenja, odnosno tajnosti (*breach of duty of confidence*).⁵⁰ Obveza čuvanja kao tajne svih podataka i informacija o svim okolnostima vezanim za odnos profesionalac - stranka imanentna je ovom odnosu i njena povreda uvijek predstavlja vrlo ozbiljnu povredu profesionalne dužnosti. Izvor ove obveze može biti ugovor, prešutno ili izričito, ali i kada takve odredbe nema u ugovoru, ili kada ugovora uopće nema, obveza svejedno postoji na temelju *equity* pravila. Naravno, i u drugim pravnim sustavima povreda profesionalne tajne smatra se povredom obveze profesionalca koja rezultira ugovornom ili deliktnom odgovornošću.

No, svaka informacija nije obuhvaćena ovom dužnošću čuvanja, već se mora raditi o informaciji koja je profesionalcu prenesena kao povjerljiva i tajna, ili pak takva njena priroda proizlazi iz okolnosti slučaja.⁵¹ Osim toga, obveza čuvanja tajnosti nije apsolutna, iznimke se dopuštaju u slučaju kada to zahtijeva javni interes koji je prevladavajući nad interesom zaštite povjerenja stranke, kada postoji zakonska obveza pružanja informacija, a u pravilu i zahtjev suda oslobađa profesionalca obveze čuvanja tajne.⁵² Poseban krug pravnih problema otvara se u slučaju kada se sukobljava s jedne strane interes stranke da informacija bude sačuvana kao tajna, a s druge strane interes određene treće osobe ili određenog kruga osoba da informacija bude prenesena.

4. O relativnosti stroge podjele ne ugovornu i deliktnu odgovornost u oblasti intelektualnih profesionalnih usluga govori i odnos prema odgovornosti profesionalca koji svoje usluge pruža u okviru radnog odnosa s nekom organizacijom.⁵³ U takvim je slučajevima stranka (najčešće pacijent) u ugovornom odnosu s organizacijom, ali ne i s profesionalcem koji obavlja usluge u okviru svoje radne obveze. Organizacija odgovara na temelju ugovorne odgovornosti za radnje i propuste svojih profesionalnih zaposlenika, a ako nema ugovora, naravno, njena odgovornost može biti deliktna.⁵⁴

Ali, specifičnosti intelektualnih profesija, povjerenje koje stranka polaže u profesionalca, zahtijevaju da postoji i njegova autonomna odgovornost ukoliko je povrijedio standarde profesionalnog ponašanja. On ne duguje stranci izvršenje

⁵⁰ Potrebno je naglasiti da je granica između ovih obveza i klasičnih fiducijarnih obveza veoma krhka. Naime, u nekim slučajevima povreda povjerenja istovremeno znači i povredu fiducijarne obveze lojalnosti i stavljanja interesa stranke na prvo mjesto. No, u pravnoj teoriji koja se bavi odgovornošću profesionalca za štetu ova se grupa *equitable* obligacija ipak izdvaja kao posebna kategorija.

⁵¹ Iako se najčešće susreće kod odvjetnika i pripadnika medicinskih profesija, ova obveza može teretiti pripadnike bilo koje profesije koji su tijekom obavljanja dužnosti saznali podatke koji su po prirodi povjerljivi.

⁵² U angloameričkom pravu odvjetnik u pravilu nije dužan odati tajne informacije na zahtjev suda.

⁵³ Primjerice liječnik ili drugi profesionalac medicinske struke zaposlen u bolnici ili drugoj zdravstvenoj instituciji.

⁵⁴ Budući da se bavi pružanjem intelektualnih usluga, njena se odgovornost u svemu ravna po pravilima o profesionalnoj odgovornosti profesionalca-pojedinca. Organizacija naime obavlja djelatnost koja je profesionalna, struktura i karakter njene ugovorne obveze bitno su određeni specifičnošću intelektualne usluge.

prestacije iz ugovora jer s njom nije u ugovornom odnosu,⁵⁵ pa prema tome njegova odgovornost može biti samo deliktna. To bi značilo da odgovara samo ako se ne suzdrži od nanošenja štete, dakle da ima samo negativnu obvezu.

No, sve ipak nije tako jednostavno jer mu status profesionalca nameće pozitivne obveze radi zaštite pravne sfere stranke (pacijenta). Stranka nije s profesionalcem - zaposlenikom u ugovornom odnosu, ali ona je organizaciji s kojom je sklopila ugovor povjerila brigu o svojim interesima upravo stoga što ima povjerenje u njegove profesionalne sposobnosti. Prema tome, s jedne strane priroda ugovorne prestacije između stranke i organizacije određena je specifičnošću intelektualne i individualne usluge njenih zaposlenika, a s druge strane priroda te ugovorne prestacije bitno određuje položaj zaposlenika prema stranci i čini da ga se ne može svesti na klasičnu deliktnu odgovornost.

Stoga se, primjerice, u talijanskoj pravnoj teoriji govori da u ovakvim situacijama na strani zaposlenika koji propusti zaštititi interese stranke postoji tzv. *culpa in non faciendo*, iako nema ugovorom preuzete obveze prema stranci na izvršenje prestacije. Ali pozitivne obveze koje proizlaze iz same prirode profesionalne djelatnosti zaposlenika, iz njegovog statusa profesionalca, koji neizostavno rađa povjerenjem stranke u njegove sposobnosti, stvaraju tako, prema stavovima u talijanskoj teoriji i sudskoj praksi, *vinculum iuris* između profesionalca i stranke iako ugovora nema. Stoga se zauzima stav da je i odgovornost profesionalca - zaposlenika po pravnoj prirodi ugovorna, a ne deliktna odgovornost.⁵⁶

4.2. Odnos prema problemu razgraničenja ugovorne i deliktne odgovornosti profesionalca u usporednom pravu

Sva ova, a i mnoga druga specifična pitanja koja se postavljaju u svezi s profesionalnom odgovornošću utječu na to da je u različitim pravnim sustavima problem odnosa ugovorne i deliktne odgovornosti za štetu donekle različito riješen. Naravno, stavovi pojedinih prava prema ovom pitanju ne ovise samo o posebnostima profesionalnih djelatnosti i zahtjevima koji iz toga proizlaze, nego i o generalnom stavu pojedinog prava prema odnosu ugovorne i deliktne odgovornosti.

Za kontinentalna europska prava uglavnom se može generalno reći da se profesionalna odgovornost u načelu temelji na povredi ugovorne obveze, ali ako nema ugovornog odnosa između profesionalca i oštećenog, svi pravni sustavi priznaju i mogućnost da se odgovornost temelji na pravilima o deliktu. Temeljno stanovište jest da povreda profesionalne dužnosti, bez obzira postoji li ugovor između profesionalca i oštećenika, uvijek istovremeno predstavlja i povredu opće zakonske obveze na poštivanje određenog standarda ponašanja, stručnosti i kompetentnosti u izvršenju profesionalnog posla, kao i brige za interese drugoga. Stoga načelno sva prava priznaju konkurenciju osnova odgovornosti. Ali, s obzirom na različitosti pojedinih pravnih sustava, ovo generalno načelo ipak u primjeni na pojedine sektore profesionalne

⁵⁵ On je u ugovornom (ili radnopravnom) odnosu s organizacijom, a ugovorna stranka organizacije je za njega "treći".

⁵⁶ Više o stavovima teorije i sudske prakse talijanskih sudova o ovom problemu vidi: *Castronuovo*, op. cit., str. 219.-225.

odgovornosti daje ponekad značajno različite rezultate. Naime, u nekim se zemljama naglasak u određenoj oblasti profesionalnog djelovanja stavlja na ugovornu, a u drugima na deliktну odgovornost.

4.2.1. Francusko pravo

U francuskom pravu⁵⁷ sve negdje do kraja tridesetih godina prošlog stoljeća smatralo se da je odgovornost pripadnika medicinske profesije prvenstveno deliktна odgovornost, bez obzira što se priznavalo postojanje ugovora između pacijenta i liječnika kao osnovu za nastanak njihovog odnosa.⁵⁸ No, od oštećenika se tražilo da dokaže pretpostavke za nastanak deliktне odgovornosti stoga što se smatralo da je ugovor između pacijenta i liječnika ugovor koji nameće obvezu rezultata, a ne obvezu sredstva. Prema tome, po općim pravilima ugovornog prava,⁵⁹ pacijent je samo morao dokazati da nije izvršena prestacija, tj. da nije ostvaren cilj radi kojega je ugovor zaključen, a liječnik je morao dokazivati da rezultat nije postignut s razloga koji mu se ne mogu pripisati u krivnju. Kako je taj dokaz kod ugovora o pružanju medicinskih usluga u pravilu veoma težak, a često čak i nemoguć, sudska praksa je izlaz našla u inzistiranju na deliktnoj odgovornosti kao primarnoj.

No, kada su u sudskoj praksi prihvaćeni stavovi da je ugovor o pružanju medicinskih usluga ugovor koji rađa obvezu sredstva, a ne cilja, bilo je moguće prihvatiti i ugovorni karakter ove odgovornosti.⁶⁰ Od tada se u francuskom pravu smatra da je ugovorna odgovornost koja se temelji na odredbama čl. 1147. *Code civila* pravilo, a deliktна⁶¹ se primjenjuje u slučaju kada nema ugovora, tj. kada je šteta nanesena trećim osobama ili kada pacijent prilikom pružanja medicinskih usluga nije bio u mogućnosti pristati na pružanje usluga i tako uspostaviti ugovorni odnos s davateljem usluge.⁶² U osnovi isti pristup susreće se i u svezi s odgovornošću pripadnika drugih profesija, tj. ugovorna odgovornost je pravilo, a deliktна dolazi u obzir jedino kada ugovora nema ili nije valjan.

⁵⁷ Isto vrijedi i za belgijsko pravo. Vidi: *Zepos - Christodoulou*, op. cit., str. 13. sq.

⁵⁸ Ugovor između pacijenta i liječnika (ili drugih pripadnika ove profesije) smatrao se inačicom ugovora o radu, ali zbog specifičnosti medicinskih usluga ipak u određenoj mjeri ugovorom *sui generis*.

⁵⁹ Prema takvom stavu primjenjivao se naime čl. 1147. francuskog Građanskog zakonika (*Code civil*, 1804. g., posljednje službeno izdanje iz 1816. g.), koji obvezuje vjerovnika iz ugovora samo da dokaže neispunjenje dužnikove obveze, a dužnik mora dokazati nepostojanje svoje krivnje za neispunjenje: "*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.*"

⁶⁰ Presuda koja označava preokret u francuskoj sudskoj praksi i koja primat daje ugovornoj odgovornosti je presuda u slučaju *Mercier* (Cour de Cassation, 20 mai 1936, S. 1937. I. 321, D. 1936. I.).

⁶¹ Koja se temelji na odredbama čl. 1382.-1384. *Code civila*.

⁶² O razvoju i uvjetima odgovornosti profesionalaca medicinskih struka u francuskom pravu više vidi: *Kornprobst, L.*, *Responsabilité du médecin*, Dalloz, Paris, 1957.; *Savatier, R.*, *Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin*, Dalloz, Paris, 1967.; *Malherbe, J.*, *Médecine et droit moderne*, Paris, 1969.; *Lemaire, J. F. - Imbert, J. L.*, *La responsabilité médicale*, Paris, 1985.

4.2.2. Talijansko pravo

I u talijanskoj se sudskoj praksi odgovornost profesionalca najčešće temelji na povredi ugovorne obveze. To je velikim dijelom posljedica činjenice što *Codice civile* u posebnom poglavlju, koje posvećuje obavljanju intelektualnih profesija, odnos između profesionalca i stranke regulira kao ugovorni odnos.⁶³ Jednako kao i u francuskom pravu, talijanska pravna teorija i sudska praksa jedinstvene su u stavu da je ugovorna obveza profesionalca obveza sredstva, a ne obveza rezultata.⁶⁴ Ali, i sudska praksa i pravna teorija prihvaćaju u svakom slučaju i mogućnost konkurencije osnova odgovornosti.⁶⁵ Ističe se da isto ponašanje kojim se vrijeđa ugovorna obveza može istovremeno biti osnova za deliktnu odgovornost, naravno, pod uvjetom da je ponašanje koje znači povredu ugovora ujedno i povreda nekog od subjektivnih prava koja pravna norma štiti bez obzira na postojanje ugovorne obveze.⁶⁶ Smatra se da je priznavanjem konkursa odgovornosti oštećenik bolje zaštićen, jer u nekim situacijama može imati interesa da se poziva na odredbe o deliktnoj odgovornosti.⁶⁷

No, i kada se odgovornost zasniva na pravilima o deliktu, ponašanje profesionalca procjenjuje se po istim pravilima koja vrijede za ocjenjivanje njegovog ponašanja koje znači povredu ugovorne obveze. Naime, u talijanskom se pravu ističe da je shvaćanje obveze profesionalca kao obveze sredstva, dakle obveze na uporabu pravila struke, adekvatnih tehničkih mjera i posebne pažnje, imanentno pojmu profesionalne djelatnosti i da se isti kriteriji koji su odlučujući za ustanovljavanje ugovorne odgovornosti primjenjuju i na deliktnu odgovornost. To znači da se pravila o teretu dokaza koja vrijede za ugovornu odgovornost primjenjuju i na deliktnu. Drugim riječima, ako oštećenik podiže akvilijansku tužbu, ne može se zadovoljiti samo dokazom postojanja štete kao posljedice radnje (propusta) profesionalca, već mora dokazati da je do štete došlo zato što je profesionalac propustio upotrijebiti pravila struke, tehnička sredstva i mogućnosti, odnosno zato što nije udovoljio kriterijima profesionalne pažnje.⁶⁸

Ovakav stav još jednom dokazuje da u oblasti profesionalnih djelatnosti granica između ugovorne i deliktne odgovornosti nije čvrsto povučena. Naime, specifičnosti profesionalnih djelatnosti zahtijevaju s jedne strane prilagođavanje pravila o ugovornoj

⁶³ Čl. 2229.-2238. *Codice civile*.

⁶⁴ Vidi: *Fortino, M.*, *La responsabilità civile del professionista*, Giuffrè editore, Milano, 1984., str. 48. sq.; *Baldassari - Baldassari*, op. cit., str. 136. sq.; *Rescigno, P.*, *Manuale di diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1982., str. 653. sq.

⁶⁵ Radi se naravno o općem načelu, a ne o pravilu koje bi vrijedilo samo za odgovornost profesionalaca. Ukoliko isto činjenično stanje zadovoljava uvjete za nastanak oba oblika odgovornosti, talijanska sudska praksa i pravna teorija u načelu dopuštaju konkurenciju osnova odgovornosti jer se smatra da se radi o dva fenomena koja su supstancijalno identična. Više vidi: *Monateri, P. G.*, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, CEDAM, Padova, 1989.; *Gaudino*, op. cit., str. 282. sq.

⁶⁶ Tzv. *diritto assoluto*.

⁶⁷ Najčešće će njegov interes postojati u situaciji kada mu prijeti zastara zahtjeva zbog povrede ugovornog odnosa. Više o slučajevima u talijanskoj sudskoj praksi u kojima se zbog zastarjelosti zahtjeva iz ugovora poseže za pravilima deliktne odgovornosti, vidi: *Baldassari - Baldassari*, op. cit., str. 400. sq.

⁶⁸ Vidi: *Baldassari - Baldassari*, op. cit., str. 420. sq.

odgovornosti, tako da profesionalac ne odgovara za nepostizanje cilja ugovora, njegova obveza iz ugovora praktički se svodi na obvezu dužne pažnje, a time se nužno teret dokaza nepažnje prebacuje na oštećenika. S druge strane, i kada je odgovornost utemeljena na deliktu, on može odgovarati samo ako je povrijedio u suštini istu tu obvezu specifične profesionalne pažnje prema interesima oštećenika, koju mu u tom slučaju ne nameće ugovor (ili se barem oštećenik ne poziva na povredu ugovora), već se radi o samostalnoj obvezi zasnovanoj direktno na zakonu.⁶⁹

Koliko je talijansko pravo sklono da ugovornu i deliktну odgovornost profesionalca shvaća kao dvije strane istog pravnog koncepta, dodatno pokazuje i stanovište, prihvaćeno u velikom dijelu sudske prakse, da se i u slučaju kada se radi o izvanugovornoj odgovornosti, primjenjuje odredba čl. 2236. *Codice civile*, po kojoj, 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.⁷⁰ Iako je odredba zakona dio normi koje uređuju prvenstveno ugovornu odgovornost profesionalca, očito se smatra da specifičnosti profesionalne djelatnosti, a ne ugovor ili delikt kao osnova odgovornosti, određuju njegov odnos prema oštećeniku.⁷¹

4.2.3. *Njemačko pravo*

4.2.3.1. *Ugovor i delikt kao temelji odgovornosti*

U njemačkom pravu također prevladava stanovište da je odgovornost profesionalca za štetu prvenstveno ugovorna odgovornost, ali, kao i ostala kontinentalno-europska prava, i njemačko pravo načelno dopušta konkurenciju osnova odgovornosti. Tako se za profesionalce medicinske struke smatra da u pravilu odgovaraju na osnovi ugovora o radu (uslugama, službi),⁷² budući da je po mišljenju njemačke sudske prakse odnos liječnik - pacijent u pravilu odnos iz ugovora o radu.⁷³ Čak i u slučaju kada liječnik pruža medicinske usluge besplatno, smatra se da se radi o ugovoru o radu uz odricanje od naknade. No, u nekim iznimnim slučajevima sudska praksa zauzima stajalište da se radi o ugovoru o djelu,⁷⁴ primjerice obveza liječnika -

⁶⁹ Stoga ne čudi isticanje u pravnoj teoriji mnogih zemalja da i onda kada postoji ugovor, odgovornost profesionalca nije ugovorna odgovornost u strogom smislu riječi. Više o takvim stavovima vidi: *Zepos - Christodoulou*, op. cit., str. 4.

⁷⁰ Čl. 2236.: *Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.*

⁷¹ No, treba napomenuti da u teoriji postoje i stavovi koji ne prihvaćaju proširenje odredaba čl. 2236. i na deliktну odgovornost.

⁷² *Dienstvertrag* - § 611. njemačkog Građanskog zakonika (*Bürgerliche Gesetzbuch*, 18. 08. 1896., RGBI. S. 195, (dalje: BGB)).

⁷³ Više o pojedinim oblicima ugovora između pacijenta i pripadnika medicinske profesije, posebno kada se usluge pružaju u okviru medicinskih ustanova, kao što su bolnice, liječilišta, ambulatne i sl., vidi: *Palandt*, *Bürgerliches Gesetzbuch*; bearbeitet von Peter Bassenge, Uwe Diederichsen, Helmut Heinrichs, Hans Putzo, Heinz Thomas, Gerd Brudermüller, Wolfgang Edenhofer, Andreas Heldrich, Hartwig Sprau, Walter Weidenkaff, 61. neubearbeitete Auflage; Verlag C.H. Beck, München, 2002., str. 736. sq.

⁷⁴ *Werkvertrag* - § 631. BGB-a.

rendgenologa da izradi rendgenološki snimak.⁷⁵

I ugovor između odvjetnika i stranke smatra se u nekim slučajevima posebnim oblikom ugovora o radu, a u pravilu podvrstom ugovora o nalogu.⁷⁶

Ugovor između arhitekta te pripadnika građevinske struke i stranke smatra se u pravilu ugovorom o djelu,⁷⁷ u nekim slučajevima i ugovorom o radu (primjerice, kada arhitekt preuzima obvezu nadzora nad gradnjom ili obvezu ispitivanja nedostataka gradnje),⁷⁸ a kada arhitekt preuzima obvezu da koordinira izvršenje većeg broja individualnih usluga koje pružaju različiti neovisni izvođači, ugovor se smatra posebnom vrstom ugovora o djelu sa karakteristikama naloga.⁷⁹

Kao i u pravima romanskog kruga, smatra se da je ugovorna obveza u pravilu obveza sredstva, a ne obveza rezultata.⁸⁰ No, u svakom slučaju moguća je i deliktna odgovornost koja temelj nalazi u općim odredbama § 823. BGB-a. Ona je jedina mogućnost kada ugovora nema, ali isto tako, njemačka sudska praksa priznaje pozivanje na povredu bilo kojeg od pravnih interesa zaštićenih odredbama koje reguliraju deliktnu odgovornost⁸¹ i kada istovremeno postoji povreda ugovorne obveze profesionalca.

4.2.3.2. *Problem odgovornosti za "reiner Vermögensschaden" u oblasti odgovornosti profesionalca*

Za njemačko je pravo karakteristično specifično poimanje odnosa ugovorne i deliktne odgovornosti uopće, pa tako i u oblasti odgovornosti profesionalca. Naime, njemačko pravo⁸² ove oblike odgovornosti na određeni način smatra oblicima šireg jedinstvenog pojma obveze na naknadu štete. Granica koja razdvaja dva instituta je "meka", pa je njemačka sudska praksa i pravna teorija često "probijaju" u potrazi za najboljim rješenjima pojedinih konkretnih problema odgovornosti. Takav je stav sigurno velikim dijelom posljedica određenih ograničenja koja u materiji deliktne odgovornosti nameću odredbe BGB-a.⁸³

Jedno od značajnih ograničenja svakako je i ono koje proizlazi iz odredbe § 823. BGB-a. St. 1. § 823., naime, određuje krug interesa čija povreda povlači za sobom

⁷⁵ Palandt, op. cit. str. 794.

⁷⁶ Ukoliko se radi o ugovoru o trajnoj brizi o poslovima stranke, na njega se primjenjuju opće odredbe o ugovoru o uslugama (§§ 611. - 630. BGB-a), a u u svim ostalim slučajevima odredbe o *Geschäftsbesorgungsvertrag* (§ 675. BGB-a), kao posebne vrste ugovora o nalogu. Više vidi: Palandt, op. cit., str. 736. i 894. sq.

⁷⁷ Palandt, op. cit., str. 793.-794.

⁷⁸ Ibidem, str. 736.

⁷⁹ *Werkvertrag zur Geschäftsbesorgung*, kao specifična podvrsta *Geschäftsbesorgungsvertrag* (§ 675. BGB-a).

⁸⁰ Zepos - Christodoulou, op. cit., str. 7.

⁸¹ Prvenstveno su to odredbe § 823. i 826. BGB-a.

⁸² Slični stavovi susreću se i u pravnoj teoriji, a dijelom i u praksi talijanskih sudova. Vidi: *Castronuovo*, op. cit. str. 177.- 267.

⁸³ 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.

deliktну odgovornost, ali ne predviđa mogućnost naknade tzv. čiste ekonomske štete (tzv. *reiner Vermögensschaden*). Pod čistom ekonomskom štetom podrazumijeva se umanjenje imovine koje se ne sastoji u nanošenju tzv. fizičke štete, tj. povrede ili uništenja postojećih pravom zaštićenih dobara. Naknada takve štete moguća je prema odredbama § 823. BGB-a samo ako je neposredna posljedica štete na dobrima koja ovaj članak izričito ubraja u krug zaštićenih dobara.⁸⁴ Tako je u ovom segmentu njemačko pravo bilo blisko tradicionalnim (a danas velikim dijelom napuštenim ili barem ograničenim) stavovima u angloameričkom pravu, koje također načelno nije dopuštalo deliktnu odgovornost za čistu ekonomsku štetu.⁸⁵ Suprotno, prava romanskog kruga (francusko, talijansko i belgijsko), a svakako i pravo Nizozemske, Švicarske te naše pravo nisu nikada na ovaj način ograničavala deliktnu odgovornost.

Temeljni razlog negativnog stava njemačkog zakonodavca prema mogućnosti deliktne odgovornosti za tzv. čistu ekonomsku štetu prvenstveno je strah od socijalno i pravopolitički potpuno neopravdanog proširenja broja deliktne zahtjeva na praktički neograničeni broj.⁸⁶ Naime, u složenoj mreži društvenih i gospodarskih odnosa gotovo svako ponašanje bilo koje osobe može imati negativan utjecaj na ekonomsku sferu drugoga.⁸⁷ Stoga se isticalo da bi apsolutnim prihvaćanjem čiste ekonomske štete kao interesa zaštićenog odredbama § 823. BGB-a svaka neopreznost i nepažljivo ponašanje u svakodnevnim kontaktima (kao što je loš savjet, davanje netočne informacije, prenošenje izjava i sl.), bez obzira koliko bilo u dobroj vjeri, stvorilo odgovornost "svih za bilo što" i praktički paraliziralo društvene odnose.⁸⁸ Naravno, takav se stav zastupao samo ukoliko je čista ekonomska šteta posljedica nepažnje štetnika. Naime, i u okviru deliktne odgovornosti naknada čiste imovinske štete u njemačkom je pravu moguća ako je šteta nanesena namjerno, a štetnik je postupao *contra bonos mores*.⁸⁹

No, ovakav odnos zakonodavca prema čistoj ekonomskoj šteti, koji *a limine* odbija svaku mogućnost njene naknade u okviru deliktne odgovornosti za običnu i grubu nepažnju, uzrokovao je kritike u teoriji i probleme u pravnoj praksi jer postoje situacije u kojima razlozi pravičnosti, odnosno zaštite interesa oštećenika, zahtijevaju

⁸⁴ Život, tijelo, zdravlje, sloboda, vlasništvo.

⁸⁵ O takvim stavovima engleskog prava i prava zemalja *common law* koje su slijedile njegov primjer, više vidi: *Fokkema - Markesinis, All or Nothing? The Compensation of Pure Economic Loss in English and Dutch Law, Ex iure*, Gouda, 1987.

⁸⁶ Vidi: *Markesinis*, op. cit., str. 42. sq.

⁸⁷ Posebno je to izraženo u ekonomskim odnosima u kojima je dobitak za jednoga u pravilu gubitak za drugoga ili za društvo u cjelini, ali ta činjenica sama po sebi (bez obzira što je onaj tko je svojim ponašanjem nanio štetu postupao nepažljivo prema interesima drugoga) ne može biti osnova odgovornosti.

⁸⁸ U pravnim sustavima koji ne ograničavaju deliktnu odgovornost na tzv. fizičku štetu, nego u svakom slučaju priznaju i ono što njemačko i englesko pravo nazivaju čistom ekonomskom štetom, ovaj se problem uglavnom rješava pravilima o protupravnosti štetne radnje, kao i pravilima o uzročno-posljedičnoj vezi štete i štetne radnje.

⁸⁹ Radi se o primjeni odredaba § 826. BGB-a, koje ne ograničavaju krug pravom zaštićenih interesa, ali odgovornost uvjetuju postojanjem najtežeg oblika krivnje i postupanjem protivno dobroj vjeri i običajima.

da se odgovara i za takve štete.⁹⁰ Kako odgovornost za povredu ugovorne obveze nije na ovaj način ograničena, jedan od načina na koji je sudska praksa rješavala problem bilo je proširenje ugovorne odgovornosti i na situacije u kojima bi prema klasičnim pravilima ugovornog prava bilo vrlo teško braniti takav stav.⁹¹

1. Ugovor sa zaštitnim djelovanjem prema trećima i Dritteschadensliquidation

Tako nastaje koncept ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema trećima⁹² te institut poznat pod nazivom *Dritteschadensliquidation*.⁹³ U oba slučaja sudska je praksa djelovanje ugovora proširila prema trećim osobama, upravo stoga da oštećenome osigura pravo na naknadu čiste ekonomske štete, što nije bilo moguće prema odredbama § 823. BGB-a. Nastanak i relativno široka prihvaćenost ovih instituta u praksi njemačkih sudova pokazuje koliko je u ovom pravu granica između deliktne i ugovorne odgovornosti relativna.

No, ono što je za ovu raspravu posebno važno jest činjenica da i jedan i drugi institut imaju veliko značenje za odgovornost profesionalaca, i to u onim slučajevima kada šteta nije nastala stranci s kojom je profesionalac u ugovornom odnosu, nego trećim osobama.

Institut *Dritteschadensliquidation* omogućava da dužnik odgovara za štete zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora, iako štetu od povrede ugovorne obveze nije pretrpio vjerovnik nego treća osoba. Iako između trećega i dužnika iz ugovora nema ugovornog odnosa, odgovornost prema trećemu je ugovorna odgovornost, dakle obuhvaća i čistu ekonomsku štetu.⁹⁴

No, za oblast odgovornosti profesionalca mnogo je značajniji institut ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema trećima. Radi se o tvorevini sudske prakse koja je relativno novijeg datuma,⁹⁵ a omogućava da treće osobe zahtijevaju naknadu štete zbog povrede

⁹⁰ Više o teorijskim stavovima o mogućim osnovama odgovornosti za štetu u njemačkom pravu vidi: Klarić, P., *Odštetno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 26.-50.

⁹¹ No, to ne znači da se u njemačkom pravu u svakom slučaju naknađuje čista ekonomska šteta, odnosno postoje široka područja odgovornosti u kojima to nije moguće.

⁹² *Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritte*.

⁹³ Više o ovim institutima vidi: *Sonnenschein*, *Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte - und immer neuen Fragen*, Juristische Arbeitsblätter, 1979, str. 225. sq.; *Ries*, *Grundprobleme der Dritteschadensliquidation und des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte*, Juristische Arbeitsblätter, 1982, str. 453. sq.

⁹⁴ Kako prihvaćanje ovog koncepta znači odustajanje od temeljnog načela ugovornog prava, tj. relativnog djelovanja ugovora, zahtijeva se ispunjenje određenih uvjeta, a najznačajniji je postojanje posebnog odnosa između trećeg i dužnika, koji opravdava ovakvo "prenošenje" odgovornosti.

⁹⁵ Starija sudska praksa problem je pokušavala riješiti slobodnijim tumačenjem djelovanja ugovora u korist trećega (§§ 328.-335. BGB-a), tj. priznavala je trećim osobama zahtjev za naknadu štete nastale povredom sporednih, zakonskih obveza vezanih za izvršenje glavne prestacije iz ugovora, kao što je zakonska obveza pažljivog postupanja, iako ugovor nije bio stipuliran u korist trećeg. Tako se obveza dužne pažnje iz ugovora proširivala i prema trećim osobama čiji su interesi bili povrijeđeni djelovanjem jedne od ugovornih strana. No, s pravnoteorijskog stanovišta bilo je teško objasniti i opravdati da se ugovor kojeg stranke nisu ugovorile u korist trećeg zbog zaštite interesa trećih pretvara u ugovor u korist trećeg.

ugovora u kojem nisu stranka. Ali, takvo je tumačenje moguće jedino ako se iz ugovora može zaključiti, bilo stoga što su stranke izričito izjavile takvu volju, bilo stoga što to proizlazi iz značenja ugovora, da je cilj ugovora zaštititi interese određenog trećeg. Osim toga, stranka koja je povrijedila ugovornu obvezu mora biti dužna predvidjeti da povreda može utjecati na interese trećega, a zahtijeva se i da je znala ili morala znati identitet osobe čiji interesi mogu biti povrijeđeni.⁹⁶

U materiji profesionalne odgovornosti za štetu ovim se institutom sudska praksa služi i da bi ustanovila odgovornost profesionalca koji daje stručna mišljenja, savjete ili informacije stranci, a zna ili mora znati da bi se tim mišljenjima ili savjetima mogla poslužiti ili se na njih osloniti i treća osoba.⁹⁷ Kako treći nije u ugovornoj vezi s profesionalcem, a pravila o deliktnoj odgovornosti ne pokrivaju čistu ekonomsku štetu, ugovor sa zaštitnim djelovanjem prema trećima jedina je mogućnost da profesionalac odgovara na temelju ugovora za takvu štetu. Između profesionalca i trećega mora postojati specifična veza, no ona se shvaća veoma široko, dovoljno je postojanje makar i najudaljenije veze, u pravilu preko suugovaratelja koji je, sa znanjem ili bez znanja profesionalca, prenio savjet (mišljenje, informaciju) ili je njime utjecao na trećeg.⁹⁸ Osim toga, šteta mora za profesionalca biti predvidiva, ali se ne zahtijeva da je znao ili morao znati za identitet oštećenika. Dovoljno je da oštećenik pripada grupi za koju je morao pretpostaviti da bi se mogla poslužiti takvom informacijom.⁹⁹

2. *Pravnoteorijski koncept Verkehrssicherungspflichten*

Težnja da se premoste ograničenja nametnuta odredbama čl. 823. BGB-a, tj. da se i u okvirima delikta omogućí naknada čiste ekonomske štete i kada nisu ispunjene stroge pretpostavke iz čl. 826. BGB-a, jedan je od temeljnih pokretača razvoja još jednog specifičnog koncepta njemačkog odštetnog prava, nastalog djelovanjem sudske prakse i pravne teorije. Radi se o konceptu poznatom pod nazivom *Verkehrssicherungspflichten* ili *Verkerspflichten*,¹⁰⁰ prema kojemu je svaka osoba koja svojim djelovanjem ili svojim vlasništvom stvara ili održava izvor opasnosti za treće dužna poduzeti sve sigurnosne mjere koje situacija zahtijeva da bi zaštitila trećega od rizika

⁹⁶ Npr. slučaj u kojem je odvjetnik propustio u sporazum o podjeli imovine kod razvoda unijeti među strankama dogovorenu klauzulu o dužnosti jedne strane da naknadno prenese vlasništvo na nekretnini na djecu. Cilj ugovora je između ostalog bio da zaštiti interese djece, a greškom odvjetnika taj se cilj ne može ostvariti, prema tome on je odgovoran za štetu djeci koja nisu stranke u ugovoru. Presuda BGH (6. civ. div.), NJW, 1997/2073.

⁹⁷ Vidi: *Markesinis*, op. cit., str. 282. sq.

⁹⁸ Primjerice odgovornost odvjetnika za štetu prouzročenu suugovaratelju njegove stranke zbog toga što je, znajući da to ne odgovara istini, potvrdio solventnost svog klijenta, zbog čega je suugovaratelj propustio ugovoriti dodatna sredstva osiguranja. Vidi: *Zepos - Christodoulou*, op. cit., str. 56.

⁹⁹ Institut ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema trećima posebno se često koristi u sudskoj praksi za ustanovljavanje odgovornosti odvjetnika jer se smatra da obavljanje odvjetničke profesije stvara povjerenje javnosti, te da odvjetnik mora u svakom slučaju odgovarati onima koji su zbog povjerenja u točnost njegovih savjeta i mišljenja pretrpjeli štetu. (više vidi: *Markesinis*, op. cit., str. 293. sq.)

¹⁰⁰ Termin je veoma teško točno prevesti, no mogao bi se, iako dosta nespretno, označiti kao obveza stvaranja sigurnosti u prometu.

kojeg je stvorila, odnosno ako tako ne postupi, dužna je naknaditi štetu.¹⁰¹ Ova je obveza povrijeđena u svakom slučaju u kojem je postojala makar i najudaljenija mogućnost predviđanja nastupa štete, a nisu poduzete mjere da se ta šteta spriječi.¹⁰² Ona postoji uvijek pored i nezavisno od bilo kakve obveze preuzete ugovorom, ili obveze koja proizlazi iz odredaba st. 2. čl. 823. BGB-a, tj. obveze koju nameću tzv. protektivne pravne norme.¹⁰³

Koncept *Verkerspflichten* nastao je i dalje se razvija djelovanjem sudske prakse i predstavlja najznačajniji izvor deliktne odgovornosti za propust (*culpa in omittendo*). Centralni pravni problemi koje sudskoj praksi i teoriji nameće prihvaćanje osnovne ideje o odgovornosti za propust osiguravanja trećega od rizika vlastitog djelovanja jesu, s jedne strane, određenje kruga odnosa (*Verkehr*) u kojima ovakva obveza postoji (a to znači i kruga osoba koje moraju poštovati ovu obvezu),¹⁰⁴ a s druge strane, precizno definiranje sadržaja takvih obveza.¹⁰⁵ Prihvaćanje ove teorijske konstrukcije, a ona je danas sasvim sigurno jedna od temeljnih doktrina za ustanovljavanje deliktne odgovornosti na temelju odredaba § 823. st. 1. BGB-a,¹⁰⁶ još snažnije relativizira strogo razdvajanje ugovorne i deliktne odgovornosti.

Naime, priroda ovih posebnih dužnosti (*Pflichten*), čija povreda rađa deliktnom odgovornošću, pokazuje da je neodrživo klasično shvaćanje po kojem se ugovorna i deliktna odgovornost strogo razlikuju stoga što se ugovorna odgovornost vezuje za povredu postojeće obveze (subjektivnog prava na činidbu), a deliktna za povredu drugih subjektivnih interesa, odnosno povredu opće obveze nenanošenja štete. Kako je kod *Verkerspflichten* naglasak na definiranju standarda ponašanja (tj. dužne pažnje), na prvi pogled čini se da se radi o konkretizaciji ili pooštavanju kriterija krivnje kao osnova odgovornosti. No, prihvaćanje koncepta *Verkerspflichten* zapravo znači nametanje posebnih obveza (dužnosti) pažnje, odnosno obveza zaštite interesa druge osobe, iako ne postoji ugovorna ili quasi-ugovorna veza iz koje se rađa dužnost

¹⁰¹ Više o ovom konceptu vidi: *Von Bar, C., Verkehrspflichten, Köln-Berlin, 1980.; Palandt, op. cit., str. 1090.-1105.*

¹⁰² Koncept *Verkerspflichten* ima značajne sličnosti i dodirne točke s *common law* konceptom *duty of care*. Više vidi: *Markesinis, op. cit., str. 74.-79.*

¹⁰³ *Schutzgesetze* - vidi *infra*. (f.n. 107.)

¹⁰⁴ Drugim riječima, treba ustanoviti da li priroda odnosa "u prometu" između subjekata (iako ne postoji prethodno ustanovljeni *vinculum iuris* kao što je ugovor) opravdava nametanje obveze da se vodi računa o interesima druge strane i da se poduzimaju mjere radi zaštite tih interesa.

¹⁰⁵ U njemačkom pravu postoji veoma bogata sudska praksa koja daje odgovore na ova pitanja uzimajući u obzir različite faktore, kao što su vrsta djelatnosti kojom se subjekt bavi, priroda njegovog odnosa s oštećenikom (koja se u nekim slučajevima shvaća veoma slobodno, tj. ne traži se nikakav odnos u uobičajenom smislu riječi, primjerice kod odgovornosti za štete od mana na proizvodu ili kod odgovornosti za štete nastale zbog održavanja prometnica i sl.), težinu povrede, vjerovatnost nastupanja štete, predvidivost štete, troškovi i poteškoće uklanjanja opasnosti od štete i sl. Više vidi: *Palandt, op. cit., str. 1091.-1105.*

¹⁰⁶ Treba napomenuti da se ovo načelo razvilo kao generalizacija pravila postavljenog u čl. 836. BGB-a koji regulira odgovornost posjednika građevina za štete koje su trećima nastale od rušenja građevine ili odvajanja njenih djelovanja, a posljedica su grešaka u gradnji ili propusta u održavanju građevine. Posjednik građevine ne odgovara za štetu ukoliko je pokazao svu pažnju (poduzeo sve mjere) potrebnu da se otkloni opasnost od štete.

izvršenja prestacije. No, ako se željelo ovim konceptom proširiti deliktnu odgovornost i na čistu ekonomsku štetu, takvo je shvaćanje biti *Verkerspflichten* zapravo jedino moguće. Naime, njemačko pravo priznaje ovakvu štetu jedino ako je posljedica povreda već postojeće obveze, a ne samo povreda opće dužnosti *neminem laedere*. Prema tome, *Verkerspflichten* predstavljaju posebne, i to uvijek aktivne obveze zasnovane direktno na zakonu (pravu).

Zbog toga se u pravnoj teoriji ove obveze uspoređuju odnosno izjednačavaju s deliktним obvezama koje, prema odredbama čl. 823. st. 2. BGB-a, nastaju zbog povreda posebnih zakona koji su usmjereni na zaštitu trećih (tzv. *Schutzgesetze*),¹⁰⁷ a koje uvijek pokrivaju i čistu ekonomsku štetu. Dakle, i povreda *Verkehrspflichten*, odnosno povreda obveze pažljivog ponašanja, jednako kao i povreda posebne zakonske norme usmjerene na zaštitu trećih, stvara deliktnu odgovornost koja obuhvaća i čistu ekonomsku štetu.¹⁰⁸

S druge strane, priroda *Verkerspflichten* kao obveze osiguravanja interesa trećih nužno rezultira time da su "vjerovnici" ili beneficijari ovih obveza uvijek neodređeni i zapravo unaprijed neodredivi, a određenost vjerovnika je nužna strukturalna pretpostavka postojanja obveze.¹⁰⁹ Ako se promatraju s tog aspekta, mora im se negirati svojstvo obveze na činidbu, odnosno ova se koncepcija pokazuje samo kao konkretizacija i poštrenje standarda dužne pažnje.¹¹⁰

No, njemačka sudska praksa i pravna teorija ih ipak redovito tretiraju kao posebne obveze i time praktički ustanovljavaju identitet pravila koja vrijede za povredu obveza iz ugovora i povredu obveza koje proizlaze iz zakona (prava), kao što su obveze *Verkerspflichten*. Inzistira se da pravna osnova odgovornosti za povredu *Verkerspflichten* nije povreda standarda dužne pažnje (iako se sama obveza sastoji u pokazivanju brige i pažnje prema interesima trećih, odnosno osiguranju od rizika), nego protupravnost takvog ponašanja, propust da se izvrši zakonom nametnuta obveza.¹¹¹ Osim toga, *Verkerspflichten* kao obveza pažljivog ponašanja prema interesima drugoga pravilo je koje je njemačka sudska praksa već odavno prihvatila kao generalno načelo u tumačenju sadržaja ugovornih i quasi-ugovornih obveza. *Verkerspflichten* koje potječu iz preuzimanja ugovorne obveze i *Verkerspflichten* koje potječu direktno iz zakona identične su po svom sadržaju.

Tako se briše razlika između ugovorne i deliktne odgovornosti, one se shvaćaju kao dva izraza istog koncepta zaštite pravne sfere drugoga, štoviše, u sudskoj praksi

¹⁰⁷ Pod pojmom *Schutzgesetze* podrazumijevaju se sve pravne norme javnog i privatnog prava (od ustava do upravnog rješenja) kojima je cilj zaštititi određenu kategoriju subjekata od određene vrste štete. Više o ovoj odredbi BGB-a, koja zbog svoje širine postaje sve značajnija osnova odgovornosti za štetu u njemačkoj sudskoj praksi, vidi: *Markesinis*, op. cit., str. 890.-894.

¹⁰⁸ Vidi: *Von Bar*, op. cit., str. 161.

¹⁰⁹ Ovaj se teorijski i praktički problem ne postavlja kod obveza koje izviru iz povrede tzv. *Schutzgesetze*, budući da oštećenik koji traži naknadu na temelju st. 2. čl. 823. BGB-a mora dokazati da pripada krugu osoba koje su obuhvaćene namjerom zakonodavca da ih postavljanjem takve protektivne norme zaštititi od određene vrste štete, te da je šteta koju je pretrpio upravo ona koju je zakonodavac želio spriječiti donošenjem norme. Vidi: *Markesinis*, op. cit., str. 891.

¹¹⁰ O tome vidi: *Castronuovo*, op. cit., str. 207. sq.

¹¹¹ Vidi: *Von Bar*, op. cit., str. 164. sq., 180.

se ističe da je potpuno nepotrebno pozivati se na povredu ove obveze kao povredu ugovora ako postoji opća zakonska (pravna) obveza odgovornosti za povredu sigurnosti prometa u najširem smislu. Time se koncept *Verkerspflichten* pokazuje ne samo kao sredstvo da se premoste ograničenja BGB-a vezana za mogućnost naknade čiste ekonomske štete u okviru deliktne odgovornosti, nego i kao vrlo plastična ilustracija generalnog stava njemačkog prava prema relativnosti podjele na ugovornu i deliktnu odgovornost.

3. Značenje koncepta *Verkerspflichten* za odgovornost profesionalca

Iako je obveza poštovanja *Verkerspflichten* opća obveza koja tereti sve one koji se s oštećenikom nalaze u određenom odnosu koji se može nazvati odnosom prometa (*Verkehr*),¹¹² njena srž i pravna logika na kojoj se temelji posebno dolaze do izražaja kada se radi o odgovornosti pripadnika profesionalnih djelatnosti. Naime, specifične karakteristike profesionalnih djelatnosti i poseban status profesionalca čine ove djelatnosti područjem kojemu je imanentna, čak i bez posebne zakonske odredbe, obveza voditi brigu o zaštiti pravnih interesa svih onih koji se na bilo koji način i u bilo kojim okolnostima pouzdaju u sposobnosti i kompetenciju pripadnika profesije. Jer kod profesionalaca je, već prema prirodi njihove djelatnosti i odnosu društva prema toj djelatnosti, jasno da se obveza dužne pažnje prema interesima trećih ne ograničava na opću dužnost nenanošenja štete, dakle na *non facere*, već se sastoji u obvezi na *facere* koja postoji prije i neovisno od bilo kakvog ugovornog ili quaziugovornog preuzimanja obveze na izvršenje prestacije.

Prema tome, upravo u materiji odgovornosti profesionalca *Verkerspflichten* se jasnije nego u bilo kojoj drugoj oblasti pokazuju kao prave **pozitivne obveze zaštite**, čija povreda znači *culpu in non facere* i stvara na drugoj strani subjektivno pravo na naknadu štete. Činjenica da je povreda obveze zaštite osnova deliktne odgovornosti dovodi do toga da se deliktna odgovornost približava ili čak izjednačava s ugovornom,¹¹³ jer se obje sastoje u povredi prava drugoga da traži određeno ponašanje, u jednom slučaju ugovorenu prestaciju, a u drugom radnje koje će ukloniti rizik od nastanka štete.

Ako na kraju pokušamo rezimirati posljedice koje primjena koncepta *Verkerspflichten* ima u oblasti deliktne odgovornosti uopće, a posebno odgovornosti profesionalca, jasno je da ovakav odnos njemačkog prava prema problemu odnosa ugovorne i deliktne odgovornosti nužno rezultira prihvaćanjem konkurencije osnova odgovornosti za štetu u slučaju kada postoji ugovor, a ujedno su povrijeđene obveze koje nameće doktrina *Verkerspflichten*. No, to ujedno znači i da kada nema ugovora, osobe od kojih se očekuje poštivanje ovih obveza mogu odgovarati i za tzv. čistu

¹¹² Više o pojedinim kategorijama subjekata i oblastima djelovanja u kojima njemačka sudska praksa ustanovljava odgovornost pozivanjem na povredu *Verkerspflichten* vidi: *Palandt*, op. cit., str. 1091.-1105.

¹¹³ U teoriji se ističe da činjenica što se radi o pravim pravnim obvezama na određeno ponašanje znači da se u oblasti profesionalne odgovornosti zapravo deliktna odgovornost pretvara u ugovornu. Vidi: *Castronuovo*, op. cit., str. 216.

ekonomsku štetu, što inače prema odredbama § 823. st. 1. BGB-a ne bi bilo moguće.¹¹⁴

Osim toga, uključivanje pojma *Verkerspflichten* u korpus deliktne odgovornosti, dakle odgovornosti koja ne zahtijeva prethodno postojanje *vinculum iuris* kao što je ugovor ili quaziugovor, dovodi nužno do izjednačavanja kriterija po kojima se procjenjuje u ovom slučaju deliktna odgovornost s kriterijima po kojima se procjenjuje odgovornost zbog povrede postojeće obveze iz ugovora. Naime, osnova deliktne odgovornosti postaje povreda *Verkerspflichten*, koje su po pravnoj prirodi (bez obzira na određene pravnoteorijske prigovore takvom shvaćanju) ipak samostalne **obveze** zaštite koje izviru direktno iz zakona (prava). Stoga nužno slijedi da se standard dužne pažnje koja je povrijeđena time što je propušteno izvršenje obveze definirane kao *Verkerspflichten* izjednačava sa standardom koji vrijedi za povredu ugovorne obveze. Takav se stav izričito zastupa glede odgovornosti pripadnika medicinske profesije, pa se ističe da je dužnost brige o interesima oštećenika identična dužnosti koja proizlazi iz ugovora s pacijentom,¹¹⁵ isto tako i za arhitekta i pripadnike građevinske profesije¹¹⁶ i za odvjetnike.¹¹⁷

4.2.4. Angloameričko pravo

4.2.4.1. Englesko pravo

U sustavu *common law* problemu odnosa ugovorne i deliktne odgovornosti profesionalca dijelom se različito pristupa u pojedinim zemljama. Ali, ako se apstrahira od različitosti, može se zaključiti da je za sve zemlje zajedničko da priznaju konkurs ili sudjelovanje oba oblika odgovornosti za štete prouzrokovane radom profesionalnih osoba. To znači da ako postoji ugovor, oštećenik može birati između pravila o povredi ugovorne obveze i pravila deliktne odgovornosti, a ako ugovora nema, radi se o deliktnoj odgovornosti. Zbog toga što deliktna odgovornost postoji, u svakom slučaju smatra se da je za sustav *common law* karakteristično da u materiji profesionalne odgovornosti, promatrane kao integralni institut koji obuhvaća sve profesije, prednost daje deliktnoj odgovornosti.¹¹⁸

4.2.4.1.1. Negligence i profesionalna odgovornost za štetu

Ovakav stav prema profesionalnoj odgovornosti velikim je dijelom posljedica njenog povijesnog razvoja. Naime, u engleskom se pravu, koje je imalo odlučujući utjecaj na pravne sustave svih ostalih zemalja koje pripadaju ovom pravnom krugu, institut odgovornosti profesionalaca za štetu razvio u okviru instituta *negligence* koji

¹¹⁴ To je, kako je već naglašeno, bio vjerojatno glavni pravopolitički razlog razvoja ovog koncepta.

¹¹⁵ Vidi: *Palandt*, op. cit., str. 1092.

¹¹⁶ Vidi: *Palandt*, op. cit., str. 1091.; *Schlechtriem*, *Deliktshaftung der Subunternehmers gegenüber dem Bauherrn wegen Minderwerts seines Werks - Eine neue Entscheidung des House of Lords, Versicherungsrecht, 25 Jahre Karlsruher Forum, 1983.*

¹¹⁷ Smatra se da obavljanje odvjetničke profesije stvara odnos povjerenja koji opravdava da se na njega primjene pravila koja vrijede za odgovornost zbog povrede ugovora. Vidi: *Markesinis*, op. cit., str. 305. sq.

¹¹⁸ Tako: *Zepos - Christodoulou*, op. cit., str. 4. sq.

čini dio deliktne pravne odgovornosti. *Negligence* je jedan od oblika delikata u *common law* sustavu koji se od ostalih oblika delikata razlikuje po tome što nije ograničen na zaštitu točno određenog interesa, već može štiti bilo koji interes, od psihičkog i fizičkog zdravlja do javnih prava.¹¹⁹ Definira se kao nanošenje štete ponašanjem koje predstavlja povredu na pravu zasnovane dužnosti štetnika da vodi računa o interesima određenog oštećenika (tzv. “*duty of care*”), uz pretpostavku da nastupanje štete za određenog oštećenika nije štetniku bilo toliko nepredvidivo da se može smatrati da nema dovoljno bliske veze koja bi opravdala nametanja odgovornosti.¹²⁰

Pravni je institut *negligence* veoma složen i stoga ova definicija nedovoljno precizno određuje njegovu sadržinu. Osim toga, on se i dalje razvija, njegove se temeljne pretpostavke različito tumače i prilagođavaju vrlo širokom krugu situacija na koje se primjenjuju. No, glavni element ovog delikta uvijek je postojanje pravnom normom ustanovljene obveze štetnika da brine o interesima oštećenika. Ali, ne radi se o općoj i apstraktnoj obvezi pažljivog postupanja. Naime, nužni element delikta *negligence* jest zahtjev 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. Sljedeći zahtjev koji je logički i funkcionalno povezan s prethodnim jest tzv. “*foreseeability*” ili predvidivost, što znači da šteta koja nastane zbog povrede “*duty of care*” mora za štetnika, prema njegovim sposobnostima, znanju i okolnostima u kojima se nalazi, biti razumno predvidiva kao posljedica njegovog djelovanja ili propusta. I konačno, moderna sudska praksa ovim kriterijima dodaje i kriterij “*fairness, justice and reasonableness*”,¹²¹ što znači da se sudu daje široka diskrecijska ovlast da u svakom slučaju procjeni da li je nametanje odgovornosti u skladu sa zahtjevima pravde i pravičnosti, i to kako u odnosu na konkretnu poziciju stranaka u sporu, tako i s aspekta temeljnih pravnih načela, pravopolitičkih interesa, odnosno javnog interesa u najširem smislu riječi.¹²²

¹¹⁹ U materiji deliktne odgovornosti *common law* sustav značajno se razlikuje od većine europskih kontinentalnih prava. Naime, u zemljama koje pripadaju ovom sustavu ne postoji čvrsto ustanovljeni opći pojam civilnog delikta. Istina, postoji veoma širok i apstraktan koncept “*tort*” pod kojim se podrazumijeva povreda pravne obveze koja rađa štetom za interese pojedinca u toj mjeri da opravdava privatnu tužbu, ali ne i intervenciju predstavnika javnog interesa. No, na temelju tog općeg koncepta nastali su, uglavnom djelovanjem sudske prakse, pojedini posebni oblici delikata kao rezultat stava pravnog poretka prema tome kojim vrijednostima treba pružiti zaštitu u okviru deliktne odgovornosti. U praksi ponašanje štetnika može rezultirati odgovornošću za štetu jedino ako ispunjava pretpostavke za nastanak nekog od postojećih oblika civilnih delikata priznatih u sudskoj praksi. Naravno, taj proces je dinamičan i sudska praksa, a u novije vrijeme često i zakonodavac, na temelju općeg načela odgovornosti za štetu prouzrokovano drugome, stvara nove oblike delikata ili mijenja određene elemente postojećih oblika deliktne odgovornosti prilagođavajući ih novim pravopolitičkim ciljevima. Više vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit. str. 1.-14.

¹²⁰ Potrebno je naglasiti da se u angloameričkom pravu terminom *negligence* osim posebnog oblika civilnog delikta označava i stanje svijesti štetnika koji je počinio ovaj delikt, a isto tako i postupak kojim je šteta nanesena (tzv. *careless conduct*).

¹²¹ Time je u engleskom pravu ustanovljen tzv. *three stage test* za utvrđivanje postojanja odgovornosti na temelju *negligence*. Kriterij je postavljen u slučaju *Caparo Industries plc v. Dickman* (1990) 2 A.C. 605, str. 617.-618.

¹²² Više o institutu *negligence* vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 273.-440.

Ovakva struktura delikta *negligence* jasno pokazuje njegovu bliskost sa zahtjevima koje pred pravni poredak postavlja problem ustanovljavanja odgovornosti profesionalca za štetu. Stoga ne začuđuje da je pravni koncept *negligence* u velikoj mjeri nastao i razvijao se upravo vezano za odgovornost osoba koje se u vršenju svoje profesionalne dužnosti nisu ponašale u skladu s pravilima struke.

Osim toga, razvoj ove odgovornosti pokazuje koliko je nejasna i fluidna granica između ugovorne i deliktne odgovornosti. Naime, prvi slučajevi u kojima se spominje pojam *negligence* vezani su za razvoj tužbe (tzv. *writ of assumpsit*) koja je omogućavala naknadu štete što je jedna strana uzrokovala drugoj time što je propustila u potpunosti obaviti obvezu ili pokazati očekivani stupanj profesionalne pažnje i stručnosti u obavljanju obveze iz ugovora.¹²³ Ova tužba, koja je originalno bila tužba iz delikta (*tort*), kasnije se djelovanjem sudske prakse pretvorila u današnju opću tužbu zbog neizvršenja ili neadekvatnog izvršenja ugovorne obveze. Time se otvara mogućnost da se pripadnika profesije tuži za naknadu štete zbog povrede ugovorne obveze. Ali, engleska sudska praksa time nije odbacila mogućnost da se profesionalca tuži za *negligence* kao delikt. Naime, smatra se da preuzimanje ugovorne obveze da se vodi računa o interesima stranke ne isključuje *duty of care* kao zakonsku obvezu,¹²⁴ i da ta povreda povlači za sobom i deliktnu odgovornost, pored ugovorne. To znači da ako nema ugovora odgovornost je profesionalca deliktna, a ako postoji ugovor, postoji i konkurencija osnova odgovornosti.

Takav stav prema odgovornosti profesionalca zadržan je u osnovi i danas, odnosno oštećeni slobodno bira na koju će se vrstu odgovornosti pozvati. Preuzimanje ugovorne obveze ujedno je preuzimanje odgovornosti da se usluga obavi s razumnom vještinom, sposobnošću i pažnjom, što znači da je tzv. *professional negligence* uvijek ujedno i povreda ugovora.¹²⁵

4.2.4.1.2. Konkurencija osnova odgovornosti u pojedinim oblastima profesionalnih usluga

Suvremeno englesko pravo, uz određena odstupanja, načelno dopušta konkurenciju osnova odgovornosti svih pripadnika profesionalnih djelatnosti.¹²⁶ Što

¹²³ Takva se deliktna tužba mogla podići protiv različitih kategorija osoba, odnosno obuhvaća mnoge profesije u širem smislu riječi, a ne samo današnji pojam tzv. intelektualnih profesija. Odlučujući kriterij bila je činjenica da je povrijeđena obveza dužne pažnje i kompetentnosti koju nameće bavljenje profesijom ili zanatom koji zahtijeva određena znanja i vještine (primjerice liječnici, javni prijevoznici, gostioničari, pa čak i javni službenici).

¹²⁴ Pojam "zakonska obveza" (*legal duty of care*) ovdje naravno, zbog specifičnosti *common law* sustava, u pravilu ne znači obvezu koja proizlazi iz zakona kao vrste normativnog akta, nego obvezu zasnovanu na pravu u najširem smislu.

¹²⁵ Takav stav koji je sudska praksa razvila kao jedan od temeljnih *common law* principa, danas je u engleskom pravu podignut i na razinu statutarne, tj. zakonske obveze. Naime, *The Supply of Goods and Services Act 1982.* u čl. 13. propisuje da svaki ugovor o obavljanju usluga implicite sadrži odredbu koja obvezuje profesionalca na razumnu pozornost i kompetentnost u izvršenju preuzete obveze.

¹²⁶ Korištenje pravila o deliktnoj odgovornosti, iako postoji mogućnost da se poziva na povredu ugovorne obveze, za stranku može biti od interesa naročito zbog razlika u pravilima o zastari. Naime, zastarni rok za tužbu za naknadu štete zbog povrede ugovora počinje teći od (manjkavog) ispunjenja ugovorne obveze, a za tužbu iz delikta od trenutka nastanka štete zbog loše obavljene usluge, što veoma često može biti mnogo kasnije.

se tiče medicinske struke, pravilo o konkurenciji osnova odgovornosti uvijek je bilo nesporno. No, što se tiče odvjetničke profesije, arhitekata, pripadnika građevinske struke (tzv. *consulting engineer*) i građevinskih procjenitelja ili inspektora (tzv. *surveyors*), to nije uvijek bilo tako. Do pred konac sedamdesetih godina u engleskom je pravu prevladavao stav¹²⁷ da njihova odgovornost za tzv. čistu ekonomsku štetu može biti samo ugovorna odgovornost, a deliktna je bila moguća samo u slučaju povrede drugih pravom zaštićenih interesa. To znači da je odvjetnik (arhitekt, pripadnik građevinske struke itd.) u slučaju da je uslugu pružio besplatno, stranci odgovarao samo za tzv. fizičku štetu. Isto pravilo je vrijedilo i u pogledu odgovornosti pripadnika ovih profesija prema trećim osobama.

Prva profesija (osim medicinske) kod koje je dopuštena konkurencija osnova odgovornosti bilo je odvjetništvo. Naime, već krajem sedamdesetih godina u sudskoj je praksi prihvaćen stav da i u slučaju kada postoji ugovor između odvjetnika i stranke treba dopustiti paralelnu deliktnu odgovornost i za tzv. čistu ekonomsku štetu.¹²⁸

No, na ovom mjestu treba upozoriti da je razvoj pravne misli u pravcu priznavanja konkurencije osnova odgovornosti profesionalca, koji je započeo u oblasti odvjetničke odgovornosti, doveo do izmjene stavova prema ovom problemu i u drugim profesijama. Stoga ćemo šire izložiti elemente ovog razvoja samo vezano za odvjetničku profesiju.

No, prije upuštanja u raspravu o načinima i razlozima proširenja osnova odgovornosti odvjetnika treba određenu pažnju posvetiti razlozima zbog kojih je starije englesko pravo inzistiralo na njegovoj ugovornoj odgovornosti. Temeljni razlog, pored činjenice da u praksi redovito između odvjetnika i stranke postoji ugovorni ili barem fiducijarni odnos,¹²⁹ svakako je i stav engleskog prava prema kojemu priroda odvjetničke djelatnosti nalaže odvjetniku apsolutnu lojalnost interesima stranke, a proširenje deliktne odgovornosti, smatralo se, predstavljalo bi značajnu opstrukciju tog temeljnog cilja odvjetništva kao profesije. Zbog straha od deliktne odgovornosti odvjetnik bi bio oprezan i suzdržan u obavljanju svoje djelatnosti.

Osim toga, na ovakav stav sigurno je utjecala i jedna specifičnost odgovornosti odvjetničke profesije u engleskom pravu koja isto tako baca određeno svjetlo na danas napušteni stav da odgovornost *solicitora* za čistu ekonomsku štetu može biti samo ugovorna. Riječ je o veoma snažnoj ukorijenjenosti instituta "*immunity of the bar*" u engleskom pravu. Naime, više od dvjesto godina bilo je u engleskoj sudskoj praksi prihvaćeno stanovište da tzv. *barristers (advocats)*, tj. odvjetnici koji imaju pravo zastupanja stranke pred sudom, ne mogu odgovarati za *negligence*, odnosno za štetu koju su, povredom standarda dužne profesionalne pažnje, uzrokovali stranci zastupajući je u civilnim ili kaznenim stvarima pred sudom, ili obavljajući pripremne radnje za zastupanje.¹³⁰ Isti imunitet od odgovornosti uživali su i u odnosu na sve treće kojima je šteta nastala zbog njihovog djelovanja u svezi zastupanja stranke pred sudom.

¹²⁷ Više vidi: *Zepos - Christodoulou*, op. cit., str. 45.; *Harpwood*, op. cit., str. 15. sq.; *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 444.-445. i 481. sq.

¹²⁸ Takav je stav zauzet u presudi *Midland Bank v. Hett, Stubbs & Kemp* (1979) Ch. 384., a kasnije je potvrđen i u drugim presudama *The House of Lords*. Više vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 485. sq.

¹²⁹ Što znači da se smatra da je stranka dovoljno "osigurana" pravilima o ugovornoj odgovornosti.

¹³⁰ Naravno, za povredu profesionalnih obveza koje nisu vezane uz zastupanje na sudu *barrister* odgovara po načelima deliktne odgovornosti.

Ovako široki imunitet priznavao se zbog zaštite javnog interesa vezanog za funkcioniranje pravosuđa. Nesmetano odvijanje pravosudne djelatnosti zahtijeva osiguranje nezavisnosti *barristera*, a strah od moguće civilnopravne odgovornosti ugrozio bi to načelo. Osim toga, moguća odštetna odgovornost ugrožava i načelo konačnosti presuđene stvari, koči ili usporava rad pravosuđa, a isto tako nespojiva je s konceptom po kojem je *barrister* ne samo u službi stranke, nego prvenstveno službenik suda, odnosno pravde. *Barrister* ne može odgovarati za povredu *duty of care* ni po odredbama ugovornog prava, budući da prema specifičnom sustavu zastupanja pred sudom u engleskom pravu između stranke i *barristera* u pravilu nema ugovora.¹³¹ Razlozi koji su govorili u prilog prihvatanja imuniteta *barristera* nisu se nikad mogli isticati u svezi s odgovornošću *solicitora*, jer on u pravilu nema pravo zastupanja stranke pred sudom. Ali, ovakav stav prema odgovornosti dijela odvjetničke profesije koji je potpuno isključivao njenu deliktnu odgovornost vjerovatno je bitno utjecao na to da se i odgovornost drugog dijela te profesije (tj. *solicitora*) svodi na ugovornu odgovornost.

No, negdje krajem devedesetih godina, englesko pravo konačno napušta tradicionalni stav prema institutu *immunity of the bar*, pa je danas ovaj imunitet značajno sužen. Načelno *barrister* odgovara za *professional negligence*, odnosno povredu razumnog stupnja vještine i pažnje u obavljanju profesionalne dužnosti, i to kako prema stranci tako i prema trećima, dakle njegov se položaj izjednačava s položajem bilo kojeg drugog profesionalca. To je rezultat dugogodišnjih rasprava u teoriji i sudskoj praksi u kojima se opći imunitet *barristera* već dugo izlagao ozbiljnoj kritici, prvenstveno polazeći sa stanovišta da položaj *barristera* kao profesionalca ne može biti toliko značajno različit od položaja ostalih profesionalaca, a posebno ostalih pripadnika odvjetničke struke koji su u međuvremenu, od kraja sedamdesetih godina naovamo, izloženi podjednako ugovornoj i deliktnoj odgovornosti. Zauzet je stav da glavni pravopolitički razlozi koji su uvjetovali postojanje imuniteta više nemaju u novim uvjetima isto značenje, odnosno da ne mogu nositi prevagu pred drugim, značajnijim interesima koje treba zaštititi. To je prvenstveno načelo odgovornosti profesionalca za povredu pravila struke i dužnosti razumne pažnje prema interesima stranke.¹³² Smatra se da se nezavisnost odvjetničke profesije i načelo nesmetanog rada suda mogu osigurati podjednako efikasno i drugim sredstvima koja neće ugrožavati temeljno pravo oštećenika na naknadu štete prouzrokovane povredom profesionalne obveze, odnosno *duty of care* koju pripadnik svake profesije duguje strankama i trećim osobama.¹³³ Osim toga, generalni imunitet *barristera* od svakog oblika civilnopravne

¹³¹ Stranka je u ugovornom odnosu s *solicitorom* koji angažira *barristera* koji će stranku zastupati pred sudom, budući da *solicitori* nemaju pravo zastupanja pred svim sudovima. No, to ne znači da nije moguće i da *barrister* sklopi ugovor sa strankom i u tom slučaju na njega se primjenjuju opća pravila o kontraktnoj odgovornosti.

¹³² Slučaj kojim je u engleskom pravu po prvi put jasno i nedvosmisleno na najvišoj razini (*the House of Lords*) zauzet stav o napuštanju generalnog imuniteta *barristera* je: *Hall (Arthur J. S.) & Co v. Simons*, (2000) 3 W.L.R. 543.

¹³³ Što se tiče prigovora da priznavanje ove odgovornosti (a naročito ako se ona priznaje i prema trećima, a ne samo prema stranci) otvara ozbiljnu opasnost od ogromnog broja mogućih neosnovanih tužbenih zahtjeva, ističe se da pravni sustav raspolaze učinkovitim sredstvima da većinu takvih zahtjeva odbije u ranim fazama postupka. Vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 483.

odgovornosti svakako je protivan obvezama koje je Velika Britanija preuzela kao potpisnica Europske konvencije o ljudskim pravima.¹³⁴

Ali, treba naglasiti da napuštanje imuniteta kao generalnog koncepta ne znači da je u engleskom pravu svaka tužba protiv odvjetnika dopuštena. S jedne strane ostaje nedimut imunitet odvjetnika od odgovornosti prema stranci i prema trećima za ono što je rečeno u postupku pred sudom. Osim toga, ukoliko pozivanje stranke na *negligence* očito ugrožava načelo presuđene stvari, a ne postoje uvjerljivi dokazi koji govore o tome da bi da nije bilo djelovanja odvjetnika postupak završio sasvim drugačije, smatra se da se radi o zloporabi procesnih ovlaštenja i tužba se odbacuje.¹³⁵

4.2.4.1.3. Utjecaj načela *Hedley Byrne v. Heller* na profesionalnu odgovornost

Kako je već rečeno, početkom sedamdesetih godina, engleska sudska praksa odustaje od ograničavanja odgovornosti odvjetnika na ugovornu odgovornost. Takav je stav posljedica primjene načela izraženih u presudi *Hedley Byrne v. Heller*¹³⁶ na profesionalnu odgovornost odvjetnika, arhitekata, pripadnika građevinskih profesija, ovlaštenih računovođa itd., ali i na odgovornost pripadnika medicinskih profesija kod kojih je i ranije načelno postojala konkurencija osnova odgovornosti. Stajalište izraženo u toj presudi, koja je imala veoma značajan utjecaj na razvoj instituta *negligence* uopće, a posebno na odgovornost profesionalaca, omogućava da se premosti jedno veoma bitno ograničenje deliktne odgovornosti u engleskom pravu. Naime, načelno se u engleskom pravu odgovornost za tzv. *pure economic loss* (čista ekonomska ili financijska šteta) ograničava na ugovornu odgovornost, a nije moguća kod deliktne odgovornosti. Kao i u njemačkom pravu, pod pojmom *pure economic loss* podrazumijeva se financijski gubitak koji je oštećeni pretrpio, ali koji ne proizlazi ni iz povrede osobe niti iz povrede vlasničkih i njima srodnih imovinskih prava osobe (tzv. fizička šteta, *physical damage*, kao suprotnost pojmu *pure economic loss*).¹³⁷

No, presuda *Hedley Byrne v. Heller* označava odstupanje od takvog stava jer postavlja načelo da osoba koja je postupajući nemarno dala pogrešan savjet, informaciju ili izjavu može odgovarati na osnovi delikta *negligence* osobi koja je oslanjajući se na takvu izjavu pretrpjela *pure economic loss*. Naravno, ako je štetu od takve izjave pretrpjela osoba kojoj je izjava (informacija, savjet) dana na temelju ugovora, odgovornost je ugovorna i ona je i prije postavljanja ovog načela obuhvaćala

¹³⁴ Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda donijelo je Vijeće Europe u Rimu 1950. godine, a stupila je na snagu 1953. godine. Više o Europskoj konvenciji vidi: *Van Dijk, P. - Van Hoof, G. J. H., Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Müller, Sarajevo, 2001.

¹³⁵ No, treba napomenuti da čak i u takvim slučajevima sudska praksa dozvoljava tužbu za *negligence*, primjerice ako se radi o propustu odvjetnika koji je doveo do toga da stranka nije imala priliku izložiti svoje razloge pred sudom, ili joj je uskraćena mogućnost žalbe, ili nije imala priliku koristiti usluge odgovarajućih vještaka, te pod određenim uvjetima, ako je postupak završio sudskom nagodbom koju je sklopio odvjetnik. Više vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 482-484.

¹³⁶ *Hedley Byrne v. Heller* ((1964) A.C. 456.

¹³⁷ Npr. šteta koja je subjektu nastala zbog pogrešnog savjeta vezanog za financijska ulaganja i sl. Pojam *pure economic loss* ima određene sličnosti s pojmom izgubljene dobiti, ali se nikako ne može s njim potpuno izjednačiti jer se ne mora raditi o tome da uslijed štetne radnje nije ostvarena očekivana dobit, već se *pure economic loss* može sastojati i u umanjenju postojeće imovine subjekta.

i čistu ekonomsku štetu. No, presuda *Hedley Byrne v. Heller* proširuje takvu odgovornost i na slučajeve kada se savjet ili informacija daje iako nema ugovora, a isto tako proširuje je i prema osobama s kojima je ugovorna strana kojoj je savjet ili informacija bila namijenjena tu izjavu prenijela. To znači da se odgovornost za čistu ekonomsku štetu proširuje izvan ugovorne odgovornosti, tj. moguća je i kada ugovora nema, a u odnosu prema suugovaratelju moguća je i onda kada je ugovorom odgovornost za takve štete izričito isključena.

Ali, iako se za postojanje odgovornosti za povrijeđenu dužnost brige o interesima drugoga ne traži postojanje ugovora, pa čak ni posebnog fiducijarnog odnosa sličnog ugovoru, da bi odgovornost postojala, ipak je potrebno da između štetnika i oštećenika postoji "poseban odnos" koji opravdava oslanjanje oštećenoga na ispravnost informacije, savjeta ili izjave. Ovaj se zahtjev postojanja tzv. posebnog odnosa (*special relationship*) veoma različito shvaća i interpretira u sudskoj praksi i pravnoj teoriji. No, njegovo je definiranje veoma važno jer predstavlja *conditio sine qua non* odgovornosti, odnosno, ako takvog posebnog odnosa nema, tuženi ne duguje *duty of care* prema interesima oštećenoga i nema odgovornosti za čistu ekonomsku štetu. Ako se ova veza shvaća dosta široko i slobodno, odgovornost se proširuje, a ako se zahtijevaju strože pretpostavke za njeno postojanje, odgovornost je u većem broju slučajeva isključena.

Prema većini stajališta smatra se da ovakav poseban odnos postoji ako su ispunjene dvije pretpostavke. S jedne se strane zahtijeva da je oštećenik u konkretnim okolnostima mogao razumno očekivati da će štetnik pokazati potreban stupanj pažnje i stručnosti u davanju savjeta ili informacije, a s druge da je štetnik znao ili morao znati da će se oštećenik osloniti na njegovu izjavu, savjet ili informaciju.¹³⁸ Osim toga, u procjenjivanju da li autor izjave, savjeta ili informacije duguje *duty of care* oštećeniku, uzimaju se u obzir i različiti drugi faktori, kao što je cilj radi kojega je takva izjava dana, priroda odnosa davatelja izjave i onoga kome je namijenjena, a ako se radi o oštećenju osobe kojoj je izjava prenesena, relevantan je i razlog zbog kojega je prenesena, priroda odnosa između onoga kome je savjet namijenjen i trećega kojemu je on izjavu prenio, itd.

Iako su načela koja izvire iz presuda *Hedley Byrne v. Heller* originalno formulirana u pogledu šteta nastalih kao posljedica nemarno dane izjave, savjeta ili informacije, sudska praksa je djelovanje instituta proširila i na usluge općenito. Zauzet je stav da priroda usluge koja zahtijeva određenu sposobnost, znanje ili vještinu može rezultirati time da davatelj usluge prešutno preuzima odgovornost prema svima na čije bi interese nemarno i nesavjesno obavljanje usluge moglo utjecati, naravno ako su ispunjeni ranije spomenuti uvjeti.

Razvoj pravne misli koji je potakao slučaj *Hedley Byrne v. Heller* u velikoj je mjeri utjecao na proširenje odgovornosti profesionalaca uopće, a predstavlja i direktan povod za zauzimanje stava da odgovornost *solicitora* može uvijek pored ugovorne biti

¹³⁸ Značajno je napomenuti da se u velikom dijelu sudske prakse engleskih sudova ova veza shvaća i mnogo strože, odnosno zahtijeva se da je štetnik preuzeo obvezu da svoje sposobnosti i vještinu upotrijebi u korist oštećenika. To naravno nije ugovorna obveza, ali iz kontakata stranaka mora biti jasno da postoji takvo prešutno preuzimanje odgovornosti (*assumption of responsibility*). Više o veoma različitim stavovima sudske prakse povodom ovog problema vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit. str. 340. sq.

i deliktna odgovornost. To je sasvim razumljivo s obzirom da se djelatnost pripadnika intelektualnih profesija, a time svakako i odvjetnika, veoma često sastoji u davanju savjeta, mišljenja, informacija ili procjena na koje se i stranke oslanjaju, jer zbog same činjenice da se radi o pripadniku profesije imaju osnove razumno očekivati da je takva izjava točna. Osim toga, svaka profesionalna usluga je usluga koja zahtijeva stručnost i kompetenciju i time opravdava povjerenje i stranke, a u određenoj mjeri i treće osobe na čije interese takva usluga može utjecati. Zbog svega toga ograničenje odgovornosti *solicitora* ili bilo kojeg drugog profesionalca na ugovornu odgovornost postaje u svjetlu načela koje postavlja *Hedley Byrne v. Heller* potpuno neodrživo.

Nakon prodora u materiji odvjetničke odgovornosti, ovo se načelo počinje tijekom devedesetih godina primjenjivati i na odgovornost građevinskih procjenitelja (inspektora). Ukoliko postoji ugovor, postoji i konkurs osnova odgovornosti, a ako ugovora nema, tj. ako se usluga daje besplatno, deliktna se odgovornost proširuje i na *pure economic loss*.

Isto vrijedi i za odgovornost arhitekata i građevinskih inženjera prema stranci, tj. prihvaćen je stav da ove osobe stranci odgovaraju ne samo na temelju ugovora, nego da deliktna odgovornost pokriva i čistu ekonomsku štetu.

4.2.4.1.4. *Odgovornost profesionalca prema trećima*

Što se tiče odgovornosti profesionalca prema trećima, dakle onima s kojima profesionalac nije u ugovornom ili barem fiducijarnom odnosu, englesko pravo, za razliku od njemačkog, francuskog ili talijanskog prava, ipak zadržava određene rezerve i pravila o odgovornosti prema trećima za *pure economic loss* variraju od profesije do profesije. Naravno, deliktna odgovornost, tj. odgovornost za *negligence* prema trećima koji su uslijed aktivnosti profesionalca pretrpjeli određene direktne fizičke štete načelno je nesporna ako su ispunjene pretpostavke koje ovaj institut zahtijeva, tj. ako je morao razumno predvidjeti da bi za trećega zbog njegovog ponašanja mogla nastati šteta, što znači da postoji dovoljno "bliska veza" koja opravdava nametanje *duty of care* i prema interesima trećega.¹³⁹ Ali, što se tiče odgovornosti za čistu ekonomsku štetu uzrokovanu trećima, kriteriji koje engleska sudska praksa postavlja nisu toliko jasni, u pravilu se priznaje samo u određenim specifičnim okolnostima, a među profesijama postoje značajne razlike. No, za sve je karakteristično da kriterij predvidivosti štete za "razumnog profesionalca" nije dovoljan da se ustanovi njegova odgovornost.

Sumirajući iskustva sudske prakse pravna teorija ističe da moraju biti kumulativno zadovoljeni određeni strogi zahtjevi koji opravdavaju ovakvo proširenje odgovornosti.¹⁴⁰ Tako se zahtijeva da postoji veoma visok stupanj bliskosti (*proximity*) između profesionalca i oštećenika. Zatim, u načelu se ne priznaje odgovornost prema neograničenom broju osoba¹⁴¹ ili za neograničeni krug transakcija. Ako se radi o šteti

¹³⁹ Primjerice odgovornost arhitekta i graditelja za štete koje su treći pretrpjeli od posljedica nedostataka u planiranju ili gradnji građevine i sl.

¹⁴⁰ Vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 447. sq.

¹⁴¹ Tj. oštećenik mora pripadati određenoj grupi koju je moguće identificirati po zajedničkim karakteristikama ili položaju.

nastaloj zbog oslanjanja trećeg na mišljenje, savjet ili informaciju koju je profesionalac dao svojoj stranci, odgovornost postoji jedino ako se treći "mogao razumno osloniti" na točnost te izjave, a sudska praksa u pravilu zahtijeva i da je profesionalac "znao da stranka namjerava proslijediti izjavu trećemu da bi ga navela na određeno ponašanje." Osim toga, u pravilu nema odgovornosti ako bi obveza prema interesima stranke kolidirala s *duty of care* prema interesima trećega.¹⁴² Ako je prema ugovoru profesionalca sa strankom treći onaj prema kojemu su usmjerene koristi od ispunjenja obveze profesionalca, načelno je moguća odgovornost profesionalca i prema stranci i prema trećemu, no sudska praksa nastoji ograničiti odgovornost prema trećemu samo na slučajeve u kojima bi bez takve odgovornosti profesionalca treći ostao sasvim nezaštićen. I konačno, u načelu profesionalac ne odgovara trećima za kvalitetu proizvoda ili građevine.

Iako su navedena "pravila" u određenoj mjeri zajednička za sve profesije, odvjetništvo je sigurno djelatnost u kojoj se najdalje otišlo u proširenju odgovornosti prema trećima. No, to je karakteristika suvremenog engleskog prava i razvoja pod utjecajem načela *Hedley Byrne v. Heller* na ovu oblast. Naime, u starijem engleskom pravu, kao i u pravima ostalih zemalja sustava *common law*, dugo se smatralo da odvjetnik ne odgovara za štetu koja je trećima nastala zbog njegovog djelovanja poduzetog u ispunjavanju ugovorne obveze prema stranci, čak i kada su bile ispunjene pretpostavke za nastanak deliktne odgovornosti. Takva se odgovornost dopuštala samo iznimno, i to ako se radilo o grubom kršenju pravnih normi i težim oblicima krivnje.¹⁴³ Smatralo se da je odgovornost prema trećima nespojiva s dužnošću odvjetnika da brani interese samo svoje stranke i da jedino njoj duguje lojalnost. Ovakav odnos prema odgovornosti prema trećima posljedica je shvaćanja odvjetničke odgovornosti kao prvenstveno ugovorne odgovornosti, odnosno odgovornosti koja proizlazi iz povrede *equity* pravila ili pak povrede fiducijarnih obveza u užem smislu, što znači da se ugovorna obveza ili obveza iz specijalnog odnosa povjerenja ne može proširivati na treće osobe.¹⁴⁴

Ali već od četrdesetih godina prošlog stoljeća sudska praksa počinje napuštati ovako rigidna shvaćanja i proširivati deliktnu odgovornost odvjetnika prema trećima, naravno samo ako su ispunjeni uvjeti predvidivosti štete, postojanja bliske i direktne veza između odvjetnika i oštećenika, te uvjet koji se definira kao *public policy reasons*, tj. da se može smatrati da bi u konkretnim okolnostima bilo pravedno i razumno da pravni sustav stavi odgovornost za štetu koju je pretrpio treći na teret odvjetniku.

Od strogog inzistiranja na načelu *Privity of Contract* odustaje se u prvom redu u svezi sa štetama uzrokovanim onim trećim osobama koje su direktni beneficijari obveze koju je odvjetnik preuzeo prema stranci. Tako postoji relativno bogata sudska praksa vezana za slučajeve odgovornosti odvjetnika prema beneficijarima oporuke. U

¹⁴² Osim naravno, ako je profesionalac izričito preuzeo obvezu prema interesima i jednoga i drugoga.

¹⁴³ Tako vidi: Zepos-Christodoulou, op. cit., str. 53.sq.

¹⁴⁴ Inzistiralo se ne poštovanju doktrine "*Privity of Contract*" kao temelja ugovornog prava, a po kojoj ugovor u načelu ne može stvarati obveze niti dodjeljivati prava trećim osobama. Više o ovom konceptu vidi: *Chitty on Contracts*, Vol. I, General Principles, Sweet & Maxwell, London, 1977., str. 1093.-1136.

nekim slučajevima radi se o šteti koja je nastala zato što je oporuka zbog propusta odvjetnika u postupku njenog sastavljanja proglašena ništavnom,¹⁴⁵ a odgovornost odvjetnika postoji i kada je propustio prije smrti ostavitelja ispuniti njegov precizan i definitivni zahtjev da sastavi oporuku u korist određenih trećih osoba.¹⁴⁶

U svim slučajevima odgovornosti odvjetnika prema trećima odlučujuće je pitanje tumačenja uvjeta predvidivosti i uvjeta postojanja bliske veze odvjetnika i treće osobe, budući da upravo stav prema ovim zahtjevima dopušta da se razlikuju situacije u kojima bi proširivanje odgovornosti i prema trećima bilo nepravično i suprotno prirodi i svrsi odvjetničke djelatnosti, kao djelatnosti čiji je primarni cilj zaštita interesa stranke. Naime, odvjetnik prvenstveno duguje *duty of care* interesima stranke i ako izvršenje te obveze dovodi do štete za trećega, odvjetnik za to u pravilu ne odgovara. Tako odvjetnik ne odgovara za štetu nanесenu protivniku njegove stranke u sudskom sporu, ili suugovaratelju s kojom je stranka uz njegovo posredovanje zaključila ugovor, ili nasljednicima stranke za loš savjet koji je umanjio imovinu stranke i sl. U svim tim slučajevima smatra se da ne postoji dovoljno bliska veza odvjetnika i trećega koja bi bila temelj ustanovljavanja *duty of care* prema interesima trećega.¹⁴⁷

No, u slučajevima u kojima je treći beneficijar obveze odvjetnika koja proizlazi iz njegovog odnosa sa strankom nesumnjivo je da postoji blizak i neposredan odnos odvjetnika i trećeg, te da je ispunjen uvjet predvidivosti štete zbog njegovog propusta da ispuni nalog stranke. Iako je odvjetnikova obveza prvenstveno obveza prema stranci, ona se širi i na druge osobe koje su u bliskoj vezi s tim odnosom. Osim toga, u sudskoj se praksi ističe da je obveza voditi računa o interesima trećih u ovakvim slučajevima zapravo sastavni dio obveze odvjetnika prema stranci, jer je nalog stranke bio upravljen na zaštitu (ostvarenje) interesa trećih.¹⁴⁸

Druga grupa slučajeva u kojima se u engleskom pravu priznaje odgovornost odvjetnika prema trećima čine oni u kojima je treći pretrpio štete zato što se oslonio na savjet ili mišljenje odvjetnika koje je bilo prvenstveno namijenjeno stranci. I ovdje se odgovornost priznaje jedino pod uvjetom da između odvjetnika i trećega postoji blizak odnos, odnosno da treći pripada krugu osoba s kojima je odvjetnik u bliskom i neposrednom odnosu. Osim toga, zahtijeva se da odvjetnik daje savjet ili informaciju s namjerom da po tom savjetu postupi i treća osoba, ili barem znajući da će ona tako postupiti.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Više o ovakvim slučajevima u engleskom pravu i u pravima ostalih zemalja *common law* sustava, vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 485. sq.

¹⁴⁶ Jedna od najpoznatijih je presuda *White v. Jones*, (1995) 2 A. C. 207. Više o ovome slučaju i razlozima za priznavanje odgovornosti odvjetnika vidi: *Markesinis*, op. cit., str. 295.-305.

¹⁴⁷ *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 486. sq.

¹⁴⁸ Takav stav iznesen je u presudi *White v. Jones*. Više vidi: *Markesinis*, op. cit., str. 300. sq.

¹⁴⁹ Primjerice, u sudskoj praksi je pozivanjem na načela *Hedley Byrne v. Heller*, zauzet stav da odvjetnik odgovara za čistu ekonomsku štetu supruzi svoje stranke u bračnom sporu zbog toga što nije poštovao dobrovoljno preuzetu obvezu da izvrši nalog suda da zadrži putovnicu stranke pomoću koje su i djeca iz braka mogla putovati. Zauzet je stav da je preuzimajući takvu obvezu prešutno preuzeo *duty of care* i prema interesima supruge. Vidi: *Al Kandari v. J. R. Brown & Co.*, (1988) Q.B. 665. Isto tako odvjetnik koji budućeg suugovaratelja stranke obavještava o solventnosti ili kreditnoj sposobnosti svoje stranke odgovara za netočnost podataka.

U osnovi ista načela primjenjuju se i za odgovornost *surveyora* prema trećima. Prema načelima postavljenim u slučaju *Hedley Byrne v. Heller* postoji odgovornost prema trećima, ali samo pod uvjetom da je *surveyor* znao ili mogao znati da će njegovo mišljenje stranka proslijediti trećima koji će se osloniti na ispravnost takvog mišljenja. Iako krug trećih koji se mogu pojaviti kao oštećenici nije načelno ograničen, u praksi su to najčešće kupac nekretnine, odnosno založni vjerovnik ili (i) založni dužnik ako se procjena vrijednosti nekretnine obavlja radi odobravanja zajma.¹⁵⁰

No, što se tiče odgovornosti arhitekata i graditelja prema trećima, načelno je ona još uvijek ograničena na odgovornost za fizičke štete, a ne pokriva čistu ekonomsku štetu. Istina, sudska praksa dopušta određena odstupanja od ovog načela, ali samo pod pretpostavkom da je arhitekt ili graditelj jasno i nedvosmisleno preuzeo odgovornost za ispravnost svoje usluge i prema trećemu.¹⁵¹

4.2.4.2. *Ostale zemlje common law sustava*

Ovakvi stavovi engleskih sudova bitno su utjecali i na stavove sudova u mnogim zemljama bivšeg *Commonwealtha*, tako da se može reći da je za većinu zemalja *common law* sustava danas karakteristično da priznaju konkurenciju osnova odgovornosti. U nekim zemljama ovaj razvoj ide i mnogo dalje od engleskog prava. Tako recentna praksa kanadskog Vrhovnog suda pokazuje čak i veću fleksibilnost prema proširenju deliktne odgovornosti za *pure economic loss* od prakse engleskih sudova. Štoviše, kanadska sudska praksa značajno proširuje deliktnu odgovornost za pogrešnu profesionalnu procjenu (izjavu, informaciju) time što zahtjeve "specijalnog odnosa",¹⁵² koji mora postojati između štetnika i oštećenika, te predvidivosti štete za štetnika shvaća mnogo slobodnije.

Tako se, primjerice, u slučajevima u kojima je riječ o odgovornosti graditelja i arhitekata za štete od nesolidnosti građevine, ustanovljava načelo da takve osobe odgovaraju za *professional negligence*, odnosno za čistu ekonomsku štetu ne samo suktrahentima, nego i kasnijim vlasnicima građevine, što englesko pravo još uvijek ne prihvaća. Osim toga, jasno je izražen stav da bilo kakvo ugovorno isključenje ili ograničenje odgovornosti ne isključuje (ograničava) paralelnu deliktnu odgovornost budući da je ona zasnovana na zakonskoj *duty of care*. Sve to rezultira time da i onda kada postoji ugovor, krug mogućih oštećenika i krug šteta za koje se odgovara postaje praktički neograničen.

Osim toga, za štetu koja je posljedica neizvršenja ugovorne obveze može odgovarati ne samo suktrahent, nego i osoba koja nije stranka u ugovoru. Primjerice, u slučaju *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates*,¹⁵³ priznato je pravo na naknadu štete zbog neispunjenja ugovora prema konzalting kompaniji i pojedinim profesionalnim građevinskim inženjerima te tvrtke čije su netočne procjene o uvjetima gradnje dovele do toga da se zaključi ugovor između drugih osoba. Dužnik iz ugovora oslobođen je odgovornosti za neispunjenje, ali je konzalting kompanija odgovarala za

¹⁵⁰ Više vidi: *Clerk & Lindsell*, op. cit., str. 502. sq.

¹⁵¹ Ibidem, str. 513. sq.

¹⁵² Ili tzv. "neighbour principle".

¹⁵³ *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates*, (1993) 107 D.I.R. (4th) 169 (S.C.C.).

svu štetu. Ovakva praksa izazvala je burne rasprave u teoriji jer se smatra da se time odustaje od načela *privity of contract*, da deliktna odgovornost postaje predominantna, odnosno govori se o tzv. univerzalizmu deliktne, a "povlačenju" ugovorne odgovornosti.¹⁵⁴

S druge strane, za pravo Sjedinjenih Američkih Država oduvijek je bilo karakteristično da se u materiji profesionalne odgovornosti za štetu veoma široko priznaje postojanje deliktne odgovornosti. Naravno, to ne znači da nije moguća i ugovorna odgovornost, ako postoji ugovor profesionalca i stranke. U većini saveznih država nema nikakve prepreke da se u tom slučaju prizna konkurs osnova odgovornosti, a ako ugovora nema, odgovornost je deliktna. Ako se radi o deliktnoj odgovornosti, ona se može temeljiti na bilo kojem obliku delikta priznatog normama sustava *common law* ili zakonskim odredbama pojedine savezne države. Tako se odgovornost najčešće temelji na postojanju tzv. *common law negligence*, što je koncept gotovo identičan engleskom deliktu *negligence*.¹⁵⁵

U oblasti medicinskih usluga karakteristično je da se odgovornost priznaje u svakom slučaju kada se može smatrati da se stranka (pacijent) oslonila na profesionalna znanja, vještinu i sposobnosti pripadnika ovih profesija. No, američka je sudska praksa veoma raznolika i prilično nekonzistentna u odgovoru na pitanje koja je osnova ove odgovornosti. U ranijim fazama razvoja prednost je davana kontraktnoj odgovornosti, odnosno smatrano je da samim time što se bavi pružanjem ovakvih usluga liječnik ili bilo koji drugi pripadnik medicinske profesije preuzima prema pacijentu ugovornu odgovornost. Preuzimanje brige o pacijentu smatralo se prešutnim zaključenjem ugovora i onda kada izričitog ugovaranja nije bilo. Ali, već i u tim ranim fazama uvijek se dopušta i paralelna deliktna odgovornost za *malpractice*, i to pod uvjetom da su ispunjeni uvjeti za odgovornost za *negligence*.¹⁵⁶ U novije vrijeme, a to znači posljednjih četrdesetak godina, iako nije napušten stav da je odnos liječnik - pacijent po pravnoj prirodi ugovorni odnos,¹⁵⁷ naglasak se stavlja na deliktnu odgovornost. Ističe se da je ova odgovornost prvenstveno deliktna, odnosno da ne zavisi u potpunosti od ugovornog odnosa, iako obveza pružanja usluge može proizlaziti iz ugovora. Ugovor je samo "pomoćno" sredstvo uspostavljanja odnosa, ali nije nužno da bi taj odnos postojao. Drugim riječima, povreda profesionalne obveze, i kada ta obveza proizlazi iz ugovora, po svojoj je pravnoj "suštini" delikt, a pozivanje na povredu ugovorne obveze može biti samo sredstvo da se bolje razjasne okolnosti, odnosno sadržaj obveze koju liječnik duguje pacijentu.¹⁵⁸ Ovakav razvoj

¹⁵⁴ Više o najvažnijim slučajevima iz prakse kanadskog Vrhovnog suda koji su doveli do razvoja ovakvih stanovišta, te o utjecaju ove prakse na koncept ugovora i ugovorne odgovornosti, vidi: *Ogilvie*, op. cit. str. 372.-385.

¹⁵⁵ Tj. oštećenik mora dokazati postojanje *duty of care* i povredu te obveze.

¹⁵⁶ Odgovornost na temelju delikta *negligence* priznavala se uvijek kada je pripadnik medicinske profesije povrijedio pravila struke na način da nije upotrijebio pažnju i kompetentnost karakterističnu za prosječnog pripadnika struke u vrijeme i u mjestu nastanka štete, te time stvorio nerazumno veliki rizik za interese pacijenta, a šteta koja je nastupila za njega je bila predvidiva.

¹⁵⁷ Bez obzira da li je zaključen izričito ili prešutno.

¹⁵⁸ Naravno, postoje okolnosti u kojima se oštećenik može pozivati samo na povredu ugovorne obveze, primjerice ako je ugovorom izričito preuzeta obveza da se poduzmu neke radnje koje prelaze okvire *duty of care*, ili ako se obvezao da će upotrijebiti točno određena sredstva ili osobe (iako povreda te obveze ne znači i povredu njegove profesionalne dužne pažnje), ili ako je ugovorom preuzeo obvezu cilja, a ne obvezu sredstva, i sl.

pravne misli jasno pokazuje koliko je i u pravu SAD-a fluidna granica između ugovorne i deliktne odgovornosti.¹⁵⁹

Slična pravila vrijede i za odgovornost pripadnika odvjetničke profesije, tj. priznaje se konkurencija osnova odgovornosti, s tim što se deliktna odgovornost smatra pravilom u odnosu na ugovornu.¹⁶⁰ Drugim riječima, bez obzira što je američko pravo načelno otvoreno prema različitim koncepcijama odgovornosti za *legal malpractice*, ipak se u većini slučajeva ova odgovornost temelji na postojanju nekog od delikata priznatih u američkom civilnom pravu. Osim na deliktu *negligence*, odgovornost za tzv. *legal malpractice* često se temelji na deliktu poznatom kao tzv. zakonska prijevara (*statutory fraud*), ili pak deliktu *common law* prijave (*common-law fraud*).¹⁶¹ Dakle, i u situacijama u kojima bi se odgovornost mogla temeljiti na povredi ugovora između odvjetnika i klijenta, pravo svih saveznih država u prvi plan stavlja deliktnu odgovornost ona je uvijek pravilo, dok je ugovorna odgovornost priznata samo u dijelu saveznih država. Naravno, ako postoji ugovor i ako pravo priznaje mogućnost ugovorne odgovornosti, stranka može tužiti odvjetnika za naknadu štete zbog povrede ugovorne obveze. No, i u tim se slučajevima smatra da je povrijeđena opća pravna obveza nenanošenja štete, dakle da je počinjen delikt. Kao i kod odgovornosti liječnika, iako obveza potječe iz ugovora i šteta nastaje povredom ugovora, smatra se da je odgovornost u osnovi deliktna.¹⁶² Stoga sudska praksa često primjenjuje pravila koja vrijede za deliktnu odgovornost i na štete nastale neizvršenjem ili manjkavim izvršenjem ugovorne obveze.¹⁶³

U osnovi ista načela primjenjuju se u pravu SAD-a i na odgovornost arhitekata i pripadnika građevinskih profesija, tj. ni kod ove odgovornosti ne pravi se razlika između povrede ugovorne obveze i odgovornosti za *negligence*, odnosno za delikt.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Nepostojanje čvrstih pravila koja bi određivala ovu granicu smatra se u pravnoj teoriji, po našem mišljenju sasvim opravdano, prednošću ovog sustava, budući da omogućava sudu da, ne robujući unaprijed zadanim šemama, na najbolji način u svakom konkretnom slučaju zadovolji temeljni pravopolitički cilj norme, a to je pravična alokacija tereta štetnih posljedica povrede, u ovom slučaju, profesionalnih obveza. Vidi: *Prosser, The Borderline of Tort and Contract, Selected Topics of the Law of Torts*, A. Arbor, 1953., str. 450. sq.

¹⁶⁰ U praksi se često dešava da se oštećenik u tužbenom zahtjevu istovremeno poziva na više osnova odgovornosti za istu štetu, tj. i na povredu ugovora i na više različitih delikata.

¹⁶¹ Pozivanje na *common law fraud* susreće se najčešće kada oštećenik ne može dokazati postojanje odnosa stranka - odvjetnik, jer fraud ne zahtijeva postojanje takvog odnosa. Ne radi se samo o situacijama kada nema izričito ili prešutno sklopljenog ugovora, pa stoga nema kontraktne odgovornosti, nego i o situacijama kada između odvjetnika i oštećenika nema onog "specijalnog odnosa" koji zahtijeva *duty of care* prema interesima oštećenika i tako opravdava primjenu pravila o odgovornosti za *negligence*. Osim toga, pozivanje na *common law fraud* povoljno je za oštećenika jer nije potrebno dokazati namjeru nanošenja štete, već je dovoljno da je odvjetnik povrijedio pravila struke i time nanio štetu. Više o teorijskopравnim osnovama odgovornosti odvjetnika u američkom pravu, vidi: *Goldwasser, D. L., Protecting law firms against liability exposures*, (izvor: <http://www.abanet.org/litigation/committeec/professional/pl-protecting.pdf>).

¹⁶² Tako vidi: *Zepos - Christodoulou*, op cit., str. 4. i 45.

¹⁶³ U tome se pravo SAD-a razlikuje od engleskog prava koje, iako priznaje kumulaciju osnova odgovornosti, ipak ne ide tako daleko da deliktnu odgovornost u svakom slučaju pretpostavlja ugovornoj. Osim toga, značajna razlika u odnosu na engleski sustav je i u tome što pravo SAD-a nije nikada poznavalo onako široko postavljen institut *immunity of the bar* kao englesko. Čak i suvremeni, značajno suženi koncept ovog imuniteta od odgovornosti, stran je pravu SAD-a.

¹⁶⁴ Vidi: *Zepos - Christodoulou*, op. cit., str. 58. sq.

Ovakav generalan stav prema odgovornosti profesionalca, tj. prihvaćanje konkurencije osnova odgovornosti, znači ujedno da se u pravu SAD-a veoma široko prihvaća odgovornost prema trećima, tj. onima s kojima profesionalac nije u ugovornom odnosu. Tako je primjerice u odnosu na odgovornost odvjetnika prema trećima veoma rano, već pedesetih godina, usvojeno načelo da odvjetnik odgovara i prema trećima, a ne samo prema stranci. Tzv. *leading case* u toj oblasti je presuda Vrhovnog suda Kalifornije u slučaju "*Biakanja v. Irving*, koja je za američki pravni sustav posebno značajna, ne samo radi uspostavljanja odgovornosti odvjetnika prema trećima, nego i stoga što označava početak razvoja pravne misli o napuštanju strogog shvaćanja načela *privity of the contract*.¹⁶⁵

5. Zaključne napomene

Pitanje definiranja pravnog osnova profesionalne odgovornosti za štetu u većini pravnih sustava otvara brojne probleme i može se reći da u mnogim aspektima nije do kraja riješeno. Razloga za to ima više, ali držimo da su tri najznačajnija. U prvom redu, odnos ugovorne i deliktne odgovornosti, kao generalni teorijskopravni problem civilnog prava u svim je pravnim sustavima još uvijek velikim dijelom područje sukoba različitih koncepcija i shvaćanja. Razmišljanja idu od strogog razdvajanja i inzistiranja na različitostima do stava da se radi o supstancijalno i strukturalno jedinstvenom pravnom institutu, odnosno da su ugovorna i deliktna odgovornost samo "dva lica" istog pravnog pojma. No, razlike u pristupu nikako nemaju isključivo teorijskopravno značenje, budući da odnos prema ovom problemu bitno određuje širinu odgovornosti u pojedinom pravnom sustavu i položaj stranaka u odnosu.

Drugi faktor koji ovo pitanje čini posebno složenim upravo u oblasti profesionalne odgovornosti svakako je specifična priroda profesionalnih djelatnosti. Pretežito intelektualni karakter radnje, njen strogo osobni karakter, činjenica da se radi o djelatnostima koje u pravilu sadrže element kreacije, visoki stupanj autonomije profesionalca kojega ova svojstva njegove djelatnosti zahtijevaju, povjerenje javnosti u profesionalnu kompetenciju i stručnost, sve su to elementi koji nužno uzrokuju da se problemu i ugovorne i deliktne odgovornosti, a posebno njihovom međusobnom odnosu, u ovoj oblasti mora prići u velikoj mjeri drukčije nego u ostalim oblastima djelovanja.

Osim toga, na složenost problema pravne osnove odgovornosti profesionalca utječe i stalno prisutan sukob između dva suprotna zahtjeva. S jedne strane, priroda profesionalnih djelatnosti, kao djelatnosti koje su u pravilu od vitalnog značenja za interese pojedinca i društva u cjelini, zahtijeva proširenje odgovornosti za neadekvatno pružanje usluga. Profesionalac uživa poseban društveni (i pravni) status, njegova stručnost je temelj opravdanog povjerenja svih u ispravnost njegovog djelovanja. Zbog

¹⁶⁵ *Biakanja v. Irving*, California Supreme Court - 2d 647, 320 P.2d 16 (1958). Radi se o odgovornosti odvjetnika za štetu koja je nasljednicima nastupila zbog poništenja oporuke. Oporuka je poništena jer je pri sastavljanju oporuke odvjetnik povrijedio propise o sposobnosti svjedoka oporuke. Sud je utvrdio da ponašanje odvjetnika ispunjava pretpostavke za odgovornost za *negligence*, te da bi bilo protivno načelima zaštite javnog interesa i morala da odvjetnik ne odgovara za štetu nasljednicima. O praksi američkih sudova u ovoj oblasti više vidi: *Markesinis*, op. cit., str. 295. sq.; *Zepos-Christodoulou*, op. cit., str. 53.

svega se toga granice ugovorne odgovornosti u mnogim pravnim sustavima "probijaju" upravo u materiji profesionalne odgovornosti za štetu, ili se pravila o ugovornoj odgovornosti kao stroža proširuju i u područje deliktne odgovornosti. No, s druge strane, upravo ti isti razlozi, potreba zaštite društvenog interesa i interesa pojedinca da dobije najbolju moguću uslugu profesionalca, razlog su koji opravdava sužavanje odgovornosti, u nekim okolnostima do granica imuniteta. Specifičan karakter usluge čini ugovornu prestaciju profesionalca nužno obvezom sredstva i time teret dokaza povrede pravila struke i dužne profesionalne pažnje prebacuje na oštećenika. Značaj profesionalnih usluga za mnoge aspekte javnog interesa ograničava ili čak isključuje njegovu odgovornost prema stranci itd.

Na sve ove izazove koje sa sobom donose specifičnosti profesionalnih djelatnosti različiti pravni sustavi donekle različito odgovaraju kada rješavaju pitanje osnova civilnopravne odgovornosti profesionalca. Naravno, rješenja velikim dijelom ovise o generalnom stavu pojedinog prava prema odnosu ugovorne i deliktne odgovornosti, ali isto tako i o ograničenim pravopolitičkim ciljevima vezanim za konkretni problem koji se pojavljuje u sudskoj praksi. No, neka su prava, a posebno njemačko i angloameričko, pronašla vrlo djelotvorne instrumente koji omogućavaju da se na odgovarajući način uravnoteže međusobno suprotstavljeni zahtjevi koje složenost ove oblasti nameće. Iako se u hrvatskom pravu, i u pravnoj teoriji i u sudskoj praksi ovom problemu do sada poklanjalo malo pozornosti, iskustva stranih prava mogu korisno poslužiti da se pravilno sagledaju svi aspekti profesionalne odgovornosti. Naravno, u našem pravu je generalno uvijek moguća konkurencija osnova odgovornosti za štetu. Takav stav proizlazi iz općeg načela ZOO-a o zabrani prouzrokovanja štete, kao pravila koje predstavlja osnovu deliktne odgovornosti. ZOO u načelu odgovornost za štetu tretira kao jedinstveni institut i time omogućava oštećeniku da izabere pravila koja su za njega povoljnija. No, mnogi specifični problemi koji proizlaze iz posebne prirode i značaja profesionalnih djelatnosti ne mogu se uvijek na najbolji način riješiti samo pozivom na generalno načelo. Primjerice, sukob načela zaštite profesionalne autonomije i nezavisnosti s načelom odgovornosti za svaku prouzrokovanu štetu, ili konflikt interesa stranke profesionalca i treće osobe, problem preciznog određenja kruga osoba kojima se duguje profesionalna pažnja i čitav niz drugih pitanja moraju se rješavati uzimajući u obzir brojne različite faktore. Stoga rješenja koja nudi usporedno pravo, ili čak propusti i slabosti pojedinih rješenja, mogu biti velika pomoć u nalaženju ispravnih odgovora.

Summary

**PROBLEM OF LEGAL BASIS OF PROFESSIONAL LIABILITY
FOR DAMAGES**

The article discusses problems of civil liability's legal basis of members of the so called intellectual professions for damage to parties or third persons incurred in the course of professional activities. A particular character of professional activities that are confined to rendering mostly intellectual services, strictly personal nature of professionals' obligation, principle of autonomy of professional activities, and special status of a professional form factors that in most of legal systems trigger special legal attention. Although, in principle, in all legal systems a parallel contractual and tort liability of professionals is allowed, actual legal solutions differ to a certain extent in different legal systems and also in relation to different professional activities. Problem of professional legal liability, thus, very clearly shows the main disputable points of relation between contractual and tort liability in civil law in general.

Key words: professional activities, contractual liability, tort liability.

Zusammenfassung

**DAS PROBLEM DER RECHTSGRUNDLAGE PROFESSIONELLER
SCHADENSHAFTUNG**

Die Arbeit beschäftigt sich mit dem Problem der zivilrechtlichen Grundlage für Haftung von Angehörigen sog. intellektueller Berufe für Schaden, der Parteien oder Dritten durch das Wirken von Professionellen entsteht. Der besondere Charakter von professionellen Tätigkeiten, die vor allem aus der Ausführung intellektueller Arbeiten bestehen, die strenge Natur der Haftung der Professionellen, das Prinzip der Autonomie professioneller Tätigkeiten und der besondere professionelle Status sind Faktoren, die auf das besondere Verhältnis des Rechts gegenüber diesem Problem in den meisten Rechtssystemen einwirken. Obwohl prinzipiell in allen Rechtssystemen parallel die vertragliche Haftung und Deliktshaftung Professioneller erlaubt ist, unterscheiden sich die Lösungen in gewissem Maße von System zu System, aber auch in den unterschiedlichen Bereichen professioneller Tätigkeiten. So illustriert das Problem der rechtlichen Haftung Professioneller sehr plastisch die strittigen Punkte der Beziehung von vertraglicher Haftung und Deliktshaftung im Zivilrechts allgemein.

Schlüsselwörter: professionelle Tätigkeiten, vertragliche Haftung, Delikthaftung.

Sommario

PROBLEMI DEL FONDAMENTO GIURIDICO DELLA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE PER DANNO

L'articolo si occupa del problema del fondamento giuridico della responsabilità civile dei membri delle cosiddette professioni intellettuali per danno a parti o terze persone intervenute nel corso di attività professionali. Un particolare carattere di attività professionali che sono limitate a rendere generalmente servizi intellettuali, la natura strettamente personale dell'obbligazione dei professionisti, il principio di autonomia delle attività professionali e il particolare stato dei fattori professionali provocano una particolare attenzione legale in molti sistemi giuridici. Sebbene in generale in tutti i sistemi giuridici sia riconosciuta una parallela responsabilità contrattuale e da illecito, le attuali soluzioni legali differiscono in certa misura nei differenti sistemi giuridici e anche in relazione alle diverse attività professionali. Così il problema della responsabilità giuridica professionale mostra molto chiaramente i principali punti discutibili della relazione tra responsabilità contrattuale e da illecito nel diritto civile in generale.

Parole chiave: attività professionali, responsabilità contrattuale, responsabilità da illecito.

“TREU UND GLAUBEN“ IN DER DEUTSCHEN RECHTSPRECHUNG

Dr. Stefan Pürner, Rechtsanwalt
Nürnberg, Deutschland

UDK: 347.441.62
(430)(094.9)
Ur.: 7. siječnja 2004.
Pr.: 4. veljače 2004.
Izvorni znanstveni članak

Načelo „savjesnosti i poštenja“ u njemačkoj sudskoj praksi

Kako je u Hrvatskoj objavljen samo mali broj presuda koje se temelje na načelu savjesnosti i poštenja, u ovom radu prikazane su one presude u njemačkom pravu u kojima je primijenjeno ovo načelo. Uvodno se daje usporedba zakonskih propisa o načelu „Treu und Glauben“ njemačkog prava (§ 242. Građanskog zakonika) odnosno „savjesnosti i poštenja“ u hrvatskom pravu (čl. 12. ZOO) te utvrđuje da ovi propisi imaju isti cilj. Osim toga, hrvatska literatura često se poziva na njemačku literaturu o § 242. njemačkog Građanskog zakonika. Zato se čini prihvatljivim preuzeti u hrvatsko pravo razmišljanja o par. 242. GZ-a, kao i odgovarajuću sudsku praksu.

Razmatrane presude pokazuju da se kod primjene par. 242. moraju uzeti u obzir sve okolnosti pojedinačnog slučaja. Zato se u naizgled sličnim slučajevima ne smiju brzopletu preuzimati rješenja njemačke sudske prakse. U radu se, osim toga, razmatraju neka temeljna pitanja vezana uz načelo savjesnosti i poštenja. Posebice se opisuje stav njemačke sudske prakse o pitanju koliko načelo savjesnosti i poštenja zahtijeva jednako postupanje. Prikazan je niz ugovornih obvezi koje su se razvile kroz njemačku sudsku praksu o načelu savjesnosti i poštenja, a koje nisu izričito predviđene ni zakonom ni odgovarajućim ugovorom (obveze suradnje, obveze zaštite ili obveze obavještanja). Ukazuje se na nepostojanje vlastitog interesa koji zahtijeva zaštitu, na neproporcionalnost kao i na slučajeve ponašanja koje je samo sebi proturječno. Kao primjeri navode se presude o savjesnosti i poštenju u radnom pravu i pravu društava. U vezi s ovim posljednjim ističe se da u ovom području prava načelo savjesnosti i poštenja služi za rješavanje onih pravnih pitanja koja nisu zakonom izričito regulirana, kako u odnosu između trgovačkog društva i trećih, tako i članova društava međusobno. Za međusobni odnos društava njemačka sudska praksa razvila je iz načela savjesnosti i poštenja opću obvezu savjesnosti, koja djeluje, s jedne strane,

kao zabrana nanošenja štete sa svrhom zaštite društva i njegovih članova, a, s druge strane, kao korektiv vlasti većine i kao obveza da se društveni ugovor uskladi s izmijenjenim okolnostima.

Zaključno, utvrđuje se da primjena načela savjesnosti i poštenja zahtijeva pravnike koji znaju više nego samo formalno primijeniti zakonske propise. Ističe se da pisano zakonsko pravo ne može odgovoriti na sva pitanja koja se javljaju u praksi i o kojima treba odlučiti. U takvoj je situaciji načelo savjesnosti i poštenja (slično kao i druge norme koje sadrže generalne klauzule) bitan „link“ od (pisanog) zakona do (nepisanog) prava. Kako je pojam pravne države više nego samo „država zakona“, upravo su ove generalne klauzule od iznimnog značaja za ostvarenje pravne države.

Ključne riječi: *savjesnost i poštenje, sudska praksa, obvezno pravo, njemačko pravo, pravo trgovačkih društava.*

I. Die Rolle veröffentlichter Gerichtsentscheidungen für die Rechtssicherheit

Demjenigen, der sich sowohl mit dem deutschen wie dem kroatischen Recht beschäftigt, fallen - insbesondere in den klassischen Kernbereichen des Zivilrechts - viele Ähnlichkeiten auf. Diese Ähnlichkeiten bestehen insbesondere in der Formulierung der verschiedensten Gesetzesnormen. Ergänzt werden sie auf kroatischer Seite auch durch ausdrückliche Verweise auf das deutsche Recht.¹ Unterschieden zeigen sich jedoch bezüglich der näheren Ausgestaltung verschiedenster Rechtsinstitute durch die Rechtsprechung bzw. der "Detailgenauigkeit", in der solche Rechtsinstitute durch die Rechtsprechung ausgestaltet werden. (Und wohl auch darin, inwieweit solche Rechtsprechung, auch von Untergerichten, überhaupt veröffentlicht wird). Dies hat für den Rechtsanwender erhebliche Folgen in der täglichen Arbeit: Auch kontinental-europäisches Recht ist nämlich, zumindest aus Sicht des Praktikers, der sich - ob er es mag oder nicht - an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren hat, case law. Freilich nicht primäres case law, da vor der Lektüre des Falles selbstverständlich die Lektüre des Gesetzestextes kommt. Aber an die Gesetzeslektüre schließt sich, insbesondere bei der Frage des Vorliegens bestimmter Tatbestandselemente, nicht selten die Suche nach "passenden" Fällen an. Kontinental-europäisches Recht ist damit sozusagen "sekundäres case law". In dieser Situation führt fehlende (oder nicht veröffentlichte) Rechtsprechung zu Rechtsunsicherheit. Vom Standpunkt des ausländischen Beobachters eines anderen nationalen Rechtes führt dies dazu, daß er sich nie sicher sein kann, daß ähnlich formuliertes Gesetzesrecht in der Praxis auch tatsächlich ähnlich ausgelegt wird - oder aber ob es zu "mentalitätsbedingten Auslegungsunterschieden" kommt.

¹ Nur beispielhaft seien hier die Verweise auf deutsches Recht (und auch deutsche Rechtsterminologie) in den Kommentaren von *Vilim Gorenc* *Zakon o obveznim odnosima* s komentarom, Zagreb 1998 und *Vladimir Filipović*, *Vilim Gorenc* und *Zvonimir Slakoper* *Zakon o trgovačkim društvima* s komentarom, Zagreb 1996 genannte.

II. Allgemeines zu "Treu und Glauben" in der deutschen und kroatischen Rechtsprechung

Besonders auffällig erscheinen die oben angesprochenen Unterschiede zwischen Deutschland und Kroatien hinsichtlich der näheren Ausgestaltung gesetzlich normierter Rechtsinstitute durch die Rechtsprechung bezüglich des Rechtsinstituts "Treu und Glauben". Nimmt man aus der früheren gesamtjugoslawischen Literatur den wohl umfangreichsten Kommentar zum Gesetz über das Obligationenrecht, nämlich denjenigen von *Blagojević/-Kruļj*,² so findet sich in der Kommentierung zu Art. 12, der das das "načelo savjestnosti i poštenja", d.h. das Prinzip von Treu und Glauben, enthält, kein einziger Beispielsfall aus der eigenen Rechtsprechung. Greift man zum immerhin 20-Jahre nach Inkrafttreten dieses Artikel 13 erschienenen Kommentar von *Vilim Gorenc*, so findet man gerade einmal 4 Beispiele aus der kroatischen Rechtsprechung zu Treu und Glauben.³ In der Diskussion der letztjährigen Veranstaltung hier in Poreč erwähnte darüber hinaus ein Teilnehmer, daß er bei einer eigenen Recherche insgesamt gerade einmal 17 Entscheidungen kroatischer Gerichte, bei denen diese das Prinzip von Treu und Glauben angewandt haben, gefunden hätte.

In Deutschland ist die Situation demgegenüber ganz anders. Die Kommentierung von *Roth* zu § 242 BGB im mehrbändigen Münchener Kommentar beispielsweise umfaßt nicht weniger als 200 Seiten⁴. Die Anzahl der darin in Bezug genommenen gerichtlichen Entscheidungen läßt sich kaum überblicken. Sie geht in jedem Fall in die Hunderte. Die Bedeutung des Prinzips von Treu und Glauben in der deutschen Rechtsprechung läßt sich jedoch nicht nur an der Anzahl der Entscheidungen, in denen dieses Prinzip Anwendung findet, messen. Fast noch eindrucksvoller ist folgendes: In Deutschland existiert(e)⁵ seit Mitte der 70-er Jahre ein eigenes, detailliertes Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen.⁶ Dieses umfangreiche Gesetz (das später Anlaß für eine EG-Richtlinie⁷ gab, die sich mit denselben Rechtsfragen befaßte und die offensichtlich auch die Art. 81 bis 88 des neuen kroatischen Verbraucherschutzgesetzes⁸ beeinflussten) ist im wesentlichen nicht das Ergebnis der Kreativität eines am grünen Tisch sitzenden Gesetzgebers, sondern die Zusammenfassung vieler, auf

² *Borislav Blagojević/Vrleta Kruļj (Redaktori) Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd 1980.

³ *Vilim Gorenc Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb 1998, Nr. 7 der Kommentierung zu Art. 12 ZOO (S. 13).

⁴ *Günter H. Roth Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München 1994, S. 88 - 289

⁵ Dieses Gesetz ist zwischenzeitlich aufgehoben. Da dessen materiell-rechtlichen Vorschriften im Rahmen der Schuldrechtsreform weitgehend unverändert Eingang in das BGB (dort: §§ 305 bis 310 BGB) fanden, ändert dies jedoch nichts an der entsprechenden Rechtslage in Deutschland.

⁶ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) in der zuletzt geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000 (BGBl. I S. 946).

⁷ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Abl. L 95 vom 21.4.1993, S. 29).

⁸ *Zakon o zaštiti potrošača* vom 4. Juni 2003, NN RH 96/2003.

das Prinzip von Treu und Glauben gestützter Gerichtsentscheidungen.⁹ Dies bedeutet, daß die deutsche Rechtsprechung die rechtlichen Lösungen, die später Eingang in das AGBG als Kodifikation fanden, mehr oder weniger selbst geschaffen hat. (D.h. der Gesetzgeber hat weitgehend die von der Rechtsprechung bereits aufgrund des Prinzips von Treu und Glauben entwickelten Rechtssätze und Fallgruppen unwirksamer Klauseln "in Gesetzesrecht gegossen".) Dies sollten jene Juristen, insbesondere soweit es sich bei Ihnen um Richter handelt, bedenken, die ständig eine ausdrückliche Regelung des Gesetzgebers zu noch so detaillierten und in der Praxis wohl nur selten vorkommenden Fällen fordern. Genau gesehen derogiert eine solche Forderung nämlich die Richterschaft. Auch die gelegentliche Auffassung, daß dort wo das geschriebene Recht nichts sagt, die Gerichte in einem kontinental-europäischen Rechtssystem nicht zum Gesetzgeber werden dürfen, steht einer solchen kreativen und, praktisch gesehen, rechtsgestaltenden Rechtsprechung nicht entgegen. Die Frage nach der Rechtsprechung als Rechtsquelle¹⁰ ist nämlich genau gesehen keine Frage nach "Entscheidungsräumen" bzw. Fragen, die zulässiger Weise von der Rechtsprechung beantwortet werden dürfen, sondern allein nach der Bindungswirkung von Urteilen. Gerichten ist es grundsätzlich nämlich nur verwehrt, entgegen dem Gesetz zu entscheiden. Solange der Gesetzgeber jedoch schweigt, sind Gerichte (sogar in besonderer Weise) verpflichtet, zu entscheiden. Der EuGH, der der Natur der Sache nach besonders schnell in die Situation geraten kann, eine „passende Norm“ zu einem zu lösenden Problem zu finden, hat dies dadurch zum Ausdruck gebracht, indem er feststellte, daß ein "Verbot der Rechtsverweigerung"¹¹ (durch die Gerichte) besteht, das dazu nötig, auch dann eine rechtlich begründete Entscheidung zu finden, wenn das Gesetz keine ausdrückliche Antwort gibt.¹²

III. Die Funktionen des Prinzips von Treu und Glauben

Damit hat Prinzip von Treu und Glauben also eine Ergänzungsfunktion.¹³ Das Prinzip von Treu und Glauben erlaubt es also dort, wo ausdrückliche rechtliche Regelungen, die den Weg zu einer eindeutigen Lösung vorgeben, fehlen, dennoch, rechtlich begründete Lösungen zu finden. Das Prinzip von Treu und Glauben gibt deshalb die rechtliche Grundlage für die nachvollziehbare Lösung von Fragen, zu denen das geschriebene Gesetz schweigt. (Weshalb manche vom Prinzip von Treu und

⁹ Vgl. *Manfred Wolf*, Rdnr. 6 der Einleitung zu *Wolf/Horn/Lindacher* AGB-Gesetz, Kommentar 4., völlig neu überarbeitete Auflage, München 1999

¹⁰ Die ohnehin für Theoretiker von größerer Bedeutung ist als für Praktiker

¹¹ Vgl. hierzu statt vieler den auch im Internet (www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek/texte/Lecheler.pdf)

¹² Diese Unterscheidung von Recht und Gesetz, die zusammen wiederum ein Ganzes ergeben, in dem (ungeschriebenes) Recht das Gesetz als geschriebenes Recht ergänzt, wird in Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland besonders deutlich, in der es heißt, daß "die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht" sind.

¹³ Vgl. *Helmut Heinrichs* in *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München 2002*, (im folgenden: *Palandt-Heinrichs*) Rdnr. 242 zu § 242.

Glauben als "Stück offengelassener Gesetzgebung"¹⁴ sprechen.) Anwendungsfälle in der deutschen Rechtsprechung für dieses Prinzip ist insbesondere die Festlegung von den ausdrücklichen Gesetzestexten nicht zu entnehmenden Nebenrechten und -pflichten für verschiedene Schuldverhältnisse. Hier dient das Prinzip von Treu und Glauben dazu, Versäumnisse des geschriebenen Gesetzesrechtes (oder der Parteien bei der ausdrücklichen Regelung ihrer Pflichten im Rahmen eines bestimmten individuellen Schuldverhältnisses) zu korrigieren. Gleichzeitig dient es aber auch dazu, den abstrakten und „übersichtlichen“ Charakter von Gesetzen zu erhalten. Würde man solche Nebenrechte und -pflichten nämlich nicht aus dem allgemeinen Prinzip von Treu und Glauben herleiten, sondern explizit gesetzlich regeln, so wäre eine Überfrachtung des geschriebenen Gesetzesrechtes erforderlich.¹⁵

Eine weitere Funktion¹⁶ des Prinzips von Treu und Glauben ist die Korrekturfunktion. Dies bedeutet, daß im Interesse einer letztlich Gerechtigkeitsabwägungen entsprechender Lösung über das Prinzip von Treu und Glauben, Lösungen gefunden werden, die von denjenigen abweichen, die man bei schematischer Anwendung von Gesetzesvorschriften oder einer Vertragsklausel gefunden hätte. Dies mag auf den ersten Blick recht eingängig klingen. Dennoch hat es praktische Folgen, die bei manchen auf Ablehnung stoßen könnten. Beispielsweise folgt daraus nämlich, daß jemand beispielsweise zu Schadensersatz verurteilt werden kann wegen der Verletzung einer Verpflichtung, die bis zum Zeitpunkt, zu dem das Gericht mit dem Streit befaßt war, nirgends weder schriftlich fixiert noch überhaupt zwischen den Vertragsparteien besprochen war. Die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben im Rahmen seiner Korrekturfunktion könnte deshalb auf den ersten Blick dazu führen, daß überraschende Entscheidungen gefällt werden. Dem ist jedoch nicht so, da das Prinzip von Treu und Glauben Bezug auf Wertvorstellungen und Risikoverteilungen nimmt, über die allgemeiner Konsens besteht (oder zumindest bestehen sollte).

IV. Die gesetzlichen Regelungen zu Treu und Glauben bzw. savjesnost i poštenje in Deutschland und Kroatien im Vergleich

Nachfolgend sollen grundsätzliche Erwägungen sowie Rechtsprechung zum im deutschen BGB in § 242 enthaltenen Prinzip von Treu und Glauben dargestellt werden. Dies auch als vergleichsrechtliche Orientierungspunkte für Anwender des kroatischen nationalen Rechts. Bei einer solchen Zielrichtung ist vorab erst allgemein zu überprüfen, ob die Erwägungen aus dem einen Rechtssystem (dem Deutschen) ohne weiteres auf das andere (das Kroatische) übertragen werden können. Hierzu ist es nicht erforderlich, daß die jeweils einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen gleichen oder sehr ähnlichen Wortlaut haben. Erforderlich ist es jedoch, daß sich die

¹⁴ Hedemann zitiert nach Roth aaO, RdNr. 20 zu §v 242 BGB.

¹⁵ Insbesondere müßten dann sämtliche Vertragsarten, die gegenwärtig überhaupt keine ausdrückliche gesetzliche Regelung gefunden haben, eingehend schriftlich kodifiziert werden.

¹⁶ Vgl. zu den sogenannten Funktionskreisen des Prinzips von Treu und Glauben allgemein Palandt-Heinrichs, Rdnr. 13 zu § 242 BGB.

diesbezüglichen Formulierungen nicht widersprechen oder gewisse Auslegungsmöglichkeiten, die die eine Formulierung zuläßt, ausschließen. Letztlich kommt es beim Prinzip von Treu und Glauben als Generalklausel darauf an, ob die Zielrichtung des deutschen § 242 BGB und des Art. 31 ZOO jeweils dieselbe sind. Dies erscheint jedoch in der kroatischen Literatur (und der Literatur aus sonstigen Ländern, in denen das ZOO Anwendung findet) unstrittig, was man nicht zuletzt an der ausdrücklichen Bezugnahme auf das deutsche Recht allgemein bis hin zu einzelnen Arbeiten zum deutschen Recht¹⁷ sieht. Deshalb kann nachfolgend davon ausgegangen werden, daß Überlegungen zum deutschen § 242 BGB sowie Rechtsprechung hierzu - zumindest bis zum Beweis des Gegenteils, der für jeden Einzelfall gesondert zu führen wäre - auch im kroatischen Recht übernommen werden können. Bei dieser Sachlage dürfte sich ein ins Detail gehender Vergleich der entsprechenden Gesetzesvorschriften an dieser Stelle erübrigen. Hingewiesen werden soll jedoch darauf, daß das in Kroatien geltende ZOO wohl die handwerklich gelungenere gesetzliche Regelung zu Treu und Glauben enthält (Art. 12 ZOO lautet in deutscher Übersetzung: "*Bei der Begründung von Schuldverhältnissen und der Verwirklichung von Rechten und Verpflichtungen aus diesen Verhältnissen sind die Beteiligten verpflichtet, das Prinzip der Gewissenhaftigkeit und Lauterkeit einzuhalten*"). Anders als das deutsche Recht (§ 242 BGB lautet: "*Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*") wird also anhand der Formulierung von Art. 12 ZOO ausdrücklich klar, daß das Prinzip von Treu und Glauben nicht nur für den Schuldner, sondern für alle an einem Schuldverhältnis Beteiligten gilt und daß dies nicht nur bezüglich der Leistungsbewirkung, sondern (natürlich) bezüglich des Gesamtverhaltens der Fall ist.¹⁸

V. Einzelbeispiele aus der deutschen Rechtsprechung

Nachfolgend soll ein Einblick in die deutsche Rechtsprechung zu § 242 BGB "Leistung nach Treu und Glauben" gegeben werden. Dies in der Weise, daß zuerst einige der wichtigsten Grundsätze, die von der Rechtsprechung diesbezüglich ausgearbeitet wurden, dargestellt werden. Danach werden einige möglicherweise besonders interessante Entscheidungen näher vorgestellt.

¹⁷ So verweist beispielsweise *Blagovic* aaO in der Rdnr. 2 seiner Kommentierung zu Art. 12 u.a. ausdrücklich auf den Beitrag von *Esser* § 242 BGB und die Privatautonomie, JZ 56, S. 555 und auf die bei *Staudinger-Weber* in Rdnr. A 2 zu § 242 angegebene weitere deutsche Literatur.

¹⁸ Das kroatische ZOO hat darüber hinaus den Vorteil, daß einige Ausprägungen des Prinzips von Treu und Glauben, die in Deutschland bis zur Schuldrechtsreform 2002 aus der eben zitierten allgemeinen Formulierung abgeleitet werden mußten, im ZOO bereits seit dessen Entstehen im Jahre 1978 explizit geregelt waren. Beispielhaft sei hier der Wegfall der Geschäftsgrundlage genannt, der in Kroatien seit jeher in den Artt. 133- 36 ZIO geregelt ist und der in Deutschland erst im Jahre 2002 als neuer § 313 BGB Eingang in das geschriebene Gesetzesrecht fand.

1. Allgemeines

§ 242 BGB enthält eine Generalklausel, die für die Anwendung im Einzelfall unter Berücksichtigung der Gesamtumstände konkretisiert werden muß. Bei der Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben spielen also die jeweils unterschiedlichen Gesamtumstände des Einzelfalles eine wesentliche größere Rolle als bei der Anwendung sonstiger gesetzlicher Vorschriften. Dies bringt es mit sich, daß Gerichtsentscheidungen zu anderen Fällen für die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben eine gewisse Leitlinie vorgeben können. Gleichzeitig folgt daraus, daß es in jedem Fall aber einer besonders eingehenden Überprüfung bedarf, ob der Gedanke aus einer bestimmten Gerichtsentscheidung auch tatsächlich auf den nun zu entscheidenden Fall anwendbar ist. Dies deshalb, da gerade im Anwendungsbereich des § 242 alle Umstände des Einzelfalles sorgfältig abgewogen werden müssen. Deshalb dürfen Entscheidungen aus einem (scheinbar) ähnlichen Fall also nicht ohne weiteres übernommen werden.¹⁹ Deshalb können die nachfolgenden Gerichtsentscheidungen zwar Anregungen für die Entscheidung ähnlich gelagerter Fälle geben, sie dürfen jedoch nicht vorschnell auf andere Sachverhalte, die in einigen wenigen, aber entscheidenden Einzelheiten anders sein können, zur Anwendung gebracht werden.

Im Bereich des Prinzips von Treu und Glauben verbietet sich also eine pauschale Vorgehensweise. Äußerlich fast ähnliche Dinge können im Ergebnis abweichend zu behandeln sein. Dies zeigt sich auch bezüglich der allgemeinen Frage, inwieweit Grundrechte, beispielsweise der Gleichbehandlungsgrundsatz, im Rahmen des im § 242 des deutschen BGB geregelten Prinzips von Treu und Glauben Anwendung finden. Hier wird in Deutschland grundsätzlich die Auffassung vertreten, daß weder aus dem grundgesetzlichen Gleichheitsgrundsatz selbst noch aus § 242 BGB im Zivilrecht eine allgemeine Pflicht zur Gleichbehandlung begründet werden kann. Dies deshalb, da im Zivilrecht der Grundsatz der Privatautonomie gilt, der es auch verbietet, die zivilrechtlich Handelnden zur Gleichbehandlung zu zwingen.²⁰ Dies ist jedoch in Rechtsgebieten anders, in denen es gewisse Umstände rechtfertigen, den eigentlich für das Verhältnis Staat-Bürger entwickelten Gleichsatz zur Anwendung zu bringen. In diesen Rechtsgebieten folgt aus Treu und Glauben auch eine Pflicht zur gleichmäßigen Behandlung. Zu Rechtsgebieten, in denen dies der Fall ist, zählen das Arbeitsrecht, das Vereins- und Gesellschaftsrecht sowie für Tarifkunden das Energie-Wirtschaftsrecht, nicht dagegen das Mietrecht.²¹

Darüber hinaus hat bereits das Reichsgericht²² entschieden, daß im Falle einer beschränkten Gattungsschuld, ein Schuldner, der aufgrund der nur begrenzt möglichen Leistung nicht alle Gläubiger vollumfänglich befriedigen kann, diese Gleichbehandlung, d.h. teilweise befriedigen muß. Treu und Glauben gebietet hier also eine Gleichbehandlung, die es z.B. verbietet, einen Gläubiger einer solchen beschränkten Gattungsschuld vollständig und einen anderen überhaupt nicht zu befriedigen.

¹⁹ So Palandt-Heinrichs aaO Rdnr. 58 zu § 242

²⁰ Bayerisches Oberstes Landesgericht NJW 81, 1277

²¹ Palandt-Heinrichs, Rdnr. 10 zu § 228

²² RG 84, 128

Im Zusammenhang mit Treu und Glauben können sich auch prozessuale Fragen stellen. Beispielsweise könnte man fragen, ob die Grundsätze von Treu und Glauben grundsätzlich nur dann zur Anwendung kommen, wenn eine entsprechende Einrede geltend gemacht wird. Hier ist jedoch einhellige Meinung in Deutschland, daß ein Verstoß gegen Treu und Glauben im Prozeß von Amts wegen zu berücksichtigen ist.²³ Die Beweislast für die Tatumstände, aus denen sich nach Treu und Glauben aufgrund der bereits angesprochenen Korrekturfunktion eine vom üblichen abweichende Rechtsfolge ergibt, trägt die dadurch begünstigte Partei.²⁴ Insoweit ergeben sich also keine Abweichungen von den allgemeinen Beweislastregeln.

Treu und Glauben enthält ein allgemeines „Grundgebot der Redlichkeit“. Deshalb ist das Prinzip von Treu und Glauben allgemein unabdingbar, d.h. nicht dispositiv. Möglich ist es jedoch, für bestimmte Fallgestaltungen die Anwendung des Treu und Glauben - Prinzips auszuschließen. Demnach ist es möglich, daß zwei Parteien vereinbaren, daß wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (einem in Deutschland ursprünglich aus dem Prinzip von Treu und Glauben abgeleiteten Rechtsinstitut) keine Rechte hergeleitet werden können.²⁵

Wie bereits oben erwähnt führt das Prinzip von Treu und Glauben zur Festlegung von vertraglichen Verpflichtungen, die weder im Gesetz noch im betreffenden Vertrag ausdrücklich angesprochen werden. Solche vertraglichen Verpflichtungen können Mitwirkungspflichten, Schutzpflichten oder Aufklärungspflichten sein. Bei den Schutzpflichten haben in der Vergangenheit insbesondere Fälle die deutsche Rechtsprechung beschäftigt, bei denen es darum ging, inwieweit eine Vertragspartei verpflichtet ist, zum Schutze der anderen Vertragspartei eine Versicherung abzuschließen, obwohl dies weder von den gesetzlichen Vorschriften bezüglich des jeweiligen Vertragstyps noch vom Wortlaut des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags ausdrücklich verlangt wurde. Hier ist die deutsche Rechtsprechung grundsätzlich der Auffassung, daß aus Treu und Glauben folgt, daß im erforderlichen Umfang für Versicherungsschutz zu Gunsten der anderen Vertragspartei zu sorgen ist. Im einzelnen ist dabei jedoch manches umstritten. Nach der Rechtsprechung des BGH²⁶ muß ein Kfz-Händler, der Kunden die Möglichkeit zu Probefahrten bietet, eine Kaskoversicherung hierfür abschließen. Entsprechend muß auch ein Juwelier, der in seinem Laden wertvolle fremde Sachen (Schmuck) bearbeitet eine Versicherung gegen Einbruch und Beraubung abschließen.²⁷ Versäumt er dies, so haftet er wegen dieses Versäumnisses für den entstandenen Schaden, auch wenn er für den Einbruch oder die Beraubung selbst kein Verschulden trägt. Keine einheitliche Haltung hat die deutsche Rechtsprechung jedoch bezüglich der Frage, inwieweit ein Arbeitgeber verpflichtet ist, einen angestellten Fahrer durch eine Kaskoversicherung mit angemessener Selbstbeteiligung gegen Schadensersatzansprüche wegen einer möglichen Beschädigung des Fahrzeugs (die im Einzelfall für den Arbeitnehmer existenzbedrohende Ausmaße annehmen können) schützen.²⁸

²³ Vgl. z.B. *Roth aaO*, Rdnr. 49, *Palandt-Heinrichs aaO*, Rdnr. 15

²⁴ BGH NJW 1970, 946

²⁵ *Palandt-Heinrichs aaO*, Rdnr. 15

²⁶ BGH NJW 86, 1099.

²⁷ LG Frankfurt/Main NJW-RR 86, 1007

²⁸ Die Verpflichtung wird beispielsweise vom LAG Bremen VersR 80, 1182 bejaht, aber vom BAG NJW 88, 2820 verneint

Eine weitere Folge von Treu und Glauben ist es, daß es unzulässig sein kann, Rechte, die jemanden eigentlich zustehen würden, auszuüben. Begründet wird dies mit einer ungeschriebenen immanenten Begrenzung eines jeden Rechts. Diesbezüglich haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet, nämlich der unredliche Erwerb der eigenen Rechtsstellung (das es unzulässig macht, das betreffende Recht geltend zu machen), die Verletzung eigener Pflichten, das Fehlen eines schutzwürdigen Eigeninteresses, die Unverhältnismäßigkeit sowie Fälle eines selbst widersprüchlichen Verhaltens. Es ist im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes nicht möglich, diese Fallgruppen abschließend zu behandeln. Jedoch soll auf folgendes hingewiesen werden: Die Verletzung eigener Pflichten kann, muß aber nicht dazu führen, daß eine Rechtsausübung unzulässig wird. Es gibt nämlich keinen allgemeinen Grundsatz, daß nur derjenige Rechte geltend machen kann, der sich selbst rechtstreu verhalten hat.²⁹ Dementsprechend kommt es bei dieser Fallgruppe verstärkt auf die besonderen Umstände des Einzelfalles an. Ein unzulässige Rechtsausübung wegen Verletzung eigener Pflichten wird deshalb insbesondere nur dann vorliegen, wenn die verletzten eigenen Pflichten eine erhebliche eigene Vertragsuntreue darstellen. Wegen dieses Tatbestandsmerkmals ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich. Nicht als Fall einer unzulässigen Rechtsausübung würde es von deutschen Gerichten angesehen, wenn ein Arbeitnehmer, der gegen ein Wettbewerbsverbot verstoßen hat, dennoch seinen eigenen Gehaltsanspruch geltend macht.³⁰ Ebenso kann jemand, der selbst unlauteren Wettbewerb begeht, dennoch Mitbewerber wegen gleichartiger Verstöße in Anspruch nehmen.³¹ Darüber hinaus kann die Ausübung eines Rechtes nach Treu und Glauben auch deshalb unzulässig sein, da der Berechtigte kein schutzwürdiges Eigeninteresse an der Geltendmachung dieses Rechtes hat. Standardfall für das fehlende Eigeninteresse ist die Verpflichtung zur alsbaldigen Rückgabe (*dolo agit, qui titit, quod statim redditurus est*). Darüber hinaus kann die Berufung auf ein Recht nach Treu und Glauben unzulässig sein, wenn aus einem geringfügigen, im Ergebnis folgenlos gebliebenen Verstoß unangemessene Rechtsfolgen entstehen würden. Dementsprechend kann bei einem unerheblichen Zahlungsrückstand ein, ansonsten eigentlich bestehendes Rücktritts- oder Kündigungsrecht nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein.³² Darüber hinaus wird eine Versicherung zwar grundsätzlich von ihrer Verpflichtung zur Erbringung der Versicherungsleistung frei, wenn der Versicherungsnehmer seine Prämien nicht bezahlt. Hat der Versicherungsnehmer jedoch nur einen im Verhältnis zur Gesamtprämie unbedeutenden Teil nicht gezahlt, so kann die Versicherung sich deswegen nicht ihrer Leistungspflicht entziehen.³³

Auch widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) kann zu einer unzulässigen Rechtsausübung führen. Aufgrund dieses Umstandes wurde beispielsweise entschieden, daß ein Käufer, der eine bestimmte Hard- und Software

²⁹ BGH NJW 1971, 1747

³⁰ BGH NJW-RR 88 353

³¹ BGH NJW 60, 1295

³² RG 86, 335

³³ BGH 21, 136, vgl. zum Versicherungsrecht, bei dem in Deutschland aufgrund der sogenannten "Relevanzrechtsprechung" der Grundsatz von Treu und Glauben eine sehr große Rolle spielt, nach unten.

bereits seit längerem installiert hat und benutzt, aus der Tatsache, daß das eigentlich zur Installation erforderliche Handbuch nicht geliefert wurde, nicht nachträglich ein Zurückbehaltungsrecht herleiten kann.³⁴ Im deutschen Recht ist es möglich, daß ein Vermieter von Wohnraum den Mietvertrag mit dem Mieter kündigt, wenn er die Wohnung für sich selbst benötigt (sogenannte Eigenbedarfskündigung). Obgleich die mietrechtlichen Vorschriften hierzu nichts sagen, ist eine solche Eigenbedarfskündigung nach der deutschen Rechtsprechung³⁵ jedoch ausgeschlossen, wenn der Vermieter die den Eigenbedarf rechtfertigenden Gründe bereits bei Vertragsabschluß kannte. Im Zusammenhang mit dem widersprüchlichen Verhalten als Fallgruppe einer unzulässigen Rechtsausübung nach Treu und Glauben ist jedoch zu beachten, daß dessen Anwendungsbereich nicht allzusehr ausgeweitet wird. Zu beachten ist nämlich, daß allein das widersprüchliche Verhalten einer Partei alleine nicht dazu führt, daß diese die Möglichkeit zur Ausübung von Rechten verlieren. Die Rechtsordnung läßt widersprüchliches Verhalten nämlich grundsätzlich zu. Insbesondere dürfen auch die Parteien ihre Rechtsansichten ändern.³⁶ Den Parteien steht es in der Regel auch frei, sich auf die Nichtigkeit der von ihnen abgegebenen Erklärungen zu berufen, obwohl auch dies widersprüchliches Verhalten darstellt.³⁷ Widersprüchliches Verhalten wird aber dann mißbräuchlich, wenn für die andere Partei dadurch das Vertrauen erweckt wurde, daß dieses Recht nicht mehr geltend gemacht werden würde.³⁸

Eine besondere Rolle spielt der Grundsatz von Treu und Glauben in der deutschen Rechtsprechung zum Arbeits- und Gesellschaftsrecht. Deshalb sollen nachfolgend einige diesbezügliche Entscheidungen aus diesen Rechtsgebieten dargestellt werden.

2. Treu und Glauben im Arbeitsrecht

Bezüglich des Arbeitsrechtes sind Entscheidungen zu nennen, die sich aufgrund der Ähnlichkeit der diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften auch in Kroatien stellen können.

Auch in Deutschland ist eine Kündigung von Arbeitnehmern bei einem Arbeitgeber ab einer bestimmten Anzahl von Beschäftigten (gegenwärtig 5, demnächst wohl 10) nur möglich, wenn entweder ein Fall der personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Kündigung vorliegt. Im Falle einer betriebsbedingten Kündigung ist darüber hinaus eine Sozialauswahl zwischen den in Frage kommenden Arbeitnehmern erforderlich.

In diesem Zusammenhang kann sich die Frage stellen, ob neben den Vorschriften über die Sozialwidrigkeit noch die allgemeine Vorschrift des § 242 BGB über Treu und Glauben Anwendung finden kann. Dies wird von der deutschen Rechtsprechung jedoch verneint.³⁹

³⁴ Köln NJW-RR 98, 343

³⁵ BHerfG NJW 89, 972

³⁶ BGH NJW 97, 3377/3379

³⁷ BGH NJW 97 aaO

³⁸ Vgl. Palandt-Heinrichs aaO Rdnr. 55, 56

³⁹ BAG DB 91, 341

In Fällen, in denen das Kündigungsschutzgesetz dagegen nicht anwendbar ist, führt Treu und Glauben demgegenüber zu gewissen Einschränkungen des Kündigungsrechtes des Arbeitgebers. Zwar ist in diesen Fällen eine Kündigung nicht von einem rechtfertigenden Grund abhängig. Allerdings verbietet Treu und Glauben eine Kündigung zur Unzeit oder in verletzender Form.⁴⁰

3. Treu und Glauben im Gesellschaftsrecht

Eine wahre Fundgrube für deutsche Gerichtsentscheidungen, die im wesentlichen auf den Grundsatz von Treu und Glauben abstellen ist das Gesellschaftsrecht.

Hier dient Treu und Glauben dazu, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Rechtsfragen sowohl im Verhältnis Dritter zu Handelsgesellschaften wie im Verhältnis von Gesellschaftern untereinander zu lösen.

Da im deutschen Recht eine dem Art. 10 Abs. 3 des kroatischen Gesetzes über die Handelsgesellschaften entsprechende Vorschrift fehlte, entwickelte beispielsweise die deutsche Rechtsprechung aus Treu und Glauben die sogenannte Durchgriffshaftung, bei der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft trotz grundsätzlich beschränkter Haftung auf ihre Einlage auch mit dem darüber hinaus bestehenden Privatvermögen haften. Die Rechtsprechung läßt eine solche Haftung des Gesellschafters mit seinem Privatvermögen (Durchgriff) zu, wenn die Rechtsform der juristischen Person mißbräuchlich verwendet wird.⁴¹ Oder wenn die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person gegen Treu und Glauben verstoßen würde.⁴² Ein solcher Durchgriff auf das Gesellschaftervermögen nach Treu und Glauben würde in Deutschland beispielsweise bejaht in Fällen finanzieller, wirtschaftlicher und organisatorischer Eingliederung der Gesellschaft in den Alleingesellschafter selbst⁴³, in Fällen des Hervorrufens persönlicher Haftung⁴⁴. Eine Unterkapitalisierung, d.h. Fälle in denen die Gesellschaft mit einem Stammkapital, das für die Unternehmenstätigkeit zu gering ist, aber das gesetzliche Mindeststammkapital erreicht, führt nach deutscher Rechtsprechung dagegen nicht zu einer Durchgriffshaftung.⁴⁵

Ebenfalls mit Treu und Glauben begründet wird, daß es unwirksam ist, wenn der alleinige Gesellschafter einer GmbH, der auch gleichzeitig deren einziger Geschäftsführer ist, das Geschäftsführeramt ohne wichtigen Grund niederlegt und einen neuen Geschäftsführer zu bestellen⁴⁶. Besondere Bedeutung entfaltet das Prinzip

⁴⁰ Palandt-Heinrichs aaO, Rdnr. 61

⁴¹ Dies entspricht auch dem in Art. 10 Abs. 3 des kroatischen Gesetzes über die Handelsgesellschaften enthaltenen.

⁴² Diese Variante ist in Art. 10 Abs. 3 des kroatischen Gesetzes über die Handelsgesellschaften nicht enthalten. Dennoch dürfte man in Kroatien auch in Fällen, in denen die für einen Mißbrauch im Sinne des Art. 10 Abs. 3 erforderliche Mißbrauchsabsicht fehlt, über die Anwendung des Art. 12 Schuldrechtsgesetz zu einem Durchgriff kommen können.

⁴³ BGHZ 68, 312

⁴⁴ BGHZ 22, 230

⁴⁵ BGHZ 68, 312

⁴⁶ BayOb DB 81, 2219

von Treu und Glauben jedoch im Verhältnis der Gesellschafter zu der Gesellschaft sowie im Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Diesbezüglich haben Literatur und Rechtsprechung in Deutschland die sogenannte Treuepflicht als im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck gebrachte Nebenpflicht entwickelt.⁴⁷ Anhand dieser Treuepflicht zeigt sich auch, daß das Prinzip von Treu und Glauben auch die Gesetzgebung und die Gesetze entlastet. Würde man nämlich eine ausdrückliche gesetzliche Regelung aller denkbaren Unterfälle dieser allgemeinen Treuepflicht verlangen, so dauern die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften noch länger als dies ohnehin schon der Fall ist und vollkommen unübersichtlich. Die Treuepflicht wirkt sich vor allem als Schädigungsverbot zum Schutze der Gesellschaft und der Mitgesellschafter, sowie als Korrektiv der Mehrheitsherrschaft und als Verpflichtung zur Anpassung des Gesellschaftsvertrages an veränderte Umstände aus.⁴⁸ Mit Hilfe dieses Prinzips konnte die deutsche Rechtsprechung die nachfolgenden Fälle entscheiden. (Wobei sie wegen der Korrekturfunktion des Prinzips von Treu und Glauben zu Ergebnissen kam, die sich nicht nur nicht direkt aus dem Gesetz ergaben, sondern teilweise auch im Widerspruch zu dem reinen Gesetzeswortlaut standen):

Im ersten Fall⁴⁹ hatte eine Konzerngesellschaft mehr als 50 % einer GmbH gekauft. Aufgrund ihrer Mehrheit in dieser Gesellschaft beschloß die Konzerngesellschaft, daß diese GmbH zukünftig 1 % ihres Umsatzes als sogenannte Konzernumlage für die Beratung der Tochtergesellschaften im Konzern abführen müßte. Hiergegen wandten sich die Minderheitengesellschafter. Würde man allein auf die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschaft abstellen, so wäre die Abführung dieser Konzernumlage nicht zu beanstanden gewesen. Schließlich konnte die Konzerngesellschaft mit ihren mehr als 50 % der Stimmen in der GmbH einen solchen Beschluß wirksam fassen. Der Bundesgerichtshof sah diese Konzernumlage jedoch als Sondervorteil für den Mehrheitsgesellschafter an, der zumindest dann, wenn der Gesellschaft hierdurch kein zusätzlicher Nutzen entsteht, die Minderheitsgesellschafter benachteiligt und deshalb treuwidrig ist. Über das Prinzip von Treu und Glauben hat der Bundesgerichtshof hier also Minderheitenschutz unter den Gesellschaftern betrieben und eine Mehrheitsentscheidung korrigiert.

Ähnlich verhält es sich in einem Fall,⁵⁰ in dem ein Mehrheitsgesellschafter (der auch Geschäftsführer einer GmbH war) den bisherigen Geschäftsbetrieb einer Gesellschaft auf eine neu gegründete GmbH (die er alleine besaß) verlagerte um dann mit seiner Mehrheit, entgegen dem Willen des Minderheitsgesellschafter, die bisherige Gesellschaft aufzulösen. Der BGH sah hierin eine Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht, also einen Verstoß gegen Treu und Glauben, der den Auflösungsbeschluß nichtig machte. In dieser Entscheidung kommt u.a. zum Ausdruck, daß es Verpflichtung der Gesellschafter ist, die Gesellschaft nach Möglichkeit fortzuführen. Deshalb haben die Gesellschafter, auch wenn sie

⁴⁷ Vgl. Karsten Schmidt Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, 1991, S. 862

⁴⁸ Vgl. Karsten Schmidt aaO, S. 863

⁴⁹ BGH Z 65, 15

⁵⁰ BGH Z 76, 352

Mehrheitsgesellschafter sind, es zu unterlassen, zu Lasten der Minderheitsgesellschafter die Gesellschaft aufzulösen, obwohl dies sachlich nicht gerechtfertigt ist. Im Einzelfall kann aus dieser Treuepflicht auch eine Verpflichtung zu aktivem Handeln, insbesondere auch zu Geldzahlungen, abgeleitet werden. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Gesetzgeber das gesetzliche Mindeststammkapital von GmbHen anhebt. Dies geschah in der Bundesrepublik Deutschland in den 80-er Jahren. Weiterhin wurde gesetzlich bestimmt, daß alle GmbHen, die ihr Stammkapital nicht bis 31.12.1985 auf die neu als gesetzliches Mindeststammkapital festgesetzten DM 50.000,00, anhoben, aufzulösen seien. Hier hat der Bundesgerichtshof⁵¹ festgestellt, daß in solchen Fällen im Regelfall eine Pflicht der Gesellschafter besteht, bei einem entsprechenden Kapitalerhöhungsbeschluß mitzuwirken.

VI. Fazit

Oben konnte nur ein ganz kurzer und deshalb unvollständiger Einblick in die zahlreichen Entscheidungen deutscher Gerichte zum Prinzip von Treu und Glauben gegeben werden. Bereits aus den angesprochenen Entscheidungen ist jedoch ersichtlich, daß dieses Prinzip in der deutschen Rechtsprechung eine große Rolle spielt. Deutlich geworden ist wohl auch, daß die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben Juristen, verlangt, die mehr können als die reine formelhafte Anwendung von Gesetzesvorschriften. Ob es nun darum geht, das geschriebene Gesetzesrecht über Treu und Glauben zu ergänzen oder sogar darum es zu korrigieren: Die Anwendung dieses Prinzips verlangt insbesondere auch Juristen, die bereit sind (juristisch möglichst gut begründete) neue Wege zu gehen. Wohl der interessanteste Bereich bei der Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben ist derjenigen, in dem dieses Prinzip (wie im obigen Beispiel bezüglich der Korrektur der Mehrheitsherrschaft in einer Handelsgesellschaft) korrigierend eingesetzt wird. Hier erreicht man nämlich Ergebnisse, die nicht selten im Widerspruch zu dem stehen, was man bei bloßer formelhafter Anwendung des Gesetzes gefunden hätte. Gefährliche wäre es für die Betroffenen, wenn die Gerichte in Fällen, in denen dies begründet wäre, nicht die Souveränität besitzen würden, ein sich alleine aufgrund des Wortlautes irgendeiner Norm sich ergebendes Ergebnis, das jedoch gegen Treu und Glauben verstieße, zu korrigieren. Andererseits birgt auch die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben verschiedene Gefahren. Eine dieser Gefahren besteht darin, daß "zu früh" auf Treu und Glauben Bezug genommen wird. Gemeint ist die Situation, in der ein Fall nach "geschriebenem Gesetzesrecht" zu lösen wäre, das Gericht aber vorschnell seine Lösung mit Treu und Glauben begründet. Die Existenz des Prinzips von Treu und Glauben entbindet nämlich nicht davon, daß geschriebene Recht erst einmal anzuwenden. Erst dann, das heißt als allerletzter Schritt, ist - gleichsam zur Kontrolle - zu überprüfen, ob das gefundene Ergebnis auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben "gerecht" ist.

⁵¹ BGHZ 98, 276

Aus vielerlei Gründen kann das geschriebene Gesetzesrecht nicht alle Fragen beantworten, die sich im praktischen juristischen Leben stellen und entschieden werden müssen. Das Prinzip von Treu und Glauben ist in dieser Situation (ähnlich anderen generalklauselartigen Normen) ein wesentliches "link" vom (geschriebenen) Gesetz hin zum (ungeschriebenen) Recht. Da der Begriff Rechtsstaat mehr ist als ein bloßer „Gesetzesstaat“ sind gerade solche Generalklauseln für die Verwirklichung des Rechtsstaates von überragender Bedeutung.

Abkürzungen

| | |
|-------|--|
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BayOb | Bayerisches Oberstes Landgericht |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| DB | Der Betrieb (Zeitschrift) |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift) |
| VersR | Versicherungsrecht (Zeitschrift) |
| ZOO | Zakon o obveznim odnosima (Gesetz über die Schuldverhältnisse) |

Summary

PRINCIPLE OF "GOOD FAITH" IN GERMAN CASE-LAW

Since there are only few judgments based on the principle of good faith published in Croatia, this article presents German case-law based on that principle. Introduction gives a comparison of legal provisions on "*Treu und Glauben*" principle in German law (paragraph 242 of the Civil Code) and "*savjesnost i poštenje*" principle in Croatian law (art. 12 Law on Obligations), and it establishes that these two provisions have the same aim. Moreover, Croatian doctrine often invokes German doctrine on paragraph 242 of the German Civil Code. Thus, it would seem acceptable to introduce into Croatian law discussions on paragraph 242 of the Civil Code and the relevant case-law.

Analyzed judgments demonstrate that all the circumstances of a particular case have to be taken into account when applying paragraph 242. Therefore, solutions of German case-law in seemingly similar cases should not be too quickly transplanted. The article, moreover, discusses certain fundamental issues connected with principle of good faith. Special emphasis is given to position of German case-law on the extent to which the principle of good faith demands equal treatment. A number of contractual obligations in relation to the principle of good faith has developed in German case-law; these obligations were not mentioned in the law, neither expressly contracted

(obligation of cooperation, obligation of protection or obligation to report). Inexistence of personal interest that would require protection, disproportionality as well as cases including self-contradictory conduct are shown. Examples are given among judgments on good faith in the field of labor and company law. As to the latter, it is pointed out that in this field of law the principle of good faith serves for settling legal issues not expressly regulated by the written law, both in relations of companies and third persons, and relations of company members among themselves. In regard of relations among companies German case-law has from the principle of good faith developed a general obligation of conscientious conduct which operates, on one side, as a prohibition of causing damage in order to protect company and its members and, from the other side, as a correction of majority rule and as an obligation for harmonization of social contract according to changed circumstances.

In conclusion it is established that application of the principle of good faith requires lawyers who are capable of more than just a mere formal application of legal provisions. It is emphasized that written law cannot provide answers to all the questions that arise in practice and that need to be solved. In such a situation the principle of good faith presents (similarly as the other provisions incorporating general clauses) an important link between (written) rules and (unwritten) law. Since state of law includes more than just "state of written law", these general clauses are particularly important for the realization of state of law.

Key words: good faith, case-law, obligations, German law, company law.

Zusammenfassung

“TREU UND GLAUBEN” IN DER DEUTSCHEN RECHTSPRECHUNG

Ausgehend davon, daß in Kroatien nur sehr wenige Entscheidungen, die auf Treu und Glauben basieren, veröffentlicht sind, stellt der Beitrag deutscher Urteile, in denen dieses Prinzip Anwendung fand, vor. Hierbei werden zuerst einleitend die gesetzlichen Vorschriften zu Treu und Glauben in Deutschland (§ 242 BGB) bzw. "savjesnosti i poštenja" in Kroatien (Art. 12 ZOO) miteinander verglichen und festgestellt, daß diese Vorschriften dieselbe Zielsetzung verfolgen. Darüber hinaus wird in der kroatischen Literatur häufig auf deutsche Literatur zu § 242 BGB Bezug genommen. Dies läßt es zulässig erscheinen, Überlegungen zum deutschen § 242 BGB sowie Rechtsprechung hierzu - zumindest bis zum Beweis des Gegenteils, der für jeden Einzelfall gesondert zu führen wäre - auch im kroatischen Recht zu übernehmen.

Bezüglich der vorgestellten Entscheidungen wird einleitend klargestellt, daß im Anwendungsbereich des § 242 alle Umstände des Einzelfalles sorgfältig abgewogen werden müssen. Deshalb darf Rechtsprechung zu scheinbar gleichgelagerten Fällen nicht vorschnell übernommen werden. Anschließend werden einige grundsätzliche Fragen im Zusammenhang mit Treu und Glauben angesprochen. Im Zusammenhang damit wird insbesondere die Haltung der deutschen Rechtsprechung zur Frage inwieweit Treu und Glauben zu einer Gleichbehandlung zwingen könnte geschildert.

Danach wird dargestellt, daß die deutsche Rechtsprechung aus Treu und Glauben eine Reihe von vertraglichen Verpflichtungen, die weder im Gesetz noch im betreffenden Vertrag ausdrücklich angesprochen werden, entwickelt hat (Mitwirkungspflichten, Schutzpflichten oder Aufklärungspflichten). Daran anschließend werden das Fehlen eines schutzwürdigen Eigeninteresses, die Unverhältnismäßigkeit sowie Fälle eines selbst widersprüchlichen Verhaltens angesprochen. Beispielhaft werden dann Gerichtsentscheidungen zu Treu und Glauben im Arbeits- und im Gesellschaftsrecht vorgestellt. Bezüglich des letztgenannten Rechtsgebiets wird herausgestellt, daß Treu und Glauben hier dazu dient, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Rechtsfragen sowohl im Verhältnis Dritter zu Handelsgesellschaften wie im Verhältnis von Gesellschaftern untereinander zu lösen. Im Verhältnis der Gesellschaft untereinander hat die deutsche Rechtsprechung aus Treu und Glauben die allgemeine Treuepflicht entwickelt. Diese wirkt sich vor allem als Schädigungsverbot zum Schutze der Gesellschaft und der Mitgesellschafter, sowie als Korrektiv der Mehrheitsherrschaft und als Verpflichtung zur Anpassung des Gesellschaftsvertrages an veränderte Umstände aus.

Abschließend wird festgestellt, daß die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben Juristen verlangt, die mehr können als die reine formelhafte Anwendung von Gesetzesvorschriften. Außerdem wird hervorgehoben, daß das geschriebene Gesetzesrecht nicht alle Fragen beantwortet, die sich im praktischen juristischen Leben stellen und entschieden werden müssen. Deshalb ist das Prinzip von Treu und Glauben in dieser Situation (ähnlich anderen generalklauselartigen Normen) ein wesentliches "link" vom (geschriebenen) Gesetz hin zum (ungeschriebenen) Recht. Da der Begriff Rechtsstaat mehr ist als ein bloßer „Gesetzesstaat“ sind gerade solche Generalklauseln für die Verwirklichung des Rechtsstaates von überragender Bedeutung.

Schlüsselwörter: Treu und Glauben, Rechtsprechung, Schuldrecht, deutsches Recht, Gesellschaftsrecht.

Sommario

PRINCIPIO DI "COSCIENZA E ONESTÀ" NELLA PRASSI GIUDIZIALE TEDESCA

Siccome ci sono solo pochi giudizi fondati sul principio di coscienza e onestà pubblicati in Croazia, in questo lavoro è presentata la prassi giudiziale tedesca su questo principio. L'introduzione offre una comparazione delle disposizioni legali sul principio di "Treu und Glauben" nel diritto tedesco (§ 242, Codice civile) e il principio di "coscienza e onestà" nel diritto croato (art. 12, Legge sulle obbligazioni), e stabilisce che queste due disposizioni hanno lo stesso obiettivo. Inoltre, la letteratura croata evoca spesso la dottrina tedesca sul § 242 del Codice civile tedesco. Così, sembrerebbe accettabile introdurre nel diritto croato i dibattiti sul § 242 del Codice civile e la giurisprudenza rilevante.

I giudizi analizzati dimostrano che tutte le circostanze del caso specifico devono essere prese in considerazione quando si applica il § 242. Perciò, le soluzioni della prassi giudiziale tedesca in casi apparentemente simili non dovrebbero essere troppo frettolosamente trapiantate. Inoltre, l'articolo discute determinate questioni fondamentali connesse con il principio di coscienza e onestà. Attenzione particolare è data alla posizione della giurisprudenza tedesca sul grado in cui il principio di coscienza e onestà domanda eguale trattamento. Nella prassi giudiziale tedesca sono state sviluppate una serie di obbligazioni contrattuali in relazione al principio di coscienza e onestà, non menzionate nella legislazione, né espressamente negoziate (obbligazione di cooperazione, obbligazione di tutela od obbligazione di informazione). Sono mostrate l'inesistenza di interesse personale che richiederebbe tutela, la sproporzionalità come anche casi inclusivi di condotte auto-contraddittorie. Sono offerti esempi di giudizi sulla coscienza e onestà nel terreno del diritto del lavoro e delle società. Quanto all'ultimo, è rilevato che in questo campo del diritto il principio di coscienza e onestà serve per definire questioni giuridiche non espressamente regolate dal diritto scritto, sia nelle relazioni di società e persone terze, sia nelle relazioni di membri della società tra loro stessi. A proposito delle relazioni tra società la giurisprudenza tedesca ha sviluppato dal principio di coscienza e onestà un'obbligazione generale di condotta coscienziosa che opera, da un lato, come divieto di causare danni per la tutela della società e dei suoi membri e, dall'altro lato, come correttivo della regola maggioritaria e come un'obbligazione per l'armonizzazione del contratto sociale con le modificate circostanze.

In conclusione si sostiene che l'applicazione del principio di coscienza e onestà richiede giuristi che siano capaci di più che solo una mera applicazione formale delle disposizioni legali. Si enfatizza che il diritto scritto non può fornire risposte a tutte le questioni che sorgono dalla pratica e che abbisognano di essere risolte. In una tale situazione il principio di coscienza e onestà presenta (analogamente alle altre disposizioni incorporanti clausole generali) un importante "link" tra le regole (scritte) e il diritto (non scritto). Poiché lo stato di diritto include più che la sola "legge di stato", queste clausole generali sono particolarmente importanti per la realizzazione dello stato di diritto.

Parole chiave: coscienza e onestà, prassi giudiziale, diritto obbligatorio, diritto tedesco, diritto delle società commerciali.

ODGOVORNOST ZA ŠTETU IZAZVANU LIJEKOVIMA S NEDOSTATKOM

Mr. sc. Marko Bevanda, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru
BiH

UDK: 347.51
Ur.: 1. prosinca 2003.
Pr.: 23. prosinca 2003.
Izvorni znanstveni članak

Lijekovi kao proizvodi farmaceutske industrije čine specifičnu vrstu robe koju većina ljudi gotovo svakodnevno uzima kako bi preduhitrili ili liječili određene bolesti. Štete izazvane lijekovima mogu nastati kako u fazi ispitivanja lijeka na ljudima i životinjama (pretkliničko i kliničko ispitivanje lijeka), tako i poslije registracije i stavljanja lijeka u promet. Opasnosti od lijeka koji se već nalazi u prometu svode se na neželjene, neugodne i štetne učinke lijeka, odnosno na nuspojave ili štetne reakcije na lijek, na štete zbog nepoštivanja preskripcije ili neprovođenja uputa vezanih za pravilno korištenje lijeka te na štete zbog zlorabe lijekova. Lijek može biti opasan sam po sebi ili zbog nekog nedostatka u svom sastavu, uputi za uporabu, ili u pakiranju. Za štete izazvane lijekom oštećena osoba pod određenim uvjetima može tražiti odgovornost ne samo proizvođača lijekova, nego i liječnika, ljekarnika, ali i nadležnih tijela na nacionalnoj i međunarodnoj razini. Autor otvara i pokreće čitav niz složenih i osjetljivih pitanja vezanih za odgovornost navedenih osoba. O slučajevima građanskopravne odgovornosti za štetu izazvanu lijekovima koji su u trenutku stavljanja u promet imali nedostatak govori se u okviru problematike odgovornosti za proizvode s nedostatkom. Stoga autor posebnu pozornost posvećuje Direktivi Europske unije o odgovornosti za proizvod. U članku su analizirana najvažnija prava i obveze osoba ovlaštenih za propisivanje i izdavanje lijeka, ali i osoba koje imaju obvezu praćenja djelotvornosti (efikasnosti) i podnošljivosti (neškodljivosti) novih lijekova. Raščlambom i interpretiranjem pojmovno-terminoloških pitanja (lijek, naziv lijeka, lijek s nedostatkom, homeopatski i medicinski proizvodi) autor pokušava dati potpuniju, pravilniju i cjelovitiju sliku problematike vezane za lijekove s nedostatkom.

Ključne riječi: *farmaceutsko pravo, odgovornost za štetu, lijek s nedostatkom, Zakon o lijekovima i medicinskim proizvodima, Direktiva 374/85.*

I. Uvodna razmatranja

I. Farmaceutsko pravo, odnosno pravo o lijekovima, iznimno je značajan, složen i osjetljiv dio medicinskog prava¹ (u širem smislu).² U današnje vrijeme masovne proizvodnje i potrošnje lijekova uzrokovane brzim i neslućenim razvojem farmaceutske industrije i napretkom u sintetskoj organskoj kemiji i biotehnologiji (tzv. *farmaceutska revolucija*)³ ono izaziva, ili bi moralo izazivati, ne 'samo' stručnu i znanstvenu pozornost pravnika, liječnika i ljekarnika itd., nego i značajnu pozornost običnog građanina, pacijenta, bolesnika. Izuzetnu složenost medicinskog prava potvrđuje i činjenica kako

¹ Radi se o jednom veoma važnom području rada i duhovne kulture suvremenog svijeta, koji obuhvaća pravne odnose u koje ljudi stupaju radi očuvanja svoga života i zdravlja, tj. da bi opstali. Stoga za pravnike ne može gotovo ni biti prečeg zadatka nego što je izučavanje medicinskog prava. J. Radišić, predgovor u Zborniku radova *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd, 1996., str. 1.

² U užem smislu medicinsko pravo (*medical law, droit medical, Arztrecht*) obuhvaća pravna pravila koja uređuju odnose u obavljanju zdravstvene (medicinske) djelatnosti. Medicinsko pravo u širem značenju može obuhvatiti još i propise o prometu i izdavanju lijekova, propise o osiguranju od odštetne odgovornosti, propise o medicinskim proizvodima i sl. U pravnoj literaturi s ovog područja afirmira se još varijanta ovog pojma pod nazivom pravo zdravlja (*Gesundheitsrecht, Health Law*) koje obuhvaća, kako se kaže, 'sve propise u službi zdravlja'. P. Klarić, *Odštetno pravo*, Zagreb, 2003., str. 378.; *Medicinsko pravo u objektivnom smislu podrazumijeva skup pravnih pravila koja uređuju medicinsku djelatnost, utvrđuju svojstva osoba koja tu djelatnost obavljaju i njihov odnos prema korisnicima njihovih usluga. Izraz 'medicinska djelatnost' obuhvaća ne samo dijagnozu i terapiju nego i neterapijske zahvate, kao što su: kozmetička kirurgija, sterilizacija, vještačka oplodnja, pomoć u umiranju, prekid trudnoće, biomedicinsko istraživanje na ljudima. Osim toga, medicinsko pravo u širem smislu uključuje i propise koji se odnose na lijekove i medicinska sredstva. Radi se, dakle, o predmetno ograničenom području prava, kao što su, na primjer, i prometno i bankarsko pravo. Ono se tiče jedne profesije i građana koji koriste njihove usluge. Medicinsko pravo treba razlikovati od pravne ili sudske medicine, koja se bavi medicinskim razjašnjavanjem određenih činjenica koje su pravno relevantne. Jedno je pravo u medicini, a drugo je medicina u pravu. J. Radišić, *Medicinsko pravo u svetu i kod nas*, Pravni informator, br. 09/2002., www.informator.co.yu/informator; *Pored interdisciplinarnosti medicinskog prava, koga mnogi teoretičari nazivaju i "pravo na raskrižju", jer preuzima dijelove drugih pravnih disciplina koji se tiču zdravstva, u značaju profesionalnih pravila ogleda se također druga njegova osobenost. Naime, medicinsko pravo ne čine samo državni propisi (zakoni i podzakonski akti), već i staleški propisi, profesionalni vodiči, protokoli i standardizirane medicinske procedure. H. Mujović-Zornić, M. Sjeničić, Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, Pravni informator, br. 06/2003., www.informator.co.yu/informator; Iz navedenog je vidljivo da se raznorodna pravna pravila medicinskog prava (u širem smislu) mogu razvrstati u dvije skupine. Prvu skupinu predstavljali bi pravni propisi koji su izravno posvećeni medicinskoj, odnosno farmaceutskoj djelatnosti. Među tim propisima u našem 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 proizvodima* (*Narodne novine*, br. 121/03.) (u daljnjem tekstu: *Zakon o lijekovima*), *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 sestrinstvu* (*Narodne novine*, br. 121/03.). Druga skupina pravnih pravila potječe iz mnogih zakonskih tekstova koji pripadaju različitim područjima prava: ustavnom, građanskom, kaznenom, radnom, socijalnom, obiteljskom, međunarodnom itd.*

³ K. Kleinsorge, *Dei Bedeutung der Forschung am Menschenin: Forschung am Menschen*, Berlin/Heidelberg, 1986., str. 52.; Navedeno prema: H. Mujović - Zornić, *Regulisanje pacijentovih prava u vezi sa korišćenjem lekova*, Pravni život br. 9., Beograd, 2002., str. 217.

nema skoro niti jedne grane prava koja nije pronašla polje svog djelovanja upravo u medicinskom pravu (u širem smislu). Danas sve više ljudi širom svijeta gotovo svakodnevno i izravno osjeća utjecaj i (pozitivne i negativne) učinke suvremene farmaceutske industrije. Njezini pozitivni učinci svakako imaju značajnu prevagu nad onim negativnim. Međutim, moramo biti svjesni činjenice da je mnogim proizvođačima lijekova profit još uvijek ispred interesa zaštite ljudskog zdravlja, te da njihova *agresivna* ekonomska promidžba i marketing lijekova (danas posebice putem radija, televizije, tiska, ali i *Interneta*)⁴ često 'zasjeni' istinsku kakvoću, djelotvornost (učinkovitost) i neškodljivost (podnošljivost) lijeka. Gledano sa stajališta sadašnjeg trenutka, može se reći da su mnogi, na određeni način, *platili* cijenu neadekvatnog tretiranja problematike ispitivanja i stavljanja u promet, proizvodnje, označavanja, klasifikacije, praćenja nuspojava, oglašavanja, obavješćivanja, nadzora nad lijekovima, ali i odštetne odgovornosti za lijekove, osiguranja od odštetne odgovornosti itd. Bilo bi naivno pretpostaviti da bi farmaceutska industrija odnosno proizvođači lijekova poštivali *dobru proizvođačku praksu*⁵ (engl. *Good manufacturing practice*)⁶ i nužnu samokontrolu kao stvar dobre savjesti, te *etičke kodekse* (*Code of Ethics*)^{7,8} da ih (stegovne, kaznenopravne, građanskopravne) sankcije ne 'tjeraju' na to.⁹ *Thalidomide* tragedija dramatično je demonstrirala navedeno. *Thalidomide* je lijek (sredstvo za umirenje) koji je proizvodila mala farmaceutska tvrtka *Chemie*

⁴ Vidi: M. A. Moberg, J. W. Wood, H. L. Dorfman, *Surfing the Net in Shallow Waters: Product Liability Concerns and Advertising on the Internet*, Food and Drug Law Journal, vol. 53., str. 213. - 224.; R. C. Ausness, *Will More Aggressive Marketing Practices Lead to Greater Tort Liability for Prescription Drug Manufacturers?*, 2002., Wake Forest Law Review, Vol. 37. str. 97. - 139.; J. Bergen, *Protecting the Public, Promoting E-Commerce: Federal Oversight of Internet Prescription Drug Sales*, www.ctlw.duke.edu/deliberations/bergenjamie.pdf; *Medical products and the Internet, A guide to finding reliable information*, World Health Organization Geneva, 1999., www.who.int/medicines/library/qsm/who-edm-qsm-99-4/medicines-on-internet-guide.html; S. Marković, *Reklamiranje lekova - pravni aspekti*, u: Zborniku radova *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd, 1996., str. 285. - 324.

⁵ *Dobra proizvođačka praksa* jest dio sustava osiguranja kakvoće koji osigurava dosljednu proizvodnju i provjeru kakvoće prema zahtjevima i postupcima iz postupka davanja odobrenja za stavljanje gotovoga lijeka u promet (čl. 2., toč. 48. *Zakon o lijekovima*).

⁶ *Good manufacturing practice means the part of quality assurance which ensures that products are consistently produced and controlled in accordance with the quality standards appropriate to their intended use - Article 2.(6) - Commission Directive 2003/94/EC, of 8 October 2003, laying down the principles and guidelines of good manufacturing practice in respect of medicinal products for human use and investigational medicinal products for human use*; Sličnu definiciju daje i Svjetska zdravstvena organizacija: *Good manufacturing practice is that part of quality assurance which ensures that products are consistently produced and controlled to the quality standards appropriate to their intended use and as required by the marketing authorization.* (www.who.int/medicines/library/qsm/trs908/trs908-4.pdf); Vidi i: *Directive 2001/20/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the implementation of good clinical practice in the conduct of clinical trials on medicinal products for human use.*; Također vidi: www.cgmp.com/resources.html;

⁷ Na određeni način *etički kodeks proizvođača (lijekova)* mogao bi se opisati kao ekvivalent *dobroj proizvođačkoj praksi*.

⁸ Vidi: IFPMA (*International Federation of Pharmaceutical Manufacturers Associations*) *Code of Pharmaceutical Marketing Practice*, www.ifpma.org/site_docs/News/Code_English_2000.pdf;

⁹ Usporedi: D. Giesen, *International Medical Malpractice Law*, Dordrecht, Boston, London, 1988., str. 589.

Grünenthal (Njemačka).¹⁰ Stavljjen je u promet 1. listopada 1957. (u Njemačkoj povučen iz prometa 28. studenoga 1961. godine), a prodavan je ne samo u Njemačkoj, nego u još 46 država diljem svijeta.¹¹ Žene koje su koristile taj lijek za vrijeme trudnoće rađale su djecu s malformacijama u razvoju ekstremiteta i drugih organa. *Prokletstvo iz Chemie Grünenthal* nadvilo se nad sudbinom mnogih ljudi.¹² Preko 12 000 osoba rođeno je s različitim nedostacima u tjelesnom razvoju.¹³ Temeljni uzrok te *nepotrebne* patnje mnogih ljudi različitih generacija jest neprovođenje sveobuhvatnog i postupnog ispitivanja navedenog lijeka. Naime, proizvođač lijeka nije proveo potpuno laboratorijsko, farmakološko-toksikološko (*pretkliničko*) ispitivanje lijeka na trudnim životinjama. Usprkos tomu, *thalidomide* je izričito deklariran kao siguran lijek u trudnoći, te su ga u velikoj mjeri koristile trudnice, što je (kasnije se pokazalo) imalo tragične posljedice.¹⁴ Ipak, *thalidomide* tragedija je, uz svu *tamu* koju nosi,¹⁵ za farmaceutsku industriju bila od povijesnog značenja.¹⁶ Ona je 'najzaslužnija' što je rigorozna procjena (uglavnom djelotvornosti i podnošljivosti) nekog novog lijeka na životinjama i ljudima (prije nego što se odobri njegovo stavljanje u promet) u današnje vrijeme u većini država svijeta postala zakonska obveza. Laboratorijsko, farmakološko-toksikološko, tj. *pretkliničko* i *kliničko* ispitivanje novog lijeka materijalni je uvjet za dobivanje odobrenja za stavljanje (gotovog) lijeka u promet.¹⁷ Potrebno je napomenuti da su navedena ispitivanja u cilju stvaranja i stavljanja u

¹⁰ *Thalidomide* se prvi put spominje 1953. godine u istraživanjima švicarske farmaceutske tvrtke *Ciba*. Kada nije uspjela otkriti odgovarajuće terapijske učinke, *Ciba* je odustala od daljnjih istraživanja navedenog lijeka.

¹¹ Vidi: www.thalidomide.ca/en/information/faces.html;

¹² As reported in the *British Sunday Mirror*, the babies of six young men who were born deformed because of *thalidomide* have also been born with malformed limbs. Two of the babies have almost identical deformities to their fathers. J. Lesso, *The Thalidomide Tragedy: Another Example Of Animal Research Misleading Science*, www.pnc.com.au/~cafmr/online/research/thalid2.html;

¹³ Vidi: www.thalidomide.ca/en/information/physical_degeneration.html;

¹⁴ Tako: M. Mildred, *The Decline and Fall of Strict Liability*, *Nottingham Law Journal*, vol. 7, 1998., str. 1.

¹⁵ Bez obzira na njegove negativne učinke na plod, danas je očito da za mnoge ljude *Thalidomide* predstavlja lijek *čudo*, jer je dokazano da ima iznimno značajne pozitivne farmakološke i imunološke učinke na zdravlje pacijenata oboljelih od različitih vrsta oboljenja (npr. tumora)., Vidi: A. Fisher, *Thalidomide: Lessons from the Past*, www.nyu.edu/classes/jaeger/thalidomide.htm; N. Rajc, K. Anderson, *Thalidomide — A Revival Story*, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 341:1606-1609, No. 21., 1999., <http://content.nejm.org/cgi/content/full/341/21/1606>; S. Singhal i dr., *Antitumor Activity of Thalidomide in Refractory Multiple Myeloma*, *The New England Journal of Medicine* Vol. 341:1565-1571, No. 21., 1999., <http://content.nejm.org/cgi/content/full/341/21/1565>;

¹⁶ *It altered attitudes about drug regulation, it significantly broadened FDA authority, it affected all drug development. It changed history.*, C. Marwick, *JAMA* vol. 278., no. 14., 1997., www.mindfully.org/Health/Thalidomide-Back.htm;

¹⁷ Opširnije: H. Mujović-Zornić, *Pravni problemi kliničkog ispitivanja lekova*, Pravni život br. 9., Beograd, 1997., str. 339. - 351.; Vidi: E. Deutsch, *The Protection of the Person in Medical Research - German National Report for the XV. International Congress of Comparative Law*, www.jura.uni-freiburg.de/gfr/Bristol/Deutsch/Deutsch.pdf;

promet sigurnog i djelotvornog lijeka iznimno složen, skup i vremenski dugotrajan proces.¹⁸

U današnje vrijeme *epidemije medicinskih grešaka*¹⁹ pravno reguliranje problematike vezane za lijekove iznimno je značajno imajući u vidu činjenicu da većina ljudi gotovo svakodnevno uzima lijekove (različitog podrijetla) kako bi preduhitрили ili liječili određene bolesti,²⁰ te da su (nerijetko katastrofalne) štete izazvane lijekovima sve brojnije. Ukoliko se ne primjenjuju na odgovarajući način, te ukoliko su proizvedeni s nedostatkom, lijekovi predstavljaju izvor opasnosti štete ne isključivo po zdravlje bolesnika, pacijenta, korisnika lijeka, nego i po zdravlje trećih osoba koje često nemaju nikakve (neposredne) veze s lijekom.

II. Iako je sukladno čl. 49. Ugovora o Europskoj uniji²¹ (*Treaty on European Union, Maastricht Treaty*, potpisan je 7. veljače 1992., a stupio je na snagu 1. studenog 1993. godine) jedini formalni uvjet za članstvo u Uniji da se radi o europskoj državi koja počiva na načelima slobode, demokracije, poštivanja ljudskih prava i temeljnih sloboda, te vladavini prava, na sastancima Europskoga vijeća u Kopenhagenu lipnja 1993. (tzv. Kopenhagenski uvjeti) i Madridu prosinca 1995. postavljeni su dodatni (politički, ekonomski, pravni i administrativni) uvjeti koje kandidati moraju ispuniti prije primanja u punopravno članstvo.²² Pravni je uvjet prihvaćanje (i stvaranje uvjeta za potpuno i dosljedno primjenjivanje) cjelokupnog komunitarnog prava, ili bolje rečeno, komunitarnih stečevina (*acquis communautaire*).²³

¹⁸ Prema nekim istraživanjima, u Sjedinjenim Američkim Državama potrebno je dvanaest godina i 359,000,000 dolara da bi se otkrio i razvio novi lijek (podaci navedeni prema: E. M. Rutherford, *The FDA and "Privatization" — The Drug Approval Process*, Food and Drug Law Journal, 50th Anniversary, www.fdli.org/pubs/Journal%20Online/50th%20Anniv/art18.pdf). U cilju smanjenja troškova i vremena potrebnog za stvaranje i stavljanje u promet novog lijeka, odnosno u cilju harmoniziranja regulative vezane za lijekove na međunarodnom planu učinjeni su značajni naponi. Vidi: P. M. Booth, *FDA Implementation of Standards Developed by the International Conference on Harmonisation*, Food and Drug Law Journal, vol. 52., www.fdli.org/pubs/Journal%20Online/52_2/art13.pdf; A. Cuvillier, *The Rule of the European Medicines Evaluation Agency in the harmonization of pharmaceutical regulation*, u: *Pharmaceutical Medicine Biotechnology and European Law* (Edited by R. Goldberg, J. Lonbay), Cambridge, 2000., str. 137. - 157.

¹⁹ Pojam naveden prema: A. Merry, A. McCall Smith, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge, 2001., str. 1.

²⁰ *Potreba za tvarima koje bi suzbijale bolest ili mijenjale raspoloženje, odnosno stanje svijesti, skoro je jednako iskonska kao i potreba za hranom ili stanovanjem.*, MSD Medicinski priručnik za pacijente, Split, 2002., str. 23.

²¹ "Any European State which respects the principles set out in Article 6(1) may apply to become a member of the Union... Article 49.; *The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States.* Article 6(1)". Cjelovit tekst Ugovora o Europskoj uniji, ali i ostalih Osnivačkih ugovora, može se vidjeti na Internet adresi: www.europa.eu.int/eur-lex/en/search/search_treaties.html;

²² M. Bevanda, *Građanskopravna odgovornost proizvođača za štetu izazvanu nedostatkom na proizvodu u pravu Bosne i Hercegovine i Europske unije*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar, 2003., str. 252.

²³ "Acquis communautaire, skraćeno *acquis*, skup je prava i obveza koji sve zemlje članice obvezuju i povezuju unutar Europske unije. On ne predstavlja samo pravo u užem smislu, jer obuhvaća: sadržaj, načela i političke ciljeve osnivačkih ugovora, zakonodavstvo usvojeno primjenom osnivačkih ugovora te presuda Suda Europske zajednice, deklaracije i rezolucije koje je Unija usvojila, mjere koje

Uzimajući u obzir težnju Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: RH) za potpuno i jednakopravno uključivanje u suvremeni europski integracijski (politički, gospodarski i sigurnosni) proces i pravnu europeizaciju,²⁴ u sadašnjoj fazi uspostavljenih odnosa između RH i Unije (djelomično) izjednačavanje i usklađivanje prava RH s pravom Unije je obvezno.²⁵ Jedno od iznimno bitnih područja u procesu usklađivanja hrvatskog zakonodavstva s pravom Unije nesumnjivo je medicinsko pravo (u širem smislu). Od Hrvatske se očekuje harmonizacija standarda sigurnosti i kvalitete lijekova i medicinskih proizvoda, te zaštite zdravlja i kvalitete života građana s europskim standardima.^{26, 27} Radi osiguranja komunitarnih ciljeva u području farmaceutskog prava, odnosno u cilju osiguranja visoke razine zaštite zdravlja i kvalitete života, uspješnog djelovanja unutarnjeg tržišta lijekovima te u cilju poticanja stabilnog i predvidivog okružja za farmaceutske inovacije, na razini Unije donesen je veliki broj direktiva

*se odnose na zajedničku vanjsku i sigurnosnu politiku, mjere koje se odnose na pravosuđe i unutarnje poslove te međunarodne ugovore koje je Zajednica sklopila kao i ugovore između zemalja članica u području djelovanja Unije. Svaka država koja želi postati članicom Europske unije mora prihvatiti odluke iz osnivačkih ugovora i uskladiti svoje zakonodavstvo s *acquis communautaire*om.”, Mali leksikon europskih integracija, Vlada Republike Hrvatske, Ured za europske integracije, Zagreb. Podaci uzeti sa: www.mei.hr/default.asp?ru=178&gl=200108230000001&sid=&jezik=1*

²⁴ Vidi: R. Vukadinović, *Evropeizacija privatnog prava*, Pravni život br. 12., Beograd, 2002., str. 395. - 408.

²⁵ “Obvezu harmoniziranja unutarnjih propisa države članice su preuzele Ugovorom o osnivanju u mjeri u kojoj je to potrebno za ostvarivanje komunitarnih ciljeva. ... Treće države nečlanice preuzimaju obvezu djelomičnog usklađivanja svojih propisa (i to samo onih koji se odnose na uspostavljanje i funkcioniranje unutarnjeg, jedinstvenog, tržišta) tek potpisivanjem klasičnih sporazuma o pridruživanju i nove vrste sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. ... Za razliku od država članica i pridruženih država koje su obvezne na harmoniziranje, treće države nečlanice nemaju takvu obvezu, već harmoniziranje unutarnjeg zakonodavstva sa propisima EU tretiraju kao dio predpristupne strategije za uspostavljanje što čvršćih odnosa sa EU sa krajnjim ciljem da eventualno postanu punopravne članice. Otuda je ovakvo harmoniziranje dobrovoljno”. R. Vukadinović, *O nekim karakteristikama harmonizacije unutrašnjeg zakonodavstva sa pravom Evropske unije*, u: *Aktualna pitanja savremenog zakonodavstva*, Zbornik radova sa Savjetovanja pravnika (Budvanski pravnički dani), Beograd, 2001., str. 109. i 110.

²⁶ U Uniji legislativa o sigurnosti industrijskih proizvoda grubo je podijeljena u dva područja: područje novog pristupa koje pokriva tehničke industrijske proizvode, i područje starog pristupa koja pokriva motorna vozila, prehrambene proizvode, kemikalije, lijekove za ljudsku i lijekove za veterinarsku upotrebu. Trenutno postoje tri europske organizacije za normizaciju koje su službeno priznate u okviru Direktive 98/34/EZ koja definira europske standarde (*Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations, Official Journal L 204, 21/07/1998*): CEN (Europski odbor za normizaciju, www.cenorm.be), CENELEC (Europski odbor za elektrotehničku normizaciju, www.cenelec.org) i ETSI (Europski institut za norme u području telekomunikacija, www.etsi.org). Znak CE pokazuje da je proizvod dizajniran i proizveden u skladu sa odredbama svih primjenjivih direktiva Unije. On simbolizira činjenicu da je proizvod bio predmet odgovarajućih procedura ocjenjivanja usklađenosti s odgovarajućim direktivama Unije. CE znak je obavezan i mora biti postavljen prije nego što se proizvod plasira na tržište Unije i stavi u upotrebu. Ukoliko se na neki industrijski proizvod primjenjuje više direktiva, onda CE znak na tom proizvodu pokazuje da je proizvod usklađen sa odredbama svih tih direktiva. U načelu, CE znak ne može biti postavljen dok se ne završi procedura ocjenjivanja usklađenosti i ne verificira da je proizvod usklađen sa svim odredbama relevantnih direktiva. CE znak postavlja proizvođač ili njegov ovlašteni zastupnik u Uniji., Opširnije: *Vodič za izvoz u EU (Usklađivanje sa propisima EU)*, Euro Info Korespondentni Centar Bosna i Hercegovina, Sarajevo, 2003.

(Directives), uredbi (Regulations), odluka (Decisions), preporuka i mišljenja (Recommendations and Opinions).²⁸ Jedno od iznimno značajnih i istovremeno aktualnih problema farmaceutskog prava jest pitanje građanskopravne odgovornosti za štetu izazvanu lijekovima.

²⁷ Primjena tih standarda praktično znači npr. da se u prodaji neće moći naći lijek bez odgovarajuće oznake i upute. Sukladno odredbama *Zakona o zaštiti potrošača* (Narodne novine., br. 96/03) deklaracija je obvezna za svaki proizvod i mora sadržavati najmanje sljedeće podatke: proizvođački naziv proizvoda, ime pod kojim se proizvod prodaje, tip i model proizvoda te oznaku mjere proizvoda, ako je to bitno obilježje proizvoda, datum proizvodnje i rok uporabe, ukoliko je isto propisano, naziv i sjedište (punu adresu) proizvođača, a za uvozne proizvode i naziv i sjedište (punu adresu) uvoznika te zemlju podrijetla, upozorenje o mogućoj opasnosti pri uporabi, ako takva opasnost postoji, izjavu proizvođača o postojanju preoblikovanih svojstava proizvoda i organizama, sastojaka dijelova i dodataka te o kakvim se preoblikovanjima radi, ukoliko takva preoblikovana svojstva postoje, u skladu s posebnim propisima, izjavu proizvođača o sukladnosti proizvoda s propisanim uvjetima, ako ti uvjeti postoje. Gotov lijek mora imati sljedeće podatke na vanjskome i unutarnjem pakovanju, odnosno ako nema vanjskoga pakovanja, na unutarnjem pakovanju: naziv gotovoga lijeka, farmaceutski oblik i doza lijeka ako lijek ima više oblika i doza, kvalitativni i kvantitativni sastav djelatnih tvari, popis pomoćnih tvari propisan od ministra nadležnog za zdravstvo, način i put primjene lijeka, ako je potrebno, posebna upozorenja, ako je potrebno, istek roka valjanosti (mjesec i godina), posebne mjere čuvanja, ako je potrebno, posebne mjere za uklanjanje neiskorištenoga lijeka ili ostataka lijeka, kada je potrebno, ime i adresa nositelja odobrenja za stavljanje lijeka u promet, broj odobrenja za stavljanje lijeka u promet, broj serije, u slučaju primjene lijeka bez prethodne posjete liječniku, uputu za uporabu lijeka za lijekove koji se primjenjuju bez nadzora liječnika (čl. 31., st. 1. *Zakon o lijekovima*).

²⁸ *Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to medicinal products (nije na snazi); Council Directive 75/318/EEC of 20 May 1975 on the approximation of the laws of Member States relating to analytical, pharmaco-toxicological and clinical standards and protocols in respect of the testing of proprietary medicinal products (nije na snazi); Council Directive 75/319/EEC of 20 May 1975 on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to proprietary medicinal products (nije na snazi); Council Directive 89/342/EEC of 3 May 1989 extending the scope of Directives 65/65/EEC and 75/319/EEC and laying down additional provisions for immunological medicinal products consisting of vaccines, toxins or serums and allergens (nije na snazi); Council Directive 89/343/EEC of 3 May 1989 extending the scope of Directives 65/65/EEC and 75/319/EEC and laying down additional provisions for radiopharmaceuticals (nije na snazi); Council Directive 89/381/EEC of 14 June 1989 extending the scope of Directives 65/65/EEC and 75/319/EEC on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to medicinal products and laying down special provisions for proprietary medicinal products derived from human blood or human plasma (nije na snazi); Council Directive 92/25/EEC of 31 March 1992 on the wholesale distribution of medicinal products for human use (nije na snazi); Council Directive 92/26/EEC of 31 March 1992 concerning the classification for the supply of medicinal products for human use (nije na snazi); Council Directive 92/27/EEC of 31 March 1992 on the labelling of medicinal products for human use and on package leaflets (nije na snazi); Council Directive 92/28/EEC of 31 March 1992 on the advertising of medicinal products for human use (nije na snazi); Council Directive 92/73/EEC of 22 September 1992 widening the scope of Directives 65/65/EEC and 75/319/EEC on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to medicinal products and laying down additional provisions on homeopathic medicinal products (nije na snazi). Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use (amended by Directive 2002/98/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 setting standards of quality and safety for the collection, testing, processing, storage and distribution of human blood and blood components and amending Directive 2001/83/EC and Commission Directive 2003/63/EC of 25 June 2003 amending Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council on the Community code relating*

to medicinal products for human use); Directive 2001/20/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the implementation of good clinical practice in the conduct of clinical trials on medicinal products for human use; Commission Directive 91/356/EEC, of 13 June 1991, laying down the principles and guidelines of good manufacturing practice for medicinal products for human use; Council Directive 89/105/EEC, of 21 December 1988, relating to the transparency of measures regulating the pricing of medicinal products for human use and their inclusion within the scope of national health insurance systems; Council Regulation (EEC) No 2309/93, of 22 July 1993, laying down Community procedures for the authorization and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Agency for the Evaluation of Medicinal Products (amended by Commission Regulation (EC) No 649/98 of 23 March 1998 amending the Annex to Council Regulation (EEC) No 2309/93); Council Regulation (EC) No 297/95, of 10 February 1995, on fees payable to the European Agency for the Evaluation of Medicinal Products (amended by Council Regulation (EC) No 2743/98 of 14 December 1998 amending Regulation (EC) No 297/95 on fees payable to the European Agency for the Evaluation of Medicinal Products); Commission Regulation (EC) No 540/95, of 10 March 1995, laying down the arrangements for reporting suspected unexpected adverse reactions which are not serious, whether arising in the Community or in a third country, to medicinal products for human or veterinary use authorized in accordance with the provisions of Council Regulation (EEC) No 2309/93; Commission Regulation (EC) No 1662/95, of 7 July 1995, laying down certain detailed arrangements for implementing the Community decision-making procedures in respect of marketing authorizations for products for human or veterinary use; Commission Regulation (EC) No 2141/96, of 7 November 1996, concerning the examination of an application for the transfer of a marketing authorization for a medicinal product falling within the scope of Council Regulation (EEC) No 2309/93; Regulation (EC) No 141/2000 of the European Parliament and of the Council of 16 December 1999 on orphan medicinal products; Commission Regulation (EC) No 847/2000 of 27 April 2000 laying down the provisions for implementation of the criteria for designation of a medicinal product as an orphan medicinal product and definitions of the concepts 'similar medicinal product' and 'clinical superiority'; Commission Regulation (EC) No 1084/2003 of 3 June 2003 concerning the examination of variations to the terms of a marketing authorisation for medicinal products for human use and veterinary medicinal products granted by a competent authority of a Member State; Commission Regulation (EC) No 1085/2003 of 3 June 2003 concerning the examination of variations to the terms of a marketing authorisation for medicinal products for human use and veterinary medicinal products falling within the scope of Council Regulation (EEC) No 2309/93; Council Decision 75/320/EEC, of 20 May 1975, setting up a Pharmaceutical Committee; Council Directive 78/25/EEC, of 12 December 1977, on the approximation of the laws of the Member States relating to the colouring matters which may be added to medicinal products; Council Directive 90/219/EEC, of 23 April 1990, on the contained use of genetically modified micro-organisms; Council Directive 90/220/EEC, of 23 April 1990, on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms; Directive 2001/18/EC of the European Parliament and of the Council of 12 March 2001 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms and repealing Council Directive 90/220/EEC; Council Regulation No (EEC) 1768/92, of 18 June 1992, concerning the creation of a supplementary protection certificate for medicinal products; Commission Communication on parallel imports of proprietary medicinal products for which marketing authorizations have already been granted; Commission Communication on the implementation of the new marketing authorization procedures for medicinal products for human and veterinary use in accordance with Council Regulation (EEC) No 2309/93 of 22 July 1993 and Council Directives 93/39/EEC, 93/40/EEC and 93/41/EEC, adopted on 14 June 1993.; Commission communication on the Community marketing authorisation procedures for medicinal products (98/C 229/03); Directive 2002/98/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 setting standards of quality and safety for the collection, testing, processing, storage and distribution of human blood and blood components and amending Directive 2001/83/EC.

Lijekovi kao proizvodi farmaceutske industrije čine specifičnu vrstu robe koja se u fazi istraživanja, proizvodnje i prometa podvrgava posebnom pravnom režimu u interesu zaštite zdravlja potrošača, odnosno zajednice u cijelosti.²⁹ O slučajevima građanskopravne odgovornosti za štetu izazvanu lijekovima s nedostatkom govori se u okviru problematike odgovornosti za proizvode s nedostatkom. Građanskopravna odgovornost za štetu izazvanu nedostatkom na proizvodu (lijeku) vrlo je osjetljivo područje zaštite potrošača te se, stoga, ne može promatrati izvan učenja o pravu zaštite potrošača. Ipak, treba imati na umu da je građanskopravna odgovornost za štetu izazvanu lijekovima samo jedan dio šireg konteksta zaštite potrošača koji ima svoju građanskopravnu prepoznatljivost i pravnu samostalnost.³⁰

Za područje građanskopravne odgovornosti za štetu izazvanu lijekovima s nedostatkom u pravu Europske unije najznačajnija je Direktiva Vijeća EEZ-a, br. 374, od 25. srpnja 1985., o ujednačavanju zakona, uredba i administrativnih odredaba država članica koji reguliraju odgovornost za proizvode s nedostatkom (u daljnjem tekstu: Direktiva 374/85).^{31,32} Odredbe o građanskopravnoj odgovornosti proizvođača za štetu izazvanu nedostatkom na proizvodu u hrvatskom pravu sadržane su u *Zakonu o obveznim odnosima*³³ (u daljnjem tekstu: ZOO). Može se slobodno reći da ZOO predstavlja važnu etapu u razvoju ove složene i osjetljive oblasti i discipline, jer prvi put u hrvatski pravni sustav na izričit način uvodi i uređuje (objektivnu) odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom. Sudska je praksa prije donošenja ZOO-a ukazala na postojanje šteta prouzročenih nedostatkom na proizvodu, te je priznavala novi vid odgovornosti, tj. objektivnu odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom.³⁴

²⁹ Vidi: S. Marković, op. cit., str. 295. i 296.

³⁰ Usporedi: S. Petrić, *Odgovornost proizvođača za štete od nedostatka na proizvodu u hrvatskom pravu i pravu Europske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 4., 2001., str. 373.; A. Radolović, *Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22., br.1., 2001., str. 339.

³¹ *Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (Official Journal L 210, 07/08/1985). Skraćeni naziv Direktive je Product Liability Directive.* U cilju proširenja djelovanja pravila o odgovornosti za štetu od proizvoda i na (primarne) poljoprivredne proizvode, Direktiva je izmijenjena 1999. godine (*Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products*, Official Journal L 141, 04/06/1999). Tekst Direktive vidi u: *EUR-Lex, the digital version of the legislation issued in the Official Journal of the European Communities*: www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/prod_liab/pl01_en.pdf;

³² Nesumnjivo značenje ima i *Direktiva o općoj sigurnosti proizvoda (Council Directive 92/59/EEC of 29 June on general product safety, Official Journal L 228, 11/08/1992)*, odnosno nova *Direktiva o općoj sigurnosti proizvoda (Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety, Official Journal L 01, 15/01/2002)*. Napominjemo da je u nas donesen *Zakon o općoj sigurnosti proizvoda (Narodne novine br. 158/03.)* koji je u velikoj mjeri uskladen s navedenim Direktivama.

³³ Sl. 1. 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.

³⁴ "Proizvođač automobila odgovara za štetu nastalu zbog skrivenih mana automobila koje predstavljaju greške u konstrukciji - zbog lošeg mehanizma za zatvaranje vrata - zbog čega je osoba za vrijeme vožnje ispala iz automobila.", Vrhovni sud Jugoslavije, Rev. 693/65.; Navedeno prema: S. Čigoj, *Građanska odgovornost*, u knjizi *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom

Zakonodavac smatra da je odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom poseban oblik odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti.^{35, 36} Zanimljivo je da ZOO uređuje odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom u samo jednom članku,³⁷ i to odredbama čl. 179. koji glasi: *Tko stavi u promet neku stvar koju je proizveo, a koja zbog nekog nedostatka predstavlja opasnost štete za osobe ili stvari, odgovara za štetu koja bi nastala zbog nedostatka. Proizvođač odgovara i za opasna svojstva stvari ako nije poduzeo sve što je potrebno da štetu, koju je mogao predvidjeti, spriječi upozorenjem, sigurnom ambalažom ili drugom odgovarajućom mjerom.*

Vidljivo je da je zakonodavac predvidio i objektivnu (čl. 179. st. 1.) i subjektivnu (čl. 179. st. 2.) odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom. Odredba iz st. 1. čl. 179. ZOO-a donosi objektivnu odštetnu odgovornost, i to ne nekakvu modificiranu odgovornost (kako npr. postoji u komunitarnom pravu).³⁸ Subjektivna presumirana odgovornost proizlazi iz sadržaja odredbe st. 2. čl. 179. prema kojoj proizvođač odgovara za štetu *“koju je mogao predvidjeti”*, kao i za *“opasna svojstva stvari”* kojih je, dakle, svjestan pa je dužan poduzeti sve što je potrebno da spriječi nastanak štete.^{39, 40} Prema tome, proizvođač se može osloboditi odgovornosti dokazom nekrivnje, odnosno ukoliko dokaže da je *poduzeo sve što je potrebno da štetu, koju je mogao predvidjeti, spriječi upozorenjem, sigurnom ambalažom ili drugom odgovarajućom mjerom.*

prvi, Beograd, 1978., str. 525.; *“Proizvođač šampona dužan je platiti oštećenoj osobi naknadu za neugodnosti i duševne patnje (neimovinska šteta), koju je pretrpjela zbog toga što joj je nakon uporabe šampona kosa dobila nenormalan izgled sličan modrom indigu, koje je stanje trajalo nekoliko mjeseci i kroz koje je vrijeme oštećena imala razne neugodnosti, a bila je zabrinuta zbog mogućnosti nastupa trajnih posljedica.”*, Vrhovni sud Hrvatske, Gž 3701/72. od 16. 11. 1973. (Pregled sudske prakse, br. 4-76); Presuda navedena prema: P. Klarić, *Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja*, Pravo u gospodarstvu, vol. 41., br. 4., 2002., str. 84.

³⁵ I. Crnić, *Naknada štete*, Zagreb, 1998., str. 65.

³⁶ ZOO regulira *odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom* odredbama čl. 179., u Glavi II. (*Nastanak obveza*), Odjeljku 2. (*Uzrokovanje štete*), Odsjeku 5. (*Odgovornost za štetu od opasnih stvari ili opasnih djelatnosti*).

³⁷ Nesumnjivo postoji potreba za jednim opsežnijim i preciznijim zakonskim reguliranjem ove problematike, jer pravila o građanskoj odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom, sadržana u odredbama čl. 179. ZOO-a, ne zadovoljavaju ni u kvantitativnom, ali ni u kvalitativnom aspektu. Kako sada stvari stoje, izmjena postojećeg zakonodavnog uređenja odgovornosti proizvođača za štetu uzrokovanu nedostatkom proizvoda planira se u okviru (novoga) *Zakona o obveznim odnosima.*, Vidi: *Odgovori Republike Hrvatske na Upitnik Europske unije*, Vlada Republike Hrvatske, www.mei.hr/EUodgovori/pog23.pdf;

³⁸ A. Radolović, op. cit., str. 353.

³⁹ Tako: T. Jelić, *Građansko-pravna odgovornost za štetu koju je prouzročio proizvod s nedostatkom*, Informator br. 4810., Zagreb, 2000., str. 7.

⁴⁰ Neki autori (O. Jelčić, *Odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom*, Naša zakonitost br. 9.-10., 1987., str. 1175.) smatraju da je odgovornost proizvođača i za opasna svojstva stvari kauzalna, jer sama je činjenica da je stvar stavljena u promet bez odgovarajućeg upozorenja ili poduzimanja drugih mjera radi korištenja stvari bez štetnih posljedica, dovoljna za proizvođača ako bi nastupila šteta, bez obzira je li za takav propust kriv.

II. Pojmovno-terminološka pitanja

Pojam lijeka - Lijek je pretežno medicinski pojam, ali se koristi i izvan medicine, i tada mu se daje preneseno ili simbolično značenje.⁴¹ U običnom govoru on može označavati sve ono što pomaže u neugodnoj, nepoželjnoj situaciji.⁴² U pravu pojam "pravni lijek" označava procesne radnje stranaka i drugih sudionika u postupku kojima se traži preispitivanje odluka koje podnositelj smatra nezakonitima i/ili nepravilnima, te njihovo ukidanje i preinačenje.⁴³

Prema općoj udžbeničkoj definiciji lijekovi su supstancije ili smjese supstancija, koje uporabljene u određenim količinama i u određenim uvjetima sprečavaju, odstranjuju, liječe i iscjeljuju bolesti i štetne pojave u ljudskom, biljnom ili životinjskom organizmu.⁴⁴ Postoje i jednostavnije definicije lijeka, npr. lijek je *svaka tvar koju unosimo u organizam ili je primjenjujemo na njegovoj površini zato da bismo spriječili ili liječili bolest ili simptom bolesti*⁴⁵ ili lijek je *kemijski spoj koji utječe na organizam i njegove procese*.⁴⁶ Prema definiciji Svjetske zdravstvene organizacije (*World Health Organization - WHO*)⁴⁷ lijek je bilo koja supstancija ili proizvod koji se primjenjuje ili se može primijeniti u korist primatelja radi modificiranja ili istraživanja fizioloških sustava ili patoloških stanja.⁴⁸ Pojam lijeka, kao proizvoda od općedruštvenog značenja, odnosno proizvoda od osobitog značaja za zdravlje ljudi, relativan je.⁴⁹ Svaki lijek može koristiti, ali i naškoditi, posebice ako se zlorabi (tzv. *tamna strana uporabe lijeka*). Savršeno djelotvoran (učinkovit) i potpuno neškodljiv (podnošljiv), odnosno savršen lijek ne postoji.⁵⁰ Većina lijekova, ukoliko se upotrebljava u neadekvatnim uvjetima i okolnostima, odnosno u suviše velikim (pretjeranim) ili malim (nedovoljnim) dozama, ostvariti će neželjeno, neugodno, štetno (često po život opasno) ili nikakvo djelovanje. Sa stanovišta *farmakologije*⁵¹ pojam lijeka istovjetan je s pojmom otrova (kemijski ne postoji načelna razlika između lijeka, hrane ili otrova), npr. natrijev klorid (kuhinjska sol) je

⁴¹ J. Radišić, *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986., str. 232.

⁴² V. Anić, *Rječnik hrvatskog jezika*, Zagreb, 2000., str. 487.

⁴³ M. Dika, J. Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 610.

⁴⁴ D. Atanacković, A. Simonić, *Opća farmakologija*, Zagreb, 1991., str. 8.

⁴⁵ R. Živković, *Klinička farmakologija*, Zagreb, 2000., str. 3.

⁴⁶ *MSD Medicinski priručnik za pacijente*, Split, 2002., str. 24.

⁴⁷ www.who.int

⁴⁸ Vidi: _www.who-umc.org/pdfs/WHO_Drug_Dictionary_Guide.pdf

⁴⁹ *Pojam je lijeka relativan, jer lijekovi u izmijenjenim okolnostima mogu figurirati kao otrov ili hrana, ili biti posve indiferentni*, *Medicinska enciklopedija*, Tom IV., Zagreb, 1969., str. 396.

⁵⁰ *Njemački znanstvenik Paul Ehrlich je početka XX stoljeća opisao idealan lijek kao "magični metak"; takav je lijek točno usmjeren na bolesno mjesto i ne oštećuje okolna zdrava tkiva. Premda su mnogi suvremeni lijekovi daleko selektivniji od njihovih prethodnika, savršenog lijeka nema. Većina lijekova ne zadovoljava Ehrlichovu preciznost.*, *MSD Medicinski priručnik za pacijente*, Split, 2002., str. 27.

⁵¹ U doslovnom značenju riječi znanost o lijekovima (grč. *fármakos* - lijek, *lógos* - znanost).

u maloj količini potreban sastavni dio naše hrane, u većoj količini postaje lijekom, a u iznimno velikoj količini djeluje otrovno.⁵²

Prema postojećoj regulativi većine država razlikuje se (medicinski) pojam lijeka u užem smislu, *stricto sensu*, i u širem smislu, *lato sensu*. Pojam lijeka određen je i u čl. 2. hrvatskog *Zakona o lijekovima*. Lijek jest svaka tvar ili mješavina tvari namijenjena liječenju ili sprječavanju bolesti kod ljudi te svaka tvar ili mješavina tvari koja se može primijeniti na ljudima u svrhu obnavljanja, ispravljanja ili prilagodbe fizioloških funkcija ili postavljanja medicinske dijagnoze.⁵³ Tvar može biti: ljudskoga podrijetla, npr. ljudska krv i proizvodi iz ljudske krvi; životinjskoga podrijetla, npr. mikroorganizmi, uključujući genetski modificirane organizme, životinje, dijelovi organa, izlučine životinja, toksini, ekstrakti, proizvodi iz krvi; biljnoga podrijetla, npr. biljke, dijelovi biljaka, izlučine biljaka, ekstrakti biljnih tvari; kemijskoga podrijetla, npr. elementi, prirodne kemijske tvari i kemijski proizvodi dobiveni kemijskom promjenom ili kemijskom sintezom.⁵⁴ *Zakon o lijekovima* u lijekove ubraja: 1. **gotov lijek** - lijek koji je industrijski proizveden s nakanom stavljanja u promet; 2. **galenski pripravak** - lijek s Popisa galenskih pripravaka koji donosi ministar nadležan za zdravstvo, izrađen u galenske laboratoriju prema postupku izrade u važećoj farmakopeji i normama dobre prakse za galenske laboratorije; 3. **magistralni pripravak** - lijek izrađen iz djelatnih i pomoćnih tvari provjerene propisane kakvoće u ljekarni za određenoga korisnika prema pojedinačnome receptu; 4. **imunološki lijek** - lijek koji jest ili sadrži: cjepiva, toksine, serume ili alergene. Pod cjepivom, toksinom i serumom podrazumijevaju se osobito: agensi koji se koriste za stvaranje aktivnoga imuniteta; agensi koji se koriste za dijagnosticiranje imunološkoga stanja; agensi koji se koriste za stvaranje pasivnoga imuniteta. Alergen jest lijek koji je namijenjen otkrivanju ili poticanju određene stečene promjene u imunološkome odgovoru na alergizirajući agens; 5. **lijek iz ljudske krvi ili ljudske plazme** - lijek koji se temelji na sastojcima krvi, a naročito sadržava albumin, čimbenike zgrušavanja i imunoglobulin. U cilju

⁵² Tako: I. Ivaničević, D. Tomić, *Farmakografija*, Zagreb, 1951., str. 1.

⁵³ ..., *nužni uvjeti za kvalifikaciju jednog sredstva kao lijeka su: njegova objektivna podobnost za otkrivanje, sprečavanje, otklanjanje i ublažavanje bolesti, i njegova namjena za te svrhe. U novijoj literaturi posebno se ističe da se namjena jednog sredstva kao lijeka ne smije tumačiti subjektivno, tj. prema kriteriju osobe koja proizvodi, stavlja u promet, primjenjuje ili uzima određeno sredstvo, već se to mora činiti objektivno, uzimajući kao kriterij opće shvaćanje učesnika u prometu, koje se može temeljiti, ili biti pod utjecajem medicinsko-farmakološke znanosti. Ovo shvaćanje je formirano na temelju niza sudskih odluka u kojima se pokazalo da subjektivni kriterij otvara mogućnosti zlorabe od strane proizvođača, koji, deklarirajući da jedno sredstvo nije lijek, izbjegava niz zakonskih obveza i ograničenja kojima su podvrgnuti lijekovi.*, S. Marković, op. cit., str. 292. i 293.

⁵⁴ Identičnu definiciju lijeka u čl. 1. sadrži i Direktiva EZ br. 83/2001: **Medicinal product**: Any substance or combination of substances presented for treating or preventing disease in human beings. Any substance or combination of substances which may be administered to human beings with a view to making a medical diagnosis or to restoring, correcting or modifying physiological functions in human beings is likewise considered a medicinal product. **Substance**: Any matter irrespective of origin which may be: human, e.g. human blood and human blood products; animal, e.g. micro-organisms, whole animals, parts of organs, animal secretions, toxins, extracts, blood products; vegetable, e.g. micro-organisms, plants, parts of plants, vegetable secretions, extracts; chemical, e.g. elements, naturally occurring chemical materials and chemical products obtained by chemical change or synthesis.

osiguranja djelotvornih, kvalitetnih i neškodljivih lijekova, *Zakonom o lijekovima* preciziraju se i neki drugi pojmovi, koji su nedvojbeno relevantni za postupak ispitivanja i stavljanja u promet, proizvodnju, označavanje, klasifikaciju, promet, praćenje nuspojava, oglašavanje, obavješćivanje i nadzor nad lijekovima, te provjeru kakvoće lijekova, kao što su: naziv lijeka, uobičajeno ime, neškodljivost lijeka, djelotvornost lijeka, ispitivanje lijeka, kliničko ispitivanje lijeka, laboratorijsko ispitivanje lijeka, farmakološko-toksikološko ispitivanje lijeka, Središnje etičko povjerenstvo, biološka raspoloživost, bioekvivalentni lijekovi, farmaceutski ekvivalenti, farmaceutske alternative, djelatna tvar, pomoćna tvar, sirovina, radiofarmaceutik, generator radionuklida, radionuklid zatvorena izvora zračenja, radionuklidni komplet, radiofarmaceutski prekursor, dobra laboratorijska praksa, dobra klinička praksa, informirani pristanak, unutarnje pakovanje lijeka, vanjsko pakovanje lijeka, sažetak opisa, svojstava lijeka, označavanje, uputa o lijeku, izvorni lijek, istovrstan lijek, odobrenje za stavljanje lijeka u promet, nositelj odobrenja za stavljanje lijeka u promet, proizvodna dozvola, proizvođač lijeka, proizvođač lijeka s obzirom na mjesto proizvodnje, proizvodnja lijeka, dobra proizvođačka praksa, odgovorna osoba za proizvodnju gotovoga lijeka, odgovorna osoba za puštanje serije lijeka u promet, praćenje nuspojava (farmakovigilancija), odgovorna osoba nositelja odobrenja za stavljanje lijeka u promet za farmakovigilanciju, nuspojava, neočekivana nuspojava, štetni događaj, ozbiljan štetan događaj, promet lijeka ili medicinskoga proizvoda na veliko, dobra praksa u prometu lijeka na veliko ili medicinskoga proizvoda, odgovorna osoba za prijem, skladištenje i isporučivanje lijekova u veleprodaji, specijalizirana prodavaonica za promet na malo lijekovima i medicinskim proizvodima, hrvatska farmakopeja i Agencija za lijekove i medicinske proizvode (u daljnjem tekstu: Agencija).⁵⁵

⁵⁵ Agencija za lijekove i medicinske proizvode jest pravna osoba čiji se ustroj i način rada uređuje Zakonom o lijekovima i propisima donesenim na temelju tog Zakona. Osnivač Agencije je Republika Hrvatska. Agencija se upisuje u sudski registar. Sjedište Agencije je u Zagrebu. Agencija je univerzalni pravni sljednik Hrvatskog zavoda za kontrolu lijekova i Hrvatskog zavoda za kontrolu imunobioloških preparata. Hrvatski zavod za kontrolu lijekova i Hrvatski zavod za kontrolu imunobioloških preparata osnovani Zakonom o zdravstvenoj zaštiti (*Narodne novine* br. 75/93., 11/94., 55/96., 1/97. - pročišćeni tekst, 111/97., 95/00. i 129/00. - u cijelosti prestaje primjena 1. srpnja 2004. godine. Novi Zakon o zdravstvenoj zaštiti donio je Hrvatski sabor na sjednici 17. srpnja 2003.), od 1. listopada 2003. godine nastavili su s radom kao Agencija. Agencija daje odobrenje za stavljanje u promet lijeka i homeopatskoga proizvoda, vodi očevidnik medicinskih i homeopatskih proizvoda, daje stručnu ocjenu kakvoće, djelotvornosti i neškodljivosti lijeka i homeopatskoga proizvoda te kakvoće ili sukladnosti i sigurnosti medicinskoga proizvoda, obavlja laboratorijsko ispitivanje lijeka, medicinskoga i homeopatskoga proizvoda, obavlja nadzor nad kliničkim ispitivanjima lijeka i medicinskoga proizvoda, vodi evidenciju kliničkih ispitivanja provedenih u Republici Hrvatskoj, arhivira završna izvješća, analizira informacije o neželjenim djelovanjima ispitivanih lijekova i medicinskih proizvoda, obavlja provjeru kakvoće lijeka, medicinskoga i homeopatskoga proizvoda, izrađuje monografije za Hrvatsku farmakopeju, daje proizvodnu dozvolu proizvođačima lijeka, medicinskoga i homeopatskoga proizvoda, daje dozvolu za promet na veliko lijeka, medicinskoga i homeopatskoga proizvoda, daje dozvolu za promet na malo specijaliziranim prodavaonicama za promet na malo lijekova i medicinskih proizvoda, daje dozvolu za obavljanje uvoza i izvoza lijekova i medicinskih proizvoda, daje suglasnost za uvoz i izvoz lijeka i medicinskoga proizvoda, prati nuspojave i neispravnosti lijekova i medicinskih proizvoda, prati potrošnju lijekova i promiče racionalnu uporabu lijekova, putem farmaceutske inspekcije provodi nadzor nad provedbom ovoga Zakona o lijekovima i propisa donesenih na temelju tog Zakona, predlaže ministru nadležnom za zdravstvo mjere nadzora nad potrošnjom lijekova, predlaže mjere iz područja Nacionalne politike lijekova, obavlja poslove informiranja o lijekovima i medicinskim proizvodima, predlaže usklađivanje propisa na području lijekova i medicinskih proizvoda s propisima Europske unije i propisima i smjernicama međunarodnih institucija, ostvaruje međunarodnu suradnju na području lijekova i medicinskih proizvoda, obavlja i druge poslove na području lijekova i medicinskih proizvoda.

*Naziv lijeka*⁵⁶ - Svaki lijek ima barem tri imena: kemijsko; generično (nevlasničko, nezaštićeno) i zaštićeno (vlasničko). Kada se prvi put pojavi, lijek dobiva kemijsko ime, točan opis njegove kemijske strukture. Kemijski naziv lijeka obično je iznimno složen (osim u slučaju jednostavnih anorganskih tvari) i nepogodan za praktičnu primjenu. Mnogo jednostavniji je zaštićeni naziv lijeka. Njega određuje proizvođač lijeka. Proizvođači lijekova nastoje pronaći jedinstvena imena, koja su dovoljno kratka i pogodna (jednostavna) za pamćenje i koja ponekad asociraju na glavnu indikaciju, odnosno osobinu lijeka (npr. *Imigran* za migrenu, *Glucotrol* - kontrolira razinu glukoze u krvi), tako da ih liječnici lako propisuju, a pacijenti traže.⁵⁷ Proizvođač lijeka nastoji zaštititi novi lijek kako bi ga potrošači razlikovali od istog ili sličnog lijeka nekog drugog proizvođača. Patent osigurava isključiva prava na lijek tijekom određenog broja godina, nakon čega drugi proizvođači mogu proizvoditi i staviti u promet generične verzije istog lijeka (pod zaštićenim imenom - zaštićeni generični lijek ili samo pod generičnim imenom). Ipak, izvorni vlasnik patenta zadržava pravo na zaštićeno ime lijeka. Generička su imena obično mnogo jednostavnija od kemijskih, odnosno od zaštićenih, a dodjeljuju ih službena tijela pojedinih država.⁵⁸ Najčešće se sastoje od jedne riječi koja predstavlja kraticu kemijskog imena, odnosno sastava lijeka. U načelu, generički naziv označava jeftiniju verziju zaštićenog lijeka. Naravno da to ne znači i niži standard kvalitete, djelotvornosti i neškodljivosti lijeka, jer generički lijek ima (ili bi morao imati) gotovo identičnu pouzdanost (sigurnost) i djelotvornost kao i zaštićeni (izvorni) pripravak.⁵⁹

Značajno je napomenuti da se svaki nezaštićeni naziv lijeka mora pisati samo malim početnim slovom, dok se svaki zaštićeni naziv lijeka mora pisati isključivo

⁵⁶ *Naziv lijeka jest ime dano lijeku, koje može biti ili novoizumljeno ili uobičajeno ili znanstveni naziv. Uz uobičajeno ime, odnosno znanstveni naziv dodaje se zaštitni znak ili naziv proizvođača. Novoizumljeno ime mora se razlikovati od uobičajenoga imena. Uobičajeno ime jest međunarodno nezaštićeno ime (INN) koje je preporučila Svjetska zdravstvena organizacija ili u nedostatku istoga, drugo uobičajeno ime.* (čl. 2., toč. 9. i 10. Zakona o lijekovima).

⁵⁷ *MSD Medicinski priručnik za pacijente*, Split, 2002., str. 24.

⁵⁸ Službeni (oficijalni) nazivi lijekova su nazivi koji su za pojedini lijek naznačeni u *farmakopeji*. *Hrvatska farmakopeja* jest propis koji utvrđuje zahtjeve izrade, kakvoće i postupke za provjeru kakvoće lijekova i medicinskih proizvoda, koji je odgovarajuće povezan i usklađen s Europskom farmakopejom. Europska farmakopeja postavlja zajedničke i obvezatne standarde kojima jamči kvalitetu lijekova u svim državama članicama Unije. Utjecaj Europske farmakopeje proteže se daleko izvan granica država članica. Mnoge druge zemlje (uključujući i Hrvatsku) koriste se danas europskim standardima u svojim nacionalnim zakonodavstvima. (Vidi: *European Pharmacopoeia*, Council of Europe, European Directorate for the Quality of Medicines - EDQM), www.pheur.org/medias/download/EDQM_brochure_062003UK.pdf). Postoji i *Međunarodna farmakopeja* koju izdaje Svjetska zdravstvena organizacija (Vidi: www.who.int/medicines/library/pharmacopoeia/itoxviii.pdf) i tzv. *međunarodni nezaštićeni nazivi* lijekova (INN - *International Nonproprietary Names*) koje preporuča Svjetska zdravstvena organizacija (Vidi: www.who.int/medicines/organization/qsm/activities/qualityassurance/inn/orginn.shtml).

⁵⁹ Opširnije: M. Meadows, *Greater Access to Generic Drugs; New FDA initiatives to improve drug reviews and reduce legal loopholes*, FDA Consumer Magazine, vol. 37., No. 5., September - October 2003., www.fda.gov/fdac/features/2003/503_drug.html#requirements; Vidi i: www.fda.gov/cder/ogd/#Introduction;

velikim početnim slovom, jer je to vlastito ime lijeka koji je isključivo vlasništvo određene farmaceutske tvrtke.⁶⁰

Lijek s nedostatkom - Odrediti pojam lijeka s nedostatkom nije u svakom slučaju jednostavno i u velikoj mjeri ovisi o tome koji se kriterij uzima kao polazna točka pri definiranju tog pojma.

Smatra se da lijek ima nedostatak ako ne pruža sigurnost koja se, s obzirom na sve okolnosti, može opravdano očekivati.⁶¹ Navedene okolnosti uključuju prezentaciju lijeka, uporabu koja se razumno mogla očekivati i vrijeme kada je lijek stavljen u promet. Osim informacija, odnosno prezentacije lijeka od strane proizvođača (pakiranje, reklama, pisane upute za uporabu, upozorenja od eventualnih rizika korištenja lijeka) prezentacija lijeka uključuje i usmene informacije o lijeku koje prezentiraju osobe ovlaštene za propisivanje i izdavanje lijeka. Prezentacija lijeka iznimno je bitna, posebice kada se zna da se pomoću prezentacije mogu kreirati ili eliminirati nerealna očekivanja vezana za učinkovitost lijeka. U posebnim okolnostima nedovoljne informacije mogu biti razlog da se lijek smatra s nedostatkom. Međutim, brojne i suvišne informacije mogu proizvesti negativne učinke na pacijenta i umanjiti djelotvornost terapijskog plana.

Proizvođač lijeka mora u razumnim granicama predvidjeti ponašanje prosječnog potrošača, ali i ostalih osoba koje mogu doći u dodir s lijekom, posebice djece i starijih osoba. Stoga, proizvođač treba prilagoditi konstrukciju proizvoda, uputu za njegovu upotrebu i popratna upozorenja potrebama izbjegavanja rizika od šteta.⁶²

Standard sigurnosti lijeka mora biti prosuđivan prema objektivnom kriteriju (opravdana očekivanja prosječnog potrošača), a ne prema subjektivnom očekivanju konkretnog potrošača koji je pretrpio štetu.

Nedostatak može biti konstrukcijski (kada je lijek pogrešnog sastava, nacрта ili karakteristika dizajna), proizvodni (kada je pogrešno napravljen) ili instrukcijski (kada su upute vezane za uporabu lijeka neodgovarajuće, nepotpune ili pogrešne).⁶³

Ukoliko se kao kriterij uzima trenutak nastanka nedostatka, onda razlikujemo lijekove kod kojih je nedostatak postojao u trenutku stavljanja u promet i lijekove kod kojih je nedostatak nastao nakon stavljanja u promet. Od trenutka nastanka nedostatka ovisit će i pitanje kruga osoba odgovornih za štetu izazvanu lijekovima s nedostatkom, ali i pitanje kriterija (načela) njihove odgovornosti.

⁶⁰ Tako: R. Živković, op. cit., str. 5.

⁶¹ Vidi slučaj *SA Les Laboratoires L'Œo v. Scovazzo*, u: W. van Gerven, J. Lever, P. Larouche, *Tort Law* (Common Law of Europe Casebooks), Oxford and Portland, 2000., str. 660. i 661.

⁶² M. Stanivuković, *Zaštita potrošača u pravu Evropske unije - odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda*, Pravo Evropske unije (Zbornik radova), Službeni glasnik, Beograd, 1996., str. 344.

⁶³ Za razliku od Direktive 374/85 koja daje opći pojam nedostatka (proizvoda), američki *Restatement of the Law Third, Torts 3d: Products Liability* (American Law Institute - ALI) razlikuje tri vrste nedostatka proizvoda, i to: nedostatak u dizajnu (*design defect*), proizvodni nedostatak (*manufacturing defects*) i nedostatak u upozorenju (*warning defects*)., Vidi: D. Owen, *Products Liability Law Restated*, South Carolina Law Review, vol. 49., 1998., str. 273. - 293.; W. L. Prosser, *Strict Liability to the Consumer in California*, Hastings Law Journal, vol. 50., 1999. (first published 1966.), str. 813. - 860.; J. W. Wade, V. E. Schwartz, K. Kelly, D. F. Partlett, *Cases and materials on torts* (Chapter XV. Product Liability), Westbury, New York, 1994., str. 720. - 769.

Ukoliko se nakon stavljanja lijeka u promet pojavi *bolji* lijek, to automatski ne znači da je prethodni lijek imao nedostatak.

Medicinski i homeopatski proizvodi - Zakonom o lijekovima utvrđuju se i uvjeti i način stavljanja u promet i nadzor nad medicinskim i homeopatskim proizvodima. *Medicinski proizvod*⁶⁴ jest proizvod koji se koristi radi postavljanja medicinske dijagnoze; sprječavanja, praćenja, liječenja ili ublažavanja bolesti te nadomještanja tjelesnog oštećenja ili nedostatka; ispitivanja, nadomještanja ili preinake anatomskih i fizioloških funkcija; primjene lijekova te kontrole začeca. Glavna namjena medicinskoga proizvoda u ili na ljudskom tijelu nije povezana s farmakološkim, metaboličkim i imunološkim djelovanjem, iako u svojoj funkciji može biti potpomognuto proizvodima koji djeluju na takav način (čl. 2., toč. 18. *Zakon o lijekovima*). U medicinske proizvode uključeni su: i *in vitro* dijagnostički medicinski proizvodi koji uključuju reagense, kompletne reagensa, mjerne naprave, kontrolne materijale, instrumente, aparate, opremu ili sustave (čl. 99., st. 1. *Zakon o lijekovima*). Medicinskim proizvodima smatraju se i proizvodi: koji se koriste isključivo s određenim medicinskim proizvodom u svrhu poboljšanja rukovanja, odnosno uporabe medicinskoga proizvoda; izrađeni po narudžbi za određenoga korisnika; namijenjeni kliničkome ispitivanju (čl. 99., st. 2. *Zakon o lijekovima*).⁶⁵ *Homeopatski proizvod* jest proizvod izrađen iz tvari ili mješavina tvari koje se koriste kao homeopatski izvori,

⁶⁴ Na razini Europske unije tri direktive iznimno su značajne za medicinske proizvode: 1. *Council Directive 90/385/EEC of 20 June 1990 on the approximation of the laws of the Member States relating to active implantable medical devices* (Official Journal L 189, 20/07/1990 P. 0017 - 0036) 2. *Council Directive 93/42/EEC of 14 June 1993 concerning medical devices* (Official Journal L 169, 12/07/1993 P. 0001 - 0043); 3. *Directive 98/79/EC of the European Parliament and of the Council of 27 October 1998 on in vitro diagnostic medical devices* (Official Journal L 331, 07/12/1998 P. 0001 - 0037).

⁶⁵ *Zakon o lijekovima i medicinskim proizvodima* koji je objavljen u 'Narodnim novinama' broj 124/97. i 53/01. (prestaje važiti 1. siječnja 2004. godine) daje sljedeću definiciju medicinskog proizvoda: *Medicinskim se proizvodom u smislu ovoga Zakona smatra svaki instrument, aparat, sredstvo, materijal ili drugi proizvod koji se koristi za primjenu na ljudima, radi: postavljanja medicinske dijagnoze; sprečavanja, praćenja, liječenja ili ublažavanja bolesti te nadomještanja tjelesnoga oštećenja ili nedostatka; ispitivanja, nadomještanja ili preinake anatomskih i fizioloških funkcija; primjene lijekova. Glavno namijenjeno djelovanje medicinskoga proizvoda u ili na ljudskom tijelu nije farmakološko, imunološko ili metaboličko iako može biti u svojoj funkciji potpomognuto sredstvima koja djeluju na taj način* (čl. 3.). Gotovo identična definicija sadržana je u ranije spomenutoj Direktivi 93/42/EEZ o medicinskim proizvodima (... 'medical device' means any instrument, apparatus, appliance, material or other article, whether used alone or in combination, including the software necessary for its proper application intended by the manufacturer to be used for human beings for the purpose of: diagnosis, prevention, monitoring, treatment or alleviation of disease; diagnosis, monitoring, treatment, alleviation of or compensation for an injury or handicap; investigation, replacement or modification of the anatomy or of a physiological process; control of conception, and which does not achieve its principal intended action in or on the human body by pharmacological, immunological or metabolic means, but which may be assisted in its function by such means) i Direktivi 90/385/EEZ o aktivnim implantatima (... 'medical device' means any instrument, apparatus, appliance, material or other article, whether used alone or in combination, together with any accessories or software for its proper functioning, intended by the manufacturer to be used for human beings in the: diagnosis, prevention, monitoring, treatment or alleviation of disease or injury; investigation, replacement or modification of the anatomy or of a physiological process; control of conception, and which does not achieve its principal intended action by pharmacological, chemical, immunological or metabolic means, but which may be assisted in its function by such means).

prema homeopatskome postupku proizvodnje opisanom u Europskoj farmakopeji ili drugoj važećoj farmakopeji država Europske unije (čl. 2., toč. 19. *Zakon o lijekovima*).

III. Propisivanje, izdavanje i promet lijekova

Najveći broj pitanja vezanih za propisivanje i izdavanje lijekova reguliran je *Pravilnikom o načinu propisivanja, izdavanja i naplaćivanja lijekova* (*Narodne novine* br. 135/02. i 158/03.).⁶⁶

S obzirom na način izdavanja lijekovi se dijele u dvije skupine: one koji se izdaju na recept, tj. oni koji se mogu pouzdano uzimati samo uz liječnički nadzor i one koji se izdaju bez recepta, tj. one koji su u slobodnoj prodaji (tzv. OTC - *over the counter*).⁶⁷ U načelu, lijekovi na recept imaju snažno djelovanje, dok lijekovi koji se mogu kupiti bez recepta imaju blago djelovanje. Lijekove na recept propisuju izabrani doktori medicine,⁶⁸ odnosno stomatologije⁶⁹ primarne zdravstvene zaštite, te iznimno doktori hitne medicinske pomoći.⁷⁰

Recept, kao pisani dokument ovlaštenog stručnjaka (koji ima važnost javne isprave),⁷¹ predstavlja pismenu naredbu liječnika ljekarniku za sastav, izradu ili izdavanje lijeka.⁷² Jednim receptom propisuje se samo jedan lijek i oblik lijeka za jednu osobu s potpunom uputom o načinu upotrebe lijeka. Recept mora sadržavati: puni naziv Zavoda za zdravstveno osiguranje (u daljnjem tekstu: Zavod); broj područnog ureda Zavoda osigurane osobe; broj područnog ureda Zavoda obveznika uplate doprinosa; broj osigurane osobe; oznaku osnove osiguranja; oznaku nositelja osiguranja ili člana obitelji; rok valjanosti iskaznice; JMBG ili MB (matični broj

⁶⁶ Tim Pravilnikom utvrđuje se način propisivanja, izdavanja i naplaćivanja lijekova osiguranim osobama Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje u okviru prava iz osnovnog zdravstvenog osiguranja.

⁶⁷ Prema čl. 38. Zakona o lijekovima za lijekove koji se izdaju na recept izdavanje je dopušteno isključivo u ljekarnama, dok je izdavanje lijekova koji se izdaju na recept moguće i izvan ljekarni u specijaliziranim prodavaonicama za promet na malo lijekovima i medicinskim proizvodima, prema rješenju o odobrenju za stavljanje lijeka u promet. Lijekovi se izdaju samo na liječnički recept ako: bi mogli predstavljati opasnost bilo izravno ili neizravno, čak i kada se primjenjuju pravilno, a koriste se bez nadzora liječnika ili se često i u velikim razmjerima primjenjuju nepravilno te bi tako mogli predstavljati izravnu ili neizravnu opasnost za zdravlje ljudi ili sadrže tvari ili njihove pripravke čije je djelovanje i/ili nuspojave potrebno dodatno istražiti ili ih obično propisuje liječnik za parenteralnu primjenu (čl. 39., st. 1. Zakona o lijekovima).

⁶⁸ Liječnička djelatnost obuhvaća: ... propisivanje lijekova, medicinskih proizvoda i pomagala ... (čl. 3., toč. 7. *Zakona o liječništvu*, 'Narodne novine', br. 121/03.).

⁶⁹ Stomatološku djelatnost obavljaju doktori stomatologije i doktori stomatologije specijalisti nakon završenog stomatološkog studija, položenoga stručnog ispita, odnosno specijalističkog ispita za rad u pojedinim specijalističkim strukama te ishodenja odobrenja za samostalan rad. Stomatološka djelatnost obuhvaća: ... 4. propisivanje lijekova, medicinskih proizvoda i pomagala ... (čl. 2. *Zakona o stomatološkoj djelatnosti*, 'Narodne novine', br. 121/03.).

⁷⁰ Kada propisuju određeni lijek, navedene osobe moraju terapiju individualizirati, odnosno uzeti u obzir činjenicu da učinak istog lijeka na ljude nije jednak zbog mnogih razloga kao što su: spol, dob, etničko podrijetlo, trudnoća, dojenje, unos alkohola, uzimanje drugih lijekova (interakcije lijekova), genetika, bolesti (interakcija između bolesti i lijekova) itd.

⁷¹ J. Radišić, *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986., str. 244.

⁷² H. Mijović-Zornić, *Izdavanje lekova i odgovornost apotekara*, u: *Medicinsko pravo*, Beograd, 1998., str. 163.

stranca); oznaku države osiguranja (za ino-osigurane osobe); ime i prezime osigurane osobe; broj obveze; oznaku serije, broja recepta i *barkod*; adresu stanovanja osigurane osobe; šifru dijagnoze prema Međunarodnoj klasifikaciji bolesti, ozljeda i uzroka smrti; šifru zdravstvene ustanove ili ordinacije privatne prakse; šifru doktora; oznaku odnosi li se pravo na lijek na odredbe članka 20. ili 110. *Zakona o zdravstvenom osiguranju*, oznaku o sudjelovanju osigurane osobe u troškovima za lijek; šifru oslobađanja od sudjelovanja u troškovima za lijek; oznaku kategorije osiguranja; spol osigurane osobe; državu osiguranja; oznaku recepta; puno zaštićeno ime lijeka; farmaceutski oblik lijeka; način upotrebe lijeka; mjesto i datum propisivanja lijeka; potpis i faksimil doktora koji je propisao lijek; pečat zdravstvene ustanove, odnosno ordinacije doktora medicine/stomatologije privatne prakse; šifru lijeka s Liste lijekova Zavoda; cijenu originalnog pakiranja lijeka iz Liste lijekova Zavoda; količinu lijeka; cijenu usluge na teret osnovnog zdravstvenog osiguranja; iznos cijene lijeka na teret osnovnog zdravstvenog osiguranja; iznos cijene lijeka na teret dopunskog zdravstvenog osiguranja uključujući i uslugu obrade računa dopunskog zdravstvenog osiguranja; šifru ljekarne; datum izdavanja lijeka; šifru ljekarnika; pečat ljekarne i potpis ljekarnika. Recept se mora ispunjavati čitljivo, tintom ili kemijskom olovkom plave ili crne boje, odnosno računalnim upisom. Kada zbog prirode bolesti osigurane osobe lijek treba hitno izdati, doktor koji je propisao lijek je obavezan označiti recept s jednom od sljedećih oznaka: *cito*, *statim* ili *periculum in mora*. Ako se propisuje gotovi lijek, koji se u uporabi nalazi u raznim oblicima, veličinama, odnosno različite jačine, doktor koji je propisao lijek na receptu mora označiti oblik i dozu lijeka. Rimskim brojkama i latinskim riječima označuje se na receptu i broj jediničnog oblika lijeka. Pri propisivanju magistralnog lijeka doktor koji je propisao lijek ispisuje njegove sastojke i količinu u gramima (g) arapskim brojkama. Kada doktor koji je propisao lijek propiše lijek na recept iznad maksimalno dopuštene doze, obavezan je to označiti usključnikom (!) i potpisom. Lijekovi koji sadrže opojne droge i psihotropne tvari mogu se propisivati samo ako su prijeko potrebni i ako su u upotrebi na osnovi Zakona o lijekovima. Recept kojim se propisuje lijek koji sadrži opojne droge i psihotropne tvari izdaje se u dva primjerka s oznakom 'kopija' na drugom primjerku i s naznakom rednog broja evidencijske knjige o izdanom receptu. Za razliku od "običnog" recepta koji vrijedi 15 dana od dana propisivanja, recept kojim se propisuje lijek koji sadrži opojne droge i psihotropne tvari vrijedi 5 dana od dana propisivanja.

Ako na receptu nije drukčije propisano, na recept se može izdati najmanje jedno originalno pakiranje lijeka najmanje jačine. Ljekarnik ne smije izdati lijek na recept: ako na receptu nedostaje potrebno obilježje; ako je od dana propisivanja lijeka proteklo više od 15 dana; ako je od dana propisivanja antibiotika proteklo više od 3 dana; ako je od dana propisivanja lijeka koji sadrži opojne droge i psihotropne tvari proteklo više od 5 dana; ako je na recept propisan lijek iznad dopuštene maksimalne doze, a doktor koji je propisao lijek nije stavio propisane oznake. Gotovi lijek za osobnu upotrebu ljekarnik može izdati samo u originalnom pakiranju. Ljekarnik ne smije bez prethodne suglasnosti doktora koji je propisao lijek umjesto propisanog lijeka izdati lijek sličnog sastava. Ako ljekarna nema propisanog lijeka, ljekarnik može izdati lijek istog sastava koji je uvršten u Listu lijekova pod drugim imenom. Takav lijek će biti izdan samo uz pristanak osigurane osobe kojoj je propisan. Svaka zamjena lijeka obvezno se naznačuje na receptu. Ako ljekarna nema propisanog lijeka, obvezna ga

je na zahtjev osigurane osobe odmah, a najkasnije u roku od 3 dana pribaviti ili njegovo izdavanje osiguranoj osobi osigurati u drugoj ljekarni.

U Republici Hrvatskoj može biti u prometu samo onaj gotov lijek koji ima odobrenje za stavljanje u promet. Agencija daje odobrenje za stavljanje u promet lijeka.⁷³ Dozvolu za promet lijeka Agencija daje u roku od 90 dana od dana prijama valjanoga zahtjeva. Promet lijekova na malo obavljaju pravne i fizičke osobe kojima je sukladno posebnome zakonu odobreno obavljanje ljekarničke djelatnosti te specijalizirane prodavaonice za promet na malo lijekovima kojima je dana dozvola Agencije za promet na malo lijekovima. Promet lijeka na veliko mogu obavljati veleprodaje koje imaju dozvolu Agencije za obavljanje djelatnosti prometa na veliko lijekovima. Promet lijekova na veliko mogu obavljati: pravne osobe koje imaju dozvolu za promet na veliko lijekovima danu od Agencije, proizvođači lijekova sa sjedištem u Republici Hrvatskoj za one lijekove koje proizvode i za koje imaju odobrenje za stavljanje u promet, Hrvatski zavod za javno zdravstvo za serume i cjepiva i Hrvatski zavod za transfuzijsku medicinu za krv i krvne sastojke. Uvoz i izvoz lijekova obavljaju pravne osobe koje imaju dozvolu za obavljanje djelatnosti uvoza i izvoza lijekova, danu od Agencije.

IV. Praćenje djelatnosti (efikasnosti) i podnošljivosti (neškodljivosti) novih lijekova

I nakon dobivanja odobrenja za stavljanje lijeka u promet, odnosno nakon stavljanja lijeka u promet, proizvođač ima obvezu praćenja djelatnosti i podnošljivosti novog lijeka. Zdravstveni radnik koji dolazi u doticaj s korisnikom lijeka te proizvođač lijeka, odnosno nositelj odobrenja za stavljanje lijeka u promet, obvezni su o nuspojavama lijeka, osobito o ozbiljnim i neočekivanim, pisano izvijestiti Agenciju, a u slučaju cjepiva i Hrvatski zavod za javno zdravstvo (čl. 56. *Zakona o lijekovima*). Zdravstveni radnici koji dolaze u doticaj s lijekom ili korisnikom lijeka, te pravne i fizičke osobe koje proizvode ili obavljaju promet lijeka obvezni su o opaženoj neispravnosti u kakvoći lijeka pisano izvijestiti Agenciju (čl. 58. *Zakona o lijekovima*). Praćenje djelatnosti (efikasnosti) i podnošljivosti (neškodljivosti) novih lijekova iznimno je važno jer i vrlo opsežna ispitivanja lijeka uspijevaju otkriti samo one (relativno uobičajene) štetne reakcije na lijek - nuspojave koje se javljaju otprilike jednom na nekoliko stotina doza, dok se važni neželjeni učinci (koji se

⁷³ U SAD-u postoji Uprava za hranu i lijekove (*Food and Drug Administration - FDA*), vladina agencija koja odobrava promet nekog novog lijeka u SAD. Vidi: www.fda.gov.; Za EU vidi: *Pharmaceuticals in the European Union*, European Commission, 2000., <http://pharmacos.eudra.org/F2/pharmacos/docs/brochure/pharmaeu.pdf>; Vidi sljedeće odluke Suda pravde: *Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 16 October 2003. AstraZeneca A/S v Lægemedelstyrelsen (In Case C-223/01)*; *Judgment of the Court of 9 September 2003. Monsanto Agricoltura Italia SpA and Others v Presidenza del Consiglio dei Ministri and Others (In Case C-236/01)*; *Judgment of the Court (Full Court) of 24 July 2003., Commission of the European Communities v Artegaodan GmbH and Others (In Case 39/03 P)*; *Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 8 May 2003. Paranova Läkemedel AB and Others v Läkemedelsverket (In Case C-15/01)*.

javljaju jednom na 15 000 ili 30 000 doza) mogu uočiti tek kada veliki broj ljudi primi lijek.⁷⁴ Nadzor nad ispitivanjem, proizvodnjom i izradom, prometom, provjerom kakvoće te oglašavanjem i obavješćivanjem o lijeku u nas obavlja farmaceutska inspekcija Agencije (čl. 72., st. 1. *Zakona o lijekovima*). Farmaceutski inspektor ima pravo i obvezu narediti zabranu stavljanja lijeka u promet i povlačenje iz prometa ako se dokaže da je lijek štetan u uobičajenim uvjetima uporabe ili nema terapijskog djelovanja ili njegov kvalitativni i/ili kvantitativni sastav nije istovjetan sastavu iz zahtjeva za dobivanje odobrenja za stavljanje gotovoga lijeka u promet ili nije izvršena provjera kakvoće gotovoga lijeka i/ili sirovina koje ulaze u njegov sastav ili nije ispunjen drugi zahtjev ili uvjet koji se odnosi na davanje odobrenja za stavljanje lijeka u promet (čl. 73., toč. 6. *Zakona o lijekovima*). Iz navedenog je vidljivo da određene obveze vezane za primjenu lijekova te praćenje (željenih i neželjenih) učinaka novih lijekova imaju i određena nadzorna tijela, te liječnici i farmaceuti, čije kršenje može dovesti i do njihove odgovornosti. Poticanje pacijenata, bolesnika, odnosno općenito korisnika lijekova na praćenje učinaka lijeka iznimno je značajno.

V. Odgovornost za štetu izazvanu lijekovima

Za štete izazvane lijekom oštećena osoba pod određenim uvjetima može tražiti odgovornost ne samo proizvođača lijekova, nego i liječnika, ljekarnika, ali i nadležnih tijela na nacionalnoj i međunarodnoj razini.⁷⁵

Odgovornost ljekarnika - Ljekarnik, kao osoba ovlaštena za izdavanje lijekova, ima niz pravnih obveza kojih se mora pridržavati kada izdaje lijek.⁷⁶ Ukoliko prekrši neku od njih i time prouzroči štetu korisniku lijeka, obvezan mu je naknaditi. Položaj (prava i obveze) ljekarnika ovise i o tome da li izdaje lijek na recept ili lijek koji je u slobodnoj prodaji. Ljekarnik krši obveze ukoliko npr. bez prethodne suglasnosti doktora koji je propisao lijek umjesto propisanog lijeka izda lijek sličnog sastava; bez pristanka osobe kojoj je lijek propisan umjesto propisanog izda lijek istog sastava; kada se pojave nejasnoće vezane za propisani lijek, ne ostvaruje suradnju s osobom

⁷⁴ Vidi: M. Meadows, *Why Drugs Get Pulled Off the Market*, FDA Consumer Magazine, vol. 36., No. 1., January - February 2002., www.fda.gov/fdac/features/2002/102_drug.html

⁷⁵ Vidi: *Pharmaceutical Liability Study Report on Findings* (Prepared for: U.S. Chamber Institute for Legal Reform, 2003.), www.legalreformnow.com/resources/PharmaceuticalLiabilityStudy_report.pdf;

⁷⁶ Najveći broj pitanja vezanih za način organiziranja i provođenja ljekarničke djelatnosti kao dijela zdravstvene djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku, koja se obavlja kao javna služba i koju obavljaju magistri farmacije, reguliran je *Zakonom o ljekarništvu*. U obavljanju ljekarničke djelatnosti magistri farmacije, u suradnji s drugim zdravstvenim radnicima, provode ljekarničku skrb u cilju postizanja boljih farmakoterapijskih učinaka i promicanja racionalne uporabe lijekova i medicinskih proizvoda te aktivno sudjeluju u sprječavanju bolesti i zaštiti zdravlja. Ljekarnička skrb obuhvaća: racionalizaciju troškova za određene terapijske protokole, unapređivanje farmakoterapijskih postupaka i postizanje terapijskih ciljeva, praćenje, izbjegavanje ili smanjivanje nuspojava lijekova, izbjegavanje interakcija, terapijskog dupliciranja ili pojave alergija, skrb nad pridržavanjem terapijskih protokola od strane pacijenata, poboljšanje učinka kliničkog liječenja i provođenje preventivnih mjera očuvanja i zaštite zdravlja (čl. 6. *Zakon o ljekarništvu*).

koja je propisala lijek;⁷⁷ odbije izdati lijek; ne upozori pacijenta na očigledne greške i neregularnost recepta; itd. Ljekarnik se smatra ekskluzivno odgovornim za štete u postupku medikacije.⁷⁸ Naravno, on ne odgovara za štetu izazvanu proizvodnim nedostatkom lijeka (nedostatkom koji je postojao u trenutku stavljanja lijeka u promet), izuzev ako sam spravlja lijek.⁷⁹ Ovo je jedno iznimno značajno i prijeporno pitanje oko kojega se vode zanimljive rasprave. Tko se smatra proizvođačem u slučaju kada ljekarnik sam spravlja lijek sukladno liječnikovim uputama (receptu)? Postoje mišljenja da u ovom slučaju liječnik sudjeluje u proizvodnom procesu *samo* sa svojim receptom, pa bi, prema tome, trebao biti odgovoran *samo* za pogrešne upute, odnosno greške u receptu. Međutim, zastupnici protivnog stajališta ističu da je očito da i ljekarnik nije odgovoran kao proizvođač, jer je njegovo djelovanje samo mali dio proizvodnog procesa. Liječnik je taj koji određuje proizvodnju, pa prema tome, ako liječnik nije odgovoran kao proizvođač, onda ljekarnik koji sudjeluje samo malim dijelom u proizvodnom procesu također ne bi trebao biti odgovoran (kao proizvođač).⁸⁰ U prilog ovome stajalištu ide i činjenica da je uzajamna veza liječnika i pacijenta mnogo bliskija (temelji se na posebnom povjerenju i ima dublju, etičku vrijednost), nego između pacijenta i ljekarnika koji je pukim slučajem izabran od strane pacijenta.⁸¹ Mišljenja smo da ljekarnik treba odgovarati kao proizvođač (bez obzira na krivnju) za štetu izazvanu nedostatkom lijeka koji je sam proizveo. On se ne može pozivati na greške u uputama koje mu je liječnik dao, jer je morao uočiti te greške. Ljekarnik je taj koji je prodao, odnosno stavio u promet lijek s nedostatkom.

Kada izdaje lijek na recept ljekarnik ima obvezu predati lijek i razmijeniti informacije (komunicirati) s liječnikom u cilju otklanjanja eventualnih nejasnoća vezanih za propisani lijek. U slučaju dopuštene zamjene lijeka ljekarnik odgovara zbog pogrešne zamjene lijeka, i ta odgovornost temelji se na krivnji. Posljedice pogrešne zamjene lijeka u prvom redu pogađaju korisnika lijeka, ali često i treće osobe, npr. kada ljekarnik zamijeni lijek za kontracepciju (*anti-bebi* pilule) nekim drugim lijekom, može doći do *neželjenog rođenja* (*wrongful birth*) i *neželjenog života* (*wrongful life*) djeteta, u kom slučaju ljekarnik odgovara i za štetu zbog povrede prava na planiranje obitelji.⁸²

Očito je da ljekarnik može biti odgovoran kako za štetu nanesenu korisniku lijeka povredom ugovorne obveze (ugovorna ili kontraktna odgovornost ljekarnika), tako i

⁷⁷ Dobro komuniciranje između navedenih osoba bitno smanjuje opasnost od nastanka štete prouzročene lijekovima.

⁷⁸ H. Mujović-Zornić, *Regulisanje pacijentovih prava u vezi sa korišćenjem lekova*, Pravni život br. 9., Beograd, 2002., str. 228.

⁷⁹ E. Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin/New York, 1991., str. 462., Navedeno prema: H. Mujović-Zornić, *Izdavanje lekova i odgovornost apotekara*, u: *Medicinsko pravo*, Beograd, 1998., str. 167.

⁸⁰ Ovaj slučaj je usporediv sa slučajem kada je proizvođač napravio proizvod prema specifikaciji, odnosno tehničkim uputama potrošača, gdje je proizvođač odgovoran (bez obzira na krivnju) samo za svoje područje djelovanja i materijale koje je koristio, dok je za greške u specifikaciji (dobivenoj od potrošača) odgovoran samo ukoliko postoji njegova krivnja., P. Madl, *European Product Liabilities - Austria* (Edited by P. Kelly & R. Attree), London, Edinburg, Dublin, 1997., str. 55. i 56.

⁸¹ Ibid.

⁸² Tako: H. Mujović-Zornić, *Neželjeno rođenje deteta kao slučaj štete i odgovornost lekara*, Beograd, 2002., str. 81. i 82.

za štetu koja je nanesena građanskim deliktom (izvanugovorna ili deliktna odgovornost ljekarnika). S obzirom na pravnu prirodu ugovora koji se zaključuje između ljekarnika i osobe kojoj se izdaje lijek, prisutne su određene dvojbe. Pravna priroda ugovornog odnosa između ljekarnika i osobe kojoj se izdaje lijek ovisi gotovo isključivo od ljekarnikovih obveza. Naime, ukoliko je ljekarnik obavezan prodati lijek i dati o njemu potrebne obavijesti i savjete radi se o ugovoru o kupoprodaji sa sporednom obvezom ljekarnika na davanje određenih obavijesti i savjeta. Međutim, ukoliko je ljekarnik obavezan umjesto propisanog lijeka izdati lijek istog ili sličnog sastava, te ukoliko je obavezan sam spraviti lijek, tada njegova obveza savjetovanja od sporedne prelazi u glavnu. U ovome slučaju radi se o mješovitom ugovoru koji ima elemente ugovora o kupoprodaji i ugovora o djelu, odnosno *ugovora o (ljekarničkoj) usluzi*.⁸³

Odgovornost liječnika - Kada pacijent kontaktira liječnika, između njih se uspostavlja određeni odnos u kojem se razvija dvosmjerna komunikacija, tj. razmjena informacija. Taj odnos nije samo pravni, nego i etički. Liječnik odgovara za štetu izazvanu medicinskom greškom u vezi s lijekovima i njegova odgovornost zasniva se na krivnji.⁸⁴ Liječnik može biti odgovoran kako za štetu nanесenu korisniku lijeka povredom ugovorne obveze (ugovorna ili kontraktna odgovornost liječnika),⁸⁵ tako i za štetu koja je nanesena građanskim deliktom (izvanugovorna ili deliktna odgovornost ljekarnika). Neodgovarajuća i nepropisna primjena lijeka od strane liječnika, kršenje obveza vezanih za propisivanje lijeka te kršenje obveze kontrole i nadzora pacijenta, odnosno vođenja računa o provedbi terapije lijekom, može biti uzrok štete za koju odgovara liječnik. Od liječnika se ne može tražiti da bude detaljno upoznat sa svim lijekovima i njihovim djelovanjem na ljude (što je naravno nemoguće). To ga, međutim, ne oslobađa od obveze da se o prednostima i nedostacima (pozitivnim i negativnim učincima) stanovitog lijeka (lijeka kojeg propisuje) upozna onoliko koliko je to moguće i osnovano, posebice kada se radi o visokorizičnom lijeku, ali i lijeku koji ima vitalno značenje za pacijenta.⁸⁶ To je posebice značajno kada se radi o lijeku na recept, jer je tada liječnik jedini i konačni donositelj odluke o odabiru lijeka.⁸⁷ Izuzev obveze da se sam upozna s djelovanjem određenog lijeka, liječnik ima obvezu informirati pacijenta o očekivanim, predvidivim tzv. željenim učincima lijeka, ali (što je iznimno bitno) i o mogućim neželjenim, neugodnim, štetnim i (nerijetko po život) opasnim učincima.

*Odgovornost proizvođača za štetu izazvanu lijekovima s nedostatkom*⁸⁸ - Nastanak obvezopravnog odnosa odgovornosti za štetu izazvanu lijekovima s

⁸³ Opširnije: H. Mujović-Zonić, *Izdavanje lekova i odgovornost apotekara*, u: *Medicinsko pravo*, Beograd, 1998., str. 161. - 173.

⁸⁴ J. Radišić, *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986., str. 251.

⁸⁵ Vidi: J. Radišić, *Lekar i pacijent kao ugovorni partneri*, u: *Zbornik radova Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd, 1996., str. 325. - 350.

⁸⁶ Usporedi: J. Radišić, *Odgovornost lekara i zdravstvenih ustanova zbog štete izazvane upotrebom medicinskih sprava*, Pravni informator br. 12/2002., www.informator.co.yu/informator/;

⁸⁷ Tako: D. B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, 2000. str. 1010.

⁸⁸ Uzimajući u obzir iznimnu važnost Direktive 374/85 i mogućnost primjene njezinih odredbi na lijekove (s nedostatkom), ali i zbog obveze RH na izjednačavanje i usklađivanje (harmonizaciju) propisa (o zaštiti potrošača i odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom) s pravnom regulativom Europske unije, ovdje ćemo ukratko prikazati rješenja Direktive 374/85.

nedostatkom veže se za kumulativno ispunjenje općih pretpostavki odgovornosti, a to su: subjekti odgovornosti, štetna radnja, šteta, uzročna veza, protupravnost u objektivnom smislu.

Proizvođač je odgovoran za štetu prouzročenu lijekom koji je u trenutku stavljanja u promet imao nedostatak.^{89, 90} Direktiva 374/85 pod pojmom šteta podrazumijeva: štete prouzročene smrću ili tjelesnom ozljedom; štete zbog uništenja ili oštećenja drugih stvari, namijenjenih (objektivni kriterij) i uglavnom korištenih (subjektivni kriterij) za privatne potrebe ili potrošnju (tzv. osobna imovina), u odnosu na proizvod s nedostatkom, a čiji iznos nije manji od 500 ECU-a (danas 500 eura). Temeljem pravila Direktive 374/85 ne naknađuje se šteta na samom proizvodu (naknađuje se samo po osnov ugovorne odgovornosti), zatim nematerijalna šteta, šteta na tzv. komercijalnoj imovini (namijenjenoj poslovanju) i tzv. čista imovinska šteta koja nije izravna posljedica povrede osobe ili oštećenja odnosno uništenja stvari (npr. izmakli profit).⁹¹ Prema tome, sukladno odredbama Direktive 374/85, odgovara se samo za tzv. materijalnu štetu, dok su za nematerijalne štete mjerodavni opći propisi o odgovornosti za štete svake države članice Europske unije.

Osnova odgovornosti proizvođača za štete izazvane lijekovima s nedostatkom nije krivnja, već uzročnost (objektivna ili kauzalna odgovornost proizvođača lijeka). Međutim, načelo objektivne odgovornosti proizvođača na određeni način dovedeno je u pitanje zbog mogućih osnova eksculpacije odnosno isključenja i ograničenja odgovornosti. Pored klasičnih razloga isključenja ili ograničenja odgovornosti proizvođača za proizvod s nedostatkom (viša sila - nakon stavljanja proizvoda u promet, radnja oštećene osobe ili osobe za koju ona odgovara koja je izazvala ili pridonijela nastanku štete, radnja treće osobe koja je isključivo uzrokovala štetu)

⁸⁹ Kao glavnu odgovornu osobu Direktiva predviđa proizvođača. Pojam proizvođača određen je dosta široko i obuhvaća: 1. proizvođača finalnog proizvoda; 2. proizvođača sirovine od koje je proizvod napravljen; 3. proizvođača sastavnog dijela odnosno neke od komponenata (koji su ugrađeni u drugu pokretnu ili nepokretnu stvar) u čijem je procesu proizvodnje nastao nedostatak; 4. osobu koja se stavljanjem svog imena, robnog znaka ili neki drugi način predstavlja kao proizvođač; 5. uvoznika na područje Europske unije (ako se proizvodi uvoze radi prodaje, iznajmljivanja, davanja u lizing ili bilo koji drugi oblik distribucije u granicama njegovog predmeta poslovanja); 6. dobavljača (liferanta) odnosno prodavatelja, ukoliko se ne može utvrditi tko je proizvođač, odnosno ako se radi o uvezenom proizvodu, ukoliko se ne može utvrditi identitet uvoznika u Europsku uniju, čak i ako je strani proizvođač. Ako je više osoba odgovorno za istu štetu prema pravilima Direktive njihova je odgovornost solidarna. Odredbe nacionalnih zakonodavstava primjenjuju se glede regresnih zahtjeva između solidarno odgovornih osoba.

⁹⁰ *Proizvođač lijeka jest pravna osoba odgovorna za proizvodnju i razvoj lijeka, njegovu kakvoću, neškodljivost i djelotvornost, neovisno o tome da li je lijek proizveo sam ili je to u njegovo ime obavila druga osoba* (čl. 2., toč. 45. *Zakon o lijekovima*); *Ustanova koja prikuplja krv može se smatrati proizvođačem krvi. Krv se ne može dobiti vještačkim putem. Nju proizvodi samo čovjekov organizam. Međutim, sve dok se ne odvoji od tijela 'punkcijom' (ubodom igle u venu), upakuje na odgovarajući način i obilježi, krv nije proizvod koji se može unijeti u promet. Unošenje u promet vrše ustanove koje se bave prikupljanjem krvi i koje se u tom smislu mogu nazvati proizvođačima.*, M. Đorđević, *Odgovornost zbog infekcije HIV-virusom putem transfuzije krvi*, Pravni život, br. 9., Beograd, 1998., str. 299.; Vidi: W. van Gerven, J. Lever, P. Larouche, op. cit., str. 629. - 634.

⁹¹ P. Klarić, *Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja*, Pravo u gospodarstvu, vol. 41., br. 4., Zagreb, 2002., str. 85.

Direktiva 374/85 (čl. 7.) određuje da proizvođač neće odgovarati ako dokaže: da nije stavio proizvod u promet; da, s obzirom na okolnosti slučaja, nedostatak vjerojatno nije postojao u trenutku stavljanja proizvoda u promet ili da je nedostatak nastao kasnije; da proizvod nije bio namijenjen prodaji ili nekom drugom obliku distribucije, niti je proizveden ili distribuiran u okviru profesionalne djelatnosti; da je nedostatak posljedice usklađivanja proizvoda s prinudnim propisima javne vlasti o načinu izrade proizvoda odnosno standardima sigurnosti i kvalitete koje mora zadovoljiti pojedini proizvod; da stupanj znanstveno-tehničkog razvoja u vrijeme stavljanja proizvoda u promet nije bio takav da je omogućavao otkrivanje postojanja nedostatka tzv. *obrana razvojnim rizikom (development risk defense)*. Odredba čl. 7.(f) Direktive 374/85 isključuje odgovornost proizvođača sastavnog dijela finalnog proizvoda ako dokaže da je nedostatak na sastavnom dijelu proizvoda posljedica njegovog uklapanja u cijeli proizvod ili instrukcija dobivenih od finalnog proizvođača. Dobavljač se može osloboditi odgovornosti ukoliko u razumnom roku otkrije identitet proizvođača ili svog dobavljača, a ako se radi o uvezenom proizvodu, identitet uvoznika.

U čl. 7.(e) Direktive 374/85 predviđena je mogućnost da se proizvođač oslobodi odgovornosti ako dokaže da stupanj znanstveno-tehničkog, odnosno tehnološkog razvoja u vrijeme dok je proizvod bio pod njegovom kontrolom, odnosno u vrijeme stavljanja proizvoda u promet nije bio takav da je omogućavao otkrivanje postojanja nedostatka.^{92, 93} Nema odgovornosti proizvođača ako na temelju dostignutog stupnja razvoja znanosti i tehnike u vrijeme stavljanja proizvoda u promet nije bilo moguće otkriti nedostatak na proizvodu. Ne uzima se u obzir stupanj razvoja znanosti i tehnike o kojem je proizvođač konkretno ili subjektivno bio ili mogao biti informiran, nego objektivni stupanj tehnološkog razvoja, uključujući i najviši stupanj razvoja, za kojeg se pretpostavlja da je proizvođač o njemu informiran u trenutku stavljanja konkretnog proizvoda u promet.⁹⁴ Prema tome, potrebno je da postoji apsolutna objektivna nemogućnost otkrivanja nedostatka na proizvodu, tj. proizvođač se ne može osloboditi odgovornosti dokazujući da iz nekog opravdanog ili neopravdanog razloga nije bio upoznat sa stupnjem znanstvenog i tehničkog razvoja u svijetu i da zbog toga nije bio u stanju u vrijeme stavljanja proizvoda u promet otkriti nedostatak.⁹⁵

⁹² "... the producer shall not be liable as a result of this Directive if he proves: ... (e) that the state of scientific and technical knowledge at the time when he put the product into circulation was not such as to enable the existence of the defect to be discovered ..."

⁹³ Vidi: Odluku Suda pravde u slučaju *Commission v. United Kingdom (C-300/95, 1997)* i odluku engleskog suca Burtona J u slučaju *A and Others v. National Blood Authority and Others (The All England Law Reports Annual Review 2001., vol. 3., str. 289. - 392.)*; Također vidi: *Abouzaid v. Mothercare (UK) Ltd; Richardson v. LRC Products Ltd; German Bottle Case (German Federal Supreme Court, 9. May 1995)*.

⁹⁴ H. W. Micklitz, *Wohin gehen wir - in den USA, in Europa?*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, Nr. 1., Saarbrücken, 2002., str. 95.

⁹⁵ Donoseći presudu (*Commission v. United Kingdom, C-300/95, 1997*) 29. svibnja 1997. godine Sud pravde je potvrdio da članak 7.(e) Direktive postavlja objektivni standard i da nije usmjeren na pojedinačnu praksu i standarde sigurnosti koji se koriste u konkretnom industrijskom području, nego se tiče općeg stupnja znanstvenog i tehničkog znanja u vrijeme stavljanja proizvoda u promet, uključujući i najnapredniju razinu takvog znanja. To nije znanje o kojem je konkretni proizvođač subjektivno bio ili mogao biti obaviješten, nego je to objektivni stupanj znanstvenog i tehničkog znanja za koje se pretpostavlja da je proizvođač o njemu bio obaviješten.

Prema čl. 4. Direktive 374/85 oštećenik je dužan dokazati štetu, nedostatak i uzročnu vezu između mane stvari i štete koja mu je nastupila.⁹⁶ Pravila o teretu dokazivanja oštećene osobe treba dopuniti i ublažiti mnogim dokaznim olakšicama u njegovu korist.⁹⁷ Trebalo bi prihvatiti mogućnost da proizvođač odgovara za štetu od (njegovog) proizvoda s nedostatkom ne samo kada je dokazano da šteta potječe od njegovog proizvoda, nego i kada je (samo) vjerojatno da je šteta nastala od njegovog proizvoda.

Nepravilno je na oštećenu osobu prebacivati rizik razvoja znanosti i tehnike i time ga opteretiti štetama od proizvoda koje su posljedica tzv. razvojnog rizika. Pojam sigurnog proizvoda treba tumačiti maksimalno široko i proizvođača činiti odgovornim za sve štete koje je proizvod uzrokovao, i pored toga što nije mogao takvu štetu unaprijed predvidjeti i izbjeći.

Direktiva 374/85 usvaja fiksnu sumu do (od) koje proizvođač odgovara za štetu od proizvoda s nedostatkom. Predviđena je i gornja i donja granica odgovornosti. Što se tiče gornje granice odgovornosti, člankom 16. Direktive 374/85 propisano je da svaka država članica može proizvođačevu odgovornost za štete zbog smrti ili tjelesne povrede, koje su prouzročene identičnim proizvodima s istim nedostatkom, ograničiti do iznosa koji ne može biti manji od 70 milijuna ECU-a (sada 70 milijuna eura). Mišljenja smo da treba prihvatiti odgovornost proizvođača do granice do koje on može snositi tu odgovornost i da je ograničenje odgovornosti proizvođača za štete od proizvoda s nedostatkom do jedne određene sume sasvim normalno. Međutim, ne smijemo dopustiti da oštećeni na kojem nema nikakve krivnje za štetu od proizvoda s nedostatkom dobije neodgovarajuću naknadu ili da ostane bez naknade zbog (kvantitativnog) ograničenja odgovornosti proizvođača.

Odredbom članka 9. Direktive 374/85 određena je odgovornost proizvođača za štete prouzročene na osobnoj imovini (imovini koju osoba upotrebljava izvan svoje profesije, isključivo u privatne svrhe ili potrošnju) iznad 500 ECU-a (danas 500 eura). Na štete do tog iznosa ne primjenjuje se Direktiva 374/85, tj. oštećenik sam snosi štetu. Međutim, oštećene osobe mogu štetu do 500 eura naknaditi primjenom nacionalnih pravila država članica, što je sukladno Direktivi 374/85, koja upućuje na supsidijarnu primjenu odredbi nacionalnih zakona država članica o ugovornoj ili izvanugovornoj odgovornosti ili propisa o posebnoj odgovornosti.⁹⁸ Slijedi dakle da pravila o odgovornosti utemeljenoj na krivnji štetnika, zajedno s pravilima o objektivnoj odgovornosti predviđenim Direktivom 374/85, mogu osigurati oštećenoj osobi potpuno obeštećenje.⁹⁹

⁹⁶ Vidi: M. A. Parra, *The Proof of a Causal Relationship - Damages Caused by Identical Products Made by Different Manufacturers*, *European Review of Private Law*, vol. 2., 1994., str. 414. - 430.; E. Hondius, *A Dutch DES case: Pharmaceutical Jointly and Severally Liable*, *European Review of Private Law*, vol. 2., 1994., str. 409. - 413.

⁹⁷ Oštećeni će relativno lako dokazati uzročnost u tzv. normalnim okolnostima, ali kod lijekova s nedostatkom često je vrlo teško dokazati kauzalitet. Vidi presudu Vrhovnog suda Kalifornije u slučaju *Sindell v. Abbot Laboratories* iz 1980. godine i presudu u slučaju *McCormack v. Abbot Laboratories, Massachusetts*, 1985.. Također vidi: *Murphy v. E. R. Quibb and Sons Inc., California*, 1985.; *Burnside v. Abbot Laboratories, Pennsylvania*, 1985; *Mulcahy v. Eli Lilly and Co., Iowa*, 1986.

⁹⁸ Vidi: članak 13. Direktive 374/85.

⁹⁹ Tako: A. Geddes, *Product and Service Liability in the EEC*, London, 1992., str. 26.

Direktiva 374/85 predviđa dva roka zastare zahtjeva oštećenog za naknadu štete, i to: subjektivni rok od tri godine (*statute of limitation*) i objektivni (apsolutni) rok od deset godina (*statute of repose*).¹⁰⁰ Prema odredbi čl. 10. Direktive 374/85 zahtjev oštećenog za naknadu štete zastarijeva za tri godine od trenutka u kojem je oštećeni saznao ili morao saznati za štetu, nedostatak proizvoda i identitet proizvođača. U svakom slučaju potraživanja zastarijevaju u roku od deset godina od stavljanja u promet proizvoda koji je uzrokovao štetu, osim ako je oštećeni u međuvremenu pokrenuo sudski postupak protiv proizvođača (čl. 11. Direktive 374/85). U pogledu prekida i zastoja zastare primjenjuju se odredbe nacionalnog prava države članice (čl. 10., st. 2. Direktive 374/85).

VI. Zaključne napomene

1. Lijekovi kao proizvodi farmaceutske industrije čine specifičnu vrstu robe koja se u fazi istraživanja, proizvodnje i prometa podvrgava posebnom pravnom režimu u interesu zaštite zdravlja potrošača, odnosno zajednice u cijelosti. Štete izazvane lijekovima mogu nastati kako u fazi ispitivanja lijeka na ljudima i životinjama, tako i poslije registracije i stavljanja lijeka u promet. Opasnosti od lijeka koji se već nalazi u prometu svode se: 1. na neželjene, neugodne i štetne učinke lijeka, odnosno na nuspojave ili štetne reakcije na lijek; 2. na štete zbog nepoštivanja preskripcije ili neprovođenja uputa vezanih za pravilno korištenje lijeka; 3. na štete zbog zlorabe (*abuzus*) lijekova (pretjerano, dugotrajno i nekontrolirano upotrebljavanje *psiholoških tvari*, tj. tvari koje djeluju na središnji živčani sustav i tako mijenjaju osjete, percepciju, mišljenje, govor, raspoloženje i reakcije, a bez medicinske indikacije). Lijek može biti škodljiv sam po sebi ili zbog nekog nedostatka u njegovom sastavu, u uputi za uporabu, ili u pakiranju. Opasnom se stvari smatra lijek s nedostatkom zbog kojeg predstavlja opasnost štete za osobe ili stvari.

2. Određene obveze vezane proizvodnju, stavljanje u promet, praćenje učinaka i povlačenje iz prometa lijeka imaju ne samo proizvođači lijekova, nego i liječnici, farmaceuti, ali i nadležna tijela na nacionalnoj i međunarodnoj razini. Prema tome, za štetu izazvanu lijekom oštećena osoba pod određenim uvjetima može tražiti odgovornost navedenih osoba. Niz otvorenih pitanja javlja se pri razmatranju odgovornosti tih osoba, posebice pitanje pravne prirode odgovornosti, odnosno pitanje subjektivne i objektivne, deliktne i ugovorne odgovornosti.

3. Učinkovitost farmaceutske zaštite i nastanak šteta izazvanih lijekovima u velikoj mjeri ovise o ponašanju potrošača lijeka. Poštivanje preskripcije, suradljivost ili provođenje proizvođačevih, liječničkih i ljekarničkih uputa ima za rezultat učinkovitije djelovanje lijeka, a broj šteta prouzročenih lijekovima znatno je manji. Međutim, istraživanja bolesničkog ponašanja pokazuju da tek polovica pacijenata uzima propisane lijekove prema uputi. Neprovođenjem liječničkih uputa pacijent krši svoju obvezu na suradnju iz ugovora o liječničkim uslugama. Odgovornost zbog

¹⁰⁰ Vidi: M. W. Patrick, *The Products Liability Statute of Repose: Questioning the Constitutional Foundations*, Trail Briefs 23., 2002., www.ncatl.org/pdf/Trial%20Briefs/May02/Patrick_May02.pdf;

izostalog uspjeha liječenja pada na samog pacijenta, jer liječnik nije u stanju da ga prinudi na uzimanje lijekova.¹⁰¹

4. O slučajevima građanskopravne odgovornosti za štetu izazvanu lijekovima koji su u trenutku stavljanja u promet imali nedostatak, govori se u okviru problematike odgovornosti za proizvode s nedostatkom. Napominjemo da je građanskopravna odgovornost za štetu izazvanu nedostatkom na proizvodu (lijeku) vrlo osjetljivo područje zaštite potrošača te se, stoga, ne može promatrati izvan učenja o pravu zaštite potrošača. Ipak, treba imati na umu da je građanskopravna odgovornost za štetu izazvanu lijekovima samo jedan dio šireg konteksta zaštite potrošača koji ima svoju građanskopravnu prepoznatljivost i pravnu samostalnost.

5. U cilju izjednačavanja i usklađivanja (harmonizacije) propisa država članica Europske unije u području odgovornosti za štetu od proizvoda, te u cilju zaštite potrošača, konkurencije i slobodnog kretanja robe na jedinstvenom tržištu donesena je Direktiva 374/85. Budući da se Direktiva ne odnosi izričito na lijekove, njezina primjena ovisi o izuzetno bitnom pitanju može li se lijek promatrati kao proizvod koji potpada pod režim Direktive 374/85. Ne dvojimo da su lijekovi proizvodi za koje se može odgovarati prema odredbama Direktive 374/85.

Sukladno odredbama Direktive 374/85 osnova odgovornosti proizvođača za štete izazvane lijekovima s nedostatkom nije krivnja, već uzročnost (objektivna ili kauzalna odgovornost proizvođača lijeka). Načelo objektivne odgovornosti proizvođača na određeni način dovedeno je u pitanje zbog mogućih osnova ekulpacije odnosno isključenja i ograničenja odgovornosti.

Oštećenik je dužan dokazati štetu, nedostatak i uzročnu vezu između mane lijeka i štete koja mu je nastupila. Pravila o teretu dokazivanja oštećene osobe treba dopuniti i ublažiti mnogim dokaznim olakšicama u njegovu korist.

Sukladno čl. 7.(e) Direktive 374/85 proizvođač se može osloboditi odgovornosti ako dokaže da stupanj znanstveno-tehničkog, odnosno tehnološkog razvoja u vrijeme dok je lijek bio pod njegovom kontrolom, odnosno u vrijeme stavljanja lijeka u promet nije bio takav da je omogućavao otkrivanje postojanja nedostatka. Nepravедno je na oštećenika prebacivati rizik razvoja znanosti i tehnike i time ga opteretiti štetama od lijeka koje su posljedica tzv. *razvojnog rizika*.

¹⁰¹ J. Radišić, *Lekar i pacijent kao ugovorni partneri*, u: Zbornik radova *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd, 1996., str. 345.

Summary

**LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY MEDICAL
DRUGS WITH FLAWS**

Drugs as products of pharmaceutical industry form a specific kind of goods that are almost daily used by most of the people in order to prevent or heal certain diseases. Damage caused by drugs might occur both during drug testing on humans or animals (preclinical and clinical testing) and after registration in commercial use of drugs. Dangers of drugs that are released on market include involuntary, unpleasant and damaging effects of a drug, side-effects and damaging reaction to a drug, damages due to disregarding of prescription or neglecting instructions for proper use of a drug, and damages caused by abuse of a drug. Drug can be dangerous by itself or due to certain flaws in its content, in instructions for use or in package. Person suffering damage caused by a drug may, under certain conditions, invoke liability not only of drug manufacturer but also of physician, pharmacist, and competent bodies on national and international level. The author tackles and discusses a great number of complex and sensitive issues connected to liability of the mentioned persons. The issue of civil liability for damage caused by drugs that had flaws in the moment of their release for commercial use is discussed in the framework of liability for products with flaws. Therefore, the author pays special attention to European Directive on product liability. The article analyses the most important rights and obligations of persons empowered to prescribe and issue a drug, but also of persons having duty to monitor efficiency and tolerability (harmlessness) of new drugs. Analyzing and interpreting terminological issues (drug, name of drug, drug with flaws, homeopathic and medical products), the author attempts to give more complete, more precise and more coherent picture of problems related to drugs with flaws.

Key words: pharmaceutical law, liability for damage, drug with flaw, Law on drugs and medical products, Directive 374/85.

Zusammenfassung

**HAFTUNG FÜR SCHADEN DURCH FEHLERHAFTE
ARZNEIMITTEL**

Arzneimittel, die von der Pharmaindustrie hergestellt werden, sind eine besondere Ware, die von der Mehrheit der Menschen fast täglich benutzt wird um bestimmte Krankheiten zu vermeiden oder zu heilen. Durch Arzneimittel verursachte Schäden können in der Phase entstehen, in der das Mittel an Menschen oder Tieren ausprobiert wird (vorklinische und klinische Überprüfung des Arzneimittels), ebenso auch nach der Registrierung des Arzneimittels und Freigabe zum Verkauf. Gefahren durch Arzneimittel, die bereits im Verkehr sind, beziehen sich auf unerwünschte, unangenehme und schädliche Wirkungen des Arzneimittels bzw. auf Nebenwirkungen

oder schädliche Reaktionen auf die Arznei, auf Schäden wegen Nichtachtung der Beschreibung oder Nichtdurchführung der Anweisungen zur richtigen Benutzung der Arznei sowie auf Schäden wegen Missbrauch des Arzneimittels. Ein Arzneimittel kann als solches gefährlich sein oder wegen eines Mangels in seiner Zusammensetzung, der Gebrauchsanweisung oder der Verpackung. Für Schäden, die durch ein Arzneimittel hervorgerufen wurden, kann die betroffene Person unter bestimmten Umständen nicht nur bei dem Arzneimittelhersteller sondern auch beim Arzt, Apotheker aber auch Verantwortlichen auf nationaler und internationaler Ebene Haftung verlangen. Der Autor legt eine ganze Reihe komplexer und heikler Fragen, verbunden mit der Haftung der genannten Personen, offen. In Fällen der zivilrechtlichen Haftung für Schäden durch Arzneimittel, die im Augenblick der Freigabe zum Verkauf Mängel hatten, wird im Rahmen der Problematik der Haftung für Produkte mit Mängeln gesprochen, deshalb schenkt der Autor der Direktive der Europäischen Union zur Haftung für ein Produkt besondere Aufmerksamkeit. Im Artikel werden die wichtigsten Rechte und Pflichten von Personen analysiert, die befugt sind, Arzneimittel zu verschreiben und zu verkaufen, aber auch derer, die verpflichtet sind die Wirkung und Verträglichkeit neuer Arzneimittel zu verfolgen. Durch Analyse und Interpretation begrifflich-terminologischer Fragen (Arzneimittel, Bezeichnung des Arzneimittels, Arzneimittel mit Fehler, homöopathisches und medizinisches Produkt) versucht der Autor ein vollständigeres, richtigeres und umfassenderes Bild der Problematik, die mit fehlerhaften Arzneimitteln verbunden ist, zu bieten.

Schlüsselwörter: pharmazeutisches Recht, Haftung für Schaden, fehlerhaftes Arzneimittel, Gesetz über Arzneimittel und medizinische Produkte, Direktive 374/85.

Sommario

RESPONSABILITÀ PER DANNO CAUSATO DA FARMACI CON DIFETTO

I farmaci come prodotti dell'industria farmaceutica formano una specifica tipologia di beni che sono quasi quotidianamente utilizzati dalla maggioranza della popolazione per prevenire o curare determinate patologie. I danni causati dai farmaci possono avvenire sia durante la sperimentazione medicinale su umani o animali (sperimentazione preclinica e clinica) che dopo la registrazione nell'uso commerciale dei medicinali. I pericoli dei farmaci che sono stati distribuiti sul mercato includono gli effetti involontari, fastidiosi e dannosi del farmaco, gli effetti collaterali e le reazioni dannose del farmaco, i danni dovuti all'inosservanza delle prescrizioni o ad istruzioni negligenti per l'uso appropriato del farmaco, e i danni causati dall'abuso del farmaco. Il farmaco può essere pericoloso per sé stesso o a causa di determinati difetti nel suo contenuto, nelle istruzioni di uso o nella confezione. La persona che soffre il danno causato da farmaco può invocare a certe condizioni la responsabilità non solo del produttore del farmaco, ma anche del medico, del farmacista e delle

autorità competenti a livello nazionale e internazionale. L'autore affronta e discute un grande numero di questioni complesse e sensibili connesse con la responsabilità delle persone citate. La questione della responsabilità civile per danno causato da farmaci con difetto al momento della loro distribuzione per uso commerciale è discussa nel contesto della responsabilità per prodotti con difetto. Perciò l'autore pone particolare attenzione alla Direttiva europea sulla responsabilità da prodotto. Nell'articolo sono analizzati i più importanti diritti e obblighi delle persone autorizzate a prescrivere e distribuire un farmaco, ma anche delle persone aventi il dovere di monitorare l'attività (efficacia) e la tollerabilità (innocuità) di nuovi farmaci. Nell'analizzare e interpretare le questioni terminologiche (farmaco, nome del farmaco, farmaco con difetto, prodotti omeopatici e medicinali), l'autore cerca di dare una descrizione più completa, precisa e coerente dei problemi relativi ai farmaci con difetto.

Parole chiave: *diritto farmaceutico, responsabilità per danno, farmaco con difetto, Legge su farmaci e prodotti medicinali, direttiva 85/374.*

SUDSKO ISPITIVANJE PODOBNOSTI STEČAJNOG PLANA

Mr. sc. Jasnica Garašić, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.739
Ur: 7. veljače 2004.
Pr.: 23. veljače 2004.
Izvorni znanstveni članak

U praksi se stečajni plan još uvijek ne primjenjuje u mjeri u kojoj bi to bilo poželjno. Možda jedan od razloga leži i u činjenici što je hrvatska literatura o tom institutu još uvijek oskudna i što su mnoga pitanja u vezi s njim još nerazjašnjena. U ovom radu analiziraju se stečajnopravne pretpostavke za odbačaj stečajnog plana i objašnjava svrha zbog koje stečajni sudac mora ispitati podobnost plana. Nadalje, izlažu se procesna pravila koja vrijede ili bi trebala vrijediti pri donošenju odluke o (ne)podobnosti stečajnog plana, te se razmatraju pravni lijekovi protiv odluke stečajnog suca o (ne)podobnosti stečajnog plana.

Ključne riječi: *stečajni plan, sudsko ispitivanje stečajnog plana, (ne)podobnost stečajnog plana, odbačaj stečajnog plana.*

I. Uvod

Stečajnim planom vjerovnici će se koristiti onda kada smatraju da bi im plan s obzirom na okolnosti konkretnog stečajnog postupka omogućio bolje namirenje njihovih tražbina, odnosno da bi on u većoj mjeri zaštitio njihove pravne, pa i gospodarske interese, nego što bi to bilo u slučaju provođenja klasičnog redovnog stečajnog postupka u kojem se stečajni plan ne izrađuje. Naime, stečajnim planom može se odstupiti od redovnog zakonskog modela unovčenja imovine stečajnog dužnika i pravila o namirenju vjerovnika, te odrediti drugačiji opseg i vrstu namirenja vjerovnika, kao i drugačije regulirati odgovornost stečajnog dužnika (vidi čl. 213, st. 1. i 2. Stečajnog zakona,¹ u daljnjem tekstu: SZ). To između ostalog uključuje i mogućnost daljnjeg poslovanja stečajnog dužnika ili barem nastavka poslovanja njegovog poduzeća ili dijela poduzeća kojeg će preuzeti novi pravni nositelj.

Načelo vjerovničke autonomije u stečajnom postupku dolazi naj snažnije do izražaja upravo u institutu stečajnog plana. On u sebi sadrži i elemente ugovora i nagodbe, ali i sudske odluke, budući da od sudionika prihvaćeni plan podliježe potvrdi

¹ Stečajni zakon, "Narodne novine", br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03.

stečajnog suca (čl. 244.-249. SZ)². No, još prije nego što vjerovnici uopće dođu u poziciju da u stečajnom postupku raspravljaju i glasuju o planu, zakonodavac zahtijeva od stečajnog suca da odmah nakon što mu je stečajni plan podnesen, ispita po službenoj dužnosti njegovu podobnost, odnosno postoji li u konkretnom slučaju možda neka od pretpostavaka iz čl. 227, st. 1, toč. 1, 2. i 3. SZ, zbog kojih se plan mora odbaciti. U pogledu pretpostavke za odbačaj stečajnog plana iz čl. 227, st. 2. SZ zakonodavac dodatno zahtijeva prijedlog stečajnog upravitelja da se plan dužnika odbaci.

Svrha je ove prethodne sudske kontrole stečajnog plana, kao što će i analiza spomenutih zakonskih pretpostavaka u pojedinostima pokazati, iz stečajnog postupka odmah odstraniti takav stečajni plan koji uopće nije podoban da se o njemu raspravlja odnosno glasuje, nadalje, takav plan podnesen od strane stečajnog dužnika za koji je već na prvi pogled vidljivo da nije prihvatljiv za vjerovnike, odnosno da ne može računati na potvrdu od strane stečajnog suda, zatim dužnikov plan za koje je već na prvi pogled vidljivo da se ne mogu ostvariti prava njime predviđena, kao i takav plan koji bi dužnik podnosio samo zato da bi odložio poduzimanje određenih radnji u stečajnom postupku, bez ozbiljne namjere da se stečajnim planom riješe pravni odnosi s vjerovnicima. Dakle, zadaća je stečajnog suca da primjenom čl. 227, st. 1. i st. 2. SZ spriječi zloupotrebu instituta stečajnog plana i u skladu s načelom ekonomičnosti onemogućiti odugovlačenje stečajnog postupka, štiteći na taj način opravdane interese sudionika u stečajnom postupku.

Cilj je ovog rada prikazati i razjasniti stečajnopravne pretpostavke pod kojima je stečajni sudac ovlašten i dužan odbaciti stečajni plan, zatim izložiti procesna pravila koja vrijede odnosno koja bi trebala vrijediti pri donošenju odluke o (ne)podobnosti stečajnog plana, te prikazati pravne lijekove koji se mogu uložiti protiv sudske odluke o (ne)podobnosti stečajnog plana.

Iako bi se vezano za institut odbačaja stečajnoga plana moglo terminološki govoriti i o dopustivosti odnosno nedopustivosti stečajnog plana³, odnosno odluci kojom se dopušta ili nedopušta stečajni plan, što se primjerice često čini u njemačkoj teoriji,⁴ čini se još boljim - s obzirom na terminologiju razvijenu u hrvatskoj građanskoprocesnoj legislativi i teoriji - govoriti o podobnom odnosno nepodobnom

² O pravnoj prirodi stečajnog plana vidi u njemačkoj literaturi: *Schiessler, Wolfram*, *Der Insolvenzplan*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1997, str. 17.-22; *Hess, Harald/Weis, Michaela*, *Der Insolvenzplan*, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, 1998, br. 48, str. 2350; *Jaffé, Michael*, u: *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, izd. Wimmer Klaus, Hermann Luchterhandt Verlag GmbH, Neuwied, Kriftel, 1999, par. 217, br. 74.-101, *Otte, Karsten*, u: *InsO - Kommentar zur Insolvenzordnung*, ur. Bruno M. Kübler/Hans Prütting, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, 2001, knjiga I, par. 217, br. 62.-80.

³ *Garašić Jasnica*, *Mogućnosti i ograničenja inherentna stečajnom planu*, u: *Treća novela Stečajnog zakona*, ur. Dika Mihajlo, Narodne novine, Zagreb, 2003, str. 309.-311.

⁴ "Zulassung des Plans" primjerice *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 133; *Smid, Stefan/Rattunde, Rolf*, *Der Insolvenzplan - Handbuch für das Sanierungsverfahren nach dem neuen Insolvenzrecht mit praktischen Beispielen und Musterverfügungen* - Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln, 1998, str. 66, br. 225. i dalje; *Flessner, Axel*, u: *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, par. 231, br. 14; *Otte*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 23; *Lüer Hans-Jochem*, u: *Insolvenzordnung - Kommentar*, izd. Wilhelm Uhlenbruck, Verlag Franz Vahlen, München, 2003, par. 231, br. 36.

planu. Naime, nedostaci plana mogu se, između ostalog, ticati ne samo propisa o osobama ovlaštenim na podnošenje plana, nego i propisa koji reguliraju pravovremeno podnošenje plana te koji reguliraju obvezatan sadržaj plana kao podneska u postupku.

II. Pretpostavke za odbačaj stečajnoga plana

Nakon što stečajni plan bude podnesen stečajnom sucu, on je dužan ponajprije ispitati zadovoljava li stečajni plan kao podnesak općeprocne zahtjeve u pogledu svoje podobnosti da se po njemu postupa (čl. 6. SZ u vezi s čl. 106.-108. Zakona o parničnom postupku,⁵ u daljnjem tekstu: ZPP). Ako ih zadovoljava, dužan je, nadalje, ispitati postoje li stečajnopravne pretpostavke za odbačaj plana koje su taksativno navedene u čl. 227. SZ.

Prema spomenutom čl. 227. SZ stečajni će sudac stečajni plan odbaciti po službenoj dužnosti: 1. ako nisu poštivani propisi o pravu na podnošenje i sadržaju plana te ako podnositelj plana taj nedostatak ne može otkloniti ili ga ne otkloni unutar primjerenoga roka koji mu je sud odredio, 2. ako očito nema izgleda da plan koji je dužnik podnio vjerovnici prihvate ili sud potvrdi, 3. ako se prava koja bi sudionici trebali steći prema provedbenoj osnovi plana koji je dužnik podnio, očito ne mogu ostvariti (čl. 227, st. 1. SZ). Ako je dužnik u stečajnom postupku već podnio plan koji su vjerovnici odbili, koji sud nije potvrdio ili koji je dužnik povukao nakon javnoga zakazivanja ročišta za raspravljanje o planu, sud će odbaciti novi plan dužnika ako to odbacivanje zatraži stečajni upravitelj uz suglasnost odbora vjerovnika, ako je taj odbor osnovan (čl. 227, st. 2. SZ).

Pogledajmo malo detaljnije redom svaku od propisanih stečajnopravnih pretpostavki za odbačaj stečajnog plana.

A. Nepoštivanje propisa o pravu na podnošenje i sadržaju plana

Da bi se stečajni plan mogao smatrati podobnim, nužno je da su poštovani propisi o pravu na podnošenje plana te propisi o sadržaju plana (čl. 227, st. 1, toč. 1. SZ).

1. Nepoštivanje propisa o pravu na podnošenje plana

U prvom redu stečajni sudac mora ispitati je li stečajni plan podnijela osoba koja je prema zakonu na to ovlaštena te je li plan podnesen u vremenskom periodu, u kojem je ovlaštenoj osobi dozvoljeno podnijeti taj plan.

Prema čl. 214. SZ na podnošenje stečajnog plana stečajnom sucu formalno-pravno su ovlašteni samo dužnik i stečajni upravitelj.

Dužnik, bilo da je riječ o pravnoj osobi ili dužniku pojedincu, može podnijeti stečajni plan zajedno s prijedlogom za otvaranje stečajnog postupka (čl. 214, st. 1, reč. 1. SZ). Nakon otvaranja stečajnog postupka zakon dozvoljava podnošenje stečajnog plana samo dužniku pojedincu (čl. 214, st. 1, reč. 2. SZ). Pri tome treba naglasiti da se prema važećem hrvatskom stečajnom pravu pod pojmom dužnika pojedinca smatra samo osoba koja ima svojstvo trgovca pojedinca ili obrtnika (čl. 3,

⁵ Zakon o parničnom postupku, "Narodne novine", br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03.

st. 1, reč. 1. i 2. SZ)⁶. Razlika u tretmanu stečajnog dužnika pravne osobe i dužnika pojedinca - s obzirom na mogućnost podnošenja stečajnog plana nakon otvaranja stečajnog postupka - objašnjava se time što otvaranjem stečajnoga postupka prava tijela dužnika pravne osobe prestaju i prelaze na stečajnog upravitelja (čl. 89, reč. 1. SZ), dok u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad dužnikom pojedincem, samo njegova prava na upravljanje i raspolaganje imovinom koja ulazi u stečajnu masu prelaze na stečajnog upravitelja (čl. 89, reč. 2. SZ), a ostala prava dužnik pojedinac zadržava.⁷ U pogledu trenutka do kojeg je dužnik ovlašten podnijeti stečajni plan, čini se da bi u odnosu na dužnika pravnu osobu čl. 214, st. 1, reč. 1. i 2. SZ trebalo tumačiti na način da bi to ovlaštenje postojalo sve do donošenja odluke o otvaranju stečajnog postupka, dok će u odnosu na dužnika pojedinca doći do primjene čl. 214, st. 1, reč. 3. SZ, koja određuje da se neće uzeti u obzir plan koji se podnese sudu nakon završnoga ročišta. Interesantno je spomenuti da njemački zakon ne pravi razliku između različitih kategorija dužnika u pogledu pitanja do kojeg trenutka je on ovlašten podnijeti stečajni plan. U svakom slučaju, neovisno o tome tko je podnositelj, ni prema njemačkom pravu ne smije se uzeti u obzir stečajni plan koji bi bio podnesen nakon završnog ročišta (par. 218, st. 1, reč. 3. InsO). Kada je riječ o stečajnom planu dužnika koji je pravna osoba, jasno je (kako prema njemačkom tako i prema hrvatskom pravu), da stečajni sudac mora istovremeno ispitati i je li dotični dužnik *lege artis* zastupan pri podnošenju stečajnog plana. Isto vrijedi i za dužnika pojedinca ako on osobno ne poduzima tu procesnu radnju. Inače, podnošenje stečajnog plana u pravilu ovisi o volji dužnika. Jedinu iznimku predstavlja stečajni postupak u kojem je odobrena osobna uprava (čl. 266.-281. SZ), a u kojem vjerovnici mogu prema svom izboru naložiti izradu stečajnog plana ili dužniku ili stečajnom povjereniku (čl. 280, st. 1, reč. 1. SZ). Izdavanje takvog naloga dužniku posredno za sobom povlači i obvezu dužnika da tako izrađeni stečajni plan podnese stečajnom sucu.

Stečajni upravitelj može podnijeti stečajni plan nakon otvaranja stečajnog postupka (čl. 214, st. 1, reč. 2. SZ). Privremeni stečajni upravitelj nema ovlaštenje podnošenja stečajnog plana. Ni vjerovnici nemaju formalnopravno to ovlaštenje, ali oni mogu na ročištu vjerovnika (skupštini) naložiti stečajnom upravitelju izradu plana. U tom slučaju je stečajni upravitelj dužan stečajnom sucu podnijeti plan u primjerenom roku (čl. 214, st. 2, reč. 1. SZ). Zakon ne daje izričit odgovor na pitanje može li stečajni upravitelj podnijeti stečajni plan bez naloga skupštine vjerovnika. U nedostatku norme koja bi izričito propisivala da stečajni upravitelj ima pravo podnošenja stečajnog plana samo pod uvjetom da ima formalnu pozitivnu odluku skupštine vjerovnika o tome, čini se da se treba opredijeliti za takvo tumačenje zakona prema kojem stečajni upravitelj ima samostalno pravo podnošenja plana stečajnom sucu, koje ne implicira obvezatno postojanje formalne pozitivne odluke skupštine

⁶ Drugačije prema njemačkom pravu, gdje se stečajni postupak može provesti nad svakom pravnom i svakom fizičkom osobom, pa i nekim društvima i pravnim tvorevinama koje nemaju svojstvo pravne osobe (vidi par. 11 njemačkog *Insolvenzrechts* zakonika: *Insolvenzordnung, Bundesgesetzblatt 1994, I, str. 2866*; posljednja izmjena *Bundesgesetzblatt 2003, I, str. 345.*; u daljnjem tekstu *InsO*).

⁷ *Barbić, Jakša*, *Preustroj dužnika u stečaju*, u: *Aktualna pitanja hrvatskog gospodarstva i pravne prakse, Tradicionalno godišnje savjetovanje - Opatija '96*, ur. Krešo Barbarić, Inženjerski biro, Zagreb, 1996, str. 16.

vjerovnika o tome. Naime, iako čl. 55, st. 3. i čl. 156, st. 1. SZ propisuju da vjerovnici na izvještajnom ročištu odlučuju o tome hoće li se poslovanje dužnika obustaviti ili će se (privremeno) nastaviti, treba naglasiti da se te odredbe ne odnose samo na situacije u kojima se eventualno razmišlja o stečajnom planu, već i na one u kojima se on neće izrađivati, ali je privremeni nastavak poslovanja dužnika potreban radi otuđenja poduzeća ili nekog pogona odnosno prodaje imovine dužnika kao cjeline (čl. 159, st. 2, toč. 1; čl. 163.a.-163.l. SZ). U prilog tumačenju prema kojem stečajni upravitelj ne mora imati formalnu odluku skupštine vjerovnika o podnošenju stečajnog plana govori i čl. 232. SZ, koji određuje da se ročište za raspravljanje i glasovanje o planu ne smije održati prije ročišta za ispitivanje tražbina, ali da se ta dva ročišta mogu spojiti. Pri tome se čl. 232. SZ odnosi na već podneseni plan, koji je od strane stečajnog suca već ocijenjen kao podoban, o kojem su se već izjasnili subjekti predviđeni u čl. 228. SZ i koji je kao takav izložen u sudskoj pisarnici na uvid sudionicima. Kao što je poznato, izvještajno ročište ne može se održati prije ispitnog ročišta (čl. 55, st. 1, toč. 2, reč. 2. i st. 2. SZ). Osim toga, ako bi stečajni upravitelj uvijek morao čekati izvještajno ročište na kojem bi mu skupština vjerovnika dala formalno odobrenje da izradi i podnese stečajni plan, to bi se moglo zbog znatnog protoka vremena štetno odraziti posebice na tzv. sanacijske planove.⁸ A postavlja se i pitanje zašto bi trebalo posebno odobriti podnošenje stečajnog plana kada je zakon predvidio posebno ročište i postupak za raspravljanje i glasovanje o planu (čl. 231.-243. SZ). Naime, nikakav stečajni plan se vjerovnicima ne može nametnuti, jer o njegovom prihvatu odlučuju u okviru postupka pokrenutog podnošenjem stečajnog plana upravo ti vjerovnici. Stoga u praksi u pravilu i ne treba očekivati da bi stečajni upravitelj izrađivao i podnosio stečajni plan koji bi bio protivan interesima i volji vjerovnika stečajnog dužnika. Kvalitetan stečajni plan i nije moguće izraditi bez suradnje vjerovnika. Stečajni upravitelj koji ne bi bio savjestan i uredan, već bi - protivno svojoj obvezi da se ponaša kao dobar gospodar (čl. 25, st. 1. SZ) - išao u skupu izradu stečajnog plana protivnog interesima vjerovnika, odgovarao bi za nastalu štetu svim sudionicima (čl. 28, st. 1. SZ). Ni njemački Insolvenzordnung ne daje izričit odgovor je li stečajni upravitelj ovlašten podnijeti stečajni plan bez izričitog naloga skupštine vjerovnika. Gotovo svi autori smatraju da on to može, jer je njegovo pravo podnošenja stečajnog plana samostalne prirode.⁹ Ako se usvoji tumačenje prema kojem stečajni upravitelj ima samostalno pravo podnošenja stečajnog plana stečajnom sucu, to znači da stečajni sudac prilikom ispitivanja podobnosti stečajnog plana kojeg je podnio stečajni upravitelj ne mora ispitivati postoji li formalna odluka skupštine vjerovnika koja ovlašćuje stečajnog upravitelja na podnošenje stečajnog plana. Moguće je da stečajni upravitelj smatra da s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja nema smisla izrađivati stečajni plan. No ako mu je skupština vjerovnika naložila izradu plana, bit će ga dužan izraditi i podnijeti stečajnom sucu, i to kao što je već spomenuto,

⁸ O različitim vrstama stečajnog plana *Garašić*, op. cit. u bilj. 3, str. 286.-289.

⁹ *Jaffé*, op. cit. u bilj. 2, par. 218, br. 55; *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 218, br. 8; *Haarmeyer*, *Hans/Wutzke*, *Wolfgang/Förster*, *Karsten*, Handbuch zur Insolvenzordnung InsO/EGInsO, Verlag C. H. Beck, 3. izdanje, München, 2001, str. 984, br. 21; *Otte*, op. cit. u bilj. 2, par. 218, br. 11; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 218, br. 4.-6. Suprotno mišljenje zastupa *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 87.-88.

u primjerenom roku (čl. 214, st. 2, reč. 1. SZ).¹⁰ Ako bi stečajni upravitelj u navedenoj situaciji odugovlačio s izradom i podnošenjem stečajnog plana stečajnom sucu, postojala bi mogućnost da mu se izrekne novčana kazna (čl. 26, st. 2. SZ), pa čak i da ga se razriješi dužnosti stečajnog upravitelja (čl. 27, st. 2. SZ). No, prilikom same ocjene podobnosti već podnesenog stečajnog plana činjenica - je li stečajni upravitelj taj plan izradio u primjerenom roku - nije relevantna, pa je stečajni sudac i ne treba utvrđivati. Jasno je da sudac mora uvijek utvrditi je li osoba koja se izdaje za stečajnog upravitelja doista stečajni upravitelj u konkretnom stečajnom postupku. Čl. 214, st. 1, reč. 3. SZ dopušta zaključak prema kojem je stečajni upravitelj ovlašten podnijeti stečajni plan sve do završnoga ročišta, uključujući i to ročište.¹¹

Već je spomenuto da u stečajnom postupku u kojem je određena osobna uprava vjerovnici mogu izradu stečajnoga plana naložiti stečajnom povjereniku ili dužniku (čl. 280, st. 1. SZ). Povjeravanje zadaće izrade stečajnoga plana *stečajnom povjereniku* posredno za sobom povlači njegovu obvezu da izrađeni stečajni plan podnese stečajnom sucu. I u njemačkom pravu se pravo stečajnog povjerenika da u stečajnom postupku s osobnom upravom podnese stečajni plan, izvodi iz odredbe koja ovlašćuje skupštinu vjerovnika da povjereniku povjeri izradu stečajnog plana (par. 284, st. 1, reč. 1. InsO).¹²

Zakon, nažalost, ne određuje kako postupati ako je u istom stečajnom postupku istovremeno podneseno više stečajnih planova, npr. od strane dužnika i od strane stečajnog upravitelja. S obzirom na vrlo lošu gospodarsku situaciju u Hrvatskoj, kao i na troškove koje izrada stečajnog plana za sobom povlači, za očekivati je da te situacije u praksi neće biti česte. U svakom slučaju je jasno da ista osoba ne može istovremeno podnijeti dva stečajna plana. Već i sam zakonski tekst u čl. 214, st. 1. SZ, kad govori o pravu na podnošenje stečajnog plana, upotrebljava singular imenice stečajnog plana, a ne plural.

Zakon o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona od 18. srpnja 2003. donosi u čl. 155. a, st. 5. odredbu prema kojoj, ako vjerovnici na ročištu, koje stečajni sudac zakazuje najkasnije u roku od šest mjeseci od dana održavanja prvoga izvještajnog ročišta radi raspravljanja o provedenom stečajnom postupku i donošenju odluke o njegovu nastavljanju, ne donesu odluku "*o potrebi i mogućnostima pripreme i donošenju stečajnog plana ako je stečajni plan predložen od stečajnog dužnika, stečajnog upravitelja i skupštine vjerovnika stečajni će sudac donijeti odluku da se bez odgode pristupi prodaji imovine stečajnog dužnika kao cjeline*". Nažalost ta je odredba sasvim nejasna i nedorađena, te uopće nije jasno što je zakonodavac njome htio. U potpunom je neskladu s odredbama koje inače reguliraju pravo podnošenja stečajnog plana, te je pri prvoj narednoj izmjeni Stečajnog zakona nužna njena promjena.

¹⁰ Za odluku skupštine vjerovnika stečajni upravitelj je vezan. No, on bi mogao tražiti od stečajnog suca njezino ukidanje, ako bi smatrao da je ona u suprotnosti sa zajedničkim interesom stečajnih vjerovnika (čl. 38.f, st. 1. SZ).

¹¹ Podnošenje stečajnog plana tek na završnom ročištu u praksi bi ipak trebao biti vrlo rijedak slučaj, s obzirom na obvezu stečajnog upravitelja da štiti interese vjerovnika, a u njihovom je interesu da se plan izradi i podnese stečajnom sucu što je moguće prije.

¹² *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 87, bilj. 1; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 11.

Nakon što utvrdi da je došlo do povrede propisa o pravu na podnošenje stečajnog plana, stečajni sudac mora ocijeniti je li ta povreda neotklonjive ili otklonjive prirode. *Neotklonjiva povreda* postojala bi npr. ako su plan podnijeli vjerovnici dužnika, ili njegov privremeni stečajni upravitelj, ili organi pravne osobe stečajnog dužnika nakon otvaranja stečajnog postupka, ili treća osoba, ili ako je plan podnesen nakon završnog ročišta. U svim ovim slučajevima odmah se donosi odluka kojom se takav plan odbacuje. *Otklonjiva povreda* bila bi ako je npr. dužnika prilikom podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka s kojim je podnijet i stečajni plan zastupala osoba koja ga je inače ovlaštena zastupati, ali nije priložila dokaz o tom svom ovlaštenju, ili ako je plan dužnika pojedinca nakon otvaranja stečajnog postupka podnio punomoćnik koji nije priložio punomoć o zastupanju. U slučaju otklonjive povrede stečajni sudac će odrediti primjereni rok za njezino otklanjanje. Ako se do proteka roka povreda ne otkloni, stečajni plan će se po službenoj dužnosti odbaciti.

2. Nepoštivanje propisa o sadržaju plana

Nadalje, sud mora ispitati jesu li pri izradi plana poštovane odredbe o sadržaju plana. Odredbe koje dotiču sadržaj plana jesu čl. 213, te čl. 215.-226. SZ. Članak 213. SZ u skladu s čl. 2, st. 2. SZ izričito dozvoljava odstupanje od redovnog zakonskog modela unovčenja i raspodjele stečajne mase te primjerice navodi što se sve stečajnim planom može predvidjeti. Prema čl. 215. svaki stečajni plan nužno mora imati pripremnu i provedbenu osnovu, a u određenim slučajevima bit će nužni i određeni prilozima (čl. 225, 226. SZ).¹³

Ispitujući podobnost stečajnog plana stečajni sudac mora u skladu s čl. 216, st. 1. SZ kod *pripreme osnove* utvrditi jesu li u njoj navedene mjere koje su eventualno poduzete prije otvaranja stečajnoga postupka, odnosno mjere koje još treba poduzeti kako bi se stvorili temelji za planirano ostvarivanje prava sudionika. Osim toga, prema st. 2. istog članka pripremna osnova mora sadržavati i sve ostale podatke o osnovama i posljedicama plana koji su značajni za donošenje odluke vjerovnika o planu i za njegovu sudsku potvrdu. Iz ovih šturih zakonskih odredaba proizlazi da je funkcija pripreme osnove sudionicima stečajnog plana dati informacije o cilju stečajnog plana, informacije o tome kako će se on ostvariti te razloge za opravdanost predviđenih promjena u njihovom pravnom položaju. Opseg i složenost pripreme osnove jednog konkretnog stečajnog plana u praksi će vrlo varirati, jer će njen sadržaj između ostalog ovisiti o: vrsti stečajnog dužnika i njegovoj veličini, vrsti, opsegu i broju gospodarskih djelatnosti kojima se on bavi, složenosti pravnih odnosa u kojima se nalazi, broju njegovih vjerovnika, ekonomskih okolnosti u kojima se nalazi, a u bitnome i o konačnom cilju koji se planom želi postići.¹⁴ No, da bi pripremna osnova stečajnog plana ostvarila funkciju obrazloženja njegove provedbene osnove, čini se da bi u pripremljenoj osnovi svakog stečajnog plana trebale kao minimum biti sadržane sljedeće grupe podataka: osnovni podaci o pravnom statusu stečajnog dužnika; podaci o svim pravnim odnosima u kojima se stečajni dužnik u odnosu na stečajnu masu nalazi;

¹³ Čl. 215, reč. 2. SZ pogrešno upućuje na čl. 226. i 227. SZ. Nužne priloge planu reguliraju čl. 225. i 226. SZ. Navedenu redakcijsku grešku treba ispraviti prilikom prve naredne promjene Stečajnog zakona.

¹⁴ Detaljnije o cilju koji se stečajnim planom želi ostvariti Garašić, op. cit. u bilj. 3, str. 286.-289.

podaci o gospodarstvenim, ekonomskim odnosima odnosno okolnostima u kojima se stečajni dužnik nalazi; podaci o svim već poduzetim mjerama radi ostvarenja cilja predviđenog stečajnim planom; prikaz unovčenja dužnikove imovine prema odredbama Stečajnog zakona (redovni zakonski model) i unovčenja dužnikove imovine prema konceptu stečajnog plana (alternativni model); usporedba i ocjena unovčenja i raspodjele stečajne mase, te predviđene odgovornosti stečajnog dužnika za obveze nakon zaključenja stečajnog postupka prema odredbama Stečajnog zakona s alternativnim konceptom unovčenja predviđenim u stečajnom planu.¹⁵ Ipak, treba naglasiti da nije zadaća stečajnog suca pri ocjeni podobnosti stečajnog plana ocjenjivati ispravnost predviđenih mjera za ostvarenje plana i da li pripremna osnova sadrži u potpunosti baš sve podatke koji bi bili poželjni.¹⁶ Uvjerljivost i kvalitetu predviđenog stečajnog plana ocijenit će sami vjerovnici na način da će plan prihvatiti ili odbiti ili pak zahtijevati njegovu promjenu na ročištu za raspravljanje (i glasovanje) o planu (čl. 236. SZ). Cilj ispitivanja podobnosti plana jest odbaciti onaj plan koji u svojoj pripremljenoj osnovi ima toliko malo podataka da se rasprava o njemu na ročištu i ne može smisleno voditi, odnosno u pogledu kojeg se zbog nedostatnosti podataka u njegovoj pripremljenoj osnovi očigledno ne može očekivati da bude prihvaćen od vjerovnika. Naime, kako zbog uštede vremena, tako i troškova, nema smisla voditi postupak po stečajnom planu koji je unaprijed osuđen na neuspjeh.

Prema čl. 217. SZ *provedbena osnova* sadrži odredbe o tome kako će se planom izmijeniti pravni položaj dužnika i drugih sudionika u postupku. Prilikom ocjene podobnosti stečajnog plana stečajni sudac mora ispitati jesu li u provedbenoj osnovi poštovana pravila o raspoređivanju vjerovnika u skupine te jesu li predviđene promjene u pravnom položaju sudionika stečajnog plana u skladu sa zakonom, odnosno jesu li pravno dopuštene (čl. 218.-223. SZ).

Osnovno pravilo koje vrijedi za razvrstavanje vjerovnika u skupine jest da se vjerovnici s različitim pravnim položajem razvrstavaju u posebne skupine (čl. 218, st. 1, reč. 2. SZ). Drugim riječima, vjerovnici različite vrste i različitog ranga ne mogu biti u istoj skupini. Zakon zahtijeva da se razlikuje između: vjerovnika s pravom odvojenog namirenja, ako plan zadire i u njihova prava, zatim stečajnih vjerovnika koji nisu nižeg isplatnog reda, te stečajnih vjerovnika pojedinih nižih isplatnih redova, ako njihove tražbine ne prestaju prema članku 221. SZ (čl. 218, st. 1, reč. 3, toč. 1, 2, 3. SZ).

Za razlučne vjerovnike mora biti predviđena posebna skupina u stečajnom planu, samo ako plan zadire i u njihova prava. Tada je stečajni sudac dužan provjeriti je li u provedbenoj osnovi posebno navedeno u kojem se dijelu smanjuju prava tih vjerovnika, na koje se vrijeme odgađa njihovo namirenje te koje još odredbe plana prema njima djeluju (čl. 219, st. 2. SZ).

Stečajni vjerovnici koji nisu nižeg isplatnog reda moraju biti razdijeljeni u najmanje dvije skupine, budući da čl. 71. SZ predviđa dva viša isplatna reda. To znači da će u jednoj skupini biti sadašnji i raniji zaposlenici stečajnog dužnika u pogledu

¹⁵ Detaljnije o sadržaju pripremljene osnove *Garašić*, op. cit. u bilj. 3, str. 304.-307. Usporedi za njemačko pravo: *Breuer, Wolfgang*, *Insolvenzrechts-Formularbuch mit Erläuterungen*, Verlag C. H. Beck, 2. izdanje, München, 1999, str. 459.-461; *Smid/Ratunde*, op. cit. u bilj. 4, str. 79.-89, br. 274.-311.

¹⁶ Tako i *Lüter* za njemačko pravo, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 19.

tražbina koje su ostvarene prije otvaranja stečajnog postupka, a u koje spadaju: plaća za zadnja tri mjeseca prije otvaranja stečaja ili prestanka ugovora o radu do iznosa koji za određeni mjesec odgovara iznosu dvije trećine prosječne mjesečne plaće u Republici Hrvatskoj; naknada plaće za godišnji odmor na koji je zaposlenik stekao pravo u kalendarskoj godini u kojoj je otvoren stečaj ili u kojoj je prestao ugovor o radu, te u prethodnoj godini do iznosa koji za određeni mjesec odgovara iznosu dvije trećine prosječne mjesečne plaće isplaćene u Republici Hrvatskoj; naknada plaće za posljednja tri mjeseca prije otvaranja stečaja ili prestanka ugovora o radu do iznosa koji za određeni mjesec odgovara iznosu dvije trećine prosječne mjesečne plaće isplaćene u Republici Hrvatskoj; otpremnine do iznosa jedne trećine prosječne mjesečne plaće isplaćene u Republici Hrvatskoj za svaku navedenu godinu rada kod tog poslodavca; naknada štete pretrpljene zbog ozljede na radu ili profesionalne bolesti, a osim toga će u toj skupini biti i Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje, Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje, te Hrvatski zavod za zapošljavanje, i to u pogledu tražbina, koje se iz navedenih tražbina radnika po zakonu obvezatno namiruju kao doprinosi iz plaće i na plaću (*1. viši isplatni red*, čl. 71, toč. 1. SZ).¹⁷ Budući da je novim Zakonom o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca,¹⁸ u daljnjem tekstu ZOPR, predviđeno da se navedene tražbine zaposlenika djelomično isplaćuju iz Fonda za razvoj i zapošljavanje (čl. 3. ZOPR), kao vjerovnik se u navedenoj skupini za djelomično isplaćene tražbine zaposlenika može pojaviti i navedeni Fond (čl. 13. ZOPR, čl. 78.a. SZ). U drugoj skupini mogu biti svi ostali stečajni vjerovnici koji nisu nižeg isplatnog reda (*opći isplatni red*, čl. 71, toč. 2. SZ), što između ostalog uključuje i zaposlenike stečajnog dužnika za sve ostale tražbine iz njihovog radnog odnosa nastale do otvaranja stečajnog postupka koje se ne nalaze u 1. višem isplatnom redu, kao i Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje, Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje i Hrvatski zavod za zapošljavanje, u pogledu tražbina koje se iz tih preostalih tražbina zaposlenika po zakonu namiruju kao doprinosi iz plaće i na plaću.

No, ako *zaposlenici* sudjeluju kao stečajni vjerovnici s tražbinama koje nisu neznatne, tada zakon zahtijeva da se za njih formira posebna skupina. Spomenimo da prema njemačkom pravu ova skupina nije obligatorna, već samo fakultativna (par. 222, st. 3, reč. 1. InsO). Pri određivanju pojma "neznatne tražbine" čini se da bi trebalo uzeti u obzir okolnosti konkretnog stečajnog postupka. U prvom redu će se potreba formiranja posebne skupine za zaposlenike po navedenom kriteriju odnositi na njihove tražbine iz općeg isplatnog reda, ali teoretski nije isključeno ni stvaranje posebne skupine zaposlenika za njihove tražbine iz prvog višeg isplatnog reda.

¹⁷ Dio teksta čl. 71, toč. 1, koji isključuje iz 1. višeg isplatnog reda one tražbine "za koje je zakonom određeno da će se namiriti kao troškovi stečajnoga postupka ili kao ostale obveze stečajne mase" trebalo je prilikom redakcije zakonskog teksta ispustiti, jer se on odnosi upravo na tražbine o kojima je sada riječ u novom tekstu čl. 71, toč. 1. SZ. Prije Novele Stečajnog zakona iz 2003. te su se tražbine, naime, namirivale kao trošak stečajnog postupka. (Vidi čl. 86. Zakona o radu, „Narodne novine“, br. 38/95, 54/95, 65/95, 17/01, 82/01, 114/03, kojeg je čl. 58. Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona od 18. srpnja 2003, „Narodne novine“, br. 123/03, stavio izvan snage., te čl. 85, st. 1. i st. 2. i čl. 86, toč. 3. SZ). Tako i *Dika, Mihajlo*, *Novela Stečajnog zakona od 18. srpnja 2003. - opći pregled*, u: *Treća novela Stečajnog zakona*, ur. *Dika Mihajlo*, *Narodne novine*, Zagreb, 2003, str. 24, bilj. 22.

¹⁸ Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca, „Narodne novine“, br. 114/03.

Za *stečajne vjerovnike nižih isplatnih redova* (čl. 72. SZ)¹⁹ zakon zahtijeva posebne skupine samo ako se planom ne predviđa da će prihvatom plana one prestati (argumentum a contrario čl. 221, st. 1. SZ). No, budući da se planom ne može isključiti niti ograničiti odgovornost dužnika nakon okončanja stečajnog postupka za novčane kazne i za s njima izjednačene obveze (čl. 221, st. 3. SZ),²⁰ ukoliko postoje vjerovnici tih vrsta tražbina, morala bi se za njih formirati posebna skupina.

Neovisno o tome je li riječ o stečajnim vjerovnicima koji nisu nižeg isplatnog reda ili o onima koji to jesu, zakon zahtijeva da se u provedbenoj osnovi za svaku od njihovih formiranih skupina navede *u kojem se dijelu njihove tražbine smanjuju, na koje vrijeme se odgađa njihovo namirenje, kako se osiguravaju, te koje druge odredbe plana djeluju prema njima* (čl. 220, čl. 221, st. 2. SZ). Prilikom ocjene podobnosti stečajnog plana, stečajni sudac će morati provjeriti sadrži li provedbena osnova navedene odredbe, jer je to potrebno zbog preciziranja promjena u pravnom položaju vjerovnika.

Budući da vjerovnici iste vrste i istog ranga mogu imati različite gospodarske interese, a kako bi stečajni plan mogao u što je većoj mjeri izraziti te različite interese i na taj način mogao biti u što je većoj mjeri moguće prihvatljiv većini vjerovnika, zakon dozvoljava da se vjerovnici istoga pravnoga položaja u konkretnom stečajnom planu razvrstaju u različite skupine upravo prema istovrsnosti gospodarskih interesa (čl. 218, st. 2, reč. 1. SZ). Takvo razvrstavanje mora se temeljiti na valjanim razlozima, a u planu se tada *moraju navesti kriteriji za razvrstavanje* (čl. 218, st. 2, reč. 2. i 3. SZ). Razlog zbog kojeg zakon traži navođenje tih kriterija u provedbenoj osnovi jest taj što želi da stečajni sudac prilikom ocjene podobnosti stečajnog plana u kojem postoje navedene *fakultativne skupine vjerovnika* provjeri da li je razvrstavanje vjerovnika doista uslijedilo na temelju valjanih razloga. Svrha je spriječiti zloupotrebu.²¹ Naime, prava vjerovnika ovise o skupinama u koje su razvrstani, a kako se za stečajni plan glasuje odvojeno po skupinama (čl. 239. SZ), prihvrat plana doista značajno zavisi od toga kako su formirane skupine.

¹⁹ Prema čl. 72, st. 1. SZ nakon tražbina viših isplatnih redova, kao tražbine nižih isplatnih redova namiruju se prema navedenom redosljedu: 1. kamate na tražbine stečajnih vjerovnika od otvaranja stečajnoga postupka, 2. troškovi koji za pojedine vjerovnike nastanu njihovim sudjelovanjem u postupku, 3. novčane kazne za kazneno ili prekršajno djelo kao i takve sporedne posljedice kaznenoga ili prekršajnoga djela kojima se nameće obveza plaćanja novca, 4. tražbine za besplatnu činidbu dužnika, 5. tražbine za povrat zajma kojim se nadomješta kapital nekoga člana društva ili odgovarajuće tražbine. Tražbine iz stavka 1, čl. 72. koje spadaju u isti isplatni red namiruju se razmjerno (čl. 72, st. 2. SZ). Tražbine za koje je između vjerovnika i dužnika ugovoreno da će u stečajnom postupku biti nižega isplatnoga reda, u slučaju dvojbe, namirivat će se nakon tražbina iz stavka 1, čl. 72. (čl. 72, st. 3. SZ). Kamate na tražbine stečajnih vjerovnika nižih isplatnih redova i troškovi koji za te vjerovnike nastanu njihovim sudjelovanjem u postupku, istoga su reda kao i tražbine tih vjerovnika (čl. 72, st. 4. SZ).

²⁰ Čl. 221, st. 3. SZ treba u upravo navedenom značenju redakcijski popraviti. Zapravo treba uzeti da zakonodavac ovdje misli na novčane kazne za kazneno ili prekršajno djelo kao i takve sporedne posljedice kaznenoga ili prekršajnoga djela kojima se nameće obveza plaćanja novca (čl. 72, st. 1, toč. 3. SZ).

²¹ Usp. *Barbić*, op. cit. u bilj. 7, str. 20. Isto tako za njemačko pravo *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 122; *Hess/Weiss*, op. cit. u bilj. 2, str. 2356; *Smid Stefan*, Sanierungsverfahren nach neuem Insolvenzrecht, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM, Wertpapier-Mitteilungen), 1998, br. 51.-53, str. 2496; *Maus, Karl-Heinz*, Der Insolvenzplan, u: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Verlag für Rechts- und Anwaltspraxis, Herne/Berlin, 1999, str. 948, br. 65; *Jaffé*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 9.-16.; *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 4; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, op. cit. u bilj. 9, str. 997, br. 55.

Kao fakultativnu skupinu zakon predviđa i *vjerovnike s malim tražbinama*. I kod određivanja pojma "mala tražbina" trebalo bi uzeti u obzir okolnosti konkretnog slučaja, jer taj pojam neće imati isto značenje u smislu svoje novčane visine u stečaju jedne veće poslovne banke i u stečaju jednog obrtnika s obzirom na različitu kategoriju pretežitog broja vjerovnika u dva navedena stečajna postupka.²² U svakom slučaju stečajnom sucu ostaje zadaća da ispita je li u konkretnom slučaju, u kojem stečajni plan predviđa tu fakultativnu skupinu, taj kriterij korektno primijenjen. Nije isključeno da vjerovnici s malim tražbinama budu podijeljeni u daljnje skupine prema visini njihovih tražbina ili pak prema istovrsnosti njihovih gospodarskih interesa.

Budući da zakon zahtijeva da se *svim sudionicima pojedine skupine stečajnim planom osiguraju ista prava* (čl. 222, st. 1. SZ), stečajni sudac mora provjeriti je li to u konkretnom stečajnom planu zaista tako. Različito postupanje prema sudionicima iste skupine dopušteno je samo uz suglasnost svih sudionika koji su time pogođeni, no u tom slučaju stečajnom planu moraju biti priložene izjave o suglasnosti dotičnih sudionika (čl. 222, st. 2, reč. 1. i 2. SZ). Stečajni sudac tada mora ispitati da li su planu doista priložene *izjave o suglasnosti svih sudionika koji su pogođeni nejednakim postupanjem*.

Zakon o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona od 14. prosinca 2000. uveo je pravilo prema kojem se vjerovnici neće razvrstavati u posebne skupine ako bi prema stečajnom planu njegovi učinci bili jednaki prema svim stečajnim vjerovnicima (čl. 218, st. 4. SZ). No, treba reći da će situacije u kojima će se moći predvidjeti da stečajni plan ima jednake učinke prema svim stečajnim vjerovnicima, u praksi biti vrlo rijetke, zbog pravila o potrebi poštivanja zakonskog redoslijeda namirenja vezano ujedno za primjenu pravila o zabrani opstrukcije (čl. 241. SZ).

Osim dužnosti provjere jesu li vjerovnici sukladno odredbama zakona svrstani u pojedine skupine, zadatak je stečajnog suca i da provjeri ne predviđa li provedbena osnova sadržaje koji ne mogu biti njezin sadržaj. Tako npr. provedbenom osnovom stečajnog plana ne može se mijenjati pravni položaj *izlučnih vjerovnika* i *vjerovnika stečajne mase*, jer se oni ne smatraju sudionicima stečajnog plana. To naravno ne znači da ti vjerovnici ne bi mogli izvan stečajnog plana preuzeti određene obveze prema sudionicima stečajnog plana za slučaj da plan bude prihvaćen i odobren.²³ No, pravna osnova za reguliranje njihovih prava i dužnosti tada je sklopljeni pravni posao izvan stečajnog plana, a ne sama provedbena osnova plana. Drugačije je u slučaju samog stečajnog dužnika. Njegov pravni položaj može se mijenjati stečajnim planom, a ako stečajnim planom nije drukčije određeno, postoji zakonska presumpcija da se dužnik namirenjem stečajnih vjerovnika u skladu s provedbenom osnovom oslobađa svojih preostalih obveza prema tim vjerovnicima (čl. 223, st. 1. SZ). To se pravilo na odgovarajući način primjenjuje na osobnu odgovornost članova društva, ako je dužnik javno trgovačko društvo, komanditno društvo ili gospodarsko interesno udruženje (čl. 223, st. 2. SZ). Za razliku od njemačkog prava, prema našem Stečajnom zakonu moguće je provedbenom osnovom stečajnog plana mijenjati i pravni položaj dioničara, nositelja

²² Tako i *Lüter* za njemačko pravo, op. cit. u bilj. 4, par. 223, br. 33.

²³ Detaljnije o tome *Garašić*, op. cit. u bilj. 3, str. 294.-295.

udjela te nositelja drugih osnivačkih prava pravnih osoba (argumentum a contrario temeljem čl. 243, st. 3. SZ).²⁴ Je li to zakonsko rješenje dobro, drugo je pitanje.

U svakom slučaju stečajni sudac mora za sve sudionike stečajnog plana ispitati jesu li promjene u njihovom pravnom položaju, koje stečajni plan predviđa, u skladu sa zakonom odnosno pravom, jer se protuzakornost, protupravnost, čak i ako bi je vjerovnici prihvatili, po prirodi stvari ne može tolerirati. Pravne promjene moraju biti jasno određene, budući da rješenje o potvrdi stečajnog plana sadrži provedbenu osnovu plana (čl. 244, st. 3. SZ) te postaje po svojoj pravomoćnosti ovršna isprava (čl. 253. SZ).

Ako se prema stečajnom planu trebaju zasnivati, mijenjati, prenositi ili ukidati prava na stvarima i pravima dužnika potrebne se izjave volje sudionika mogu, prema izričitoj odredbi zakona, unijeti u provedbenu osnovu (čl. 224, reč. 1. SZ). Izjave koje treba upisati u zemljišne knjige ili koje druge odgovarajuće upisnike moraju se dati u skladu sa zemljišnoknjižnim odnosno drugim odgovarajućim upisnim propisima (čl. 224, reč. 2. SZ). Ako su u konkretnom slučaju takve izjave doista unesene u stečajni plan, stečajni sudac će morati provjeriti jesu li one sadržajno u skladu s propisima koji ih reguliraju odnosno jesu li dovoljno određene u pogledu predmeta (stvari ili prava) na koje se odnose.²⁵

Ako se u sanacijskom planu ili planu tzv. prijenosne sanacije predvidi da će se njegovo ispunjenje nadzirati, te da će za valjanost određenih pravnih poslova dužnika ili društva preuzimatelja tijekom trajanja nadzora biti potrebna prethodna suglasnost stečajnog upravitelja (čl. 259, reč. 1. SZ), tada stečajni sudac mora ispitati jesu li *pravni poslovi za koje se predviđa prethodna suglasnost stečajnoga upravitelja u provedbenoj osnovi dovoljno jasno određeni*. Ako se stečajnim planom predvidi da će vjerovnici biti u isplatnom redu iza vjerovnika s tražbinama po osnovi kredita ili zajmova koje će dužnik ili društvo-preuzimatelj preuzeti tijekom trajanja nadzora ili koje je vjerovnik stečajne mase ostavio na snazi i tijekom trajanja nadzora (čl. 260, st. 1, reč. 1. SZ), tada stečajni sudac mora ispitati je li u *planu utvrđen ukupni iznos za kredite te vrste (kreditni okvir), koji kao takav ne smije prelaziti vrijednost predmeta imovine navedenih u pregledu imovine* (vidi čl. 260, st. 1, reč. 2. i 3. SZ).²⁶

Za neke slučajeve zakon zahtijeva da planu budu priložene točno određene isprave (čl. 215. u vezi s čl. 225. i 226. SZ). Tako ako se predviđa da će se vjerovnici namiriti iz prihoda poduzeća koje će nastaviti voditi dužnik ili treća osoba, uz stečajni

²⁴ Za njemačko pravo v. Lüer, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 20.

²⁵ Uspoređi za njemačko pravo: Haarmeyer/Wutzke/Förster, op. cit. u bilj. 9, str. 990, br. 38; Otte, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 11.

²⁶ Za razliku od njemačkog Insolvenzordnung-a koji određuje da se odredba o nadzoru nad ispunjenjem stečajnog plana odnosno odredba o potrebnoj prethodnoj suglasnosti stečajnog upravitelja za određene pravne poslove stečajnog dužnika ili društva preuzimatelja poduzete tijekom trajanja nadzora, te odredba o privilegiranju davaoca kredita, koji se nalaze u određenom kreditnom okviru, mogu predvidjeti u provedbenoj osnovi stečajnog plana (čar. 260, st. 1; par. 263 i par. 264, st. 1. InsO), naš zakonodavac određuje da se te odredbe mogu predvidjeti u rješenju o potvrdi stečajnog plana (čl. 256 st. 1; čl. 259; čl. 260, st. 1. SZ). Ipak, treba uzeti i za naše pravo da te odredbe moraju biti sadržane u provedbenoj osnovi podnesenog stečajnog plana, jer se vjerovnici o njima kao sastavnom dijelu stečajnog plana moraju moći izjasniti. Stečajni sudac ne bi mogao samoinicijativno unijeti te odredbe u rješenje o potvrdi stečajnog plana, bez da su ih vjerovnici prihvatom stečajnog plana izglasali.

plan treba priložiti i *pregled imovine*, u kojem će se, uz navođenje njihove vrijednosti, popisati dijelovi imovine i obveze koje bi trebalo ispuniti ako plan stupi na snagu (čl. 225, reč. 1. SZ). Uz to potrebno je prikazati i koji se rashodi i prihodi mogu očekivati u vremenskom razdoblju tijekom kojega bi vjerovnike trebalo namiriti (tzv. *plan rezultata*), i kojim se redosljedom prihoda i izdataka jamči sposobnost nositelja poduzeća za plaćanje tijekom toga vremenskoga razdoblja (tzv. *financijski plan*) (čl. 225, reč. 2. SZ). Nadalje, ako je stečajnim planom predviđeno da dužnik pojedinac nastavlja voditi poduzeće, odnosno obrt, planu treba priložiti *izjavu dužnika da je spreman nastaviti s vođenjem poduzeća, odnosno obrta na osnovi plana* (čl. 226, st. 1, reč. 1. SZ). Ako je dužnik javno trgovačko društvo ili komanditno društvo, planu treba priložiti *odgovarajuću izjavu osobno odgovornih članova društva* (čl. 226, st. 1, reč. 2. SZ). Ipak, izjava dužnika neće biti potrebna, ako je plan podnio sam dužnik (čl. 226, st. 1, reč. 3. SZ). Ako je planom predviđeno da neki vjerovnici dobiju udjele u dužniku pravnoj osobi ili da postanu njeni članovi ili da steknu određena prava u djelatnosti dužnika pojedinca, planu treba priložiti *izjavu o suglasnosti svakoga od tih vjerovnika* (čl. 226, st. 2. SZ). Ako je treća osoba preuzela obveze prema vjerovnicima za slučaj da plan bude odobren, planu treba priložiti i *izjavu te treće osobe* (čl. 226, st. 3. SZ). Ako su stečajnim planom predviđene položajne promjene dužnika (pripajanje, spajanje i sl.), planu treba priložiti i *izjave pravnih osoba koje će sudjelovati u položajnim promjenama* (čl. 226, st. 4. SZ). Riječi “treba priložiti” iz navedenih odredaba zakona potrebno je tumačiti u smislu da te isprave “moraju biti priložene” stečajnom planu. Naime, nedostatak spomenutih isprava u navedenim slučajevima činio bi plan nepodobnim. Stoga stečajni sudac u tim slučajevima nužno mora provjeriti jesu li one priložene planu. Spomenimo i situaciju navedenu u čl. 245, st. 1. SZ. Prema toj odredbi stečajnim planom može se predvidjeti da se *prije potvrde moraju izvršiti određene činidbe ili ostvariti druge mjere*, u kom slučaju će se plan smjeti potvrditi samo ako su te pretpostavke ispunjene. Tu može biti riječ o činidbama stečajnog dužnika, vjerovnika ili trećih, obvezi povećanja kapitala, otpuštanja radne snage, promjena u upravi stečajnog dužnika, odobrenju sanacijskih kredita, davanju osiguranja, itd.²⁷ Te mjere treba navesti već u pripreмноj osnovi, jer će od njihovog provođenja zavisiti faktična mogućnost ostvarenja u provedbenoj osnovi predviđenih promjena u pravnom položaju sudionika stečajnog plana. Sam uvjet da se prije potvrde moraju izvršiti odnosno ostvariti određene mjere treba navesti u provedbenoj osnovi, jer se time pravno uvjetuje donošenje rješenja o potvrdi stečajnog plana, koje će po svojoj pravomoćnosti dovesti do pravne promjene pravnog položaja sudionika stečajnog plana. *Izjave onih koji preuzimaju provođenje mjera* trebale bi se priložiti stečajnom planu već prilikom iniciranja postupka po stečajnom planu, dakle već prilikom podnošenja stečajnog plana stečajnom sucu. No, potrebne odluke odnosno isprave iz kojih proizlazi da su mjere provedene kao dokaze bit će nužno podnijeti stečajnom sucu tek kad se nakon prihvata plana od strane vjerovnika postavi pitanje njegove potvrde od strane stečajnog suca.

²⁷ Usp. Warrikoff, Aleksander, Gestaltungsmöglichkeiten im Insolvenzplan, KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht, 1997, br. 4, str. 539.

Jasno je da stečajnom planu mogu biti priloženi i svi drugi dokumenti za koje podnositelj smatra da bi bili od interesa za sudionike plana i njihovo odlučivanje o planu, no njihovo neprilaganje neće stečajni plan učiniti nepodobnim.

I kod utvrđenja povrede propisa o sadržaju plana stečajni sudac mora utvrditi je li povreda neotklonjiva ili otklonjiva. Osnovni kriterij za to razlikovanje trebao bi biti da li je potrebna suštinska promjena plana da bi se po njemu moglo dalje postupati ili je riječ o manjim nedostacima koji se u određenom kraćem vremenu mogu otkloniti i tako učiniti plan pogodnim za raspravljanje i glasanje o njemu. *Neotklonjiva bi povreda* bila primjerice: ako uopće nije izrađen neki od nužnih dijelova stečajnog plana; u pripremnoj osnovi nedostaju osnovni podaci kojima bi se obrazložile predviđene promjene u pravnom položaju sudionika stečajnog plana; pravne promjene u provedbenoj osnovi nerazrađene su odnosno neodređene; zakonska pravila o razmještanju u pojedine skupine nisu uopće poštivana ili su neki sudionici plana protuzakonito izostavljeni; u sanacijskom planu odnosno planu tzv. prijenosne sanacije uopće nije izrađen plan rezultata ili financijski plan iz čl. 225. SZ i sl. *Otklonjiva povreda* bila bi primjerice: vjerovnici su raspoređeni u skupine koje zakon predviđa, ali je propušteno u planu izričito navesti kriterije za njihovo razvrstavanje; zbog greške u pisanju kod jedne skupine vjerovnika nije naveden iznos u kojem će se prema planu namiriti (ispušten je redak u pisanju); nisu priložene izjave svih sudionika o suglasnosti da se unutar određene skupine vjerovnika odstupi od načela jednakog postupanja prema svim sudionicima te skupine (čl. 222.); neka od izjava koja se tiče stvarnopravnih odnosa iz čl. 224. SZ nije dovoljno određena u odnosu na predmet raspolaganja; nedostaju neke od izjava predviđene u čl. 226. SZ koje se nužno moraju priložiti planu, i sl. Odbačaj stečajnog plana u kojem su povrijeđeni propisi o sadržaju uslijedit će odmah ako je riječ o neotklonjivoj povredi, odnosno ako je riječ o otklonjivoj povredi, po proteku roka kojeg je stečajni sudac odredio za njezino otklanjanje, ako u tom roku ona nije otklonjena.

3. Povreda pravila o savjetodavnom sudjelovanju određenih osoba odnosno tijela u izradi stečajnog plana

Stečajni zakon predviđa da sa stečajnim upraviteljem u izradi plana savjetodavno surađuju odbor vjerovnika, ako je osnovan, i dužnik pojedinac (čl. 214, st. 2, reč. 2. SZ). Ako su u stečajnom postupku s osobnom upravom vjerovnici izdali stečajnom dužniku nalog da izradi stečajni plan, stečajni povjerenik savjetodavno sudjeluje u njegovoj izradi (čl. 280, st. 1, reč. 1. i 2. SZ). Postavlja se pitanje, da li u slučaju kada u izradi podnesenog stečajnog plana nisu sudjelovale osobe čije savjetodavno sudjelovanje zakonodavac predviđa, to predstavlja razlog za odbačaj stečajnog plana.

Treba naglasiti da zakonski tekst ne spominje nepoštivanje propisa o načinu izrade stečajnog plana kao razlog za odbačaj, već u čl. 227, st. 1, br. 1. SZ, koji se odgovarajuće primjenjuje i na stečajni postupak s osobnom upravom (čl. 266, st. 1, reč. 2. SZ), govori samo o nepoštivanju "*propisa o pravu na podnošenje i sadržaju plana*". Nema razloga za ekstenzivno tumačenje zakona, to tim više što stečajni sudac mora zatražiti od tih istih subjekata, koji bi savjetodavno imali sudjelovati u izradi stečajnog plana, ako ocijeni da stečajni plan nije nepodoban iz drugih razloga, da se o njemu izjasne u roku od trideset dana (čl. 228, st. 1. SZ). Osim toga, o kvaliteti

izrađenog stečajnog plana ionako će vjerovnici raspravljati na ročištu za raspravljanje i glasovanje o planu (čl. 231, st. 1, reč. 1. SZ). Pri tome treba istaknuti i pravilo prema kojem podnositelj plana ima pravo, na osnovi rasprave o planu na ročištu, sadržajno izmijeniti pojedine odredbe stečajnoga plana (čl. 236, reč. 1. SZ). A konačni sud o planu donose ionako vjerovnici putem glasovanja o njemu. Mala je vjerojatnost da podnositelj stečajnog plana neće u njegovu izradu uključiti osobe čije savjetodavno sudjelovanje zakon zahtijeva, jer će mu inače biti vrlo teško izraditi stečajni plan koji će biti prihvatljiv za sve sudionike.

Na temelju navedenog trebalo bi zaključiti da u onim rijetkim slučajevima, u kojima u izradu plana nisu bile uključene osobe čije savjetodavno sudjelovanje zakon zahtijeva, to ipak ne bi trebalo smatrati povredom zakona koja plan čini nepodobnim i koja za sobom povlači odbačaj stečajnog plana. Spomenimo da se prema vladajućem mišljenju u njemačkoj teoriji također smatra da nesudjelovanje u izradi plana onih subjekata čije savjetodavno sudjelovanje zakon zahtijeva (par. 218, st. 3. i par. 284, st. 1, reč. 2. InsO), nije razlog za odbačaj stečajnog plana.²⁸

B. Postojanje očite neizglednosti da plan bude prihvaćen od strane vjerovnika odnosno potvrđen od strane suda

Prema čl. 227, st. 1, toč. 2. SZ stečajni će sudac stečajni plan odbaciti po službenoj dužnosti ako očito nema izgleda da plan koji je dužnik podnio vjerovnici prihvate ili sud potvrdi.

Očita neizglednost da se plan prihvati od strane vjerovnika postojala bi npr. u situaciji u kojoj je stečajni dužnik podnio plan koji bi mu trebao omogućiti nastavak poslovanja, a skupština vjerovnika se već velikom većinom glasova izjasnila protiv nastavka poslovanja kojeg bi vodio dužnik.²⁹ Naravno, pretpostavka je da se u međuvremenu nisu promijenile bitne okolnosti slučaja, jer je moguće da se na temelju novih događaja, npr. izražene spremnosti neke jake banke ili države da podupre stečajni plan, promijeni i stajalište vjerovnika u pogledu njihove spremnosti da pokušaju sa stečajnim planom. Svoju odluku o daljnjem tijeku poslovanja stečajnoga postupka vjerovnici mogu tijekom postupka na kasnijim ročištima mijenjati (čl. 156, st. 1. SZ). Očita neizglednost da se plan prihvati postojala bi i u situaciji kada dužnik plan zasniva na licenci koja je za poduzeće nužna, a davatelj licence nije ju više spreman dati,³⁰ ili kada dužnik u pripremljenoj osnovi predviđa mjere ili činidbe kao uvjet ostvarljivosti plana, a za koje je bezizgledno da će se moći poduzeti, tj. s kojima

²⁸ Tako: *Smid*, op. cit. u bilj. 21, str. 2493.-2494; *Smid/Rattunde*, op. cit. u bilj. 4, str. 39.-38, br. 121.-123; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, op. cit. u bilj. 9, str. 987.-989, br. 29.-33; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 11. i 15. *Otte*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 7. smatra da bi navedena zakonska povreda u pojedinačnom slučaju putem naknadnog odobrenja subjekata, čije savjetodavno sudjelovanje u izradi plana zakon zahtijeva, bila izlječiva. *Warrickoff*, op. cit. u bilj. 27, str. 548, samo navodi da se savjetodavno sudjelovanje tih osoba mora u stečajnom planu dokumentirati, a ne izražava se o tome, što u slučaju ako te osobe nisu sudjelovale u izradi plana.

²⁹ *Barbić*, op. cit. u bilj. 7, str. 25; *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 131; *Warrickoff*, op. cit. u bilj. 27, str. 548; *Jaffé*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 27; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, op. cit. u bilj. 9, str. 1027, br. 58; *Otte*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 16; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 31.

³⁰ *Usp. Jaffé*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, 29-30.

se razumno ne može računati,³¹ ili kada dužnik plan bazira na predmetima stečajne mase, koji su u međuvremenu već unovčeni, odnosno općenito, kad podneseni plan nema činjeničnu podlogu potrebnu za njegovu prihvatljivost.³²

Očita neizglednost da se plan potvrdi postojat će u situaciji kada je već prilikom podnošenja plana jasno da je formiranje vjerovnika u skupine uslijedilo na način da se prethodna suglasnost vjerovnika (u okviru pregovora za izradu stečajnog plana) postigla na nedopušten način, osobito stavljanjem u povoljniji položaj jednog ili više vjerovnika (čl. 246, toč. 2. SZ), kao npr. prikrivenom kupovinom glasa, skrivanjem imovine, priznanjem izmišljenih tražbina. Drugi razlozi zbog kojih stečajni sud po službenoj dužnosti uskraćuje potvrdu stečajnog plana, a koji su navedeni u čl. 246, toč. 2. SZ, i koji već u trenutku podnošenja stečajnog plana mogu postojati, jesu oni koji se odnose na povrede propisa o sadržaju, obradi i prilogima stečajnog plana. No ti razlozi nisu predmet ispitivanja podobnosti plana u okviru čl. 227, st. 1, toč. 2. SZ, već u okviru čl. 227, st. 1, toč. 1. SZ.³³

Neizglednost prihvata plana od strane vjerovnika odnosno potvrde plana od strane stečajnog suca mora prema zakonskom tekstu biti "očita". Drugim riječima neizglednost mora biti jasna, zapravo izvjesna. U njemačkoj teoriji govori se da ta neizglednost mora biti jednoznačna ("eindeutig").³⁴ Riječ "očito" u čl. 227, st. 1, toč. 2. SZ u bitnome je olakšala rad stečajnom sucu. On, naime, nije dužan angažirati vještake ili na drugi način precizno utvrditi eventualnu moguću neizglednost prihvata plana od strane vjerovnika odnosno potvrde plana od strane stečajnog suda. Očita neizglednost mora proizlaziti već iz samog plana i njegovih priloga odnosno sučevih saznanja iz dosadašnjeg toka stečajnog postupka.³⁵ I većina njemačkih autora pri tumačenju par. 231, st. 1, toč. 2. InsO, koji sadržajno potpuno odgovara našem čl. 227, st. 1, toč. 2, smatra da stečajni sud nije dužan pri ispitivanju navedene pretpostavke podobnosti stečajnog plana angažirati vještake i provoditi daljnja istraživanja.³⁶ Takvim zakonskim rješenjem (kako u njemačkom, tako i u hrvatskom pravu) uštedeni su troškovi stečajnog postupka, kao i dragocjeno vrijeme potrebno za odlučivanje o podobnosti plana. U svim onim slučajevima u kojima stečajni sudac ne bi bio siguran ima li plan izgleda da bude prihvaćen, on ne bi smio plan odbaciti, već

³¹ Usp. *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 131; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, op. cit. u bilj. 9, str. 1027, br. 58.

³² Usp. *Jaffé*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 29.

³³ U tom pravcu i *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 32. za njemačko pravo.

³⁴ *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 131; *Warrickoff*, op. cit. u bilj. 27, str. 548; *Jaffé*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 32; *Maus*, op. cit. u bilj. 21, str. 952, br. 77; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 31. Protiv tog označenja *Smid*, op. cit. u bilj. 21, str. 2493.

³⁵ U tom pravcu i *Eraković, Andrija*, Stečajni zakon s komentarom i primjerima, RRIF, Zagreb, 1997, str. 150, koji kaže, da se radi donošenja odluke o tome hoće li se plan odbaciti ne provodi dokazni postupak. Drugačije *Buljan Vesna*, Neka pitanja u svezi s provedbom stečajnog plana, u: Ovrha i stečaj - aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse 2003. godina, Inženjerski biro, Zagreb, 2003, str. 164, koja smatra da je za očekivati da će suci radi donošenja pravilne odluke angažirati i vještake ili revizore.

³⁶ *Maus*, op. cit. u bilj. 21, str. 952, br. 77; *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 7, 11; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, op. cit. u bilj. 9, str. 1026, br. 57; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 5, 31. Nešto drugačije *Otte*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 14. i 15.

bi u skladu s načelom vjerovničke autonomije morao dozvoliti daljnje postupanje po planu i konačnu odluku o planu prepustiti vjerovnicima, koji će o njemu raspravljati i odlučiti hoće li ga prihvatiti ili ne.³⁷ Ako postoji samo sumnja da je pristanak pojedinih vjerovnika na plan u okviru pregovora za izradu plana postignut na nedopušten način, ali ne i očitost o tome, koja bi proizlazila iz samog stečajnog plana i njegovih priloga, te saznanja do kojih je stečajni sudac došao u dosadašnjem toku stečajnog postupka, on također ne bi smio odbaciti plan. Morao bi dozvoliti daljnje postupanje po planu, a zatim u slučaju prihvata plana od strane vjerovnika, u okviru donošenja odluke o potvrdi stečajnog plana utvrditi na stupnju izvjesnosti da li je doista bilo nedopuštenog postupanja. Za slučaj da ga je bilo, morao bi uskratiti potvrdu stečajnog plana, pod uvjetom da je ono dovelo do prihvata plana (čl. 246, toč. 2. SZ).

Postojanje očite neizglednosti da plan prihvate vjerovnici odnosno da bude potvrđen od stečajnog suca ispituje se kao pretpostavka za odbačaj stečajnog plana samo ako je plan podnio dužnik. Stečajni upravitelj smatra se, naime, neutralnom osobom, čiji vlastiti interesi nisu u pitanju, a koja osim toga ima, ili bi trebala imati, dovoljno stručnog znanja da izradi takav plan, koji nije već na prvi pogled neprihvatljiv odnosno nepodoban za potvrdu.³⁸ Opasnost da stečajni upravitelj izradi bezizgledan plan hrvatski je zakonodavac, jednako kao i njemački, smatrao zanemarivom, a ujedno je takvim rješenjem stečajnom sucu bitno olakšao rad pri ispitivanju podobnosti stečajnog plana kojeg je podnio stečajni upravitelj.³⁹ Stečajni plan koji je u skladu s čl. 280, st. 1, reč. 1. SZ podnio stečajni povjerenik u stečajnom postupku s osobnom upravom, pravno se treba tretirati kao plan koji je podnio stečajni upravitelj (vidi čl. 266, st. 1, reč. 2. SZ), što drugim riječima znači da se ni plan stečajnog povjerenika ne treba preispitivati s obzirom na izglednost prihvata od strane vjerovnika ili potvrde od strane stečajnog suca.⁴⁰

U pogledu dužnikovog plana koji očito nema izgleda da bude prihvaćen od vjerovnika ili da ga sud potvrdi, zakon nije predvidio mogućnost da stečajni sudac dodijeli primjereni rok u svrhu otklanjanja njegovih nedostataka, kao što je to moguće u slučaju čl. 227, st. 1, toč. 1. SZ. Takav plan odmah se odbacuje, čim se utvrdi navedeni nedostatak.

C. Postojanje očite neostvarljivosti (neispunljivosti) plana

Po službenoj dužnosti stečajni sudac mora odbaciti i plan kojeg je podnio dužnik ako se prava koja bi sudionici trebali steći prema provedbenoj osnovi tog plana očito ne mogu ostvariti (čl. 227, st. 1, reč. 3. SZ).

Poznata je činjenica da dužnik kada se nađe u teškoj gospodarskoj situaciji, često gubi osjećaj za realnu procjenu svojih materijalnih mogućnosti. Kako bi se poštedjelo

³⁷ U tom pravcu i *Barbić*, op. cit. u bilj. 7, str. 23. Za njemačko pravo: *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 131; *Jaffé*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 26, 32; *Maus*, op. cit. u bilj. 21, str. 952, br. 77.

³⁸ Tako i njemačka teorija za njemačko pravo: *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 131; *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 6; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, op. cit. u bilj. 9, str. 1026, br. 57; *Otte*, op. cit. u bilj. , par. 231, br. 13.

³⁹ Usp. *Buljan*, op. cit. u bilj. 35, str. 164, koja smatra da bi stečajnom sudu trebalo omogućiti da i stečajni plan kojeg podnosi stečajni upravitelj u okviru pretpostavke sadržane u čl. 227, st. 1, toč. 2. odbaci.

⁴⁰ Tako i *Otte*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 13. za njemačko pravo.

vjerovnike da raspravljaju i glasuju o planu koji je očito neispunljiv, i kako bi se na taj način istovremeno uštedjelo vrijeme i troškovi postupka koji bi time nastali, zakon ovlašćuje i obvezuje stečajnog suca da takav plan odbaci.

Ovdje se radi o situacijama, kada dužnik obećava vjerovnicima činidbe koje se, polazeći od objektivnog prosuđivanja imovinskog položaja dužnika i drugih okolnosti konkretnog slučaja, očito ne mogu ispuniti ili pak lišavaju dužnika egzistencijalnog minimuma.⁴¹ Dok je u slučaju čl. 227, st. 1, toč. 2. SZ fokus na očiglednoj neprihvatljivosti plana od strane vjerovnika i očiglednoj nepotvrđljivosti plana od strane stečajnog suca, u slučaju čl. 227, st. 1, toč. 3. SZ fokus je na očiglednoj neostvarljivosti odnosno neispunjivosti prava koja se obećavaju provedbenom osnovom stečajnog plana. Ne ispituje se hoće li plan uspjeti, nego je li očito da se prava koja se njime predviđaju neće moći ostvariti.⁴² Tako će npr. prava predviđena u likvidacijskom planu biti očito neispunjiva ako stečajna masa o kojoj se govori u pripremnoj osnovi plana, i koja se kao takva predviđa za raspodjelu, ne dostaje da se vjerovnici namire u kvoti koja se obećava u provedbenoj osnovi tog plana.⁴³ Prava sudionika predviđena u sanacijskom planu ili planu tzv. prijenosne sanacije bit će očito neispunjiva ako se predviđeni budući prihodi saniranog poduzeća iz kojeg se sudionici stečajnog plana trebaju namiriti očito ne mogu gospodarski ostvariti.⁴⁴

Pri tome riječ "očito" u čl. 227, st. 1, toč. 3. SZ ima istu funkciju kao i u čl. 227, st. 1, toč. 2. SZ. Očita neispunjivost prava sudionika plana mora proizlaziti već iz samog plana, osobito pripreme osnove u kojoj se inače obrazlaže kako će se ostvariti promjena u pravnom položaju sudionika predviđena provedbenom osnovom, ili iz priloga stečajnom planu, ili iz izvještaja eventualno postavljenog privremenog stečajnog upravitelja o izgledima nastavka poslovanja dužnika (čl. 45, st. 2. SZ), ili pak zaključak o njoj počiva na drugim saznanjima do kojih je stečajni sudac došao u samom dosadašnjem toku stečajnog postupka. Za sanacijske planove i planove tzv. prijenosne sanacije od osobite će važnosti biti pregled imovine, plan rezultata i financijski plan iz čl. 225. SZ. Budući da je riječ o "očitoj" neispunjivosti, treba izvesti zaključak da stečajni sudac, jednako kao i u slučaju čl. 227, st. 1, toč. 2. SZ, nije dužan angažirati vještake kako bi tu neispunjivost prava sudionika stečajnog plana pri ocjeni podobnosti tog plana utvrdio.⁴⁵ Kako je pri ovoj pretpostavci za odbačaj stečajnog plana riječ o gospodarskoj ocjeni, stečajni sudac bi morao pri odlučivanju o odbačaju biti možda čak i suzdržaniji no u slučaju iz čl. 227, st. 1, toč. 2. SZ, te doista i pri najmanjoj nesigurnosti o postojanju očite neispunjivosti planom predviđenih prava sudionika odluku o planu ipak prepustiti samim vjerovnicima, na način da ne odbaci takav plan, već dozvoli daljnje postupanje po njemu.⁴⁶

⁴¹ Tako i *Barbić*, op. cit. u bilj. 7, str. 24. Za njemačko pravo isto: *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 132; *Jaffé*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 33.-35; *Otte*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 17-19; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, br. 33.-34.

⁴² *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 33.

⁴³ *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 33.

⁴⁴ Usp. *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 34.

⁴⁵ Tako izričito i za njemačko pravo: *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 8, 11; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 5.

⁴⁶ Tako za njemačko pravo *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 8.

Postojanje očite neostvarljivosti prava sudionika stečajnog plana ispituje se kao pretpostavka za odbačaj plana samo ako je plan podnio dužnik, a ne ako je plan podnio stečajni upravitelj ili stečajni povjerenik u slučaju stečajnog postupka s osobnom upravom. Razlozi takvog zakonskog rješenja su isti kao i kod čl. 227, st. 1, toč. 2. SZ.

Mogućnost da se plan kod kojeg je utvrđena očita neostvarljivost predviđenih prava njegovih sudionika poboljša u primjerenom roku, koji bi mu stečajni sudac dodijelio, zakonom nije predviđena, što znači da se takav plan, jednako kao i u slučaju čl. 227, st. 1, toč. 2. SZ. odmah odbacuje.

D. Postojanje prijedloga stečajnoga upravitelja za odbačajem plana, kada je stečajni dužnik u istom stečajnom postupku već podnio neki drugi plan koji nije bio prihvaćen ili potvrđen, odnosno koji je povučen

Ako je dužnik u stečajnom postupku već podnio plan koji su vjerovnici odbili, koji sud nije potvrdio ili koji je dužnik povukao nakon javnoga zakazivanja ročišta za raspravljanje o planu, sud će prema čl. 227, st. 2. SZ odbaciti novi plan dužnika ako to odbacivanje zatraži stečajni upravitelj uz suglasnost odbora vjerovnika, ako je taj odbor osnovan.

Kako dužnik nije ograničen brojem stečajnih planova koje može podnijeti u jednom stečajnom postupku, ovom odredbom željelo se spriječiti dužnika u pokušaju da odugovlači stečajni postupak zloupotrebom svog prava da podnosi stečajni plan, te ga ujedno motivirati, da odmah izradi i podnese plan koji će biti podoban za postupanje, prihvatljiv vjerovnicima i podoban za potvrdu od strane stečajnog suca.⁴⁷

Prema čl. 227, st. 2. SZ stečajni sudac nema ovlaštenje odnosno dužnost da po službenoj dužnosti odbaci novi plan stečajnog dužnika, već mora postojati prijedlog stečajnog upravitelja. Ako je riječ o stečajnom postupku u kojem je osnovan odbor vjerovnika, tada stečajni upravitelj mora imati suglasnost odbora vjerovnika da traži odbačaj novog stečajnog plana stečajnog dužnika, a koju suglasnost stečajni sudac mora utvrditi. U njemačkoj teoriji smatra se da prijedlog stečajnog upravitelja za odbačajem dužnikovog plana, kao ni suglasnost odbora vjerovnika za to, ne moraju biti obrazloženi, jer razlog leži u samoj hitnosti postupka.⁴⁸ Osim toga stečajni sudac mora prilikom donošenja odluke prema čl. 227, st. 2. SZ utvrditi, da li je stečajni dužnik doista već u istom postupku podnio plan kojeg su vjerovnici odbili, ili koji stečajni sud nije potvrdio ili koji je dužnik povukao nakon javnoga zakazivanja ročišta za raspravljanje o planu.

Ako postoje sve činjenice navedene u čl. 227, st. 2. SZ, tada stečajni sudac mora odbaciti novi plan stečajnog dužnika, ne ulazeći uopće u ispitivanje tog njegovog novog plana. Presudna je volja stečajnog upravitelja odnosno odbora vjerovnika, koji podnesenim prijedlogom za odbačaj novog plana dužnika zapravo iskazuju, da novi plan dužnika ocjenjuju kao pokušaj odugovlačenja postupka.⁴⁹

⁴⁷ Usp. za njemačko pravo: *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 132.-133; *Warrikoff*, op. cit. u bilj. 27, str. 549; *Jaffé*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 38, 42.-43; *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 10; *Otte*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 22; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 2.

⁴⁸ *Jaffé*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 40.

⁴⁹ U tom pravcu i *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 133.

Iz zakonskog teksta čl. 227, st. 2. SZ proizlazi da se temeljem te odredbe ne bi mogao tražiti odbačaj novog plana stečajnog dužnika ako je njegov prijašnji plan bio odbačen temeljem nekog od razloga navedenih u čl. 227, st. 1, toč. 1.-3. SZ.⁵⁰ Isto tako ne bi se mogao temeljem čl. 227, st. 2. SZ tražiti odbačaj novog plana stečajnog dužnika ako je dužnik prijašnji plan povukao prije javnog zakazivanja ročišta za raspravljanje o planu (čl. 231. SZ).⁵¹ Iako se u obje spomenute situacije također može raditi o zloupotrebi prava na podnošenje plana od strane dužnika, očito je za zakonodavca bio presudan moment javnog zakazivanja ročišta za raspravljanje i glasanje o planu.

Stečajni dužnik mogao bi izbjeći odbacivanje njegovog plana po čl. 227, st. 2. SZ na način, da prije donošenja odluke o odbacivanju jednostavno povuče svoj plan.⁵²

III. Donošenje sudske odluke o (ne)podobnosti stečajnog plana

U ovom dijelu rada ukratko će se prikazati osnovna procesna pravila koja vrijede ili bi trebala vrijediti od trenutka podnošenja stečajnog plana pa do donošenja odluke stečajnog suca o njegovoj (ne)podobnosti.

1. Podnošenje stečajnog plana

Iako o tome u zakonu ne postoji izričita norma, treba uzeti da je stečajni sudac dužan ispitati podobnost stečajnog plana odmah po njegovom podnošenju.⁵³ Naime, prema čl. 7, st. 2. SZ stečajni je postupak hitan, a u slučaju sanacijskih planova te tzv. planova prijenosne sanacije vrijeme igra izuzetno važnu ulogu.

No, ako je dužnik stečajni plan podnio zajedno s prijedlogom za otvaranje stečajnoga postupka (čl. 214, st. 1, reč. 1. SZ), najprije treba ispitati postoje li uvjeti za otvaranje stečajnog postupka, i tek tada, ako postoje, treba ispitati i podobnost stečajnog plana. Odluku kojom se odbacuje stečajni plan ili u kojoj se nalaze podnositelju da otkloni utvrđenu otklonjivu povredu moguće je donijeti tek nakon što je donesena odluka o otvaranju stečajnog postupka. Naime, otvaranje stečajnog postupka preduvjet je za postupak po stečajnom planu (vidi čl. 213, st. 1. SZ⁵⁴).

⁵⁰ Tako i *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 10. za njemačko pravo.

⁵¹ Tako i *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 40. za njemačko pravo.

⁵² Tako i *Otte*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 22. za njemačko pravo.

⁵³ Tako i njemački autori za njemačko pravo: *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 11; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, op. cit. u bilj. 9, str. 989, br. 36; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 3.

⁵⁴ Prema čl. 213, st. 1. SZ "nakon otvaranja stečajnoga postupka dopušteno je izraditi stečajni plan u kojemu se može odstupiti od zakonskih odredaba o unovčenju i raspodjeli stečajne mase." Zapravo je ovdje zakonodavac mislio da se nakon otvaranja stečajnog postupka može provesti postupak po stečajnom planu, što dokazuje i čl. 214, st. 1, reč. 1. koji dopušta dužniku podnošenje stečajnog plana već s prijedlogom za otvaranje stečajnoga postupka. S izradom stečajnog plana može se početi prije otvaranja stečajnog postupka. To ne vrijedi samo za plan dužnika, već bi i privremeni stečajni upravitelj mogao započeti raditi na stečajnom planu (vidi čl. 45, st. 2. SZ).

2. *Ispitivanje postojanja pretpostavaka za odbačaj stečajnog plana*

Pri ispitivanju pretpostavke za odbačaj stečajnog plana iz čl. 227, st. 1, toč. 1. SZ stečajni sudac mora precizno utvrditi je li došlo do povrede propisa o pravu na podnošenje i sadržaju plana ili ne. Pri ispitivanju pretpostavke za odbačaj plana iz čl. 227, st. 1, toč. 2. SZ stečajni sudac ne mora precizno utvrditi izglednost dužnikovog plana da bude prihvaćen od strane vjerovnika odnosno potvrđen od strane stečajnog suda, već mora samo utvrditi njegovu očitu neziglednost da ga vjerovnici prihvate odnosno da ga stečajni sud potvrdi. Pri ispitivanju pretpostavke za odbačaj plana iz čl. 227, st. 1, toč. 3. SZ stečajni sudac također ne mora precizno utvrditi ostvarljivost prava koja bi sudionici prema planu što ga je dužnik podnio trebali steći, već mora samo utvrditi očitu neostvarljivost tih prava. Kod ispitivanja pretpostavke za odbačaj stečajnog plana iz čl. 227, st. 2. SZ stečajni sudac mora precizno utvrditi je li dužnik u istom stečajnom postupku već podnio plan koji su vjerovnici odbili, ili koji sud nije potvrdio ili koji je dužnik povukao nakon javnoga zakazivanja ročišta za raspravljanje o planu i da li postoji prijedlog stečajnog upravitelja za odbacivanje novog plana dužnika, praćen suglasnošću odbora vjerovnika, ako je odbor osnovan. Kada postoji samo sumnja da postoji neka od pretpostavaka za odbačaj, ali ne i izvjesnost o tome, stečajni sudac nije ovlašten odbaciti stečajni plan.

Iako se opseg odnosno intenzitet sudskog ispitivanja kod pojedinih pretpostavki za odbačaj plana razlikuje, može se zaključiti da se u slučaju sviju četiriju pretpostavki radi o činjenicama za čije utvrđivanje nije potrebno posebno izvanpravno specijalizirano gospodarsko odnosno financijsko znanje. Nepostojanje ili postojanje tih činjenica proizlaziti će iz već iz samog plana i njegovih priloga, odnosno ostalih podataka skupljenih u samom dosadašnjem stečajnom postupku. Suci trgovačkih sudova raspolazu ili bi trebali raspolagati stručnim znanjem koje ih čini sposobnim da bez pomoći vještaka utvrde činjenice iz čl. 227, st. 1, toč. 1, 2, 3. i st. 2. SZ, te da donesu odluku o (ne)podobnosti plana bez posebnih teškoća. Već je rečeno da se prema vladajućem mišljenju u njemačkoj teoriji također smatra da stečajni sudac nije dužan činjenice sadržane u pretpostavkama za odbačaj stečajnoga plana utvrđivati putem vještaka. Štoviše, neki autori izričito naglašavaju da stečajni sudac na to nije ni ovlašten, jer da istražno načelo odnosno pravilo prema kojem stečajni sud po službenoj dužnosti utvrđuje sve činjenice koje su od značenja za stečajni postupak, kao i pravilo da u tu svrhu između ostalog može saslušati svjedoke i odrediti vještake (par. 5, st. 1, reč. 1. i 2. InsO), vrijedi samo u redovnom stečajnom postupku, ali ne i u postupku po stečajnom planu.⁵⁵ Tvrdi se da istražno načelo ne bi bilo primjenljivo na postupak po stečajnom planu već zbog same ugovorne prirode stečajnog plana.⁵⁶ No, čini se da ta teza ipak nije sasvim ispravna, s obzirom da i u postupku po stečajnom planu postoje činjenice koje sud mora utvrditi po službenoj dužnosti, kao što su, između ostalog, upravo i činjenice sadržane u pretpostavkama za odbačaj stečajnog plana (par. 231. InsO; čl. 227. SZ), te u pretpostavkama za potvrdu stečajnog plana (par. 250. InsO, čl. 246. SZ). Stoga istražno načelo, koje je u našem hrvatskom

⁵⁵ *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 11; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 5.

⁵⁶ *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 5.

stečajnom pravu sadržano u čl. 7, st. 3. SZ, ipak u određenom opsegu vrijedi i u postupku po stečajnom planu. Razlog zbog kojeg stečajni sudac ne bi trebao angažirati vještake radi utvrđenja činjenica sadržanim u pretpostavkama za odbačaj stečajnog plana trebalo bi, čini mi se, potražiti u procesnom načelu ekonomičnosti, koje se temeljem čl. 6. SZ na odgovarajući način primjenjuje i u stečajnom postupku. Sud je dužan postupak provesti bez odugovlačenja, u razumnom roku i sa što manje troškova (čl. 10, st. 1. ZPP). Određivanje vještaka radi utvrđenja činjenica, koje bi stečajni sudac morao moći sam utvrditi, značilo bi nepotrebno odugovlačenje stečajnoga postupka i nepotrebne dodatne troškove postupka. Osim toga i sam Stečajni zakon izričito proklamira da je stečajni postupak hitan (čl. 7, st. 2. SZ).

Prije donošenja odluke o podobnosti stečajnog plana stečajni sudac nije dužan saslušati podnositelja plana odnosno sudionike plana o tome postoje li pretpostavke za odbačaj plana.⁵⁷ No, to ne znači da od tih subjekata, a posebno podnositelja plana, ne bi mogao zatražiti informacije koje su mu potrebne za donošenje odluke (čl. 6. SZ u vezi s čl. 219, st. 1. i 2. ZPP).⁵⁸ Određena iznimka postoji u slučaju pretpostavke iz čl. 227, st. 2. SZ. Kada stečajni sudac utvrdi da je dužnik podnio novi plan, a u istom je stečajnom postupku njegov prijašnji plan već bio odbijen od vjerovnika, ili ga sud nije potvrdio ili ga je dužnik povukao nakon javnoga zakazivanja ročišta za raspravljanje o njemu, tada bi stečajni sudac ipak trebao stečajnog upravitelja odnosno odbor vjerovnika obavijestiti o novom planu dužnika, jer kako će inače stečajni upravitelj znati da je dužnik podnio novi plan i kako će podnijeti svoj eventualni prijedlog za njegov odbačaj? Ukoliko bi dužnik zaista htio na taj način odugovlačiti postupak, bez takvog ovlaštenja odnosno dužnosti obavješćavanja stečajnog upravitelja odnosno odbora vjerovnika o novom dužnikovom planu stečajni sudac ne bi mogao odbaciti takav plan i spriječiti zloupotrebu, ako stečajni upravitelj odnosno odbor vjerovnika ne bi slučajno iz nekih drugih izvora saznali o novom planu dužnika.⁵⁹

Izuzetno je važno naglasiti da prilikom ispitivanja pretpostavaka za odbačaj plana predmet ispitivanja i kontrole nije ocjena rizika za ostvarljivost i uspješnost plana. Taj rizik u skladu s načelom vjerovničke autonomije snose vjerovnici.⁶⁰ Opseg i intenzitet ispitivanja stečajnog plana pri ocjeni njegove podobnosti nužno je vezan sa svrhom instituta odbačaja stečajnog plana: spriječiti postupanje po planu koji uopće nije podoban za raspravljanje i glasovanje, ili po dužnikovom planu koji već na prvi pogled nije prihvatljiv za vjerovnike, ili za kojeg je unaprijed odmah jasno da neće moći biti potvrđen, ili po planu dužnika za kojeg je očito da se prava predviđena u njemu ne mogu ostvariti ili po planu kojeg nanovo podnosi dužnik u svrhu odugovlačenja stečajnog postupka. Osim toga, ne treba zaboraviti da plan podliježe

⁵⁷ Tako i za njemačko pravo: *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 11; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, op. cit. u bilj. 9, str. 989, br. 36; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, 38. Suprotno *Smid/Rattunde*, op. cit. u bilj. 4, str. 67, br. 227.-231.

⁵⁸ Slično i *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, 11. za njemačko pravo.

⁵⁹ Usp. za njemačko pravo *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, 11; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, op. cit. u bilj. 9, str. 989.-990, br. 36.

⁶⁰ *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 30. U tom pravcu i *Eraković*, op. cit. u bilj. 35, str. 150, koji kaže da sud uvijek treba imati na umu da interese vjerovnika on ne može štiti bolje od njih samih.

još jednoj kontroli stečajnog suda, onoj u okviru potvrde stečajnog plana, ako su plan vjerovnici prihvatili.⁶¹

3. Postojanje neke od pretpostavaka za odbačaj stečajnoga plana

Nakon što utvrdi postojanje pretpostavke za odbačaj stečajnog plana iz čl. 227, st. 1, toč. 1. SZ, stečajni sudac mora odlučiti je li utvrđena povreda propisa otklonjive ili neotklonjive prirode. Dvojba može postojati u prvom redu kod povrede propisa koji se odnose na sadržaj plana, manje kod povrede propisa koji se odnose na pravo podnošenja plana. Rečeno je da bi kriterij pri odluci trebao biti da li povreda zahtijeva suštinsku promjenu podnesenog stečajnog plana ili je ona otklonjiva u kraćem vremenu. U sumnji bi se stečajni sudac ipak trebao odlučiti za kvalifikaciju otklonjive povrede, jer samo u situacijama u kojima nema sumnje u to da je plan nepodoban i da je povreda u primjerenom roku neotklonjiva, dozvoljeno je plan odbaciti.

Nakon što utvrdi postojanje pretpostavke za odbačaj stečajnog plana iz čl. 227, st. 1, toč. 2. ili toč. 3. SZ, stečajni sudac ne mora razmišljati o tome je li utvrđeni nedostatak plana otklonjive ili neotklonjive prirode, jer zakonodavac kod ovih pretpostavaka za odbačaj plana nije predvidio mogućnost njegovog poboljšanja u određenom primjerenom roku, očito polazeći od teze da su nedostaci plana spomenuti u navedenim odredbama u primjerenom roku neotklonjive prirode.

Isto tako kod utvrđenja pretpostavke za odbačaj stečajnog plana iz čl. 227, st. 2. SZ podnositelj plana nema mogućnost spriječiti odbačaj plana otklanjanjem nedostataka samog plana, budući da se u ovom slučaju podneseni plan uopće i ne ispituje, već činjenica da je dužnik u istom stečajnom postupku već podnio plan kojeg vjerovnici nisu prihvatili, odnosno kojeg stečajni sud nije potvrdio ili koji je povučen nakon javnog zakazivanja ročišta za raspravljanje o njemu, te činjenica da stečajni upravitelj, uz suglasnost odbora vjerovnika, ne želi novi plan dužnika dostaje, da taj novi podneseni plan dužnika bude nepodoban.

Kada stečajni sudac utvrdi postojanje neotklonjive povrede kod pretpostavke za odbačaj plana prema čl. 227, st. 1, toč. 1. SZ, odnosno postojanje pretpostavke za odbačaj plana iz čl. 227, st. 1, toč. 2. ili 3. SZ ili pak pretpostavke iz čl. 227, st. 2. SZ, on je dužan odmah donijeti odluku u obliku rješenja kojim će takav plan odbaciti.

Kada stečajni sudac utvrdi postojanje otklonjive povrede kod pretpostavke za odbačaj plana prema čl. 227, st. 1, toč. 1. SZ, dužan je također odmah donijeti odluku u obliku rješenja, a u kojoj će navesti u čemu se sastoji povreda, te u kojoj će naložiti da se povreda otkloni u određenom primjerenom roku. U toj odluci trebalo bi biti sadržano i upozorenje podnositelju da će stečajni sudac po službenoj dužnosti odbaciti plan ako utvrđena povreda ne bude otklonjena u određenom roku (čl. 227, st. 1, toč. 1. SZ).⁶² Dužina roka za otklanjanje povrede odnosno nedostatka ovisit će od okolnosti slučaja, što znači od vrste povrede, ali i ostalih okolnosti u samom konkretnom stečajnom postupku.⁶³ Rok bi se mogao, ako za to postoji opravdani razlog, uz odgovarajuću primjenu čl. 111, st. 2. i 3. ZPP produžiti (čl. 6. SZ).

⁶¹ Detaljnije o tome *Garašić*, op. cit. u bilj. 3, str. 311.-313.

⁶² Tako i *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 37.

⁶³ Slično i njemački autori za njemačko pravo: *Jaffé*, op. cit. u bilj. 2, par. 231, br. 20.-21; *Lüer*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 37.

Odluka kojom se odbacuje stečajni plan, odluka kojom se nalaže otklanjanje nedostatka plana u primjerenom roku, odnosno odluka kojom se odbacuje plan u pogledu kojeg nije u primjerenom roku otklonjen nedostatak, dostavlja se podnositelju plana, pri čemu će, pored odgovarajuće primjene pravila ZPP-a o dostavi (čl. 6. SZ), vrijediti i posebne norme Stečajnog zakona o dostavi u stečajnom postupku (čl. 8, st. 2.-6. SZ).

Odbačaj stečajnog plana ne sprečava da isti podnositelj u istom stečajnom postupku podnese novi plan.⁶⁴

Odbačaj stečajnog plana bi podnositelj plana mogao preduhitriti povlačenjem plana prije donošenja odluke o odbačaju.

4. Nepostojanje pretpostavki za odbačaj stečajnoga plana

Ako stečajni sudac ispitivanjem stečajnog plana nije utvrdio postojanje neke od pretpostavki za odbačaj stečajnog plana ili njeno postojanje nije mogao utvrditi sa sigurnošću, morat će dozvoliti daljnje postupanje po stečajnom planu, tj. stečajni plan će se morati smatrati podobnim.

Zakonodavac nije predvidio da stečajni sudac donese posebnu formalnu odluku u obliku pisanog rješenja u kojoj utvrđuje podobnost stečajnog plana, kao što takvu odluku mora donijeti ako je utvrdio nepodobnost plana.⁶⁵

Svoju odluku o podobnosti stečajnog plana stečajni sud izražava na konkludentan način, tako da nastavlja postupak po čl. 228. SZ, tražeći bez odlaganja da se o planu u roku od trideset dana izjasni odbor vjerovnika, ako je osnovan; dužnik pojedinac, ako je plan podnio stečajni upravitelj; stečajni upravitelj, ako je plan podnio dužnik (čl. 228, st. 1. SZ). Stečajni sudac može pozvati i državna tijela nadležna za predmet poslovanja dužnika te gospodarsku odnosno obrtničku komoru da se izjasne o predloženom planu (čl. 228, st. 2. SZ). Po potrebi i pod uvjetima navedenim u čl. 229. SZ stečajni sudac može odrediti obustavu unovčenja i diobe stečajne mase. Stečajni plan se ima sa svim svojim priložima i prispjelim izjašnjenjima izložiti u sudskoj pisarnici na uvid sudionicima (čl. 230. SZ). Time se ujedno ulazi u stadij postupka, u kojem će vjerovnici donositi svoju meritornu odluku o stečajnom planu.

IV. Pravni lijek protiv odluke o (ne)podobnosti stečajnog plana

Protiv neformalne odluke stečajnog suda kojom smatra da je stečajni plan podoban i odluke o nastavku postupanja po stečajnom planu nema pravnog lijeka.⁶⁶

Protiv rješenja kojim se plan odbacuje samo podnositelj ima pravo na žalbu (čl. 227, st. 3. SZ), i to u roku od 8 dana (čl. 11, st. 2. SZ). Rok za podnošenje žalbe računat će se od dana dostave rješenja (čl. 11, st. 4. SZ). Ako je dostava obavljena

⁶⁴ Tako i njemački autori za njemačko pravo: *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 13; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, op. cit. u bilj. 9, str. 1027, br. 60.

⁶⁵ Tako je i u njemačkom pravu: *Schiessler*, op. cit. u bilj. 2, str. 133; *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 14; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, op. cit. u bilj. 9, str. 1027, br. 61; *Lüter*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 36.

⁶⁶ Tako i njemački autori za njemačko pravo: *Flessner*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 14; *Lüter*, op. cit. u bilj. 4, par. 231, br. 41.

stavljanjem pismena na oglasnu ploču suda, rok za žalbu početi će teći istekom trećega dana od dana stavljanja rješenja na oglasnu ploču suda (čl. 11, st. 3. SZ). Žalba protiv ovog rješenja ne zadržava ovrhu (čl. 11, st. 5. SZ). Izvanredni lijekovi - revizija i prijedlog za ponavljanje postupka - izričito su čl. 13. Stečajnog zakona isključeni u stečajnom postupku. Nakon Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku od 14. srpnja 2003.⁶⁷ u stečajnom postupku neće biti moguć ni zahtjev za zaštitu zakonitosti, budući je on tim zakonom ukinut kao pravni lijek (čl. 239. ZIDZPP u vezi s čl. 6. SZ).

Protiv odluke stečajnog suca, u kojoj određuje da se otkloni utvrđeni nedostatak stečajnog plana u određenom primjerenom roku, temeljem čl. 11, st. 1. SZ proizlazi da je žalba, pod istim uvjetima kao i žalba protiv odluke kojom se plan odbacuje, dozvoljena.

V. Zaključak

Svrha je sudske kontrole podobnosti stečajnoga plana da se primjenom čl. 227, st. 1, toč. 1, 2. i 3, te st. 2. SZ spriječi zloupotreba instituta stečajnoga plana i onemogući odugovlačenje stečajnoga postupka, odstranjujući na samom početku postupka po stečajnom planu one planove koji uopće nisu podobni da budu pravni regulator odnosa između dužnika i njegovih vjerovnika, tj. koji uopće nisu podobni za meritorno razmatranje i odlučivanje o njima, jer ne poštuju minimalne zakonske zahtjeve. No, zadaća stečajnoga suca nije da u okviru navedene kontrole stečajnoga plana ocjenjuje rizik ostvarljivosti i uspješnosti stečajnoga plana i da ga gospodarski poboljša, jer taj rizik, u skladu s načelom vjerovničke autonomije, snose sami vjerovnici, ako plan prihvate.

Konkretan stečajni plan kojeg podnosi *dužnik* dobar je ako udovoljava općeprocenim zahtjevima kojima jedan podnesak u pogledu postupanja po njemu mora zadovoljavati, te ako u pogledu njega ne postoje stečajnopravne pretpostavke za odbačaj, koje su taksativno navedene u čl. 227, st. 1, toč. 1, 2. i 3, te st. 2. SZ: nepoštivanje propisa o pravu na podnošenje i sadržaju plana; postojanje očite neizglednosti da plan bude prihvaćen od strane vjerovnika odnosno potvrđen od strane suda; postojanje očite neostvarljivosti (neispunjivosti) plana; postojanje prijedloga stečajnoga upravitelja za odbačajem plana kada je stečajni dužnik u istom stečajnom postupku već podnio neki drugi plan koji nije bio prihvaćen ili potvrđen odnosno koji je povučen. Zbog drugih razloga stečajni sudac ne smije odbaciti stečajni plan.

Nešto je manje stroga sudska kontrola podobnosti plana kojeg podnosi *stečajni upravitelj* (odnosno *stečajni povjerenik*). Polazeći od svojstva pretpostavljene neutralnosti i pretpostavljene stručnosti stečajnoga upravitelja (odnosno stečajnog povjerenika), zakonodavac je riješio da se plan koji podnosi upravitelj (odnosno povjerenik) kontrolira samo sa stajališta sukladnosti s propisima koji se odnose na pravo podnošenja plana i koji se odnose na sadržaj plana (čl. 227, st. 1, toč. 1. SZ). Naravno, da i taj plan kao podnesak u postupku mora udovoljavati općeprocenim zahtjevima koji se traže da bi se po podnesku moglo postupati.

⁶⁷ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, "Narodne novine", br. 117/03, u daljnjem tekstu ZIDZPP.

Pri utvrđivanju postojanja pretpostavaka za odbačaj stečajnoga plana stečajni sudac ne bi trebao imenovati vještaka, jer je riječ o činjenicama za čije utvrđivanje nije potrebno posebno izvanpravno specijalizirano gospodarsko odnosno financijsko znanje. Prije donošenja odluke o (ne)podobnosti stečajnoga plana stečajni sudac nije dužan saslušati podnositelja plana odnosno sudionike plana o tome postoje li pretpostavke za odbačaj plana. Opseg i intenzitet ispitivanja stečajnoga plana pri ocjeni njegove podobnosti potrebno je povezati sa svrhom instituta odbačaja stečajnoga plana. Kada postoji samo sumnja, a ne i izvjesnost o postojanju pretpostavke za odbačaj stečajnog plana, stečajni sudac nije ovlašten odbaciti plan. Ne treba zaboraviti da plan podliježe još jednoj naknadnoj sudskoj kontroli u okviru potvrde stečajnoga plana ako su vjerovnici prihvatili plan.

Odluku kojom se odbacuje stečajni plan zbog njegove nepodobnosti, kao i odluku u kojoj se nalaže otklanjanje određenog nedostatka u primjerenom roku, stečajni sudac donosi u formi rješenja. Obje navedene odluke može pobijati samo podnositelj plana, i to samo žalbom (čl. 227, st. 3, čl. 11, st. 1. SZ).

Odluku da je stečajni plan dobar stečajni sudac donosi konkludentno, nastavljanjem postupka po stečajnom planu (čl. 228. SZ i dalje). Protiv takve neformalne odluke stečajnog suca nema pravnog lijeka.

Summary

JUDICIAL CONTROL OF BANKRUPTCY PLAN

Bankruptcy plan is still not used in practice to the preferable extent. One of the reasons might lie in the fact that Croatian literature on this institute is still very scarce and that many issues related to it are unresolved. This article analyses bankruptcy presumptions that lead to rejection of a bankruptcy plan and explains the purpose for which a bankruptcy judge should examine the adequacy of a bankruptcy plan. Furthermore, procedural rules that apply or should be applicable in deciding on (in)adequacy of a bankruptcy plan are presented and legal remedies against a decision of the bankruptcy judge on (in)adequacy of a bankruptcy plan are examined.

Key words: *bankruptcy plan, judicial control of bankruptcy plan, (in)adequacy of bankruptcy plan, rejection of bankruptcy plan.*

Zusammenfassung *

**GERICHTLICHE VORPRÜFUNG DER ZULÄSSIGKEIT EINES
INSOLVENZPLANS**

In der Praxis wird der Insolvenzplan noch immer nicht im Maße angewendet, in dem dies erwünscht wäre. Vielleicht liegt eine von mehreren Ursachen dafür darin, dass das kroatische Schrifttum über dieses rechtliche Institut noch immer spärlich ist und dass viele Fragen betreffend den Insolvenzplan noch nicht geklärt worden sind. In diesem Aufsatz analysiert die Autorin die insolvenzrechtlichen Voraussetzungen für die Zurückweisung des Insolvenzplans und erörtert, warum der Insolvenzrichter die Zulässigkeit des Plans überprüfen muss. Sie stellt auch die Prozessregeln dar, die beim Fällen der Entscheidung über die Zulässigkeit des Plans gelten oder gelten sollten sowie Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Insolvenzrichters über die Unzulässigkeit bzw. die Zulässigkeit des Plans.

Schlüsselwörter: Insolvenzplan, gerichtliche Vorprüfung des Insolvenzplans, Zulässigkeit des Insolvenzplans, Unzulässigkeit des Insolvenzplans, Zurückweisung des Insolvenzplans.

Sommario

**CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'ADEGUATEZZA DEL PIANO
FALLIMENTARE**

Il piano fallimentare non è ancora utilizzato nella prassi in modo soddisfacente. Una delle ragioni può stare nel fatto che la letteratura croata su questo istituto è ancora molto scarsa e che molte questioni ad esso connesse sono irrisolte. In questo lavoro si analizzano i presupposti fallimentari che portano al rigetto del piano fallimentare e si spiega lo scopo per il quale il giudice fallimentare dovrebbe esaminare l'adeguatezza del piano fallimentare. Inoltre, sono presentate le regole procedurali che si applicano o dovrebbero essere applicabili nella decisione sull'(in)adeguatezza del piano fallimentare, e sono esaminati i rimedi legali contro la decisione del giudice fallimentare sull'(in)adeguatezza del piano fallimentare.

Parole chiave: piano fallimentare, controllo giudiziale del piano fallimentare, (in)adeguatezza del piano fallimentare, rigetto del piano fallimentare.

* Übersetzung: Autorin.

ULOGA REVIZORA U DIONIČKOM DRUŠTVU

Mr. sc. Dionis Jurić, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.72
65.012.7
Ur.: 2. prosinac 2003.
Pr.: 23. prosinac 2003.
Izvorni znanstveni članak

Propašću trgovačkog društva Enron Corporation godine 2001. otvoreno je preispitivanje postojećih sustava korporacijskog upravljanja u dioničkim društvima kako u SAD-u, tako i u Europi. Pritom je osobiti naglasak stavljen na odgovornost revizora za istinitost i točnost izvješća o reviziji kao stručnog i pouzdanog dokaza o financijskom stanju u trgovačkom društvu. Posebna pozornost se pritom posvećuje odgovornosti revizora prema trećim osobama te osiguranju neovisnosti revizora od trgovačkog društva u kojem obavlja reviziju. Hrvatsko pravo zahtijeva usklađivanje propisa o reviziji s europskim pravnim izvorima te pravnim izvorima njemačkog prava kojem tradicionalno pripada.

Ključne riječi: revizor, dioničko društvo, Zakon o reviziji, Zakon o trgovačkim društvima, Enron.

1. Uvod

Posljednje desetljeće obilježeno je brojnim financijskim skandalima koji su uvjetovali potrebu pronalaženja novih rješenja u sustavu upravljanja i nadzora nad upravljanjem dioničkih društava. Pritom posebno značenje ima otvaranje stečaja 2001. godine nad Enron Corporation koji je svojim opsegom i neočekivanošću iznenadio poslovne i pravne krugove SAD-a. Posljedica ovog financijskog skandala je bila šteta od 70 milijardi američkih dolara za različite investitore u dionice Enrona - od zaposlenika Enrona, zaposlenika koji su izdvajali u mirovinske i zajedničke fondove do ostalih individualnih i institucionalnih investitora.¹ Pozornost je osobito bila

¹ U SAD-u su izbila četiri velika financijska skandala (tzv. "Big Four Frauds") koji svoje začetke imaju u kasnim 90-im godinama, a koji su do izražaja došli u razdoblju od 2001. do 2002. godine: Enron, Global Crossing, WorldCom i Qwest. Sva četiri stečaja obilježava to da su spomenuta trgovačka društva uvrstila svoje dionice na burze vrijednosnih papira u drugoj polovini 90-ih godina (Enron je obavio transformaciju u drugoj polovini 90-ih, WorldCom je uvrstio svoje dionice na burzu 1995., a Global Crossing i Qwest 1997. godine), sva trgovačka društva imala su loše računovodstvo i vrlo tromi sustav korporacijskog upravljanja te su se koristila uslugama jednog te istog vanjskog revizora - trgovačkog društva Arthur / Andersen & Co. Detaljnije o spomenutim financijskim skandalima vidi u Daniel Kadlec, Enron: Who's Accountable?, Time - Business & Technology, January 13, 2002., Jay

usmjerena na odgovornost revizorskog trgovačkog društva Arthur/Andersen & Co. koje je obavljalo reviziju financijskih izvješća Enrona. Utvrđeno je da su zaposlenici revizorskog društva nastojali prikriti dokaze o učinjenim financijskim propustima te su uništavali dokaze i mijenjali postojeća izvješća o reviziji. Uslijedile su tužbe investitora protiv revizorskog društva zbog njegovih propusta u reviziji financijskih izvješća, koja su riješena sudskim nagodbama, te je prestalo postojati jedno od renomiranih američkih revizorskih društava.²

Uslijedila je reakcija američkog Kongresa koji je 2002. godine usvojio *The Corporate Auditing Accountability, Responsibility and Transparency Act*, poznatiji pod imenom *The Sarbanes - Oxley Act*, kojem je cilj uvođenje mehanizama radi poboljšanja točnosti i pouzdanosti financijskih izvješća i izvješća revizora te uvođenje i pooštrenje kaznenih sankcija za prijevarna postupanja članova uprava, trgovačkih društava i revizora pri izradi financijskih izvješća i izvješća o reviziji.³ Time se žele zaštititi potencijalni investitori te spriječiti mogući slični financijski skandali u budućnosti.

U uvjetima globalizacije gospodarstva i osobito tržišta kapitala tim promjenama u SAD-u nije mogla izbjeći ni Europa. Europska trgovačka društva uvršćuju svoje dionice i na burze vrijednosnih papira u SAD-u primjenjujući američke računovodstvene standarde i propise koji uređuju računovodstvo i reviziju.⁴ Europska unija nastoji zaštititi svoje interese i postići kompromis sa SAD-om na tržištu kapitala. U okviru Europske unije još se od ranije javlja potreba unifikacije nacionalnih zakonodavstava država članica i izgradnje učinkovitog i kompetitivnog zajedničkog tržišta kapitala do 2005. godine.⁵ Konačno, i Europa je iskusila financijske skandale koji su uvjetovali potrebu zakonodavnih promjena, iako ne tako radikalno kao što je to slučaj sa SAD-om.⁶

M. Feinman, Liability Of Accountants For Negligent Auditing: Doctrine, Policy And Ideology, Florida State University Law Review, Fall 2003., str. 17-19., Lawrence A. Cunningham, The Sarbanes - Oxley Yawn: Heavy Rethoric, Light Reform (And It Just Might Work), Connecticut Law Review, Spring 2003., str. 923-936.

² Feinman, J.M., op. cit., str. 18., Cunningham, L.A., op. cit., str. 924., Kadlec, D., op. cit.

³ Frederick D. Greene, Alfonse R. Petrocine, Richard C. FitzPatrick, Holding Accountants Accountable: The Liability of Accountants to Third Parties, Employee Responsibilities and Rights Journal, Vol. 15, No. 1, March 2003., str. 23., Cunningham, L.A., op. cit., str. 941-943.

⁴ Npr. njemački Daimler-Benz A.G. Vidi u Klaus J. Hopt, Common Principles of Corporate Governance in Europe? - Some Thoughts on the Impact of the Securities Markets on Companies and Their Regulation, Conference on Company Law and Capital Market, Siena, 2000., http://www.econpol.unisi.it/scdbanc/CONFERENZA/FILE_PDF/4a-Hopt.pdf, 6. lipnja 2001., str. 8.

⁵ Ciljevi Komisije u području računovodstva i obvezatne revizije jesu poboljšanje kvalitete, usporedivosti i preglednosti financijskih izvješća trgovačkih društava, osiguranje usklađenosti odredbi Računovodstvenih Smjernica s Međunarodnim računovodstvenim standardima (International Accounting Standards) te poboljšanje kvalitete obvezatne revizije u Uniji i usklađenost s međunarodnim standardima. Vidi web-stranicu http://eur.eu.int/comm/internal_market/eu/company/audit/index.htm, 29. listopada 2003. i Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - Reinforcing the statutory audit in the EU, /* COM/2003/0286 */, Official Journal C 236, 02/10/2003 P. 0002 - 0013, str. 4.

⁶ Tako su u Europi poznati slučajevi financijskih poteškoća u trgovačkim društvima Marconi (Velika Britanija), Elan (Irska), EmTV, MobilCom (Njemačka), Vivendi, France Telecom (Francuska), Swiss Life, Bz Group (Švicarska), Bipop, Cirio, Parmalat (Italija), ABB (Švedska), Royal Ahold, KpnWest (Nizozemska), no samo iznimno je došlo do pokretanja stečajnih postupaka. U Europi država veoma često pristupa sanaciji takvih trgovačkih društava radi očuvanja radnih mjesta i socijalne sigurnosti i mira. Ne postoji ni javnost na razini Europske unije koja bi kritički ocjenjivala financijske

U Republici Hrvatskoj također se susreću financijske poteškoće pojedinih trgovačkih društava koje veoma često završavaju stečajevima.⁷ Veoma često su te poteškoće posljedica nedostataka u sustavu korporacijskog upravljanja. Javlja se potreba da se investitori pravodobno i kvalitetno informiraju o poslovnim rezultatima trgovačkih društava te donesu odluku o ulaganju. Pritom postoji obveza Republike Hrvatske⁸ da uskladi svoje zakonodavstvo koje uređuje računovodstvo i reviziju s odredbama europskog prava, čime će se osigurati zaštita investitora.⁹

2. Pojam i vrste revizije i uloga revizora

2.1. Pojam i vrste revizije

U teoriji se susreću različite definicije revizije (lat. revidere - ponovno vidjeti).¹⁰ Svima njima je zajedničko da one određuju reviziju kao postupak u kojem se prosuđuje o primijenjenim računovodstvenim postupcima na temelju kojeg se dolazi do saznanja o realnosti i objektivnosti financijskih izvješća, pri čemu postoji obveza revizora da izradi izvješće o reviziji sa stručnim mišljenjem u kojem će konstatirati da li su financijska izvješća izrađena u skladu s odgovarajućim standardima

skandale i poticala na zakonodavne reforme i ocjenu postojećih sustava korporacijskog upravljanja. Konačno, strukturu dioničarstva u europskim trgovačkim društvima obilježava postojanje dioničara s većinskim udjelima na temelju kojih kontroliraju rad uprave u znatno većoj mjeri nego kada su u pitanju trgovačka društva iz SAD-a i Velike Britanije, koja karakterizira raspršenost dioničara i veća neovisnost uprava trgovačkih društava. Vidi u Luca Enriques, *Bad Apples, Bad Oranges: A Comment From Old Europe On Post-Enron Corporate Governance Reforms*, *Wake Forest Law Review*, Fall 2003., str. 912-916.

⁷ Primjerice "Croatia Line" d.d. Rijeka, "Viktor Lenac" d.d. Rijeka i dr.

⁸ Revizija se u Hrvatskoj javlja kao djelatnost 70-ih godina. Naime inozemni vjerovnici su tadašnjoj SFRJ odobrali značajne kredite, a da pritom nisu imali uvida u njihovu potrošnju. Stoga su zahtijevali reviziju potrošnje tih kredita, na što je vlada SFRJ odlučila ustanoviti vlastitu reviziju. Poslove revizije preuzela je Služba društvenog knjigovodstva (SDK) koja se i inače bavila računovodstvom u državi. Prvi revizori obrazovali su se u Velikoj Britaniji, da bi od 80-ih godina izvješća koja je samostalno izrađivala SDK bila priznata u cijelom svijetu. Tako je bilo sve do ukidanja Zakona o SDK te donošenja Zakona o reviziji 1992. godine koji je otvorio široku mogućnost bavljenja revizijom trgovačkim društvima koja ispunjavaju zakonske uvjete. Vidi u Slobodan Pandurović, *Revizija financijskih izvješća - potreba, prisila ili brza zarada*, *Računovodstvo, revizija i financije*, 7/1993., str. 66-67.

⁹ Planom provedbe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica predviđeno je da Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima, Zakona o računovodstvu i Zakona o reviziji treba izraditi do prosinca 2004. godine. Vidi web stranicu <http://www.mei.hr/default.asp?ru=149&akcija>, str. 20. i 55-56. Plana provedbe. Uz prijedlog zakona se dostavlja i Izjava o usklađenosti i Usporedni prikaz podudarnosti odredbi prijedloga akta s odredbama relevantnih propisa EU. Vidi web stranicu http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/docs/acten.pdf. U tom cilju je i izrađen prijedlog novog Zakona o računovodstvu koji je naišao na kritike stručnih udruga računovođa i revizora, a koji je objavljen u časopisu *Računovodstvo, revizija i financije*, br. 10/2003., str. 13-26.

¹⁰ Lajoš Žager, *Objekt i predmet revizije*, *Računovodstvo i financije*, 11/1995., str. 56-57., Damir Krajačić, *Kritički osvrt na Zakon o reviziji*, *Računovodstvo, revizija i financije*, 3/1993., str. 32., Pandurović, S., op. cit., str. 66., Feinman, J.M., op. cit., str. 20-21.

financijskog izvještavanja.¹¹ Iz ovoga proizlazi da je objekt postupka revizije poslovanje trgovačkog društva s naglaskom na financijska izvješća koje pripremaju i utvrđuju uprave i nadzorni odbori trgovačkih društava. To ukazuje i na usku povezanost računovodstva i revizije koji imaju zajedničke teorijske, koncepcijske, profesionalne i iskustvene korijene. Revizija slijedi izradu financijskih izvješća (računovodstvenu djelatnost) te joj je cilj da ukloni dvojbe o pouzdanosti i objektivnosti financijskih izvješća.¹² Konačno, sami revizori pri ocjeni tih izvješća koriste odgovarajuće računovodstvene i revizorske standarde koji im pomažu u izvedbi revizije te im osiguravaju stručne i objektivne prosudbe.¹³ Na međunarodnoj razini se pritom susrećemo sa Međunarodnim računovodstvenim standardima (International Accounting Standards)¹⁴ i Međunarodnim revizijskim standardima (International Standards on Auditing)¹⁵ koje utvrđuje Međunarodno udruženje računovođa

¹¹ Međunarodno udruženje računovođa (International Federation of Accountants (IFAC)) određuje cilj revizije da omogući revizoru davanje mišljenja o tome da li su financijska izvješća u materijalnom smislu pripremljena u skladu s unaprijed utvrđenim okvirom financijskog izvještavanja. Vidi u Green Paper of the Commission 1996, The Role, the Position and the Liability of the Statutory Auditors within the European Union, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/docs/acten.pdf, 30. listopada 2003., str. 9. Hrvatski Zakon o reviziji (NN 90/92.) iz 1992. godine određuje pojam revizije u čl. 2.: "(1) Revizija je postupak ispitivanja i ocjene financijskih izvještaja te podataka i metoda koji se primjenjuju pri sastavljanju financijskih izvještaja, na temelju kojih se daje stručno mišljenje o realnosti i objektivnosti stanja imovine, kapitala, obveza i rezultata poslovanja poduzetnika. (2) Revizija obuhvaća i ispitivanje i ocjenu poslovanja, organiziranosti poslovnih funkcija, načina donošenja poslovnih odluka i funkcioniranja informacijskog sustava."

¹² Mladen Habek, Revizija u svjetlu hrvatskog Zakona o računovodstvu, Računovodstvo, revizija i financije, 12/1992., str. 115-116.

¹³ Tako čl. 15. Zakona o računovodstvu utvrđuje da se u RH primjenjuju Međunarodni računovodstveni standardi (International Accounting Standards). Prijedlog Zakona o računovodstvu iz 2003. godine također u čl. 16. upućuje na primjenu tih standarda kada se radi o velikim trgovačkim društvima i trgovačkim društvima koji sa svojim vrijednosnim papirima kotiraju na inozemnim i domaćom burzama. Kada se radi o malim i srednje velikim trgovačkim društvima, primjenjivat će se standardi koje usvoji Vijeće za financijsko izvješćivanje. Zakon o reviziji u čl. 5. određuje da se revizija provodi primjenom Međunarodnih revizijskih standarda (IFAC je izmijenio naziv smjernica u standarde).

¹⁴ Vijeće Europske unije usvojilo je Uredbu o primjeni Međunarodnih računovodstvenih standarda iz 2002. godine (Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002 on the application of international accounting standards), a Komisija Uredbu o usvajanju određenih Međunarodnih računovodstvenih standarda iz 2003. godine (Commission Regulation (EC) No 1725/2003 of 29 September 2003 adopting certain international accounting standards in accordance with Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance.). Uredbom iz 2002. godine je predviđeno da sva trgovačka društva koja su uvrstila svoje vrijednosne papire na burze (javna trgovačka društva) od 2005. godine izrađuju svoje konsolidirane bilance uz primjenu Međunarodnih računovodstvenih standarda. Svaka država članica može predvidjeti nacionalnim propisima primjenu tih standarda i pri izradi godišnjih bilanci trgovačkih društava koja su uvrstila svoje vrijednosne papire na burze te konsolidiranih i godišnjih bilanci (financijskih izvješća) drugih trgovačkih društava (čl. 4. i 5. Uredbe). Vidi web stranicu http://europa.eu.int/eurllex/en/lif/reg/en_register_1710.html.

¹⁵ Komisija EU predviđa primjenu Međunarodnih revizijskih standarda za sve revizije od 2005. godine. Vidi u Commission Communication /COM/2003/286/, "Reinforcing the Statutory audit in the European Union", 21 May 2003, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/oficial/index.htm, 30. listopada 2003., str. 6-7.

(International Federation of Accountants). U praksi se susreću i nacionalni računovodstveni i revizorski standardi, od kojih su najznačajniji američki standardi zbog uvrštenja stranih trgovačkih društava na američke burze.¹⁶

U teoriji se susrećemo s primjenom različitih kriterija pri razlikovanju vrsta revizija. Pritom se najčešće kao kriteriji uzimaju tijelo koje provodi reviziju, predmet ispitivanja revizora i područje ispitivanja revizora.¹⁷

Primjenom kriterija tijela koje provodi reviziju razlikuje se unutarnja (interna) i vanjska (eksterna) revizija. Pod unutarnjom revizijom podrazumijevamo onu reviziju koju obavljaju subjekti unutar samog trgovačkog društva koje je predmet revizije. Poslovi su takve revizije ispitivanje postojećeg ustroja trgovačkog društva i unapređenje učinkovitosti poslovnih funkcija, ispitivanje načina donošenja odluka, funkcioniranje informacijskog sustava i drugi poslovi. U organizacijskom smislu interna revizija spada u računovodstvenu funkciju trgovačkog društva. Vanjska revizija je ona revizija koju obavljaju stručni, neovisni i ovlaštani revizori. Oni ne mogu biti zaposlenici ni na bilo koji drugi način povezani s trgovačkim društvom čije poslovanje i financijska izvješća ispituju. Na taj način osigurava se njihova neovisnost u radu i ocjeni. Predmet ispitivanja vanjske revizije jest objektivnost i realnost financijskih izvješća trgovačkog društva. Izvješće revizora koristi kako dioničarima, tako i članovima uprave društva. Pojam revizije se najčešće izjednačuje s vanjskom revizijom.¹⁸

S obzirom na predmet ispitivanja revizora razlikujemo reviziju financijskih izvješća i reviziju poslovanja trgovačkog društva. Revizija financijskih izvješća usmjerena je na ispitivanje i ocjenu objektivnosti i realnosti financijskih izvješća. Nju najčešće provode vanjski revizori, iako je uprava društva može povjeriti i unutarnjim revizorima radi svojih potreba. Pod revizijom poslovanja podrazumijeva se ispitivanje i ocjena cjelokupnog poslovanja ili dijela poslovanja s ciljem unapređenja poslovanja trgovačkog društva. Ovu reviziju u pravilu provode unutarnji revizori i pritom se obavljaju poslovi analize poslovanja trgovačkog društva u cjelini. Ove poslove mogu obavljati i revizorska društva, ali je tada potrebno razlikovati i odvojiti te poslove od poslova revizije financijskih izvješća.¹⁹

Kada se radi o području ispitivanja revizora, razlikujemo komercijalnu i javnu (državnu) reviziju. Pod komercijalnom revizijom podrazumijevamo vanjsku reviziju. Ona se obavlja na temelju pisanog ugovora između revizorskog društva i trgovačkog društva nad kojim se obavlja revizija. Njime se utvrđuje naknada za obavljene usluge i uzajamna prava i obveze ugovornih strana. Revizorsko društvo mora biti osigurano

¹⁶ Općeprihvaćena računovodstvena načela (Generally Accepted Accounting Principles (GAAP)) koje usvaja Odbor za financijske računovodstvene standarde (Financial Accounting Standards Board (FASB)) i Općeprihvaćeni revizijski standardi (Generally Accepted Auditing Standards (GAAS)) koje usvaja Američki institut ovlaštenih javnih računovođa (American Institute of Certified Public Accountants (AICPA)). I jedno i drugo tijelo nalaze se pod nadzorom američke Komisije za vrijednosne papire (Securities and Exchange Commission). Vidi u Shyam Sunder, Rethinking the Structure of Accounting And Auditing, Yale IFC Working Paper No. 03-17, Yale International Center for Finance, 2003., str. 3-13., Feinman, J.M., op. cit. str. 21-22., Cunningham, L.A., op. cit., str. 943-946. i 964-965., Lajoš Žager, Američki nacionalni revizijski standardi, Računovodstvo i financije, 5/1995., str. 22-23.

¹⁷ Žager, L., Objekt, predmet i vrste revizije, str. 41.

¹⁸ *ibid.*, str. 42.

¹⁹ *loc. cit.*

od odgovornosti za štetu na svotu osiguranja koja je utvrđena zakonom, a koja može nastati trgovačkom društvu zbog neprimjerenog rada revizora. U svom radu revizor mora postupati sukladno pravnim propisima te standardima revizorske struke. Javna (državna) revizija obavlja se u ime i za račun države te je obavlja glavni državni revizor kojeg imenuje zakonodavno tijelo određene države. Glavni državni revizor je vanjsko, stručno i neovisno tijelo koje ispituje načine trošenja novčanih sredstava iz državnog proračuna i poslovanje trgovačkih društava od javnog interesa.²⁰

2.2. *Uloga revizora*

Različiti korisnici izvješća o reviziji očekuju da će ih ono obavijestiti o točnosti financijskih izvješća, solventnosti trgovačkog društva nad čijim se financijskim izvješćima provodi revizija, postojanju prijevanih radnji, poštivanju pravnih obveza trgovačkog društva i odgovornom ponašanju trgovačkog društva u odnosu na zaštitu okoliša i općedruštvena pitanja.²¹

Kada se radi o točnosti financijskih izvješća i solventnosti trgovačkog društva, valja naglasiti da odgovornost za potpunost i točnost prikaza financijske situacije u trgovačkom društvu leži na članovima uprave i nadzornog odbora. Naime, uprava je ovlaštena sastaviti godišnja financijska izvješća (čl. 300.a, ZTD). Potom uprava godišnja financijska izvješća, izvješće o stanju društva i prijedlog odluke o upotrebi dobiti dostavlja nadzornom odboru koji će ih ispitati i u pisanom obliku o provedenom ispitivanju izvijestiti glavnu skupštinu. Nadzorni odbor mora zauzeti stav i o izvješću revizora, ako postoji obveza revizije godišnjih financijskih izvješća (čl. 300.b i 300.c, ZTD). Konačno, godišnja financijska izvješća utvrđuju uprava i nadzorni odbor, osim u slučaju ako usvajanje financijskih izvješća prepuste glavnoj skupštini ili nadzorni odbor ne dade suglasnost na izvješća uprave te to umjesto njih učini glavna skupština (čl. 300.d i 300.e, ZTD).²² Iz ovoga proizlazi da revizor ima zadatak ocijeniti da li su financijska izvješća izrađena u skladu sa zakonom i računovodstvenim standardima i prikazuju li istinitu i pravednu (fair) sliku financijske situacije trgovačkog društva, pri čemu konačni sud o izvješću revizora daje nadzorni odbor trgovačkog društva.

Javnost očekuje od revizora da utvrdi postojanje prijevanih radnji ili povreda pravnih propisa koje mogu imati za posljedicu netočnosti u financijskim izvješćima na temelju kojih revizor izrađuje svoje izvješće. I ovdje je primarni zadatak nadzornog odbora da utvrdi moguća protuzakonita postupanja uprave te da uprava izgradi sustav

²⁰ *ibid.*, str. 42-43.

²¹ Green Paper of The Commission 1996, str. 10.

²² Izmjenom Zakona o trgovačkim društvima iz 2003. godine uvedeno je novo poglavlje pod naslovom "Utvrđenje godišnjih financijskih izvješća" kojim je uređena materija izrade i usvajanja godišnjih financijskih izvješća po uzoru na europsko i njemačko pravo društava. Pritom odlučivanje o godišnjim financijskim izvješćima prelazi iz nadležnosti glavne skupštine u nadležnost nadzornog odbora i uprave koji zajedno odgovaraju za njihovu točnost. Glavna skupština samo iznimno utvrđuje godišnja financijska izvješća. To je i opravdano s obzirom na to da je uprava najupućenija u tekuća financijska poslovanja trgovačkog društva, a nadzorni odbor s obzirom na svoj ustroj i stručnost najosposobljeniji da obavi nadzor nad upravom pri sastavljanju godišnjih financijskih izvješća. Vidi u Jakša Barbić, *Pravo društava*, Knjiga druga - Društva kapitala, Organizator, Zagreb, 2001., str. 362-363.

unutarnjeg nadzora, dok se odgovornost revizora sastoji u obvezi da planira i izvodi postupak revizije tako da se može razumno očekivati da će utvrditi nedostatke i nepravilnosti u godišnjim financijskim izvješćima, bilo da su oni izazvani prijevarem, nenamjernim greškama ili povredama pravnih propisa.²³ U državama članicama Europske unije neutvrđivanje prijevare ili povrede zakona predstavlja osnovu za uspostavu odgovornosti revizora uz uvjet ispunjenja određenih dodatnih pretpostavki.²⁴

Konačno, posljednjih godina se osobita pozornost posvećuje zaštiti čovjekovog okoliša, uvjeta rada i sigurnosti, politike proizvodnje i drugih pitanja od šireg društvenog značaja. U pravilu revizori ne posjeduju stručna znanja uz pomoć kojih bi mogli ocijeniti stanje u trgovačkom društvu u pogledu tih pitanja. Oni se pritom mogu koristiti uslugama vještaka. Ipak, to bi trebao biti predmet analize nekih drugih stručnjaka.²⁵

Praksa i pravna znanost pokazuju da države koje pripadaju angloameričkoj pravnoj tradiciji (*Common Law*) imaju bolje zakonodavstvo koje štiti potencijalne investitore i razvijenija tržišta kapitala nego države koje pripadaju kontinentalnoj pravnoj tradiciji (*Civil Law*).²⁶ Postavlja se pitanje mjesta i uloge računovodstva i revizije u korporacijskom upravljanju trgovačkih društava. U državama angloameričke pravne tradicije jača je potreba za učestalijim i preglednijim računovodstvom i revizijom zbog bolje razvijenosti tržišta kapitala.²⁷ Na taj način prevladava se asimetrija u dostupnosti informacija o trgovačkom društvu između trgovačkog društva (i njegovih dioničara) i vanjskih investitora. Konačno, i troškovi revizije i izrade financijskih izvješća veći su u državama angloameričke pravne tradicije. Ti troškovi se povećavaju i u državama kontinentalne pravne tradicije kada se učestalije i preglednije izrađuju i revidiraju financijska izvješća. Postavlja se pitanje da li učestalije i preglednije računovodstvo i revizija može doprinijeti razvoju financijskog tržišta te se postavlja hipoteza da strože računovodstvo može nadomjestiti slabosti zakona o zaštiti investitora. U tom smjeru ide i tendencija k usvajanju međunarodnih

²³ Green Paper of The Commission 1996, str. 13-16.

²⁴ Tako sudovi utvrđuju odgovornost revizora: a) ako je revizor zbog vlastitog nemara propustio utvrditi prijevaru pouzdajući se u izvješća i rad uprave trgovačkog društva (npr. presude francuskih sudova) ili zbog nedovoljnog rada nije utvrdio postojanje prijevare, iako je to mogao učiniti da nije bio nemaran (npr. presude finskih, francuskih, britanskih i talijanskih sudova); b) ako je utvrdio postojanje prijevare, ali je nije prikazao u svom izvješću što je dovelo do nastanka štete (presude finskih i britanskih sudova). Vidi u European Commission, A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union, 15 January 2001., http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/docs/auditliability.pdf, 31. listopada 2003., str. 44-46. i 123-125.

²⁵ Green Paper of The Commission 1996, str. 16.

²⁶ Jere R. Francis, Inder K. Khurana, Raynolde Pereira, Investor Protection Laws, Accounting and Auditing Around the World, University of Missouri at Columbia, University of Missouri at Columbia - College of Business and Public Administration and University of Missouri at Columbia - School of Accountancy, <http://papers.ssm.com/sol3/results.cfm?nextres=21>, 28. listopada 2003., str. 1-2 i 4-8.

²⁷ Potreba za izradom financijskih izvješća i njihovom revizijom nastaje krajem 18. stoljeća kada dolazi do razvoja tržišta kapitala i pojave odvajanja upravljanja i vlasništva nad trgovačkim društvima. Tako je burza u New Yorku osnovana 1792. godine. Vidi u Eugene A. Imhoff, Jr., Accounting Quality, Auditing and Corporate Governance, University of Michigan Business School, January 2003, <http://papers.ssm.com/sol3/results.cfm>, str. 3-4.

računovodstvenih standarda u izradi financijskih izvješća u državama kontinentalne pravne tradicije.²⁸ U praksi država kontinentalne pravne tradicije ne mogu se naći dokazi da usvajanje međunarodnih računovodstvenih standarda doprinosi boljem razvoju financijskih tržišta.²⁹ Stoga se ukazuje potreba opsežnijih reformi zakona o zaštiti investitora u državama kontinentalne pravne tradicije.³⁰

3. Revizija u hrvatskom pravu

U hrvatskom pravu postoji nekoliko pravnih izvora koji uređuju obvezu revizije financijskih izvješća, položaj i uvjete za obavljanje djelatnosti revizora te slučajeve posebne revizije. To su Zakon o računovodstvu (NN 90/92.), Zakon o reviziji (NN 90/92.) i Zakon o trgovačkim društvima (NN 111/93., 34/99., 52/00. i 118/03.).

3.1. Obveza revizije u trgovačkim društvima

3.1.1. Redovita revizija financijskih izvješća

Redovitu obvezu revizije financijskih izvješća propisuje Zakon o računovodstvu³¹ u čl. 28., gdje se određuje da financijska izvješća svih velikih trgovačkih društava i srednje velikih trgovačkih društava ustrojnih kao dionička društva treba podvrći reviziji jednom godišnje. Mala trgovačka društva ustrojena kao dionička društva podliježu obvezi skraćene revizije (uvid u poslovanje) svake treće godine. Sva ostala srednje velika i mala trgovačka društva (društva s ograničenom odgovornošću) mogu svojim društvenim ugovorima ili statutima propisati tu obvezu. Klasifikacija trgovačkih društava provodi se prema kriterijima: 1. zbroj bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivi; 2. prihod u dvanaest mjeseci prije sastavljanja bilance, i 3. godišnji prosjek zaposlenih namještenika.³² Promatrajući odredbe Zakona

²⁸ Na taj način se ipak ne zadire oštrije u postojeće zakone o zaštiti investitora koji su slabe kvalitete u državama kontinentalne pravne tradicije.

²⁹ Izuzev kada se radi o Švicarskoj i Italiji. Vidi Francis, J.R., Khurana, I.K., Pereira, R., *Investor Protection Laws, Accounting and Auditing Around the World*, str. 25.

³⁰ Francis, J.R., Khurana, I.K., Pereira, R., *Investor Protection Laws, Accounting and Auditing Around the World*, str. 24-25.

³¹ Zakon o tržištu vrijednosnih papira (NN 84/02.) u čl. 20. i 21. propisuje da izdavatelj vrijednosnih papira mora objaviti prospekt (javnu ponudu) kojom poziva na opis vrijednosnih papira. Kao obvezatni dio prospekta navodi se i godišnja financijska i konsolidirana financijska izvješća te podatke o osobi revizora i podatke o mogućem odbijanju obavljanja revizije, nepotpisivanju ili uključivanju određenih ograničenja u izvješće o reviziji. Iz ovoga se može zaključiti da obvezi revizije podliježu i trgovačka društva čiji vrijednosni papiri kotiraju na burzama.

³² Klasifikacija trgovačkih društava određena je čl. 16. Zakona o računovodstvu: "(1) Poduzetnici koji su obvezni voditi poslovne knjige i sastavljati financijske izvještaje prema odredbama ovoga Zakona klasificiraju se na male, srednje velike i velike.

(2) Mali su poduzetnici oni koji ne prelaze dva od tri sljedeća kriterija: 1. zbroj bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivi u protuvrijednosti DEM 2,000.000; 2. prihod u dvanaest mjeseci prije sastavljanja bilance u protuvrijednosti DEM 4,000.000; 3. godišnji prosjek zaposlenih 50 namještenika.

o računovodstvu i odredbe Četvrte smjernice Europske unije o bilancama i Sedme smjernice Europske unije o konsolidiranim bilancama moguće je uočiti da je hrvatski zakonodavac obvezu revizije postavio uže nego Europska unija. Naime, Zakon obvezu revizije ograničava samo na dionička društva, dok društva s ograničenom odgovornošću obvezu revizije mogu predvidjeti svojim društvenim ugovorima. Naime, i Četvrta i Sedma smjernica utvrđuju da će se njihove odredbe primjenjivati na sva dionička društva, komanditna društva na dionice i društva s ograničenom odgovornošću (čl. 1. Četvrte smjernice i čl. 4. Sedme smjernice).³³ Smjernice ne predviđaju nikakvu posebnu klasifikaciju trgovačkih društava.³⁴ Četvrta smjernica u čl. 51. obvezuje sva društva kapitala na reviziju godišnjih financijskih izvješća, osim

(3) Srednje su veliki poduzetnici oni koji prelaze dva od tri kriterija iz stavka (2) ovoga članka, a nikad ne prelaze dva od tri sljedeća kriterija: 1. zbroj bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivni u protuvrijednosti DEM 8.000.000; 2. prihod u dvanaest mjeseci prije sastavljanja bilance u protuvrijednosti DEM 16.000.000; 3. godišnji prosjek zaposlenih 250 namještenika.

(4) Veliki su poduzetnici oni koji prelaze bar dva od tri kriterija navedena u stavku (3) ovoga članka.

(5) U smislu ovoga Zakona, veliki su poduzetnici i banke, financijske organizacije i osiguravajuća te reosiguravajuća društva.

(6) Kao prosječan broj zaposlenih uzima se četvrtina zbroja zaposlenih 31. III. do 30. VI., 30. IX. i 31. XII. uključujući i zaposlene u inozemstvu.”

Prijedlog Zakona o računovodstvu iz 2003. godine klasifikaciju (razvrstavanje) trgovačkih društava određuje u čl. 14.: “(1) Za svrhe ovoga Zakona, trgovačka društva se razvrstavaju na mala, srednje velika i velika.

(2) Mala trgovačka društva jesu ona koja ne prelaze dva od tri sljedeća kriterija: 1. zbroj bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivni u iznosu 3.650.000 EUR preračunato u kunama; 2. prihod u dvanaest mjeseci prije sastavljanja bilance u iznosu 7.300.000 EUR preračunato u kunama; 3. godišnji prosjek zaposlenih 50.

(3) Srednje velika trgovačka društva jesu ona koja prelaze dva od tri kriterija iz stavka (2) ovoga članka, a ne prelaze dva od tri sljedeća kriterija: 1. zbroj bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivni u iznosu 14.600.000 EUR preračunato u kunama; 2. prihod u dvanaest mjeseci prije sastavljanja bilance u iznosu 29.200.000 EUR preračunato u kunama; 3. godišnji prosjek zaposlenih 250.

(4) Velika trgovačka društva jesu ona koja prelaze najmanje dva od tri kriterija navedena u stavku (3) ovoga članka.

(5) Velika trgovačka društva, u smislu ovoga Zakona, jesu banke, financijske organizacije i osiguravajuća te reosiguravajuća društva, neovisno o kriterijima za razvrstavanje iz stavaka (2), (3) i (4) ovoga članka.

(6) Kao prosječan broj zaposlenih uzima se četvrtina zbroja zaposlenih 31. III. do 30. VI., 30. IX. i 31. XII. uključujući i zaposlene u inozemstvu.

(7) Za preračunavanje eura iz stavaka (2) i (3) ovoga članka primjenjuje se srednji tečaj Hrvatske narodne banke od 31. prosinca odnosno godine, a dobivene veličine služe za razvrstavanje trgovačkih društava radi eksternog financijskog izvješćivanja.” Iz ovoga se vidi da je predlagatelj Zakona povišio iznose zbroja bilanci i prihoda trgovačkih društava za njihovo razvrstavanje, uzimajući u obzir suvremene gospodarske trendove u RH te odredbe njemačkog prava.

³³ Tako i njemački HGB u § 316 propisuje obvezu svih društava kapitala, osim malih trgovačkih društava (§ 267 Abs. 1 HGB), da provedu reviziju svojih godišnjih financijskih izvješća te obvezu revizije konsolidiranih financijskih izvješća svih društava kapitala.

³⁴ Ali to predviđa § 267 njemačkog HGB-a.

ako država članica predvidi mogućnost da od obveze revizije budu izuzeta ona društva kapitala koja ispunjavaju uvjete iz čl. 11. Četvrte smjernice (mala trgovačka društva).³⁵ Sedma smjernica predviđa obvezu vladajućeg društva (društva-majke) da obavi reviziju za sva konsolidirana financijska izvješća (čl. 37. Sedme smjernice). Prijedlog Zakona o računovodstvu iz 2003. godine u čl. 25. predviđa obvezu revizije financijskih izvješća i konsolidiranih financijskih izvješća velikih trgovačkih društava, srednje velikih trgovačkih društava koja su dionička društva, trgovačkih društava koja sa svojim vrijednosnim papirima kotiraju na burzama, trgovačkih društava koja izdaju dužničke vrijednosne papire i drugih trgovačkih društava koja su na to obvezana zakonom svake godine. Financijska izvješća malih trgovačkih društava koja su dionička društva podliježu reviziji jednom u tri godine. Konačno, financijska izvješća ostalih trgovačkih društava podliježu reviziji u obliku pregleda svake tri godine. Na ovaj način predlagatelj zakona nastoji uskladiti propise sa spomenutim smjericama te širi obvezu revizije i na društva s ograničenom odgovornošću.

3.1.2. Obveza revizije propisana Zakonom o trgovačkim društvima

Zakon o trgovačkim društvima na više mjesta predviđa obvezu revizije u nekim specifičnim slučajevima. Tako se propisuje obveza revizije pri osnivanju trgovačkog društva (čl. 180.-185., 194.a, 197.-198., 203., 206., 390., 394.-395., ZTD), u slučajevima posebne revizije (čl. 298.-300., 500., ZTD), pri povećanju temeljnog kapitala trgovačkog društva ulozima u stvarima i pravima (čl. 305.-306., 309., 311., ZTD), uvjetnog povećanja temeljnog kapitala trgovačkog društva ulozima u stvarima i pravima (čl. 315.-317., ZTD), povećanja temeljnog kapitala ulozima u stvarima i pravima na temelju odluke uprave o odobrenom temeljnom kapitalu (čl. 326., ZTD), povećanja temeljnog kapitala trgovačkog društva iz sredstava društva (čl. 330.-331., 459.-460., ZTD), likvidaciji trgovačkog društva (čl. 376., čl. 472., ZTD), reviziji financijskih izvješća društava s ograničenom odgovornošću (čl. 450.-452., ZTD), reviziji poduzetničkog ugovora (čl. 481.a-481.b, ZTD) i reviziji izvješća o ovisnosti (čl. 498., ZTD), priključenja trgovačkog društva (čl. 504., ZTD), pripajanja i spajanja trgovačkih društava (čl. 513.-515., 517., 519., 521., 526., 531., 533., 534., 540., 544., 549., ZTD), podjeli trgovačkih društava (čl. 550.e-550.g, ZTD) i preoblikovanju trgovačkih društava (čl. 580., ZTD). Sve te situacije mogu dovesti do ugrožavanja interesa članova trgovačkih društava, pa se propisuje obveza revizije kojom se osigurava da članovi društva dobiju potpunu i točnu sliku o financijskoj situaciji u trgovačkom društvu.

U čl. 182. i 197. ZTD-a propisuje se obveza revizije osnivanja, kako u slučaju simultanog, tako i sukcesivnog osnivanja dioničkog društva. Kako društva kapitala karakterizira da njihov supstrat čini temeljni kapital, koji služi kao jamstvo trećim osobama (vjerovnicima) da će trgovačko društvo ispuniti svoje obveze,³⁶ javlja se

³⁵ Čl. 11. Četvrte smjernice određuje da države članice mogu dopustiti da ona trgovačka društva koja ne prelaze dva od tri sljedeća kriterija: 1. zbroj bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivu u iznosu od 1,000.000 EUA; 2. prihod u dvanaest mjeseci prije sastavljanja bilance u iznosu 2,000.000 EUA; 3. godišnji prosjek zaposlenih 50, mogu sastaviti skraćeno izvješće o reviziji.

³⁶ Članovi društava kapitala ne odgovaraju za obveze društva svojom osobnom imovinom, već to čini samo trgovačko društvo svojim temeljnim kapitalom kojega čine ulogi članova društva kapitala (dioničari, članovi društva s ograničenom odgovornošću). Članovi društava kapitala na temelju svojih uloga uživaju određena upravljačka i imovinska prava te snose rizik eventualnog neuspješnog poslovanja trgovačkog društva.

potreba da se pri osnivanju trgovačkog društva obavi postupak revizije koji će obaviti nepristrani i stručni revizori. Zakon propisuje obvezu članova uprave i nadzornog odbora da provjere postupak osnivanja, a revizori moraju obaviti reviziju u slučaju ako je neki član uprave ili nadzornog odbora ujedno i osnivač društva, ako su u osnivanju preuzete dionice za račun nekog člana uprave ili nadzornog odbora,³⁷ ako je neki član uprave ili nadzornog odbora u osnivanju dobio posebnu pogodnost ili je dobio naknadu ili obeštećenje za postupak osnivanja³⁸ te konačno ako je osnivanje društva provedeno ulaganjem ili preuzimanjem stvari ili prava.³⁹ Radi se o slučajevima tzv. kvalificiranog osnivanja dioničkog društva,⁴⁰ gdje je moguće ugroziti interese dioničara i vjerovnika. Revizore imenuje registarski sud na čijem će području dioničko društvo imati svoje sjedište, a on odlučuje i o visini nagrade i naknade troškova revizorima, koja se isplaćuje iz sredstava dioničkog društva (čl. 182. st. 3. i čl. 185., ZTD). Zahtjev sudu podnose osnivači, odnosno uprava društva. Što se tiče opsega revizije, ona se ograničava na ispitivanje potpunosti i točnosti podataka osnivača o preuzimanju dionica, o ulaganju u temeljni kapital i o utvrđenjima vezanim uz posebne pogodnosti i troškove osnivanja te ulaganje, odnosno preuzimanje stvari i prava, kao i da li vrijednost ulaganja i preuzimanja stvari i prava odgovara nominalnom iznosu dionica koje za to treba dati ili vrijednosti činidbi koje za to treba ispuniti društvo. O obavljenoj reviziji sastavlja se pisano izvješće koje se dostavlja sudu i upravi društva (čl. 183., ZTD).⁴¹ Uz prijavu za upis novoosnovanog dioničkog društva moraju se priložiti ugovori o posebnim pogodnostima i ulaganju, odnosno preuzimanju stvari te izvješće revizora (čl. 187. st. 2. t. 2. i 6., ZTD), pri čemu sud ima ovlast odbiti upis društva u sudski registar ako revizori osnivanja izjave ili je očigledno da je izvješće o osnivanju ili izvješće o reviziji netočno, nepotpuno ili protivno zakonu, kao i u slučaju ako je vrijednost predmeta ulaganja stvari ili prava, odnosno preuzimanja stvari bitno manja od nominalnih iznosa dionica koje se za to daju ili od vrijednosti protučinidbe (čl. 188., ZTD). Na isti način će se postupiti i u slučaju osnivanja društva s ograničenom odgovornošću ukoliko se ulažu stvari ili prava (čl. 390. st. 3. i 4., 394.-395., ZTD). Izmjenama i dopunama ZTD-a, iz 2003. godine, uređeni su i slučajevi naknadnih osnivanja trgovačkih društava kojima se pokrivene one situacije kada društvo stječe stvari i prava nakon osnivanja trgovačkog društva. Tako bi osnivači mogli prvo osnovati trgovačko društvo, a potom pribaviti određene stvari i prava koja će činiti sastavni dio njegovog temeljnog kapitala. Na taj način bi se izbjegli stroži propisi koji se primjenjuju pri osnivanju trgovačkih društava kada se ulažu ili preuzimaju prava, odnosno stvari. Da bi se spriječile takve

³⁷ Moguće je da postoji sukob interesa budući da su u jednoj te istoj osobi sjedinjene funkcije upravljanja i nadzora nad trgovačkim društvom te dioničarstva (vlasništva) u trgovačkom društvu.

³⁸ Ocjenjuje se primjerenost određivanja takve posebne pogodnosti, naknade ili obeštećenja te njihova novčana vrijednost.

³⁹ Potrebno je da revizor provjeri da li je procijenjena vrijednost te stvari ili prava realna. Vidi u Franc Kolenc, *Revizijski postupci kod uloga u stvarima i povećanja temeljnog kapitala*, Računovodstvo, revizija i financije, 8/1996., str. 35-36. i 38-39.

⁴⁰ Vilim Gorenc, *Trgovačko pravo - društva*, Školska knjiga, Zagreb, 1996., str. 214-217., Barbić, J., op. cit., str. 179-180.

⁴¹ Na osnivačkoj skupštini u slučaju sukcesivnog osnivanja dioničkog društva čitaju se izvješća o osnivanju i reviziji te se na taj način upoznaju i dioničari sa sadržajem tih izvješća (čl. 203. st. 2. i čl. 206. st. 1., ZTD).

zloupotrebe, hrvatski je zakonodavac ograničio takva naknadna osnivanja vezujući ih za određeno vrijeme i određenu vrijednost tih stvari ili prava. Tako je u čl. 194.a ZTD-a propisano da su valjani ugovori koje društvo u prve dvije godine nakon što se upiše u sudski registar sklopi s osnivačima ili s dioničarima na čije dionice otpada više od desetine iznosa temeljnog kapitala društva kojima društvo stječe stvari i prava za cijenu jednaku ili višu od iznosa desetine tog kapitala, i to ako ih odobri glavna skupština i kada ih se upiše u sudski registar. Prije nego što glavna skupština donese odluku, treba joj podnijeti izvješće revizora osnivanja koji su pregledali ugovor, odnosno stvar ili pravo koje se stječe (čl. 194.a, ZTD).⁴²

U čl. 298.-300. ZTD-a propisuju se slučajevi tzv. posebne revizije. Njezina karakteristika je ta da odluku o imenovanju revizora i provedbi te vrste revizije radi ispitivanja radnji provedenih u osnivanju društva, ispitivanju vođenja poslova društva i mjera poduzetih za povećanje ili smanjenje temeljnog kapitala društva (čl. 298. st. 1.) te ispitivanja poslovnih odnosa društva s vladajućim društvom ili s nekim društvom koje je s njim povezano, kada odluku donosi sud (čl. 500., ZTD),⁴³ donosi glavna skupština dioničkog društva⁴⁴ običnom većinom glasova. Ova revizija provodi se radi utvrđivanja činjenica na temelju kojih se može postaviti odštetni zahtjev protiv osnivača i protiv članova uprave i nadzornog odbora, a radi zaštite manjinskih dioničara te se u pravilu provodi nakon što je provedena neka od gore spomenutih revizija.⁴⁵ U donošenju odluke ne može sudjelovati član uprave ili nadzornog odbora, bez obzira da li nastupa u svoje ili tuđe ime, ako se ispitivanje revizora odnosi na ocjenu rada nekog člana tih tijela ili je u vezi s pokretanjem sudskog spora između društva i nekog od tih osoba. Za posebnog revizora se može imenovati samo ovlašteni revizor. Ako se posumnja u stručnost i pouzdanost posebnog revizora kojeg je imenovala glavna skupština, dioničari koji drže dionice koje čine najmanje deseti dio temeljnog kapitala ili najmanje 8.000.000,00 kuna temeljnog kapitala, mogu predložiti sudu da imenuje drugog revizora. Prijedlog se mora podnijeti u roku od 14 dana od održavanja skupštine na kojoj je imenovan posebni revizor.⁴⁶ U slučaju ako glavna skupština odbije imenovati revizore, to će učiniti sud na

⁴² Ova odredba je nastala po uzoru na austrijsko i njemačko pravo društava (§ 45 st. 1. AktgA, § 52 st. 1. AktG). Vidi u Gorenc, V., op. cit., str. 217.

⁴³ Svaki član ovisnog društva ima pravo postaviti zahtjev sudu da se posebno ispituju poslovni odnosi društva s vladajućim društvom ili društvom s kojim su vladajuće i ovisno društvo povezani u koncern, a između njih nije sklopljen ugovor o vođenju poslova. Nedostatak ove zakonske odredbe očituje se u tome što članovi ovisnog društva mogu takav zahtjev postaviti sudu samo u ograničenom broju slučajeva: a) ako revizor odbije dati ili ograniči izjavu o prihvaćanju izvješća o ovisnosti uprave ovisnog društva, zbog njezine nepotpunosti ili prigovora koje ima na sadržaj izvješća; b) ako nadzorni odbor stavi prigovore na izjavu uprave koju je ona dala na kraju svog izvješća o ovisnosti; c) ako uprava izjavi da je društvo bilo oštećeno određenim pravnim poslom ili radnjom, te mu šteta nije nadoknađena. Članovima ovisnog društva se jedino na taj način pruža mogućnost neposrednog uvida u odnose povezanih društava.

⁴⁴ Izmjenama ZTD-a iz 2003. godine predviđeno je da nadzorni odbor može dati nalog revizoru za ispitivanje godišnjih financijskih izvješća (čl. 263. st. 2., ZTD). To je i prirodno zbog nadzorne funkcije koju ostvaruje to tijelo u dioničkom društvu, a ponekad članovi nadzornog odbora trebaju stručnu pomoć revizora.

⁴⁵ Barbić, J., op. cit., str. 524-525., Gorenc, V., op. cit., str. 348.

⁴⁶ Na taj način manjinski dioničari mogu utjecati na odluku glavne skupštine o imenovanju posebnog revizora (čl. 298. st. 4-5.). Ova dopuna je određena 2003. godine Zakonom o izmjenama i dopunama ZTD-a (NN 118/03.).

prijedlog manjinskih dioničara. Uvjet za podnošenje prijedloga je da su ga podnijeli dioničari koji zajedno drže dionice koji čine najmanje dvadesetinu temeljnog kapitala,⁴⁷ da postoji opravdana sumnja da su pri osnivanju društva počinjene nepravilnosti ili grube povrede zakona, odnosno statuta te da je zahtjev podnesen u roku od 15 dana od održavanja glavne skupštine na kojoj je odbijen prijedlog za imenovanje posebnog revizora. Posebni revizori imaju pravo uvida u svu poslovnu dokumentaciju dioničkog društva, a članovi uprave i nadzornog odbora su dužni surađivati s njima.⁴⁸ Posebni revizori o svom nalazu izrađuju pisano izvješće koje dostavljaju upravi društva i sudskom registru u kojem je upisano društvo. Uprava mora podnijeti izvješće nadzornom odboru te ga staviti na naredni dnevni red glavne skupštine društva (čl. 299., ZTD). Posebni revizori imaju pravo na primjerenu nagradu i naknadu troškova na teret dioničkog društva, a odluku o tome, ako je posebne revizore imenovao sud, donosi taj sud (čl. 300., ZTD).

Trgovačka društva ustanovljavaju svoj temeljni kapital uplatom dionica, odnosno uplatama temeljnih uloga. Tijekom poslovanja se iznos tog temeljnog kapitala povećava pohranom ostvarene dobiti u rezervama društva, zadržanom amortizacijom, ali se i smanjuje eventualnim gubicima. Trgovačko društvo može kapital pribavljati i iz vanjskih izvora, uzimajući kredite, izdajući obveznice i sl. Konačno, svako trgovačko društvo može pribaviti novi kapital i povećanjem svojeg temeljnog kapitala, pri čemu razlikujemo efektivno i nominalno povećanje. Tako ZTD određuje da dioničko društvo može povećati temeljni kapital novim ulozima, na temelju uvjetnog povećanja temeljnog kapitala, na temelju odredbi o odobrenom temeljnom kapitalu⁴⁹ te povećanjem temeljnog kapitala iz sredstava društva.⁵⁰ Društvo s ograničenom odgovornošću može povećati svoj temeljni kapital ili uplatama novih temeljnih uloga ili pretvaranjem vlastitih rezervi u temeljni kapital.⁵¹ Ako se povećanje temeljnog kapitala dioničkog društva obavlja ulaganjem stvari ili prava, potrebno je da revizor, kojeg je imenovao ovlaštenu sud, obaví procjenu vrijednosti stvari ili prava,⁵² da o tome sastavi pisano izvješće te ga dostavi sudu i upravi društva. Sud će odbiti upis odluke o povećanju temeljnog kapitala u registar ako je vrijednost uloga u stvarima i u

⁴⁷ Izmjenom ZTD-a iz 2003. godine smanjen je udio dionica u temeljnom kapitalu društva s 10 % na 5%, čime se olakšava manjinskim dioničarima podnošenje prijedloga za imenovanje posebnog revizora, ako ga je odbila imenovati glavna skupština.

⁴⁸ Zakon ne propisuje posebni rok u kojem se ima obaviti revizija, ali valja voditi računa da čl. 252. st. 6. i čl. 272. ZTD-a propisuju zastarni rok od 5 godina za podizanje zahtjeva zbog odgovornosti članova uprave i nadzornog odbora za štetu pričinjenu društvu. Vidi u Barbić, J., op. cit., str. 526.

⁴⁹ To su oblici efektivnog (stvarnog) povećanja temeljnog kapitala.

⁵⁰ Radi se o nominalnom povećanju temeljnog kapitala gdje se radi o unutarnjoj preraspodjeli postojećeg vlastitog kapitala društva pretvaranjem dobiti i rezervi u temeljni kapital. Temelj za donošenje odluke o povećanju temeljnog kapitala društva moraju biti financijska izvješća prethodne poslovne godine koja su utvrđena i koja je pregledao i potvrdio revizor najviše 8 mjeseci prije prijave odluke o povećanju za upis u sudski registar (čl. 330. i čl. 459. st. 1-2., ZTD). Vidi u Kolenc, F., op. cit., str. 39.

⁵¹ Podrobnije o povećanju temeljnog kapitala dioničkih društava i društava s ograničenom odgovornošću vidi u Barbić, J., op. cit., str. 537-572. i 1018-1032., Gorenc, V., op. cit., str. 350-364. i 439-443.

⁵² Vidi odluku Visokog trgovačkog suda RH od 6. srpnja 1999. donesenu u predmetu Pž-2852/99, objavljenu u časopisu Pravo i porezi, 3/2000, str. 100.

pravima znatno manja od iznosa temeljnog kapitala koji otpada na dionice koje se za to izdaju (čl. 305., 315., 326., ZTD).⁵³

U slučaju prestanka postojanja društva provodi se postupak likvidacije kojem je svrha razrješenje svih pravnih odnosa trgovačkog društva i trećih osoba (naplata tražbina, namirenje vjerovnika, unovčenje imovine društva) i raspodjela preostale imovine trgovačkog društva između članova društva koji imaju pravo na udio u ostatku likvidacijske mase.⁵⁴ Likvidatori su dužni odmah po stupanju na dužnost izraditi početna likvidacijska financijska izvješća i izvješće o stanju društva. Glavna skupština odnosno skupština odlučuje o utvrđenju početnih likvidacijskih financijskih izvješća, davanju razrješnice likvidatorima i članovima nadzornog odbora.⁵⁵ Na izradu početnih likvidacijskih financijskih izvješća na odgovarajući se način primjenjuju propisi o izradi godišnjih financijskih izvješća. Konačno, sud može odlučiti da nije potrebno provesti reviziju godišnjih financijskih izvješća ako su prilike u društvu tako vidljive da to nije potrebno radi zaštite interesa vjerovnika i dioničara (čl. 376., 472., ZTD).

Budući da revizija financijskog poslovanja društva s ograničenom odgovornošću nije obvezatna, za razliku od dioničkog društva, ZTD je u čl. 450. predvidio mogućnost da sud imenuje revizora financijskih izvješća društva s ograničenom odgovornošću. Na taj način želi se ostvariti zaštita interesa manjinskih članova društva te ih upoznati sa financijskim stanjem u društvu. Pritom valja naglasiti da svaki član društva može predložiti skupštini da donese odluku o imenovanju revizora financijskih izvješća.⁵⁶ U slučaju da skupština društva odbije prijedlog člana, članovi društva koji zajedno drže temeljne uloge koji čine najmanje desetinu temeljnog kapitala mogu podnijeti zahtjev sudu da imenuje revizore. Sud će udovoljiti zahtjevu ako podnositelji - članovi društva⁵⁷ učine vjerojatnim postojanje grube povrede zakona ili društvenog ugovora.⁵⁸ Prije donošenja odluke sud će saslušati članove uprave i nadzornog odbora društva. Revizori imaju pravo pregleda poslovnih knjiga i dokumentacije društva i ispitivanja članova uprave, nadzornog odbora i zaposlenika, koji su dužni surađivati (čl. 451. st. 1., ZTD). Nagradu za rad revizorima određuje sud (čl. 451. st.2., ZTD).⁵⁹

⁵³ Zakonodavac upućuje na odgovarajuću primjenu odredbi čl. 182. st. 3.-4., čl. 183. st. 2.-3. i čl. 184. ZTD-a o reviziji osnivanja. Ove odredbe bi se trebale primijeniti i u slučaju ako se temeljni kapital društva s ograničenom odgovornošću povećava ulozima u stvarima ili pravima (vidi čl. 457. st. 7., ZTD).

⁵⁴ Vidi detaljnije u Barbić, J., op. cit., str. 683-684. i 691-692.

⁵⁵ Kako trgovačko društvo još uvijek ima nadzorni odbor, likvidatori su dužni ta financijska izvješća podnijeti na ispitivanje nadzornom odboru društva u likvidaciji. Vidi u Barbić, J., op. cit., str. 692.

⁵⁶ Barbić, J., op. cit. str. 1002-1004., Gorenc, V., op. cit., str. 436-437.

⁵⁷ Za vrijeme trajanja revizije oni ne mogu prenositi svoje poslovne udjele bez suglasnosti društva (čl. 450. st. 2., ZTD) te sud može uvjetovati imenovanje revizora davanjem primjerenog osiguranja na zahtjev društva (čl. 450. st. 4., ZTD). Na taj način se štiti društvo u slučaju ako se utvrdi da revizija nije bila opravdana, pa je za društvo nastala šteta te radi podmirenja troškova revizije. Revizija je neopravdana ako se u cjelini potvrdi ispravnost financijskih izvješća odnosno ako su poslovne knjige uredno vođene (čl. 450. st. 5., ZTD). Članovi društva koji su zlonamjerno ili zbog grube nepažnje tražili provedbu neopravdane revizije solidarno odgovaraju društvu za štetu (čl. 452. st. 5. ZTD).

⁵⁸ U zahtjevu moraju navesti te grube povrede i predložiti dokaze.

⁵⁹ O troškovima revizije se sklapa sporazum između članova društva i društva, a ako on izostane, odluku o snošenju troškova po slobodnoj ocjeni donosi sud uzimajući u obzir rezultate revizije (čl. 452. st. 2., ZTD).

Revizori moraju izraditi izvješće o reviziji te ga dostaviti upravi i nadzornom odboru društva. Podnositelji zahtjeva za imenovanje revizora imaju pravo uvida u izvješće i priloge u poslovnim prostorijama društva. Uprava i nadzorni odbor potom moraju na sljedećoj skupštini društva podnijeti izvješće revizora te zatražiti da ona o njemu odluči. Ako iz izvješća o reviziji proizlazi da je došlo do grubih povreda zakona ili društvenog ugovora, potrebno je bez odlaganja sazvati skupštinu društva.

Dopunom ZTD-a iz 2003. godine uvedena je i obveza revizije poduzetničkih ugovora (čl. 481.a-481.b, ZTD).⁶⁰ Naime, uspostavom ugovornog koncerna vladajuće društvo dobiva vrlo široke ovlasti u odnosu na ovisno društvo te se ugrožava načelo samostalnosti uprave trgovačkog društva u vođenju poslova društva i načelo očuvanja temeljnog kapitala društva. Stoga se javlja potreba uspostave mehanizama koji će zaštititi interese vanjskih dioničara i vjerovnika ovisnih društava.⁶¹ Revizore poduzetničkog ugovora imenuje uprava ovisnog društva ili na njezin zahtjev sud u čiji je sudski registar upisano ovisno društvo.⁶² Oni moraju izraditi pisano izvješće o obavljenoj reviziji poduzetničkog ugovora te ga zaključiti izjavom o primjerenosti naknade (čl. 491., ZTD) i otpremnine (čl. 492., ZTD) kojima se osiguravaju vanjski dioničari te navesti i pojasniti metode određivanja primjerne naknade i otpremnine. Revizija nije potrebna ako sve dionice odnosno udjele ovisnog društva drži vladajuće društvo (čl. 481.a, ZTD). Nakon sazivanja glavne skupštine, odnosno skupštine

⁶⁰ Pri sklapanju, izmjeni i prestanku poduzetničkih ugovora zakonodavac predviđa sudjelovanje vanjskih dioničara i vjerovnika ovisnog društva u tim radnjama, kako bi dobili potpune informacije o namjeravanom povezivanju trgovačkih društava i zaštitili svoje interese. U slučaju sklapanja poduzetničkih ugovora zahtijeva se suglasnost skupština društava između kojih se sklapa poduzetnički ugovor, koji mora biti sastavljen u pisanom obliku. Ukoliko se radi o sklapanju ugovora o vođenju poslova ili ugovora o prijenosu dobiti, zakon zahtijeva donošenje odluka o suglasnosti 2/3 većinom u skupštinama obiju društava - ugovornih strana, a kada se radi o ostalim poduzetničkim ugovorima, tada samo odluka skupštine onog društva koje se obvezuje na karakterističnu činidbu. Statutom/društvenim ugovorom moguće je predvidjeti i veću većinu i posebne pretpostavke za usvajanje odluke. Izmjenom ZTD-a iz 2003. godine, po uzoru na njemačko pravo, propisano je da uprava svakog društva čija glavna skupština odnosno skupština treba odobriti poduzetnički ugovor, mora sastaviti pisano izvješće u kojem mora pravno i gospodarski obrazložiti razloge sklapanja poduzetničkog ugovora i njegov sadržaj, a osobito način i visinu određene primjerene naknade iz čl. 491. i otpremnine iz čl. 492. ZTD-a. te upozoriti na posebne poteškoće pri procjeni vrijednosti društva. Uprave obaju društava mogu sastaviti i zajedničko izvješće o poduzetničkom ugovoru (čl. 481. st. 4., ZTD). U slučaju izmjene odredbi ugovora predviđa se identičan postupak kao i u slučaju sklapanja poduzetničkog ugovora, s time da u slučaju izmjene odredbi ugovora o vođenju poslova ili prijenosu dobiti kojima se uređuje obveza isplate primjerene naknade ili otpremnine vanjskim dioničarima, traži se i njihova posebna suglasnost (čl. 483., ZTD). U slučaju prestanka poduzetničkog ugovora (otkaz, raskid) odluku o prestanku donosi uprava trgovačkog društva te se ne zahtijeva suglasnost skupština društava. Valja naglasiti da u slučaju ako je sklopljen ugovor o vođenju poslova ili prijenosu dobiti društva, uprava mora pribaviti posebnu suglasnost za prestanak od vanjskih dioničara radi zaštite njihovog prava na primjerenu naknadu i otpremninu te vjerovnici ovisnog društva imaju pravo tražiti primjereno osiguranje od vladajućeg društva (čl. 484. i 485., ZTD). Vidi u Dionis Jurić, Odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva u hrvatskom i usporednom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 23, 2/2002., str. 516-517.

⁶¹ Jurić, D., op. cit. str. 516.

⁶² Mogu biti imenovani i zajednički revizori za sva trgovačka društva koja se povezuju poduzetničkim ugovorom.

društva koja donosi odluku o suglasnosti na poduzetnički ugovor, u poslovnim prostorijama društva daje se na uvid dioničarima, odnosno članovima društva: poduzetnički ugovor, izvješća uprava o poduzetničkom ugovoru i izvješće revizora poduzetničkog ugovora i godišnja financijska izvješća i izvješća o stanju društva onih društava koja sklapaju poduzetnički ugovor za posljednje tri poslovne godine. To pravo će dioničari odnosno članovi društva imati i tijekom sjednice glavne skupštine, odnosno skupštine društva, koja donosi odluku o suglasnosti (čl. 481.b, ZTD).⁶³ U slučaju ako se radi o faktičnom koncernu, odnosno ako su trgovačka društva povezana na temelju poduzetničkog ugovora, ali se ne radi o ugovoru o vođenju poslova društva ili ugovoru o prijenosu dobiti, ZTD propisuje obvezu uprave ovisnog društva da izradi izvješće o odnosima s povezanim društvima, tj. izvješće o ovisnosti (čl. 497., ZTD). Nadalje se u čl. 498. određuje da ukoliko ovisno društvo mora podnijeti svoja godišnja financijska izvješća na pregled revizoru, tim izvješćima treba pridodati i izvješće o ovisnosti. Revizor mora o obavljenom ispitivanju izvješća o ovisnosti sastaviti pisano izvješće kojeg dostavlja upravi ovisnog društva.⁶⁴ On u izvješće uključuje i izjavu o točnosti i potpunosti, odnosno može ograničiti ili uskratiti izjavu u slučaju netočnosti i nepotpunosti izvješća o ovisnosti.⁶⁵

Priključenje predstavlja najuže povezivanje dvaju društava kapitala (priključenog društva i glavnog društva), pri čemu ona zadržavaju svoju pravnu samostalnost. Ono nastaje kao posljedica već postojećih udjela u temeljnom kapitalu i postojeće potpune ovisnosti jednog društva kapitala o drugom društvu kapitala, bez obzira da li je do toga došlo na temelju ugovora ili faktično.⁶⁶ Priključenje je međustadij između odnosa povezanosti trgovačkih društava poduzetničkim ugovorima i potpune fuzije trgovačkih društava kada postojeća trgovačka društva gube svoju pravnu samostalnost.⁶⁷ Pritom se razlikuje redovito priključenje kod kojeg buduće glavno društvo drži sve udjele, odnosno dionice u temeljnom kapitalu budućeg priključenog društva (čl. 503., ZTD) i priključenje odlukom većine, kod kojega buduće glavno društvo drži više od 95% udjela ili dionica u temeljnom kapitalu budućeg priključenog društva (čl. 504., ZTD).

⁶³ Svakom dioničaru ili članu društva, na njegov zahtjev, uprava je dužna dati bez odlaganja i besplatno prijepis poduzetničkog ugovora. Uprava mora usmeno objasniti poduzetnički ugovor na početku rasprave, koji se prilaže zapisniku. Na zahtjev dioničara ili člana društva, na glavnoj skupštini odnosno skupštini koja odlučuje o suglasnosti, moraju se dati sve obavijesti o činjenicama koje su bitne za zaključenje poduzetničkog ugovora, a tiču se druge ugovorne strane.

⁶⁴ Uprava će izvješće o ovisnosti, izvješće o njegovoj reviziji te izvješće o reviziji godišnjih financijskih izvješća društva dostaviti nadzornom odboru. Nadzorni odbor će ih ispitati i o tome izvijestiti glavnu skupštinu odnosno skupštinu ovisnog društva (čl. 499., ZTD).

⁶⁵ O tome vidi u Jurić, D., op. cit., str. 521-522.

⁶⁶ Gorenc, V., op. cit., str. 467-468.

⁶⁷ Da bi došlo do priključenja potrebno je da se ispunje sljedeći uvjeti: a) i priključeno društvo i glavno društvo moraju biti društva kapitala (dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću); b) glavno društvo mora biti društvo kapitala sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, budući da ono odgovara vjerovnicima za obveze priključenog društva; c) buduće glavno društvo mora držati najmanje 95% udjela budućeg priključenog društva; d) odluku o priključenju donose skupštine budućeg glavnog i priključenog društva (čl. 503., ZTD).

Upravo se u slučaju priključenja odlukom većine javlja potreba zaštite manjinskih članova priključenog društva⁶⁸ propisivanjem posebnosti u postupku donošenja odluke o priključenju na glavnoj skupštini odnosno skupštini priključenog društva. Zbog toga je izmjenom ZTD-a iz 2003. godine uvedena obveza revizije postupka priključenja odlukom većine (čl. 504. st. 3.-4., ZTD).⁶⁹ Revizore priključenja imenuje uprava budućeg glavnog društva. Oni moraju izraditi pisano izvješće o obavljenoj reviziji i zaključiti ga izjavom da li je otpremnina koja se daje manjinskim članovima odnosno dioničarima priključenog društva (čl. 504.a, ZTD) primjerena te navesti i pojasniti metode njezinog određivanja.⁷⁰

Fuzijom (pripajanjem i spajanjem) trgovačkih društava dolazi do statusnih promjena u postojećim trgovačkim društvima, tako da se ili jedno trgovačko društvo (pripojeno društvo), koje gubi svoju pravnu osobnost, pripaja drugom društvu (društvo preuzimatelj) i postaje njegovim dijelom, ili dolazi do spajanja dvaju trgovačkih društava, koja gube svoju pravnu osobnost, i nastanka novog društva (spajanje).⁷¹ Odlika fuzije trgovačkih društava se očituje u gospodarskoj integraciji dvaju ili više trgovačkih društava, pri čemu ona gube svoju pravnu osobnost. Po tome se fuzija razlikuje od odnosa povezanih društava i priključenja trgovačkih društava.⁷² Fuzija trgovačkih društava ostvaruje se na temelju ugovora o pripajanju, odnosno spajanju kojeg sklapaju uprave trgovačkih društava koja sudjeluju u fuziji (čl. 513., 533., ZTD). U tom ugovoru se osobito određuje na koji način će se obaviti zamjena dionica, odnosno poslovnih udjela trgovačkih društava te njihov omjer. Uprave trgovačkih društava dužne su izraditi izvješće o pripajanju, odnosno spajanju u kojem će pravno i gospodarski obrazložiti ugovor o pripajanju, odnosno spajanju, omjer zamjene dionica i visine doplata u novcu.⁷³ Pritom uprave trgovačkih društava mogu izraditi i

⁶⁸ To su dioničari odnosno članovi priključenog društva koji drže preostalih 5 % dionica odnosno udjela u temeljnom kapitalu društva.

⁶⁹ Ovim izmjenama i dopunama je uvedena i obveza uprave budućeg glavnog društva da izradi izvješće u kojem se priključenje pravno i gospodarski obrazlaže i objašnjava (izvješće o priključenju). Ova obveza postoji i u slučaju redovnog priključenja i u slučaju priključenja odlukom većine (čl. 503. st. 3. t. 3. i čl. 504. st. 5. t. 2., ZTD).

⁷⁰ Nakon sazivanja glavne skupštine, odnosno skupštine društva koja donosi odluku o suglasnosti na priključenje, u poslovnim prostorijama društva daje se na uvid dioničarima, odnosno članovima budućeg priključenog društva i budućeg glavnog društva: odluka o priključenju, izvješće o priključenju i izvješće revizora priključenja i godišnja financijska izvješća i izvješća o stanju društva onih članova koja sudjeluju u priključenju za posljednje tri poslovne godine. To pravo će dioničari, odnosno članovi budućeg priključenog društva i budućeg glavnog društva imati i tijekom sjednice glavne skupštine, odnosno skupštine društva koje donosi odluku o suglasnosti. Oni mogu zahtijevati i prijepise odluke o priključenju na trošak društva. Uprava mora usmeno objasniti odluku o priključenju na početku rasprave. Na zahtjev dioničara ili člana društva, na glavnoj skupštini odnosno skupštini koja odlučuje o suglasnosti, moraju se dati sve obavijesti o činjenicama koje su bitne za priključenje, a tiču se druge ugovorne strane (čl. 504. st. 5.-9., ZTD).

⁷¹ Pritom se ne provodi postupak likvidacije.

⁷² Gorenc, V., op. cit., str. 482-483., Franc Kolenc, Revizijski postupci kod pripajanja društva i kod prisilne nagodbe, Računovodstvo, revizija i financije, 9/1996., str. 40-41.

⁷³ Obveza izrade tih izvješća postoji samo u slučaju kada se radi o pripajanju i spajanju dioničkih društava, odnosno pripajanju društva s ograničenom odgovornošću dioničkom društvu. Ako se radi o fuziji društava s ograničenom odgovornošću, ZTD ne propisuje obvezu sastavljanja izvješća o pripajanju, odnosno spajanju i na taj način pravi razliku u pravnom režimu. U njemačkom pravu postoji

zajedničko izvješće (čl. 514., 533., ZTD).⁷⁴ U čl. 515. i 533. ZTD-a propisuje se obveza revizije ugovora o pripajanju, odnosno spajanju za svako društvo koje sudjeluje u fuziji.⁷⁵ Revizore pripajanja i spajanja imenuje trgovački sud u čiji su registar upisana sjedišta društava, a na zahtjev uprava trgovačkih društava koja sudjeluju u fuziji mogu se imenovati zajednički revizori za sva društva. Revizori su dužni izraditi pisano izvješće o obavljenoj reviziji,⁷⁶ čiji je obvezatni dio sadržaja i izjava o primjerenosti omjera predložene zamjene dionica.⁷⁷ Ugovor o pripajanju, odnosno spajanju je valjan kada glavne skupštine, odnosno skupštine svih trgovačkih društava koja sudjeluju u fuziji dadu svoju suglasnost. One mogu dati svoju suglasnost i prije sklapanja ugovora o pripajanju, odnosno spajanju, i to na nacrt ugovora koji su usuglasile uprave društava.⁷⁸

obveza izrade izvješća o pripajanju, odnosno spajanju neovisno o kakvom se tipu trgovačkog društva radi. Ovo izvješće neće biti potrebno ako sve dionice, odnosno udjele pripojenog društva drži društvo preuzimatelj ili se svi imatelji dionica, odnosno udjela izričito odreknu tog izvješća (§ 8 i 36, Umwandlungsgesetz 1994). U europskom pravu Treća smjernica Europske unije o fuzijama dioničkih društava iz 1978. godine u čl. 9. propisuje obvezu izrade tog izvješća za dionička društva.

⁷⁴ U izvješću se moraju navesti mjerila za procjenu imovine društva koja je osnovica za omjer zamjene dionica te se mora upozoriti na posebne teškoće koje su se javile pri procjeni vrijednosti društva (čl. 514. st. 2., čl. 533. st. 1., ZTD).

⁷⁵ Ako sve dionice društva koje se pripaja drži društvo preuzimatelj, podaci o zamjeni dionica iz čl. 513. st. 2. t. 3-5. ZTD-a i revizija pripajanja iz čl. 515. i čl. 517. st. 2. t. 5. ZTD-a nisu potrebni ako se odnose samo na pripajanje tog društva (čl. 531. st. 2., ZTD). Također valja ukazati da ZTD ne propisuje obvezu revizije ugovora o pripajanju, odnosno spajanju koji je sklopljen između dva društva s ograničenom odgovornošću (čl. 535.-548., ZTD), odnosno pripajanja dioničkog društva društvu s ograničenom odgovornošću (čl. 534., ZTD). Ako se radi o pripajanju društva s ograničenom odgovornošću dioničkom društvu, tada će se obaviti i revizija ugovora o pripajanju (čl. 515., ZTD) ako to zahtijeva netko od članova društva s ograničenom odgovornošću (čl. 549., ZTD). U njemačkom pravu obvezatna revizija je propisana samo za dionička društva (§ 9-12, 60 i 73 Umwandlungsgesetz 1994 (UmwG)). Ako se radi o ostalim tipovima trgovačkih društava, revizija ugovora o pripajanju, odnosno spajanju će se obaviti samo ako to zahtijeva netko od članova trgovačkih društava koja sudjeluju u fuziji. Tada se revizija obavlja o trošku tog trgovačkog društva (§ 44, 48, 56, UmwG 1994). Tako bi trebalo postupiti i u slučaju društava s ograničenom odgovornošću i u hrvatskom pravu. U europskom pravu Treća smjernica EU o fuzijama dioničkih društava iz 1978. godine u čl. 10. propisuje obvezu revizije ugovora o pripajanju, odnosno spajanju za dionička društva.

⁷⁶ Moguće je izraditi i zajedničko izvješće.

⁷⁷ U izvješću o reviziji se posebno navode i pojašnjavaju metode određivanja omjera zamjene dionica. U izvješću se ne objavljuju podaci koji bi mogli prouzročiti značajnu štetu društvima koja sudjeluju u fuziji ili društvima koja su s njima povezana (čl. 515. st. 3., čl. 533. st. 1., ZTD).

⁷⁸ Odluka o suglasnosti se donosi glasovima koji čine 3/4 temeljnog kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini, odnosno skupštini društva pri donošenju odluke. Statutom ili društvenim ugovorom moguće je odrediti i veću većinu i ispunjenje dodatnih pretpostavki (čl. 516. st. 1.-2., čl. 533. st. 1., ZTD). Ako postoje dionice više rodova, za odluku glavne skupštine potrebna je suglasnost dioničara svakog roda dionica (čl. 516. st. 3., ZTD). Ugovor o pripajanju treba prijaviti u trgovački registar prije nego što se sazove glavna skupština, odnosno skupština koja treba odlučiti o odobrenju ugovora. Od sazivanja glavne skupštine, odnosno skupštine moraju se u poslovnim prostorijama društva staviti na uvid dioničarima, odnosno članovima društva sljedeće isprave: 1. ugovor o pripajanju; 2. godišnja financijska izvješća i izvješća o stanju društava koja sudjeluju u pripajanju, odnosno spajanju za posljednje tri poslovne godine; 3. ako se zadnja godišnja financijska izvješća odnose na poslovnu godinu koja je istekla više od šest mjeseci prije sklapanja ugovora o pripajanju, odnosno spajanju, i nova takva izvješća na određeni dan od kojega nije proteklo više od tri mjeseca od dana sklapanja ugovora o

Dopunama ZTD-a 2003. godine uvedena je nova glava Zakona pod naslovom "Podjela društava kapitala". Na taj način se uređuje i ova statusna promjena u trgovačkim društvima.⁷⁹ Do podjele društava kapitala može doći razdvajanjem ili odvajanjem (čl. 550.a, ZTD). Razdvajanje se provodi istodobnim prijenosom svih dijelova imovine društva koje se dijeli i koje prestaje postojati,⁸⁰ na dva ili više novih društava koja se osnivaju radi provedbe razdvajanja (razdvajanje s osnivanjem) ili na dva ili više već postojećih društava (razdvajanje s preuzimanjem). Odvajanje se provodi prijenosom jednog ili više dijelova imovine društva koje se dijeli, a da to društvo i nadalje postoji, na jedno ili više novih društava koja se osnivaju radi provedbe odvajanja (odvajanje s osnivanjem) ili na jedno ili više društava koja već postoje (odvajanje s preuzimanjem). Podjelu je moguće provesti i istodobnim prijenosom dijelova imovine na nova i na postojeća društva (čl. 550.a st. 4, ZTD). Nova društva, odnosno društva preuzimatelji su univerzalni pravni sljednici društva koje se dijeli, a njegovi dioničari, odnosno članovi stječu dionice ili poslovne udjele u novim društvima ili društvima preuzimateljima, razmjerno udjelima koji su im pripadali u društvu koje se dijeli (čl. 550.a st. 6.-7., ZTD). U slučaju podjele s osnivanjem način podjele određuje uprava društva koje se dijeli usvajanjem plana podjele (čl. 550.b, ZTD).⁸¹ Ona mora izraditi i izvješće o podjeli u kojem će pravno i gospodarski obrazložiti plan podjele, a osobito omjer zamjene dionica, odnosno udjela te iznos doplata u novcu (čl. 550.e, ZTD).⁸² U čl. 550.e ZTD-a propisuje se obveza revizije plana podjele. Revizora imenuje nadzorni odbor društva koje se dijeli, a ako ga ono nema, tada revizora imenuje sud na zahtjev uprave društva. Revizor je dužan izraditi pisano izvješće o obavljenoj reviziji koja mora sadržavati i izjavu o primjerenosti omjera zamjene dionica, odnosno udjela.⁸³ Revizor podnosi svoje

pripajanju odnosno spajanju; 4. izvješća uprava društava o pripajanju odnosno spajanju iz čl. 514. i 533. ZTD-a; 5. izvješća o reviziji iz članka 515. i 533. ZTD-a. Na zahtjev svakog dioničara, odnosno člana društva mora mu se bez odgode dati prijepis ili fotokopiju navedenih isprava. Pravo uvida u spomenute isprave dioničari, odnosno članovi društva imaju i za vrijeme održavanja glavne skupštine, odnosno skupštine svakoga društva. Uprava mora na početku rasprave usmeno obrazložiti ugovor o pripajanju, odnosno spajanju, koji se prilaže kao prilog zapisniku, te se svakom dioničaru, odnosno članu društva na njegov zahtjev trebaju dati obavijesti o svim činjenicama vezanim za druga društva koja sudjeluju u pripajanju odnosno spajanju, a koje su bitne za tu fuziju (čl. 517., čl. 533. st. 1., ZTD).

⁷⁹ Predviđena su rješenja nastala po uzoru na njemačko pravo (Umwandlungsgesetz 1994), koje je usklađeno s Šestom smjernicom Europske unije o podjeli dioničkih društava iz 1982. godine. Obveza revizije podjele je predviđena u čl. 8. Šeste smjernice. Vidi u Gorenc, V., op. cit., str. 479-481.

⁸⁰ Pritom se ne provodi postupak likvidacije.

⁸¹ Pritom zbroj nominalnih iznosa temeljnih kapitala novih društava mora biti najmanje jednak nominalnom iznosu temeljnog kapitala društva koje se dijeli kakav je bio prije podjele. Isto vrijedi i za zakonske, statutarne i druge rezerve novih društava. Ako se osnivaju nova društva, treba provesti reviziju osnivanja. Pritom se ne sastavlja izvješće o osnivanju. Članovi uprave i nadzornog odbora društva koje se dijeli i treće osobe koje su iskoristile svoj položaj u društvu odgovaraju svim društvima koje sudjeluju u podjeli i njihovim članovima za štetu prčinjenu podjelom (čl. 550.c, ZTD).

⁸² Izvješće o podjeli nije potrebno izraditi ako se svi imatelji dionica, odnosno udjela toga izričito odreknu u posebnoj izjavi u obliku javnobilježničke isprave. Tu izjavu može zamijeniti jednoglasna odluka glavne skupštine, odnosno skupštine društva koje se dijeli ako su na njoj sudjelovali svi dioničari, odnosno članovi društva (čl. 550.d st. 4., ZTD).

⁸³ U izvješću o reviziji se posebno navode i pojašnjavaju metode određivanja omjera zamjene dionica.

izvješće upravi društva koje se dijeli i njezinom nadzornom odboru ako ga ono ima.⁸⁴ Nadzorni odbor društva koje se dijeli dužan je ispitati plan podjele i izvješće revizora o podjeli te izraditi pisano izvješće koje će dostaviti glavnoj skupštini, odnosno skupštini društva koje se dijeli (čl. 550.f, ZTD).⁸⁵ Konačnu odluku o podjeli donosi glavna skupština, odnosno skupština društva koje se dijeli davanjem suglasnosti na plan podjele (čl. 550.h, ZTD).⁸⁶ U slučaju podjele s preuzimanjem zakonodavac upućuje na odgovarajuću primjenu odredbi o podjeli s osnivanjem, osim što plan podjele zamjenjuje ugovor o podjeli i preuzimanju koji sklapaju uprave društva koje se dijeli i novog društva (čl. 550.r, ZTD).

Konačno, jedno trgovačko društvo može donijeti odluku o promjeni svog pravnog oblika u neki drugi pravni oblik bez promjene identiteta. Tada govorimo o preoblikovanju trgovačkog društva čija su zajednička obilježja: a) moguće su različite kombinacije preoblikovanja iz jednog pravnog oblika u drugi; b) članovi društva i nakon njegovog preoblikovanja ostaju članovima preoblikovanog društva; c) članovi društva umjesto udjela koje su imali ranije, stječu udjele koji postoje u preoblikovanom društvu; d) ne provodi se likvidacija društva, jer se ne provodi podjela imovine društva.⁸⁷ Za preoblikovanje postoje samo dva ograničenja: pravni oblik ne može promijeniti trgovačko društvo nad kojim je otvoren stečajni postupak osim u provedbi stečajnog plana (čl. 555. st. 3., ZTD) te trgovačko društvo ne može promijeniti svoj pravni oblik prije proteka roka od 2 godine od njegovog upisa u sudski registar, odnosno upisa posljednje promjene njegovog pravnog oblika (čl. 554. st. 1., ZTD). U slučaju preoblikovanja ZTD⁸⁸ predviđa primjenu odredbi o reviziji osnivanja dioničkog društva (čl. 181.-184., ZTD) u dva slučaja: preoblikovanju

⁸⁴ Revizija podjele nije potrebna ako se svi imatelji dionica, odnosno udjela izričito odreknu revizije u posebnoj izjavi. Tu izjavu može zamijeniti jednoglasna odluka glavne skupštine, odnosno skupštine društva koje se dijeli ako su na njoj sudjelovali svi dioničari, odnosno članovi društva (čl. 550.e st. 6., ZTD).

⁸⁵ Ako društvo nema nadzorni odbor, izvješće revizora glavnoj skupštini, odnosno skupštini proslijeđuje uprava. Glavna skupština, odnosno skupština može izabrati posebno povjerenstvo koje će provjeriti plan podjele i reviziju podjele te o tome sastaviti pisano izvješće. Moguće je donijeti i odluku o provedbi ovog ispitivanja, kao i u slučaju izvješća o planu podjele i reviziji plana podjele.

⁸⁶ Odluka o podjeli se donosi glasovima koji čine 3/4 temeljnog kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini, odnosno skupštini društva pri donošenju odluke. Statutom ili društvenim ugovorom moguće je odrediti i veću većinu i ispunjenje dodatnih pretpostavki. Ako se podjela provodi tako da članovi društva koje se dijeli ne stječu udjele u novim društvima u istom omjeru kao što su im pripadali u društvu koje se dijeli, odluka o podjeli valjana je donesena samo ako su za nju dani glasovi koji predstavljaju najmanje 9/10 temeljnog kapitala društva koje se dijeli (čl. 550.h, ZTD). Oni članovi koji su izjavili protivljenje na odluku o podjeli, a podjela se provodi tako da članovi društva koje se dijeli ne stječu udjele u novim društvima u istom omjeru kao što su im pripadali u društvu koje se dijeli, imaju pravo od svih društava koje sudjeluju u podjeli tražiti primjerenu otpremninu (čl. 550.j, ZTD).

⁸⁷ Gorenc, V., op. cit., str. 497-498., Dragutin Ledić, Pravo društava i trgovačko pravo - Ogledi, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002., str. 124-129.

⁸⁸ U njemačkom pravu predviđena je obveza uprave trgovačkog društva koje mijenja svoj pravni oblik da izradi izvješće o preoblikovanju, osim ako se svi članovi društva odreknu tog izvješća ili u društvu koje se preoblikuje ima samo jednog člana (§ 192, Umwandlungsgesetz 1994).

društva s ograničenom odgovornošću u dioničko društvo (čl. 566. i 568., ZTD) i preoblikovanju društava osoba u dioničko društvo (čl. 580., ZTD).⁸⁹

3.2. Imenovanje revizora u trgovačkom društvu

Ovlast imenovanja revizora dioničkog društva ima glavna skupština prema odredbi čl. 275. st. 1. t. 4. i 7. ZTD-a. Glavna skupština imenuje redovitog revizora godišnjih financijskih izvješća društva te posebnog revizora, kada odlučuje i o visini naknade za njegov rad.⁹⁰ To je i opravdano budući da su izravni korisnici izvješća o reviziji upravo članovi trgovačkih društava. Pritom se mora osigurati neovisni položaj revizora u odnosu na članove uprave u postupku imenovanja revizora.⁹¹ Zakon o izmjenama i dopunama ZTD-a iz 2003. godine utvrđuje u čl. 104. dopunu čl. 263. st. 2. uvodeći ovlast davanja naloga revizoru za ispitivanje godišnjih financijskih izvješća društva i koncerna nadzornom odboru. Na taj se način jača položaj nadzornog odbora kao samostalnog i neovisnog tijela čija je funkcija nadzor nad radom uprave društva. On se pojavljuje kao posrednik između uprave i glavne skupštine, odnosno skupštine te nadzire upravu i o tome izvještava glavnu skupštinu, odnosno skupštinu, može sazvati glavnu skupštinu, odnosno skupštinu društva, imenuje članove uprave i njezinog predsjednika, zastupa društvo prema članovima uprave i dr.⁹² Pri ispitivanju poslovnih knjiga i dokumentacije društva nadzorni odbor ponekad treba pomoć stručnjaka, u ovom slučaju revizora, te mu se davanjem ovlasti da naloži reviziju omogućava učinkovitiji i brži rad. Konačno, nadzorni odbor i inače provjerava i

⁸⁹ Podrobnije o reviziji osnivanja dioničkog društva vidi supra, točka 3.1.2. paragraf 2.

⁹⁰ Tako određuje i § 119 Aktiengesetz-a, § 318 HGB-a. Kada se radi o društvima s ograničenom odgovornošću i društvima osoba, njihovim društvenim ugovorima je moguće to i drugačije urediti. Ako tijela trgovačkog društva ne izaberu revizore do isteka poslovne godine, to će učiniti sud na zahtjev zakonskih zastupnika (uprave), nadzornog odbora ili članova društva.

⁹¹ To se nastoji ostvariti učestalom rotacijom osoba koje obavljaju poslove revizije, osnivanjem posebnih odbora unutar nadzornih odbora koji odlučuju o nagradama za rad revizora i njihovom izboru te ocjeni pouzdanosti izvješća o reviziji, ograničenju u pružanju savjetodavnih usluga društvu nad kojim se obavlja revizija i sl. Vidi u Green Paper of the Commission 1996, The Role, the Position and the Liability of the Statutory Auditors within the European Union, str. 22-27. i Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - Reinforcing the statutory audit in the EU, str. 9-10. U § 319 njemačkog HGB-a se postavlja standard neovisnosti revizora u obavljanju poslova revizije. Pritom se posebno vodi računa o tome da pojedini ovlašteni revizor nije u prethodnih 5 godina ostvario više od 30% vlastitih prihoda od pružanja revizorskih i savjetodavnih usluga pojedinom trgovačkom društvu - klijentu, odnosno trgovačkim društvima u kojima to trgovačko društvo - klijent ima udjele veće od 20% temeljnog kapitala trgovačkih društava. Također se traži da pojedini revizor može izdati najviše 6 izvješća o reviziji u razdoblju od 10 godina te da ne postoji sukob interesa između pojedinog revizora i trgovačkog društva nad čijim se financijskim izvješćima provodi revizija. Vidi u Nobel, P., Audit Within the Framework of Corporate Governance, u knjizi Hopt, K.J., Wymeersch, E. (urednici), Capital Markets and Company Law, Oxford University Press, Oxford, 2003., str. 208. i 210., Ballwieser, W., Die Unabhängigkeit des Wirtschaftsprüfers - eine Analyse von Beratungsverbot und externer Rotation, u knjizi Lutter, M. (urednik), Der Wirtschaftsprüfer als Element der Corporate Governance, IDW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 2001., str. 100-113.

⁹² Gorenc, V., op. cit., str. 264.

zauzima stav o izvješću revizora u slučaju utvrđivanja godišnjih financijskih izvješća društva te o tome izvješćuje glavnu skupštinu (čl. 300.c st. 2. i čl. 300.d, ZTD).⁹³

ZTD na više mjesta uređuje i reviziju u specifičnim slučajevima. U tim situacijama odluku o imenovanju revizora ne donosi glavna skupština, odnosno skupština društva već to čini uprava, nadzorni odbor, odnosno sud. Uprava imenuje revizora u slučaju sklapanja poduzetničkog ugovora i priključenja trgovačkih društava. Sud će imenovati revizora, najčešće na prijedlog članova društva ili uprave, u slučaju osnivanja društva, posebne revizije i ispitivanja odnosa trgovačkih društava povezanih u faktični koncern, povećanja temeljnog kapitala društva ulozima u stvarima ili pravima, reviziji financijskih izvješća društva s ograničenom odgovornošću, sklapanju poduzetničkog ugovora, pripajanja i spajanja trgovačkih društava, podjele društava i preoblikovanja društva s ograničenom odgovornošću ili društava osoba u dioničko društvo. Konačno, nadzorni odbor imenuje revizore u slučaju podjele društava.⁹⁴

Zakon o reviziji iz 1992. godine u čl. 7. propisuje da izbor revizora obavlja tijelo upravljanja trgovačkog društva prije isteka poslovne godine na način predviđen statutom ili društvenim ugovorom trgovačkog društva. U čl. 13. propisuje se da revizor mora izraditi pisano izvješće te ga predočiti svim zakonskim zastupnicima trgovačkog društva. Prema ovim odredbama bi uprava bila ovlaštena imenovati revizora i primiti njegovo izvješće. To nije u skladu s odredbama Zakona o trgovačkim društvima, pa bi bilo potrebno u novom propisu koji će uređivati reviziju odgovarajuće urediti i uskladiti i ovlast imenovanja revizora.⁹⁵

4. Građanskopravna odgovornost revizora

Krug je korisnika izvješća o reviziji vrlo širok: trgovačko društvo nad kojim je provedena revizija, njegovi dioničari, zaposlenici, vanjski investitori, vjerovnici, poslovni partneri, državna tijela i javnost.⁹⁶ Pritom se postavlja pitanje odgovornosti revizora za štetu pričinjenu tim korisnicima u slučaju ako njegovo izvješće nije objektivno i realno. Hrvatski zakonodavac propisuje odgovornost revizora za štetu

⁹³ Pritom je u kodeksima korporacijskog upravljanja europskih država prisutna intencija da se unutar nadzornog odbora osnivaju specijalizirani odbori koji će donositi odluke u onim pitanjima kod kojih se javlja sukob interesa između uprave i trgovačkog društva. To se osobito odnosi na pitanja revizije financijskih izvješća, određivanja naknada članovima uprave za njihov rad i imenovanja članova nadzornog odbora. Pritom u tim odborima ključnu ulogu moraju imati neovisni članovi koji ne stoje u nikakvom interesnom odnosu s trgovačkim društvom (engl. *non-executive directors*). Vidi u Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union And Its Member States, Final Report, Weil, Gotshal & Manges, 2002., str. 62-63.

⁹⁴ U ovim situacijama se može posumnjati u pristranost glavne skupštine, odnosno skupštine društva. Na njoj mogu biti ugroženi interesi manjinskih dioničara, odnosno članova društva prevladavanjem dioničara, odnosno članova koji imaju većinske udjele u temeljnom kapitalu društva. Tada će se zatražiti, ili intervencija suda, ili uprave, odnosno nadzornog odbora.

⁹⁵ Ovaj zakon će najvjerojatnije uzeti za uzor odredbe § 316-324 njemačkog HGB-a koji detaljno uređuje reviziju te odredbe Osme smjernice Europske unije o uvjetima za obavljanje djelatnosti revizije iz 1984. godine.

⁹⁶ Vidi supra, točka 2.2.

pričinjenu trgovačkom društvu nad čijim financijskim izvješćima je provedena revizija (čl. 11. Zakona o reviziji). Ova odgovornost počiva na ugovornom odnosu koji postoji između revizora i trgovačkog društva nad kojim se obavlja revizija i ona je u usporednom pravu općeprihvaćena.⁹⁷ Pritom se uvodi obveza osiguranja od odgovornosti za štetu za sva revizorska društva te se ograničava iznos naknade štete po obavljenoj reviziji.⁹⁸ Kada se radi o odgovornosti prema trećim osobama, hrvatski zakonodavac nije izričito regulirao tu odgovornost. U tim situacijama bi trebalo primijeniti opće propise odštetnog prava. Valja očekivati da će se u nekom novom propisu koji će uređivati reviziju urediti i to pitanje po uzoru na usporedno pravo.

U usporednom pravu pitanje odgovornosti revizora prema trećim osobama nije jedinstveno uređeno. Prisutan je opći stav o potrebi uspostave te odgovornosti, budući da se revizija obavlja i u javnom interesu. Postavlja se pitanje da li može svaka treća osoba, neovisno o tome da li se nalazi u pravnoj vezi (engl. *privity*, njem. *Rechtsverhältnis*) s ugovornim stranama iz ugovora o reviziji (trgovačko društvo i revizor), postaviti zahtjev za naknadu štete. Kada se radi o europskim državama, pravi se razlika između onih koje dopuštaju svakoj osobi koja je pretrpjela štetu nesavjesnom djelatnošću revizora da podnese tužbu za naknadu štete⁹⁹ i onih koje dopuštaju takve tužbe uz određena ograničenja.¹⁰⁰

Njemačko pravo pripada upravo ovoj skupini država te predviđa da tužbu protiv revizora mogu podnijeti trgovačka društva koja su povezana s društvom nad čijim je financijskim izvješćima revizor obavio reviziju (§ 323 HGB) i u slučaju prešutnih ugovora (engl. *implied contracts*, njem. *stillschweigender Vertrag*),¹⁰¹ u slučaju kada se sklapaju ugovori sa zaštitnim učinkom prema trećim osobama (njem.

⁹⁷ Vidi u European Commission, A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union, str. 7. i 22.

⁹⁸ Prema ovom zakonu to je 25.000,00 eura. Njemački HGB u § 323 st. 2. ograničava taj iznos na 1.000.000,00 eura za reviziju u trgovačkim društvima čiji vrijednosni papiri ne kotiraju na burzama i 4.000.000,00 eura za trgovačka društva čiji vrijednosni papiri kotiraju na burzama.

⁹⁹ Npr. Belgija, Francuska, Finska, Italija, Portugal i Švedska predviđaju posebnim pravilima mogućnost slobodnog podnošenja tužbi trećih osoba protiv revizora. U Grčkoj, Danskoj i Luksemburgu se primjenjuju opće odredbe odštetnog prava. Vidi u European Commission, A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union, str. 23.

¹⁰⁰ Npr. Irska, Velika Britanija, Nizozemska, Njemačka, Austrija i Španjolska. U ovim državama treća osoba mora dokazati da revizor mora postupiti s dužnom pozornošću i prema trećim osobama, odnosno da je revizor znao ili je trebao znati da će njegov rad, odnosno izvješće utjecati i na tu treću osobu. Vidi presude u slučajevima Hedley Byrne v. Heller ((1964) AC 465, House of Lords), Henderson v. Merrett Syndicates Ltd ((1995) 2 AC 145, House of Lords), Williams v. Natural Life Health Foods ((1998) 1 WLR 830, House of Lords), Caparo Industries Plc v. Dickman ((1990) AC 605, House of Lords), Al Saudi Banque v. Clarke Pixley ((1990) Ch 313, House of Lords), Kelly v. Boland ((1989) IRLB 373), *ibid.*, str. 23-24. i 118-119.

¹⁰¹ Radi se o slučajevima kada revizor daje informacije trećim osobama i ne može zanemariti da će na temelju te informacije treća osoba poduzeti određenu radnju koja će joj prouzročiti štetu. Tada treća osoba ima pravo na odštetu bez obzira što revizor nije s njom u ugovornom odnosu. Ta odgovornost će osobito postojati ako se treća osoba naročito pouzdala u informaciju revizora kao stručne osobe. Vidi presude njemačkog Saveznog suda (*Bundesgerichtshof*): BGH VI ZR 184/70, presuda od 18. siječnja 1972., WM 1972, pp. 466-468; BGH VII ZR 259/77, presuda od 22. ožujka 1979., WM 1979, pp. 530-533.; BGH VI ZR 73/84, presuda od 17. rujna 1985., WM 1985, pp. 1531-1533.

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)¹⁰² te primjenom općih pravnih pravila o odgovornosti za štetu.

U SAD-u odgovornost revizora prema trećim osobama se postupno razvijala i širila. Prvo razdoblje koje počinje krajem 19. stoljeća i traje do 50-ih godina 20. stoljeća obilježava ograničenu odgovornost revizora prema trećim osobama koja počiva na teoriji pravne veze (*theory of privity*).¹⁰³ Od 50-ih godina 20. stoljeća pa sve do danas ta se odgovornost revizora povećava, osobito uvođenjem odgovornosti za nemarno postupanje revizora.¹⁰⁴ Začeci odgovornosti revizora sežu u 1879. godinu kada je američki Vrhovni sud donio presudu u predmetu *Savings Bank v. Ward* (100 U.S. 195 (1879)) te ustanovio pravilo da treće osobe nemaju pravo na naknadu štete ako se ne nalaze u pravnoj vezi s ugovornim stranama iz ugovora o reviziji. To pravilo je potvrđeno i u presudi Apelacijskog suda (Court of Appeal) savezne države New York u predmetu *Ultramares Corp. v. Touche, Niven & Co.* iz 1931. godine. (174 N.E. 441 (N.Y. 1931)).¹⁰⁵ Prema tom pravilu revizori su odgovorni samo prema trgovačkom društvu nad čijim financijskim izvješćima provode reviziju ako propuste obaviti poslove revizije s dužnom pozornošću i stručnošću. Revizori su odgovorni prema trećim osobama samo onda kada su određene kao osobe u čiju je korist sklopljen ugovor o reviziji i to je poznato revizoru, te svoje odluke temelje na izvješću revizora. Revizori će biti odgovorni prema trećima i u slučaju ako počine prijevaru.¹⁰⁶ Ranijih 60-ih godina preispituje se ova teorija što nalazi svoju potvrdu i u sudskim presudama,¹⁰⁷ pravnoj doktrini i, konačno, sadržaju Drugog Restatementsa o štetama (*Restatement (Second) of Torts, section 552*) iz 1977. godine.¹⁰⁸ Tako 80-ih godina postaje aktualna teorija predvidivosti (*theory of foreseeability*), prema kojoj je revizor odgovoran za štetu svim trećim osobama za koje je opravdano mogao predvidjeti da će se koristiti njegovim izvješćem te će se pouzdati u njegov sadržaj pri donošenju svojih poslovnih odluka.¹⁰⁹ Drugi Restatement o štetama iz 1977. godine je u Odjeljku 552

¹⁰² Na temelju takvih ugovora ustanovljava se odgovornost revizora prema trećim osobama uz ispunjenje određenih uvjeta (treća osoba je u uskoj vezi s ispunjenjem ugovora, ugovorna strana koja ispunjava karakterističnu činidbu je dužna pružiti zaštitu trećoj osobi, odnosno prema njezinom mišljenju ispunjenje ugovora je i u korist treće osobe te korist treće osobe mora biti očita revizoru) u onim slučajevima kada ne bi postojalo pravo na naknadu štete prema odštetnom pravu (davanje pogrešnih informacija, lažno predstavljanje, lažna izvješća o reviziji). Vidi u European Commission, *A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union*, str. 25.

¹⁰³ Teorija pravne veze (*theory of privity*) ograničava odgovornost revizora u sferi ugovornog prava.

¹⁰⁴ Feinman, J.M., op. cit., str. 23.

¹⁰⁵ Ovaj standard odgovornosti su svojim zakonima usvojile savezne države Arkansas, Illinois, Kansas, Utah, New Jersey, Georgia i Wyoming

¹⁰⁶ Feinman, J.M., op. cit., str. 23-26. i 34-38., Greene, F.D., Petrocine, A.R., FitzPatrick, R.C., op. cit., str. 24-26.

¹⁰⁷ *Biakanja v. Irving* (320 P.2d 16 (Cal. 1958)); *Rusch Factors, Inc. v. Levin* (284 F. Supp. 85 (D.R.I. 1968)); *H. Rosenblum, Inc. v. Adler* (461 A.2d 138 (N.J. 1983)); *Citizens State Bank v. Timm, Schmidt & Co.* (335 N.W.2d 361 (Wis. 1983)).

¹⁰⁸ Feinman, J.M., op. cit., str. 25-30.

¹⁰⁹ To je osobito bilo prihvaćeno pri donošenju presuda u predmetima *H. Rosenblum, Inc. v. Adler* i *Citizens State Bank v. Timm, Schmidt & Co.* iz 1983. godine. Savezna država New Jersey uvela je standard predvidivosti i u svoje propise, da bi ga napustila 1994. godine. Danas se ova teorija primjenjuje samo u savezним državama Mississippi i Wisconsin. Vidi u Feinman, J.M., op. cit., str. 38-41., Greene, F.D., Petrocine, A.R., FitzPatrick, R.C., op. cit., str. 27.

ustanovio standard za utvrđivanje odgovornosti revizora prema trećim osobama koji je najšire prihvaćen među sudovima u SAD-u. Revizor (tuženik) će biti odgovoran prema trećim osobama (tužiteljima) ako se ispune sljedeći uvjeti: a) tuženik priopćava informacije u okviru svoje profesionalne djelatnosti ili u transakciji u kojoj ima financijski interes; b) informacije su netočne; c) tuženik je propustio primijeniti dužnu pozornost pri pribavljanju ili priopćavanju informacija; d) tužitelj se opravdano pouzdaje u informaciju i to mu uzrokuje štetu; e) tužitelj je osoba ili je dio skupine kojoj tuženik namjerava priopćiti informaciju ili zna da adresat informacije nju namjerava priopćiti trećim osobama; f) tužitelj se pouzdaje u informaciju u transakciji na koju namjerava utjecati tuženik ili zna da adresat informacije namjerava utjecati na tu transakciju, ili kada se radi o sličnoj transakciji; i, g) tužitelj je pretrpio financijski gubitak.¹¹⁰

5. Utjecaj slučaja Enron u pravu SAD-a i Europe

Stečaj nad Enron Corporation, 2001. godine, otvorio je čitav niz pitanja u pogledu postojećih sustava korporacijskih upravljanja u trgovačkim društvima u SAD-u i u Europi. Unatoč tome što su prisutne određene razlike u korporacijskom upravljanju u državama angloameričke pravne tradicije i u državama kontinentalne pravne tradicije, a koje proizlaze iz različite strukture dioničarstva u trgovačkim društvima, slične krize su se pojavile i u Europi.¹¹¹

Američki Kongres je 2002. godine usvojio *The Sarbanes - Oxley Act* koji je izmijenio pravila o upravljanju, financijskom izvještavanju i javnosti dioničkih društava, pooštrio je kaznenu i građanskopravnu odgovornost u slučajevima prijevara na tržištima vrijednosnih papira, predvidio je osnivanje neovisnog nadzornog odbora koji će nadzirati revizorska društva, uvodi ograničenja u slučajevima pružanja savjetodavnih usluga revizorskih društava, uvodi obvezu članova uprave na davanje izjava o točnosti financijskih izvješća te zabranjuje trgovačkim društvima davanje kredita u korist članova uprava trgovačkih društava.¹¹²

The Sarbanes - Oxley Act predviđa uspostavu novog Odbora za nadzor nad revizijom financijskih izvješća dioničkih društava (Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)).¹¹³ Američka Komisija za vrijednosne papire (SEC)

¹¹⁰ Feinman, J.M., op. cit., str. 41-48., Greene, F.D., Petrocine, A.R., FitzPatrick, R.C., op. cit., str. 26-27.

¹¹¹ Vidi supra, točka 1.

¹¹² Ove izmjene nisu novost. O mnogima se već raspravljalo među teoretičarima, neka su već bila u primjeni na temelju propisa burzi vrijednosnih papira, udruženja računovođa i revizora, zakona pojedinih saveznih država i drugih federalnih zakona. Vidi u Cunningham, L.A., op. cit., str. 941-942.

¹¹³ Dosad je rad Američkog instituta ovlaštenih javnih računovođa (American Institute of Certified Public Accountants (AICPA)) nadzirao Javni nadzorni odbor (Public Oversight Board (POB)). Rad POB-a je nadzirala američka Komisija za vrijednosne papire (SEC). POB je financirao AICPA što je ugrožavalo njegovu neovisnost i objektivnost u nadzoru nad primjenom Općeprihvaćenih revizijskih standarda (Generally Accepted Auditing Standards (GAAS)) i radom revizorskih društava. AICPA predstavlja strukovno udruženje ovlaštenih revizora te usvaja Općeprihvaćene revizijske standarde. Vidi u Cunningham, L.A., op. cit., str. 943.

imenuje, razrješuje i nadzire rad ovog peteročlanog nadzornog odbora. PCAOB je zakonom ustanovljeno tijelo, većinu članova odbora ne smiju činiti ovlašteni revizori, a predsjednik odbora ne smije u razdoblju od 5 godina prije stupanja na dužnost predsjednika obavljati poslove revizije. Rad odbora financiraju dioničari dioničkih društava te mandat članovima traje 5 godina uz mogućnost još jednog reizbora. Na taj način želi se ojačati neovisnost PCAOB-a u odnosu na Američki institut ovlaštenih javnih računovođa (American Institute of Certified Public Accountants (AICPA)) kojeg čine ovlašteni revizori. PCAOB nadzire revizijske postupke i politiku, registraciju revizorskih društava, poštovanje standarda izrade izvješća o reviziji te nadzor nad ponašanjem revizorskih društava i njihovo kažnjavanje.¹¹⁴ Američka dionička društva obilježava monističko ustrojstvo, što znači da imaju upravne odbore (Board of Directors) koje sačinjavaju izvršni članovi (Executive Directors) i neizvršni članovi uprave (Non-executive Directors). Revizori usko surađuju s upravnim odborima dioničkih društava u postupku revizije njihovih financijskih izvješća, a osobito sa specijaliziranim odborima za reviziju (Audit Committees) unutar upravnih odbora. *The Sarbanes - Oxley Act* propisuje obvezu da Komisija za vrijednosne papire donese posebna pravila kojima će zabraniti burzama vrijednosnih papira da uvrste u kotacije dionice onih dioničkih društava čiji odbori za reviziju ne ispunjavaju posebne uvjete.¹¹⁵ Osnovna zadaća odbora za reviziju je jačanje unutarnjeg nadzora nad radom dioničkog društva i zaštita zaposlenika koji mogu uočiti eventualne nepravilnosti. Komisija za vrijednosne papire također mora usvojiti pravila koja će ustanoviti obvezu kvartalnog i godišnjeg izvještavanja o tome da li je barem jedan član odbora za reviziju financijski stručnjak.¹¹⁶ Zakon propisuje obvezu revizora da odboru za reviziju prijave sva kritična računovodstvena postupanja, primjene GAAP standarda pri obradi financijskih informacija te da mu dostave pisane isprave iz komunikacije s upravom društva.¹¹⁷ Posebno je osjetljivo pitanje neovisnosti revizora od uprave društva pa se tako negativno definira njegova neovisnost¹¹⁸ te se zabranjuje članovima upravnog odbora dioničkog društva da postupaju prijeverno, koriste prisilu, manipuliraju ili

¹¹⁴ Cunningham, L.A., op. cit., str. 943-946.

¹¹⁵ To su sljedeći uvjeti: a) odbor mora biti izravno odgovoran za izbor, plaćanje i nadzor nad radom revizora; b) članovi odbora moraju biti neovisni i ne smiju primati nikakva plaćanja od dioničkog društva; c) odbori moraju utvrditi postupke kojima će omogućiti zaposlenicima da izvješćuju o nepravilnostima te im pružiti zaštitu (whistle-blowers); d) odbor može koristiti usluge neovisnih stručnjaka i savjetnika, te, e) dioničko društvo mora osigurati financijska sredstva za plaćanje usluga revizora i savjetnika u onom iznosu koji odredi odbor za reviziju. Vidi u Cunningham, L.A., op. cit., str. 946-947.

¹¹⁶ Ako to nije tako, u izvješću se mora naznačiti razlog nepostojanja financijskog stručnjaka u odboru za reviziju. Komisija je ovlaštena odrediti i uvjete koje mora ispunjavati financijski stručnjak, osobito kada se radi o njegovom obrazovanju, radnom iskustvu i poznavanju GAAP, financijskog izvještavanja, unutarnje revizije, funkcija odbora za reviziju i izrade i revizije financijskih izvješća. Vidi u Cunningham, L.A., op. cit., str. 948-949.

¹¹⁷ Cunningham, L.A., op. cit., str. 949-950.

¹¹⁸ Revizorsko društvo nije neovisno ako je određeni član upravnog odbora dioničkog društva nad čijim se financijskim izvješćima provodi revizija bio zaposlenik revizorskog društva ili je radio na reviziji financijskih izvješća tog društva u razdoblju od jedne godine prije početka konkretnog posla revizije.

zavaravaju revizore koji obavljaju reviziju financijskih izvješća dioničkog društva.¹¹⁹ U svrhu promicanja neovisnosti revizora uvodi se i obveza rotacije u obavljanju poslova revizije za jedno te isto trgovačko društvo.¹²⁰ Posebna pozornost posvećuje se i ocjeni unutarnjeg nadzora u dioničkom društvu. Zakon zabranjuje revizorskim društvima pružanje onih usluga koje nisu u uskoj vezi s revizijom financijskih izvješća.¹²¹

U Europi nije donesen propis koji bi sličio američkom *The Sarbanes - Oxley Actu*. Ipak, to ne znači da ne postoje zakonodavne inicijative za novim i izmjenom postojećih propisa koji uređuju problematiku korporacijskog upravljanja. Pritom su osobito brojni prijedlozi za promjenom ravnoteže između upravnih i nadzornih tijela trgovačkih društava i jačanjem uloge neizvršnih članova tih tijela (Non-executive Directors). Prijedlozi postoje kako na razini Europske unije, tako i na razini država članica Unije.¹²²

Prve korake poslije stečaja trgovačkog društva Enron Corporation poduzela su upravo tijela Europske unije.¹²³ U travnju 2002. godine Vijeće ministara i Komisija Europske unije zamolile su Visoku grupu stručnjaka za pravo društava (*High Level Group of Company Law Experts*)¹²⁴ da razmotre izmjenu odredbi o korporacijskom upravljanju i reviziji u dioničkim društvima u svjetlu stečaja Enrona. Visoka grupa je izradila Izvješće grupe o suvremenom okviru za reguliranje trgovačkog prava u Europi 4. studenog 2002. godine.¹²⁵ S obzirom na položaj članova uprave Visoka grupa

¹¹⁹ Cunningham, L.A., op. cit., str. 950-951.

¹²⁰ Isti revizor ne može obavljati reviziju za isto dioničko društvo duže od 5 uzastopnih godina. Vidi u Cunningham, L.A., op. cit., str. 951.

¹²¹ Tako revizorska društva ne mogu svojim klijentima pružati usluge vođenja poslovnih knjiga, uspostave financijskih informacijskih sustava, procjena i davanja mišljenja, unutarnje revizije, ljudskih resursa, brokerskih poslova, investicijskog savjetovanja ili investicijskih bankarskih usluga te pravnih i stručnih usluga. Vidi u Cunningham, L.A., op. cit., str. 952-954.

¹²² Enriques, L., op. cit., str. 916.

¹²³ *ibid.*, str. 916-918.

¹²⁴ Visoku grupu stručnjaka za pravo društava (*High Level Group of Company Law Experts*) osnovala je Komisija u rujnu 2001. godine radi iniciranja rasprave o potrebi modernizacije europskog prava društava. Grupa je dobila dvostruki mandat: prvo, analizirati primjedbe Europskog parlamenta na prijedlog Trinaeste smjernice o preuzimanju dioničkog društva, i drugo, predložiti Komisiji suvremeni okvir za reguliranje europskog prava društava. Vidi u Jurić, Dionis, *Europsko pravo društava, Pravo i porezi*, 5/2003., str. 74-75. i Report of The High Level Group of Company law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002 (Winter Report 2002). Vidi web stranicu http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_en.pdf.

¹²⁵ Grupa se posebno bavila sljedećim pitanjima: a) ustanovljavanje i funkcioniranje trgovačkih društava i povezanih društava, zadruga i uzajamnih društava, uključujući i pitanja korporacijskog upravljanja; b) prava članova društava (dioničara) uključujući prekogranično ostvarivanje prava glasa i virtualne sjednice skupština trgovačkih društava; c) restrukturiranje i mobilnost trgovačkih društava (npr. prijenos sjedišta društva); d) moguće potrebe za novim pravnom oblicima (npr. Europsko društvo s ograničenom odgovornošću (*European Private Company*)), i e) pojednostavljenje pravila Druge smjernice sukladno prijedlozima SLIM radne grupe za pravo društava. Vidi u Report of The High Level Group of Company law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002 (Winter Report 2002), http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_en.pdf.

preporuča usvajanje smjernice koja će predvidjeti da sva trgovačka društva čiji vrijednosni papiri kotiraju na burzi uključe u svoja godišnja financijska izvješća i izjavu o korporacijskom upravljanju u kojoj će navesti postupanja upravnih i nadzornih tijela, ulogu i kvalifikacije pojedinačnih članova tih tijela, transakcije između članova tijela društva i trgovačkog društva i primijenjeni sustav upravljanja rizicima (risk management). Također se preporučuje i mogućnost da sva trgovačka društva izaberu monistički ili dualistički sustav unutarnjeg ustrojstva te odgovornost svih članova upravnih i nadzornih tijela društva za točnost financijskih izvješća i izjava o ključnim nefinancijskim podacima. Visoka grupa također preporučuje Komisiji i usvajanje preporuka kojima će se državama članicama predložiti da usvoje pravila o sastavu posebnih odbora za reviziju, određivanje naknada i imenovanja koji će se isključivo sastojati od neizvršnih, većinom neovisnih, članova tijela društva (Non-executive Directors), definiranju neovisnosti članova tih tijela i uvođenje obveze trgovačkim društvima da godišnje izvješćuju o tome tko su neovisni članovi tijela društva, usvajanju pravila o određivanju naknada članovima uprave koja će osigurati transparentnost i uvođenje suglasnosti članova društva (dioničara) za davanje opcija za stjecanje dionica te utvrđenje uloge i odgovornosti odbora za reviziju. U svibnju 2003. godine Komisija je podnijela Priopćenje o moderniziranju prava društava i unapređenju korporacijskog upravljanja (Communication on Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the EU - A Plan to Move Forward) u kojem predviđa raspored izrade prijedloga smjernica o raznim pitanjima, uključujući zahtjeve za otvorenošću i transparentnošću sustava korporacijskog upravljanja dioničkih društava, pravu dioničara na obavještenost i pravu glasa, pravima manjinskih dioničara i drugim pitanjima.¹²⁶ Pritom se postavlja pitanje učinkovitosti ove inicijative, budući da su države članice već reagirale u vlastitim pravnim porecima uvodeći izmjene u sustavima korporacijskog upravljanja u dioničkim društvima. To se osobito odnosi na Francusku i Njemačku, koje su već usvojile neka rješenja po uzoru na *The Sarbanes - Oxley Act*.¹²⁷

¹²⁶ Vidi detaljnije u Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward, COM (2003) 284 final, Brusel, 21 May 2003, na web stranici http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/index.htm#communication.

¹²⁷ U Francuskoj je Parlament 17. srpnja 2003. godine usvojio novi Zakon o financijskoj sigurnosti (Loi de sécurité financière) koji u člancima 98.-116. predviđa odredbe vrlo slične američkom pravu. Tako se predviđa uvođenje posebnog nadzornog odbora za reviziju financijskih izvješća dioničkih društava po uzoru na američki PCAOB (čl. 100.), revizorska društva neće moći svojim klijentima pružati druge usluge osim usluge revizije (čl. 104.) te će revizore birati samo neizvršni članovi uprave (čl. 105.), uvodi se obveza podnošenja godišnjeg izvješća o sustavu korporacijskog upravljanja, u kojem se mora navesti kako djeluje uprava i koje se metode internog nadzora primjenjuju u društvu (čl. 117.) i uvodi se obveza hitnog izvještavanja o transakcijama dionica koje poduzimaju članovi uprave društva (čl. 122.). U Njemačkoj je 6. ožujka 2003. godine Savezna vlada usvojila Katalog mjera za jačanje poduzetničkog integriteta i zaštitu investitora (Maßnahmenkatalog der Bundesregierung zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes) koji u 10 točaka predviđa mjere s ciljem zaštite investitora. Katalog predviđa pravo bilo kojeg dioničara koji drži dionice koje vrijede više od 100.000,00 eura (dosad je to bio iznos od 1 milijuna eura), odnosno koji imaju dionice koje čine 1 % temeljnog kapitala društva (dosad je udio bio 10 % temeljnog kapitala) da podnese tužbu za naknadu štete u ime društva protiv člana uprave, odnosno nadzornog odbora društva koji nije postupao s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika (§ 147 AktG). Pritom su članovi uprave

6. Zaključak

Uloga revizora u dioničkom društvu dolazi do izražaja u postupku ocjene realnosti i objektivnosti godišnjih financijskih izvješća, kao i ocjeni određenih radnji i pravnih akata koje poduzimaju osnivači, članovi i tijela dioničkih društava. Revizor zahvaljujući svom stručnom znanju i primjenom međunarodnih standarda računovodstva i revizije može podnijeti izvješće o reviziji u kojem će izraziti i svoje mišljenje o objektivnosti i realnosti spomenutih izvješća, pravnih akata i radnji. Izvješće revizora je podloga za donošenje odluka i dokaz o realnom financijskom i poslovnom stanju trgovačkog društva kako dioničarima, odnosno članovima društva, tako i nadzornom odboru, upravi i nadležnom sudu koji su imenovali revizore te potencijalnim investitorima. Hrvatski zakonodavac je predvidio donošenje novog Zakona o računovodstvu, a za očekivati je da će ubrzo uslijediti i prijedlog novog Zakona o reviziji. Ovaj propis mora biti usklađen sa Zakonom o trgovačkim društvima, što dosad nije bio slučaj, ali i s Osmom smjernicom Europske unije o uvjetima za obavljanje djelatnosti revizije iz 1984. godine. Ona posebno određuje uvjete koje moraju ispunjavati ovlašteni revizori za obavljanje poslova revizije, definira neovisnost i profesionalni integritet revizora te javnost podataka o revizorskim društvima. Pri usklađivanju trebaju se uzeti u obzir i odredbe njemačkog prava koje uređuju obvezu revizije financijskih izvješća, predmet i opseg revizije, imenovanje i opoziv revizora i uvjete za njegov izbor (neovisnost revizora), obvezu zastupnika po zakonu trgovačkog društva da surađuju s revizorom, sadržaj izvješća o reviziji i mišljenja revizora o objektu revizije, odgovornost revizora te rješavanje sporova između trgovačkog društva i revizora (§§ 316-324 HGB). Pritom se osobito treba urediti odgovornost revizora kako prema trgovačkom društvu u kojem je obavljao reviziju, tako i njegova odgovornost prema trećim osobama te osiguranje neovisnosti revizora o trgovačkom društvu zabranom pružanja savjetodavnih usluga, obvezom rotacije revizora u obavljanju poslova revizije u jednom trgovačkom društvu te osnivanjem posebnih odbora za reviziju unutar nadzornih odbora trgovačkih društava.

Summary

THE ROLE OF AUDITOR IN PUBLIC COMPANY

Collapse of the Enron Corporation in 2001 triggered the question of efficiency of existing systems of corporate governance in public companies both in the USA and

i nadzornog odbora zaštićeni pravilima o dužnoj pozornosti i odgovornosti (business judgement rule) (§ 93 AktG). Investitorima se olakšava podnošenje tužbi protiv članova uprava i nadzornih odbora dioničkih društava za štete učinjene financijskim prevarama i malverzacijama s vrijednosnih papirima (§ 37b, 37c Wertpapierhandelsgesetz). Uvodi se veća transparentnost i otvorenost u slučaju davanja opcija za stjecanje dionica kao oblika naknade za rad članova uprava. Predviđa se primjena Međunarodnih računovodstvenih standarda (IAS) u izradi konsolidiranih financijskih izvješća i godišnjih financijskih izvješća trgovačkih društava čiji vrijednosni papiri kotiraju na burzi. Ograničava se mogućnost da revizorsko društvo pruža savjetodavne i financijske usluge svojim klijentima, čime se jača neovisnost revizora. Predviđa se uspostava neovisnog i stručnog tijela koje će nadzirati rad revizora te se pooštava kaznena odgovornost za financijske prevare. Vidi u Enriques, L., op. cit., str. 918-922.

Europe. Special attention was given to the liability of auditors for accuracy of audit report as a professional and reliable evidence on actual financial status of the public company. Main issues discussed are the liability of auditors toward third parties (investors, debtors) and independence of auditors toward the audited company's Board of Directors. Croatian law on auditing must be harmonized with respective European and German provisions.

Key words: *auditor, public company, Auditing Act, Commercial Companies Act, Enron.*

Zusammenfassung

DIE ROLLE DES REVISORS IN DER AKTIENGESELLSCHAFT

Mit dem Zusammenbruch der Enron Corporation im Jahre 2001 beginnt die Überprüfung der bestehenden Systeme der korporativen Leitung in den Aktiengesellschaften Amerikas und auch Europas. Dabei wird besonders die Verantwortung des Revisors für die Wahrhaftigkeit und Genauigkeit des Revisionsberichtes wie auch die fachgerechte und verlässliche Darlegung der Finanzlage der Handelsgesellschaft hervorgehoben. Besondere Aufmerksamkeit wird dabei der Verantwortung des Revisors gegenüber dritten Personen sowie der Sicherung der Unabhängigkeit des Revisors von der Handelsgesellschaft in der er die Revision durchführt geschenkt. Das kroatische Recht fordert eine Angleichung der Vorschriften zur Revision an die europäischen Rechtsquellen sowie an die Rechtsquellen des deutschen Rechts, zu dem es der Tradition nach gehört.

Schlüsselwörter: *Revisor, Aktiengesellschaft, Gesetz zur Revision, Gesetz über Handelsgesellschaften, Enron.*

Sommario

RUOLO DEI REVISORI NELLA SOCIETÀ PER AZIONI

Il collasso della Enron Corporation nel 2001 ha imposto la questione dell'efficienza dei sistemi esistenti di amministrazione societaria nelle società per azioni sia negli Stati Uniti d'America che in Europa. È posta particolare attenzione alla responsabilità dei revisori per la veridicità e accuratezza del rapporto di revisione come prova professionale e attendibile dello stato finanziario esistente della società per azioni. Le numerose questioni discusse sono la responsabilità dei revisori verso le parti terze (investitori, debitori) e l'indipendenza dei revisori davanti al consiglio di amministrazione della società oggetto di revisione. Il diritto croato sulla revisione deve essere armonizzato con le rispettive disposizioni europee e del diritto tedesco.

Parole chiave: *revisore, società per azioni, Legge sulla revisione, Legge sulle società commerciali, Enron.*

PRAVNA NARAV PRIJELAZNIH ODREDBI I PRODUŽENA PRIMJENA PRAVNIH PRAVILA SADRŽANIH U KOLEKTIVNOM UGOVORU

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 331.106.24
349.22 340.13
Ur.: 7. siječnja 2004.
Pr.: 28. siječnja 2004.
Prethodno priopćenje

Novi su pravni odnosi realnost i nastaju na temelju važećih pravnih normi među brojnim pravnim subjektima. Ti odnosi imaju svoj postanak, trajanje i prestanak. Kada prestane važenje jednog pravnog propisa ne prestaju pravni odnosi nastali temeljem tog propisa.

Iz tih odnosa mogu nastati i sporovi koji se moraju (ili trebaju) razriješiti. Pravna sigurnost nalaže da se postave pravila po kojima će se to učiniti.

U tom smislu značajne su općenito, a u nomotehnici posebno, prijelazne odredbe u sadržaju propisa koje daju odgovore kako riješiti takve odnose i sporove.

O tim pravilima i normama u prijelaznim odredbama riječ je u ovom radu, u kome se polazi od osnovne postavke da postupak ostvarivanja i zaštite prava započet prije stupanja na snagu novog propisa treba dovršiti po odredbama propisa koje su bile temelj konstituiranja odnosa koji se zaštićuju.

U posebnom dijelu riječ je o produženoj primjeni pravnih pravila sadržanih u kolektivnom ugovoru.

Ključne riječi: *prijelazne odredbe, nomotehnika, ostvarivanje prava, zaštita prava, kolektivni ugovor.*

I. Uvod

U primjenljivim i promjenljivim okolnostima realiziraju se radni (i drugi) odnosi u kojima se stječu, ostvaruju, ispunjavaju i zaštićuju prava ili obveze subjekata tih odnosa (kolektivnih i individualnih). Promjene u pravnim propisima heteronomnog i autonomnog karaktera jednoga pravnoga sustava ili, još konkretnije, u određenoj grani prava (u njenim institucijama, kategorijama i odnosima) dovode do toga da jedni prestaju važiti, a nastaju drugi s novim sadržajem odredbi, pa makar i kod istog poslodavca. Subjekti radnopravnih odnosa ulaze iz jednih u druge sadržaje tih odnosa.¹

¹ VUKOVIĆ, Mihajlo i Đuro, Znanost o izradi pravnih propisa, Nomotehnika, Informator, Zagreb, 1997.

Najčešća situacija je da se stupanjem na snagu jednog propisa (istih subjekata, istih sadržaja i odnosa), stavlja izvan snage dotadašnji propis. Međutim, radni su odnosi živi, u kontinuitetu i bogati projektiranim (in futuro) pravima i obvezama: to nije statična kategorija, već odnos započelih, a nedovršenih odnosa i postupaka za ostvarivanje i zaštitu prava i obveza po propisima na čijem su temelju zasnovani (zakona, podzakonskih propisa, kolektivnih ugovora, pravilnika, sporazuma i drugih općih akata). To je proces koji se, u pravilu, ne zaustavlja donošenjem novog propisa. Zbog toga se javlja vrlo složeno pitanje kako riješiti takve odnose i sporove.

2. Problemi prijelaznih odredbi

U Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o radu, NN 114/2003. od 19. svibnja 2003., u odredbama članka 78. st. 1. piše "Postupci ostvarivanja i zaštite prava radnika, započeti prije stupanja na snagu ovog Zakona, dovršit će se po odredbama Zakona o radu (NN br. 38/95, 54/95, 65/95, 17 /01 i 82 /01.), ako ovim Zakonom određeno pravo nije za radnika povoljnije."²

Ova "formula" nalazi se i u odredbama članka 195. Zakona o radu (produžena primjena pravnih pravila sadržanih u kolektivnom ugovoru) i glasi: "Ako kolektivnim ugovorom nije drukčije određeno, nakon isteka roka na koji je sklopljen kolektivni ugovor, u njemu sadržana pravila kojima se uređuje sklapanje, sadržaj i prestanak radnog odnosa i dalje se primjenjuju do sklapanja novoga kolektivnog ugovora, kao dio prethodno sklopljenih ugovora o radu."³

U članku 194. Zakona o radu, vrijeme (rok) sklapanja kolektivnog ugovora je određeno ili neodređeno vrijeme.

U teoriji prava i u nomotehnici značajna su određenja pravnog propisa prostor (spatium) i vrijeme (tempus).

Propis važi od jedne činjenice u vremenu (dies a quo) te prestaje važiti s nastupom druge činjenice (dies a quem).

Spomenute odrednice nužnost su i za adresanta i adresate propisa. Važenje samo po sebi ne jamči primjenu normi u propisu, iako se to pretpostavlja, jer je to cilj donosioca propisa. Donosioci propisa o radu i radnim odnosima u tim propisima izražavaju svoju volju da se ovi posebni pravni odnosi urede, kontinuirano realiziraju i zaštićuju u vremenu u kome radni odnosi nastaju, traju i prestaju. U radnim odnosima prekid kontinuiteta bio bi štetniji nego u drugim pravnim odnosima. Donosioci propisa u ovoj oblasti ne mogu biti isključivi pa donositi propise ab ovo, suprotstavljene ili proturječne, već u navedenom kontinuitetu, uzimajući u obzir nove okvire u kojima se novi propis donosi, u mogućim pravilnostima, tipičnostima, prosječnostima i zatečenim odnosima, vežu prošlost, sadašnjost i budućnost.

Prestankom važenja pojedinih odredbi zakona ili kolektivnog ugovora znači da prestaje mogućnost da se temeljem njih zasnivaju (novi) pravni odnosi, ali to ne znači da prestaju određeni sadržaji pravilnosti i djelotvornosti. Novi se odnosi na temelju

² Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o radu, NN 114/03.

³ Zakon o radu, NN 38/95., 54/95., 65/95., 17/01. i 82/01.

propisa koji su prestali važiti ne konstituiraju, a već nastali pravni odnosi ne mogu se negirati (zaključen ugovor o radu sa svim sadržajima, pravo na zdravstveno i mirovinsko osiguranje). Zakonodavac (u najširem smislu riječi) ih ne može osporiti, već ih priznaje ili zaštićuje. U tome se sastoji legitimitet propisa. (Zamislite kako bi izgledalo kada bi prestankom važenja jednog kaznenog propisa ili propisa o statusu građana prestali i njihovi učinci.)

Stare propise (one koji su prestali važiti stupanjem na snagu drugih) i nove propise treba analizirati u njihovoj koegzistentnosti.

Norme starog propisa sada se primjenjuju samo kao pravna pravila, kao dio prethodno nastalih pravnih odnosa. U radnim odnosima to se odnosi i na postupke ostvarivanja i na postupke zaštite prava subjekata toga odnosa, a kada su u pitanju kolektivni ugovori, pitanja “sklapanja, sadržaja i prestanka radnog odnosa”. Te norme, sada pravna pravila, ostaju na snazi do okončanja postupaka ili odnosa započetih po tim normama, a kod kolektivnog ugovora do sklapanja novog kolektivnog ugovora. To je bit pravne sigurnosti. Kada se, i ako se, donese novi propis ili sklopi novi kolektivni ugovor, njihove norme će važiti in futuro. Međutim, radni odnosi traju i nema uporišta za njihovo nazadovanje, već za svojevrsnu promociju, napredovanje na temelju stečenih prava i zatečenog stanja. Radi se o specifičnoj situaciji, jer će ostati živjeti odnosi i postupci započeti po propisima koji su bili na snazi u vrijeme kada su odnosi, postupci, pa i sporovi nastali. To je sadržaj radnih odnosa u kretanju (trajanju). To treba urediti novi propis.

Poznati su adresati tih odnosa, evidentni i određeni. To su svi oni koji su zatečeni sa svojim pravima i postupcima sve do trenutka potpunog i cjelovitog okončanja pojedinog postupka koji je pokrenut temeljem tih propisa. Koliko to može trajati? Duže ili kraće, dok se postupak ne završi. Ako se radi o individualnom postupku u individualnom radnom odnosu ili sporu, onda dok se ne okonča, a ako se radi o pravnom pravilu iz kolektivnog ugovora, onda dok se ne sklopi novi kolektivni ugovor ili na drugi način riješi taj odnos u skladu sa zakonom. Na te odnose imaju se primijeniti svi propisi koji su bili na snazi kada je odnos ili spor nastajao (zakoni, podzakonski akti, kolektivni ugovori, opći akti poslodavca i dr.) kao *lex specialis*, a primijenit će se i odredba članka 7a Zakona o radu (“primjena za radnika najpovoljnijeg prava”).

Kada je u pitanju primjena odredbi članka 78. st 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu (o dovršavanju postupaka započetih po Zakonu o radu do 19.7.2003.), onda će se to primijeniti ako su ispunjeni kumulativno ovi uvjeti: da je postupak počeo; da su egzistirali propisi na koje se u postupku poziva u vrijeme pokretanja postupka; da postoje subjekti ovlašteni na postupanje i nepostojanje negativnih pravnih pretpostavki (da postupak traje i da ne postoje pravne činjenice koje isključuju primjenu propisa u ovim nedovršenim postupcima).

U tom slučaju primjenjuje se materijalno pravo (kako je objašnjeno: zakon, podzakonski akt, kolektivni ugovor, pravilnik o radu i drugi, ali i međunarodni izvori u skladu s člankom 140. Ustava Republike Hrvatske), uz dosljedno poštivanje ustavnih načela i članka 5. Zakona o radu (“dužnost poštivanja propisa u svezi s radnim odnosom”). U postupovnom dijelu imaju se primijeniti odredbe članaka 125.-131. Zakona o radu (o osobama ovlaštenim za odlučivanje o pravima i obvezama iz radnog

odnosa, sudskoj zaštiti prava iz radnog odnosa, sudskoj nadležnost, arbitraži, prenošenju ugovora na novoga poslodavca, pretpostavki suglasnosti s odlukom poslodavca i zastari potraživanja iz radnog odnosa), kao i odgovarajuće odredbe Zakona o parničnom postupku i druge. I jedno i drugo primjenjuje se onako kako je bilo na snazi u vrijeme započinjanja postupka. Time se ne umanjuje značenje načela legaliteta, jer je ono sadržano i u članku 78. st 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu. Ispravno je mišljenje da propis koji je novim propisom stavljen izvan pravne snage, ali čija se primjena traži u neokončanim postupcima, zaista jest propis.

Postupak čine zakonom propisani i utvrđeni skup radnji i akata tijela i organa subjekata kolektivnih i individualnih radnih odnosa (i sporova) temeljem kojih se provode, ostvaruju, ispunjavaju ili nadziru Ustavom i propisom priznata i zajamčena prava u radnom odnosu, ali i obveze subjekata toga odnosa, kao i one radnje koje poduzimaju ovlaštene organi u formuliranju i iniciranju raznovrsnih pravila djelovanja s brojnim pravnim učincima u radnopravnim odnosima i sporovima. Radi se o cjelokupnom internom i eksternom postupku (kod poslodavca, uprave, suda i dr.).

Pred sudovima ima (individualnih i kolektivnih) radnih sporova koji traju godinama. Njih sude nadležni sudovi. Pored njih ima prekršajnih postupaka pred prekršajnim sudovima, ali i upravnih postupaka pred inspekcijama radnih odnosa i inspekcijama zaštite na radu, ali i pred Upravnim sudom.

Ima nedovršenih postupaka i interno kod poslodavaca (iako u manjoj mjeri, zbog rokova zastare).

Zahtjev je pružiti propisom pravnu zaštitu, pa postupak treba tumačiti ekstenzivno, kao integralni skup radnji propisanih zakonom i drugim vrelima, na koje su subjekti radnog odnosa ovlaštene, nezavisno u kojoj fazi je postupak i dokle je "stigao". Bitno je da nije okončan. Taj integralni postupak je izrazito karakterističan za radne odnose. Nije bitno tko je aktivna, a tko pasivna strana, tko je inicirao radni spor ili postupak.

Rokovi su u radnim odnosima kratki (ili su tako određeni, propisani). Poštivanje tih rokova obveza je svih, od poduzimanja bilo koje pravne radnje izravnih ili neizravnih subjekata navedenih pravnih odnosa koji imaju pravni interes, odnosno onih kojima je propisima priznato svojstvo stranke u postupku ostvarivanja i zaštite prava (i dužnosti) u radnom odnosu.

Bitno je da je postupak pokrenut. Nije bitno pred kojim organom i u kojoj pravnoj stvari. Prava na radu reguliraju se, realiziraju i zaštićuju. Postupak nije okončan sve dok postoji neka od pravnih mogućnosti intervencije koju pravni poredak omogućava.

Sve se to treba odnositi i na kolektivne ugovore ili pravilnike o radu poslodavca, kao *lex specialis* u radnim odnosima. Novi kolektivni ugovori i novi pravilnici o radu važe od dana stupanja na snagu. Dopuštena je retroaktivnost samo pojedinih odredbi tih akata. To donekle "nadoknađuje" važenje ranijih (prethodnih) akata, ali nikako u potpunosti.

3. Drugi sadržaji prijelaznih odredbi i zaključci

Prijelaznim odredbama ističe se i njihov politički karakter. Naime, promjenom režima u pravnim propisima neki se priznaju, a neki odnosi dokidaju. Priznati odnosi rješavaju se u prijelaznim odredbama. To je opredjeljenje politike da određene slučajeve prizna "pod režim novog propisa".

Prijelazne odredbe imaju pravni karakter, kako je objašnjeno, pa novi pravni poredak dopušta rješenje određenog slučaja koji je nastao u vrijeme prethodnog propisa po tom propisu. Bitna je vrsta slučaja i vrijeme kada je slučaj nastao.⁴ Prijelazne odredbe imaju uvjetni karakter i snagu dotle dok ima slučajeva iz prethodnog režima na koje se prijelazne (a i prethodne) odredbe mogu primijeniti. Imaju karakter i djelovanje pro praeterito (za prošlost).

Pravni odnosi nastali su nakon što je jedan propis stupio na snagu. Tako se osigurava etičnost i humanost, zakonitost i stabilnost pravnog poretka.⁵ I sve dok je taj propis na snazi, na temelju njegovih odredbi mogu se zasnivati (konstituirati) novi pravni odnosi. Ponavljamo, problem je kada se reguliraju oni odnosi koji su već bili regulirani, ali na drukčiji način. Pravno je pitanje kako riješiti sudbinu onih odnosa (slučajeva), čije je rješavanje počelo prema odredbama toga ranijeg propisa, a nisu završeni do donošenja novoga. Oni traju. Nisu riješeni u vrijeme u kome je prestala primjena prethodnoga propisa. Ne smiju se povrijediti već stečena prava određenih pravnih subjekata bez obzira što se, u pravilu, radi o ograničenom broju slučajeva.⁶

Uvijek je u pitanju prijelazni režim i rok u kome se mogu koristiti određena prava iz propisa koji je prestao važiti. Njime se određuje i način rješavanja već započetih, a nedovršenih predmeta.

Prijelaznim odredbama uređuju se: produženje važenja nekih provedbenih (podzakonskih) akata do donošenja novih; usklađivanje organizacije i poslovanja po novom propisu; određivanje tijela koja će provoditi novi propis; ovlasti za donošenje provedbenih propisa i rokovi za obavljanje toga posla i dr.⁷

Pravni odnosi su u stalnom kretanju. Pravni se propisi dopunjuju i izmjenjuju, ali se donose i nove odredbe. To kretanje ne smije biti na štetu subjekata pravnih odnosa koji su stvarali prava i obveze u jednom pravnom režimu. Između nastanka, ostvarivanja i zaštite prava u pravnim odnosima, a u slučaju donošenja novog propisa, nalaze se prijelazne odredbe (u tom novom propisu) koje omogućavaju pravnu sigurnost subjekata u još uvijek neostvarenim i nezaštićenim odnosima.

4. Produžena primjena pravnih propisa sadržanih u kolektivnom ugovoru

Kolektivni ugovor je autonomni, profesionalni, izvandržavni izvor prava. Rezultat je kolektivnog pregovaranja legitimnih subjekata. I država može biti subjekt - poslodavac u kolektivnom ugovoru, ali se tu samo tako javlja, a ne kao vlast, kao imperium. To važi i u slučaju da kolektivni ugovor sklapaju kao subjekti: poslodavci javna (državna) trgovačka društva, ustanove i drugi.

Kolektivni ugovor je uvijek normativni ugovor kojim se stvaraju pravna pravila po kojima će se ubuduće zaključivati ugovori o radu i razvijati individualni radni odnosi. Bitni su sadržaj kolektivnog ugovora uvjeti rada i zaposlenja.

⁴ VUKOVIĆ, cit., str. 131. i dr.

⁵ PERIĆ, Berislav, *Struktura prava*, Informator, Zagreb, 1994.

⁶ BORKOVIĆ, Ivo, *Postupak i tehnika izrade pravnih propisa*, Informator, Zagreb, 1987., str. 129 i 130.

⁷ GATARIĆ, Đuro, *Stvaranje prava*, Pravni fakultet Zagreb i Pravni fakultet Banja Luka, 1991., str. 464 i dr.

Radnopravna teorija i pravni poreci demokratskih država predviđaju mogućnost da se u kolektivnom ugovoru ugovori i *klauzula čuvanja* prednosti stečenih kolektivnim ugovorom, tj. da će ti uvjeti i dalje vrijediti u slučaju ako kolektivni ugovor ne bude produžen nakon isteka vremena njegova trajanja, *odnosno ako ne bude sklopljen novi kolektivni ugovor*.

Vremensko djelovanje kolektivnog ugovora podrazumijeva određivanje njegova stupanja na snagu (a određuju ga stranke kolektivnog ugovora) i određivanje vremena važenja kolektivnog ugovora.

U praksi poslodavaca i postupanja sudova javljaju se različita tumačenja u primjeni odredbi članka 195. Zakona o radu.⁸

4.1. Općenito o kolektivnom ugovoru i principima koji vrijede za kolektivni ugovor

“Kolektivni ugovori mogu biti sklopljeni na neodređeno i određeno vrijeme. U praksi kolektivni ugovori koji se sklapaju u Republici Hrvatskoj, sklopljeni su na određeno vrijeme. Moguće je da takav ugovor prestane važiti prije nego se sklopi novi kolektivni ugovor. Za takve je slučajeve ZOR-om utvrđeno da se nakon isteka roka na koji je sklopljen kolektivni ugovor, u njemu sadržana pravna pravila kojima se uređuju sklapanje, sadržaj i prestanak radnog odnosa i dalje primjenjuju do sklapanja novog kolektivnog ugovora, kao dio prethodno sklopljenih ugovora o radu. Može se zaključiti kako na snazi ostaje cijeli normativni dio kolektivnog ugovora, dakle onaj koji sadrži norme kao izvor prava trećih, dok prestaje važiti obvezni dio, onaj kojima su ugovorne strane uredile međusobna prava i obveze. S obzirom na činjenicu da je kolektivni ugovor neposredni izvor prava radnika, te činjenicu kako individualni ugovori o radu u slučaju postojanja kolektivnog ugovora ne moraju imati propisane obvezne uglavke koji se odnose na uvjete rada, produženom primjenom postiže se izbjegavanje praznine u slučaju isteka roka na koji je ugovor sklopljen.”⁹

Za raskid kolektivnog ugovora potrebne su brojne pretpostavke, a jedan od razloga može biti objektivna i apsolutna nemogućnost njegova ispunjenja.¹⁰

Kolektivni ugovor je pravni akt trajanja, pa se govori o trajnoj (trajnijoj) obvezi. Obveza poslodavca je to trajno (trajnije) ili određeno davanje odnosno činjenje.

Obveze prestaju protekom vremena koje je određeno kolektivnim ugovorom ili otkazom jedne strane, ali ne kao pravno pravilo za već sklopljene ugovore o radu.

Vrijeme trajanja prava i obveza u kolektivnom ugovoru određuju stranke.

U tom slučaju istek određenog vremena je jedna kategorija, a otkaz kolektivnog ugovora druga.

Otkazani pravni odnos prestaje kada istekne otkazni rok određen kolektivnim ugovorom.

Vjerovnik (radnici, sindikat) ima pravo zahtijevati od dužnika (poslodavca) ono što je dospjelo prije nego što je obveza prestala protekom roka ili otkazom, pa temeljem produžene primjene pravnog pravila ono što je upisano u ugovor o radu.

⁸ Zakon o radu, NN 38/95., 54/95., 65/95., 17/01., 82/01., 114/03.

⁹ GOTOVAC, Viktor, Zakon o radu s komentarima i tumačenjima, Zagreb, 2003., str. 319. i 320.

¹⁰ TINTIĆ, Nikola, Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi (I), Narodne novine, Zagreb, 1996. str. 283.

Ako je otkaz kolektivnog ugovora poslodavac dao u nevrijeme, radnici trpe štetu i izloženi su neugodnostima, a takve radnje poslodavca, pored drugog, protive se načelu savjesnosti i poštenja.

4.2. Principi koji vrijede za kolektivni ugovor

Principi na kojima se temelji kolektivni ugovor jesu:

- 1) Princip suradnje poslodavca i sindikata
- 2) Princip i cilj trajnije suradnje i ostvarivanje zajedničkih interesa
- 3) Princip stvaranja uvjeta za oživotvorenje uređenih prava i izvršavanje obveza
- 4) Obveza kolektivnog pregovaranja u dobroj vjeri
- 5) Dužnost ispunjavanja obveza iz kolektivnog ugovora u dobroj vjeri
- 6) Princip poštivanja određenih moralnih normi kao sastavnog dijela javnog poretka
- 7) Princip in favorem laboratoris
- 8) Princip ravnopravnosti subjekata kolektivnog pregovaranja i kolektivnog ugovora
- 9) Princip savjesnosti i poštenja (*bona fides*)
- 10) Princip zabrane zloupotrebe prava
- 11) Svatko je dužan suzdržati se od postupka kojim se može drugom prouzročiti šteta
- 12) Princip odgovornosti za neispunjenje obveze
- 13) Kolektivni ugovor je nastao i smatra se zaključenim kada su ugovorne strane suglasne o sastojcima ugovora.

4.3. Pravna pravila kolektivnog ugovora

Kolektivni ugovor je autonomni akt. To je akt-propis, ali i akt-ugovor, profesionalni i izvandržavni izvor prava. Izvor je pravnih pravila. Prava utvrđena u njemu mogu biti in melius za radnike u odnosu na zakon. Prema individualnim ugovorima djeluje kao zakon (kao pravna norma), ali samo u minimumu.

Pretpostavke za primjenu kolektivnog ugovora jesu: da je objavljen, da je stupio na snagu i da je na snazi, pa i kao pravno pravilo temeljem članka 195. Zakona o radu.

Vremensko djelovanje kolektivnog ugovora uvjetovano je određivanjem dana njegova stupanja na snagu, kojeg određuju stranke.

U kolektivnom ugovoru mogu se razlikovati dan stupanja na snagu od dana važenja.

Ako je kolektivni ugovor zaključen na određeno vrijeme od godinu dana, s klauzulom da se primjenjuje i dalje, a prema odredbi članka 195. Zakona o radu “u njemu sadržana pravna pravila kojima se uređuju sklapanje, sadržaj i prestanak radnog odnosa i dalje se primjenjuju do sklapanja novog kolektivnog ugovora, kao dio prethodno sklopljenih ugovora o radu.” (podcrtao M.U.), onda nastupa jedno specifično pravno stanje.

Treba razlikovati istek vremena na koje je kolektivni ugovor sklopljen i njegovu primjenu, ali kao pravno pravilo po članku 195. Zakona o radu.

Ako nije sklopljen novi kolektivni ugovor, odredbe kolektivnog ugovora primjenjuju se i nakon proteka vremena.

Kolektivni ugovor stupio je na snagu danom potpisa (kada je i sklopljen), a primjena se precizno određuje.

Kako je *kolektivni ugovor i normativni akt*, to je sintagma “stupanje na snagu” pravilno korištena. Biti na snazi znači da živi kao propisnik, kao ugovor-zakon,

ugovor-propis. Od tada kolektivni ugovor traje, jer je besmisleno tumačiti da nešto traje od dana primjene, jer se primjena može i ne mora *de facto realizirati* (npr. tzv. "mrtvi propisi"), ali *de jure propis ili ugovor postoji*. Kolektivni ugovor važi od dana kada je stupio na snagu, a neke odredbe mogu imati i retroaktivnu primjenu.

Ako se koristi pojam (termin) "sklapa se" i "sklopljen", nema dvojbe da tako treba tumačiti kolektivni ugovor - kao ugovor (volja stranaka).

Kada kolektivni ugovor istekne, ne može se otkazati jer onaj pravni odnos koji je istekao, a pogotovo ugovor, više se ne otkazuje. Drugo je pitanje "prešutnog" obnavljanja u nekim pravnim poslovima.

U tom smislu treba tumačiti i odredbe članka 195. Zakona o radu, prema kojima će se pravna pravila sadržana u kolektivnom ugovoru koji je istekao primjenjivati do sklapanja novog kolektivnog ugovora, kao dio prethodno sklopljenih ugovora o radu.

Kolektivni ugovor, odnosno pravna pravila sadržana u njemu primjenjuju se do sklapanja novoga kolektivnog ugovora "kao dio prethodno sklopljenih ugovora o radu".

Kolektivni ugovor sklopljen na određeno vrijeme može se otkazati samo ako je mogućnost otkazivanja predviđena ugovorom (čl. 196. Zakona o radu). U tom slučaju kolektivni ugovor mora sadržavati "uglavke o otkaznim rokovima i razlozima" (čl. 196. st. 3. Zakona o radu).

Kada potpisnice kolektivnog ugovora u tom aktu uglave da će se odredbe toga kolektivnog ugovora primjenjivati i nakon proteka vremena na koje je sklopljen, sve do sklapanja novog kolektivnog ugovora, onda preuzimaju in futuro odredbe kolektivnog ugovora (koji prestaje) sve dok ne sklope (novi) ugovor. To može trajati, ali je bitno da postoji kolektivni radni odnos socijalnog mira (i reda), pa i kao osnova za individualne radne odnose. Uspostavljeno je jedno legalno radnopravno stanje i pravna sigurnost.

Redovit je postupak (dok još traje kolektivni ugovor) "započinjanja pregovora o obnovi kolektivnog ugovora" predviđen i u slučaju otkazivanja i u slučaju isteka "roka na koji je sklopljen kolektivni ugovor". Bez obzira na otkazivanje i protek vremena sve odredbe kolektivnog ugovora primjenjuju se do sklapanja novoga, ako kolektivnim ugovorom nije drukčije određeno.

Prema odredbama članka 191. Zakona o radu ("dužnost ispunjavanja obveza iz kolektivnog ugovora u dobroj vjeri") stranke kolektivnog ugovora "dužne su u dobroj vjeri ispunjavati njegove odredbe" (stavak 1.) a "zbog povrede obveze iz kolektivnog ugovora oštećena stranka *ili osoba na koju se on primjenjuje* može tražiti naknadu pretrpljene štete" (st. 2.).

Radi se o svim odredbama kolektivnog ugovora i o svakoj osobi na koju se kolektivni ugovor primjenjuje.

Odredbe članka 195. Zakona o radu ("Produžena primjena pravnih pravila sadržanih u kolektivnom ugovoru") treba tumačiti kao konzistentni dio cjelokupnog propisa poštujući pravnu teoriju tumačenja propisa i nomotehnička pravila izrade propisa.

Navedena odredba nalazi se iza odredbi o vremenu sklapanja kolektivnog ugovora, a ispred odredbi o otkazu kolektivnog ugovora. Kada je to tako, onda "produžena primjena pravnih pravila sadržanih u kolektivnom ugovoru" vrijedi za kolektivni ugovor (bez obzira da li je sklopljen na neodređeno ili određeno vrijeme) i bez obzira na osnovu isteka roka. U protivnom bi se stvorila pravna nesigurnost i

povrijedio Ustav Republike Hrvatske. (čl. 14. st. 2, čl. 54. st. 2), a u vezi sa člankom 26. Ustava Republike Hrvatske).¹¹ To bi značilo protuustavno ponašanje i stvaranje pravne nesigurnosti i socijalnog nemira.

Zakon o radu u članku 195. kaže "nakon isteka roka na koji je sklopljen kolektivni ugovor", a taj rok je u članku 194. "određeno ili neodređeno vrijeme". Kada taj rok istekne, "u njemu sadržana pravila kojima se uređuju sklapanje, *sadržaj*, i prestanak *radnog odnosa* i dalje se primjenjuju do sklapanja novoga kolektivnog ugovora, *kao dio prethodno sklopljenih ugovora o radu*.

Zakon govori o sadržaju radnog odnosa, a ne o sadržaju ugovora o radu, bez obzira što se "radni odnos zasniva (se) ugovorom o radu" (čl. 8. st. 1. Zakona o radu).

Ugovor o radu je statična kategorija, oblik materijalizacije suglasnosti volja poslodavca i radnika da zasniju radni odnos, a radni odnos je dinamična kategorija, živ, faktičan, primjenljiv i promjenljiv radnopravni status i odnos sa sadržajem koji nije uređen samo ugovorom o radu već i drugim propisima i aktima poslodavca. U članku 195. govori se o *sadržaju radnog odnosa*. Njega čine sva prava, sve obveze i sve odgovornosti subjekata toga specifičnog pravnog odnosa bez obzira kako su uređeni. U tom smislu treba tumačiti i odredbe članka 5. st. 1., 6., 7., 7a Zakona o radu.

Jedno je obvezni sadržaj ugovora o radu ("pisanog") (čl. 12. Zakona o radu), a drugo je (i šire je) *sadržaj* radnog odnosa kako piše u članku 195. Zakona o radu. Zbog toga je Zakon dopustio da se u ugovoru o radu uputi i na druge izvore i osnove (čl. 12. st. 2.).

Kad je to tako, onda nema jednostranog mijenjanja ugovora o radu, već samo na način i zbog razloga koje određuje Zakon o radu (npr. primjenom članka 114. i otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora). Može se pristupiti i sklapanju dodatka ugovora o radu, sukladno odredbama članka 6. Zakona o radu ("Primjena općih propisa obveznog prava").

Ono što je ugovorom o radu uglavljeno ostaje sve do prestanka u skladu s odredbama članka 103. Zakona o radu, po bilo kojem razlogu ili osnovu.

Uz ostalo Zakon o radu priznaje načelo in favorem laboratoris i precizno ga unosi u odredbe članka 7a ("primjena za radnika najpovoljnijeg prava"). Nije važan rang (hijerarhija, subordinacija, konzistentnost) već povoljnije pravo za radnika, pa kada je to ugovorom o radu utvrđeno, ima se primijeniti, bez obzira na "više" pravne norme u "višim" pravnim aktima (više pravne snage).

Poslodavac i radnik je dužan pridržavati se propisa o radu i radnim odnosima (čl. 5. Zakona o radu).

Pravilno je tumačiti odredbe članka 195. Zakona o radu da se odnosi na kolektivni ugovor općenito, pa je "istek" prestanak zbog svih razloga predviđenih Zakonom i kolektivnim ugovorom za prestanak kolektivnog ugovora s navedenim pravnim posljedicama. Te posljedice su zatečeno (i stečeno) stanje u ugovorima o radu, ali i u sadržaju radnog odnosa kao dinamične kategorije u konkretnim individualnim radnim odnosima.

Sve odredbe kolektivnog ugovora odnose se na sve radnike poslodavca kojega kolektivni ugovor obvezuje (na koga se primjenjuje).

¹¹ Ustav Republike Hrvatske, NN 41/01., 55/01.

5. Zaključak

Kada prestane važiti jedan pravni propis, ne prestaju pravni odnosi koji su nastali među pravnim subjektima temeljem pravne norme kada je taj propis bio na snazi. Ti odnosi traju dok ih pravni sustav sankcionira. U tom smislu značajne su prijelazne odredbe u "novim" propisima. Postupak ostvarivanja i zaštite prava započet prije stupanja na snagu novog propisa treba dovršiti po odredbama propisa koje su bile temelj konstituiranja odnosa koji se zaštićuju. Istina, u nekim novim propisima to se rješava i dodatkom "ako neko pravo za subjekte nije povoljnije uređeno novim propisom".

Prestankom opće obvezatnosti kolektivnog ugovora (iz bilo kojeg razloga) ne prestaje i neposredna primjena normativnog dijela (pravnih pravila) kolektivnog ugovora, pa će se ta *pravna pravila nastavno primjenjivati kao dio prethodno sklopljenih ugovora o radu*.

Kolektivni ugovor ima dvostrani učinak: normativni i obligatorni.

Otkaz kolektivnog ugovora je samo jedan od *načina* (oblika) prestanka kolektivnog ugovora, analogno odredbama članka 103. Zakona o radu koji se odnosi na "načine prestanka ugovora o radu" (detaljnije članak 103. st. 1. t. 2. i t. 6. Zakona o radu). Ne može u istom propisu biti tumačenja istih pojmova (jezičnih i pravnih) na dva različita načina. Prema tome, vrijedi produžena primjena odredaba kolektivnog ugovora za sve načine (oblike) prestanka kolektivnog ugovora, a ne samo za slučaj isteka vremena na koje je zaključen.

Od prestanka jednog do sklapanja drugog kolektivnog ugovora može proteći kraće ili duže vrijeme (pojmovi "kraće" i "duže" su difuzni pojmovi). Za to vrijeme mora vladati pravna *sigurnost u sadržaju radnog odnosa*. To je intencija zakonodavca i to treba biti i cilj ugovornih strana radi socijalnog mira.

Ako je kolektivni ugovor zakonito sklopljen i ne sadrži norme zbog kojih se može govoriti o nezakonitosti, njega mogu otkazati samo potpisnici, *uz otkazni rok i uz otkazne razloge* (utvrđene zakonom i (ili) kolektivnim ugovorom). Otkazni rok po Zakonu o radu je tri mjeseca (čl. 196. st. 4.), a za to vrijeme je kolektivni ugovor na snazi i primjenjuje se. Otkazni se rok računa od dana dostave otkaza drugoj strani.

U pravilu, već za trajanja otkaznog roka pristupa se (započinje) postupku pregovora o obnovi kolektivnog ugovora. To treba biti u interesu oba subjekta, upravo zbog *prijelazne primjene* odredbi onoga kolektivnog ugovora koji prestaje, dok se novi ne sklopi.

Smisao toga rješenja jest u intenciji zakonodavca (u širem smislu) da se nastavi odmah i završi što prije proces kolektivnog pregovaranja i sklopi novi kolektivni ugovor. To je smisao socijalnog mira.

Prof. Perić kaže "Odredba da jedno pravno pravilo *stupi na snagu* (da počinje biti pravno obvezno) može biti formulirana na dva načina: a) ili je dan stupanja na snagu određen pojedinačno za to pravno pravilo, b) ili je dan stupanja na snagu određen općenito za niz pravnih pravila...". Na drugom mjestu o prestanku pravnih odnosa iste autor piše: "Pravni odnosi mogu prestati: 1) prestankom pravnog pravila, 2) prestankom subjekata, 3) prestankom objekta, 4) vlastitim ukinućem subjektivnog prava, 5) ispunjenjem obveze, 6) konfuzijom, 7) kompenzacijom."¹²

¹² PERIĆ, Berislav, *Struktura prava*, Informator, Zagreb, 1994., str. 9., 93. i 94.

Zakon o radu je opći zakon. Jedino u tom propisu utvrđena su opća pravila kolektivnog pregovaranja i kolektivnog ugovora. Njih treba tumačiti i primjenjivati u skladu s Ustavom i u teoriji prihvaćenim pravilima tumačenja prava.

Summary

LEGAL NATURE OF TRANSITORY PROVISIONS AND EXTENDED APPLICATION OF LEGAL RULES CONTAINED IN COLLECTIVE AGREEMENTS

New legal relations are a reality and they evolve (are constituted) on the basis of legal norms in force among numerous legal subjects. These relations have their beginning, duration and end. When are certain legal provisions cease to be in force, legal relations founded on them are not terminated. They continue.

This relations may result in disputes that must be (or should be) settled. Legal certainty requires existence of rules that would govern this. In that respect transitory provisions in a legal act are of general importance, and in nomotechnics of special importance, as they should provide for answers on how to solve these relations and disputes.

This article deals with such rules and norms contained in transitory provisions having for a starting point a thesis that each and every procedure of realization and protection of rights commenced before coming into force of new regulations should be concluded according provisions of the act that forms a basis for constituting legal relation that is being protected.

A special part deals with extended application of legal rules contained in collective agreement.

Key words: transitory provision, nomotechnics, realization of right, protection of right, collective agreement.

Zusammenfassung

RECHTSNATUR VON ÜBERGANGSBESTIMMUNGEN UND VERLÄNGERTE ANWENDUNG VON IM TARIFVERTRAG ENTHALTENEN RECHTSREGELN

Neue Rechtsverhältnisse sind die Realität und konstituieren sich auf Grund von geltenden Rechtsnormen unter zahlreichen Rechtssubjekten. Diese Verhältnisse haben ihren Anfang, ihre Dauer und ihre Ende. Wenn ein rechtliche Bestimmung aufhört zu gelten, bedeutet dies nicht, dass die Rechtsverhältnisse, die auf Grund dieser Bestimmung entstanden sind, aufhören. Sie bestehen weiter.

Aus diesen Verhältnissen können Konflikte entstehen, die gelöst werden müssen. Die rechtliche Sicherheit verlangt es Regeln aufzustellen, nach denen dies geschehen wird. In diesem Sinne sind Übergangsbestimmungen im Inhalt der Vorschriften, die

Antwort darauf geben sollen, wie solche Verhältnisse und Konflikte zu lösen sind, allgemein und in der Nomotechnik besonders wichtig.

Von solchen Regeln und Normen in Übergangsbestimmungen ist in dieser Arbeit die Rede wobei von der Grundvoraussetzung ausgegangen wird, dass der Prozess zur Realisierung und zum Schutz von Rechten, der vor dem In-Kraft-Treten der neuen Bestimmungen begonnen hat, nach den Bestimmungen der Vorschriften aufgrund deren das zu schützende Verhältnis konstituiert wurde, beendet werden soll.

In einem besonderen Teil wird über die verlängerte Anwendung von Rechtsregeln gesprochen, die im Tarifvertrag enthalten sind.

Schlüsselwörter: Übergangsbestimmungen, Nomotechnik, Realisierung von Rechten, Rechtsschutz, Tarifvertrag.

Sommario

NATURA GIURIDICA DELLE DISPOSIZIONI TRANSITORIE E APPLICAZIONE PROROGATA DELLE REGOLE LEGALI CONTENUTE NEL CONTRATTO COLLETTIVO

Nuove relazioni giuridiche sono una realtà e si evolvono (sono costituite) sul fondamento delle norme legali in vigore tra numerosi soggetti giuridici. Queste relazioni hanno il loro inizio, durata e fine. Quando una determinata disposizione legale cessa di essere in vigore, le relazioni giuridiche fondate su di essa non terminano. Esse continuano.

Queste relazioni possono sfociare in controversie che devono (o dovrebbero) essere risolte. La certezza giuridica richiede l'esistenza di regole che governino questo. A questo riguardo le disposizioni transitorie in un provvedimento legale sono di importanza generale, e di importanza particolare nella nomotecnica, poiché dovrebbero fornire risposte su come risolvere queste relazioni e controversie.

In questo lavoro si affrontano tali regole e norme contenute nelle disposizioni transitorie avendo come punto di partenza la tesi che ciascuna singola procedura di realizzazione e tutela di diritti avviata prima dell'entrata in vigore di una nuova regolamentazione dovrebbe essere conclusa secondo le disposizioni del provvedimento che forma il fondamento per la costituzione della relazione giuridica che si sta tutelando.

Una parte specifica tratta dell'applicazione prorogata delle regole legali contenute nel contratto collettivo.

Parole chiave: disposizioni transitorie, nomotecnica, realizzazione dei diritti, tutela dei diritti, contratto collettivo.

PRIJENOS PRAVA VLASNIŠTVA RADI OSIGURANJA TRAŽBINA PREMA NOVELAMA OVRŠNOG ZAKONA 2003.

Dr. sc. Eduard Kunštek, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.232.3
347.952
Ur.: 4. veljače 2004.
Pr.: 26. veljače 2004.
Prethodno priopćenje

U ovom radu uspoređuju se i analiziraju odredbe Ovršnog zakona glede sudskog i javnobilježničkog osiguranja tražbina prijenosom vlasništva koje su bile na snazi od njegova donošenja 1996. godine i odredaba novela 2003. godine kojima je bitno izmijenjen ovaj institut. Autor je pri istraživanju primijenio povijesnu i poredbenopravnu metodu te predvidio moguće posljedice najnovijeg zakonodavnog zahvata. Pri tome smatra da je u svakom slučaju trebalo unijeti poboljšanja u dosadašnji tekst, što ne znači da je postojala potreba za ovako temeljito provedenom promjenom koja je bitno utjecala na pogoršanje položaja vjerovnika i otvorila pitanje njene ustavnosti. Kao izravnu posljedicu u budućnosti predviđa sve češće korištenje tzv. sale and lease-back pravnih poslova radi osiguranja tražbina u kojima će dužnici imati daleko nepovoljniji položaj od onoga kojega su imali kad su sklapali sporazume o prijenosu prava vlasništva sukladno odredbama Ovršnog zakona koje su važile do 2003. godine.

Ključne riječi: osiguranje, prijenos vlasništva, sale and lease-back, vjerovnik, dužnik, lex commissoria.

1. Opći pregled izmjena i dopuna Ovršnoga zakona

ZIDOZ¹ je druga izmjena i dopuna OZ od njegova donošenja 1996. godine.² Posljednjom novelom, zakonodavac je unio važne novosti koje zahtijevaju temeljitu kritičku analizu s gledišta prihvatljivosti teorijskih polazišta, kakvoće zakonskih propisa i modaliteta praktične primjene.

¹ Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona od 15. listopada 2003. (NN, 173/03., ispr. 194/03.). U nastavku: ZIDOZ.

² Ovršni zakon (NN, 57/96.); Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona (NN, 29/99.); Odluka Ustavnog suda RH (NN, 42/00.). U nastavku: OZ.

Najvažnije među tim novostima, prema pitanjima na koja se odnose, mogu se razvrstati u sljedećih četrnaest skupina:

1. Odredba prema kojoj je žalba protiv rješenja načelno bila dopuštena, zamijenjena odredbom prema kojoj je žalba dopuštena samo kad je to zakonom izričito dopušteno;³

2. Naglašena je načelna nesuspendivnost žalbe protiv rješenja o ovrsi;⁴

3. Načelo zbornosti je napušteno i u drugostupanjskom odlučivanju;⁵

4. Remonstrativne ovlasti prvostupanjskog suda u povodu odlučivanja o žalbi su ukinute;⁶

5. Nametnuta je obveza drugostupanjskom sudu da rješenje o žalbi donese i otpremi u roku od trideset dana od dana kada ga je donio.⁷ Tom se odredbom smjeralo unijeti konkretan sadržaj u načelno određenje "hitnosti" ovršnog postupka.⁸ Međutim, i dalje postoji mogućnost da drugostupanjski sud ne postupi sukladno toj odredbi te da ne donese

³ V. članak 11. stavak 1. OZ i članak 6. stavak 1. ZIDOZ. Također vidi navod u Obrazloženju pojedinih odredaba prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, Ministarstvo pravosuđa, lokalne uprave i samouprave, Zagreb, veljača 2003. (dalje Obrazloženje)... "Mogućnost izjavljivanja žalbe u ovršnom postupku treba svesti na najmanju mjeru, da bi se, koliko god je moguće, vodeći računa samo o najnužnijoj zaštiti ovršenikovih prava, ubrzao postupak i spriječila zlorababe procesnih prava na ovrhovoditeljevu štetu."

⁴ V. članak 11. stavak 4. OZ i članak 6. stavak 2. ZIDOZ. Međutim, valja imati u vidu da će žalba i dalje u niz slučajeva imati suspenzivni učinak. Tako će se npr. utvrđivanju vrijednosti nekretnine pristupiti tek nakon što rješenje o ovrsi postane pravomoćno premda ovrhovoditelj može predložiti da se tome ipak pristupi - no tada mora predujmiti potrebna sredstva i izjaviti da će snositi troškove utvrđivanja vrijednosti i za slučaj da ovrha bude obustavljena (članak 87. stavak 2. OZ); nekretnina na kojoj se provodi ovrha može se predati kupcu tek nakon što ovaj položi kupovninu i nakon što rješenje o dosudi postane pravomoćno (članak 101. stavak 1. OZ); sud će pristupiti namirenju vjerovnika - ovrhovoditelja nakon pravomoćnosti rješenja o dosudi nekretnine kupcu i polaganja kupovnine (članak 104. OZ); ročište za diobu kupovnine na kojem se konačno i zadovoljava tražbina vjerovnika sud će odrediti nakon pravomoćnosti rješenja o dosudi nekretnine kupcu (članak 117. stavak 1. OZ); žalba protiv rješenja o namirenju odgađa isplatu (članak 118. stavak 4. i članak 56. stavak 2. ZIDOZ); ako se ovrha provodi na pokretninama, od pravomoćnosti rješenja o ovrsi ovisi prodaja zaplijenjenih stvari izuzev u nekim slučajevima (članak 140. stavak 1. OZ i članak 99. ZIDOZ - pokretnine podložne kvarenju, ovršenik pristane na prodaju, postoji opasnost od pada vrijedosti, ako ovrhovoditelj daje jamčevinu za štetu koju bi bio dužan naknaditi ovršeniku u slučaju da rješenje o ovrsi ne postane pravomoćno) itd.

⁵ V. članak 10. stavak 1. OZ i članak 5. ZIDOZ. Očito je kako je namjera ubrzati postupak premda razlog naveden u Obrazloženju ne možemo prihvatiti... "U ovršnom postupku vijeće ne treba odlučivati ni o čemu." Dakako da je svrsishodnije i ekonomičnije da sud ne odlučuje u vijeću no sasvim je sigurno da bi u nekim slučajevima bilo korisno i takvo rješenje. U stvarnosti se radi o potrebi ispunjenja aktualnog važnog pravno-političkog cilja za što je moguće bržim provođenjem postupka.

⁶ V. članak 47. stavak 1. i 2. OZ i članak 23. ZIDOZ. V. Obrazloženje uz članak 23. ZIDOZ koje je glede ukidanja remonstrativnih ovlaštenja suda prilično neodređeno.. "s obzirom na izmjenu članka 46., nema razloga da prvostupanjski sud odlučuje o žalbi protiv rješenja o ovrsi", te .. "najvažnije je, ipak, da odredbe sadašnjih stavaka (1), (2) i (4) omogućuju neograničeno odugovlačenje postupka i kompliciraju ga bez potrebe." Ne bi se moglo kazati da je izmjenjena odredba koja se odnosi na žalbu protiv rješenja o ovrsi automatski izazvala potrebu ukidanja ove ovlasti prvostupanjskog suda premda je i inače malo vjerojatno da će se on njome koristiti. Napose je teško kazati da je prethodno zakonodavno rješenje omogućavalo neograničeno odugovlačenje postupka.

⁷ Loc cit.

⁸ V. članak 13. stavak 1. OZ.

rješenje i otpremi ga u navedenom roku, pa se samo po sebi postavlja i pitanje kakav će to imati učinak u postupku? Strankama očito nije ne raspolaganju bilo kakvo postupovno sredstvo da utječu na rad suda sukladno toj odredbi. Dakako, uvijek imaju mogućnost tužiti Republiku Hrvatsku za naknadu štete koja im je nastala zbog nezakonitog ili nepravilnog rada suca u obnašanju službene dužnosti.⁹ No u tom postupku trebaju dokazati postojanje štete i njenu visinu te bi u svakom slučaju valjalo razmisliti o nekim postupovnim sredstvima kojima bi se omogućio utjecaj stranaka na ispunjenje ove obveze suda;

6. Položaj treće osobe u povodu njena prigovora je bitno nepovoljniji,¹⁰ što se može reći i za položaj ovršenika u povodu njegova prijedloga za odgodu ovrhe;¹¹

7. Ukinuta je odredba prema kojoj je postojala mogućnost trećeg ročišta za prodaju nekretnine u kojem se slučaju nekretnina mogla prodati ispod polovine procijenjene vrijednosti;¹²

8. Ovrhovoditelj koji je kupio nekretninu na ročištu za njenu prodaju u određenim okolnostima ovlašten je prebiti svoju tražbinu s kupovninom koju je dužan uplatiti.¹³

10. Posebno valja upozoriti na novine koje se odnose na ovrhu radi zadovoljenja novčane tražbine na pokretninama u kojem je slučaju moguće da se zaplijenjene pokretne prodaju putem Financijske agencije ili javnih komisionih prodavaonica;¹⁴

11. Kakvoćom dvojbenu novost koja je motivirana "usklađenjem sa Zakonom o platnom prometu u zemlji" predstavlja odredba prema kojoj je ovrhovoditelju koji nije korisnik Internet Explorer pretraživača, banka koja vodi Jedinostveni registar računa

⁹ V. članak 67. Zakona o sudovima (NN, 3/94., 100/96., 131/97. i 129/00.).

¹⁰ V. članke 38. do 42. ZIDOZ. U dosadašnjoj primjeni je bio čest slučaj zlorabljenja ove postupovne mogućnosti treće osobe koja je kao faktički saveznik ovršenika onemogućavala provedbu ovrhe. Zbog toga je razlog naveden u Obrazloženju uz članak 38. sasvim opravdan. "ne smije biti iznimaka od pravila da se samim podnošenjem prigovora treće osobe ne sprječava provođenje ovrhe."

¹¹ V. članak 45. ZIDOZ. I u povodu prijedloga za odgodu ovrhe se može kazati da su zloporabe u prošlosti bile redovita pojava a glede bivše odredbe o nasilju kao razlogu za odgodu svaki komentar je suvišan. Naime, upravo je ovršenik bio jedini koji bi imao bilo kakav interes za nasiljem, a dosadašnje rješenje mu je omogućavalo da zbog takve mogućnosti traži odgodu. V. Obrazloženje uz članak 45.

¹² Članak 52. ZIDOZ. V. Obrazloženje... "Odredbe, brisanje kojih se predlaže, omogućuju da se nekretnina na trećoj dražbi proda čak i za jednu kunu. To je nepravedno i nerazumno, a ujedno omogućuje razne zloporabe. Ako na trećoj dražbi ovrhovoditelj kupi nekretninu, ovršenik će je izgubiti, ali duga se neće osloboditi. Ako ima još osoba koje imaju pravo na namirenje iz kupovnine, niti jedna od njih u ovakvom slučaju neće moći ni djelomično namiriti svoju tražbinu. Ovršenik se može dogovoriti s osobom kojoj dovoljno vjeruje da ona kupi njegovu nekretninu za jednu kunu ili neku veću, ali još uvijek premalu, cijenu s namjerom da mu je kasnije vrati. Tako će ovršenik izigrati ovrhovoditelja i, ako nema nikakve druge imovine, konačno spriječiti namirenje ovrhovoditeljeve tražbine. Suprotan je članku 48. st. 1. Ustava Republike Hrvatske propis koji omogućuje da netko, bez pristanka vlasnika, gotovo besplatno stekne pravo vlasništva na njegovoj stvari."

¹³ Članak 55. ZIDOZ. V. Obrazloženje. "U ovakvim slučajevima sada se postupa apsurdno: ovrhovoditelj mora položiti kupovninu, makar se unaprijed zna da će mu je sud vratiti nakon dosude nekretnine (on će se jedini namirivati iz kupovnine). A zbog inertnosti službeničkog sustava ovrhovoditelj često nakon dosude mora tjednima čekati da mu se vrati kupovina, odnosno onaj njen dio koji je jednak svoti njegove ovršne tražbine."

¹⁴ V. članak 63. ZIDOZ.

poslovnih subjekata dužna na njegov zahtjev bez odgađanja dostaviti podatke o svim ovršenikovim računima za obavljanje platnog prometa.¹⁵ Ona je trebala biti na to obvezana neovisno o postojanju ove okolnosti. Prema sadržaju ove odredbe čini se da to banka nije dužna u slučaju da je ovrhovoditelj korisnik rečenog računalnog programa. Pitanje je kako će se i u kom postupku utvrđivati ova činjenica te koje je pravno sredstvo na raspolaganju ovrhovoditelju za slučaj da mu banka odbije dati tražene podatke?¹⁶

12. S druge strane valja pohvaliti brisanje dvadeset druge glave OZ. Ona je naime, izazivala brojne probleme u judikaturi koja je u nekim slučajevima umjesto postupka predviđenog Zakonom o zemljišnim knjigama provodila ovrhu sudskih presuda kojima se utvrđuje pravo vlasništva na nekretninama;¹⁷

13. Uvođenje posebnog četvrtog dijela OZ glede sudjelovanja javnih bilježnika u ovrsi zaslužuje zasebnu analizu koju ne možemo dati u okviru ovoga rada. U svakom slučaju ovakva novina se *prima facie* može pozdraviti.¹⁸

14. Novosti koje će izazvati najveće doktrinarne sporove, ali i praktične teškoće, jesu izmjene koje se odnose na prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina. Stoga ćemo im u ovome radu posvetiti posebnu pažnju.

2. Nastanak i poredbeni prikaz instituta

Fiducijarni prijenos prava vlasništva predstavlja povijesno najstariji oblik osiguranja tražbina u rimskom pravu. Dužnik je na vjerovnika prenosio pravo vlasništva odgovarajućim pravnim poslom (*mancipatio, in iure cessio*) uz koji je slijedio poseban uglavak kojim se vjerovnik obvezivao na isti način vratiti mu

¹⁵ V. Obrazloženje i članak 70. stavak 3. ZIDOZ.

¹⁶ Osim toga nije primjereno u zakonski tekst unositi naziv računalnog programa jednog poznatog svjetskog proizvođača kad se internet može pretraživati i korištenjem programa drugih proizvođača.

¹⁷ V. članak 81. ZIDOZ i Obrazloženje. "Glava dvadesetdruga suvišna je s obzirom na odredbe Zakona o zemljišnim knjigama ("Narodne novine" broj 91/96.). Naime, u članku 55. stavku (1) točki b) ZZK propisano je da se uknjižba može dopustiti i na temelju sudske odluke koja se po propisima o ovrsi smatra ovršnom ispravom. Dakle, na temelju ovršne sudske odluke upis u zemljišnu knjigu određuje se i provodi izravno, u zemljišnoknjižnom postupku. Primjenom odredaba Glave dvadesetdruge Ovršnog zakona postupak se bez ikakve potrebe i razumnog razloga komplicira: prvo treba provesti ovrhu, a zatim, na temelju pravomoćnog rješenja o ovrsi, zemljišnoknjižni postupak. To izaziva ne samo odugovlačenje postupka nego i povećanje ovrhovoditeljevih izdataka. Takvo stanje je apsurdno: na temelju, na primjer, ugovora o prodaji nekretnina uknjižba se može ishoditi izravno, primjenjujući samo propise o zemljišnoknjižnom postupku, a kad se radi o pravomoćnoj i ovršnoj presudi, koja je nesumnjivo akt veće pravne snage od ikogaj ugovora, treba provoditi dva postupka - prvo ovršni, a zatim zemljišnoknjižni. Ovršni zakon stupio je na snagu 16. kolovoza 1996., a ZZK 1. siječnja 1997. Primjenom načela: "*lex posterior derogat legi priori*", trebalo bi smatrati da je samim stupanjem na snagu ZZK prestala vrijediti Glava dvadesetdruga OZ. Ali u praksi naših sudova to se načelo primjenjuje prilično bojažljivo i neredovito, pa su tako neki općinski sudovi, s pravom, počeli ignorirati Glavu dvadesetdrugu OZ, a neki još uvijek primjenjuju njene odredbe." Vidi i Kunštek Eduard, Pogrešna praksa sudova, Poslovni tjednik, Zagreb, br. 5, 2002., str. 47.

¹⁸ V. članak 94. ZIDOZ.

vlasništvo nakon što dužnik ispuni svoju obvezu koja je dovela do potrebe njenog osiguranja (*pactum fiduciae*). Prava i obveze strana u svezi s ovim pravnim poslom su se u različitim vremenskim razdobljima razvoja rimskoga prava bitno drugačije uređivala. U početku dužnik nije imao nikakvo pravno sredstvo za slučaj da je vjerovnik odbio vratiti mu vlasništvo ili za slučaj da je upotrebljavao stvar.¹⁹ Nije sasvim sigurno kako se odvijao razvoj ovoga instituta, ali se može pretpostaviti da je u početku vjerovnik u slučaju neispunjenja dužnikove obveze mogao stvar zadržati u punopravnom vlasništvu (*dominium ex iure quiritum*). Smatra se da je ovaj pravni posao sadržavao implicitan sporazum o prepuštanju vlasništva na stvari vjerovniku (*lex commissoria*), koji je kasnije postao nedopušten.²⁰ Kasnije je dužniku ipak omogućeno pravno sredstvo da traži povrat vlasništva (*actio fiduciae directa*). S druge strane vjerovnik je imao na raspolaganju *actio fiduciae contraria*, a u slučaju neispunjenja obveze dužnika mogao je stvar prodati i namiriti se iz dobivene cijene.²¹

U engleskom pravu valja razlikovati *legal mortgage* od *equitable mortgage*. U prvom slučaju dužnik zadržava posjed stvari ali presnosi na vjerovnika vlasništvo koje uključuje pravo na prodaju stvari te pravo da traži njenu predaju u posjed za slučaj da dužnik ne izvrši svoju ugovornu obvezu. Dakako, dužnik ima pravo tražiti povrat vlasništva za slučaj da je namirio vjerovnikovu tražbinu. Vanjska obilježja ovoga instituta upućuju na zaključak da se ne radi o založnom pravu već fiducijarnom prijenosu prava vlasništva, koji je jako sličan onome koji je u Hrvatskoj postojao do zadnjih novela 2003. godine.²² S druge strane *equitable mortgage* predstavlja ovršan sporazum prema kojemu se dužnik obvezuje vjerovniku dati *legal mortgage*. Dakle, u ovom slučaju dužnik je ostao vlasnik pa bi vjerovnik, u slučaju da mu dužnik nije namirio tražbinu, trebao prvo provesti postupak stjecanja *legal mortgage* kako bi stvar mogao prodati ili preuzeti njen posjed.²³ Prema francuskom pravu sporazum koji bi osiguravao tražbinu vjerovnika prijenosom vlasništva je ništavan, premda se razvila praksa sudova kojom se, uz pristanak dužnika, dopušta prijenos vlasništva na vjerovnika nakon što je on od suda tražio provedbu ovrhe i prodaju založene stvari.²⁴

¹⁹ Radi preciznosti, treba ipak kazati da je dužnik na vjerovnika prenosio punopravno (kviritsko) vlasništvo i posjed, a da se ipak radi o nečemu drugome ukazivala je jedino okolnost da se vjerovnik obvezao vratiti vlasništvo nakon podmirenja tražbine koju ima prema dužniku.

²⁰ V. detaljnije u Romac Ante, Rimsko pravo, Zagreb, 1994., str. 196. sq., Romac Ante, Rječnik rimskog prava, Zagreb, 1975., str. 199. sq. *Lex commissoria* je ukinuto 326. godine. V. Danilović Jelena, Stanojević Obrad, Tekstovi iz rimskog prava, Beograd, 1987., str. 185. "C.8. 34. 3. pr. (Imp. Constantinus A. As populum): Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. (a. 326)."

²¹ V. Romac Ante, Rimsko pravo, str. 197.

²² V. Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 koji traži pisanu formu ugovora. S druge strane Law of Property Act 1925 navodi kako se zaštita vjerovnika u slučaju nekretnina upisanih u javni registar može postići na više načina - između ostalog upisom prava vlasništva u njegovu korist. V. European Financing Laws, ed. Drake Robert, Rider James, Chancery Law Publishing, Chichester 1994., str. 60. Također Čulinović Herc Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, 1998, str. 8. i 10. sq.

²³ Drake, Rider, op.cit., str.58.

²⁴ Ibid., str. 125.

Prema njemačkom pravu dopušteno je zasnivanje založnog prava za točno određeni dug (*Hypothek*) ili apstraktnog tereta koji je neovisan o bilo kakvoj tražibini vjerovnika i stoga daleko češće rabljen u praksi (*Grundschuld*). Kad su u pitanju pokretnine moguć je prijenos vlasništva u svrhu osiguranja tražbina (*Sicherungsübereignung*).²⁵ Prema talijanskom Građanskom zakoniku sporazum koji bi omogućavao prijenos prava vlasništva s dužnika na vjerovnika za slučaj neispunjenja tražbine je ništav.²⁶ U Nizozemskoj je od 1992. godine izričito zabranjen prijenos prava vlasništva na stvari radi osiguranja tražbine.²⁷ Španjolsko pravo uopće ne regulira prijenos prava vlasništva radi osiguranja premda tzv. *sale and lease-back* nije zabranjen. Međutim, ova vrsta osiguranja nije se uobičajila s obzirom na visoke poreze kojima bi podlijegala takva transakcija. S druge strane, zalog se često koristi napose zbog okolnosti da stranke mogu ugovoriti mogućnost provedbe izvansudske ovrhe.²⁸

3. Hrvatsko rješenje u razdoblju 1996. - 2003.

Očito je kako je donošenje Ovršnog zakona 1996. godine te novine koje su u njemu bile sadržane u odnosu na dotadašnje stanje bilo inspirirano potrebom poboljšanja položaja vjerovnika, koji je u prethodnom razdoblju bio nedopustivo nepovoljan. Nesigurnost ostvarenja tražbina je smanjivala aktivnost potencijalnih institucionalnih vjerovnika na najmanju moguću mjeru i praktično onemogućavala normalan razvoj gospodarstva. Novele 1999. godine predstavljaju daljnji korak.²⁹ Željeni učinci vjerojatno nisu postignuti u potpunosti, ali je, između ostalog, ipak postignut dinamičan razvoj bankarskog sustava kao snažne poluge svakog gospodarstva. Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava postalo je uobičajen način osiguranja tražbina i predstavljalo najznačajniju novinu koja je uvedena u hrvatski pravni sustav.³⁰ Sporazum dužnika (protivnika osiguranja) i vjerovnika (predlagatelja osiguranja) kojim je dužnik prenosio vlasništvo na nekoj stvari ili koje pravo na vjerovnika bio je očito jednostavan i učinkovit instrument osiguranja tražbine vjerovnika. U praksi se

²⁵ Ibid., str. 147. sq. V. opsežno o tome u Čulinović, op. cit. str. 33-35, 46-49, 72-78, 111-118, 163-169, 202-207, 265-270, 310-323.

²⁶ Drake, Rider, op.cit., str. 204.

²⁷ Ibid., str. 244.

²⁸ Ibid., str. 326. sqq. Također Usón Duch, Luis, *Las subastas judiciales. Estudio crítico del actual sistema y propuesta de otro método*, Barcelona, 1993. Prada Solaesa, María del Pilar, *Realización hipotecaria mediante subasta notarial (el llamado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria)*, Cuadernos de Derecho Judicial, consejo del Poder Judicial XVI, 1993.

²⁹ V. npr. Dika Mihajlo, Osnovne značajke i opći pregled prve novele hrvatskoga ovršnog prava, Organizator, Zagreb 1999., str. 1-29; Kunštek Eduard, Položaj vjerovnika prema Ovršnom zakonu nakon njegova noveliranje 1999. godine, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991.) v. 20, br. 2 (1999.) str. 715-737.

³⁰ V. članke 273. do 279. OZ.

uobičajilo da se sporazum sklapa pred javnim bilježnicima i izuzetno rijetko pred mjesno nadležnim sudom.³¹

Sporazum o prijenosu vlasništva trebao je sadržavati odredbu o tome kad će osigurana tražbina dospjeti, odnosno kako će se njezino dospijeće odrediti, a protivnik osiguranja je mogla biti i osoba prema kojoj predlagatelj osiguranja nema tražbine koja se osigurava - jamac.³² Postavlja se pitanje učinka sporazuma koji ne sadrži odredbu glede dospijeća osigurane tražbine? U većini slučajeva sporazumi o prijenosu prava vlasništva radi osiguranja sadržavali su odredbe u kojima se upućuje na pravni posao temeljem kojega je tražbina i nastala, a ponekad su bili inkorporirani u tekst takvih pravnih poslova.³³ U njima su bile sadržane odredbe koje se odnose na dospijeće tražbine, pa bi se moglo smatrati da takav sporazum udovoljava ovome uvjetu već i zbog toga što sadrži odredbu o tome kako će se njeno dospijeće odrediti. Ako pravni posao temeljem kojega je tražbina nastala ne sadrži odredbe o dospijeću, dospelost tražbine bi se mogla utvrditi primjenom odredaba Zakona o obveznim odnosima koje se odnose na zakašnjenje dužnika.³⁴ Međutim, ako između sporazuma i pravnog posla iz kojega potječe tražbina nema niti prednje opisane minimalne povezanosti, trebalo bi zaključiti da sporazum ne postoji. Naime, uglavak glede dospijeća je određen kao nužni sastojak pravnog posla.³⁵ Dakako stranke su glede mogućnosti postizanja sporazuma o tome kako će se njeno dospijeće odrediti ako

³¹ Ibid., članak 273.: "Mjesno nadležan sud za odlučivanje o prijedlogu za osiguranje novčane tražbine prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava određuje se odgovarajućom primjenom odredbi ovoga Zakona o mjesnoj nadležnosti suda u ovršnim postupcima radi ostvarenja novčane tražbine na pojedinim vrstama predmeta ovrhe." Članak 279. OZ: (1) Odredbe članka 274. do 278. ovoga Zakona na odgovarajući se način primjenjuju i na javnobilježničko osiguranje tražbine prijenosom vlasništva na stvari, prijenosom prava odnosno prijenosom dionice, udjela ili poslovnoga udjela u trgovačkom društvu. (2) Javnobilježnički akt ili solemnizirana privatna isprava odgovarajućega sadržaja zamjenjuje sporazum iz članka 274. stavka 1. ovoga Zakona. (3) Javni bilježnik će poduzimati samo one radnje kojima se prenosi vlasništvo stvari ili pravo na koje stranke pristanu. (4) Koji je javni bilježnik ovlašten za poduzimanje pojedinih radnji osiguranja, određuje se prema pravilima o službenom sjedištu i području javnih bilježnika. (5) Odredbe članka 271. stavka 2. i 3. ovoga Zakona na odgovarajući se način primjenjuju i na ovaj slučaj javnobilježničkoga osiguranja.

³² Ibid., članak 274. stavak 1.

³³ U pravilu ugovori o kreditu ili ugovori o zajmu.

³⁴ Vidi članak 324. stavak 2. Zakona o obveznim odnosima (NN, 53/91., 73/91., 3/94., 7/96. i 112/99.) Ako rok za ispunjenje nije određen, dužnik dolazi u zakašnjenje kad ga vjerovnik pozove da ispuni obvezu, usmeno ili pismeno, izvansudskom opomenom ili započinjanjem nekog postupka čija je svrha da se postigne ispunjenje obveze.

³⁵ Premda je u zakonskom tekstu rabljena riječ "treba" a ne "mora" očito je kako se radi o nužnom sastojku pravnog posla. Međutim, neće uvijek biti tako lako izvući zaključak, pa prilikom izrade propisa valja biti oprezan pri odabiru termina. To napose važi za može, treba i mora. U jednom sporu koji se dugo vodio pred Međunarodnim centrom za rješavanje ulagačkih sporova bilo je sporno kakvo značenje pridati izrazu "shall" u odnosu na izraze "may" i "must". Riječi s istim značenjem postoje i u arapskom jeziku. Arbitražni sud je na kraju zaključio kako u konkretnom slučaju riječ "shall" predstavlja obvezu odgovarajućeg postupanja a ne mogućnost. No utvrđivanje ove činjenice je bespotrebno produljilo trajanje postupka. V. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (Case No. ARB/84/3). Odluka o nadležnosti od 27. studenog, 1985., 3 ICSID Rep., str. 112., Odluka o nadležnosti i izdvojeno mišljenje od 14. travnja 1988., 3 ICSID Rep., str. 131.

dospijeće nije određeno u momentu njegova sklapanja, mogle postupiti na niz različitih načina. Novelama iz 1999. godine propisano je da novčana tražbina koja se osigurava treba biti ili određena ili određiva, te kada se smatra da je određiva, što je napose bilo značajno za razvoj bankarskog poslovanja u svezi s tzv. revolving kreditima. Naime tražbina bi bila određiva ako su stranke u sporazumu o prijenosu prava vlasništva naznačile okvirni iznos³⁶ buduće tražbine koja se osigurava s obzirom na određeni pravni odnos ili više pravnih odnosa te ako su vjerovnik ili treća osoba ovlašteni naknadno odrediti visinu tražbine nastale do toga okvirnoga iznosa i vrijeme njezine dospelosti.³⁷ Postojala je i mogućnost osiguranja nenovčanih tražbina u kom slučaju je sporazumom morala biti određena novčana protuvrijednost takve tražbine.³⁸ Posebno je značajna okolnost da je sporazum o prijenosu prava vlasništva ili tražbine imao učinak sudske nagodbe.³⁹ Ako je sporazum predviđao prijenos prava vlasništva na nekretnini, onda je trebao sadržavati tabularnu izjavu protivnika osiguranja, a upis u zemljišne knjige je bio konstitutivan, tj. predlagatelj je postajao vlasnik upisom u zemljišne knjige. S druge strane, predlagatelj je postajao vlasnik pokretnina i nekretnina koje nisu upisane u zemljišne knjige s momentom sklapanja sporazuma o prijenosu prava vlasništva.⁴⁰ Slučajni sastojak (*accidentalial negotii*) ovoga pravnog posla bila je mogućnost davanja izjave protivnika osiguranja da je suglasan da predlagatelj osiguranja može neposredno na temelju sporazuma o prijenosu prava vlasništva protiv njega zatražiti prisilnu ovrhu radi predaje nekretnine odnosno pokretnina u posjed nakon dospjeća osigurane tražbine. Sporazum koji je sadržavao takvu izjavu predstavljao je ovršnu ispravu prema posebnoj odredbi, premda je to bilo suvišno napominjati⁴¹ s obzirom na odredbu članka 277. stavka 8. OZ kao i neke odredbe Zakona o javnom bilježništvu.⁴² Mogućnost prisilnog preuzimanja posjeda je za vjerovnika od posebnog značaja neovisno o tome je li postao vlasnik stvari koja je u njegovu vlasništvu radi osiguranja ili je njegova tražbina ostvarivana prodajom

³⁶ Izraz okvirni je zapravo neprecizan iako se koristi u bankarskoj praksi. Radi se zapravo o najvišem iznosu tražbine koja se osigurava. Usporedi s člankom 301. stavkom 1. Zakona o vlasništvu"založnim se pravom osigurava namirenje iz vrijednosti zaloga određene novčane tražbine, ili tražbine kojoj je vrijednost izražena u novcu; dovoljno je određena tražbina kojoj su određeni vjerovnik i dužnik, pravni temelj i visina, ili barem najviši iznos do kojega se osigurava zalogom."

³⁷ Članak 274.a. OZ. Valja obratiti pažnju na stavak 3. prema kojemu je strankama dopušteno utvrditi i koji drugi način naknadnog određivanja visine tražbine i njezine dospelosti.

³⁸ Ibid., članak 274. stavak 2.

³⁹ Ibid., članak 274. stavak 3.

⁴⁰ Ibid., članak 274. stavci 4., 5. i 6.

⁴¹ Ibid., članak 274. stavak 7.

⁴² Zakon o javnom bilježništvu (NN 78/93. i 28/94.) članak 54. (1) Javnobilježnički akt je izvršna isprava ako je u njemu utvrđena određena obveza na činidbu o kojoj se stranke mogu nagoditi i ako sadrži izjavu obvezanika o tome da se na temelju tog akta može radi ostvarenja dužne činidbe, nakon dospelosti obveze, neposredno provesti prisilno izvršenje. (6) Isti učinak kao i isprava iz stavka 1. ovoga članka ima i privatna isprava takvog sadržaja na kojoj je javni bilježnik ovjerio potpis dužnika. Ako privatna isprava ne sadrži izjavu o pristanku dužnika da se neposredno na temelju nje može tražiti prisilno izvršenje, takovu izjavu može u privatnu ispravu, uz pristanak stranaka, unijeti javni bilježnik prigodom ovjere potpisa dužnika.

putem javnog bilježnika. Naime, sasvim je sigurno da će javnobilježnička prodaja imati veće izgleda na uspjeh ako je stvar u posjedu predlagatelja osiguranja koji će omogućiti njeno razgledanje potencijalnim kupcima te ako ti kupci neće biti izloženi postupku u kojemu će tražiti predaju stvari u posjed koji u Hrvatskoj ponekad predstavlja nepremostivu prepreku. Ova mogućnost ne postoji prema noveli 2003 godine.⁴³ Naime postoje razmišljanja kako ova odredba predstavlja izravno dopuštenje *lex commissoriae*. Treba ipak napomenuti da ona s tim nema nikakvu vezu jer predaja u posjed ne utječe na primjenu odredaba koje se odnose na prodaju putem javnog bilježnika ili onih koje se odnose na stjecanje punopravnog vlasništva predlagatelja osiguranja. Kad je u pitanju postupak javnobilježničke prodaje, sasvim je sigurno da će on biti bitno olakšan za slučaj da je predlagatelj osiguranja posjednik. Ne treba niti spominjati kako bi u protivnom slučaju bio praktično onemogućen izvršiti svoju obvezu da omogući razgledanje stvari itd.⁴⁴ Prema nekima predlagatelj osiguranja bi na ovaj način mogao steći mogućnost da se namiri kroz gospodarsko iskorištavanje predmeta bez potrebe da ga prisvoji za sebe - npr. kod većih investicijskih zahvata.⁴⁵ Mislimo da se zapravo radi samo o olakšanju provedbe postupka prema članku 277. OZ a ne o tome. Naime, s obzirom da se teško može novčano kvantificirati "vrijednost posjedovanja" kad bi došla u obzir primjena odredbe članka 277. stavka 10. koja mu nalaže vraćanje stvari protivniku osiguranja? Stoga je po našem mišljenju trebalo dopuniti ovu odredbu s nametanjem obveze predlagatelju osiguranja da istovremeno pokrene postupak na koji je ovlašten prema članku 277.

Dužnik, odnosno protivnik osiguranja je prema tekstu iz 1996. godine i dalje zadržavao posjed stvari, a predlagatelj nije bio ovlašten stvar otuđiti ili opteretiti, iako bi takvo raspolaganje ipak proizvelo pravne učinke uz obvezu predlagatelja osiguranja da naknadi svu štetu koju je takvim postupanjem prouzročio protivniku osiguranja. Radi se o prirodnom sadržaju pravnog posla (*naturalia negotii*), jer je strankama u sporazumu ostavljena mogućnost da uglave i štogod drugo.⁴⁶ Na ovom mjestu valja napomenuti da je ovako određen institut fiducijarnog prijenosa prava vlasništva svojevrsna zrcalna slika u odnosu na antikrezu⁴⁷ kako je poznaju neki suvremeni

⁴³ Naprotiv, postoji izričita zabrana. V. članak 84. stavak 6. ZIZDOZ.

⁴⁴ Članak 277. st. 3. OZ.

⁴⁵ V. Čulinović, op.cit., str. 147. Također Novo ovršno i stečajno pravo, Zagreb, 1996. - Barbić Jakša, Sudsko i javobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava, str. 471.

⁴⁶ Članak 275. stavci 1. i 2. OZ. Isto se odnosi i na otuđenje ili opterećenje prenijetog prava. V. stavak 5. Glede nekih drugih obveza predlagatelja osiguranja također postoje *naturalia negotii*. Vidi stavak 4. "Ako sporazumom iz članka 274. stavka 1. ovoga Zakona nije drukčije određeno, predlagatelj osiguranja je dužan: 1. poduzimati mjere potrebne za očuvanje prenesene tražbine, 2. naplaćivati kamate ili kakve druge povremene tražbine. Tako naplaćeni iznosi prebijaju se s troškovima na čiju naknadu predlagatelj osiguranja ima pravo, zatim s kamatama koje mu se duguju i napokon s glavnicom, 3. naplatiti prenesenu tražbinu odnosno primiti njezino ispunjenje, nakon što dospije."

⁴⁷ V. Romac Ante, Rječnik Rimskog prava, str. 59. Ugovor na temelju kojega je založni vjerovnik mogao upotrebljavati založenu stvar i pobirati plodove. Predstavlja odstupanje od zabrane upotrebe i korištenja založene stvari (*furtum usus*) pa je stoga izuzetno bio moguć kod plodonosnih stvari. Plodovi su, uz pristanak založnog dužnika, zapravo namirivali kamate na dugovani iznos novca. Također Margetić Lujo, Rimsko pravo, Rijeka, 1998, str. 123.

pravni sustavi. Hrvatski pravni poredak dopušta prijenos vlasništva radi osiguranja tražbine a predaju u posjed u najmanju ruku stavlja "pod povećalo".⁴⁸ Valja napomenuti da je, kad su u pitanju nekretnine, antikreza izričito zabranjena,⁴⁹ premda bi se mogli proizvesti njeni učinci uz ekstenzivno tumačenje odredbe 331. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.⁵⁰ Istina je da antikrezu prilično često u svom "poslovanju" koriste u najmanju ruku ljudi sumnjiva morala ili pripadnici kriminalnog podzemlja - no zluporaba jednog pravnog instituta ne bi trebala predstavljati razlog za njegovu apsolutnu zabranu. Onda bi cijela pravnofilozofska konstrukcija "zabrane zluporabe prava" postala besmislena. Uostalom ne postoji gotovo niti jedno pravo koje se ne može zlorabiti. Kad je u pitanju antikreza, moguće su različite koristi od njenog dopuštanja i masovnije primjene. One su u svakom slučaju daleko veće od eventualnih negativnih posljedica. Naime, u nizu država antikreza u stvarnosti predstavlja npr. značajan instrument za rješavanje stambenih problema osoba koje nemaju dovoljno sredstava za kupnju nekretnine. Dakako, s druge strane ona omogućuje vlasnicima nekretnina, u pravilu građevinskim poduzetnicima, da bez prijenosa prava vlasništva ipak dođu do dijela sredstava potrebnih za nastavak njihove djelatnosti.⁵¹ Prema tome, antikreza može imati važan gospodarski i opći društveni značaj.⁵² Stoga bi ovaj institut osiguranja tražbina trebalo u potpunosti urediti neovisno o tome hoće li se zbog toga novelirati Ovršni zakon ili Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁴⁸ V. *supra* 43.

⁴⁹ Članak 329. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima... "(1) Vjerovnik tražbine osigurane založnim pravom na nekretnini (hipotekarni vjerovnik) nema pravo na posjed založene nekretnine, niti ima pravo ubirati i prisvajati njezine plodove i druge koristi od nje, ili bilo kako upotrebljavati tu nekretninu. (2) Odredba ugovora ili drugoga pravnoga posla suprotna stavku 1. ovoga članka je ništava, ako nije što drugo određeno zakonom."

⁵⁰ *Ibid.*, članak 331. ... "(1) Kad je založnom vjerovniku založeno samo pravo na plodove koje nekretnina daje posredovanjem kakva pravnoga odnosa, on ih ima pravo ubirati. (2) Vrijednost plodova iz stavka 1. ovoga članka koje je založni vjerovnik ubrao, prebija se s njegovom tražbinom; u prvom redu s troškovima na čiju naknadu ima pravo, zatim s kamatama koje mu duguje dužnik, te konačno s glavnicom. Usporedi s Código Civil de Puerto Rico, 1930, Art. 1781. Anticresis, definición. (31 L.P.R.A. sec. 5061) *Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito.*

⁵¹ To se odnosi i na starije osobe koje raspolažu s viškom stambenog prostora, potreban im je novac, a ne žele sklopiti ugovor o zakupu ili ugovor o doživotnom uzdržavanju.

⁵² V. Código Civil de la República Argentina, Título XVI, Del anticresis, Art. 3239. *El anticresis es el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente si no se deben intereses. Art. 3240.- El contrato de anticresis sólo queda perfecto entre las partes, por la entrega real del inmueble, y no está sujeto a ninguna otra formalidad. Art. 3241.- El anticresis sólo puede ser constituida por el propietario que tenga capacidad para disponer del inmueble, o por el que tenga derecho a los frutos. Código Civil España, Art. 1881. Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito. Art. 1883. El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor.*

Dužnik (protivnik osiguranja) je imao pravo na povrat stvari u slučaju ispunjenja tražbine kao i izlučno pravo u slučaju ovrhe nad imovinom ili stečaja predlagatelja osiguranja izuzev u slučaju da je predlagatelj osiguranja opteretio stvar ili pravo založnim pravom.⁵³

S druge strane, valja skrenuti pažnju na odredbu koja predstavlja *naturalia negotii*, a koja je obvezivala predlagatelja osiguranja na poduzimanje mjera potrebnih za očuvanje prenesene tražbine, naplaćivanje kamate i sl. Ispunjenjem prenesene tražbine predlagatelj osiguranja stjecao je vlasništvo stvari predajom koje je tražbina ispunjena. Ako je predmet prenesene tražbine bio novac, predlagatelj osiguranja je bio dužan, na zahtjev protivnika osiguranja, položiti naplaćeni iznos kod suda ili javnoga bilježnika. Međutim, ako je osigurana tražbina u tom momentu bila dospjela, predlagatelj osiguranja je bio ovlašten zadržati dugovani iznos novca, a iznos koji prelazi njegovu tražbinu predati protivniku osiguranja.⁵⁴

Najviše dvojbi očito su izazivala prava predlagatelja osiguranja u slučaju zakašnjenja protivnika osiguranja. Naime, predlagatelj osiguranja je u tom slučaju bio ovlašten putem javnog bilježnika tražiti od protivnika osiguranja da ga u roku od penast dana obavijesti, također preko javnog bilježnika, zahtijeva li da se stvar na kojoj je vlasništvo preneseno proda ili da se preneseno pravo unovči putem javnog bilježnika.⁵⁵ Protivnik osiguranja je u toj obavijesti bio dužan odrediti najnižu cijenu po kojoj se stvar može prodati odnosno pravo unovčiti, imenovati javnog bilježnika koji će obaviti prodaju stvari odnosno unovčenje prava te priložiti njegovu izjavu da je voljan obaviti prodaju odnosno unovčenje, da su mu predujmljeni troškovi prodaje ili unovčenja i da će se iz iznosa dobivenoga prodajom, odnosno unovčenjem prethodno podmiriti tražbina zajedno s kamatama i porezom na promet. Najniža cijena koju je odredio protivnik osiguranja nije mogla biti niža od osigurane tražbine, uvećane za kamate i troškove predlagatelja osiguranja koji će predvidivo dospjeti odnosno nastati do isteka roka do kojega javni bilježnik mora prodati stvar ili unovčiti pravo, te za predvidivi porez na promet. Postupanje protivnika osiguranja koje bi bilo protivno ovoj obvezi imalo je za posljedicu da predlagatelj osiguranja postaje punopravni vlasnik stvari odnosno prava, izuzev ako ne obavijesti putem javnoga bilježnika protivnika osiguranja da ne želi zadržati stvar odnosno pravo umjesto isplate osigurane tražbine.⁵⁶ Isti je učinak imao i neuspjeh javnobilježničke prodaje tijekom tromjesečnog razdoblja od dana kada ga je predlagatelj osiguranja ovlastio da izvrši prodaju stvari odnosno unovčenje prava. U javnosti je došlo do kritika ovakvog rješenja jer se u nekim situacijama dogodilo da je predlagatelj osiguranja postao

⁵³ Članak 276. OZ. (1) Ako protivnik osiguranja u roku ispuni svoju obvezu prema predlagatelju osiguranja, predlagatelj osiguranja dužan mu je, bez odgode, vratiti vlasništvo stvari ili prenijeti natrag stečeno pravo. (2) U slučaju prisilne ovrhe ili stečaja protiv predlagatelja osiguranja protivnik osiguranja ima izlučno pravo na stvarima i pravima koje je prenio na predlagatelja osiguranja radi osiguranja, osim ako se ovrha ne provodi radi ostvarenja tražbine treće osobe prema predlagatelju osiguranja koje je predlagatelj osiguranja osigurao osnivanjem založnoga prava na prenesenoj stvari ili pravu.

⁵⁴ Ibid., članak 275. stavak 4.

⁵⁵ Ibid., članak 277. stavak 1.

⁵⁶ Ibid., članak 277. stavci 2. i 4.

punopravni vlasnik stvari koja očito vrijedi daleko više od osigurane tražbine. Iz toga se izvlačio zaključak o suštinskoj nepravilnosti ovih odredaba te da dužnik (protivnik osiguranja) nema nikakvu zaštitu. Međutim, nije točno da nije uživao zaštitu. Upravo se on trebao očitovati o tome zahtijeva li da se stvar proda ili pravo unovči i odrediti najnižu cijenu. Često se događalo da se protivnici osiguranja uopće ne očituju putem javnog bilježnika, a još češće da odrede najnižu cijenu po kojoj se stvar može prodati ili pravo unovčiti u iznosu koji je očito previsok, pri čemu nisu bili svjesni mogućnosti da će predlagatelj osiguranja postati punopravni vlasnik ukoliko prodaja bude neuspješna tijekom razdoblja od tri mjeseca. To je praktično onemogućavalo uspješan postupak javnobilježničke prodaje pa nije jasno zašto bi pravni poredak štutio osobe koje očito izbjegavaju izvršenje svojih obveza. U svakom slučaju, bilo je moguće novelirati ovu odredbu OZ na način da se predlagatelj osiguranja, za slučaj da je postao vlasnik stvari, obveže platiti protivniku osiguranja razliku između vrijednosti stvari i tražbine koju je prema njemu imao. To bi pak otvorilo pitanje utvrđenja vrijednosti stvari. Očito je kako je u takvoj situaciji protivnik osiguranja ili odbio odrediti njenu najnižu vrijednost ili ju je odredio u previsokom iznosu. Osim toga, niti on niti predlagatelj osiguranja nisu pogodne osobe s obzirom na izrazit interes u pravcu utvrđenja previsoke ili preniske vrijednosti nekretnine. Njihov sporazum glede te okolnosti bi valjalo uzeti u obzir no samo ako je sklopljen nakon pokretanja postupka sukladno članku 277. OZ. To iz razloga što bi protivnici osiguranja u momentu sklapanja sporazuma mogli, zbog potrebe za pridobijanjem zajma, pristati na određenje daleko niže vrijednosti stvari od njene stvarne vrijednosti. U nedostatku sporazuma stranaka valjalo bi pristupiti utvrđenju vrijednosti stvari na isti način kako je to propisano odredbama OZ koje se odnose na naplatu novčanih tražbina.⁵⁷ Valja napomenuti da se u praksi uobičajilo da predlagatelj i protivnik osiguranja već u sporazumu o prijenosu prava vlasništva odrede vrijednost stvari. Ovakvoj praksi se svakako može prigovoriti iz već navedenog razloga, ali i zato što se ne bi moglo prihvatiti stajalište prema kojemu se protivnik osiguranja može unaprijed odreći svog prava iz članka 277. stavaka 1. i 2. OZ. Niti jedna odredba OZ ne upućuje na takvu mogućnost. Bilo je i drastičnih slučajeva u kojima su stranke sporazumom u potpunosti otklanjale primjenu odredaba članka 277. OZ i prema kojima je predlagatelj postajao punopravni vlasnik stvari odmah po zakašnjenju protivnika osiguranja.

Može se kazati kako je trebalo uravnotežiti odnos protivnika i predlagatelja osiguranja i napose, s obzirom na već ustaljenu praksu, onemogućiti odricanje protivnika osiguranja od prava da odredi vrijednost stvari ili prava tek nakon dospijanja tražbine. Međutim, zakonodavac se odlučio za temeljito rekonstruiranje ovoga instituta.

4. Novele 2003. godine

Valja prethodno napomenuti da se odredbe Ovršnog zakona nakon njegova noveliranja odnose na "prijenos prava vlasništva na stvarima i prijenos novčanih tražbina". Dakle, njihovo područje primjene *ratione materiae* suženo je na novčane

⁵⁷ V. članak 87. i 137. OZ.

tražbine s obzirom da je prethodno rješenje dopuštalo prijenos bilo kakvog prava protivnika osiguranja.⁵⁸ To neće biti od nekog utjecaja na praktičnu primjenu ovog instituta s obzirom da se do sada uobičajilo da stranke sklapaju sporazume gotovo isključivo glede prijenosa prava vlasništva. Isto se može reći i za izostavljanje odredbe glede osiguranja nenovčanih tražbina. Međutim, zakonodavac je izričito odredio da se na strane u sporazumu primjenjuju odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima koje uređuju položaj prethodnog i potonjeg vlasnika. Osim toga, propisano je da predlagatelj osiguranja može steći vlasništvo na pokretnini samo ako je protivnik osiguranja na njega sporazumom prenio i posredan posjed.⁵⁹ Stoga treba imati u vidu odredbe koje uređuju pravni položaj posrednog posjednika, a napose onu koja mu onemogućuje da traži posjedovnu zaštitu protiv smetanja od neposrednog posjednika ako bi glede takvog zahtjeva trebalo raspravljati o njihovu pravnu odnosu.⁶⁰ Prema pravilima koja se odnose na založno pravo na pokretnoj stvari zalog ostaje u posjedu prenositelja da ga čuva za založnoga vjerovnika, tj. u našem slučaju predlagatelja osiguranja kao posrednoga posjednika.⁶¹ Kako je posebnom odredbom, pod prijetnjom ništavosti, zabranjeno ugovoriti da predlagatelj osiguranja stječe pravo da od protivnika osiguranja, nakon dospijeca svoje tražbine, traži predaju u neposredan posjed stvari koja je predmet sporazuma o prijenosu prava vlasništva,⁶² zakonodavac je sasvim sigurno uspio umanjiti atraktivnost navedenog instituta koji će ako se imaju

⁵⁸ V. članke 82, 83. i 90. ZIDOZ.

⁵⁹ Ibid., članak 84. Sklapanjem sporazuma iz stavka 1. ovoga članka predlagatelj osiguranja postaje prethodni, a protivnik osiguranja potonji vlasnik stvari u smislu odredaba članka 34. stavka 4. i 5. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00. i 114/01.). Da bi predlagatelj stekao prethodno vlasništvo pokretnine, u sporazumu iz stavka 1. ovoga članka mora se navesti i da se na njega prenosi posredan posjed te pokretnine. V. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, članak 10. stavak 3. ..."Kad netko stvar posjeduje kao plodouživatelj, založni vjerovnik, zakupoprimac, najmoprimac, čuvar, posudovnik ili u kojem drugom sličnom odnosu u kojemu je prema drugome ovlašten ili obvezan kroz neko vrijeme posjedovati je, onda je posjednik te stvari i taj drugi (posredni posjednik). Stoji li posredni posjednik prema nekome trećemu u takvu odnosu, i taj je posredni posjednik. V. i članak 34. stavci 4. i 5. ..." (4) Vlasnik čije će pravo vlasništva prestati ispunjenjem uvjeta ili istekom roka (prethodni vlasnik) dužan je postupati obzirno prema onome tko čeka da time postane vlasnikom (potonji vlasnik) te mu prenijeti vlasništvo pošto istekne rok ili se ispuni uvjet, pri čemu će se njihov međusobni odnos prosuđivati kao da je prethodni vlasnik bio plodouživatelj. Kad je vlasništvo uvjetovano ili oročeno djelovanjem prema trećima, tada samim ispunjenjem uvjeta, odnosno istekom roka ono pripada potonjem vlasniku, ako zakonom nije drukčije određeno, a pravna raspolaganja stvarju koja je bio poduzeo prethodni vlasnik gube učinak. (5) Vlasnik koji je dobio ili je pridržao pravo vlasništva određene stvari radi osiguranja ispunjenja neke 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 izvansudskim putem. Ograničenje vlasništva radi osiguranja tražbine djelovat će i prema trećima ako je upisano u zemljišnu knjigu, odnosno u takav javni upisnik bez upisa u koji se ne može steći stvar za koju je ograničenje određeno.

⁶⁰ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, članak 23. stavak 2. Posredni posjednik nije ovlašten staviti zahtjev u cilju zaštite svoga posrednoga posjeda od smetanja koje je počinio neposredni posjednik, ako bi za odlučivanje o tom zahtjevu bilo nužno raspravljati o njihovu pravnom odnosu.

⁶¹ Ibid. članak 320. stavak 1.

⁶² Vidi članak 84. ZIDOZ.

u vidu i neke druge odredbe kojima je uređen, gotovo sigurno nestati u praksi. Naime, valja postaviti pitanje kakvi su izgledi na prodaju stvari ako predlagatelj osiguranja nema njen posjed, napose kad su u pitanju nekretnine ili neke pokretnine poput automobila. Osim toga, koje su njegove mogućnosti da postupi sukladno svojoj obvezi da na zahtjev javnog bilježnika omogući razgledavanje stvari?⁶³

Dakako, s obzirom da se na pravni položaj protivnika i predlagatelja osiguranja primjenjuju odredbe Zakona o vlasništvu, članak 275. OZ je postao suvišan.⁶⁴ I na kraju, predlagatelj osiguranja više ne može postati punopravni vlasnik stvari u postupku prema članku 277. Odredbe njegovih stavaka 1-3 nisu bitno promijenjene.⁶⁵ Međutim, ako javni bilježnik ne uspije prodati stvar u roku od tri mjeseca ili ako protivnik osiguranja uopće ne postupi sukladno odredbama stavaka 1. i 2., protivnik osiguranja ne može postati vlasnik već stječe pravo prodati stvar sam ili putem javne dražbe, uključujući sudsku i javnobilježničku. Pri tome je dužan primijeniti pažnju dobroga gospodara. Ako se pak radi o pokretnoj stvari koja ima burzovnu ili tržišnu cijenu, predlagatelj osiguranja ovlašten je prodati je iz slobodne ruke, putem osobe koja je javno ovlaštena za prodaju na burzi, odnosno za javne prodaje takvih stvari i prava.⁶⁶ Očito je da je predlagatelj osiguranja u neizvjesnom položaju glede okolnosti je li postupio s pažnjom dobrog gospodara, a protivniku osiguranja je praktično omogućeno da uvijek, ili u najmanju ruku često, tvrdi kako predlagatelj osiguranja nije primijenio pažnju dobroga gospodara ili da stvar nema burzovnu ili tržišnu cijenu te da na razne načine onemogućava namirenje tražbine predlagatelja osiguranja. S druge strane, ne treba smetnuti s uma da su izgledi prodaje slabi ako predlagatelj osiguranja nema neposredni posjed pokretne stvari koju osoba ovlaštena za javnu prodaju treba prodati. Dalje, ako se predlagatelj osiguranja odluči sam provesti javnu dražbu sam ili putem javnog bilježnika, postavlja se pitanje postupka prodaje na toj dražbi. Tko će i kako odrediti vrijednost stvari, najnižu cijenu po kojoj se može prodati itd., a predlagatelj osiguranja mora sve vrijeme voditi računa da postupi sukladno obvezi na pažnju dobroga gospodara te na kraju položiti račun protivniku osiguranja. Ostalo je previše nepoznanica, ali i mogućnosti protivnika osiguranja da na razne načine praktično onemogući ili bitno oteža namirenje predlagatelja osiguranja. S druge strane, nejasan je položaj kupca na javnoj dražbi. Sasvim sigurno je stekao vlasništvo, no ima li mogućnost tražiti ovrhu predajom u posjed kao što je to slučaj kad je u pitanju kupac nekretnine prema odredbama Ovršnog zakona koje se odnose na ovrhu na nekretnini?⁶⁷ S obzirom da nema ovršnu ispravu, a odredbe koje se odnose na ovu javnu dražbu ne upućuju na takav položaj kupca - čini se da nema. Kad su u pitanju neke pokretnine kao npr. automobil, situacija je za predlagatelja osiguranja još nepovoljnija. Teško će se naći kupac automobila koji ga prije toga nije imao priliku niti pogledati, a treba biti izložen provođenju postupka sukladno odredbama Ovršnog

⁶³ V. supra 44.

⁶⁴ V. članak 85. ZIDOZ.

⁶⁵ V. supra 55. i 56. te članak 87. ZIDOZ.

⁶⁶ Ibid., članak 87. stavci 4. i 5.

⁶⁷ V. članak 121. OZ.

zakona koje se odnose na predaju i isporuku pokretnina⁶⁸ uz prethodno stjecanje ovršne isprave.

I na kraju se samo po sebi postavlja jedno izuzetno važno praktično pitanje. Kakav je položaj vjerovnika koji su svoje tražbine osigurali imajući u vidu propise koji su važili do stupanja na snagu novela 2003. jer sasvim je sigurno da će se njihove odredbe primjenjivati i na sporazume o prijenosu prava vlasništva koji su sklopljeni prije tog momenta?⁶⁹ Pored toga, nadležni zemljišnoknjižni sud ima obvezu da, na zahtjev bilo koje od stranaka koje su potpisale sporazum o prijenosu prava vlasništva, briše upis o prijenosu prava vlasništva nekretnine koji je nakon 1. siječnja 1997. u zemljišnoj knjizi proveden na temelju odredaba članka 274. stavka 5. OZ koji je važio do 2003. godine i zamijeni ga upisom sukladno Zakonu o zemljišnim knjigama.⁷⁰ Očito je da njihova tražbina više nije jednako osigurana ili, bolje rečeno, da je slabije osigurana, što otvara pitanje dvojbene ustavnosti pojedinih odredaba novele 2003. Naime, prava stečena ulaganjem kapitala ne mogu se umanjiti zakonom niti kakvim drugim pravnim aktom,⁷¹ dok pojedine odredbe zakona mogu samo izuzetno i u opravdanim slučajevima imati povratno djelovanje.⁷² Očito je da se teško može opravdati povratno djelovanje pojedinih odredbi Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona 2003. godine glede sporazuma o osiguranju tražbina prijenosom prava vlasništva.

5. Zaključak

Noveliranje Ovršnog zakona 2003. godine je, unatoč brojnim poboljšanjima, donijelo razočarenje za vjerovnike glede osiguranja njihovih tražbina sporazumom o prijenosu prava vlasništva. To napose važi kad su u pitanju banke, što može imati za posljedicu da se one glede osiguranja svojih tražbina postave potpuno drukčije. U prvom redu možemo očekivati sve češće osiguranje tražbine sklapanjem tzv. *sale and lease-back* aranžmana, pri čemu će budući dužnici biti u težem položaju nego što su

⁶⁸ Ibid. članci 219. do 224.

⁶⁹ V. članak 102. stavak 3. ZIDOZ ..."(3) Odredbe ovoga Zakona primjenjivat će se i na postupke sudskog i javnobilježničkog osiguranja prijenosom vlasništva na stvari koji su pokrenuti prije dana njegova stupanja na snagu."

⁷⁰ Ibid. članak 103. V. Ispravku ZIDOZ (NN, 194/03.). Radi se o upisu sukladno članku 32. stavak 5. Zakona o zemljišnim knjigama ..."(4) Vlasništvo ograničeno rokom čijim će istekom vlasništvo prijeći na stjecatelja odnosno uvjetom čijim bi se ispunjenjem trebalo to dogoditi upisuje se u korist stjecatelja koji će, pošto istekne rok ili se ispuni uvjet, postati vlasnik, s time da će se pri upisu točno navesti rok ili uvjet te naznačiti stjecateljevo vlasništvo kao potonje. Upis potonjega vlasništva djeluje kao predbilježba vlasništva, s time da će se taj upis moći opravdati ako istekne rok ili se ispuni uvjet stjecanja. (5) Ako se pravo vlasništva otuđuje tako da ga stjecatelj stekne uz ograničenje rokom zbog čijega bi isteka ono trebalo prijeći natrag otuđivatelju ili uz ograničenje uvjetom čijim bi se ispunjenjem trebalo to dogoditi, na upis se u svemu primjenjuje odredba stavka 4. ovoga članka, s time da se istodobno s upisom stjecateljeva vlasništva kao prethodnoga upisuje i otuđivateljevo vlasništvo kao potonje."

⁷¹ V. Ustav Republike Hrvatske (NN, br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01. i 55/01.), članak 49. stavak 4.

⁷² Ibid., članak 89. stavak 5.

bili kad su sklapali sporazume o prijenosu prava vlasništva sukladno odredbama Ovršnog zakona koje su bile na snazi do 2003. godine. Banke će uglavnom preko kontroliranih društava kupovati neretnine i pokretne, tj. stjecati punopravno vlasništvo i sklapati s dužnicima ugovore o financijskom *leasingu* ili obročnoj kupovini. Pri tome će na dužnike prevaliti sva porezna i eventualna druga davanja koja ih nisu teretila kod sklapanja sporazuma o prijenosu prava vlasništva radi osiguranja, a ovršnu ispravu za preuzimanje posjeda će osiguravati u svoju korist prema odredbama Zakona o javnom bilježništvu.⁷³ Dakako, ovakvim mogućnostima će se koristiti i oni vjerovnici čija je aktivnost u prethodnom razdoblju bila pod povećalom javnosti i najvjerojatnije motivirala zakonodavca za ovakvim izmjenama razmatranog instituta. To će pak otvoriti rasprave o dopustivosti *sale and lease-back* poslova koje su u poredbenom pravu prilično česte.⁷⁴

Summary

TRANSFER OF OWNERSHIP FOR SECURING THE CLAIMS ACCORDING TO THE LAW ON ENFORCEMENT AMENDMENTS 2003

This paper represents a comparison and analysis of the 1996 Law on Enforcement provisions regarding judicial and notary transfer of ownership for securing the claims, and provisions of its 2003 amendments that introduced fundamental changes. Author conducted its research with historical and comparative method and anticipated possible consequences of the latest legislative changes. Accordingly, he believes the need for improvements of the former legal provisions had existed, but such a radical change cannot be justified. It affected creditors, their position is substantially weakened and it raised questions of constitutionality. As a direct consequence of the newest legislative change, the author foresees more frequent sale and lease-back arrangements that would, in turn, worsen position of the debtors in comparison with their position under provisions on transfer of ownership for securing the claims before 2003.

Key words: *security, transfer of ownership, sale and lease-back, creditor, debtor, lex commissoria.*

⁷³ V. supra 42.

⁷⁴ V. Čulinović, op. cit., str. 21. sq. Glede *sale and lease back* poslova talijanska judikatura još uvijek nema jedinstvena gledišta. Kasacijski sud je u nekoliko navrata zauzeo stajalište o njihovoj ništavosti ako služe osiguranju tražbina. Međutim, niži sudovi su u nekim slučajevima postupili drukčije. U Njemačkoj pak ne postoje nikakve prepreke sklapanju ovakvih pravnih poslova. Naprotiv, detaljno su uređena sva porezna pitanja koja se u svezi s tim mogu javiti. V. Drake, Rider, op.cit., str. 149. i 204. Nizozemski građanski zakonik je prilično jasan. Prema njegovu članku 84. stavku 3. ovaj pravni posao nije valjan temelj za prijenos prava vlasništva (*a juridical act which is intended to transfer property for purposes of security or which does not have the purpose of bringing the property into the patrimony of acquirer, after transfer, does not constitute valid title for transfer of that property*). V. New Netherlands Civil Code, Patrimonial Law, prijevod Haanappel P.P.C. i Mackaay Ejan, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, str. 49.

Zusammenfassung

**ÜBERTRAGUNG DER EIGENTÜMERRECHTE ZUR SICHERUNG
VON FORDERUNGEN NACH DEN NOVELLEN DES
VOLLSTRECKUNGSGESETZES VON 2003**

In dieser Arbeit werden die Bestimmungen des Vollstreckungsrechts hinsichtlich gerichtlicher und notariischer Sicherung von Forderungen durch Eigentumsübertragung, die seit seiner Verabschiedung im Jahre 1996 in Kraft waren, mit den Bestimmungen der Novelle von 2003, durch die dieses Institut wesentlich verändert wurde, analysierend verglichen. Der Autor wendet bei seiner Untersuchung die historische und rechtsvergleichende Methode an und zieht mögliche Folgen des neuesten gesetzgeberischen Eingriffs in Betracht. Seiner Meinung nach war es unbedingt nötig, den bisherigen Text zu verbessern, was aber nicht bedeutet, dass eine dermassen grundlegende Veränderung notwendig war, die wesentlich auf eine Verschlechterung der Lage des Gläubigers eingewirkt hat und die Frage ihrer Verfassungsmässigkeit aufwirft. Als direkte Folge ist für die Zukunft eine immer häufigere Nutzung sog. *sale and lease-back* Rechtsgeschäfte zur Sicherung der Forderungen vorgesehen, in denen die Schuldner in einer weitaus schlechteren Lage sein werden als bei der Schliessung von Verträgen zur Übertragung des Eigentumsrechts im Einklang mit den Bestimmungen des Vollstreckungsgesetzes, die bis 2003 galten.

Schlüsselwörter: *Übertragung von Eigentum, sale and lease-back, Gläubiger Schuldner, lex commissoria.*

Sommario

**TRASFERIMENTO DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ PER
L'ASSICURAZIONE DEI CREDITI SECONDO LE
NOVELLE DELLA LEGGE SULL'ESECUZIONE 2003**

In questo lavoro si presenta un'analisi e una comparazione delle disposizioni della Legge sull'esecuzione del 1996 relative al trasferimento giudiziale e notatile della proprietà per l'assicurazione dei crediti, e delle disposizioni delle sue novelle del 2003 che hanno introdotto modifiche fondamentali. L'autore ha svolto la sua ricerca con metodo storico e comparativo e ha anticipato le possibili conseguenze delle più recenti innovazioni legislative. In proposito egli ritiene che il bisogno di miglioramenti delle precedenti disposizioni legali esistesse, ma che un tale radicale cambiamento non possa essere giustificato, in quanto colpisce i creditori, indebolisce sostanzialmente la loro posizione e solleva questioni di costituzionalità. Come diretta conseguenza di questa più nuova evoluzione legislativa si prevedono più frequenti accordi giuridici cosiddetti di vendita e contestuale locazione che peggiorerebbero la posizione dei debitori nel confronto con la loro condizione secondo le disposizioni sul trasferimento del diritto di proprietà per l'assicurazione dei crediti della Legge sull'esecuzione in vigore sino all'anno 2003.

Parole chiave: *assicurazione, trasferimento del diritto di proprietà, vendita e contestuale locazione, creditore, debitore, lex commissoria.*

PROLEGOMENA NOVELI ZAKONA O TRGOVAČKIM DRUŠTVIMA

Dr. sc. Dragutin Ledić, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.72(094.5)
Ur.: 14. siječnja 2004.
Pr.: 18. veljače 2004.
Pregledni znanstveni članak

PATERE QUAM IPSE FECISTI LEGEM
(*SEC. ULPIANUS - D. 2. 2. 1. 1.*)*

Upravo se navršava 10 godina od kada je Zastupnički dom Sabora Republike Hrvatske koncem prosinca 1993. godine (točno: 23. prosinca) donio Zakon o trgovačkim društvima, propis za kojega su svi čimbenici koji nešto znače u hrvatskoj pravnoj svakodnevnici (pravna znanost i literatura, suci, odvjetnici i raznovrsni praktičari) isticali kako je on "zamišljen kao temeljni zakon za gospodarske odnose". Zakonom o izmjenama i dopunama iz srpnja 2003. godine nastupile su brojne promjene koje zakonodavac opravdava okolnostima u kojima je "moguće u prilagodbi europskom pravu društava ići do kraja". Autor ovoga rada ovdje će, međutim, samo djelomice, po osobnome odabiru, očitovati se glede nekih novela Zakona o trgovačkim društvima.

Ključne riječi: *trgovačka društva, europsko pravo društava, novele, prilagodba, poboljšanja, kritike.*

1. Uvodna razmišljanja

U vrijeme donošenja Zakona o trgovačkim društvima (NN 111/93. - u nastavku: ZTD) s razlogom je najveći dio hrvatske pravne javnosti, jednako kao i svi drugi čimbenici, na ovaj ili onaj način povezani s gospodarskim subjektima, isticao ogromnu prednost ovakvoga zakonodavnoga pristupa uređenju materije prava društava, jer "tu su riješena sva statusno-pravna pitanja npr. osnivanje, tvrtka, predmet poslovanja, sjedište, prava i obveze članova, promjene u članstvu, akti društva, unutrašnja organizacija, posloводство, zastupanje, upravljanje, statusne promjene, prestanak, povezivanje društava i stvaranje skupine društava".¹

* U prijevodu: dužni smo podnositi (primjenjivati) zakon koji smo sami i donijeli.

¹ J. Barbić, Zakon o trgovačkim društvima, Uvod, u knjizi Zakon o trgovačkim društvima, Organizator, Zagreb, 1993., str. 27.

Brojne su bile i pohvale na račun opsežnosti pravnih odnosa, instituta i situacija sadržanih u ovome zakonskome tekstu koji je (s obzirom na čak 647 članaka!) bliži zakoniku nego zakonu.² Ukazivalo se na cjelovitu izmjenu statusnoga dijela hrvatskoga trgovačkoga prava, do čije je izmjene došlo zahvaljujući Zakonu o trgovačkim društvima,³ odnosno na, primjerice, postojanje pravne osobnosti društava osoba koje poznaje ZTD, što, međutim, nije rezultat utjecaja njemačkih i austrijskih uzora, već su temelji tomu hrvatska tradicionalna pravna rješenja.⁴

Ne dovodeći u pitanje značenje, sadržaj i ulogu velikoga broja zakona što čine pozitivno pravo Republike Hrvatske, a time i dio hrvatskoga pravnoga sustava, mora se i ovoga puta istaknuti sljedeće: ZTD ima iznimno i posebno mjesto i vrijednost u svemu tomu jer ima zadaću urediti subjekte u gospodarstvu i njihove pravne odnose slijedeći one pravce razvitka i trendove koji postoje u razvijenim zemljama slobodnoga tržišnoga gospodarstva, poglavito u zemljama - članicama Europske unije. Poučeni ne tako davnom poviješću moramo biti svjesni da "traženje vlastitoga puta bilo bi pogubno".⁵

Smisao postojanja trgovačkih društava jest samostalno i trajno obavljati gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom roba i usluga ili pružanjem usluga na tržištu. Bitno je istaknuti ovdje i potpuno jednaki pravni položaj domaćih i stranih fizičkih i pravnih osoba u osnivanju i poslovanju trgovačkih društava. Doduše, može se govoriti i o potrebi postojanja i primjene načela uzajamnosti (reciprociteta), međutim, to je načelo, izvorno zastupljeno u ZTD-u, danas kad je Republika Hrvatska postala punopravna članica Svjetske trgovačke organizacije (WTO), gotovo bez ikakve primjene.

Valja istaknuti i to da ovu materiju (gospodarski subjekti i njihovi odnosi, op. D.L.) ne uređuje isključivo i jedino ZTD. Neki kasnije doneseni zakoni nisu bili u suglasju s odredbama istoga, dapače "zadirući" u ZTD i neke "njegove" pravne institute, što je dovodilo i još uvijek dovodi do nejasnoća, pravnih praznina i zahtjeva "usklađenja radi postizanja potrebne (?) pravne sigurnosti".⁶ To se ima, svakako, odnositi na Ovršni i Stečajni zakon, Zakon o tržištu vrijednosnih papira, Zakon o sudskome registru itd.

Predlagatelj izmjena i dopuna ZTD-a, kada je riječ o njegovoj primjeni, stavlja primjedbe i na određena rješenja koja su u praksi nezadovoljavajuća pa "se na tome mora još mnogo raditi kako bi se dostigli standardi usvojeni u razvijenim zemljama europskoga pravnoga kruga".⁷

² D. Ledić, *Ustroj dioničkog društva u hrvatskom i usporednom pravu*, Zbornik radova EFRI, Godina 14, sv. 1/1996., str. 78.

³ V. Gorenc, *Trgovačko pravo - društva*, III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1998., predgovor I. izdanju.

⁴ T. Kreuder/S. Philippi - Novak, *Vorwort*, u knjizi *Kroatisches Gesetz über Handelsgesellschaften*, 1. Auflage, Institut für Südosteuropa, Frankfurt, 1995., s. 31.

⁵ J. Barbić, *Pravo društava*, knjiga prva, Opći dio, Zagreb, 1999., str. 80.

⁶ Citat iz dijela obrazloženja Vlade RH za izmjene i dopune ZTD s podnaslovom "Ocjena stanja i osnovna pitanja koja se trebaju urediti Zakonom, te posljedice koje će donošenjem Zakona proisteci", str. 2.

⁷ loc. cit.

Ono što je u svemu tomu neprijeporno jest činjenica da se pravo društava u pojedinim zemljama, a što je za Republiku Hrvatsku poglavito značajno i aktualno, u okviru Europske unije vrlo brzo, svestrano i učinkovito mijenja i razvija. Izlazilo bi izvan okvira naslovljene teme i nakane ovoga autora govoriti o smjernicama i uredbama što ih donose mjerodavna tijela EU, a potom i kako se isti propisi “implementiraju” u pojedine države članice EU, kao uobičajenome načinu i postupku “oblikovanja” i “razvijanja” europskoga prava društava.⁸

Evo, u takvim je okolnostima i poštujući spomenute, ali i mnoge druge “razloge” i “potrebe” došlo doista do prve prave novele ZTD-a. Naime, onih nekoliko izmjena i dopuna do kojih je došlo u 1999. i 2000. godini, a posebno “neslavnih” odredaba glede članova uprave i zaposlenika u podružnicama, što ih je Ustavni sud Republike Hrvatske rješenjem br. U-I-945/99 od 10. 5. 2001. ukinuo, teško je “uvrstiti” pod pojam “novele” Zakona.

Dakle, predmet proučavanja u ovome radu biti će isključivo rješenja, i ona dobra i ona manje dobra, sadržana u Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima (objavljen u NN 118/03., s početkom primjene od 1. siječnja 2004.), koji će se u nastavku spominjati pod kraticom ZID/ZTD.

2. Postavljanje problema

Brojnost izmjena i dopuna što ih donosi ZID/ZTD zaista je imponantna: sam Zakon o izmjenama i dopunama sadrži ukupno 326 članaka, time da je “noveliranje” izvornoga teksta Zakona o trgovačkim društvima daleko veće, budući da se pod samo jednim člankom ZID/ZTD-a mijenjaju odnosno dopunjuju brojni propisi. Tako npr. čl. 132. ZID/ZTD zapravo “krije” novi Odjeljak 5.a pod nazivom “Utvrđenje godišnjih financijskih izvješća”, gdje se opet “pojavljuju” čl. 300.a do 300.k! Isto se događa i u slučaju čl. 282. ZID/ZTD, jer se dodaje Glava VII.a s naslovom “Podjela društava kapitala”, u kojoj su ugrađeni čl. 550.a do čl. 550.r! Ima još, ali ne baš tako “drastičnih” primjera, što sve upućuje na veliki suštinski, pa i nomotehnički, zahvat u postojeći ZTD, zbog čega zakonodavac izrijeком u čl. 325. ZID/ZTD daje ovlast Odboru za zakonodavstvo Hrvatskoga Sabora utvrditi i izraditi pročišćeni tekst Zakona o trgovačkim društvima.

Ima naznaka da je predlagatelj izmjena i dopuna ZTD-a, a to je Vlada RH i resorno ministarstvo, svoj konačni prijedlog uputilo u Hrvatski Sabor mimo i suprotno stajalištima uvjetno rečeno izvanjskih suradnika (predstavnicima pravne znanosti, prije svega, ali i drugi pravni i gospodarski stručnjaci). Simptomatično je da se ZID/ZTD javlja pod oznakom “P.Z.E. br. 717”, što bi imalo značiti da je to također jedan od hrvatskih zakona koji u “ubrzanome” (čitaj: nedovoljno raspravljeno i pripremljeno od strane struke!) postupku treba “uskладiti sa zakonodavstvom Europske unije”.

A što će to značiti za hrvatski pravni sustav, kao da nikoga i nije briga? Prisjetimo se da sustav (grč. *systema*) označava onu skupnost pojedinosti gdje svaka

⁸ O tome vidjeti M. Herdegen, *Europsko pravo*, Pravni fakultet u Rijeci, 2002., str. 121 i dalje, M. Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht*, Vierte Auflage, Walter de Gruyter Berlin - New York, 1996., s. 7-8.

pojednost u odnosu prema drugim pojedinostima, kao i u odnosu prema skupnosti (cjelini), ima svoje ustaljeno i određeno mjesto. I dok agregat također predstavlja određenu cjelinu, temeljna je razlika u odnosu na sustav što u agregatu nema pravilnosti, preglednosti i središtenosti između pojedinosti kao i u odnosu na cjelinu - agregat, a što opet sve karakterizira i označuje jedan sustav.

U pravu je pojednost, njegov atom i najsitniji dio pravna norma, pa se u pravnoj teoriji i naglašava da skup pravnih normi u jednoj državi (u suvremenom svijetu i u određenim nadržavnim tvorevinama) čini njen pravni sustav, pravni poredak, ukratko pozitivno pravo.⁹

Označiti sustav na opisani način znači negirati nesređenost, neusklađenost pravnih normi kao najsitnijih dijelova toga sustava u smislu da bi onda zbog te iste nesređenosti bila dovedena u pitanje preglednost, smisao i raznovrsnost sustava prava kao skupnosti. Taj posao, često opisan kao "sustavnost", "sistematizacija", omogućava i struči i znanosti stvoriti "red", "spoznaju" i "snalaženje" u mnoštvu činjenica, jer bi inače došlo do gomilanja pojedinost bez reda i preglednosti, do kaosa koji, u pravilu, ne ide nikako i nigdje sa znanstvenim djelovanjem.

U kojoj će mjeri doprinositi ZID/ZTD stvaranju i jačanju hrvatskoga pravnoga sustava ne ovisi zasigurno i isključivo od te brojnosti propisa, već još više od njegove primjene i tumačenja!

Tumačenje prava (interpretacija prava) ima temeljnu zadaću pronalaženja svrhe, smisla pravne norme, njen "ratio legis" zahvaljujući riječima koje čine sadržaj te norme. U slučaju Zakona o trgovačkim društvima i ovdje naglašenoga proučavanja i promatranja Zakona o izmjenama i dopunama ZTD-a (ZID/ZTD) to znači doći do rezultata koji proizlazi iz "misaone djelatnosti koju ostvaruju, u pravilu, pravnici"¹⁰ utvrđujući značenje pravne norme u konkretnoj situaciji i unatoč tomu da je ista svojom pojavom kao opća pravna norma (zakon, op. D.L.) apstraktna, neki put nedovoljno precizna, jasna, razumljiva i sl. Uzimajući u obzir, dakle, sve poznate vrste tumačenja prava, kao što su npr. izvorno (originarno ili autentično), povijesno, teleološko, jezično (gramatičko), logično, doslovno, suženo i prošireno tumačenje, ovdje će se pokušati dati posebno značenje i sustavno tumačenje odredaba ZID/ZTD-a razumijevajući tu ne samo hrvatski pravni sustav nego i sustav EU u komu se na osebujan način stvara i razvija pravo društava.¹¹

Kako je već prethodno istaknuto, ZID/ZTD ne sadrži tek nekoliko novela, dapače, i sadržajno i suštinski riječ je o zakonskome tekstu koji bi sam po sebi mogao priskrbiti značenje opširnijega samostalnoga propisa. Ovako, u povezanosti s cjelovitim Zakonom o trgovačkim društvima, doista je nemoguće na ograničenomu prostoru i opsegu predviđenomu za ovu vrstu radova kao što je recentni rad iznijeti sve što bi o spomenutim novelama trebalo reći. Prof. Barbić, jedan od prvih autora koji iznosi svoja gledišta o Zakonu o izmjenama i dopunama ZTD-a,¹² opredijelio se

⁹ B. Perić, *Država i pravni sustav*, Zagreb, 1994., str. 138.

¹⁰ D. Vrban, *Uvod u državu i pravo*, Zagreb, 1998., str. 80.

¹¹ M. Lutter, *Ibid.* s. 31.

¹² J. Barbić, *Izmjene i dopune Zakona o trgovačkim društvima i novine u temeljnom kapitalu i dionici*, Godišnjak Hrvatskoga društva za građanskopravne znanosti i praksu, 10/2003., str. 135-198, te isti autor, *Izmjene i dopune Zakona o trgovačkim društvima, Pravo i porezi*, 12/2003., str. 13-24.

ukazati na srž izmjena i dopuna na način u kojemu govori o: uklanjanju pogriješaka pri izradi ZTD-a i njegovu redakcijskome poboljšanju, usuglašavanju s europskim pravom u onome dijelu u komu to prije nije učinjeno, dopunama kojima se naš ZTD dovodi u sklad s međuvremeno usvojenim rješenjima iz "prava uzora", napuštanju DEM kao valute i unošenju kunskih iznosa, dovođenju u sklad ZTD i domaćih, kasnije donesenih zakona, usklađivanju prakse sudova sa zakonskim propisima, poboljšanju zaštite vjerovnika kao i samih članova društava, povećanoj odgovornosti članova uprava i nadzornih odbora u društvima kapitala te unaprjeđivanju rada postojećih tijela u takvim trgovačkim društvima.¹³

Primjereno dugogodišnjemu iskustvu i dužnosti, sutkinja V. Buljan proučava i objašnjava izmjene i dopune Zakona o trgovačkim društvima sa stajališta upisa u sudski registar.¹⁴

Autor ovoga rada opredijelio se govoriti o rješenjima što ih donosi Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima (u nastavku ZID/ZTD) kroz četiri, moguće ne uvijek strogo podijeljene, cjeline i to:

- a) odustanak od "ataka na suverenost"
- b) ima puno dobrih i korisnih novina
- c) *lex appetit perfectum* i
- d) umjesto zaključka.

3. Odustanak od "ataka na suverenost"

Autor ovoga rada ne može se svrstati u red onih pravnih pisaca koji vole naglašavati svoja neprijeporna i spasonosna stajališta i prosudbe pojedinih situacija, odnosa i uopće životnih ili pak pretpostavljenih, hipotetičnih okolnosti. Valjda to oni čine radi praktične primjene i oduzimanja od zaborava one stare latinske izreke "magister dixit"!

Pa ipak, a činjenice i dokazi to nedvojbeno potvrđuju, gornji naslov "krije" u sebi onovremenu tvrdnju autora izrečenu još daleko prije donošenja Zakona o trgovačkim društvima kako je "riječ o (ne)sretnoj valutnoj odnosno monetarnoj klauzuli koja je na više mjesta apostrofirana..."¹⁵ Već tada je, naime, sukladno Ustavu RH, postojala i, na svu sreću, sve do ovih dana relativno stabilna domaća valuta - kuna, pa je praksa unošenja strane valute (najčešće DEM!, op. D.L.) u druge zakonske propise, akte hrvatskih vlasti i brojne ugovore zapravo bila u suprotnosti s financijskom i gospodarskom suverenosti Republike Hrvatske.

Svoju suprotstavljenost takvim zakonskim rješenjima, gdje se određene novčane vrijednosti izražavaju u valuti jedne zemlje (DEM!) autor potkrjepljuje i ovime:

¹³ J. Barbić, *Godišnjak* 10/2003, str. 135.

¹⁴ V. Buljan, *Upis u sudski registar prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima, Pravo i porezi*, 12/2003., str. 24-35.

¹⁵ D. Ledić, *Neka razmišljanja o trgovačkim društvima i obrtu u svjetlu ponuđenih zakonskih rješenja, Privreda i pravo*, 5-6/1993., str. 406. Radi se zapravo o raspravi sa susreta pravnika u gospodarstvu održanoga u svibnju mjesecu 1993. godine u Opatiji.

“nigdje i nikada gdje su u pitanju potraživanja i prava građana - pojedinaca ili pravnih osoba (sram tijela državne vlasti, op. D.L.) takve valutne klauzule u hrvatskom zakonodavstvu nema”.¹⁶

Za razliku od ovoga autora, neki pravni pisci u nas pravdali su “izražavanje u DEM-ima” kako bi se izbjegla “situacija iz odredaba Zakona o poduzećima”,¹⁷ odnosno time da se ne “izgubi svrha zakonski utvrđenoga minimalnoga iznosa”.¹⁸ Opsežnije opisivanje, tj. “spominjanje” u ZTD-u iznosa u DEM-ima, po drugima,¹⁹ “ima samo za svrhu da se vezivanjem...uz čvrstu valutu smanji utjecaj inflacije”.

Valja podsjetiti kako je u svim odredbama ZTD-a, od čl. 3. pa preko čl. 254. sve zaključno do čl. 632. riječ o protuvrijednostima izraženima u DEM-ima “obračunatim po srednjem tečaju valute Republike Hrvatske (a već tada se ona nazivala “kunom”, op. D.L.) utvrđenom i objavljenom na deviznoj burzi, odnosno kojega utvrdi i objavi Hrvatska narodna banka (izvorno Narodna banka Hrvatske, op. D.L.).²⁰

Zakonodavac je, obrazlažući prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama ZTD-a, kada je riječ o famoznoj valutnoj klauzuli, istaknuo kako se time treba “napustiti određenje iznosa temeljnoga kapitala, uloga i dionica u domaćoj valuti u odnosu prema iznosima određenima u njemačkim markama i konačno propisati kunu kao sredstvo kojim se određuju spomenuti iznosi bez odnosa njene vrijednosti prema nekoj drugoj valuti”.

Očito je, međutim, da se rješenjima što ih sadrži ZID/ZTD ne uklanjaju samo postojeće odredbe o temeljnome kapitalu, ulozima i dionicama uz primjenu prethodno opisanoga vezivanja domaće valute prema iznosima u njemačkim markama, već se u potpunosti iz Zakona “izbacuje” bilo kakva sveza novčanih iznosa domaće valute i DEM-a! To vrijedi i za čl. 3. ZTD (čl. 2/1., ZID/ZTD) kao i za čl. 254., ZTD (čl. 98., ZID/ZTD), čl. 630. i 632. ZTD (čl. 315. st. 2. i 3. te čl. 317. ZID/ZTD).

Ne radi se, doduše, o “čistoj” zamjeni u smislu mjenjačkoga posla, već je najčešće riječ o “povećanju radi zaokruženja”, što u svakomu slučaju kod dugogodišnjega (na sreću, op. D.L.) stabilnoga tečaja kune omogućava ostvarenje namjere u svojem zakonskome propisu i za vlastite potrebe “korištenje isključivo vlastite valute”.²¹

Naglašujući prije svega praktičnu, a manje teorijsku stranu usklađenja upisa u sudski registar promjena što ih ZID/ZTD nalaže pojedinim trgovačkim društvima, pa i trgovcu pojedincu, V. Buljan upućuje na čl. 319/1., ZID/ZTD prema kojemu su društva kapitala dužna uskladiti iznose temeljnoga kapitala i njegove dijelove (dionice odnosno uloge) s visinama što ih propisuje ZID/ZTD prilikom prve promjene, dok je rok od godine dana propisan (čl. 319/3., ZID/ZTD) za usklađivanje visine temeljnoga

¹⁶ D. Ledić, *Ibid.* str. 407.

¹⁷ V. Filipović - V. Gorenc - Z. Slakoper, *Zakon o trgovačkim društvima s komentarom*, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1996., str. 181.

¹⁸ V. Gorenc, *Trgovačko pravo*, str. 173.

¹⁹ Tako J. Barbić, *Dioničko društvo u knjizi Zakon o trgovačkim društvima*, II. dio - vodič za čitanje zakona, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1995., str. 106.

²⁰ Kao dan utvrđenja i objave ovoga tečaja mogao je biti dan podnošenja prijave za upis u sudski registar (tako npr. čl. 162., 163., odnosno čl. 389. i 390., ZTD, odnosno dan izvršenja kazne - čl. 630., 632., ZTD).

²¹ J. Barbić, *Pravo i porezi*, str. 19.

kapitala, dionica odnosno uloga koji su izraženi u njemačkim markama odnosno eurima.²²

Kasnije će biti više govora o kuskim vrijednostima temeljnoga kapitala, dionica, uloga i drugim vrijednostima vezanima za osnivanje i poslovanje trgovačkih društava sukladno napuštanju izražavanja istih u njemačkim markama.

4. Ima puno dobrih i korisnih novina

Parafrazirajući simpatičnu i često spominjanu (kažu izvorno dalmatinsku!) inačicu u gornjemu naslovu, autor pokazuje i volju i "smjelost" ukazati na one dijelove ZID/ZTD-a koji su i korisni, i dobri, može se bez pretjerivanja reći (da se ne udaljava od sinjsko-dalmatinskih izričaja) pravi pogodci "u sridu".

1. Negdje koncem 1994. godine kada je autor ovoga rada imao predavanje za profesore i studente kao i širu publiku na Sveučilištu u Bonnu (točnije: Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Bonn) na temu "Das Kroatische Zivil- und Handelsrecht-Geschichte, Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektive", voditelj predavanja i direktor istoga Instituta Prof. Dr. Dr. h. c. Marcus Lutter prvi se javio za riječ, držeći u ruci njemački prijevod našega Zakona o trgovačkim društvima koji je za nekoliko mjeseci očekivao početak primjene (1.1.1995., op. D.L.) s pitanjem: "Wo ist, und was ist mit der Teilung, mit der Aufspaltung der Kapital - Handelsgesellschaften?!" Takvo isto pitanje postavljali su i neki drugi sudionici, pa je njihovo oduševljenje s upravo donesenim hrvatskim Zakonom o trgovačkim društvima zbog nedostatka pravnoga instituta podjele društava (uz pohvale za spajanje i pripajanje istih, op. D.L.) djelomice umanjeno.

Ugledanje na rješenja u europskome, poglavito njemačkome, pravu glede moguće podjele trgovačkih društava u nas zagovarao je u međuvremenu i ovaj autor pozivom na odredbu par. 1 st. 1 njemačkoga Umwandlungsgesetz,²³ s obzirom da je već dulje vremena bila u primjeni 6. Smjernica o podjeli dioničkih društava (82/891 / EWG - EEC), od 17. 12. 1982. godine, i da je spomenuti njemački UmwG stupio na snagu (i primjenu) 1. 1. 1995. godine,²⁴ znači istovremeno kada i hrvatski ZTD!

Hrvatska pravna znanost nije se osobito zanimala za ovaj institut podjele društava, pa tako na jednome mjestu J. Barbić,²⁵ priznaje "da Zakon ne poznaje podjelu trgovačkoga društva kao poseban pravni institut..." te nadodaje da "to, međutim, ne znači da podjela dioničkoga...društva ne bi bila moguća tako da kao rezultat toga nastanu dva dionička društva ili više njih...". Logičan je stoga i zaključak toga autora: "no, tada je ipak riječ o osnivanju novih dioničkih društava".²⁶

²² V. Buljan, Upis u sudski registar prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima, Pravo i porezi 12/2003., str. 24-25.

²³ D. Ledić, Preoblikovanje društava, u knjizi Pravo društava i trgovačko pravo, Rijeka, 2002., str. 124.

²⁴ M. Lutter, Vorwort (Predgovor) u knjizi Umwandlungsgesetz, Kommentar (Lutter, Hrsg.), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1996., s. V, ističe da se radi o izmjenama ranijega istoimenoga zakona kojima se ostvaruje jedna od najznačajnijih reformi njemačkoga prava društava pod konac 20. stoljeća.

²⁵ J. Barbić, Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, Zagreb, 2000., str. 108-109.

²⁶ J. Barbić, Ibid. str. 109, time da valja podsjetiti kako isti autor na str. 107. navodi tri načina nastanka d.d. među koje ne svrstava i podjelu društava.

V. Gorenc izrijekom stoji na stajalištu kako “naše pravo ne uređuje tri posljednje statusno-pravne promjene” (podjelu, odcjepljenje i izlučenje, op. D.L.),²⁷ a o podjeli društava drugi se uopće ne očituju,²⁸ ili je sramežljivo spominju samo u stvarnome kazalu odnosno kazalu komentara ZTD!²⁹

No, kako bilo da bilo, ZID/ZTD sada uređuje pravni institut podjele, pa nije vrijeme za razglabjanje o prošlosti, tu je institut koga trebamo uređen odredbom čl. 282., ZID/ZTD koja predstavlja zapravo Glavu VII.a i članke 550.a do 550.r, ili brojčano iskazano 17 novih članaka.

Zakon razlikuje, sukladno svojim europskim (6. Smjernica EU 82/891., od 17. prosinca 1982. godine) i uzorima iz usporednoga prava (prije sviju njemački UmwG!), dvije temeljne podjele:

- a) razdvajanje i
- b) odvajanje.

Samo razdvajanje može se provoditi istodobnim prijenosom svih dijelova imovine društva koje se dijeli uz njegov prestanak, bez postupka likvidacije, na dva ili više novih društava koja se osnivaju radi provođenja razdvajanja (razdvajanje s osnivanjem) ili na dva ili više društava koja već postoje (razdvajanje s preuzimanjem).

U slučaju podjele odvajanjem radi se o prijenosu jednoga ili više dijelova imovine društva koje se dijeli, a da isto društvo ne prestaje, na jedno ili više novih društava koja se osnivaju radi provedbe odvajanja (odvajanje s osnivanjem) ili na jedno ili više društava koja već postoje (odvajanje s preuzimanjem).

Unatoč ovakvome pojmovnome razlikovanju iz opće odredbe iz čl. 550.a o podjeli koja se provodi razdvajanjem i odvajanjem, ostale su odredbe Glave VII.a razvrstane u Odjeljku 2. na “Podjelu s osnivanjem” i na Odjeljak 3., koji se sastoji samo od jednoga članka (čl. 550.r!) i koji uređuje “Podjelu s preuzimanjem”. Da se ne bi ponovno spominjao ovaj propis, treba istaknuti da će se na podjelu s preustrojem odnositi (primjenjivati, zakonski je izričaj, op. D.L.) sve odredbe koje se tiču podjele s osnivanjem (znači čl. 550.b do čl. 550.p) osim što se umjesto plana podjele javlja ugovor o podjeli i preuzimanju koji mora biti u obliku javnobilježničke isprave, na mjesto novoga društva dolazi društvo preuzimatelj te će doći do primjene propisa o pripajanju kada pri odvajanju s preuzimanjem društvo koje se dijeli smanjuje temeljni kapital, odnosno kada društvo preuzimatelj povećava temeljni kapital.

Inače, u postupku podjele s osnivanjem postoji više faza i detalja, a ovdje se ukazuje, prije svega, na obvezu uprave društva izraditi plan podjele, očuvanje kapitala, primjenu propisa o osnivanju i s tim u svezi odgovornosti tijela društva (uprave, nadzornoga odbora) i trećih osoba.³⁰

Na strani uprave društva koje se dijeli stoji obveza izraditi izvješće o podjeli, a neovisno o tomu kakvo je trgovačko društvo u pitanju (d.d. odnosno d.o.o., op. D.L.)

²⁷ V. Gorenc, *Trgovačko pravo*, str. 475-476.

²⁸ Z. Slakoper, *Društvo s ograničenom odgovornošću*, Zagreb, 2001., izričaj “podjela” veže samo uz podjelu dobiti (str. 252, 255)

²⁹ V. Filipović - V. Gorenc - Z. Slakoper, *Ibid.* str. 976, dok u okviru statusnih promjena (pojam na str. 784-788) ili na str. 512 govore o “prijedlogu za diobu”, nadati se da je to samo “pogrješka u pisanju”!

³⁰ Na ova će se tijela (organe) i osobe na odgovarajući način primijeniti odredbe čl. 252., 253., 272. i 273., ZTD.

mora se provesti revizija podjele. Drukčije je, međutim s pripremom i provođenjem skupštine radi odlučivanja o podjeli, jer su, a to i nije ništa novoga, javnost i uloga suda zastupljeniji kod podjele d.d. nego u slučaju kada se podjela provodi u d.o.o. Sama odluka o podjeli društva mora se donijeti sukladno odredbama ZTD-a o izmjeni statuta d.d., odnosno društvenoga ugovora u d.o.o., time da se za donošenje odluke o podjeli može zahtijevati i veća većina, a može se predvidjeti i ispunjenje dodatnih pretpostavki (uvjeta).³¹ U dio ovih dodatnih pretpostavki valja svrstati posebnu suglasnost odnosno primjerenu otpremninu, a ta prava pripadaju pojedinim članovima društva (dioničarima).

Nije potrebno posebno isticati da u slučaju podjele društva nužno slijedi prijava za upis u sudski registar i to najprije kod suda nadležnoga po mjestu sjedišta društva koje se dijeli. Dotični sud će o upisu osnivanja novih društava uputiti obavijest registarskome sudu nadležnome po mjestu sjedišta novoga društva. Posve je u pravu V. Buljan kada kaže: "Nova društva se upisuju s jasnom naznakom da se radi o osnivanju u postupku provođenja podjele",³² ali nije dovoljno određena je li poslije "upućene obavijesti registarskome sudu nadležnome po mjestu sjedišta novoga suda" za to novo društvo to sada jedini registarski sud, za što se zalaže ovaj autor, ili "u igri" ostaje i registarski sud nadležan po mjestu sjedišta društva koje se dijeli.

Nije sporno da upis podjele ima konstitutivno djelovanje te da će pravne posljedice nastupiti upisom iste (čl. 550.n), i da je vrlo bitno poštovati rokove za upis radi zakonitoga ispitivanja prijave za upis podjele.³³

2. U potpunosti se usuglašava ovaj autor s tvrdnjom J. Barbića kako ZID/ZTD odredbama koje se u Glavi IV. (dioničko društvo) javljaju u Odjeljku 5.a, koji nosi naslov "Utvrđivanje godišnjih financijskih izvješća" (čl. 300.a - 300.e), odnosno u Odjeljku 5.b, koji ima naslov "Prijenos dionica manjinskih dioničara" (čl. 300.f - 300.k), "... zapravo razrađuje ono što je prije bilo samo naznačeno u Zakonu".³⁴

I doista, Zakon o trgovačkim društvima nije u tome dijelu slijedio svoje njemačke i austrijske uzore koji već dulje vremena, na način kako to sada čini ZID/ZTD, sadrže propise o polaganju računa (njem. Rechnungslegung) odnosno o godišnjim izvješćima, podjeli dobiti i poslovnome izvješću (njem. Jahresbeschluß, Gewinnverteilung und Geschäftsbericht).³⁵

Cijeli postupak utvrđivanja godišnjih financijskih izvješća "detaljno se razrađuje" na relaciji uprava - nadzorni odbor - glavna skupština, time da se pri tomu moraju primijeniti (i drugi) propisi kojima se uređuje sastavljanje tih izvješća. Kako se

³¹ Predlagatelj u obrazloženju kaže (i ostane živ, op. D.L.): "O podjeli odlučuje glavna skupština d.d. odnosno skupština d.o.o. ... većinom glasova koji predstavljaju devet desetina temeljnoga kapitala društva koje se dijeli"!?

³² V. Buljan, Ibid. str. 33.

³³ V. Buljan, Ibid. str. 34, tako podsjeća na rok od devet mjeseci za upis zaključne ili početne bilance.

³⁴ J. Barbić, Godišnjak, str. 152.

³⁵ Za austrijsko pravo vidjeti Kastner - Doralt - Nowotny, Grundriß des Österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchandlung, Wien, 1990., s. 295-304, a za njemačko pravo B. Grunewald, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002., s. 280-286.

godišnja financijska izvješća moraju podvrgnuti postupku revizije, u slučaju da glavna skupština d.d. izmijeni takvo izvješće, odluka iste glavne skupštine i odluka o upotrebi dobiti imat će pravni učinak tek nakon što ove ispita revizor (pretpostaviti je da to učini isti revizor, op. D.L.) i o tomu podnese izvješće bez bilo kakvih primjedaba.³⁶ Posljedice za naprijed navedene odluke glavne skupštine ogledaju se u njihovoj ništavosti ukoliko revizor ne podnese izvješće "bez rezerve" u roku od dva tjedna od dana njihova donošenja.

Okolnost da je hrvatsko pravo društava bogatije za još jedan propis nakon donošenja Zakona o trgovačkim društvima, a to je Zakon o preuzimanju dioničkih društava (tekst objavljen u NN 84/02.), to je ZID/ZTD u Odjeljku 5.b uredio prijenos dionica manjinskih dioničara kako bi se na zahtjev dioničara (glavnoga dioničara) koji ima dionice koje čine najmanje 95% temeljnoga kapitala društva uredili odnosi s manjinskim dioničarima.

Iako se u ovome postupku javljaju i uprava i glavna skupština i na vrlo razvidan način osigurava javnost toga postupka, pa to da "na glavnoj skupštini moraju se objasniti akti iz članka 300.h stavka 3. ovoga Zakona" (čl. 300.i, prva rečenica), djeluje nes(p)retno dio čl. 300.g st. 1. gdje stoji "glavni dioničar određuje iznos otpremnine u novcu...". Naime, to objektivno ograničava glavnu skupštinu prilikom odlučivanja na zahtjev istoga glavnoga dioničara (čl. 300.f st. 1.), neovisno o tomu što temeljem čl. 300.k postoji mogućnost "sudskoga ispitivanja primjerenosti otpremnine".³⁷

3. Zakon o trgovačkim društvima u tekstu kakav je bio do donošenja Zakona o izmjenama i dopunama istoga na više mjesta govorio je o pravnome institutu ništavosti i postupcima kako "ukloniti" pravne posljedice određene ništavosti.³⁸ Tek radi podsjećanja, evo nekih od primjera ništavosti o kojima je govorio izvorni tekst ZTD-a:

a) ništava je dionica čiji je nominalni iznos manji od onoga iz stavka 1. članka 183., ZTD;

b) ništava je upisnica koja nema sve podatke iz st. 2. čl. 198., ZTD i kojom se protivno Zakonu ograničava odgovornost obveze upisnika (čl. 198/3., ZTD);

c) ništav je svaki sporazum kojim se isključuje pravo člana otkazati društveni ugovor ili kojime mu se to pravo otežava (čl. 98/2., ZTD);

d) čl. 355., ZTD nabroja pored slučajeva iz čl. 313/4., čl. 338/2. i čl. 348/2. još pet razloga ništavosti odluka glavne skupštine;³⁹

³⁶ Zakonodavac na ovome mjestu koristi izričaj "bez rezerve" što autor smatra neprimjerenim. Na žalost to i nije niti jedini niti znakoviti odmak u terminologiji ovoga zakonodavca i u odnosu na izvorni tekst ZTD-a pa i ovoga autora. Tako se u obrazloženju rabe izričaji "direktive EU" mada je i njemu i široj javnosti bliži i češće u uporabi izričaj "smjernice EU".

³⁷ J. Barbić, *Ibid.* str. 153, takva rješenja označava "zaštitnim mjerama kojima se osigurava da ti (manjinski, op. D.L.) dioničari za to dobiju primjerenu naknadu".

³⁸ J. Barbić, *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala*, str. 593, pozivom na K. Schmidta, *Gesellschaftsrecht, Köln - Berlin - Bonn - München*, 1997., s. 446, razlikuje, s obzirom na posljedice nesklada odluka (glavne skupštine) četiri vrste, ili četiri stupnja toga nesklada kao povrede formalno-pravnih i materijalno pravnih pravila: a) prividne, b) bez pravnoga učinka, c) ništave i d) pobojne odluke.

³⁹ J. Barbić, *Ibid.* str. 1110-1111 (abecedno kazalo pojmova) navodi 20 primjera ništavosti koje poznaje ZTD te još 9 posebnih razloga.

e) čl. 447., ZTD spominje tri vrste razloga ništavosti odluke skupštine d.o.o. što se može navesti u tužbi koja se isključivo podnosi kod suda iz čl. 40/1., ZTD.⁴⁰

Donošenjem ZID/ZTD-a u hrvatskome se pravu društava uređuje i pravni institut "ništavosti društva" (njem. Nichtigkeit der Gesellschaft) koji su već otprije poznavali i njemačko⁴¹ i austrijsko pravo.⁴² To se čini na način da se nomotehnički iza čl. 384., ZTD (a to je posljednja odredba Glave IV., koja je inače u cijelosti namijenjena za uređenje dioničkoga društva), dodaje Odjeljak 11. s naslovom "Ništavost društva". Taj odjeljak sastoji se od svega tri članka, međutim, kako se onaj tko je pripremao izmjene i dopune ZTD-a nije previše "oznojiio" ni u vrijeme donošenja, a očito niti u vrijeme objavljivanja teksta ZID/ZTD-a ti članci se navode kao čl. 374.a (trebalo bi 384.a), 385.b i 384.c. Netko će reći da je to slučajnost, međutim, kasnije će u ovome radu, ali još bolje se to vidi detaljnim čitanjem cijeloga ZID/ZTD-a biti još takvih, sličnih, ali i jako ozbiljnih propusta i pogriješaka! U spomenutim se člancima regulira tužba za utvrđenje ništavosti (čl. 384.a), uklanjanje nedostataka u statutu d.d. (čl. 384.b) te učinak upisa ništavosti u sudski registar.⁴³

"1. 384.a propisuje razloge za podnošenje (zakonski izričaj: podići, op. D.L.) tužbe za utvrđenje ništavosti osobe koje su ovlaštenici za podnošenje tužbe, kao i rok za podnošenje tužbe. Ujedno su propisane i sljedeće obveze:

a) upravi društva, a to je dostaviti javno ovjereni prijepis ili presliku tužbe registarskomu sudu bez odgode od dana kada je tužba podnesena i

b) sudu koji je donio presudu, istu dostaviti registarskomu sudu u roku 15 dana od dana kada je ova postala pravomoćna.

c) Registarski sud upisat će u sudski registar zabilježbu spora, a ništavost društva nakon što mu se dostavi pravomoćna presuda kojom se utvrđuje da je društvo ništavo. Ako je tužbeni zahtjev odbijen, registarski sud će brisati zabilježbu spora.

Vezano za uklanjanje nedostataka u statutu, čl. 384.b propisuje da se takav nedostatak koji se odnosi na predmet poslovanja može otkloniti izmjenom statuta.

Učinci upisa ništavosti u sudski registar predviđeni su u čl. 384.c.⁴⁴

Pravni institut ništavosti društva uređen je i za d.o.o., nomotehnički posve identično kao i u slučaju d.d.! Naime, iza čl. 472. koji predstavlja posljednji propis Odjeljka 5., Glave V. (isključivo namijenjeni propisi uređenju d.o.o., op. D.L.) dodaje se Odjeljak 6. koji ima naslov "Ništavost društva" i samo jedan jedini propis u čl. 472.a, koji glasi: "Na ništavost društva na odgovarajući se način primjenjuju odredbe čl. 384.a do 384.c ovoga Zakona.". Sapiienti sat!⁴⁵

⁴⁰ D. Ledić - E. Čulinović-Herc, Ništavost i poboynost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, Zbornik PFRI, vol. 20, br. 2/1999., str. 750, ističu da se ništava odluka ne može provesti niti se može upisati u sudski registar.

⁴¹ Lutter - Hommelhoff, GmbH - Gesetz, 15. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 2000., s. 1026, upozoravaju na prilično ograničeno praktično značenje ove vrste ništavosti.

⁴² Kastner - Doralt - Nowotny, Ibid. s. 211.

⁴³ J. Barbić, Godišnjak, str. 145., ističe kako se ovim člancima ZTD usklađuje s odredbama čl. 11. i 12. Prve Smjernice o publicitetu.

⁴⁴ V. Buljan, Ibid. str. 29, nadodaje da se društvo briše iz sudskoga registra "po dovršetku postupka likvidacije".

⁴⁵ Lutter - Hommelhoff, Ibid. s. 1030, zahtijevaju i za njemačko pravo provedbu postupka likvidacije nakon upisa pravomoćne presude o ništavosti društva u trgovački registar.

4. ZID/ZTD sadrži brojne novosti glede temeljnoga kapitala i dionica u dioničkome društvu, a jedna je prethodno između redaka spomenuta i najavljena. Naime napuštajući njemačku marku kao valutu kojom se dovodi u “protuvrijednost s valutom Republike Hrvatske” došlo je, posve razumljivo i do promjena glede visine najnižeg temeljnoga kapitala, nominalnoga iznosa dionica itd.

Sukladno tomu, izmijenjen je čl. 162., ZTD (čl. 45., ZID/ZTD) i propisano da najniži temeljni kapital iznosi 200.000,00 kuna, čime se u našem pravu društava ova visina dovodi u suglasje s 2. Smjernicom EU (77/91.) gdje se spominje najmanji mogući temeljni kapital u dioničkome društvu od 25.000,00 eura.

Brojne su izmjene zadesile čl. 163., ZTD (čl. 46., ZID/ZTD), a koji nosi naslov “Najniži minimalni iznos dionica”. Moguće ih je opisati najprije povećanjem broja stavaka sa 4 na 7, a u sadržajnome pogledu, ovako:

a) u stavku 1 dopušta se izdavanje dionica s nominalnim iznosom, ili bez toga iznosa;

b) najniži dopušteni nominalni iznos dionice jest 10,00 kuna!;⁴⁶

c) kod dionica izdanih u nominalnome iznosu koji propisuje st. 2., takav iznos mora predstavljati višekratnik iznosa od 10,00 kuna;

d) dionice bez nominalnoga iznosa sudjeluju u temeljnom kapitalu u jednakome dijelu, s time da jedna takva dionica ne može sudjelovati u temeljnome kapitalu u iznosu koji bi bio manji od onoga iz st. 2.;⁴⁷

e) udio u temeljnome kapitalu određuje se kod dionica s nominalnim iznosom odnosom njihovoga nominalnoga iznosa i nominalnoga iznosa temeljnoga kapitala, a kod dionica bez nominalnoga iznosa brojem dionica.

Izmjenama u čl. 165/2., ZTD (čl. 48., ZID/ZTD), koji ima naslov “Dionice koje glase na donositelja i koje glase na ime”, trebaju se dovesti svi dioničari u “jednaku mogućnost” da dionice, ako se uplaćuju u novcu, ne uplate u cijelosti pri njihovu izdavanju (misli se na izdavanje u nominalnome iznosu, kao i bez istoga iznosa, jednako kao i na dionice koje se izdaju kao nematerijalizirani vrijednosni papir).

5. Promjena visine najnižega iznosa temeljnoga kapitala u društvu s ograničenom odgovornošću nije se dovodila u svezu s bilo kakvom postojećom ili budućom obvezom RH na putu k integracijskim okvirima (misli se prije svega na EU i smjernice, kao što je to bio slučaj s temeljnim kapitalom u dioničkome društvu, op. D.L.). Naime, dosljednom napuštanju njemačke marke kao valute kojom se dovodi u “protuvrijednost s valutom Republike Hrvatske” trebalo je zamijeniti propis čl. 389/2., ZTD, i umjesto tamo naznačenoga najnižega iznosa temeljnoga kapitala od 5.000,00 DEM odrediti novi iznos. U ispravama koje potječu iz svibnja 2003. godine, tj. u prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama ZTD s obrazloženjem novi iznos toga kapitala bio je iskazan u visini od 100.000,00 kuna (čl. 174/2., ZID/ZTD). U obrazloženju je stajalo: “Povećava se najniži iznos temeljnoga kapitala razmjerno uvedenom povećanju tog kapitala kod dioničkog društva.”

⁴⁶ U njemačkome pravu to je 1 euro (ranije je bilo 50 DEM!).

⁴⁷ ZID/ZTD (čl. 44.) izmjenom čl. 161., ZTD uvodi u naše pravo društava “dionice bez nominalnoga iznosa”, što je svakako velika i znakovita novost (J. Barbić, Godišnjak, str. 170-171 naglašava da pojava dionica bez nominalnoga iznosa dovodi do brojnih izmjena u ZTD-u).

U tijeku rasprave, koja praktično nije trajala ni puna dva mjeseca, gotovo “na nož” je dočekan ovakav prijedlog, tako da je konačno ZID/ZTD (čl. 180/2.) odredio: “Najniži iznos temeljnoga kapitala društva je 20.000,00 kuna”, dok se temeljni ulog ne može pojaviti u manjemu iznosu od 200,00 kuna.

Ovaj autor smatra spomenuto rješenje primjerenijim gospodarskim i uopće društvenim prilikama u nas, tim više jer je i po prethodnim iznosima temeljnoga kapitala i temeljnoga uloga postojala odgovarajuća razlika u odnosu na neke druge, razvijenije zemlje (Njemačka, Austrija, Švicarska, Nizozemska, Italija itd.).⁴⁸

6. Sukladno naslovu dijela ovoga rada, a koji glasi “Ima puno dobrih i korisnih novina”, evo još nekih, primjereno dopuštenomu i predviđenomu prostoru gotovo “brzobjavnih” natuknica:

a) U čl. 61. i 62., ZID/ZTD uređuje se po prvi put dioničko društvo s jednim dioničarom i to ne samo u slučaju kada je osnivaatelj toga društva isključivo jedna osoba, nego i tijekom postojanja određenoga d.d. Navedeni propisi zajedno s t. 6 st. 1. čl. 187., ZTD (čl. 59., ZID/ZTD) omogućuju, upisom u sudski registar, spoznaju da se u konkretnomu slučaju radi o društvu s jednim dioničarom. Neupitno je stajalište predlagatelja Zakona kako se istim izmjenama izjednačavaju pravila za poslovanje d.d. s jednim dioničarom s onima koja već postoje za d.o.o. s jednim članom (primjerice čl. 394/2., čl. 426/7. i dr.) i da “nema razloga da se spomenuta društva kapitala u tome razlikuju.”⁴⁹

b) Uvođenje mogućnosti da član uprave (naravno uključujući i njenoga predsjednika) podnese ostavku, bilo da je riječ o upravi u d.d. (čl. 94., ZID/ZTD), bilo o upravi d.o.o. (čl. 205., ZID/ZTD), kao i da tu ostavku može podnijeti član nadzornoga odbora (za d.d. - čl. 101., a za d.o.o. čl. 216. (!), ZID/ZTD) može se pravdati na više načina: od danas opće prihvaćenih standarda o građanskim i ljudskim pravima, do onoga što, između ostaloga, tvrdi i predlagatelj u svome obrazloženju: nikoga se, pa ni člana uprave i/ili nadzornoga odbora u društvima kapitala ne može prisiljavati obnašati dužnosti odnosno poslove od iznimnoga značenja za konkretno društvo. Ova ostavka mora biti u pisanome obliku i time se uvodi pravna (potpuna?) sigurnost, tim više jer se smatra da je u pitanju neopoziva ostavka. Posve je razumljivo da se time ne dira u pravnu valjanost ugovora o službi, odnosno tzv. menadžerskoga ugovora (za članove uprave), kao i eventualnu odgovornost zbog nastale štete i povrjede na drugi način preuzetih obveza.

c) Pojam “korporacijsko upravljanje” na relativno skroman način ulazi u odredbe ZTD! Skroman, utoliko što Pododjeljak s naslovom “Primjena kodeksa korporacijskog upravljanja” sadrži samo čl. 272.a koji, opet, nosi naslov “Izjava o primjeni kodeksa”. Prema ovoj odredbi uprava i nadzorni odbor društva čije dionice kotiraju na burzi dužni su svake godine dati izjavu o tomu da su postupali sukladno s preporukama iz kodeksa korporacijskoga upravljanja i da će tako i ubuduće postupati te navesti koju

⁴⁸ Prema izmjenama u njemačkomu GmbH-Gesetz (par. 5/1) temeljni kapital (Stammkapital) mora iznositi najmanje 25.000,00 eura, a temeljni ulog (Stammeinlage) najmanje 100,00 eura.

Usporedbe radi, ranije je po istome Zakonu najniži iznos temeljnoga kapitala iznosio 50.000,00 DEM, a temeljni ulog nije mogao biti manji od 500,00 DEM.

⁴⁹ Z. Slakoper, Ibid. str. 540-541.

od tih preporuka nisu primjenjivali ili neće primjenjivati. Ova izjava mora biti trajno (!) dostupna dioničarima društva. Zaključiti je kako se unošenjem ove odredbe u ZTD prati "trend" suvremenoga sustava upravljanja i nadzora nad upravljanjem u dioničkim društvima (Corporate Governance), što znači da "se zapravo inicira poduzimanje mjera da se otpočne sa studioznijim pristupom korporacijskom upravljanju".⁵⁰

d) Uprava i nadzorni odbor u društvu kapitala imaju svoje zakonom, statutom odnosno društvenim ugovorom propisane nadležnosti, kao skup svih ovlasti, prava i obveza članova tih istih tijela.⁵¹ Očekivati je da svaki član uprave odnosno nadzornoga odbora u obnašanju dužnosti u tim tijelima sve to čine uz dužnu pozornost urednoga i savjesnoga gospodarstvenika. ZTD na više mjesta (čl. 75., 191/3., 192., 251/3., 252/1., 397/4., 430/1.) spominje ovu pozornost, očito podrazumijevajući pod tim pojmom pozornost stručnoga, profesionalnoga poslovnoga čovjeka, menadžera koji se ponaša onako kao to suvremeni poslovni svijet očekuje i zahtijeva.⁵² Povrede ovlasti, prava i obveza, pa u određenim okolnostima i pogodnosti od strane članova uprave i nadzornoga odbora, dovodi do njihove odgovornosti za štetu. Temeljno načelo sadržano je u čl. 252., na koje se nadovezuje čl. 272. (za nadzorni odbor), zatim čl. 273. koji nosi naslov "Odgovornost za štetu" te čl. 430. i 438., ZTD kada je riječ o upravi i nadzornome odboru u d.o.o. U tome svjetlu valja prihvatiti dopunu propisa o odgovornosti za štetu na način da se u Pododjeljku 3.a s naslovom "Postavljanje zahtjeva za naknadu štete" stipulira "obveza postavljanja zahtjeva" koju sadrži čl. 273.a (čl. 112., ZID/ZTD).⁵³ Detaljno uređujući ovu obvezu, novela propisuje da društvo mora postaviti zahtjev (naravno i tužbu kada za to dođe vrijeme, op. D.L.) za naknadu štete ako postoji odluka glavne skupštine (donesena običnom većinom!) ili ako to zatraže dioničari čije dionice predstavljaju najmanje deseti dio temeljnoga kapitala pod uvjetom da su te osobe dioničari konkretnoga društva najmanje tri mjeseca prije održavanja glavne skupštine na kojoj to zahtijevaju.⁵⁴ Cijeli je postupak prilično detaljno razrađen, s jedne strane radi onemogućavanja bilo kakvih dogovora između uprave i nadzornoga odbora, a s druge strane radi sprječavanja šikane koja bi se dogodila tuženiku prouzročenjem nepotrebnih troškova i druge štete.

e) U namjeri (posve dobroj i ispravnoj, op. D.L.) dovesti članove društva s ograničenom odgovornošću u što je moguće približniju pravnu situaciju s dioničarima u dioničkome društvu, ima se prosuđivati dopuna izvršena u čl. 465.a, 465.b, 465.c i 465.d (čl. 232., ZID/ZTD) kojima se postiže sljedeće: 1. pojednostavljeno smanjenje temeljnoga kapitala, odgovarajućom primjenom odredbi čl. 349-351., ZTD (isto tako

⁵⁰ J. Barbić, *Godišnjak*, str. 151, primjenu ove odredbe vidi tek "nakon što se donese kodeks".

⁵¹ J. Barbić, *Vođenje poslova i upravljanje u trgovačkim društvima (društvima kapitala)*, Hrvatska gospodarska revija 10/1996., str. 1394 (84), V. Gorenc, *Ibid.* str. 254-258.

⁵² Austrijsko pravo (par. 84 AktG) kao i njemačko pravo (par. 93 AktG) poznaju sličan, gotovo istovjetan pojam: "Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters".

⁵³ Za istaknuti je kako se Pododjeljak 3.a nalazi na samome kraju odredbi koje u okviru Odjeljka 5. (organi društva) uređuju upravu (Pododjeljak 1.), nadzorni odbor (Pododjeljak 2.), primjena kodeksa korporacijskoga upravljanja (Pododjeljak 2.a) te Pododjeljak 3. (iskorištavanje utjecaja u društvu).

⁵⁴ J. Barbić, *Pravo i porezi 12/2003*, str. 16. Predlagatelj dopune obrazlaže ovo rješenje, jer se tako "pruža mogućnost manjinskim dioničarima da utječu na podizanje zahtjeva..."

smanjenje temeljnoga kapitala u d.d., op. D.L.); 2. propisuju se postupak i svrha korištenja smanjenoga temeljnoga kapitala (čl. 465.b); 3. obveza iskaza temeljnoga kapitala nakon smanjenja s obvezom upisa u sudski registar kao i razlozi ništavosti odluka iz st. 2. čl. 465.c; 4. propisuje se postupak ako se uz smanjenje istodobno povećava temeljni kapital.⁵⁵

f) Čl. 491. ZTD pod naslovom "Primjerena naknada" zajedno s čl. 492. predstavljao je jedine odredbe u okviru Pododjeljka 4. s naslovom "Osiguranje vanjskih dioničara", a smisao kojih je urediti poduzetničke ugovore kao dio povezanih društava.⁵⁶ Nažalost, i pravna književnost i praksa nisu imali jedinstvenoga stajališta o tomu tko su to vanjski dioničari. Uvidjevši taj nedostatak, neku vrstu "crne točke" zakonodavac u čl. 238., ZID/ZTD (čl. 478.a, a to znači na kraju Odjeljka 1. Glave VI. pod naslovom "Opće odredbe", op. D.L.) otklanja bilo kakvu dvojbu o tomu tko su "vanjski dioničari", ali i tko nije niti može biti vanjskim dioničarom. U kojoj mjeri se radi samo o "novom određenju vanjskih dioničara",⁵⁷ ili pak o jasnijim i razumljivijim odredbama ZTD-a pokazat će vrijeme koje dolazi i razvidno bogatija praksa povezanih društava u hrvatskome pravu društava!

g) Gospodarsko interesno udruženje (g.i.u.) našlo se u izvornome tekstu ZTD-a kao pravni subjekt namijenjen lakšemu obavljanju gospodarskih djelatnosti manjih i srednjih društava (poduzeća!) i trgovaca pojedinaca i obrtnika kao i promicanju njihovih istovrsnih interesa. G.i.u. je preuzet izravno iz europskoga prava gdje Uredba o osnivanju europskoga gospodarskoga interesnoga udruženja (njem. EWIV - Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung; engl. EEIG- European Economic Interest Grouping; franc. GEIE - Groupement Européen d' Interet Economique) koja nosi naznaku 2137/85 uređuje ovaj gospodarski subjekt koji ostvaruju mala i srednja poduzeća u prekograničnoj suradnji, tj. moraju ta poduzeća pripadati najmanje dvjema zemljama - članicama EU.⁵⁸ Međutim, u vrijeme donošenja ZTD razvidno su mnoge stvari glede g.i.u.-a bile autorima istoga Zakona nejasne, ili barem nedovoljno jasne, pa se sada izmjenama i dopunama poboljšavaju određena rješenja i Zakon "dodatno usklađuje" s istom Uredbom. Svakako da je posmatrajući statusno pravno vrlo bitna, ako ne i najbitnija izmjena čl. 585. (čl. 298., ZID/ZTD) gdje se pojavljuje novi naslov koji glasi: "Primjena propisa o javnom trgovačkom društvu" i gdje se izbacivanjem st. 1 čl. 585., ZTD javlja suvišan tekst po komu je g.i.u. trgovačko društvo! I druge izmjene i dopune ZTD glede g.i.u.-a idu u pravcu prilagodbe s navedenom Uredbom o europskome gospodarskome interesnome udruženju, ili su pak u pitanju poboljšanja koja prate uvodno spomenutu izmjenu da se na g.i.u. primjenjuju propisi o j.t.d., odnosno "redakcijsko uređenje teksta" kao i "očitih pisarskih grešaka u Zakonu".

⁵⁵ V. Buljan, *Ibid.* str. 31.

⁵⁶ D. Ledić, *Povezana društva - začetak hrvatskoga prava koncerna i Povezana društva i zaštita tržišnog natjecanja*, u knjizi *Pravo društava i trgovačko pravo*, Rijeka, 2002.

⁵⁷ J. Barbić, *Godišnjak*, str. 158.

⁵⁸ B. Grunewald, *Ibid.* s. 165-166, ističe kako ovo udruženje ne može u svojoj djelatnosti imati pružanje pravnih savjeta svojim članovima.

5. *Lex appetit perfectum!*

Cjelovita stara latinska izreka koju je autor "prilagodio" ovome radu i njegovu sadržaju glasi: "Natura appetit perfectum, ita et lex!", što bi u prijevodu na hrvatski jezik imalo značiti: "Priroda teži savršenomu, isto tako i zakon!". U kojoj mjeri se odredbama ZID/ZTD to postiže, i u pozitivnome, ali i u negativnome smislu, bit će govora u ovome dijelu.

1. U prethodnome dijelu, i to baš na samome kraju, što namjerno, a što opet slučajno (!?), bilo je riječi o gospodarskome interesnome udruženju (t. 6 - g!) i sve u dobrome i pozitivnome ozračju.

Međutim, u čl. 1., ZID/ZTD, već prva, i to "kardinalna" pogriješka, ali nikako "redakcijska poboljšanja teksta" ili "ispravak očite pisarske greške", kako se to voli pravdati zakonodavac! Naime, prema st. 2. istoga članka gospodarsko interesno udruženje smješteno je u društva kapitala, premda se u obrazloženju predlagatelja izriješkom uz ovaj članak navodi: "kako je riječ o društvu osoba, (a to čl. 298., ZID/ZTD jasno ističe, o čemu je naprijed također bilo govora, op. D.L.) to je trebalo ovdje i iskazati". Po prosudbi ovoga autora, da je bilo sreće, to se moglo učiniti još prilikom donošenja ZTD-a, ali propust, koji je moguće pravdati i makinalnim slijedom misli iz st. 1. dotičnoga članka, više nego je razvidan na samome početku zakonskoga teksta i bez izravne intervencije bit će teško ovakvu kardinalnu pogriješku "pokriti" pročišćenim tekstom.

2. ZID/ZTD sadrži brojne, tekstom ne osobito opsežne, ali praktičnom i spretnom intervencijom više nego dobrodošle izmjene i dopune:

A. Tako se u čl. 69., ZID/ZTD (čl. 203/2., ZTD) zamjena riječi "podijeljene" riječju "raspoređene" i riječi "podjela" riječju "raspodjela" čini više nego nužnom, logičnom i sukladno "označavanju stvari", tim više jer su to "stvari" o kojima govori čl. 201., ZTD i koji nosi naslov "Raspoređivanje upisanih dionica".

3. Iste pohvale na adresu zakonodavca mogu se uputiti kada je riječ o čl. 70., ZID/ZTD (čl. 209/3., ZTD), jer doista ne postoji "sjednica skupštine", odnosno kada iz čl. 198/3., ZTD (čl. 68., ZID/ZTD) "izbacuje" riječi "odgovornost obveze" koje ne samo redakcijski, nego i u bilo kojemu drugome smislu (pravno logičnome, poglavito, op. D.L.) nisu imale što tražiti u tekstu ZTD!

4. Komu i zbog čega treba u čl. 37., ZTD (čl. 17., ZID/ZTD) riječ "trajno" u svezi sjedišta trgovačkoga društva? Skromno poznavanje prava društava ovoga autora, pojmovi sjedišta društva u usporednome pravu (njem. Sitz, tal. sede, engl. seat or residence, franc. siège, slov. sedež) te dostupna pravna književnost u nas,⁵⁹ i u usporednome pravu,⁶⁰ nigdje i nikada ne spominju "trajnost" sjedišta. Tim više, jer

⁵⁹ Za naše pravo vidjeti: Z. Parać, Zajedničke odredbe, u knjizi Zakon o trgovačkim društvima, II. dio, Vodič za čitanje Zakona, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1995., str. 41-43, J. Barbić, Pravo društava, knjiga prva, Opći dio, Zagreb, 1999., str. 319-329, V. Gorenc, Ibid. str. 34-35, V. Filipović - V. Gorenc - Z. Slakoper, Ibid. str. 42-43.

⁶⁰ B. Grunewald, Ibid. s. 177-178, Lutter - Hommelhoff, Ibid. s. 110-115, Kommentar zum Aktiengesetz, Band I, Zweite Auflage, Carl Heymanns Verlag KG Köln - Berlin - Bonn - München, 1988., s. 53-64, gdje daje podatke i za neke druge zemlje - članice EU, te Kastner - Doralt - Nowotny, Ibid. s. 190-191 kao i s. 346-351.

jedno trgovačko društvo može imati samo jedno sjedište i isto se može (čl. 37/1., ZTD "određeno je") odrediti samo izjavom o osnivanju ili društvenim ugovorom odnosno statutom društva. I pod istim se uvjetima može promijeniti (čl. 38/1., ZTD). Predlagatelj ove izmjene prilikom pisanja njenoga obrazloženja kao da prethodno nije ni pročitao, niti je razumio spomenute značajke sjedište i način njegovoga određenja i promjene!

5. Pohvale za čl. 24., ZID/ZTD idu na adresu zakonodavca, pa ako nije nepristojno i na adresu ovoga autora!? Naime, u lipnju 1994. godine (ZTD je u to vrijeme stupio na snagu, ali ne i s primjenom, op. D.L.), nakon savjetovanja u Opatiji, ovaj je autor, između ostaloga, predložio J. Barbiću da "čl. 76/77., ZTD imaju naslove "Zabrana konkurencije" odnosno "Posljedice nedopuštene utakmice", pa bi ovo trebalo terminološki ujednačiti ili izrazom "konkurencija" ili "utakmica"! Temeljem gore citirane izmjene, u naslovu čl. 77 riječ "utakmica" zamijenjena je riječju "konkurencija".⁶¹

6. Poboľšanja su vidna i u dijelu koji u čl. 82., 93., 99., 108. i 110., ZTD (to su čl. 25., 26., 27., 29. i 31., ZID/ZTD), jer se ne samo "redakcijski poboljšava tekst" već zakonski tekst dovodi u svezu s jedino mogućom procesno-pravnom radnjom, a to je tužbom kojom se pokreće parnični postupak!⁶²

7. Čl. 125., ZID/ZTD (čl. 288., ZTD) također dobro rješava ono što briše, zamjenjuje odnosno dodaje (novi stavak 3. čl. 288., ZTD). Na žalost ovoga autora, to je tek samo dio njegovih prijedloga iz lipnja 1994. godine glede "ispravaka" u ZTD-u, jer ostaje pitanje, a sada i uz novi st. 3 čl. 288 ZTD je li i ovdje trebalo, kao naprijed pod prethodnom točkom (t. 6) riječ "zahtjev" zamijeniti riječju "tužbom" kao i u još nekoliko posve istovjetnih situacija o kojima govori ZTD. Čini se da bi pozitivan odgovor značio i potvrdu naslova ovoga dijela rada!

8. Bojati se da izmjene koje se odnose na tajno društvo, a tiču se zamjene riječi "tajnoga društva" riječima "poduzetnikova poduzeća" (čl. 39., 40., 41. i 42., ZID/ZTD) nisu "pogodile u srđu". Dapače, obrazloženje koje uz prijedlog navodi zakonodavac da se "izmjenom izražava pravo stanje stvari, jer je tajno društvo unutarnje društvo pa stoga ne može poslovati" ne stoji. Isto tako neuvjerljiva je i neistinita tvrdnja: "Gubitak, naime, ne može imati tajno društvo nego samo poduzetnik, a u tome može sudjelovati i tajno društvo". U kakvome se to društvenome stanju nalazio pisac ovoga dijela obrazloženja nije tema ovoga rada, ali samo da je onako uzgred konzultirao, recimo J. Barbića,⁶³ ne bi brkao tko je i što poduzetnik i poduzeće i ne bi institut tajnoga društva, odavno i sukladno uređenoga u našem i usporednomu pravu, tako nestručno "razvalio".⁶⁴ Pa ni poduzeće u nas, barem za sada, nije ništa drugo do "unutarnje poduzeće", a tajni član i poduzetnik ugovorom "osnivaju" tajno društvo, a ne da se to poistovjeti s poduzetnikom i poduzećem, pa se dođe do one famozne pitalice "Što je starije, jaje ili kokoš?".

⁶¹ Ostaje, međutim, upitno koliko je zakonodavac dosljedan samome sebi, jer se u međuvremenu kao npr. u Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja uopće ne služi ni izričajem "konkurencija"!

⁶² J. Barbić, *Godišnjak*, str. 142-143.

⁶³ J. Barbić, *Pravo društava*, Knjiga prva, Opći dio, str. 189 i dalje.

⁶⁴ P. Rastovčan, *Trgovačka društva - glavni nosioci privrede u kapitalizmu*, Zagreb, 1958., str. 248-253, B. Grunewald, *Ibid.* s. 151-162, Kastner - Doralt - Nowotny, *Ibid.* s. 163-171.

9. Koliko ovlasti i s kakvom snagom dati sudskome registru prilikom ispitivanja prijave za upis trgovačkoga društva u isti registar, a napose kada je riječ o dioničkome društvu kao najznačajnijemu i najtipičnijemu društvu kapitala, nisu od jučer nazočna, niti u našem, relativnome kratkotrajnome pravu društava, a još više u usporednome pravu.⁶⁵

Novela čl. 188., ZTD, poglavito novi stavak 3. (čl. 60., ZID/ZTD), što se temeljem čl. 184., ZID/ZTD “na odgovarajući način primjenjuje” i na ispitivanje upisa d.o.o. u sudski registar, “raspirit će” dodatnu raspravu i glede postupanja registarskoga suda i prosudbe je li taj postupak u granicama Zakona, ide li “contra legem” ili samo malo ispred, tj. “praeter legem”.⁶⁶

Zadržavajući ovlasti registarskoga suda što ih je, dosada u st. 1. i 2. sadržavao čl. 188., ZTD (time da se u st. 2. dodaju riječi “odnosno prava”, a riječi “nominalnih iznosa dionica” zamjenjuju riječima “iznosa temeljnoga kapitala koji otpada na dionice”), novelirani stavak 3. daje ovlast sudu, zbog nedostatka u statutu, odbiti upis d.d. u sudski registar, ako statut:

1. ne sadrži odredbe sukladno čl. 173/3., ZTD (obvezatni sastojci statuta, op. D.L.) i drugoga zakona kojim se propisuje njegov obvezni sadržaj);⁶⁷
2. sadrži odredbe kojima se ograničavaju ili umanjuju prava vjerovnika ili
3. sadrži odredbe koje ga čine ništavim.

U obrazloženju nema naznake je li ova novela inicirana nekim “izvanjskim” razlozima (po uzoru npr. na europsko pravo ili druga prava - uzore, op. D.L.), ali je svakako prihvatljivo to da se “ispitivanje statuta od strane suda ograničava samo na ono što je bitno i isključuje da sud odbije upis društva u sudski registar zbog bilo kojeg nedostatka u statutu kakvih je slučajeva bilo u praksi”.

Primjena ove novele u praksi kao i uopće postupanje registarskoga suda temeljem Zakona o sudskome registru pokazat će u kojoj mjeri se može očekivati veća pravna sigurnost u praksi.

10. Ako zakonodavac i nije računao na naslov dijela ovoga rada, riječju savršenom ZID/ZTD, pa na kraju-krajeva Zakonu o trgovačkim društvima kao pravoj zakonskoj cjelini, ipak je pored ostaloga naglasio “usklađivanje Zakona s rješenjima iz drugih zakona donesenim nakon njega”. Tomu je dokaz, samo za primjer, “izbacivanje” iz odredaba ZTD-a podataka koji se za fizičke osobe javljaju pod famoznom kraticom - “JMBG”, zapravo pod punim nazivom “jedinствени матични број грађана”.

Kako je to učinjeno? Neka bude dopušteno ovome autoru to opisati riječima: nedosljedno, nepotpuno, a koliko pak i praktično, pokazat će budućnost neovisno o tomu da je doista, a legalist i legitimist je ovaj autor svakako, i osoba koja do toga drži.

Zahvaljujući odredbama ZID/ZTD-a brišu se podaci o jedinstvenome matičnome broju građana u čl. 7., 8., 54., 70., 190., 196., ZTD i to bi, uvjetno rečeno, bilo sve u

⁶⁵ Lutter - Hommelhoff, Ibid. s. 196-202, komentirajući čl. 9.c GmbH-Gesetz, koji inače nosi naslov “Obveza registarskoga suda na ispitivanje” naglašavaju kako je to postupak koji u sudskome obliku osigurava zakonitost upisa.

⁶⁶ V. Buljan, Ibid. str. 26 podcrtava da je to “postupak suda s prijavama uz koje je dostavljen statut nepotpunog (!) sadržaja”.

⁶⁷ I ZTD, još prije, nego drugi zakoni propisuje obvezatni sadržaj statuta, ako npr. društvo želi provoditi statusne promjene, povećavati i/ili smanjivati temeljni kapital i sl.

redu. Međutim, nije se diralo, točnije rečeno, ostaju i dalje na snazi odredbe o jedinstvenome matičnome broju građana u čl. 187/1. t. 5., čl. 189. t. 6., čl. 198/2. t. 5., čl. 388/1. t. 1., čl. 394/4. t. 4., čl. 396/1. t. 5. i 7., čl. 410/1., čl. 533/7. t. 2., čl. 548/6. t.1., čl. 560/2. t. 4., čl. 568/2. t. 2., čl. 580/2. t. 4., čl. 588/2. i čl. 588/3. t. 5.

Ili se predlagatelj umorio, ili je smatrao nepotrebnima i suvišnima “razračunati” se sa svim odredbama u ZTD-u koje “obiluju” tim jedinstvenim matičnim brojem građana, ali stanje je s postizanjem savršenoga zakona upravo ovakvo!

Imalo bi se još puno toga reći i za pohvalu, ali i kritički, kao recimo o vinkulaciji dionica, nastavku osnivanja dioničkoga društva, o tomu je li upis promjene člana uprave u sudski registar konstitutivne ili deklaratorne naravi ili pak o nes(p)retnomu ili možda i o s(p)retnomu preimenovanju knjige dionica (njem. Aktienbuch) u registar dionica. Ovaj se autor obvezuje o tomu, na drugome mjestu s odgovarajućom pozornošću, pisati i dati svoja stajališta.

6. Umjesto zaključka

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima od 1. siječnja 2004. godine čini dio pozitivnoga hrvatskoga prava. Sam ZID/ZTD sadrži ravno 326 članaka i ranijih, izvornih 647 članaka u ZTD-u, predstavlja opsegom najveći zakonski tekst u istome pravnome sustavu.⁶⁸

O njegovu značenju kao propisu koji uređuje temeljne gospodarske odnose i subjekte već je bilo uvodno puno govora. Dodatni brojčani pokazatelji vrlo su uvjerljivi i simpatični: od spomenutih 326 članaka u ZID/ZTD-u, kao i u izvornome tekstu Zakona o trgovačkim društvima najveći broj odnosi se na društva kapitala. Ako jest, a jest ZTD do ovih izmjena i dopuna sadržavao 225 članaka “posvećenih” isključivo dioničkome društvu, ne računajući velik broj “zajedničkih” odredbi o tvrtki, predmetu poslovanja, sjedištu, zastupanju, sudskome registru, podružnicama, spajanju društava, povezanim društvima, preoblikovanju društava, koje služe pravnome uređenju i ovoga, kao i ostalih trgovačkih društava koje poznaje i uređuje isti Zakon, sada se tome broju imaju dodati još “isključivo” propisi namijenjeni dioničkome društvu, a njih je u ZID/ZTD ravno 133! Za uređenje d.o.o. u istome su propisu još 60 članaka, a na Glavu VII. (spajanje društava) otpada 31 članak!⁶⁹

Znatno su malobrojnije izmjene i dopune zajedničkih odredbi (23), one koje uređuju gospodarsko interesno udruženje (17) te povezana društva (15), preoblikovanje društava (12) i javno trgovačko društvo (11 članaka).

Donijeti bilo koji zakonski propis, a poglavito ovakav kao što je Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima, složen je, odgovoran i

⁶⁸ OGZ (Opći građanski zakonik) iz 1811. godine izvorno je sadržavao 1502 paragrafa. Pravna pravila OGZ-a dio su pravnoga sustava Republike Hrvatske, ali u znatno manjemu opsegu jer je dobar dio tih izvornih odredaba stavljen izvan snage donošenjem brojnih zasebnih propisa, poglavito onih koji više i ne spadaju u građansko pravo, već primjerice pravo osoba, obiteljsko pravo, nasljedno pravo, obvezno pravo ili su uređeni zasebnim (zakonskim) pravilima.

⁶⁹ Treba imati na umu da se primjerice ispod čl. 282. ZID/ZTD “krije” 17 članaka u okviru Glave VII.a (podjela društava kapitala).

zahtjevan posao. Nema dvojbe da su svi sudionici u njegovoj pripremi i predlaganju bili svjesni težine i odgovornosti posla kojega su obavljali i koji je u najvećem dijelu pozitivno i uspješno obavljen.

Tko radi taj i griješi, poznata je narodna i iskustveno potvrđena inačica, međutim, daleko bi veće pogreške i štete za sve one kojima je namijenjen Zakon o trgovačkim društvima nastupile da se nije pristupilo ovim izmjenama i dopunama.

Primjena će u praksi pokazati najbolje u kojoj su mjeri utemeljene kritike i prigovori, među koje na određeni način spada i dio ovoga rada, a koliko su opravdana pozitivna očekivanja i uvjerenja da je hrvatsko pravo društava recentnim izmjenama i dopunama kao novelama ZTD-a (kojima se neupitno pridružuje u velikoj mjeri autor ovoga rada) korak bliže u prilagodbi istoga hrvatskoga prava društava europskome pravu i pravu zemalja - uzora, među koje svakako spadaju u prvome redu njemačko i austrijsko pravo.

I ovdje se treba suglasiti s predlagateljima Zakona da posao uvođenja pravnih rješenja koje postoje i primjenjuju se u zemljama Europske unije u hrvatski pravni sustav nije kraj posla. Športskim rječnikom rečeno to je tek prvo poluvrijeme "utakmice", a ono "završno", drugo poluvrijeme ima se dogoditi (odigrati, op. D.L.) na način kako se to tamo čini. I tako se ponavlja povijest kao učiteljica života: uvodna Ulpijanova izreka nas obvezuje podnositi (primjenjivati) zakon koji smo sami donijeli!

Summary

PROLEGOMEN ON AMENDMENTS OF THE LAW ON COMMERCIAL COMPANIES

Ten years have passed since the Croatian Parliament has enacted the Law on Commercial Companies, on December 1993 (exactly: in December 23rd). Legal science, literature, judges and practitioners noted that it was "imagined as the basic Law for economic relations". The Law on Amendments of the Law on Commercial Companies (adopted in July 2003) introduced numerous changes justified by legislator, in present circumstances, with "possibility of complete harmonization with European company law". In this article author deals with some amendments of the Law on Commercial Companies, personally selected.

Key words: *commercial companies, European Company Law, amendments, harmonization, improvement, criticism.*

Zusammenfassung

PROLEGOMENA DER NOVELLE DES GESETZES ÜBER HANDELSGESELLSCHAFTEN

Es sind genau 10 Jahre vergangen seit die Abgeordnetenkammer des Parlaments der Republik Kroatien 1993 (genau am 23. Dezember) das Gesetz über Handelsgesellschaften verabschiedet hat, ein Gesetz bei dem alle, die im kroatischen Rechtsalltag etwas bedeuten (Rechtswissenschaft und Literatur, Richter, Anwälte und verschiedene Praktiker) hervorgehoben haben, dass es als "Grundgesetz für Wirtschaftsbeziehungen gedacht ist". Durch das Gesetz über Änderungen und Ergänzungen vom Juni 2003 sind viele Änderungen eingetreten, die der Gesetzgeber durch die Umstände rechtfertigt, unter denen es "möglich ist, bei der Angleichung an das europäische Gesellschaftsrecht bis zum Ende zu gehen". Der Autor nimmt in seiner Arbeit nur teilweise, nach seiner Wahl, zu einigen Neuerungen des Gesetzes über Handelsgesellschaften Stellung.

Schlüsselwörter: Handelsgesellschaften, europäisches Gesellschaftsrecht, Neuerungen, Angleichung, Verbesserung.

Sommario

PROLEGOMENI ALLA NOVELLA DELLA LEGGE SULLE SOCIETÀ COMMERCIALI

Sono passati dieci anni da quando la Camera dei deputati del Parlamento della Repubblica di Croazia ha approvato la Legge sulle società commerciali nel dicembre 1993 (precisamente: 23 dicembre), per la quale nel diritto croato corrente (scienza e letteratura giuridica, giudici, avvocati ed esperti vari) si ritenne che fosse "concepita come la legge fondamentale per le relazioni economiche". La Legge sulle modifiche e integrazioni del luglio 2003 ha previsto numerosi cambiamenti che il legislatore ha giustificato con le circostanze nelle quali "è possibile la completa armonizzazione con il diritto societario europeo". L'autore in questo lavoro, tuttavia, affronta solo parzialmente, secondo selezione personale, quel che riguarda alcune novelle della Legge sulle società commerciali.

Parole chiave: società commerciali, diritto societario europeo, novelle, armonizzazione, miglioramento, critiche.

UPRAVLJANJE KORPORACIJAMA (modeli i trendovi u uporednom pravu i praksi)

Dr. sc. Mirko Vasiljević, redoviti profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
SCG

UDK: 340.5:347.72.036
Ur.: 3. prosinca 2003.
Pr.: 18. veljače 2004.
Pregledni znanstveni članak

U ovom radu autor kritički analizira postojeća zakonodavna rješenja problema korporacijskog upravljanja, posebno imajući u vidu rješenja relevantnih usporednih zakona razvijenih zemalja. Problem korporacijskog upravljanja naročito je aktualan u kotiranim dioničkim društvima. Nekoliko aspekata iz ove oblasti autor posebno aktualizira. Prvo, autor konstatira da je trend jačanja upravno-izvršne sfere vlasti u ovim društvima pred ozbiljnom krizom sa stajališta evidentnog otuđivanja od vlasnika kapitala. Drugo, smatra da se otuda nalazimo pred jednim reverzibilnom procesom ponovnog jačanja demokratizma ovih društava, što po svojoj logici zahtijeva jačanje pozicije skupštine dioničara. Treće, autor zauzima stajalište da je najkritičnija zona korporacijskog upravljanja kontrolna zona upravno-izvršne vlasti, gdje se ekonomija po tko zna koji put po sličnosti procesa približava istim potrebama u političkoj sferi. U tom smislu autor analizira domete nekih "starih" instituta monitoringa upravno-izvršne sfere vlasti, mogućnosti njihove adaptacije novim potrebama (nadzorni odbor, revizor, skraćivanje mandata, fleksibilnost opoziva, jačanje ingerencija skupštine dioničara), kao i pravni profil i moguće domete nekih novih instituta monitoringa (nezavisni direktori, nezavisni komiteti, nezavisni revizori, povjerenici skupštine, jačanje prava manjinskih dioničara, preuzimanje značajnog ili većinskog paketa dionica, jačanje odgovornosti uprave i izvršnih direktora, jačanje instituta transparentnosti poslovanja dioničkih društava, posebno kotiranih i slično). Najzad, autor analizira i prednosti i nedostatke tzv. čistih jednodomnih ili dvodomnih sistema uprave dioničkih društava, kao i nekih njihovih mješovitih oblika, s konačnim zaključkom da zakonodavac ne bi trebao nametati jedan model uprave, bilo jednodomni (upravni odbor s izvršnim direktorima) ili dvodomni (upravni odbor s izvršnim direktorima i nadzorni odbor), već bi trebao prepustiti samim dioničkim društvima (praktično dioničarima) da izaberu, polazeći od svih svojih specifičnosti, model koji smatraju da njima najviše odgovara.

Ključne riječi: korporacijsko upravljanje, upravni odbor, nadzorni odbor, nezavisni komiteti, mandat, odgovornost, skupština dioničara.

1. Principi raspodele korporacijske moći

Strukturiranje organa. Organizaciona struktura organa upravljanja i vođenja poslova akcionarskog društva (što važi i za ostale forme vlasničkih društava) izvedena je na svojinskoj osnovici, što praktično znači da vrhovni "suveren" ovog društva koji inkorporira "vlasnike nad društvom" jeste skupština. Kao organ vlasnika akcionarskog društva, skupština ima hijerarhijski najviše mesto u akcionarskom društvu. Ova pozicija, međutim, ne čini je stručno najvišim organom u društvu. Otuda, zadržavajući za sebe samo neke najvažnije segmente vlasničke upravljačke funkcije u akcionarskom društvu, skupština kreira strukturu ostalih organa koji će vršiti funkcije upravljanja i nadzorne funkcije, a posredno kreira i nosioce funkcija vođenja poslova društva. Na ovaj način *dolazi do razdvajanja upravljanja društvom od svojine nad društvom*, kao jedne od bitnih karakteristika akcionarskog društva, što ga dodatno razlikuje od društva lica, gde su ove funkcije sjedinjene po pravilu u istom organu, a često i u istoj ličnosti. Ova karakteristika katkad i nije prisutna kod akcionarskog društva bez javnog upisa kapitala, ali je skoro redovna pojava kod akcionarskog društva sa javnim upisom kapitala.

Uslovna hijerarhija. Skupština društva, prema tome, želeći da pojača stručnost i profesionalnost u obavljanju tekuće upravljačke funkcije u akcionarskom društvu bira organ upravljanja - upravni odbor, koji joj odgovara za svoj rad. Ne osećajući se, međutim, ni dovoljno kompetentnom za ostvarivanje stručno-profesionalne kontrole nad radom tako izabranog organa upravljanja, skupština često istovremeno bira i stručni organ - nadzorni odbor - koji će takvu funkciju kompetentno, uz odgovornost skupštini, obavljati. Izabrani organ upravljanja, sa svoje strane, za potrebe obavljanja izvršnih funkcija iz sfere posloводства i zastupstva bira sebi odgovoran (ali i skupštini) izvršni organ-menadžment. Na ovaj se način formira stručno funkcionalni krug organa akcionarskog društva, izveden na svojinskoj osnovi, uz maksimalno uvažavanje potrebe za poštovanjem faktora kapitala. Svaki organ pojavljuje se suverenim i "hijerarhijski najvišim" u svom domenu, bez mogućnosti drugog organa, koji čak u statusnom smislu stoji "iznad" tog organa, da se meša u ostvarivanje njegovog vlastitog delokruga određenog zakonom ili statutom. Iz ovog proizlazi da se samo uslovno može govoriti o hijerarhiji organa u akcionarskom društvu, koji ima isključivo svoje statusno (izbor, razrešenje) izvorište, ali ne i funkcionalno. Otuda su sukobi nadležnosti u akcionarskom društvu stvorenom tržišnim putem (kao uostalom i u drugim trgovačkim društvima) relativno izuzetna pojava.

Priroda delokruga. Kad je reč o prirodi delokruga organa akcionarskog društva (što važi i za druga društva), utvrđenog zakonom ili statutom, odnosno o prirodi ovog razgraničenja i pravnoj poziciji ovih organa, u pravnoj teoriji i zakonodavnoj tehnici do nedavno je bilo prisutno *napuštanje teorija mandata* (skupština daje mandat upravnom odboru, a upravni odbor daje mandat izvršnim direktorima), shodno kojoj vlastodavac može u svako doba, čak i bez postojanja osnova, otkazati (oduzeti) mandat, a istovremeno se sve više promovisao model *zakonskog ili statutarnog ovlašćenja*, koje je vezano za određeni organ i neopozivo do izmene zakona ili statuta. Ovim se uspostavlja čvrsta pozicija svakog organa u privrednom društvu. Danas, međutim, čini se da je na pomolu novi trend: *mešavina teorije mandata* (na statusnom planu izbora i razrešenja u svako doba i bez postojanja valjanog ili ozbiljnog razloga) i *teorije zakonskog i statutarnog ovlašćenja* (izvorni delokrug i njegovo ostvarivanje).

Uporedo sa ovom teorijom i zakonodavnom praksom afirmisala se i teorija o nepostojanju hijerarhije među organima privrednog društva budući da je svaki organ jedini i "najviši" u svom zakonski i statutarano utvrđenom delokrugu, koja se danas relativizuje na statusnom planu, gde se hijerarhija u potpunosti reafirmiše.

Utvrđeni zakonski delokrug (pa i statutarni) trebalo bi smatrati imperativnim, te bi samo organ u čiju nadležnost (po zakonu i statutu) spada odlučivanje o određenom pitanju, zavisno od prirode predmeta odlučivanja i u skladu sa zakonom i statutom, mogao odlučiti o delegaciji odlučivanja na drugi organ. Ovakvo pravilo sadrži Zakon o preduzećima kad je reč o delegaciji nadležnosti sa upravnog odbora na skupštinu.¹ Kad je reč o delegaciji nadležnosti na relaciji skupština - upravni odbor, onda se čini da bi to kod zakonskog delokruga bilo moguće samo kod odlučivanja o povećanju kapitala (zakonski institut odobrenog-ovlašćenog kapitala), a kod statutaranog delokruga u principu kod svih pitanja, ali u skladu sa statutom.

2. "Vaskrs" skupštine akcionara

Delokrug skupštine. Kao organ "vlasnika nad akcionarskim društvom" skupština se uobičajeno označava hijerarhijski najvišim organom u akcionarskom društvu. Ipak, s obzirom na svoje retko sastajanje, pretežnu nezainteresovanost akcionara za svakodnevnu aktivnost društva, pogotovu manjinskih, kao i delimičnu stručnu neupućenost, čini se da je ispravno primećeno da je ovaj "suveren" samo "kralj lenjivac, pošto radi samo nekoliko časova godišnje".² Teorijska svemoćnost skupštine u faktičkim okolnostima dakle pokazuje se sve više običnom liturgijom i misom. "Tamo gde se ništa ne razume, čovek se uspava", konstatovao je rezignirano jedan zapadni akcionar.³ Ipak, jačanje tzv. institucionalnih investitora kao akcionara u savremenim uslovima, što će pojačati i profesionalni kredibilitet skupštine akcionara, vodiće izvesnoj renesansi ovog organa, tim pre što je izgleda trend da i ovi investitori iz pozicije pasivnih prelaze sve više u poziciju aktivnih investitora i na planu upravljanja društvom. Realno, faktički ovaj organ umesto stvarnog organa upravljanja pretvara se u organ kontrole organa uprave, kao i organ zaštite akcionara. Iako akcionarsko društvo nastaje individualnom voljom svakog akcionara, što bi upućivalo i na potrebu njegove demokratičnosti u funkcionisanju i širini ovlašćenja, posebno skupštine kao organa vlasnika, ipak se može reći da formalno ovaj organ i u ovom sektoru do skoro nije imao suverenu poziciju i sve više je ustupao pred potrebama veće poslovnosti (što zahteva jačanje funkcija upravnog odbora i izvršnih direktora). Ovo je važno ne samo za anglosaksonsko pravo gde se primenjivao princip da je u delokrugu skupštine samo ono što je statutom i zakonom izričito utvrđeno, već sve više i za kontinentalno pravo, gde je dugo važio princip da sve što nije u delokrugu drugih organa društva (po osnovu zakona i statuta), spada u delokrug skupštine.

¹ Zakon o preduzećima, čl. 249. st. 2. ("Službeni list SRJ", 29/96)

² *Tunc*, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Pariz, 1978, str. 178.

³ *Guyon*, *Droit des affaires*, Paris, 1984, str. 292.

Pretpostavka delokruga "radila" je dakle sve više u korist upravnog odbora i izvršnih direktora.⁴ U pravu SRJ pretpostavka delokruga je na prvom direktoru.⁵

Pretpostavka delokruga. Zakon o preduzećima uvodi tzv. pretpostavku delokruga prvog direktora (predsednika upravnog odbora i generalnog direktora), te je prema tome prvi direktor ovlašćen da odlučuje o svim pitanjima koja zakonom, statutom, ili drugim opštim aktom akcionarskog društva nisu stavljena u delokrug drugih organa (praktično skupštine i upravnog odbora, pošto nadzorni odbor vrši kontrolu zakonitosti rada uprave). U uporednom pravu po pravilu ova pretpostavka važi za upravni odbor kao takav (mada u malim društvima upravni odbor može biti i jedan direktor).⁶ U nadležnosti upravnog odbora je sve što nije u nadležnosti skupštine, pošto nadzorni odbor vrši kontrolu zakonitosti rada uprave, a direktor ne postoji kao poseban organ, već je po samom zakonu član odbora direktora - upravnog odbora. I kad ovu pretpostavku ne sadrže zakoni, statutom društva se u uporednom pravu često predviđa da upravni odbor obavlja sve poslove koji zakonom ili statutom nisu stavljani u delokrug drugih organa društva (praktično samo skupštine, pošto direktor nije izdvojen kao poseban organ, već je član upravnog odbora, a nadzorni odbor vrši kontrolu zakonitosti rada uprave).⁷

Ipak, donedavni trend napuštanja tzv. demokratizacije akcionarskih društava, koja podrazumeva jačanje ingerencija akcionara-investitora te jačanja tzv. tehokratizma odlučivanja u ovim društvima, što podrazumeva jačanje upravno-izvršne sfere vlasti, čini se da se polako napušta. I dalje nije sporna potreba brzine donošenja odluka, što ide u prilog upravno-izvršnoj sferi vlasti, ali je veoma sporno otuđivanje te sfere vlasti od akcionara kao vlasnika kapitala kojim ta sfera vlasti upravlja. Otuda je izgleda *ponovo na pomolu proces demokratizacije akcionarskih društava* i nova renesansa ("vaskrs") skupštine akcionara - pretpostavka delokruga više izgleda ne može biti logikom samog zakona na upravno-izvršnoj sferi bez posebnog ovlašćenja skupštine akcionara, a za jačanje ingerencija skupštine akcionara, što dira i u troškovnu sferu na koju su opet sami akcionari previše osetljivi, traži se obilata pomoć savremene tehnike: glasanje pisanim putem bez fizičkog prisustva, glasanje elektronskom poštom, glasanje preko lokalnog punomoćnika ("proxy") i slično.

⁴ Code des obligations (1911, 1936, 1984, dalje: Švajcarski zakon...), čl. 721; *Tunc*, Le droit américain des sociétés anonymes, str. 124-127; *Tunc*, nav. delo (za pravo Engleske), str. 180-181; *Guyon*, nav. delo, str. 292-296 i 305-306.

⁵ Zakon o preduzećima, čl. 265.

⁶ *Loose-Yelland-Impey*, Company Director, Bristol, 1993, str. 96-103; *Guyon*, nav. delo, nav. delo, 336-338; *Farrar*, Company Law, London i Edinburg, 1988, str. 311-314; *Gower*, Principles of Modern Company Law, London, 1992, str. 147-153; švajcarski Zakon..., čl. 721.

⁷ Pravilo o pretpostavci nadležnosti upravnog odbora propisano je izričito u švajcarskom pravu: Code... čl. 721. *Guyon* prihvata stav da bi to trebalo primeniti i kad statutom nije ništa propisano, a postoji praznina u raspodeli delokruga - vidi: nav. delo, str. 336.

3. Modeli upravno-izvršno-kontrolnih organa u uporednom pravu

Struktura organa. Kako interno organizovati strukturu organa akcionarskog društva i koje organe pridodati skupštini kao svojevrsnom "pasivnom suverenu", dakle koje "aktivne suverene" postaviti, dilema je pred kojom se nalazi do dana današnjeg akcionarsko društvo svih pravnih područja i kultura. U osnovi, ta dilema, pored jačanja ingerencija skupštine i njenog prevođenja u neku vrstu "aktivnog suverena" u društvu, i sama je srž pokrenutog procesa svojevrsne zakonsko-poslovne revolucije koja je lansirana pod nazivom "corporate governance". Ishod te revolucije još se u osnovu iščekuje, mada se neki pravci rešenja već naziru. Njihov zajednički imenitelj je ipak jedan: stvaranje aktivnog mehanizma kontrole otuđenja upravno-izvršne sfere vlasti od akcionara kao vlasnika kapitala čijim kapitalom oni upravljaju, mehanizma koji je pre preventivan nego posterioran, mehanizma koji svojom stvarnom nezavisnošću od upravno-izvršne sfere može da bude garant stvarnog kontrolora koji signalnu lampicu aktivira pravovremeno, mehanizma koji aktivnost upravno-izvršne sfere vlasti propušta kroz jedinu pravu optiku - interes akcionarskog društva. U traženju odgovora na ove izazove dosadašnja zakonodavna i poslovna svetska praksa konstituisala je nekoliko sistema organizacije ove sfere vlasti.

Prvi sistem (tzv. jednodomni sistem - one-tier system) je originarno sistem anglosaksonskog prava koji je usvojen i u znatnom broju zemalja kontinentalnog prava (Francuska, Švajcarska, Italija).⁸ To je sistem u kome je funkcija upravljanja u rukama jednog ili više lica (Švajcarska, Engleska, SAD), odnosno odbora direktora - upravni odbor (Francuska), koga bira skupština akcionara (upravni odbor - board of directors).⁹ Po ovom sistemu upravni odbor iz reda svojih članova (executive directors) ili delom iz reda nečlanova, ali lica stalno zaposlenih u društvu bira jednog ili više izvršnih direktora za operativno vođenje poslova društva (menadžment-odbor izvršnih direktora-executive board of directors).¹⁰ Najčešće je sam predsednik upravnog odbora (koga bira upravni odbor) i predsednik društva i prvi izvršni direktor (chairman-chief

⁸ La loi sur les sociétés commerciales (br. 66-537), čl. 89. (dalje: Francuski zakon...), čl. 89-117; Švajcarski zakon..., čl. 707-726. Pravno-teorijsku obradu instituta upravnog odbora vidi naročito kod *Gorlay*, Le conseil d'administration de la sociétés anonymes, thèse, Paris, 1971; za englesko pravo: *Tunc*, nav. delo, str. 107-124; za pravo SAD; *Tunc*, nav. delo, str. 103-130. Uopšte: *Loose-Yelland-Impey*, nav. delo.

⁹ Švajcarski zakon..., čl. 707, 712. i 714 ; francuski Zakon..., čl. 89, 110. i 115; u Engleskoj akcionarska društva sa javnim upisom akcija imaju bar dva direktora, a društva bez javnog upisa akcija imaju bar jednog direktora - *Charlesworth & Morse*, Company Law, London, 1995, str. 312-315.

¹⁰ Vidi: *Guyon*, nav. delo, str. 311-348; *Hamel* i dr., Droit commercial, Pariz, 1980, str. 357-402; *Rodière*, Droit commercial, Pariz, 1980, str. 193-212; *Cozian-Viandier*, Droit des sociétés, Pariz, 1998, str. 235-272; *Farrar*, nav. delo, str. 297- 323; *Gower*, nav. delo, str. 138-164; *Pennington*, Company Law, London, 1995, str. 768-778; *Charlesworth & Morse*, nav. delo, str. 312-315; *Boyle & Birds*, Company Law, London, 1995, str. 415-430; *Cannu*, La société anonyme a directoire, Paris, 1979; *Tunc*, Le droit anglais..., 107- 156; *Tunc*, Le droit americain..., str. 97-119; *Hamilton*, The Law of Corporations, Minnesota, 1991, str. 218-249.

executive officer, president-directeur general). Članovi upravnog odbora mogu biti, sa raznim varijacijama, stalno zaposleni u društvu (executive directors) ili lica koja nisu zaposlena u društvu (non executive directors). Dakle, po ovom sistemu funkcija upravnog odbora (odbora direktora) ostvaruje se delom na kolegijalnoj osnovi (sednice, kolektivno zastupanja), a delom i na inokosnoj osnovi (izvršna funkcija predsednika, izvršna funkcija generalnog direktora, izvršna funkcija direktora, izvršni direktori). U ovom sistemu nadzorni odbor nije obavezan organ u akcionarskom društvu (kontrolnu funkciju vrše spoljni nezavisni revizori, delom i interni revizori ili specijalni revizori).

Drugi sistem (tzv. dvodomni sistem - two-tier system), sistem nemačkog prava, koji alternativno sa prvim sistemom usvaja i novije francusko zakonodavstvo, sastoji se u tome što u akcionarskom društvu u principu (izuzetno u malim društvima funkciju upravnog odbora može vršiti i jedno lice) postoje dva odbora: upravni odbor u užem smislu (Vorstand-Direktorium) i nadzorni odbor (Aufsichtsrat).¹¹ Upravni odbor u užem smislu vrši svoje funkcije upravljanja i poslovođenja delom na kolektivnom osnovu (donošenje odluka na sednicama, kolektivno zastupanje), a delom na individualnom osnovu (individualno zastupanje, individualno izvršenje donetih odluka na sednicama).¹² Izuzetno u akcionarskim društvima sa manjim kapitalom (zakonom propisanim) funkciju upravnog odbora može vršiti i jedno lice - jedini generalni direktor. U ovom sistemu članove nadzornog odbora bira skupština (i razrešava), a nadzorni odbor bira (i razrešava) članove upravnog odbora. Ovaj sistem usvaja i Hrvatska.¹³ Naravno, i u ovom sistemu kontrolnu funkciju pored nadzornog odbora vrši i spoljni nezavisni revizor, a može i unutrašnji revizor i ponekad specijalni revizor.

Najzad, *treći sistem,* koji usvaja Statut Evropske kompanije, prema kom u akcionarskom društvu može postojati *tzv. jednostepeni (jednodomni) sistem* - izvršni (upravni) odbor direktora koga bira skupština akcionara i *tzv. dvostepeni (dvodomni) sistem* - upravni odbor i nadzorni odbor, gde nadzorni odbor bira skupština, a on zatim bira upravni odbor (ostavljena je ipak mogućnost da države članice predvide da ga bira takođe skupština).¹⁴ Ovaj sistem je u osnovi *mešavina prvog i drugog sistema* i prihvaćen je u Francuskoj (alternativno sa jednodomnim modelom), Makedoniji, Sloveniji.¹⁵ Za sistem slobodne opcije akcionarskog društva između *tzv. jednodomnog sistema* i *dvodomnog sistema* organizacije organa upravno-izvršno-kontrolne funkcije

¹¹ *Aktiengesellschaft* (1965, dalje: Nemački zakon...) čl. 76-117; Francuski zakon ... , 118-150.

¹² Tako: *Haamel-Lagarde*, nav. delo, str. 420; *Guyon*, nav. delo, str. 354. Detaljnije o direktorijumu: *Cannu*, nav. delo, str. 33-122.

¹³ Hrvatski Zakon o trgovačkim društvima (1993.), čl. 244;

¹⁴ Statut Evropske kompanije, Council regulation (EC), No 2157/2001, čl. 38-51.

¹⁵ Francuski Zakon..., čl. 90. i 120. U literaturi se navodi da je, za razliku od klasičnog sistema sa upravnim odborom, novi sistem sa nadzornim odborom i direktorijumom u Francuskoj nepopularan jer je dvadestak godina od uvođenja prihvaćen samo u oko 2,61% društava kapitala - vidi: *Cozian-Viandier*, nav. delo, str. 291; Slovenački Zakon o gospodarskih družbah (1993, 2001.), čl. 250; makedonski Zakonot za trgovskite društva (2002. dalje: Makedonski zakon...), čl. 301.

u akcionarskim društvima zalaže se i The High level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe.¹⁶ U susret donošenju novog Zakona o privrednim društvima Srbije čini se najprimerenijim upravo izbor ovog modela, koji najviše odgovara potrebama slobode organizovanja akcionarskih društava i potrebama akcionara. Eventualnu korekciju ovog modela s obaveznim dvodomnim modelom trebalo bi ostaviti za finansijski sektor i možda za kotirana akcionarska društva.

4. Statusna pitanja

Izbor i kumulativno glasanje. Sistem glasanja može biti direktan (kada akcionar sa 51% glasova praktično bira ceo upravni odbor) ili kumulativan (kada relativno mali procenat kapitala, što je posebno povoljno za manjinske akcionare, može obezbediti zastupništvo u ovom odboru - praktično akcionari sa pravom glasa raspolažu sa brojem glasova koji je jednak proizvodu broja glasova na osnovu akcija kojima raspolažu ili koje zastupaju i broja članova upravnog odbora koji se biraju i mogu sve svoje glasove dati jednom kandidatu ili podeliti na više kandidata). Kumulativno glasanje kao modalitet zaštite prava manjinskih akcionara, što je posebno važno za institucionalne investitore koji sve više prelaze iz pasivne u aktivnu upravljačku poziciju, tvorevina je takođe anglosaksonskog prava i sve više prodire u u kontinentalne pravne sisteme, posebno kod društava sa većim brojem akcionara.¹⁷

Mandat i razrešenje. U uporednom pravu je jedinstveno rešenje da se članovi upravnog odbora (direktori) biraju na statutom određeni period vremena u okviru maksimalnog zakonom određenog mandata, pri čemu se ovaj period razlikuje i iznosi od jedne do šest godina. Opšte je pravilo takođe da se članovi upravnog odbora mogu ponovno izabrati više puta, bez ograničenja.¹⁸ Iako određivanje mandatnog perioda vremena nema neki veći značaj, s obzirom da uprava (direktori) podnose godišnjoj skupštini akcionara *izveštaj o poslovanju* (koga prati izveštaj revizora), čije prihvatanje

¹⁶ Vidi: Report of the High level group..., Brisel, novembar 2002. godine, str. 59.

¹⁷ *Hamilton*, nav. delo, str. 182-202; *Tunc*, *Le droit americain...*, str. 105-107; Trgovinski zakonik Japana, čl. 256-3; I u francuskom pravu je moguće odrediti kumulativno glasanje tako da ako većinski blok ima npr. 75% glasova, a manjinski 25%, ipak na osnovu statuta manjinski blok izabere člana upravnog odbora, koji ulazi u ukupan broj članova ovog organa - vidi: *Guyon*, *Les sociétés*, Paris, 1993, str. 221; *Makedonski zakon...* (2002.), čl. 250; *Zakon o privrednim društvima Crne Gore* (2002.), čl. 42. st.9.

¹⁸ Mandat od pet godina predviđaju: *Zakon o preduzećima*, čl. 69; *Nemački zakon...*, par. 84; slovenački *Zakon...*, čl. 250; hrvatski *Zakon...*, čl. 244. U Francuskoj kod jednodomnog sistema je šest godina (za prve direktore je tri godine), a kod dvodomnog sistema je četiri godine za članove direktorijuma, odnosno šest za članove nadzornog odbora (*Zakon...*, čl. 122. i 134.). U Švajcarskoj prvi direktori označeni u statutu imaju mandat od tri godine, a kasniji do šest godina (*Zakon...*, čl. 708. st. 1.). U SAD-u su i praktično direktori izabrani od jedne do druge godišnje skupštine (statutom je moguće predvideti i rotaciju svake godine određenog broja članova) - *Tunc*, *Le droit americain...*, str. 106. U Engleskoj direktori praktično mogu biti izabrani "à vie" ili neko određeno vreme, ali to ništa ne znači, jer je svaka godišnja skupština prilika za verifikaciju mandata - *Tunc*, *Le droit anglais...*, str. 109-110. Mandat od jedne godine je pretpostavljeni mandat (ako se osnivačkim aktom ne predvidi drugačije) u Poljskom *Commercial companies code* (2002.), par. 202, kao i u *Makedonskom zakonu...*, 249.

znači verifikaciju daljeg rada upravnog odbora, a neprihvatanje po pravilu vodi prestanku mandata, čini se da postoji pod uticajem anglosaksonske prakse snažan trend za afirmaciju jednogodišnjeg mandata. Uz to, pravilo je da se i smenjivanje upravnog odbora ili pojedinih članova sa stanovišta zakona (a i prakse) postavlja vrlo fleksibilno.

Institut razrešenja člana upravnog odbora uređen je prema opštem pravnom principu da izbor određuje i razrešenje (što već otvara problem mogućnosti razrešenja članova borda direktora od strane skupštine, ako ih nije birala skupština već nadzorni odbor u dvodomnom sistemu). Sada se već može reći da je opšte usvojen princip u uporednom pravu da članovi upravnog odbora mogu biti razrešeni u svako doba,¹⁹ čak i bez postojanja valjanog (ozbiljnog) razloga, ali se zakonodavstva razlikuju u tome da li i kada priznaju razrešenom licu pravo na naknadu štete, odnosno pravo na pobijanje valjanosti odluke o razrešenju.²⁰ Ipak, čini se da je opšti trend u regulativi priznaje samo prava na naknadu štete u skladu sa zaključenim ugovorom, ako je razrešenje bilo bez osnovanog razloga. Ova sankcija opravdava se mandatnim odnosom: nalogodavac (društvo) može uvek odustati od datog naloga, ali nalogoprimac (član odbora) ima pravo na naknadu štete, ako za odustanak nije bilo osnovanog razloga.²¹

Zakon o preduzećima takođe ustanovljava pravo razrešenog člana "bez osnovanog razloga" na naknadu prouzrokovane štete (ne i pravo povraćaja članstva), u skladu sa zaključenim ugovorom.²²

Čini se da najdetaljnije ustanovu razrešenja člana borda direktora uređuje englesko pravo. Akcionari, prema ovim rešenjima, mogu u svako doba da razreše tzv. redovnom odlukom skupštine članove borda direktora pre isteka mandata, s tim što se direktoru koji se razrešava mora dati reč na skupštini na kojoj se raspravlja o razrešenju. Postoje tri osnova za razrešenje direktora (članova borda): 1) loše

¹⁹ Tako u nemačkom pravu članovi upravnog odbora mogu biti razrešeni od strane nadzornog odbora u sledećim slučajevima: 1) gruba ili ponovljena povreda dužnosti, 2) nesposobnost za redovno obavljanje delokruga posla, 3) nepoverenje od strane skupštine akcionara - nemački Zakon..., čl. 84. st. 3; isto i hrvatski Zakon..., čl. 244. st. 2; kao i slovenački Zakon..., čl. 221. st. 1. t. 4. i 241. st. 2. U francuskom pravu članovi upravnog odbora mogu biti razrešeni u svako doba odlukom skupštine - francuski Zakon..., čl. 90. st. 2. Isto je i rešenje švajcarskog prava - švajcarski Zakon..., čl. 726. st. 1.

²⁰ U nemačkom pravu, kao i u hrvatskom pravu, neosnovano razrešeni član upravnog odbora može pred sudom pobijati valjanost takvog razrešenja, što bi trebalo da znači i mogućnost povratka članstva. Vidi: *Filipović*, Osnove zakonskog uređenja trgovačkog prava u Nemačkoj, Informator, 3676 - 7/ 89, str. 8.; hrvatski Zakon..., čl. 244. st. 2. Ipak, dominantna su rešenja o pravu na naknadu štete kao jedinom pravu, u skladu s ugovorom, a što je koncept i Zakona o preduzećima. Vidi: švajcarski Zakon..., čl. 726. st. 3.; u pravu SAD-a ako se radi o direktoru koji ima ugovor o radu sa društvom (a ne o pružanju usluga) opoziv "bez dovoljnog osnova" daje pravo na naknadu štete - *Tunc*, nav. delo, str. 118. U Francuskoj opoziv bez pravog motiva daje pravo na naknadu štete - *Guyon*, nav. delo, str. 352. Interesantno je da slovenačko pravo daje neosnovano razrešenom članu upravnog odbora pravo na otpremninu u iznosu od najmanje dvadeset četiri plate u visini poslednjeg primljenog iznosa - Zakon..., čl. 250. st. 2. Naknada štete obuhvata period od isteka mandata prema ugovoru sa razrešenim članom upravnog odbora i direktorom. Ovo izričito precizira Trgovački zakon Jugoslavije iz 1937. godine, par. 295., st. 4.

²¹ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 765.

²² Čl. 71. i 263.

upravljanje-“misconduct”, 2) nesposobnost za obavljanje funkcije - “unfitness”, 3) ostali slučajevi, uključujući i protivpravno postupanje - “wrongful trading”.²³

Osnov generalno lošeg upravljanja kompanijom, kao prvi osnov diskvalifikacije, obuhvata slučajeve konstantnog kršenja unutrašnjih normi kompanije koje se odnose na sastavljanje poslovnih knjiga i greške u sačinjavanju izveštaja o poslovanju, odnosno nedostavljanje tih izveštaja registru, kao i prekršaje u vezi s osnivanjem, promocijom, upravljanjem i likvidacijom kompanije. U ovaj osnov ubrajaju se i sopstvene greške u ponašanju direktora, kao i propuštanje obaveštenja akcionara o postojanju ličnog interesa u vezi s određenim poslom kompanije,²⁴ zloupotreba zajma kompanije u privatne svrhe itd.²⁵

Nesposobnost, kao drugi osnov diskvalifikacije, po pravilu je vezana za insolventnost. Ipak, za razliku od predloga Vlade o automatskoj diskvalifikaciji nakon pokretanja stečaja kompanije, po osnovu pretpostavljene krivice zakon je prihvatio rešenje o neautomatizmu i potrebi utvrđivanja odgovornosti direktora i u ovom slučaju, s tim što tada skupština akcionara ne razrešava direktora već sud. U istom su statusu sa direktorima i “direktori u senci”, kao lica po čijim instrukcijama rade direktori kompanija (isključena su lica koja daju profesionalne savete direktorima na osnovu ugovora o uslugama, a ne na osnovu ugovora o radu). Interesantno je da sudska praksa smatra da se ponekad kao “direktor u senci” može smatrati i kompanija majka - “parent company”. U operacionalizaciji ovog osnova sudska se praksa rukovodi interesom akcionara i poverilaca, te za dokaze lošeg rukovođenja traži još neku okolnost, kako razrešenje ne bi imalo prizvuk kažnjavanja (nedostatak poslovnog poštenja - lack of commercial probity”, potpuna nestručnost, zloupotreba položaja, prekršaj moralnog trgovačkog kodeksa itd.).

Najzad, poslednji osnov diskvalifikacije direktora je prevarna trgovina-protivpravno postupanje (prevare poverilaca i drugih lica, uključujući i same akcionare). Ovo, pored razrešenja (smenjivanja) može biti osnov i građanske (naknada štete) i krivične odgovornosti (posebno u slučaju stečaja).²⁶

Osnovne dužnosti. U anglosaksonskoj pravnoj praksi i teoriji govori se posebno o tzv. fiducijarnoj dužnosti člana bilda direktora (lojalnost), koja ima više izražajnih aspekata. Prvo, dužnost strukovne pažnje kao poslovnog čoveka i nemešanje suda u procene oportuniteta poslovnih poteza (business judgment rule).²⁷ Drugo, dužnost nečinjenja konkurencije društvu kojim rukovodi (“nekonkurentno pravilo”). Treće, zabrana okretanja u sopstvenu korist ekonomske šanse koja se ukaže društvu. Četvrto, dužnost savesnog i poštenog rada u interesu kompanije (društva) i ne obavljanje rada ni za kakav kolateralni cilj. Peto, zabrana profitiranja informacijama kojima raspolaže

²³ Companies Act 1985, s. 303-304; Finance Service Act 1986, The Insolvency Act 1985, Company Director Disqualification Act (“CDDA”) 1986.

²⁴ Companies Act 1985, s. 317.

²⁵ Companies Act 1985, s. 330.

²⁶ Vidi: *Farrar*, nav. delo, str. 301-310; *Charlesworth & Morse*, nav. delo, str. 373-384; *Gower*, nav. delo, str. 153-158; *Pennington*, nav. delo, str. 717-725; *Boyle & Birds*, nav. delo, str. 431-441.

²⁷ O ovom pravilu vidi višetomno izdanje prakse američkih sudova: Block, Barton, Radin, *The Business Judgment Rule*, Aspen Law & Business, 5th edition.

kao direktor u cilju kupovine akcija društva pre skoka njihove vrednosti ili prodaje akcija društvu pre pada njihove vrednosti (zabrana zloupotrebe inside informacija). Šesto, nepristrasnost u glasanju u skupštini i upravnom odboru (odboru direktora), kad poseduje akcije društva kojim rukovodi. Sedmo, obaveza nestavljanja sebe u poziciju gde su njegove dužnosti i vlastiti (pre svega finansijski) interesi u sukobu ("nekonfliktno pravilo"). Osmo, sklapanje vlastitih ugovora (o kreditu, garanciji, prodaji, uslugama ...) sa društvom pod specijalnim uslovima (odobrenje skupštine ili nadzornog odbora). Deveto, dužnost lojalnosti kompaniji (društvu). I, deseto, dužnost veštine.²⁸ Članovi upravnog odbora i odbora izvršnih direktora su u neku ruku trustees za kompaniju (trgovačko društvo), ali ne i za akcionare pojedinačno.²⁹ Njihova pozicija je i jača od trustija (lice kome je poverena neka imovina da njom upravlja u interesu vlasnika), jer imaju misiju ne samo da upravljaju, već i da unapređuju, oplođuju, uvećavaju.³⁰

Nadahnut filozofijom ovih standarda anglosaksonskog prava i poslovne i sudske prakse i Zakon o preduzećima usvaja institut "interesa društva" - članovi upravnog odbora i izvršnog odbora direktora vrše svoje funkcije u interesu akcionarskog društva i u vođenju poslova postupaju s pažnjom dobrog privrednika. U engleskoj sudskoj praksi smatra se da je član borda (direktora i menadžment borda) u fiducijarnoj dužnosti prema kompaniji samo kad odlučuje i deluje u tom svojstvu, ali ne i kad u skupštini glasa u svojstvu akcionara.³¹ Isto tako smatra se da skupština društva može ratifikovati akt borda direktora koji je izvan njegovog ovlašćenja, ali je unutar ovlašćenja kompanije.³² Takođe je interesantan stav da član borda direktora i menadžment borda nije u fiducijarnoj dužnosti prema pojedinim akcionarima, već prema kompaniji.³³ Ipak, članovi borda direktora i menadžment borda mogu biti i u fiducijarnoj dužnosti prema akcionarima pojedinačno, ali samo kao njihovi agenti.³⁴ Iako je reč o pravnim standardima anglosaksonske pravne prakse koji nemaju odgovarajuću tradiciju u kontinentalnom pravu, koji u ovom pogledu poznaje samo pravni standard savesnosti i pažnje dobrog privrednika, čini se da ih treba, više nego što je to pomalo stidljivo učinio postojeći Zakon, uvoditi u naš pravni sistem, kako bi se naši poslovni ljudi i sudije specijalizovanih sudova na njih navikavali i po njima postupali, jer to postaje sve više i obeležje regulative i prakse i kontinentalne Evrope.³⁵

Imovinska odgovornost. Budući da se odgovornost članova upravnog i

²⁸ Vidi: *Tunc, Le droit americain...* str. 137-162; *Tunc, Le droit anglais...*, str. 131-146; *Farrar*, nav. delo, str. 324-380; *Gower*, nav. delo, str. 147-153; *Pennington*, nav. delo, str. 778- 818; *Charlesworth & Morse*, nav. delo, str. 319-366; *Boyle & Birds'*, nav. delo, str. . 449- 490.

²⁹ *Ivamy*, *Company Law*, London, 1978, str. 230. i 233.

³⁰ *Tunc, Le droit americain...*, str. 130.

³¹ Case: Northern Counties Securities Ltd. v. Jakson & steeple Ltd- Chansery division, u: *Sealy*, *Cases and Materials in Company Law*, London, Dablin, Edinburg, 1992, str. 174-176.

³² Case: Grant v. United Kingdom Switchback Railwais Co - Court of Appeal, u: *Sealy*, nav. delo, str. 192.

³³ Case: Percival v. Wright - Chancery Division, u: *Sealy*, nav. delo, str. 249-250.

³⁴ Case: Allen v. Hyatt - Privy Counceil, u: *Sealy*, nav. delo, str. 250-251.

³⁵ O ovim tendencijama vidi naročito citirani: Report of the High Level Group...

menadžment odbora za štetu (materijalna-imovinska odgovornost) odnosi na *krivicu u upravljanju* (*faute de gestion - Business Judgment Rule - Business Judgment Doctrine*), što je pre pitanje oportuniteta nego legaliteta, uz još uvek neprekinutu diskusiju o njenoj prirodi (ugovorna ili vanugovorna), treba primetiti da je reč o, i u uporednom pravu, dosta fluidnom terenu. Kao sankcija, s obzirom na svoju relativnu neefikasnost, ona je dosta benigna u odnosu na krivičnu odgovornost ili na razrešenje.³⁶ Interesantno je da neka prava razvijaju i instituciju osiguranja imovinske odgovornosti upravnog i menadžment odbora (osiguranje poverenja - insurance fidelity).³⁷

Broj članova. Određenje broja članova upravnog odbora u principu je različito uređeno u uporednom pravu. Jedan prilaz je da u akcionarskom društvu upravni odbor treba da bude uvek kolegijalni organ (dakle da ima najmanje tri, a najviše dvanaest članova, a u slučaju fuzije i do dvadeset četiri člana), što je pristup francuskog prava.³⁸ Drugi prilaz je da upravni odbor može da ima jednog ili više članova, zavisno od zakonom fiksiranog iznosa kapitala, što je prilaz nemačkog prava.³⁹ Treći prilaz je rešenje švajcarskog prava koje ostavlja potpunu slobodu u određenju broja članova upravnog odbora konstitutivnom aktu društva, pri čemu taj broj može biti jedan ili više.⁴⁰ Neka prava broj članova upravnog odbora vezuju za činjenicu da li društvo ima ili ne nadzorni odbor, te predviđaju da upravni odbor ima najmanje tri člana ako društvo nema nadzorni odbor.⁴¹ Najzad, neki novi pravni dokumenti broj članova upravnog odbora vezuju za broj akcionara.⁴²

Izvršni direktori versus neizvršni direktori. Anglosaksonska pravna praksa razvila je prilaz i praksu da upravno-izvršnu funkciju u akcionarskom društvu, osim malih društava, u osnovi ostvaruju dva odbora: upravni odbor -bord direktora (board of directors) i odbor izvršnih direktora (board of executives directors ili officers, management board). Ovo je praksa koja se sve više ozakonjuje i u kontinentalnom pravu ili se pak prihvata u poslovnoj praksi u granicama zakonskog prostora.⁴³ Članove borda direktora bira skupština akcionara, dok članove odbora izvršnih direktora (menadžment bord) bira upravni odbor. Pritom, članovi borda direktora koji imaju status članova sa ugovorom o radu u akcionarskom društvu mogu biti članovi odbora izvršnih direktora (menadžment bord) - izvršni direktori, dok članovi borda direktora koji nisu zaposleni u društvu i imaju poseban ugovor o pružanju usluga društvu, ne mogu biti birani za članove odbora izvršnih direktora - neizvršni članovi.

³⁶ Vidi: *Guyon*, nav. delo, str. 452-460; *Ivamy*, nav. delo, str. 234-240; *Pennington*, nav. delo, str. 805-810; *Cozian-Viandier*, nav. delo, str. 278-282; *Farrar*, nav. delo, str. 381-408; *Hamilton*, nav. delo, str. 310-369

³⁷ Za pravo SAD: *Tunc*, *Le droit americain...*, str. 236-262; za englesko pravo: *Tunc*, *Le droit anglais*, str. 146-156.

³⁸ Francuski zakon..., čl. 89.

³⁹ Nemački zakon..., par. 76.

⁴⁰ Švajcarski zakon..., čl. 707; polish Commercial companies code (2002), par. 368. st. 2; hrvatski Zakon o trgovačkim društvima (1993), čl. 239. st. 1.

⁴¹ Slovenski Zakon o gospodarskih družbah (1993, 2001), čl. 246. st.2.

⁴² Nacrt kompanijskog zakona Pravne inicijative za Centralnu i Istočnu Evropu (2001), čl. 134.

⁴³ Francuski Zakon br. 2001-420 (izmene 2001), čl. 104-109; makedonski Zakon..., čl. 244-247.

Članovi odbora izvršnih direktora obavljaju operativne poslove rukovođenja društvom (day to day business), te je i razumljivo da to po pravilu ne mogu biti članovi upravnog odbora (posebno spoljni članovi). Budući da članovi borda direktora postavljaju članove menadžment borda, te da članovi menadžment borda odgovaraju bordu direktora, a da bord direktora odgovara skupštini akcionara, logično bi bilo da većina članova borda direktora nije član menadžment borda ili da neizvršni direktori imaju većinu u bordu direktora. S druge strane, neizvršni direktori treba da budu nezavisni direktori od menadžment odbora, dakle i od izvršnih direktora koji su članovi ovog odbora a koji su istovremeno članovi upravnog odbora, te da na taj način mogu imati i određenu kontrolnu funkciju u odnosu na izvršne direktore (i u svojstvu članova borda direktora i u svojstvu članova menadžment borda). Najzad, neizvršne direktore treba razlikovati od direktora koji nemaju finansijski ili drugi poslovni interes u nekom poslu sa akcionarskim društvom (non-interested directors). U toj poziciji mogu biti i sami izvršni direktori (ovo je posebno važno stoga što poslove u kojima postoji takav interes nakon obelodanjivanja detaljnih informacija mogu odobriti samo članovi borda direktora koji nemaju takav interes u tom poslu, pod pretpostavkom da imaju kvorum za odluku, u protivnom to može učiniti skupština akcionara).

Predsednik upravnog odbora versus Generalni direktor. I u zapadnoj, posebno anglosaksonskoj pravnoj teoriji i praksi, razvila se velika pravna i organizaciono poslovna rasprava da li predsednik upravnog odbora može i treba da bude istovremeno i generalni direktor (chairman/chief executive director/officer - Chairman/CEO).⁴⁴ Iako su argumenti za podelu dosta jaki, iskustvo SAD-a pokazuje da je u više od 80% slučajeva predsednik upravnog odbora istovremeno i generalni direktor.⁴⁵ Sledeći ovakva iskustva čini se da je pohvalno rešenje francuskog reformisanog kompanijskog prava koje izričito normira da predsednik upravnog odbora može (znači ne mora) biti i generalni direktor, a ako ove dve funkcije obavljaju dva lica, onda je generalni direktor izvršni direktor koji i ne mora (a može) biti član upravnog odbora.⁴⁶ Pravo i ekonomija, naime, nisu kao religija da nude univerzalne odgovore na sva pitanja savremenog sveta.

Naknada/nagrada. Pitanje naknada (plata-zarada, učešće u dobiti, naknada troškova, druga plaćanja: premije osiguranja, provizije, stimulacije i druga davanja) članu upravnog odbora nije jedinstveno rešeno u uporednom zakonodavstvu. Posebno

⁴⁴ Britanski Code of Best Practice (Report of the committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and the Report of the Committee on Director's Remuneration) od 1992. nije preporučio deobu ovih funkcija. Uprkos tome, neka istraživanja pokazuju da je to u većini većih kompanija ipak urađeno, budući da se smatra da je zadržavanje ovih funkcija u rukama istog lica prevelika koncentracija moći. Vidi: Shaw, *The Cadbury Report-Two years Later*, u: Hopt, *Comparative Corporate Governance*, Walter de Gruyter-Berlin-New York, 1997, str. 37.

⁴⁵ Vidi: Vincke, *The Corporate Governance in Belgium*, u: Hopt, nav. delo, str. 133-134.

⁴⁶ Francuski zakon (2001.), čl. 107.

je različito određenje u pogledu mogućnosti učešća u dobiti društva, koje se može isplaćivati u celini ili delom i u akcijama.⁴⁷ Zakon o preduzećima priznaje članovima uprave pravo na sve druge oblike naknade, osim prava na učešće u dobiti (priznato pravo na stimulativnu naknadu ne bi se moglo smatrati pravom na učešće u dobiti društva).⁴⁸ Opšte je pravilo da se naknada članovima upravnog odbora vezuje za dva principa: prvi, srazmera sa zadacima članova (na ovoj osnovi može se praviti razlika između profesionalno zaposlenih u društvu kao izvršnih direktora i neprofesionalnih članova kao neizvršnih direktora) i, drugi, finansijsko stanje društva (što daje osnova za smanjenje utvrđene naknade i izmenu odluke skupštine ili nadzornog odbora, zavisno od toga ko je organ imenovanja, o naknadi i na toj osnovi zaključenog ugovora, kao i u slučaju stečaja društva za povraćaj isplata po osnovu stimulativne naknade isplaćene u poslednjoj godini, ali ne i ostalih primanja, po zahtevu poverilaca i/ili akcionara).⁴⁹ Ono što je posebno interesantno na ovom planu jeste činjenica da anglosaksonsko pravo koje je tvorac pravila o isplati članova upravnog odbora, delom i kroz učešće u dobiti koja se isplaćuje delom i u akcijama sve više napušta ovo pravilo i ide ka jasnom razgraničenju osnova isplate: akcionarstvo i ugovor o pružanju usluga (menadžment ugovor). Članovi upravnog odbora kao akcionari nalaze se u istoj poziciji kao i drugi akcionari, a članovi upravnog odbora koji tu dužnost obavljaju u skladu s posebno zaključenim ugovorom imaju materijalna prava iz tog ugovora, koja ne uključuju isplatu dela dobiti u vidu besplatnih akcija. Razlozi su za ovo višestruki: sprečavanje sukoba interesa, sprečavanje korišćenja privilegovanih informacija, ravnopravnost akcionara, nemešanje pravnih osnova, sprečavanje nekih pojava manipulativne prakse i slično.

⁴⁷ Pravo učešća u dobiti priznaju: hrvatsko pravo (Zakon..., čl. 247.), slovenačko pravo (Zakon..., čl. 253.), nemačko pravo (Zakon..., par. 87.); italijansko pravo ovo pravo priznaje članovima borda na profesionalnom radu u društvu - tzv. izvršni direktori (pravo na platu i učešće u dobiti), dok ovo pravo ne priznaje tzv. neizvršnim direktorima (članovi borda koji nisu zaposleni u društvu), ali im priznaje druga prava utvrđena statutom i odlukom skupštine kao organa imenovanja (Trgovački Zakon, 1942., čl. 2389.); francusko pravo određuje da članovi uprave imaju pravo na fiksni deo naknade ili na naknadu za prisustvo sednici ("jetons de présense"), ali nemaju pravo na učešće u dobiti ("tantième") - Zakon..., čl. 108; u švajcarskom pravu nagrade članova uprave se određuju statutom ili odlukom skupštine, sa pravom na učešća u profitu, na fiksni iznos i na prisustvo na sednici (po pravilu se modaliteti kombinuju), s tim da ako postoji učešće u profitu, a to se mora navesti u izveštaju uprave za godišnju skupštinu (Zakon..., čl. 677.); u pravu SAD tzv. izvršni direktori članovi borda na profesionalnom radu imaju pravo na znatnu naknadu određenu u fiksnom iznosu odlukom skupštine, dok članovi borda, neizvršni direktori, imaju takođe fiksnu naknadu koja je daleko umerenija (*Tunc, Le droit americain...*, str. 108.); u engleskom pravu članovi borda imaju pravo na naknadu troškova i naknadu za prisustvovanje sednici borda, a tzv. izvršni direktori sa profesionalnim izvršnim funkcijama u kompaniji imaju pravo na posebnu nagradu u skladu s ugovorom (isto pravo imaju i tzv. neizvršni direktori koji iako nisu na profesionalnom radu u kompaniji obavljaju za nju neku značajnu uslugu - npr. kao konsultanti i slično, u skladu s ugovorom, dok takvo pravo nemaju neizvršni direktori koji nemaju ugovor s kompanijom i neobavljaju neku dodatnu uslugu za nju) - *Gower*, nav. delo, str. 158-159; *Loose* i dr., nav. delo, str. 390-394; *Pennington*, nav. delo, str. 747-754.

⁴⁸ Zakon o preduzećima, čl. 269-270.

⁴⁹ Uporedi: Zakon o preduzećima, čl. 270. i 271; hrvatski zakon..., čl. 247. i 251; švajcarski Zakon... (omogućuje povraćaj učešća u dobiti u poslednje tri godine i to po osnovu neosnovanog obogaćenja)..., čl. 679.

5. Monitoring uprave

Jačanje ingerencija skupštine akcionara. Ako nema spora da u osnovi pokrenute diskusije o procesu "corporate governance" stoji evidentna potreba ("ENRON" je samo vrhunac ledenog brega koji se dogodio u uslovima insistiranja na nezavisnim spoljnim revizorima i njihovim revizorskim izveštajima u povodu finansijskih izveštaja uprave za skupštinu akcionara) za unapređenjem pozicije akcionara i njihove zaštite u odnosu na evidentne procese svojevrsnog otuđenja i svakojakih privatizacija upravno-izvršne sfere vlasti u akcionarskom društvu, što disperzovano akcionarstvo samo još više pojačava u svojoj aktuelnosti, onda je pitanje svih pitanja kako to učiniti. Taj put jeste višedimenzionalan, ali se sve te dimenzije svode na jednu: jačanje instrumenata i tehnika monitoringa upravno-izvršne sfere vlasti (ekonomska scena nas ovde neodoljivo podseća na političku scenu!). Jedan od tih pravaca je svakako i jačanje samog monitoringa od strane skupštine akcionara raznim pravnim institutima, a ostali su vezani za pitanje drugih instituta kontrole: nadzorni odbor, nezavisni direktori, nezavisni komiteti, nezavisni spoljni revizori, interni revizori, specijalni revizori ili eksperti manjine i slično.

Skupština akcionara može pojačati svoju monitoring funkciju kroz više pravnih mehanizama: proširenje svog delokruga (posebno saglasnost na pravne poslove iznad određene vrednosti i saglasnost na raspolaganje imovinom društva iznad određene vrednosti, kao i davanje saglasnosti na pravne poslove u kojima postoji sukob interesa članova upravnog ili menadžerskog odbora sa društvom); kumulativno glasanje koje afirmiše akcionarsku manjinu koja može biti i u toj funkciji direktno ili informativnom pozicijom kao članovi upravnog odbora ili odbora izvršnih direktora za te akcionare, posebno institucionalne investitore; skraćivanje mandatnog perioda; olakšanje razrešenja članova upravnog odbora i odbora izvršnih direktora; veća transparentnost poslovanja akcionarskih društava i jačanje zahteva za obelodanjivanjem izveštaja o poslovanju i drugih izveštaja koji akcionarima i trećim licima pružaju istinsku sliku poslovnog stanja akcionarskog društva (ovde se kompanijsko pravo uveliko mora poslužiti s pomoći berzanskog prava i prava hartija od vrednosti - regulatornog i samoregulatornog);⁵⁰ jačanje informisanosti akcionara, jačanje prava manjinskih akcionara na pokretanje postupaka angažovanja specijalnih revizora ili eksperta manjine za ispitivanje nekih poslovnih odluka i podnošenje izveštaja skupštini; transparentnost primanja članova upravnog i menadžerskog odbora i slično.

Nadzorni odbor da ili ne. Zavisno od sistema organizovanja akcionarskog društva nadzorni odbor je obavezan organ ili ne (treba izbeći terminološku konfuziju čestog zvanja u anglosaksonskoj praksi i članova ovog organa "nadzornim direktorima"). Kao što je rečeno, nadzorni odbor je obavezan organ u dvodomnom sistemu i mešovitom sistemu organizovanja akcionarskog društva (mešoviti sistem jednodomnog i dvodomnog sistema kad se izabere dvodomni sistem), dok nije

⁵⁰ O tendencijama na ovom planu u evropskom pravu vidi: Report of the High Level Group..., str. 33-34. i 45-47.

obavezan u jednodomnom sistemu.⁵¹ Danas je, čini se, opšti trend napuštanja nadzornog odbora kao obaveznog organa i svođenje na teren opcionog organa, zavisno od volje akcionara, izuzev delom kod kotiranih akcionarskih društava i kod finansijskih organizacija. U dosadašnjoj praksi primene Zakona o preduzećima, iako je kod srednjih i velikih akcionarskih društava nadzorni odbor bio u osnovi obavezan organ, može se sa izvesnošću konstatovati da on nije ispunio svoju misiju. Da li je ovo dovoljan razlog da u susret donošenju novog Zakona o privrednim društvima ovaj organ pređe u potpunosti ili većim delom (osim kod finansijskih organizacija i kotiranih ili svih otvorenih akcionarskih društava) u sistem opcionog organa, pitanje je koje svakako zaslužuje pažnju i strukovne i poslovne javnosti. Ovo tim pre kad je identifikacija uzroka "revolucije" corporate governance nedvosmisleno izvršena, a reč je o jednom od instituta koji upravo spada u instrumente kontrolne funkcije upravne i izvršne sfere vlasti za akcionare.

Nezavisni direktori (spoljni direktori) i nezavisni komiteti. Rasprava izvršni/neizvršni direktori ima svoj drugi deo u pitanju nezavisni direktori da ili ne. Pri tom se neizvršni direktori izjednačavaju s pojmom nezavisni direktori, ali ne i s pojmom direktora koji u određenom poslu nemaju poslovni interes. Američki pravni institut preporučuje da akcionarska društva sa više od 2.000 akcionara ili sa više od 100 miliona dolara imovine treba da imaju većinu spoljnih - nezavisnih direktora, osim ako je većina akcija s pravom glasa kod tog društva posedovana od jednog lica ili porodice ili kontrolne grupe, kao i da sva otvorena društva treba da imaju bar tri spoljna-nezavisna direktora.⁵² Pravila Londonske berze o listingu i kotiranju takođe zahtevaju da listirane kompanije imaju više od polovine nezavisnih direktora u odnosu na kontrolnog akcionara, pod kojim se podrazumeva onaj koji ima 30% glasova ili kontroliše izbor broja članova upravnog odbora koji može da obezbedi većinu glasova u tom organu.⁵³ Ipak, zahtev za većinom nezavisnih članova (od izvršnih direktora i kontrolnog ili kontrolnih akcionara) u upravnom odboru direktora nije do danas poprimio ozbiljnije razmere u kontinentalnoj Evropi, ali jeste zahtev za postojanjem bar minimuma takvih članova kod kotiranih društava (po pravilu dva). S druge strane, čini se da se ovaj zahtev na neki način transformisao u zahtev za postojanjem nezavisnih komiteta koje bira skupština, u kojima većinu članova treba da imaju nezavisni članovi (koji mogu biti nezavisni članovi upravnog odbora i/ili i druga nezavisna lica). Za kotirane kompanije (eventualno i šire sve otvorene kompanije) se po pravilu traži da imaju tri obavezna komiteta: revizorski komitet (koji je u izvesnom smislu transmisija između nezavisnih spoljnih revizora i upravnog odbora, ka skupštini, pri nepostojanju nadzornog odbora), komitet za imenovanja (koji u osnovi

⁵¹ Specifično je rešenje slovenačkog prava - nadzorni odbor je obavezan kad postoji jedan od sledećih uslova: 1) kad kapital društva prelazi utvrđeni iznos, 2) kad društvo ima preko 500 radnika, 3) ako je osnovano putem javne ponude, 4) ako se akcije društva kotiraju na berzi, 5) ako broj akcionara koji poseduju akcije na ime prelazi 100 (Zakon..., čl. 261.).

⁵² American Law Institute (ALI). Vidi: Devesa, Les administrateurs indépendants, *Revue de droit des affaires internationales* (1994), 543-566.

⁵³ Yellow Book, Chapter 3., par. 3.12. The Conference Board Europe ističe da u SAD oko 94% akcionarskih društava ima većinu spoljnih nezavisnih članova upravnog odbora. Vidi: Vincke, nav. rad, str. 135-141.

priprema predloge za sva imenovanja u upravnom i izvršnom odboru i šire upravi uopšte) i komitet za nagrađivanja (koji priprema predloge naknada i nagrađivanja članova upravnog i izvršnog odbora, kao i zaposlenih). Ovakav predlog za unapređenje regulative EU prihvaćen je i od Visoke grupe eksperata za reformu kompanijskog prava EU.⁵⁴ Ova grupa je i predložila definiciju nezavisnih direktora ili člana komiteta:

- lica (članovi porodice i s njima povezana lica) koja nisu zaposlena u kompaniji ili to nisu bila pet godina pre imenovanja kao neizvršnih ili nadzornih direktora,
- lica (članovi porodice i s njima povezana lica) koja ne primaju nikakvu naknadu za konsalting ili za šta drugo od kompanije ili njenih izvršnih direktora,
- lica (članovi porodice i s njima povezana lica) koja ne primaju naknadu od kompanije koja je zavisna od njenih performansi (npr. varante za sticanje akcija ili druge hartije od vrednosti),
- lica (članovi porodice i s njima povezana lica) koja u svojstvu neizvršnih ili nadzornih direktora kompanije, nadziru izvršnog direktora koji je neizvršni direktor ili nadzorni direktor u drugom društvu u kojem su ona izvršni direktor ili u drugoj formi međusobne povezanosti,
- lica (članovi porodice i s njima povezana lica) koja su kontrolni akcionari, delujući samostalno ili zajednički, ili njihovi zastupnici (za ove svrhe pod kontrolnim akcionarom podrazumeva se akcionar koji, samostalno ili sa licima sa kojima deluje zajedno, poseduje najmanje 30% akcionarskog kapitala kompanije).⁵⁵

6. *Quo vadis corporate governance?*

Tranzicioni i/ili evropski prilaz. Teško je ne biti evropejac na polju kompanijskog prava u vremenima i u okruženju gde je to već postalo konstanta. Ali biti evropejac u ovom domenu bez rezerve značilo bi izneveravanje misije nauke kao organizovane sumnje i argumentovanog kritičkog prosudioca. S druge strane, biti evropejac u ovom domenu i vremenu ne znači da se zna baš bez rezerve šta se istinski želi, pošto se i EU nalazi između ostalog i na polju kompanijskog prava na velikim razmedima, čija je zajednička odlika koliko i kojom dinamikom transplantirati u evropski pravni prostor pravne institute anglosaksonskog prava, nastajale u drugom okruženju i pod drugim okolnostima. Nema sumnje da tržište investicija (kapitala i hartija od vrednosti) postaje sve jedinstvenije i da se, između ostalog, kompanijsko pravo, berzansko pravo, pravo hartija od vrednosti, pravo konkurencije i stečajno pravo moraju sve više harmonizovati kako bi služili razvoju tog tržišta, a ne bili njegovi oponenti. Ipak, i EU, svesna svojih ograničenja i rizika svog tržišta i okruženja, odlučna u nameri da mnoge institute anglosaksonskog pravnog područja inkorporira u svoj pravni prostor,⁵⁶ projektuje taj pravac promena kroz tri brzine: na kratki rok,

⁵⁴ Report of the High Level Group..., str. 59-62.

⁵⁵ Report of the High Level Group..., str. 62-63. Prema nekim uzim definicijama nezavisni direktor je lice koje nema nikakav materijalni interes ili drugu vrstu povezanosti sa kompanijom ili njenim upravnim ili menadžment odborom. Vidi: Devesa, nav. rad, s. 543-566.

⁵⁶ Vidi npr. za institute wrongful trading i director' s disqualification - Report of the High Level Group..., str. 126.

na srednji rok i na dugi rok.⁵⁷ Ne treba zaboraviti da reforma kompanijskog prava, čiji je integralni deo i sam pravni institut corporate governance, u dobroj meri zavisi i od toga u kolikoj su stvarnoj ljubavi pravo i tehnika kod nas: da li je realno održavanje skupštine akcionara bez fizičkog sastanka ili upravnog odbora u većini slučajeva bez direktne istovremene tehničke komunikacije svih članova, da li je realno obavezivanje svih akcionarskih društava na posedovanje website-a, da li su rešene sve tehničke prepreke da bi pravo spavalo mirno kod elektronskog glasanja, da li nam u ovom trenutku trebaju akcije na donosioca, da li Srbija ima kadrova za obavezivanje većinskog sastava nezavisnih (spoljnih, neizvršnih) direktora u upravnom odboru svih otvorenih akcionarskih društava, da li je realno propisivanje obaveznosti postojanja bar tri komiteta (audit, remuneration, nomination) u svim akcionarskim društvima i većinskog ili isključivog sastava nezavisnih direktora u njima, da li su realna disclosure rules za sva akcionarska društva u ovom trenutku ili samo za kotirana društva i slično. Od tehničkog odgovora na sva ova pitanja zavisiće i profil novog Zakona o privrednim društvima, a u velikoj meri i uređenje instituta corporate governance. U svakom slučaju, jedno je sigurno, pravni profil kompanijskog prava u dobroj meri uslovljen je tehničkim profilom, te otuda nisu mogući konačni zakoni koji uređuju privredna društva, posebno društva kapitala. Dokaz za to je i pokrenuta velika reforma kompanijskih zakona u članicama EU, inicirana sa Report of the High Level Group...⁵⁸, kao i u zemljama koje na ovaj ili onaj način inkliniraju članstvu u EU.⁵⁹ Svojim novim Zakonom o privrednim društvima Srbija treba da adekvatno prihvati taj put,⁶⁰ koji hteli mi to ili ne, ne može biti samo evropski, ali ni samo tranzicioni, već i evropski i tranzicioni.

⁵⁷ Vidi: Report of the High Level Group..., str. 125-131.

⁵⁸ O tome gde je u ovom trenutku pravo privrednih društava Francuske vidi: Nouvelles regulation économiques, Loi br. 2001-420 du 15. mai 2001.

⁵⁹ Ruski Law on Joint Stock Companies (1995, 1996); Zakon o gospodarskih družbah Slovenije, Uradni list RS, st. 30-1298/93 i 45-2548/2001; Polish Commercial Code (2001, 2002.); Trgovski zakon Bugarske (2003.); Zakon o privrednim društvima Crne Gore, Službeni list RCG, br. 6/2002; Češki Commercial Code (1992, 2002); Hrvatski Zakon o izmenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima (1993, 2003.).

⁶⁰ O kretanjima u australijskom pravu vidi: Cassady, Concise Corporations Law, Deakin University, 2001; o kretanjima u kanadskom pravu vidi: VanDuzer, The Law of Partnerships and Coprorations, Concord, Ontario, 1997. O kretanjima u uporednom pravu posebno vidi: Hopt, Comparative Corporate Governance, Walter de Gruyter-Berlin-New York, 1997; Hopt, Capital Markets and Company Law, Oxford, 2003.

Summary

**CORPORATE GOVERNANCE
(Models and Trends in Comparative Law and Practice)**

In this article the author critically analyses existing legislative framework for corporate governance, especially with regard to relevant comparative laws of developed countries. The problem of corporate governance is particularly appealing in public companies listed on stock exchange. The author points out to several aspects of this issue. First, the author claims that tendency of growth of executive sphere of power in these companies faces a serious crisis in evident alienation from capital owner. Secondly, the author believes that this would bring to a reversible effect of renewed democratization of these companies whose logic demands a stronger position of stockholders assembly. Thirdly, author holds that the most critical area of corporate governance is control over the executive power, where economy, as always, in its similarity of process comes closer to the same needs in the political sphere. In that respect the author examines effects of some "old" monitoring institutes, possibilities of their adaptation to present needs (monitoring committee, auditors, shortened mandate, flexibility of revocation, increased competences of stockholders assembly), as well as the legal profile and possible effects of some new monitoring institutes (independent directors, independent committees, independent auditors, commissioners of assembly, increase of minority stockholders' rights, take-over of significant number or majority of stocks, strengthened responsibility of executive board and executive directors, increase in transparency of public company's business activities, especially if listed in stock exchange, etc.). Finally, the author analyses strengths and weaknesses of the so-called pure one-chamber or pure two-chamber systems of executive power in public companies, as well as of certain mixed forms, concluding that legislator should not impose one model of executive board, regardless whether it is one-chamber system (executive board with executive directors) or two-chamber system (executive board with executive directors and monitoring board); instead, it should leave to public companies themselves (in fact, to stockholders) to choose the model that suit them best.

Key words: *corporate governance, executive board, monitoring board, independent committees, mandate, responsibility, stockholders assembly.*

Zusammenfassung

VERWALTUNG VON KÖRPERSCHAFTEN (Modelle und Trends im vergleichenden Recht und in der Praxis)

In dieser Arbeit analysiert der Autor kritisch die bestehenden Gesetzeslösungen für das Problem körperschaftlicher Leitung wobei besonders die Lösungen der relevanten vergleichenden Gesetze entwickelter Länder berücksichtigt werden. Das Problem körperschaftlicher Aktiengesellschaften ist aktuell. Einige Aspekte dieses Bereichs werden vom Autor besonders aktualisiert. Erstens stellt der Autor fest, dass ein Trend zur Stärkung des Führungs- und Exekutivbereichs in diesen Gesellschaften vom Standpunkt einer evidenten Entfremdung vom Eigentümer des Kapitals vor einer ernsthaften Krise steht. Zweitens meint der Autor, dass wir vor einem reversiblen Prozess einer erneuerten Erstärkung der Demokratie dieser Gesellschaften stehen, was logischerweise eine Stärkung der Position der Aktionärversammlung erfordert. Drittens vertritt der Autor die Meinung, dass der kritischste Bereich körperschaftlicher Leitung der Kontrollbereich der Führungs- und Exekutivkräfte ist wo sich die Ökonomie der Wirtschaft zum wievielten Mal wegen der Ähnlichkeit des Prozesses den gleichen Bedürfnissen in der politischen Sphäre annähert. In diesem Sinne analysiert der Autor die Leistung einiger "alter" Institute des Monitoring der Führungs- und Exekutivsphäre, Möglichkeiten ihrer Angleichung an neue Bedürfnisse (Aufsichtsrat, Revisor, Kürzung des Mandats, Flexibilität der Widerrufung, Stärkung der Ingerenzen der Aktionärversammlung), sowie auch das Rechtsprofil und mögliche Leistungen einiger neuer Institute des Monitoring (unabhängige Direktoren, unabhängige Komitees, unabhängige Revisoren, Vertrauensleute der Versammlung, Stärkung der Rechte von Minderheitenaktionären, Übernahme des wichtigsten oder größten Aktienpakets, Stärkung der Haftung der Verwaltung und Exekutivdirektoren, Stärkung des Instituts der Transparenz der Geschäftsführung der Aktiengesellschaften, besonders der kotierten u.ä.). Schließlich analysiert der Autor auch die Vorzüge und Nachteile sog. reiner Einkammer- oder Zweikammersysteme der Verwaltung von Aktiengesellschaften sowie auch einige ihrer gemischten Formen mit der Schlussfolgerung, dass der Gesetzgeber kein Verwaltungsmodell aufdrängen sollte, sei es das Einkammermodell (Verwaltungsrat mit Exekutivdirektoren) oder Zweikammermodell (Verwaltungsrat mit Exekutivdirektoren und Aufsichtsrat), sondern es den Aktiengesellschaften (praktisch den Aktionären) selbst überlassen sollte ein ihren Besonderheiten entsprechendes Modell auszuwählen.

Schlüsselwörter: *körperschaftliche Verwaltung, Verwaltungsrat, Aufsichtsrat, unabhängige Komitees, Mandat, Haftung, Versammlung der Aktionäre.*

Sommario

**AMMINISTRAZIONE DELLE SOCIETÀ
(modelli e tendenze in diritto e prassi comparati)**

In questo lavoro l'autore analizza criticamente il quadro legislativo esistente per l'amministrazione delle società, in particolare con riguardo alle rilevanti leggi dei paesi sviluppati comparate. Il problema dell'amministrazione delle società interessa particolarmente le società per azioni quotate in borsa. L'autore illustra diversi aspetti di questa questione. Primo, l'autore sostiene che la tendenza alla crescita della sfera del potere esecutivo in queste società incontra una seria crisi nell'evidente alienazione dalla proprietà del capitale. Secondo, l'autore ritiene che questa porti un effetto reversibile di rinnovata democrazia di queste società la cui logica domanda una posizione più forte dell'assemblea degli azionisti. Terzo, l'autore reputa che l'area più critica dell'amministrazione delle società sia il controllo sul potere esecutivo, dove l'economia, come sempre, nella sua affinità di processo diventi più vicina agli stessi bisogni della sfera politica. A questo proposito l'autore esamina gli effetti di alcuni "vecchi" istituti di vigilanza della sfera esecutiva, le possibilità del loro adattamento alle necessità attuali (consiglio di sorveglianza, revisori, mandato abbreviato, flessibilità di revoca, accresciute competenze dell'assemblea degli azionisti), così come il profilo giuridico e i possibili effetti di alcuni nuovi istituti di controllo (direttori indipendenti, comitati indipendenti, revisori indipendenti, consiglieri dell'assemblea, accrescimento dei diritti degli azionisti di minoranza, assunzione di un numero significativo o della maggioranza delle azioni, responsabilità rafforzate del consiglio di amministrazione e dei direttori esecutivi, incremento della trasparenza delle attività delle società per azioni, in particolare se quotate in borsa, e simili). Infine, l'autore analizza pregi e difetti dei cosiddetti sistemi a una o due camere del potere esecutivo nelle società per azioni, come anche di determinate forme miste, concludendo che il legislatore non dovrebbe imporre un modello di consiglio di amministrazione, indifferentemente se con sistema a una camera (consiglio di amministrazione con direttori esecutivi) o a due camere (consiglio di amministrazione con direttori esecutivi e consiglio di sorveglianza), mentre dovrebbe lasciare alle stesse società per azioni (in concreto, agli azionisti) di scegliere il modello che li soddisfa meglio.

Parole chiave: *amministrazione societaria, consiglio di amministrazione, consiglio di sorveglianza, comitato indipendente, mandato, responsabilità, assemblea degli azionisti.*

ODGOVORNOST DRŽAVE ZA ŠTETU PROUZROKOVANU NEZAKONITIM ILI NEPRAVILNIM RADOM ORGANA UPRAVE

Dr. sc. Aldo Radolović, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Predsjednik Županijskog suda u Puli

UDK: 347.51:342.1
Ur.: 30. prosinca 2003.
Pr.: 4. veljače 2004.
Pregledni znanstveni članak

Analiza problema pokazuje da je naziv rada preuzak za sadržaj kojeg smo željeli iznijeti. Ne omogućava na primjer obradu pitanja odgovornosti države za rad sudova (koji, dakako, ne ulaze u sustav upravne vlasti).

Bolji bi naziv bio taj koji bi govorio o odgovornosti za rad "državnih organa". No to onda uključuje i analizu odgovornosti organa zakonodavne vlasti, što nam nije bilo namjera činiti.

Izvršena usporedba sa stanjem zakonodavstva i prakse u drugim državama (Austrije, Italije, bivše Jugoslavije, USA) pokazuje da hrvatsko prava čak (normativno) strože regulira odštetnu odgovornost države za rad organa uprave.

No, ta je regulacija preuzeta uglavnom iz bivše države gdje je ta regulacija više služila kao fasada nego kao stvarni izraz odgovornosti države.

Plediramo na (veću) suradnju građanskog i upravnog prava kako bi (znanstvenom sinergijom) došli do novih, boljih i pravno korektnijih rješenja u ovoj oblasti.

Ključne riječi: *država, odgovornost države, šteta, organi uprave, nezakonit ili nepravilan rad organa uprave, odgovornost države za rad sudova.*

I. Uvod

Odštetna odgovornost države već je bila predmetom znanstvene analize upravo u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci.¹

Mnogi, posve bitni, aspekti te odgovornosti već su dotaknuti, uključujući tu i odgovornost države za štetu koja nastaje djelovanjem organa koji nastupaju u ime države.

¹ S. Petrić: *Odgovornost države za štetu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23. br. 1/02., S. Petrić: *Odgovornost države za štetu od terorističkih akata s osvrtom na presudu Europskog suda za ljudska prava 48778/99*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24. br. 1, 2003.

Ipak, regulacija odgovornosti države za rad njene vlastite javne uprave nije baš u svemu privedena kraju, prije svega zbog toga što taj dio odgovornosti nije bio jedini (pa niti primarni) objekt analize. Ostale raspravljene teme su na neki način "zasjenile" onaj dio koji se odnosi na civilnu odgovornost države za rad njene javne uprave.

Moramo zapravo ovdje odmah točnije označiti objekt naše analize. Moramo napose precizirati mislimo li na državnu upravu u smislu jednog od dijelova klasične trodiobe državne vlasti ili pak na javnu upravu u širem smislu. Ovo drugo proširuje predmet našeg razmatranja i omogućuje na pr. doticanje i odgovornosti države za štetu koju počine sudovi.

Opredijelili smo se za ovu drugu varijantu, upravo zbog zahvaćanja odgovornosti države za štetu počinjenu u radu sudskog dijela državne vlasti. Teorijski bi se, doduše, onda ispitivanje odgovornosti države moglo "protegnuti" i na odgovornost države za rad zakonodavnih tijela, ali bi to bio zasigurno preširoko zahvaćen problem koji bi zašao i u vrlo dvojbeno pitanja ustavnopravne naravi.²

Ovim "izbjegavanjem" ustavnog prava ne možemo, međutim, izbjeći dilemu koja se već na samom početku rada neminovno postavlja: spada li odštetna odgovornost države za rad državnih organa³ u upravno ili u građansko pravo?

Tradicionalno - spada u upravno pravo. Takva podjela može i ostati, čak se može braniti i dodatnim argumentima u odnosu na uobičajene.⁴ No, ne valja previše robovati pravnoj metodologiji (što kamo spada) nego se posvetiti rješavanju problema koji je - rekli bismo - podjednako i ustavnopravne i građanskopravne naravi.

Činjenica je da se odgovornost države za štetu najviše i pojavljuje u zoni gdje građanima i pravnim osobama štetu nanosi državna javna uprava.⁵ Taj je socijalni kontakt građana i države na suvremenom stupnju socijalnog razvoja bitno pojačan, pa odatle i nužnost jače pravne regulacije ove materije.

Nema dvojbe da je - povijesno gledano - odgovornost države za štetu zbog rada njene uprave novijeg datuma. Više autora naglašava da proces počinje teći tek od druge polovice 19. stoljeća.⁶ Građani su danas, valja to posebno naglasiti, mnogo intenzivnije u kontaktu s aparatom državne uprave (u užem smislu te riječi) nego npr. sa sudovima. Zasigurno je taj proces, započet upravo drugom polovicom 19. stoljeća, ubrzao zanimanje za civilnu odgovornost države zbog rada njenih organa.

² Na moguću ustavnu dimenziju problema upozorava D. Kavran (*Odgovornost države za štetu nanetu radom uprave u uporednom pravu s posebnim osvrtom na anglosaksonsko pravo*, Beograd, *Pravni život* 9-10/1992. str. 1930). Autor upozorava da je ovaj problem najprije uočio I. Borković (izdanje knjige 1981.) ali primjećuje da problem nije "dublje razradio".

³ Termin "Naknada štete prouzrokovana radom državnih organa" upotrebljavan je 1992. godine na savjetovanju (tada) jugoslavenskih pravika na Kopaoniku. U vrlo obimnom izdanju s tog godišnjeg skupa pravika glava IX. posvećena je upravo navedenom pitanju odgovornosti države.

⁴ U talijanskom pravu se ustavnopravni karakter razmatrane materije brani i time što je suđenje o odštetnoj odgovornosti države za rad državnih organa u isključivoj nadležnosti upravnih sudova (R. Garofoli - G. M. Racca - M. De Palma, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano 2003., str. 4.).

⁵ I. Borković: *Upravno pravo*, Zagreb 2002., str. 132.

⁶ Tako: I. Crnić: *Naknada štete*, Zagreb, 1995., str. 123; I. Borković, op. cit., str. 132; S. Petrić: *Odgovornost države za štetu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 23. br. 1/02., str. 68.

Ovoj kratkoj analizi valja pridodati još neke razloge, prvo povijesne⁷ a drugo teorijske naravi.⁸

Ideje o trodiobi državne vlasti, vladavini prava, konceptu države kao servisa građanima, a ne vlasti nad njima, nužnost kontrole konstrukcijom njene odgovornosti za štetu - sve je to doprinijelo teoriji, zakonodavstvu i praksi odštetne odgovornosti države za rad njenih organa.

Na najvišoj razini pravne apstrakcije ipak valja reći da još uvijek nisu prevladane sve dvojbe oko javnopravnog ili privatnopravnog karaktera razmatrane materije, pa stoga nije do kraja završena ni rasprava spada li ta materija (definitivno i isključivo) u upravno ili privatno (građansko) pravo.

Nije nimalo pravno jednostavan odnos javnog i privatnog prava u materiji odštetne odgovornosti države za rad njenih organa. Prof. Püttner iz Tübingena (Njemačka) je to vrlo slikovito prikazao na primjeru kada zbog nezakonite (javnopravne) zabrane jednog javnog skupa određeni građanin trpi (privatnopravnu) štetu zbog neostvarenja koristi koju bi dobio davanjem u zakup svog poslovnog prostora.⁹

Njemačka udruga pravnika je 2002. godine izdala posebnu publikaciju pod nazivom "Ustavnopravni temelji i sistematizacija odgovornosti države" (*Verfassungsrechtliche Grundlagen und Systematik der Staatshaftung*).¹⁰

Pravo na naknadu štete od države priznaje se u tom smislu kao bitni uvjet pravne države. Govori se o primarnom i o sekundarnom pravu na tužbu radi naknade štete. Prvo polazi od subjektivnog javnog prava na naknadu štete (i ostvaruje se putem ustavnih i upravnih sudova), drugo se zasniva na privatnopravnom temelju koji svakoj fizičkoj i pravnoj osobi jamči pravo na naknadu štete. Tu, kako se u publikaciji ističe, dihotomiju između javnog i privatnog prava mora se imati u vidu jer u protivnom neće biti pravilne konstrukcije civilnopravne odgovornosti države.

Postoji i određen opći oprez u projekciji imovinske (civilne, građanskopravne) odgovornosti države. Ne zaboravimo nikad temeljnu činjenicu: država tu sama propisuje svoju odgovornost. Iskorak od manire feudalnog gospodara koji nije htio čuti za svoju odgovornost do moderne državne vladavine koja se stavlja do kraja u službu svojim građanima nikada ne ide bez problema.

⁷ D. Kavran (op. cit.) dug i spor proces evolucije odštetne odgovornosti države za rad njenih organa objašnjava dugotrajnom razbijenošću europskog pravnog prostora na male feudalne države s dominacijom vladara koji nisu dopuštali odgovornost države jer bi to bila njihova odgovornost za koju nisu htjeli čuti.

⁸ Autori Garofoli - Racca - De Palma (op. cit., str. 7) tvrde da je ukupno kašnjenje procesa i rezultat vrlo spore pravne evolucije problema civilnopravne odgovornosti države.

⁹ Günter Püttner, Beograd, Pravni život 9-10/1992. Autor je pritom uputio na knjigu prof. H. Langea "Naknada štete" (Tübingen 1990.) gdje se na najvišoj znanstvenoj razini obrađuju problemi javnog i privatnog prava u materiji odštetne odgovornosti države za rad njenih organa.- Primjer kojeg obrađuje prof. Püttner (zakup i zabrana javnog skupa) bio je za njemačko pravo posebno zanimljiv zbog tada projiciranog stava (koji je pao u fazi ustavnog ispitivanja već donijetog Zakona o odgovornosti države) da država odgovara samo za štetu nastalu zbog povreda temeljnih prava i sloboda. Skup, odgovara prof. Püttner, je temeljno ljudsko pravo, ali zakup i šteta nerealiziranog zakupa to svakako nije.

¹⁰ Internet, www.uni - halle dc.

Izvorno (prije druge polovice 19. stoljeća) civilne odgovornosti države nije bilo. Zatim je polagano počela, ali samo *ex gratiae*, da bi se potom sve više razvijala. No, neki recidivi neodgovornosti države su još ostali.¹¹

Povijesno kašnjenje pravne konstrukcije o civilnoj (imovinskopravnoj, građanskopravnoj) odgovornosti države je doista "jedna od misterija pravne evolucije".¹²

Danas, u cjelini gledano, vlada načelo (kao načelo u pravom smislu te riječi) civilnopravne odgovornosti države. Neodgovornost je iznimka, ali je ima.¹³

U svemu tome neizbježno je, makar i samo najlapidarnije, ukazati i na za nas sve izvjesniju europsku dimenziju problema. Europska Unija se za sada zadovoljava preporukama, kao što je npr. preporuka br. 89/665 i 92/13, kojima se intervenira u oblast javnog nadmetanja odnosno u oblast organiziranja javnih radova.¹⁴ Neke opće, europski jedinstvene koncepcije odštetne odgovornosti države za rad državnih organa (još) nema. Može se čak za bližu budućnost predviđati sličan proces: pojedinačne intervencije u određene oblasti (prije svega one za koje je kapital najviše zainteresiran), ali bez jedne, jedinstvene i sustavne teorije i koncepcije. Kakva će biti daljnja budućnost - nemoguće je predviđati.

II. Bitni teorijski problemi u konstrukciji građanskopravne odgovornosti države za rad organa države

Odštetna odgovornost države kao jedan od primjera "misterija pravne evolucije" uistinu zahtijeva prethodnu elaboraciju većeg broja dosta spornih pravnih pitanja.

Ovdje ćemo obraditi samo neka od njih.

1. Razlozi civilnopravne odgovornosti države za štetu izazvanu radom njezinih organa

Pravo na naknadu štete od države zbog rada njenih organa danas se u svijetu općenito uzima kao normalan i legitimni pravni interes.¹⁵

¹¹ D. Kavran, op. cit. Autor opisuje neke, još danas postojeće, aspekte neodgovornosti britanske Krune. Za primjer da države danas ipak u biti nerado radikalnije određuju vlastitu civilnu odgovornost, autor citira američkog suca Vrhovnog suda Holmsa, koji je 1970. godine rekao: "Ne može biti pune zaštite od štete nastale radom države koja zakone donosi i čiji sudovi utvrđuju što pravo ustvari jeste. To je kao da dignete pesnicu prema Nebu, a Nebo je to koje Vam omogućuje da pesnicu uopće podignete".

¹² B. Schwarz: *Administrative Law*, London 1991.; H. Wade: *Administrative Law*, London 1988; A. de Laubader: *Traité de droit administratif*, Paris, 1976.

¹³ Zacijelo je i to bio jedan od razloga zašto je Ustavni sud Njemačke 1982.god. poništio Zakon o odgovornosti države. Poništenje je ipak bilo rezultat "koraka unazad", jer je odgovornost države vraćena na opća pravila civilne odgovornosti po par. 839. BGB-a (navedeno prema G. Püttneru, op. cit., str. 1909.).

¹⁴ Garofoli - Racca - De Palma, op. cit. str. 38.

¹⁵ Garofoli - Racca - De Palma, op. cit. str. 105-114. Talijanski Kasacioni sud je 22. lipnja 1999. godine objavio odluku br. 500 kojom je najuže povezoao pravo građana (i pravnih osoba) na naknadu štete i upravo izvršenu (re)organizaciju državne uprave u kojoj je (između ostalog) upravnim sudovima data isključiva nadležnost suđenja u sporovima radi naknade štete protiv države. Kasacioni sud je naročito naglasio da kontrola zakonitosti upravnih akata kroz upravne postupke i upravne sporove nije dostatna jer stanje štete može "preostati" i nakon takve kontrole.

Problem je, naime, načelne naravi: ako državna uprava radi po zakonu, ako djeluje kroz upravne postupke gdje građani imaju pravo na odgovarajuće pravne lijekove, kako još onda govoriti i o posebnom (legitimnom) pravu na naknadu štete?

2. *Odgovornost države i/ili organa (također i službenika) koji je djelovao u njeno ime*

Inicijalno, do polovice 19. stoljeća, vladajuća teorija i praksa nedgovornosti države za rad državne uprave temeljila se na pravilu "King can do no wrong" odnosno "Le Roi ne peut mal faire" ("Kralj ne može pogriješiti").

No, postupno uvođenje načela odgovornosti države odmah je na pravnu scenu donijelo dva odnosno tri oblika (tri razine) odgovornosti: odgovornost države, odgovornost državnog službenika (ili organa) i solidarnu odgovornost države i službenika.¹⁶

Prvo se u praksi pojavila odgovornost službenika. U USA je to načelo na pr. vladalo do 1946., u Engleskoj do 1947. Kongres USA 1946. donosi Zakon o deliktnoj odgovornosti (Federal Tort Claims Act) kojim se ustanovljava načelo odgovornosti države za štetu počinjenu građanima i pravnim osobama od strane njihovih službenih djelatnika. Engleska je 1947. donijela Zakon o postupku države (Crown Proceedings Act) koji je omogućio građanima neposredno podnošenje tužbe protiv države u slučaju da su njeni službeni djelatnici izazvali štetu.

Francuska je prva razvila doktrinu o odštetnoj odgovornosti države za rad (njenih) državnih organa.¹⁷ Učinila je to prije i lakše zbog toga što se odgovornost države tražila (i našla) ne na načelima javnog nego na načelima privatnog prava. Njemačka je htjela ići drugim putem: iz upravnog (javnog) prava doći u privatno (građansko) pravo, i taj je pokušaj - kako kaže prof. Püttner - doživio potpuni brodolom. Zbog toga se i njemačko pravo vratilo na izvorne civilističke pozicije.

Glavno uporište za civilnu odgovornost države (i zbog šteta od rada organa države) nalazi se i danas u staroj rimskoj maksimi "*neminem laedere*". Ustavi razvijenih demokratskih zemalja sve više polaze od stava da svaki oštećenik ima pravo na naknadu štete.¹⁸

Pretpostavka odgovornosti države jest nanošenje trećem takve štete koja se može kvalificirati kao protupravna (*in ius*, protivna zakonu). Traži se, nadalje, ili krivnja ili neka druga osnova blizu krivnje.

Traži se, dakako, relevantna uzročna veza između štete i djelovanja organa državne uprave. Inicijalno se mislilo samo na materijalnu štetu, no noviji razvoj ide u pravcu priznavanja svakog oblika štete (biološka šteta, povreda prava ličnosti, prava na vlastitu sliku itd.).

¹⁶ I. Borković, op. cit., str. 132; S. Popović; *Odgovornost države za štetu nanetu građanima*, Beograd - Pravni život 9-10/1992.; D. Kavran, op. cit. str. 1932 citira presudu u čuvenom slučaju "Butz protiv Economou" iz 1978.: Službena osoba ne može ignorirati vlastita ograničenja koja su zakonom predviđena. Činjenica da je najprije uvedena odgovornost službenika u organu države a ne same države po sebi govori da je to još uvijek bio značajan napor da se država kao zasebni pravni subjekt izostavi iz sustava odgovornosti.

¹⁷ G. Püttner, op. cit., str. 1910.

¹⁸ Talijanski ustav iz 1946. (čl. 28.) određuje odgovornost države (ali i njenih dužnosnika) prema "kaznenim, građanskim i upravnim propisima". Građanski zakonik (Codice civile iz 1942.) sadrži pravilo da je na naknadu štete obvezan svatko tko drugome nanese štetu (čl. 2043.).

Austrija ima savezni zakon o odgovornosti organa područnih i drugih tijela, te zavoda javnog prava za štete koje su nositelju prava u izvršenju zakona neposredno nanijeli, tzv. Zakon o odgovornosti organa, od 18. svibnja 1967. (Sl. l. 181). Ima također poseban Zakon o odgovornosti države i pokrajina, iz 1948. (posljednji put noveliran 1989.).¹⁹

Oštećenim subjektima, po naravi stvari, najviše odgovara primarna odgovornost države. Država postavlja svoj aparat vlasti i za njega odgovara. Građanin koji je pretrpio štetu opravdano očekuje da će država izazvanu štetu i nadoknaditi. Svako upućivanje na odgovornost organa odnosno djelatnika organa izaziva mnogo više pravnih problema, svakako i mnogo više neizvjesnosti u efektivnoj realizaciji prava na naknadu štete.

Propisivanjem materijalne odgovornosti djelatnika u državnom organu (bilo primarno bilo sekundarno) država, osim toga, zalazi i u vrlo osjetljiva pitanja slobode rada tog istog organa i njegovih djelatnika. Na nekim područjima (sudovi na pr.) to je posebno osjetljivo. Nekad je i posebno teško razdvajati grešku državnog organa od greške djelatnika u tom istom organu, pa je i to razlog za inzistiranje na načelu primarne odgovornosti države.²⁰

3. Pravna osnova i kriterij odgovornosti za štetu prouzrokovanu djelovanjem organa državne uprave

Uobičajena pravna osnova odgovornosti države za štetu prouzrokovanu nezakonitim ili nepravilnim radom organa uprave je, kako smo već i naveli, ustav odnosne države. Negdje je (Njemačka na pr.) to Građanski zakonik (jer je propao pokušaj donošenja posebnog Zakona o odgovornosti države), negdje je (Italija) to istovremeno i Ustav i Građanski zakonik.

Mnogo je teže pitanje kriterija odštetne odgovornosti države na ovom području.

Poredbenopravnom analizom D. Kavran dolazi do zaključka da se u većini država suvremenog svijeta odgovornost države uglavnom shvaća kao odgovornost za rad drugih.²¹

U talijanskom pravu govori se o nezakonitosti, nedopuštenosti, neispunjavanju zakonskih obaveza i nekorektnosti (*illegittimitá, illiceitá, inadempimento, scorettezza*).²²

U ovom radu već prethodno navedeni propisi Republike Austrije govore o "neoprostivoj pogrešnoj radnji" kao osnovi naknade štete (st. 2. par. 2. Zakona o odgovornosti organa, iz 1967.). Ta "entschuld bare Fehlleistung" navodi se i u Zakonu o odgovornosti države i pokrajina (st. 2. par. 2. Org. HG). Autori Schragel i ostali

¹⁹ Oba su zakona, pogotovo ovaj drugi, prikazana u knjizi "Amsthaftungsgesetz" (AHG) autora: Schragel - Loebenstein - Kaniak, Beč 1990. Zakon o odgovornosti iz 1967., noveliran 1974. i 1985., govori (st. 1. i 2. par. 1.) o "osobama koje postupaju kao organi ...", dakle ima u vidu pojedinca u organu državne uprave. Njihov odnos treba se - tako kaže Zakon - cijeliti po javnom ili po privatnom pravu.

²⁰ S. Popović, op. cit., str. 1916. Prof. Popović stoga govori o teoriji kumulacije osobne greške i greške službe odnosno o praksi sudova da država odgovara za svaku nezakonitu radnju službenika pod uvjetom da štetna radnja nije bila bez svake veze sa službom.

²¹ Op. cit., str. 1930.

²² Garofoli i dr., op. cit., str. 99 i 179.

objašnjavaju da takva pravila izražavaju nužnost oslobađanja organa države od baš svake odgovornosti koja bi bila pravno - politički neopravdana.²³

Teorija građanskog prava naglašava da je još u rimskom pravu postojala tužba (*actio in factum*) protiv suca zbog nepravilnog obavljanja dužnosti. Za tu odgovornost bila je dostatna nerazboritost (*imprudencia*).²⁴

Krivnja je u građanskim zakonicima 19. stoljeća prvi i najvažniji kriterij svake odgovornosti za štetu. Kao pravilo ona ostaje i danas, iako dosta korigirana načelima objektivne odgovornosti i odgovornosti za rizik.²⁵

U odgovornosti države može se govoriti o krivnji u izboru djelatnika koji obnašaju poslove javne uprave ili o krivnji u njihovu radu. Tu se onda miješaju kriteriji odštetne odgovornosti po krivnji i odgovornosti za drugog.

No, u odgovornosti države za rad njenih organa evidentna je i odgovornost za slučajeve gdje uopće nema krivnje. To je tzv. odgovornost bez greške, bez krivnje.²⁶

To nije onda ni objektivna ni subjektivna odgovornost. Zapravo objektivna bi bila ako je shvaćamo samo kao kontrast odgovornosti po krivnji. No, objektivna odštetna odgovornost je primarno vezana za štetu od tehnike i tehnologije i vrlo je dvojbena svako njeno širenje izvan toga.

Francusko pravo, koje je i inače prvo uvelo (i) odgovornost javne uprave bez greške, bilo je uvijek složno u ocjeni tog rješenja kao pravičnog, ali se razilazilo u ocjeni pravne naravi te odgovornosti. Neki su to objašnjavali načelom jednakosti građana, drugi teorijom rizika i neophodnošću pravilne raspodjele tog rizika.²⁷

U našem je pravu (otuda i naslov ovog rada) uobičajeno govoriti o "nezakonitom ili nepravilnom radu" organa uprave kao osnovu odštetne odgovornosti države.

To je bila duga tradicija bivše (zajedničke) jugoslavenske države. S tog prostora i nadalje dolaze ista pravna mišljenja.

S. Popović²⁸ kao nezakonit rad osoba u organu državne uprave odnosno samog organa navodi: a) nezakonit upravni akt i b) nezakonitu radnju. Nezakonit akt odnosno nezakonitu radnju predstavlja svaka radnja koja je protivna pravu, čak i običajnom pravu ako ono postoji.

Isti autor kao "nepravilan rad" označava radnje "koje nisu u skladu s općim normama u vršenju službe odnosno djelatnosti".

Svakako je pojam "nepravilan rad" širi od pojma "nezakoniti rad". U cjelini se može reći da se kao nepravilan rad mogu označiti sve radnje državnih organa ili organizacija koje nisu u skladu s pojmom vršenja normalne i dobre službe.

²³ Schragel i dr., op. cit., str. 190-191. Naglašavamo jasno izražen stav autora da država ne smije biti izložena "baš svakoj odgovornosti" za rad njenih organa. Time se pledira (vrlo jasno!) na sužavanje odgovornosti države.

²⁴ P. Klarić: *Odštetno pravo*, Zagreb 1995., str. 8.

²⁵ P. Klarić, op. cit., str. 149.

²⁶ S. Popović, op. cit., str. 1923.

²⁷ S. Popović, op. cit., str. 1923-1924.

²⁸ Op. cit., str. 1919.

To je vrlo blisko prethodno citiranim pojmovima talijanskog prava (napose pojam *scorettezza* - nekorektnost).²⁹

4. Primjena pravila građanskog prava u odštetnoj odgovornosti države zbog djelovanja organa uprave

Dodir građanskog i upravnog prava je na ovom području vrlo jak. Samo upravno pravno nije dostatno za pravilno funkcioniranje zamišljenog mehanizma pravne odgovornosti države. No, s druge strane, ni građansko pravo ne može u cjelini odgovoriti na ista pitanja.

Na primjenu pravila građanskog prava izrijeком upućuje odredba iz st. 1. par. 1. austrijskog Zakona o odgovornosti organa, iz 1967. ("... nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts"). Isto se navodi i u st. 1. par. 1. (također austrijskog) Zakona o odgovornosti države, gdje se posebno dodaje da se šteta nadoknađuje samo u novcu ("Der Schade ist nur in Geld zu ersetzen").

Austrijski Zakon o odgovornosti organa govori samo o šteti na imovini kao mogućem objektu štete ("... Schaden am Vermögen ..."). Zakon o odgovornosti države govori, međutim, o šteti i na imovini i na osobama ("... für den Schaden am Vermögen oder an der Person ...").

Vrlo je zanimljiva i odredba iz Zakona o odgovornosti organa da u slučaju "omaške" odnosno "manje omaške" sud može smanjiti visinu naknade štete a može je i potpuno oprostiti (st. 1. par. 3.).

Važno je i austrijsko pravilo (u osnovi iz građanskog prava) da nema mjesta zahtjevu za naknadu štete ako se šteta mogla sanirati obraćanjem na Ustavni ili Upravni sud ili putem neke druge zakonske mjere (st. 1. par. 2.). Takav propust oštećenika valja uvijek kvalificirati ili kao vlastitu krivnju za štetu (koja isključuje pravo na naknadu štete) ili kao podijeljenu odštetnu odgovornost koja pravo na naknadu razmjerno smanjuje.

Talijansko pravo, kako smo već naveli, u novije vrijeme kao pravno relevantnu štetu priznaje i štetu na osobi (povreda života, tijela, privatnog života, prava na vlastitu sliku itd.).³⁰

Građansko pravo je, dakle, u predmetnoj materiji dragocjeno i nezaobilazno zbog čitavog niza pojmova koji se ovdje moraju koristiti: krivnja, podijeljena odgovornost, šteta, štetna radnja, uzročna veza između štete i štetne radnje itd.

I za uzročnu vezu (valja to posebno reći) vrijede pojmovi iz građanskog prava. Talijansko pravo to posebno naglašava³¹ jer se poziva na odredbe iz čl. 1223.-2056.

²⁹ Garofoli i dr. op. cit., str. 175-179. Ne valja zaboraviti da javna uprava često ima ovlast odlučivati po diskrecijskoj ocjeni. Tu nema izravne povrede zakona, ali u cjelini zakon (ipak) može biti prekršen. Odlučivanje po slobodnoj (diskrecijskoj) ocjeni nije protivno pojmu pravne države (jer organ uprave i dalje djeluje u okviru Zakona) i tome se doista ne mogu staviti "nikakvi prigovori" (I. Borković, op. cit. str. 84). No, konkretan način odlučivanja po slobodnoj ocjeni može biti protivan pojmu "vršenja normalne i dobre službe" (Popović) odnosno može biti protivan načelu "upravne korektnosti" (Garofoli i dr.).

³⁰ Garofoli i dr., op. cit. str. 346. Autori ipak priznaju da su dometi u tome još dosta skromni. Francusko pravo je tu mnogo hrabrije (S. Popović, op. cit. str. 1930.).

³¹ Garofoli i dr., op. cit. str. 199.

Građanskog zakonika. Polazi se od načela tzv. regularnog kauzaliteta ("regolarità causale").

Nema adekvatne uzročne veze ako je na pr. štetu izazvao djelatnik državne uprave izvan obavljanja svoje službe. Svaka privatna aktivnost službene osobe nema veze sa službenom odgovornošću. Određene probleme u praksi uvijek će, međutim, izazivati tzv. granični slučajevi, tj. slučajevi gdje je teško praviti razliku između privatnog i službenog djelovanja konkretnog djelatnika državne uprave.

Opća je tendencija danas da država (kada odgovara) odgovara kao svaki drugi subjekt odgovornosti. U tom smislu posebno je važna i primjena svih načela građanskog prava (napose načela jednakosti stranaka). Valja ipak reći da se neke konsideracije primjene građanskog prava djelomice još izbjegavaju. Primjer za to je naknada nematerijalne štete koju neki već prakticiraju dosta široko (Francuska), drugi vrlo skromno i oprezno (Italija), treći (Njemačka) u dosta rezerviranim oblicima BGB-a (ti su odnosi i inače dosta uski, ne samo kada država odgovara za štetu zbog nezakonitog ili nepravilnog djelovanja organa uprave).

5. Nadležnost u sporovima radi naknade štete u slučajevima odštetne odgovornosti države za rad javne uprave

Dihotomija javnog i privatnog, upravnog i građanskog prava u ovdje razmatranoj materiji izaziva i dihotomiju sudske nadležnosti. Sporove iz ove oblasti sude i redovni sudovi i upravni sudovi.

Italija se kompletno opredijelila za upravno sudstvo. Osim elemenata tradicije snažno se za takvu organizaciju nadležnosti koristi i argumentacija da su to specijalizirani (specifični) sudovi za jednu vrlo specifičnu oblast koja predstavlja spoj građanskog i upravnog prava.³² Takva je organizacija nadležnosti definitivno uvedena zakonom br. 1034, iz 1971. godine.

Redovno sudstvo ima uvijek druge prednosti: stabilniju organizaciju, uhodanu praksu, veću vezu sa strukom i znanošću, veći osjećaj stvarne sudske samostalnosti itd.

Načelno gledano, nije presudno hoće li suditi redovni ili upravni sudovi. Bitno je samo obje vrste sudova osposobiti za takvo suđenje. Redovni sudovi pokazuju malu sklonost praćenju upravnih propisa i upravnog prava, a "nezakonit ili nepravilan rad" još uvijek se smatra pitanjem prava (kojeg sud mora poznavati), a ne pitanjem činjenica koje bi sud mogao utvrđivati putem dokaza (po potrebi i saslušanjem vrhunskog stručnjaka upravnog prava kao sudske vještaka).

Prije podizanja tužbe uobičajeno se traži prethodni postupak pokušaja sporazumijevanja (tako na pr. par. 7. austrijskog Zakona o odgovornosti organa).

III. Regulacija odštetne odgovornosti države za rad organa državne uprave u hrvatskom pravu

Hrvatsko pravo na razmatranom području odgovornosti pokazuje, općenito gledano, ove iste tendencije kakve postoje u svijetu i kakve smo u osnovnim crtama prethodno izložili.

³² Garofoli i dr., op. cit. str. 235-250. Autori na tom mjestu čak kritiziraju isključivu nadležnost upravnih sudova, jer da na pr. daje ovlast upravnim sudovima za suđenje i o uspostavljanju prijašnjeg stanja kao i o svim drugim mogućim imovinskim pitanjima. To je, po ocjeni autora, previše i protivno je pojmu upravnog sudstva.

Nedostaju, međutim, sociološke analize problema koje bi (zasigurno) pokazale određeno zaostajanje. Ne zaboravimo, iza nas je dugi period pravno - političkog totalitarizma i totalitarne države koja nije dala mnogo prostora za vlastitu imovinsku odgovornost.

Pokušat ćemo u nastavku izvršiti usporedbu rješenja u hrvatskom pravu s provedbenim rješenjima o kojima smo govorili u prethodnom dijelu ovog rada.

1. Primarna ili sekundarna odgovornost države?

Hrvatska je prihvatila načelo primarne odgovornosti države za štetu prouzrokovanu nezakonitim ili nepravilnim radom organa uprave.

U čl. 13. Zakona o sustavu državne uprave (NN 75/93., pročišćeni tekst 190/03.) jasno je rečeno da izazvanu štetu "... naknađuje Republika Hrvatska".

Vodeći autori iz upravnog i građanskog prava suglasni su u tome da to predstavlja primarnu odgovornost države u ovoj oblasti naknade štete.³³

Hrvatska država (za razliku od npr. Austrije) odgovara ne samo za tijela državne uprave nego i za:

- tijela lokalne samouprave i uprave za na njih prenesene poslove državne uprave i
- pravne osobe koje imaju javne ovlasti za na njih prenesene poslove državne uprave.

Za tijela lokalne samouprave i uprave odnosno pravne osobe koje imaju javne ovlasti nužno je podvući upravo navedenu značajku: "preneseni poslovi državne uprave". To jasno proizlazi iz cit. čl. 13. Zakona o sustavu državne uprave.

Izravna tužba protiv izravnog štetnika (djelatnika u državnoj upravi) sporna je, iako se čini mogućom po propisima o državnim službenicima i namještenicima.³⁴

2. Pravna osnova i kriterij odštetne odgovornosti za rad državne uprave u hrvatskom pravu

Ustav RH nema izravne odredbe o odgovornosti države za štetu. Poziv na Ustav moguć je samo općenito.³⁵

Glavna pravna osnova odštetne odgovornosti države u hrvatskom pravu je već spomenuti Zakon o sustavu državne uprave.

Uz taj Zakon od izvjesnog su značenja i drugi zakoni, kao na pr. Zakon o sudovima, Zakon o kaznenom postupku, Zakon o prekršajima itd.

Nesumnjivo je u pravu prof. Borković kada kritizira izostanak ustavne regulacije odgovornosti države.³⁶ To je za razvoj pravne države prevažno pitanje i mora imati mjesta u Ustavu.

³³ I. Crnić: *Naknada štete*, Zagreb, 1995. str. 127; I. Crnić: *Odgovornost države za štetu*, Informator 4371 od 27.01.1996.; I. Crnić, op. cit., str. 139 govori o primarnoj i neposrednoj odgovornosti države Hrvatske. Slično: S. Petrić, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, vol. 23. br. 1/02. 1/02, str. 19.

³⁴ I. Crnić, op. cit. str. 127.

³⁵ I. Crnić, op. cit., str. 125.

³⁶ I. Borković, op. cit., str. 139. To, kaže autor, bitno šteti oštećenima koji se prepuštaju zakonima koji su promjenjivi a zna ih biti i više što onda izaziva dodatne probleme.

O kriterijima odgovornosti države valja govoriti kroz građansko pravo.

ZOO (NN 53/91.) poznaje nekoliko kriterija odgovornosti: subjektivni, tj. po krivnji (st. 1. čl. 154., čl. 158.-163.), objektivni, tj. bez krivnje (st. 2. čl. 154., čl. 173.-177.), odgovornost za drugog (čl. 164.-168.) i odgovornost po osnovi pravičnosti (čl. 163.).

Teorija³⁷ razlikuje vlastitu odgovornost i odgovornost za drugog. U ovo drugo spadale bi: odgovornost za maloljetnike, za duševno bolesne i zaostale u umnom razvoju, odgovornost poslodavca za radnika i odgovornost pravne osobe za štetu koju trećima uzrokuju njezina tijela upravljanja.

“1. 13. Zakona o sustavu državne uprave govori (samo) o “nezakonitom ili nepravilnom radu”. To nisu termini građanskog prava.

Može se ipak prihvatiti da ova formulacija Zakona o sustavu državne uprave znači:

- odgovornost za drugog (za djelatnike koje je država uzela u svoju upravu) i
- ako su ti djelatnici postupali po krivnji koju se može kvalificirati kao “nezakonit ili nepravilan rad”.

Po nama bi to bila kombinacija odgovornosti za drugog i odgovornosti za krivnju.

Sporno može biti da li se i ovdje krivnja presumira (to je inače, načelo ZOO-a iz st. 1. čl. 154.). “Nezakonit ili nepravilan rad” morao bi se, po nama, dokazivati i ne može se presumirati. To bi ujedno bila nužna konsideracija sraza pravila upravnog i građanskog prava na ovom području.

Nema (barem ne većeg) spora oko shvaćanja bitnog pojma “nezakonitog ili nepravilnog rada”.³⁸

Ta su shvaćanja, u cjelini gledano, ujedno sukladna općim (u prethodnom dijelu ovog rada iznijetim) shvaćanjima o pojmu “nezakonitog ili nepravilnog rada organa uprave”.

Domaći autori ne raspravljaju pitanje je li sintagma “nezakonit ili nepravilan rad” predstavlja činjenični ili pravni dio spora. Prvi se dokazuje a drugi se mora poznavati. U sve razvijenijoj i sve razgranatijoj upravi postaje već pravnom fikcijom stav da bi sudac morao znati sve raskošnije razvijeno upravno pravo (urbanizam, ekologija, sanitet itd.).

3. Primjena pravila građanskog prava

U čl. 13. Zakona o sustavu državne uprave (koji, kako smo već naveli, predstavlja jedini i glavni pravni izvor i osnov odštetne odgovornosti države u hrvatskom pravu) uopće se ne govori o tome po kojim će se propisima oštećenicima dosuditi naknada štete na teret države. Ne spominju se uopće (kao na pr. u Austriji) pravila građanskog prava.

Primjena građanskog prava je, međutim, nužna. To je ujedno i ona važna, možda najvažnija, točka vezivanja upravnog i građanskog prava u ovoj oblasti.

Postoji opće suglasje da je primjena građanskog prava neophodna, ne samo zato što nema drugog propisa nego i zato što to mora ići po odredbama građanskog prava.³⁹

³⁷ Vedriš - Klarić: *Građansko pravo*, Zagreb 1998., str. 579-581. Ovakva podjela kriterija odgovornosti za štetu vrlo je prikladna i za pravilnu klasifikaciju odštetne odgovornosti države.

³⁸ I. Crnić, op. cit., str. 129; I. Borković, op. cit., str. 140.

³⁹ I. Crnić, op. cit., str. 135; S. Petrić, op. cit., str. 89.

Primjena propisa građanskog prava (na prvom mjestu - Zakona o obveznim odnosima) znači posebno:

- oštećenici mogu i u ovoj oblasti ostvarivati sve oblike popravljavanja štete (naknadu materijalne štete bilo u novcu bilo u restituciji, naknadu nematerijalne štete bilo u novcu bilo u nekom od poznatih oblika moralne satisfakcije)
- mogućnost primjene pravila o podijeljenoj odgovornosti za štetu (čl. 192., ZOO)
- zastara zahtjeva ide po ZOO-u (čl. 376.) i
- nužno je dokazati postojanje relevantne uzročnopsljedične veze između nastale štete i konkretno reklamiranog nezakonitog ili nepravilnog rada organa uprave.

Izvjescno je, međutim, što je na pr. pokazala kratka analiza talijanskog prava, da se svaki institut građanskog prava ne može uvijek do kraja primijeniti, nego je potrebno određeno analogno tumačenje. Pokazali smo to i naprijed iznijetim stavom da se krivnja organa uprave odnosno države ne bi presumirala nego dokazivala.

4. Sudska nadležnost i ostvarivanje prava na naknadu štete

Dihotomija odučivanja je i kod nas neizbježna. Ako traje upravni spor, radi se o nadležnosti upravnog suda. U protivnom (kao opća) ostaje nadležnost redovnih sudova.⁴⁰

Po čl. 13. Zakona o sustavu državne uprave priznaje se aktivna legitimacija onim subjektima i građanima, pravnim osobama i "drugim strankama" (to očito mogu biti samo one socijalne tvorevine koje nisu pravne osobe, ali im sud priznaje "ius standi in iudicio").

Podsjećamo da je talijansko pravo prihvatilo u potpunosti koncepciju o nadležnosti upravnih sudova. U Francuskoj postoji, na neki način, mješoviti sustav: za greške službe predviđa se nadležnost upravnih sudova, za osobnu grešku (u službi) nadležnost je redovnih, građanskih sudova.⁴¹

Opći propisi ne predviđaju prethodni pokušaj sporazumijevanja, ali to predviđaju neki posebni propisi.⁴²

Država RH najčešće će se naći u ulozi tužene stranke. No, može biti i u poziciji tužitelja kada ostvaruje regres prema izravnim štetnicima (djelatnicima svoje uprave). Regres je moguć uz uvjet namjerno ili krajnje nepažljivog nanošenja štete. To državnim službenicima i namještenicima daje uvijek određenu materijalnu, radnu i statusnu sigurnost.⁴³

⁴⁰ I. Borković, op. cit., str. 145 govori da su redovni sudovi "u pravilu" nadležni. To je točno, osim ako se zahtjev ostvaruje u upravnom sporu ili ako poseban propis predviđa nadležnost upravnog suda (tako i S. Popović, op. cit., str. 1922).

⁴¹ I. Borković, op. cit., str. 146.

⁴² ZKP (NN 110/97., 27/98., 58/99., 112/99. i 58/02.) sadrži posebne odredbe o postupku naknade štete i ostvarivanja drugih prava neopravdano osuđenih ili neutemeljeno uhićenih osoba (čl. 476.-484.). Prije podnošenja tužbe za naknadu štete oštećenik je dužan obratiti se sa svojim zahtjevom Ministarstvu pravosuđa radi postignuća nagodbe o postojanju štete te vrsti i visini naknade (st. 2. čl. 477.). Bez toga se tužba odbacuje (vidi: Pavišić - Vučković - Veić - Radolović, Komentar ZKP-a, Zagreb 1998., str. 451.). Za tu vrstu naknade štete ZKP sadrži i druge specifične odredbe: poseban rok zastare (st. 1. čl. 477.), izravnu odredbu da se tužba podnosi protiv RH (st. 3. čl. 478.), popis aktivno legitimiranih osoba na naknadu štete (čl. 480.) itd.

⁴³ I. Crnić, op. cit., str. 127. Osnov za regres države nalazi se u odredbi iz st. 2. čl. 72. (tada važećeg) Zakona o državnim službenicima i namještenicima (NN 74/94.). Zakon ne poznaje tužbu prema službeniku.

Država RH će odgovarati za štetu zbog svakog oblika krivnje, dakle i za običnu nepažnju. To je mnogo strože nego na pr. u talijanskom ili austrijskom pravu. Možda je i to konsideracija o kojoj bi valjalo temeljitije raspraviti.

IV. Odgovornost države za štetu koju građanima (i ostalim pravnim subjektima) nanose sudovi

Sudovi, svakako, nisu sastavni dio državnog mehanizma uprave. U tradicionalnoj trodiobi vlasti, sudovi su odvojeni i od zakonodavstva i od uprave.

Ipak, većina autora koji pišu o problematici odštetne odgovornosti države zbog nezakonitog ili nepravilnog rada organa uprave, gotovo nezaobilazno unutar tog konteksta govori i o odgovornosti države za rad sudova odnosno sudaca.

Slazemo se da je ovo doista neizbježan kontekst sveukupnog pitanja, ali je onda - preciznosti radi - pravilnije govoriti o odgovornosti države za rad "državnih organa". To onda pokriva cijelu materiju.

Sudbena vlast, svugdje u svijetu, ima sve veći i sve obuhvatnije značenje za razvitak pravnih odnosa u suvremenim zajednicama. Sve se više doista afirmira kao "vlast". Otuda i nužnost (budući je doista vlast) da i sudstvo bude podvrgnuto djelatnoj pravnoj odgovornosti.

Ta odgovornost ide u više pravaca: stegovnom (disciplinskom), kaznenom i materijalnom.⁴⁴ Sve ove odgovornosti u cjelini imaju za cilj jačanje svijesti sudaca da je i njihov rad podložan pravnoj provjeri. No, s druge strane, ta odgovornost ne smije ugroziti bitna načela na kojima počiva suvremena demokratska organizacija sudstva, napose ne načelo slobodnog i neovisnog suđenja.

1. Stegovna odgovornost sudaca

Stegovna (disciplinska) odgovornost sudaca regulirana je u hrvatskom pravu u odredbama iz čl. 20.-30. Zakona o državnom sudbenom vijeću (pročišćeni tekst - dodatak Ing registra br. 19, od 15. listopada 2001., NN 58/93., 49/99., 31/00., 107/00. i 129/00.).

Zakon, po načelu "*nullum crimen sine lege*" propisuje stegovna djela (st. 2. čl. 20.), a po načelu "*nulla poena sine lege*" propisuje i sankcije, stegovne kazne (čl. 21.) koje variraju od ukora do razrješenja od dužnosti.

Stegovna odgovornost je osobna odgovornost suca i s tim država, dakako, nema ništa. U tom smislu stegovno pitanje ne bi ni spadalo u odgovornost države ili (u najboljoj varijanti) spada samo onda kada stegovno djelo koincidira s izazvanom štetom.

Stegovna odgovornost sudaca predviđena je i drugdje u svijetu. Za nas može biti od značaja npr. regulacija u Austriji, gdje je stegovna odgovornost suca predviđena na dosta sličan način.⁴⁵

⁴⁴ U Njemačkoj postoji još jedan oblik odgovornosti sudaca: ustanova optužbe protiv suca (Richteranklage). Vidjeti o tome: P. Novoselec, Kaznena odgovornost sudaca, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 42/92.

⁴⁵ J. Shüller, predsjednik Zemaljskog građanskog suda u Grazu, Stručni referat na sastanku s izaslanstvom Županijskog suda u Puli, Graz, lipanj 2002. godine

Stegovna odgovornost samo ne smije ugroziti sučevu neovisnost. Sve drugo, sve ono što ne predstavlja slobodno donošenje odluke, može zahvatiti. U njemačkom je pravu samo sudbena djelatnost u užem smislu izuzeta od stegovne odgovornosti (der Kerbereich der Tätigkeit), i to je pravilo koje se i za nas može sugerirati.⁴⁶

Praksa u Hrvatskoj pokazuje priličnu neučinkovitost stegovne odgovornosti sudaca. Postupci se vode samo za ekstremne slučajeve neodgovornosti a i sankcije su vrlo blage i rijetke. Za sada se zamišljena stegovna odgovornost svodi doista samo na najdrastičnije slučajeve povrede pravila službe (nerad, neostvarivanje minimalnih rezultata, tučnjave na poslu i sl., čega u sudovima uopće ne bi smjelo biti). Zaboravlja se da stegovna odgovornost sudaca ima druge, mnogo više zadaće, napose one da suca potiče na pravilno obnašanje sudačke dužnosti.

2. Kaznena odgovornost sudaca

Mogućnost kaznene odgovornosti sudaca nije nespojiva s ustavnom pozicijom sudaca. Ta je odgovornost, u krajnjoj liniji, doista i u interesu sudaca jer u pravnoj državi nitko (pa niti suci) ne može ostati nedodirljiv.

Ni pravila o suđenju u vijeću ne isključuju tu odgovornost jer se uvijek može utvrđivati kako je glasovao sudac koji se poziva na odgovornost.⁴⁷

U užem smislu ni to nije odgovornost države, ali je za državu i građane posebno veže. Dakako, i tu kazneno djelo može koincidirati s nastankom određene štete.

Pritom valja reći da je doista dvojbena i ustavno pravilo (st. 2. čl. 121. Ustava RH, pročišćeni tekst NN 41/01.) da se sudac ne može pozvati na odgovornost za mišljenje pri donošenju sudbene odluke. Takva je ustavna formulacija preuzeta iz bivše države i bivšeg sustava gdje je ionako služila kao fasada za odluke koje su se stvarno donosile negdje drugdje. Nepoznavanje prava (npr. primjena zakona koji je prestao važiti ili neprimjena zakona koji je na snazi i sl.) nije "mišljenje" Ustavom zaštićeno, nego propust u radu kojeg treba sankcionirati adekvatnim oblikom odgovornosti.⁴⁸

Ključno kazneno djelo koje može počiniti sudac bilo je, dugo vremena, "kršenje zakona od strane suca". U sadašnjem KZ-u (NN 110/97., 50/00., 129/00. i 51/01.) tog djela više nema.

KZ sada predviđa: zlorporabu položaja i ovlasti (čl. 337.), zlorporabu obavljanja dužnosti državne vlasti (čl. 338.) i nesavjestan rad u službi (čl. 339). Moguća su, dakako, i klasična kaznena djela, a npr. i primanje mita (čl. 347.).

Kaznenoj odgovornosti suca valja prići s posebnim oprezom. Tu, ako je neosnovan, napad na suca može imati upravo katastrofalne posljedice.⁴⁹ Zanimljiva je s tim u svezi npr. znanstvena rasprava oko moguće neizravne namjere suca.

⁴⁶ P. Novoselec, op. cit., str. 652.

⁴⁷ P. Novoselec, op. cit., str. 652.

⁴⁸ Ova konsideracija može (svakako) izazvati jaču raspravu. Sigurno je ipak jedno: nedopustivo je da se i stegovna i kaznena odgovornost sudaca bave samo krajnje neprihvatljivim ispadima sudaca. Treba ih "proširiti" i na način na koji oni obavljaju svoju profesionalnu dužnost.

⁴⁹ K. Turković: Jesu li krivično odgovorni suci nezavisni suci, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 4/92.

Njemačko pravo ne prihvaća taj oblik krivnje jer ga smatra izrazito neadekvatnim za kaznenopravnu ocjenu rada i ponašanja suca.⁵⁰

Sociologija⁵¹ kriminaliteta nositelja sudačkih funkcija pokazuje vrlo mali broj kaznenih postupaka. Ne bi bilo dobro da je toga previše, ali se čini da bi stvarna situacija ipak zahtijevala veći broj postupaka i (napose) da bi od slučajeva krajnje neprihvatljivih ispada valjalo napraviti iskorak prema profesionalnim povredama koje se mogu kvalificirati kao kaznena djela.

3. Građanska (imovinska) odgovornost sudaca

Ciljevima stvaranja visokokvalitetnog sudstva služi i materijalna (civilna, građanska, imovinska) odgovornost sudaca.

Po Zakonu o sudovima RH (pročišćeni tekst dodatak Ing registra br. 16 od 31. kolovoza 2001.; NN 3/94., 100/96., 131/97. i 129/00.) Republika Hrvatska odgovara za štetu koju u obnašanju sudačke dužnosti nanese sudac građanima ili pravnoj osobi svojim nezakonitim ili nepravilnim radom (st. 1. čl. 67.). RH ima protiv suca pravo regresa "kada je sudac štetu učinio namjerno ili iz krajnje nepažnje" (st. 2. čl. 67.). Regresni zahtjev zastaruje za šest mjeseci od dana isplate naknade oštećeniku (st. 3.).

Tu se, dakle, priziva odgovornost države. Čak s formulacijom identičnoj Zakonu o sustavu državne uprave ("nezakonit ili nepravilan rad"). To je ujedno i razlog da se materijalna odgovornost sudaca raspravlja u okviru odštetne odgovornosti države.⁵²

Protiv suca izravna tužba ne bi mogla biti podnijeta. Ustavna pozicija suca priječi moguću primjenu odredbe iz čl. 170. ZOO-a.

O osjetljivosti materijalne odgovornosti sudaca posebno govori iskustvo Republike Italije.

Radi se o posebnom Zakonu br. 117 iz 1988. Sadrži svega 17 članaka, ali mnogo načelnih stavova.⁵³

Bitne postavke talijanskog Zakona br. 117 iz 1988. jesu ove:

- za štetu koju građanima nanese magistrati (suci i državni tužitelji koji su svi zajedno "magistrati") materijalno odgovara država
- oštećeni građanin ili pravna osoba ne može ni u kom slučaju podnijeti tužbu osobno protiv magistrata

⁵⁰ P. Novoselec, op. cit., str. 644. U hrvatskom pravu nema osnova za isključenje kaznenopravne odgovornosti suca koji je postupao s neizravnom namjerom. Moguće bi o tom pitanju, u jednoj budućoj projekciji odgovornosti sudaca, također valjalo temeljitije promišljati.

⁵¹ Prema podacima Zavoda za statistiku za razdoblje od 1988.-1992. proizlazi sljedeće: zbog kaznenog djela iz čl. 223. tada važećeg KZ-a osuđena su samo dva suca, u jednom je slučaju donijeta oslobađajuća presuda a u 21 slučaju postupak je obustavljen.

⁵² Tako: I. Crnić, Informator, op. cit., str. 133.

⁵³ Hrvatskoj pravnoj javnosti je ovaj talijanski zakon posebno predstavio prof. Triva: Materijalna građanskopravna odgovornost za protupravno djelovanje sudbene vlasti u talijanskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 42/92.

Sa stranica interneta "skinuli" smo izuzetan rad Roberta De Martina iz 1990.: La responsabilità civile del giudice. Tu je data puna povijesna, filozofska i pozitivnopravna analiza civilne odgovornosti sudaca u Italiji.

- osnova odgovornosti je krajnja nepažnja (colpa grave) u vršenju službe
- država ima pravo regresa protiv magistrata (azione di rivalsa) samo u nekim, taksativno navedenim (najtežim) slučajevima krajnje nepažnje
- magistrat koji je izazvao štetu ni u kom postupovnom svojstvu ne može biti stranka, ali može intervenirati u svim fazama i stupnjevima i
- državni je tužitelj obavezan protiv magistrata za kojeg država materijalno odgovara pokrenuti odgovarajući stegovni postupak.

De Martino je sve to ocijenio kao kompromis načela odgovornosti i načela neovisnosti suda (magistrata), čak kao prevagu načela zaštite neovisnosti suca. Posebnu vrijednost zakona vidi u tome što odgovornost države jamči oštećenima veću mogućnost efektivne naplate dosuđene naknade štete.

U hrvatskoj teoriji građanskog prava T. Josipović i I. Gliha⁵⁴ podvlače kao (već opće pravilo) primarnu materijalnu odgovornost države za štete koje nanesu sudovi.

Autori s pravom primjećuju da hrvatski Zakon o sudovima ne uređuje u cijelosti pretpostavke odgovornosti države za štetu koju nanose sudovi. Ističu napose nužnost brige o tome da sudac štetu mora izazvati isključivo u obavljanju sudačke dužnosti i da reklamirana šteta mora biti posljedica nezakonitog ili nepravilnog rada suca. Ne ulaze pobliže u razradu pojma "nazakonit ili nepravilan rad suca", već se uglavnom zadovoljavaju postojećom upravno-pravnom interpretacijom ovih pojmova. Ne isključuju osnovu odgovornosti države čak i u slučaju pravomoćnih odluka.⁵⁵

Praksa pokazuje vrlo mali broj slučajeva odštetne odgovornosti države u Hrvatskoj. Možda će sve učestalije presude Europskog suda za ljudska prava (u javnosti već općepoznati slučajevi Kutić, Kastelic, Šahini, Čuljak i dr.) potaknuti Republiku Hrvatsku i na moguće regresne zahtjeve protiv sudaca.

Sudove treba kadrovski i materijalno opremiti, dati im sve uvjete za rad i onda im postaviti visoke radne i profesionalne zahtjeve. Sada nekako (nažalost) još uvijek vlada pravilo: malo ti dajem, malo od tebe tražim.

I pravni sustav treba učiniti sveukupno kvalitetnijim. Uz loše zakone, nejasnu i nestalnu praksu i sl. nije moguća posebno kvalitetna pravda.

U ovom aktualnom trenutku važniji je zadatak stvaranje pravih uvjeta za rad sudaca nego materijalna odgovornost države za njihov pogrešan rad. No, i ovo drugo mora doći u obzir, svakako sve više kako se budu poboljšavali uvjeti rada u sudstvu i ukupno stanje u državnom pravnom sustavu.

V. Zaključak

Analiza odgovornosti države za štetu prouzrokovanu nezakonitim ili nepravilnim radom organa uprave omogućuje više zaključaka, napose ove:

⁵⁴ T. Josipović - I. Gliha: O građanskopravnoj odgovornosti sudaca, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu 42/92.

⁵⁵ Po našoj ocjeni pravomoćna sudska odluka može smanjiti (podijeljena odgovornost) obvezu države na naknadu štete, ali ju ne isključuje, barem ne kao pravilo. Austrija na pr. isključuje odgovornost za odluke Vrhovnog i Ustavnog suda.

- ciljevi pravne države u svemu opravdavaju ovu odgovornost
- pod pojmom "organi uprave" valja zahvaćati i druge državne organe (posebice sudove), pa je tako pravilnije govoriti o "odgovornosti za štetu prouzrokovanu radom državnih organa"

- materijalna odgovornost države treba biti neposredna i primarna (manje je značajno, zapravo je posve nebitno, da li - kao na pr. Austrija - odgovaraju i pojedini dijelovi države)

- pravo regresa države prema konkretnom (svom) djelatniku koji je trećem izazvao štetu može biti samo iznimno prihvatljivo (prihvatljivo je rješenje da je to samo u slučaju namjere ili krajnje nepažnje)

- valja, glede osnova i kriterija odgovornosti države, usuglasiti pravnu terminologiju upravnog i građanskog prava (zbunjujuće djeluje izraz "nezakonit ili nepravilan rad" pa bi bilo pravilnije reći da se radi o subjektivnoj odgovornosti po krivnji u obliku namjere ili krajnje nepažnje kada je štetu izazvao djelatnik organa državne uprave svojim nezakonitim ili nepravilnim radom)⁵⁶

- odgovornost države, kao objektivna i za svaki nezakonit ili nepravilan rad, je zapravo prestroga (podsjetimo se - Austrija govori o "neoprostivoj greški", Italija o nedopuštenosti i nekorektnosti, a tu za suca država odgovara samo za štete izazvane namjerno ili krajnjom nepažnjom)

- hrvatsko pravo naslijedilo je iz bivše Jugoslavije sintagmu o odgovornosti države zbog "nezakonitog ili nepravilnog rada" organa uprave; to je - premda teorijski prestrog kriterij - u bivšem sustavu doista bila više fasada kojom se želio stvoriti privid o nekakvoj posebno povećanoj odgovornosti države (u sada nastalim socijalnim uvjetima, kada nikakva "fasada" više nije potrebna, valja doista razmisliti o našoj konsideraciji da je postojeća pravna regulacija odštetne odgovornosti države prestrogo postavljena)

- može se predvidjeti, prije podizanja tužbe, pravni put sporazumijevanja, posredovanja, mirenja i sl. (ne postoje, međutim, ni načelne zapreke da se tužba izravno podigne)⁵⁷

- nadležnost za rješavanje sporova može biti povjerena bilo redovnim bilo specijaliziranim (upravnim) sudovima (ako bi bila data u nadležnost redovnih sudova valjalo bi ozbiljno razmisliti o tome da li je "nezakonit ili nepravilan rad" činjenično ili pravno pitanje, jer - čini se - postoji više razloga da bude činjenično pitanje koje se utvrđuje (dokazuje čak i putem vještaka koji bi npr. bili posebno specijalizirani

⁵⁶ Ovo bi, u priličnoj mjeri, bio dosta značajan "zaokret" u teoriji i praksi. Ima, međutim, svoje puno opravdanje u inozemnom pravu. Dio te argumentacije smo u ovom radu izložili.

⁵⁷ Po odredbi čl. 99. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku (NN 117/03; st. 1. čl. 186 a u redakcijskom pročišćenom tekstu Informatora) osoba koja namjerava podnijeti tužbu protiv Republike Hrvatske dužna je prije podnošenja tužbe obratiti se nadležnom državnom odvjetništvu sa zahtjevom za mimo rješenje spora.

To je značajna novost u hrvatskom parničnom postupku. U sporovima radi naknade štete zbog nezakonitog ili nepravilnog rada organa uprave tužba se podnosi protiv Republike Hrvatske i stoga ova odredba ovdje ima poseban značaj.

Važno je istaći i to da se bez prethodnog obraćanja državnom odvjetništvu tužba odbacuje (st. 6), a podnošenje tužbe izazva prekid zastare (st. 3.).

stručnjaci nekih dijelova upravnog prava - urbanizma, saniteta, zaštite okoliša, zdravlja itd. Pravilo "iura novit curia" djeluje već doista kao puka fikcija).

Cjelokupna materija je inače doista negdje između upravnog i građanskog prava. Sadrži dijelove jednog i drugog. Ti dijelovi (i zbog tradicionalne podvojenosti naših nastavnih i znanstvenih disciplina) nisu najbolje koordinirani i određena sinergija je tu doista neophodna.

Postoji, nedvojbeno, dihotomija upravnog i građanskog prava, dihotomija javnog i privatnog i dihotomija upravnog i građanskog sudstva. O toj i takvoj konsideraciji mora voditi računa svaka pravna regulacija odštetne odgovornosti države za rad njenih državnih organa.

Navest ćemo na kraju nekoliko primjera, uglavnom uspješno postavljenih, ove odgovornosti:

- naknada štete zbog rušenja objekata čije je rušenje poništeno u drugostupanjskom upravnom postupku (VSH, Rev. 1303/96.)
- nanošenje pretjerano velike štete kod inače pravomoćno dozvoljenog rušenja bespravno sagrađenog objekta (VSH, Rev. 3215/90)
- nanošenje štete prilikom razminiravanja minskog područja na kojem se provodila obuka vojnika (VSH, Rev. 1798/96)
- tjelesne ozljede izazvane uporabom sile od strane djelatnika policije (VSH, Rev. 277/92)
- odbijen (!?) zahtjev za naknadu štete iako je sudac ovjerio ugovor o doživotnom uzdržavanju u kojem je kao objekt ugovora navedeno pravo koje nije u slobodnom pravnom prometu - stanarsko pravo (VSH, Rev. 2382/96)
- sve učestaliji broj naknada štete zbog materijalne odgovornosti države po Zakonu o kaznenom postupku (za neopravdano osuđene ili neutemeljeno uhićene osobe)
- štete izazvane po zatvoreniciima koji su pobjegli iz zatvora (VSH, Rev. 2403/81).

Valjalo bi sve ovakve slučajeve sistematski i konstantno pratiti. Naša je poznata boljka da se uglavnom zadovoljavamo samo normativnim sagledavanjem stvari (onim "kako treba biti"). Treba se, međutim, spustiti i na sociološkopravnu razinu jer ćemo samo onda vidjeti kako stvarno funkcionira ono što smo zamislili.

Na najvišoj razini teoretske (filozofskopravne) apstrakcije valjalo bi razmisliti i o odgovornosti države za rad njenih zakonodavnih tijela. Mnogi su parlamenti (i u prošlosti i danas) donosili zakone koji su bili protivni pozitivnom pravu (propisi poništeni pred ustavnim sudovima), a ponekad čak i protivni prirodnom pravu (na pr. brojne nacionalizacije). Nastale štete građanima i pravnim osobama u takvim slučajevima nije bio nitko dužan nadoknaditi.

Pravna država mora biti odgovorna država i u cjelini i u svakom svom pojedinom dijelu. Zamišljeni ciljevi materijalne odgovornosti države nisu tu da "straše" djelatnike koji nastupaju u ime države nego da ih potiču na kvalitetniji rad. Dakako, najvažniji objekt zaštite su pravo i pravda i korist koju će od toga imati građani i svi pravni subjekti u državi. Ni država ne smije biti blokirana u odvijanju svoje djelatnosti te ne bi trebala odgovarati za niže stupnjeve krivnje svojih djelatnika.

U svakom slučaju, jedna od poruka ovog rada je i ova: pravници upravnog i građanskog prava moraju više surađivati kako bi materija o odštetnoj odgovornosti države dobila svoju punu i pravilnu impostaciju. Bez toga bitnih pomaka nabolje neće biti.

Summary

STATE LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY ILLEGAL OR IRREGULAR PERFORMANCE OF ADMINISTRATIVE ORGANS

Analysis of the problem shows that the title of this article is too narrow for content we wanted to present. It does not, for example, allow discussion of the state liability for performance of courts (which, of course, do not form a part of state administration). A better title would be the one mentioning liability of "state organs". However, this would also include analysis of liability of legislative organs, and that was not our intention.

Comparison with legislation and case-law in other states (Austria, Italy, former Yugoslavia, USA) demonstrates that the Croatian law (normatively) has even stricter regulations on state liability for damage caused by administrative organs. However, these regulations were mostly inherited from the former state in which such provisions served more as a nice facade than as a real expression of state liability. We plead for (better) cooperation of civil and administrative law in order to find (by scientific synergy) new, better and legally more correct solutions in this field.

Key words: state, state liability, damage, administrative organs, illegal or incorrect performance of administrative organs, state liability for court performance.

Zusammenfassung

HAFTUNG DES STAATES FÜR SCHADEN, DER DURCH UNGESETZLICHE ODER IRREGULÄRE ARBEIT DER VERWALTUNGSORGANE VERURSACHT WORDEN IST

Die Analyse des Problems zeigt, dass der Titel der Arbeit für den Inhalt, der dargelegt werden soll, zu eng ist. Er ermöglicht z.B. nicht die Bearbeitung des Problems der Haftung des Staates für die Arbeit der Gerichte (die zweifelsohne nicht zum System der Verwaltung gehören).

Ein besserer Titel wäre der, der etwas über die Haftung für die Arbeit der "Staatsorgane" aussagen würde. Doch dies schliesse dann auch die Analyse der Haftung der gesetzgebenden Gewalt ein, was nicht unser Ziel ist.

Der Vergleich der Gesetzgebung und Rechtsprechung in anderen Staaten (Österreich, Italien, Exjugoslawien und den USA) zeigt, dass das kroatische Recht sogar (normativ) strenger die Schadenshaftung des Staates für die Organe der Verwaltung regelt.

Doch diese Regelung wurde vor allem aus dem früheren Staat übernommen, wo sie mehr als Fassade diente, als dass sie wirklicher Ausdruck der Haftung des Staates war.

Wir plädieren für (größere) Zusammenarbeit des bürgerlichen und Verwaltungsrechts um (durch wissenschaftliche Synergien) zu neuen, besseren und rechtlich korrekteren Lösungen in diesem Bereich zu gelangen.

Schlüsselwörter: Staat, Haftung des Staates, Schaden, Verwaltungsorgane, ungesetzliche und irreguläre Arbeit der Verwaltungsorgane, Haftung des Staates für die Arbeit der Gerichte.

Sommario

RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER DANNO CAUSATO DA ATTIVITÀ ILLEGALE O IRREGOLARE DI ORGANI DELL'AMMINISTRAZIONE

L'analisi del problema mostra che il titolo di questo lavoro è troppo limitato per il contenuto che volevamo presentare. Esso non consente la discussione della responsabilità dello stato per attività di tribunali (che, ovviamente, non fanno parte dell'amministrazione dello stato). Un titolo migliore sarebbe quello che menzioni la responsabilità degli "organi dello stato". Tuttavia questo includerebbe l'analisi della responsabilità degli organi del potere legislativo, ciò che non era nostra intenzione.

La comparazione con la legislazione e la prassi di altri stati (Austria, Italia, ex Jugoslavia, USA) dimostra che il diritto croato (normativamente) regola anche più severamente la responsabilità dello stato per danno causato da organi dell'amministrazione. Tuttavia, queste regolazioni sono state ereditate soprattutto dal precedente stato nel quale tali previsioni servivano più come bella facciata che reale espressione della responsabilità dello stato. Noi sosteniamo la (migliore) cooperazione del diritto civile e amministrativo per trovare (attraverso la sinergia scientifica) soluzioni nuove, migliori e legalmente più corrette in questo campo.

Parole chiave: stato, responsabilità dello stato, danno, organi dell'amministrazione, attività illegale o irregolare di organi dell'amministrazione, responsabilità dello stato per attività di tribunali.

PRIMJENA ODREDBI ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA O ODGOVORNOSTI PRODAVATELJA ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE NA RAZNE VRSTE UGOVORA

Dr. sc. Zvonimir Slakoper, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.447.5(497.5)
347.426.6(497.5)
Ur.: 20. studenog 2003.
Pr.: 10. siječnja 2004.
Pregledni znanstveni članak

Prema odredbama čl. 121. st. 1. i 3. Zakona o obveznim odnosima kod ugovora s naknadom svaki ugovaratelj odgovara za materijalne nedostatke svog ispunjenja i na to se primjenjuju odredbe o odgovornosti prodavatelja. Kako su time odredbe o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke inkorporirane u opći dio Zakona o obveznim odnosima, kako su odredbe o odgovornosti prodavatelja primjerene obvezi predaje stvari, te kako obveze dužnika u raznim vrstama ugovora ne podrazumijevaju uvijek obvezu predaje stvari, postoji potreba prilagođavanja odredbi o odgovornosti prodavatelja obvezama u drugim ugovorima odnosno drugim oblicima obveza. Imajući to u vidu u radu se raspravljaju mogućnost i način primjene odredbi o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke na druge oblike obveza, tj. na obveze činjenja, propuštanja i trpljenja. Drugim riječima, odredbe o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke dovode se na općeniti nivo potreban da bi se one na odgovarajući način primijenile na razne vrste ugovora odnosno obveza i u tom smislu prilagođavaju zahtjevu za primjenom i na druge vrste ugovora, a ne samo na ugovor o prodaji. Pritom je korištena dostupna domaća literatura i sudska praksa, te poredbeni propisi i literatura.

Ključne riječi: *obvezno pravo, ugovori, odgovornost za materijalne nedostatke, ugovor o prodaji, razne vrste ugovora, pojam materijalnih nedostataka, pretpostavke odgovornosti za nedostatke, obavještanje o nedostacima, zahtjev za ispunjenje, raskid ugovora zbog nedostataka, sniženje cijene, naknada štete zbog nedostataka, prestanak odgovornosti za nedostatke.*

I. Uvod

Odredbe Zakona o obveznim odnosima¹ o materijalnim nedostacima ispunjenja strukturirane su tako da se u općem dijelu nalazi samo odredba koja utemeljuje odnosno određuje postojanje odgovornosti svakog ugovaratelja za materijalne nedostatke njegova ispunjenja² i upućuje na odgovarajuću primjenu odredbi o odgovornosti prodavatelja na dužnike iz drugih ugovora, podredno eventualno postojećim specijalnim odredbama o pojedinim vrstama ugovora.³

Time su odredbe o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke⁴ “na odgovarajući način” inkorporirane u opći dio ZOO-a.

No one su uobličene tako da podrazumijevaju nedostatke predane stvari, što proizlazi iz dikcije čl. 479. ZOO-a koji u četiri točke izrijekom govori o “stvari” i određuje kad stvar ima nedostatke. Ujedno bi ovakva dikcija dovela do zaključka kako se ovdje radi o tjelesnim stvarima⁵.

Kad se drugi imenovani ugovori promotre sa stajališta pitanja podrazumijeva li dužnikova obveza nužno i predaju neke tjelesne stvari vjerovniku, moguće je zaključiti kako - uz ugovor o prodaji - takvu obvezu sadrže i ugovori o zakupu, zajmu i građenju.

Istovremeno je moguće pobrojiti više vrsta ugovora u kojima obveze barem jedne strane uopće ne podrazumijevaju bilo kakvo davanje stvari ili uz obvezu davanja stvari obuhvaćaju i obveze koje se ne sastoje u tome. Temeljna obveza posrednika je “...da nastoji naći i dovesti u vezu s nalogodavateljem osobu...”.⁶ Obveza izvoditelja djela može biti i sam “popravak ... ili izvršenje kakva fizičkog ili intelektualnog rada”.⁷ “Ugovorom o ortakluku ... se obvezuju dvije ili više osoba uložiti svoj rad ...”.⁸ Jedna od obveza davatelja isključive licence sastoji se u tome što on “ne može ni u kom obliku sam iskorištavati predmet licence...”,⁹ dok to pravo ima stjecatelj licence, a “ako predmet licence čine nepatentirani izum ... stjecatelj licence je dužan čuvati ga u tajnosti”.¹⁰ Kad se ove obveze dovedu na apstraktnu razinu, onda je moguće uočiti kako se obveze izvoditelja i ortaka između ostalog mogu sastojati u - a obveza posrednika sastoji u - činjenju. Jedna obveza davatelja licence sastoji se u trpljenju, a druga - kao i spomenuta obveza stjecatelja licence - u propuštanju.

¹ NN 53/91., 73/91., 3/94., 7/96. (dalje: ZOO).

² Prema odredbi čl. 121. st. 1. ZOO “*kod ugovora s naknadom svaki ugovaratelj odgovara za materijalne nedostatke svog ispunjenja*”.

³ Prema odredbi čl. 121. st. 3. ZOO “*na ... obveze prenosioca na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ovog zakona o odgovornosti prodavaoca za materijalne ... nedostatke, ako za određeni slučaj nije što drugo propisano*”.

⁴ Čl. 478. - 500. ZOO

⁵ Prema Gorenc, Vilim: *Trgovačko pravo - ugovori*, 3. izdanje, s. 66. “*danas ... prevladava shvaćanje da su stvari ljudskim osjetilima i raspolaganju dostižni postojeći, ili mogući, budućí materijalni dijelovi prirode*”.

⁶ Čl. 813. ZOO

⁷ Čl. 600. ZOO

⁸ Čl. 647a. ZOO

⁹ Čl. 695. ZOO

¹⁰ Čl. 698. ZOO

Onda kad se dužnikova obveza sastoji u predaji neke tjelesne stvari, odredbe o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke moći će se primijeniti bez značajnijih modifikacija. Ali kad se dužnikova obveza ne sastoji u predaji tjelesne stvari, nego u činjenju, propuštanju ili trpljenju, otvorit će se najprije pitanje mogu li se odredbe o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari uopće primijeniti. Ako bi odgovor na ovo pitanje bio potvrđan, onda kako, odnosno koje su modifikacije pravila o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke tjelesne stvari, potrebne.

Budući da odredba čl. 121. st. 3., ZOO određuje primjenu odredbi o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke na sve prenositelje iz svih ugovora - čija obveza se može sastojati ne samo u davanju tjelesne stvari, nego i u činjenju, propuštanju i trpljenju - može se zaključiti kako ova odredba upravo podrazumijeva da je (odgovarajuća) primjena odredbi o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke moguća i na druge vrste odnosno oblike obveza.

Na tu mogućnost također upućuju jedan zamišljeni i jedan stvarni slučaj.

Izvoditelj se obvezao naručitelju u računalo ugraditi računalne programe potrebne za projektiranje svih vrsta plovila do dužine 8 metara. Izvoditelj ispuni obvezu pravovremenom ugradnjom programa - koji nisu materijalna stvar nego set uputa - ali naručitelj uopće ne uspije pokrenuti programe za projektiranje jedrilica nego samo programe za projektiranje plovila na motorni pogon. Očito je da izvoditelj nije uredno ispunio svoju obvezu, a kako se opisane činjenice nikako ne mogu podvesti pod pojmove zakašnjenja, neispunjenja ili pravnih nedostataka, opisano činjenično stanje moguće je podvesti jedino pod pojam materijalnih nedostataka. Materijalne nedostatke, također očito, nema "stvar", jer ona nije ni bila predmet obveze.

"Ugovor o isporuci toplinske energije po svojoj je prirodi ugovor o prodaji pa je korisnik kao kupac bio obvezan pravovremeno i uredno obavijestiti tužitelja kao prodavatelja ... o eventualnim nedostacima na uređajima ... što ima za posljedicu da se ne isporučuje toplinska energija u ugovorenim količinama i tek kad je tako postupio, može zahtijevati sniženje cijene..."¹¹. Iako je ovdje očito da se obveza jedne strane nije sastojala u predaji tjelesne stvari - nego u isporuci toplinske energije - sud je primijenio odredbe o materijalnim nedostacima prodane stvari.

Kako drugi mogući oblici obveza - osim obveze davanja stvari - ne podrazumijevaju uvijek postojanje tjelesne stvari, ispravan općeniti prikaz odgovornosti "prenositelja" za materijalne nedostatke njegovog ispunjenja u prvom redu podrazumijeva pronalaženje odgovarajućeg izraza kojim bi se zamijenio izraz "stvar" i koji bi obuhvatio sve oblike u kojima se obveze mogu pojaviti (davanje, činjenje, propuštanje i trpljenje). Takav prikaz nadalje podrazumijeva uočavanje onih općih pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke, koja se na pojedine ugovore ili obveze ne mogu primijeniti odnosno čija primjena podrazumijeva više otvorenih pitanja.

Posebna pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke postoje kod ugovora o zakupu, o djelu, o građenju, o prijevozu i o licenci. Ta pravila su specijalna, ali i manje iscrpna od općih pravila - iz ugovora o prodaji - i imat će prvenstvo u primjeni.

¹¹ Odluka PSH Pz-2756/88 od 26. rujna 1989. u Pregledu sudske prakse Naše zakonitosti (dalje: PSP NZ) 43/177.

Tamo gdje postoje pravne praznine, one će se (na odgovarajući način) nadopunjavati pravilima o materijalnim nedostacima kod ugovora o prodaji. Kad se radi o ugovorima za koje nisu propisana posebna pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke, na odgovarajući će se način primijeniti sva posljednje spomenuta pravila, ali u onoj mjeri i na onaj način kako to odgovara prirodi dužnikove obveze.

Osim toga kroz propise i literaturu prikazat će se neka stajališta austrijskog, francuskog, njemačkog, švicarskog i talijanskog prava. Prikaz ne obuhvaća common law zato što u njemu "nema koncepta koji odgovara pojmu objekta" obveze¹² te zbog bitnih razlika u konceptu posljedica ispunjenja koje nije u cijelosti odgovaralo ugovoru.¹³ Korišteni strani propisi - izuzevši austrijski Opći građanski zakonik (dalje: ABGB) - ne sadrže odredbu koja bi odgovarala čl. 121., ZOO, nego se o odgovornosti za materijalne nedostatke govori u okviru odredbi o ugovoru o prodaji. Zato se katkad ustanovljava kako je pitanje primjene odredbi o odgovornosti prodavatelja na druge vrste ugovora sporno,¹⁴ a katkad upućuje na mogućnost primjene tih odredbi i na one obveze koje ne podrazumijevaju nužno tjelesne stvari.¹⁵ Jedino ABGB sadrži odredbe o odgovornosti za materijalne nedostatke u općem dijelu,¹⁶ iz čega se može zaključiti načelno protezanje primjene tih odredbi na sve vrste ugovora kao i u hrvatskom pravu.

2. Opći pojam materijalnih nedostataka

2.1. Osoba koja odgovara za nedostatke

Prije upuštanja u opći pojam materijalnih nedostataka držimo da je potrebno pronaći odgovarajući izraz za osobu koja odgovara za te nedostatke.

Odredba čl. 121. st. 3., ZOO pokušava svoju dikciju prilagoditi primjeni pravila o odgovornosti prodavatelja i stoga osobu koja odgovara za materijalne nedostatke imenuje kao "prenositelja". Po mišljenju autora ovaj izraz nije posve primjeren zato što se često rabi za označavanje prenositelja prava i zato što semantički nije spojiv s obvezama činjenja, propuštanja i trpljenja, jer dužnici tih obveza ništa ne prenose svom suugovaratelju. Zbog toga držimo da je primjereniji izraz "dužnik", pa će se taj izraz dalje rabiti za osobu koja odgovara za materijalne nedostatke.

¹² Nicholas, Barry: *The French Law of Contract*, 2002., s. 114.

¹³ V. npr. Treitel, G.H.: *The law of Contract*, 1995., s. 748. koji navodi kako je "defective performance" (ispunjenje s nedostacima) samo jedan od oblika povrede (breach) ugovora, a postoji čim se ispunjenje razlikuje od obećanja bilo glede vremena, količine ili kvalitete. V. također Chitty on Contracts, 27. izdanje, Vol. 1., s. 302.-303.

¹⁴ Muenchener Kommentar Buergerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. izdanje (dalje: MK), komentar ispred čl. 320.

¹⁵ Na mogućnost primjene odredbi o materijalnim nedostacima prodane stvari i na takve obveze u švicarskom pravu upućuje se navođenjem kako je "temeljno prodaja tražbina podvrgnuta propisima o odgovornosti za materijalne nedostatke kod ugovora o prodaji, a odstupanja od tih pravila samo su nužna posljedica druge vrste predmeta prodaje" (Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, 1. Teilband, 1. Abschnitt, 2. izdanje, s. 304. (dalje: Berner Kommentar).

¹⁶ Par. 922. - 933. ABGB

2.2. Izraz “materijalni” nedostaci i objekt koji ih ima

Opća odredba čl. 121. st. 1. ZOO, koja ustanovljava odgovornost za materijalne nedostatke, samo pojmovno naznačuje da “svaki ugovaratelj odgovara za materijalne nedostatke svog ispunjenja”, a da točnije ne odredi opći pojam materijalnih nedostataka odnosno a da na općeniti način ne odgovori na pitanje “kad ispunjenje ima materijalne nedostatke?”. Kako st. 3. istog članka upućuje na odgovarajuću primjenu odredbi ZOO-a o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke, odgovor na to pitanje potrebno je potražiti u odredbi čl. 479. ZOO, koja pobliže opisuje slučajeve postojanja materijalnih nedostataka u ugovoru o prodaji. No, ova odredba - oblikovana primjereno obvezi prodavatelja da kupcu preda ugovorenu stvar - govori o nedostacima “stvari”, a ne o “nedostacima ispunjenja”.

U dijelu literature “pod ispunjenjem ... se razumijeva ... izvršenje one dugovane činidbe koja je predmet dužnikove obveze” odnosno “faktična činidba, realni akt kojim se dugovani sadržaj postojeće obveze realizira”¹⁷. Kako - općenito govoreći - predmet dužnikove obveze odnosno dugovani sadržaj - objekt obveze - može biti svako dopušteno i objektivno moguće davanje, činjenje, propuštanje ili trpljenje, obveza se - dosljedno citiranom - u najširem smislu ispunjava davanjem, činjenjem, propuštanjem ili trpljenjem. Zbog toga bismo ispunjenjem uzeli ono davanje, činjenje, propuštanje i/ili trpljenje na koje je dužnik obveznopravnog odnosa bio obvezan odnosno koje je činilo predmet dužnikove obveze.

Prema tome, kad se radi o materijalnim nedostacima ispunjenja, radi se o faktičnim nedostacima odnosno manama¹⁸ davanja, činjenja, propuštanja ili trpljenja koje je predmet dužnikove obveze.

Dodatni razlog zalaganja za uporabu izraza “faktični” umjesto “materijalni” jest taj što izraz materijalni zbog semantičke vezanosti uz materiju i materijalno može nesvjesno navesti na pomisao da nedostatak ima stvar, tj. na nesvjesno suženje pojma faktičnih nedostataka u kojem bi se mogla izgubiti iz vida odgovornost za faktičke nedostatke ispunjenja onih obveza koje ne podrazumijevaju stvari nego se sastoje u činjenju, propuštanju ili trpljenju. Također držimo da izraz “faktični” primjerenije podcrtava razliku između tih nedostataka i pravnih nedostataka.

Kao što je spomenuto, radi se o nedostacima ispunjenja, pri čemu treba naglasiti kako se ovdje radi o ispunjenju u smislu svršene radnje odnosno propuštanja, a ne u smislu ispunjavanja koje još traje. Nedostatak nema samo ispunjavanje kao radnja koja traje, nego rezultat ispunjenja: nema nedostatak predavanje stvari s nedostatkom nego predana stvar, nema nedostatak popravlanje perilice za rublje koje neće imati za učinak njeno uredno funkcioniranje, nego rezultat popravlanja, tj. popravak nakon kojeg ona ne funkcionira uredno. Dakle, radi se o nedostacima koji postoje u trenutku kad je dužnik svršio s poduzimanjem radnji kojima ispunjava svoju obvezu tj. dovršio ispunjavanje odnosno ispunio obvezu.

¹⁷ Vizner, Boris - Bukljaš, Ivan: Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, 1978, (dalje: Vizner-Bukljaš), s. 1172.

¹⁸ Tako i Vedriš, Martin - Klarić, Petar: Građansko pravo, 4. izdanje (dalje: Klarić), s. 401.

2.3. Pojam “nedostatka”

Nedostatak odnosno mana izrazi su koji u svakodnevnom govoru nužno imaju pejorativni odnosno negativni prizvuk. No, takav prizvuk ili shvaćanje tih izraza je subjektivno i zavisno o osobnim gledištima neke osobe. Na primjer, postava parketa III. klase za osobu kojoj je važna (niža) cijena a ne izgled i vrsnoća, nije nedostatak nego prednost. Za osobu kojoj su izgled i vrsnoća važniji od cijene, postava parketa te klase svakako je nedostatak. Zbog toga je nužno postaviti objektivni kriterij za ocjenu postoje li nedostaci ili ne postoje, odnosno utvrditi u odnosu prema čemu treba promatrati ispunjenje.

Objektivni kriterij za ocjenu o postojanju nedostataka u prvom redu predstavlja ugovor jer je dužnik dužan ispuniti svoju obvezu “*u svemu kako ona glasi*”.¹⁹ Iz toga i iz načela stranačke autonomije proizlazi kako se pravni pojam materijalnih (faktičnih) nedostataka nikako ne mora podudarati sa svakodnevnim shvaćanjem izraza nedostatak, nego kako materijalni nedostaci postoje onda kad ispunjenje u svojim faktičkim elementima odstupa od faktičkih elemenata obveze kako su oni ugovoreni. Držimo, primjerice da bi materijalni nedostatak postojao u slučaju kad je ugovorena prodaja tehnološki zastarjelog dijela neke tehnološke cjeline, a prodavatelj je isporučio tehnološki napredniji dio koji se upravo zbog svoje suvremenosti ne može rabiti kao dio (zastarjele) cjeline kojoj je bio namijenjen. Iako se ovdje u svakodnevnom govoru ne bi moglo reći da isporučeni dio ima nedostatke, u pravnom smislu on ima materijalni nedostatak jer ispunjenje obveze u svojim činjeničnim elementima odstupa od ugovorene obveze.

2.4. Kad postoje faktični (materijalni) nedostaci

Sklapanje ugovora podrazumijeva određivanje predmeta obveze odnosno njegovih činjeničnih obilježja, koja se sastoje od vrste, osobina (svojstava) i količine obveze koja nastaje, a podrazumijeva se kako se ta obilježja pri sklapanju ugovora mogu ugovoriti ne samo riječima, nego i znacima i konkludentnim radnjama. Iz okolnosti pojedinog slučaja može proizlaziti čvrst zaključak o ugovorenim činjeničnim obilježjima, a to znači da se ona mogu ugovoriti i prešutno.²⁰ Dosljedno, sva ta činjenična obilježja - ugovorena na bilo koji od spomenutih načina - mora imati dovršeno ispunjenje odnosno rezultat ispunjenja²¹.

Predmet obveze može biti određen uzorkom ili modelom, i to ne samo materijalnim, tj. stvari koja je uzorak ili model. Na primjer, naručitelj instalacije računalnih programa može s izvoditeljem ugovoriti instaliranje programa prema programima koji su instalirani u neko drugo računalo. Onda kad je predmet obveze

¹⁹ Čl. 262. st. 1. ZOO.

²⁰ Usp. čl. 479. st. 1. t. 3. ZOO. O prešutnom ugovaranju u poredbenom pravu govore Reischauer u Rummel, Peter (ur.): *Komentar zum ABGB*, 2. izdanje, (dalje: Reischauer/Rummel) s. 1387. i Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62. izdanje (dalje: Palandt), s. 628.

²¹ Nepostojanje prvenstveno ugovorenih svojstava, a podredno svojstava potrebnih za redovnu uporabu uzima kao faktični nedostatak i specijalna odredba ugovora o zakupu iz čl. 573. st. 1. ZOO: “Zakupodavac odgovara zakupcu za sve nedostatke zakupljene stvari koji smetaju njezinoj ugovorenoj ili redovnoj upotrebi...”.

određen prema nekom modelu odnosno uzorku, također se radi o ugovorenim obilježjima, a materijalni nedostatak postojat će ako dovršeno ispunjenje nema obilježja koja su identična obilježjima uzorka odnosno modela prema kojem je određen predmet obveze,²² osim ako su uzorak ili model pokazani samo radi obavijesti.

S ugovorenim obilježjima usporediva su ona obilježja zbog kojih vjerovnik pribavlja dužnikovu činidbu, a dužnik je znao ili morao znati za uporabu odnosno svrhu za koju vjerovnik pribavlja njegovu činidbu. Iako je ovdje teško reći radi li se o ugovorenim obilježjima ili o obvezi dužnika koja bi proizlazila iz zahtjeva za odgovarajućom pozornošću i načela savjesnosti i poštenja, ZOO određuje da faktični (materijalni) nedostatak postoji i u ovom slučaju, tj. kad rezultat ispunjenja nema obilježja potrebna za svrhu, odnosno uporabu za koju vjerovnik pribavlja dužnikovo ispunjenje, a dužnik je pri sklapanju ugovora znao ili morao znati²³ svrhu odnosno uporabu za koju vjerovnik pribavlja njegovo ispunjenje.²⁴

Ipak, u stvarnom životu neobično mnogo ugovora već i u samom određivanju glavnog predmeta obveze sadrži određene praznine. Primjerice, pri ugovoru o prodaji naznačuje se samo stvar ili pravo koje prodavatelj prodaje, ali ne i svojstva koja ta stvar mora imati.

Onda kad svojstva predmeta obveze nisu određena suglasnom izričitom ili prešutnom voljom suugovaratelja, temeljni kriterij ocjene o postojanju materijalnih nedostataka bit će svojstva potrebna za redovitu uporabu - ako je dužnik znao ili morao znati da će rezultat ispunjenja vjerovnik sam rabiti - odnosno svojstva potrebna za promet²⁵ - ako je dužnik znao ili morao znati da će rezultat ispunjenja vjerovnik dalje stavljati u promet. Dakle, ako određena svojstva rezultata ispunjenja nisu ugovorena, onda ispunjenje ima faktični nedostatak ako rezultat ispunjenja nema svojstva potrebna za redovnu uporabu tog rezultata, odnosno za njegov promet.

Svojstva ugovorene činidbe odnosno rezultata ispunjenja mogu biti propisana prisilnim ili dispozitivnim propisima, pravilima struke, uzancama i sl. Onda kad su svojstva propisana - a strane nisu drukčije ugovorile - savjesni suugovaratelji istodobno imaju pravo očekivati postojanje propisanih svojstava odnosno dužnost ispunjenja obveze sukladno tim svojstvima. Zbog toga će rezultat ispunjenja imati nedostatak i onda ako nema obilježja koja su propisana.²⁶

Svojstva ugovorene činidbe potrebno je podijeliti na kvalitativna (kakvoću) i kvantitativna (količinu), jer to čine i ZOO i pravna književnost i sudska praksa, a dosadašnje izlaganje podrazumijevalo je kvalitativna svojstva odnosno kakvoću činidbe. Uz to razumije se da dovršeno ispunjenje treba imati i ugovorenu kvantitetu (količinu). Onda kad je količina manja od ugovorene, neprijeporno također postoji faktički nedostatak²⁷. Kad je količina veća od ugovorene, odredba čl. 493. ZOO rješava

²² Čl. 479. st. 1. t. 4. ZOO.

²³ Izraz "morao znati" ovdje znači da je dužniku takva uporaba odnosno svrha morala biti poznata uz primjenu pozornosti koja se od njega zahtijeva prema čl. 18.

²⁴ Usp. čl. 479. st. 1. t. 2. ZOO.

²⁵ Čl. 479. st. 1. t. 1. ZOO.

²⁶ Čl. 479. st. 1. t. 3. in fine. ZOO.

²⁷ Čl. 492. ZOO. O tome podrobnije pod opseg raskida.

samo slučaj kad se radi o ugovoru trgovačkog prava, a ne i građanskog, a korištena literatura također ne upućuje prema odgovoru na pitanje veće količine u ugovoru građanskog prava²⁸.

Imajući u vidu dosad rečeno na najopćenitiji način mogli bismo reći da materijalni (faktični) nedostaci u kakvoći postoje onda kad dovršeno ispunjenje obveze, odnosno rezultat ispunjenja glede njegovih činjeničnih obilježja nije u cijelosti jednak odnosno istovjetan činjeničnim obilježjima obveze (1) koja su izričito ili prešutno ugovorena, (2) koja ne odgovaraju pozornom dužniku poznatoj svrsi za koju vjerovnik pribavlja ispunjenje, a ako nisu ugovorena, (3) kad nema svojstva potrebna za redovnu uporabu odnosno životnu primjenu rezultata ispunjenja,²⁹ a u količini onda kad je količina dovršenog ispunjenja manja od ugovorene.

2.5. U poredbenom pravu

Austrijski OZG, slično čl. 121. ZOO., u par. 922. st. 1. navodi da "Ako netko drugome prepušta stvar na naplatni način, taj odgovara da ona ima izričito ugovorene ili uobičajeno pretpostavljene osobine, da odgovara svojem opisu, probi ili uzorku i da može biti upotrebljena sukladno prirodi posla ili postignutom sporazumu". Iz toga se u tamošnjoj literaturi izvodi kako nedostatak ima činidba (stvar) koja kvalitativno ili kvantitativno ostaje ispod dugovanog tj. ugovorenog,³⁰ a redovito pretpostavljene osobine ne treba posebno objašnjavati jer se one redovito odnosno uobičajeno pretpostavljaju³¹. Kod toga poistovjećivanje činidbe i stvari proizlazi iz širokog pojma stvari u par. 285. ABGB, koji nije ograničen na tjelesne stvari nego se stvarima uzima sve što je različito od osobe i služi ljudskoj uporabi, pa literatura naznačuje kako treba razlikovati prava na tjelesnim stvarima, nematerijalna prava i tražbine. Ljudske činidbe su predmet nematerijalnih prava (autorsko, industrijskog vlasništva) i tražbina (ugovor o službi, ugovor o radu itd.), iz čega proizlazi da austrijsko pravo u pojam stvari uvršćuje i tražbine, a kao primjere spominje i one tražbine koje ne podrazumijevaju kao nužno postojanje neke tjelesne stvari.³²

Iako francuski Građanski zakonik³³ odredbe o odgovornosti za nedostatke uvršćuje u ugovor o prodaji (čl. 1641. - 1649.), iz odredbi čl. 1101. i 1126. CCF, a također iz literature³⁴ moglo bi se zaključiti kako se i u francuskom pravu opći pojam stvari ne odnosi samo na materijalne stvari nego ga je moguće poistovjetiti s činidbom,

²⁸ Po mišljenju autora, jedna od mogućnosti kvalificiranja slučaja gdje dužnik građanskopravne obveze ispuni obvezu u većoj količini od ugovorene jest da se to uzme kao stjecanje bez osnove, jer ispunjenje veće količine nema pravni temelj u ugovoru povodom kojeg je ispunjena veća količina.

²⁹ Slično i odredba koja se odnosi samo na ugovor o zakupu čl. 573. st.1. ZOO: "Zakupodavac odgovara zakupcu za sve nedostatke zakupljene stvari koji smetaju njezinoj ugovorenoj ili redovnoj upotrebi, bez obzira na to da li je znao za njih ili ne te za nedostatke svojstava ili odlika predviđenih izrično ili prešutno ugovorom".

³⁰ Reischauer/Rummel, s. 1386.

³¹ Reischauer/Rummel, s. 1387.

³² Spielbuechler/Rummel s. 313. - 314.

³³ Code Civil, 100. izdanje, Dalloz, 2001. (dalje: CCF).

³⁴ Nicholas, s. 114-115.

jer se ugovorom osoba obvezuje dati, učiniti, propustiti ili trpjeti neku stvar odnosno svaki ugovor ima za objekt stvar koju se jedna strana obvezuje dati, učiniti, propustiti ili trpjeti.³⁵ Nedostaci, pak, postoje kad je stvar neprikladna za uporabu za koju je namijenjena ili kad je takva uporaba umanjena toliko da je kupac - osim za umanjenu cijenu - ne bi nabavio da je za te nedostatke znao³⁶.

Različito od CCF-a, njemački BGB najprije u par. 90. definira stvar usko, u smislu materijalne stvari, a u kontekstu ugovora o prodaji definira faktične nedostatke negativnom definicijom prema kojoj "stvar nema faktične nedostatke ako pri prijelazu rizika ima ugovorena svojstva, a ako svojstva nisu ugovorena onda kad je podobna za ugovorom predviđenu uporabu odnosno kad je podobna za uobičajenu uporabu i ima svojstva koja su uobičajena kod stvari iste vrste i koja kupac može očekivati prema vrsti stvari".³⁷ OR jednom definicijom obuhvaća i faktične i pravne nedostatke "koji isključuju ili značajno smanjuju ... vrijednost (stvari - op. a.) ili njenu upotrebljivost za predviđenu uporabu".³⁸ Odgovornost za materijalne nedostatke bi proizlazila iz obveze prodavatelja koji "duguje isporuku kvalitativno i kvantitativno ispravnog ugovorom određenog sadržaja činidbe u ispravno vrijeme na ispravnom mjestu",³⁹ a glede odnosa odgovornosti za nedostatke i neurednog ispunjenja naznačuje se kako su odredbe o odgovornosti za nedostatke *lex specialis*,⁴⁰ što je konzistentno shvaćanju materijalnih nedostataka kao jedne vrste ili oblika neurednog ispunjenja. Prema CCT-u prodavatelj jamči da stvar "nema nedostatke koji je čine neprikladnom za uporabu za koju je namijenjena".⁴¹

3. Pretpostavke postojanja odgovornosti

Postoji nekoliko pretpostavki koje se sve - dakle, kumulativno - moraju ispuniti kako bi dužnik odgovarao za materijalne nedostatke.

³⁵ čl. 1101. CCF: "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose" pri čemu je chose na engleski prevedena kao thing. Čl. 1126. CCF: "Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire".

³⁶ Čl. 1641. CCF.

³⁷ Par. 434. st. 1. njemačkog Građanskog zakonika (dalje: BGB). Isporuka druge stvari (aliud) uzima se nedostatkom prema izričitoj odredbi par. 434. st. 3. BGB, pa temeljem ovih odredbi literatura oblike materijalnih nedostataka dijeli na nedostatak 1. ugovorenih osobina 2. podobnost za pretpostavljenu uporabu 3. podobnost za redovitu uporabu 4. isporuka aliud (Palandt, s. 627).

³⁸ Čl. 197. st. 1. švicarskog V. dijela Građanskog zakonika, prema Shoenerberger, W. - Gauch, Peter: Schweizerisches Obligationenrecht, 38. izdanje (dalje: OR).

³⁹ Berner Kommentar, s. 305.

⁴⁰ Berner Kommentar, s. 308.

⁴¹ Čl. 1490. st. 1. talijanskog Građanskog zakonika prema Il Codice Civile commentato con la giurisprudenza, 6. izdanje (dalje: CCT) "che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendono inidonea all'uso a cue e destinata o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore".

3.1. *Primljeno ispunjenje*

Prva pretpostavka odgovornosti za nedostatke je **ispunjenje obveze, tj. dužnikovo dano ispunjenje i vjerovnikovo primljeno ispunjenje**, jer nedostatak može imati samo ono što je ispunjeno. Ovo vrijedi i u slučaju potpunog i u slučaju djelomičnog ispunjenja, kao i u slučaju pravovremenog i zakašnjelog ispunjenja, jer podjednako držimo da ne mogu kumulirati neispunjenje i materijalni nedostaci, kao i da zakašnjenje i materijalni nedostaci mogu kumulirati.

Istaknuta formulacija ove pretpostavke odgovornosti podrazumijeva da je vjerovnik ovlašten odbiti primitak ispunjenja koje ima nedostatke, što je potrebno provjeriti. Prema odredbi čl. 325. st. 1. ZOO vjerovnik dolazi u zakašnjenje "ako bez osnovanog razloga" odbije primiti ispunjenje ili ga spriječi, iz čega se u literaturi izvodi da će vjerovnik biti u zakašnjenju onda kad odbija primiti činidbu "bez pravno relevantnog razloga".⁴² Kao utemeljeni razlozi navode se nuđenje ispunjenja u nevrjeme, prije dospijeca i sl.,⁴³ što su sve oblici neurednog ispunjenja. Iz toga bi proizlazilo da pravno relevantni razlog za odbijanje primitka ispunjenja postoji i onda kad ispunjenje nije uredno glede kvalitete, tj. kad ima materijalne nedostatke.

Po našem mišljenju vjerovnik nije dužan primiti ispunjenje s nedostacima i odbijanjem primitka takvog ispunjenja ne pada u zakašnjenje on, nego - ako je ponuđeno ispunjenje bilo o dospijecu, a ne prije njega - dužnik. Ovo naše mišljenje proizlazi iz okolnosti što je dužnik dužan ispuniti obvezu u svemu kako ona glasi (uredno ispunjenje), a dužnik je dužan primiti samo takvo (uredno) ispunjenje obveze, pri čemu treba uzeti da je ispunjenje s nedostacima vrsta neurednog ispunjenja, čija posljedica je odgovornost za nedostatke.⁴⁴ Prema tome, kao što je vjerovnik ovlašten odbiti primitak ispunjenja koje nije uredno u drugim elementima (npr. u pogledu identiteta obveze iz čl. 307. st. 2. ZOO, cjelovitosti ispunjenja iz čl. 310. st. 1. ZOO, i/ili vremena ispunjenja iz čl. 315. st. 2. ZOO), tako treba biti ovlašten odbiti primitak ispunjenja koje nije uredno sa stajališta osobina predmeta ispunjenja odnosno koje ima faktične nedostatke.

Istovremeno, vjerovnik može primiti potpuno ispunjenje s nedostacima a da ne izgubi prava koja mu zbog toga pripadaju, jer će ih izgubiti tek istekom prekluzivnih rokova za obavještanje dužnika o nedostacima. Ako primi ispunjenje koje je potpuno, ali s nedostacima, na njegov odnos s dužnikom više se neće primjenjivati odredbe ZOO-a o raskidu ugovora zbog neispunjenja (čl. 124. - 132. ZOO), nego odredbe o odgovornosti za nedostatke, a ako odbije primiti takvo ispunjenje, umjesto potonjih primijenit će se odredbe o raskidu ugovora zbog neispunjenja⁴⁵. Ali ako primi djelomično ispunjenje - pri čemu ispunjeni dio ima nedostatke - držimo da bi se na

⁴² Klarić, s. 457.

⁴³ Gorenc, Vilim: *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, 1998. s. 447. (dalje: Gorenc).

⁴⁴ Prema Gauch/Schluemp/Schmid/Rey: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7. izdanje (dalje: Gauch/Schluemp/Schmid/Rey), s. 216., "odgovornost za nedostatke ... je posebno uređena pravna posljedica neurednog ispunjenja" iz čega proizlazi da je ispunjenje s nedostacima neuredno ispunjenje.

⁴⁵ Tako i Reischauer/Rummel, s. 1325.

njegov odnos s dužnikom primijenile odredbe o raskidu ugovora zbog neispunjenja s obzirom na neispunjeni dio obveze i odredbe o odgovornosti za nedostatke s obzirom na ispunjeni dio obveze.

Pod ispunjenjem ovdje treba razumjeti onu činidbu koja je ugovorena, a ne neku drugu, primjerice isporuku druge stvari, a ne ugovorene, jer se u drugom slučaju radi o neispunjenju,⁴⁶ pa se uopće ne može govoriti o nedostacima. Zbog toga je pogrešno stajalište da "prodavatelj odgovara (za materijalni nedostatak - op. a.) ako je prodao sadnice bresaka različite vrste od one koja je predviđena ugovorom".⁴⁷ Materijalni nedostatak isporučenih sadnica postojao bi da su isporučene sadnice one vrste koja je predviđena ugovorom, ali da su isporučene sadnice slomljene, trule, uništene ili slično.

3.2. Postojanje materijalnih nedostataka

Druga pretpostavka je **postojanje materijalnih nedostataka**. Premda načelno dužnik odgovara za sve materijalne nedostatke svog ispunjenja, ipak doslovno svaki materijalni nedostatak neće prouzročiti tu odgovornost, jer - prema čl. 478. st. 3. ZOO - "*neznan materijalni nedostatak ne uzima se u obzir*".⁴⁸ Iako bi se ovdje moglo zaključiti kako citirana odredba određuje izostanak odgovornosti za neznatne nedostatke, iz njene dikcije ("ne uzima se u obzir") u prvom bi se redu moglo zaključiti kako se neznatni materijalni nedostatak uopće ne uzima kao nedostatak. To bi značilo da se on uzima nepostojećim, a ne da se uzima postojećim nedostatkom za koji dužnik ne odgovara.⁴⁹

Naznaka o tome da se neznatan nedostatak ne uzima u obzir držimo da ne dopušta tumačenje *a contrario*, iz kojeg bi proizlazilo da se u obzir uzima samo znatan nedostatak, nego u obzir treba uzeti sve nedostatke, a iznimno ne treba uzeti u obzir samo vrijednosno, funkcionalno i u drugom faktičkom smislu posve neznatan nedostatak.

U svezi s pitanjem postojanja materijalnih nedostataka važno je i pitanje trenutka u kojem oni moraju postojati. Za postojanje dužnikove odgovornosti nužno je da materijalni nedostaci - ili barem njihov uzrok - postoje u trenutku prelaska rizika s dužnika na vjerovnika.⁵⁰ Napuknuće nekog željeznog dijela automobila u trenutku prelaska rizika svakako predstavlja materijalni nedostatak. No, moguće je da u tom trenutku taj željezni dio nije napukao, ali da u njegovoj unutrašnjoj strukturi postoje oku nevidljivi nedostaci u strukturi materijala uslijed kojih će on napući pri uporabi. Iako u drugom slučaju materijalni nedostatak (napuknuće) nije postojalo u trenutku prelaska rizika, dužnik će odgovarati za materijalni nedostatak jer je u trenutku prelaska rizika već postojao uzrok (mane u strukturi materijala) kasnije nastalog nedostatka.⁵¹

⁴⁶ Tako i Gorenc, 624. Suprotno u njemačkom pravu v. bilj. 37.

⁴⁷ Odluka PSH Pž 2250/91 od 8. rujna 1992. u Praxis Iuridica Mercatoria (dalje: PIM) 1/65.

⁴⁸ Ne posve istovjetno kod zakupa čl. 573. st. 2. ZOO (ne uzimaju se u obzir nedostaci koji su manjeg značenja).

⁴⁹ Različito Klarić, s. 403. neznatnost nedostataka uzima kao okolnost koja isključuje odgovornost.

⁵⁰ U trenutku predaje za austrijsko pravo Reischauer/Rummel, s. 1388., a za njemačko Palandt, s. 627. Prijelaz rizika predajom par. 446. BGB.

⁵¹ Prema čl. 578. st. 1. ZOO zakupodavatelj odgovara za nedostatke koji su postojali u trenutku predaje, ali i ovdje treba primijeniti opća pravila o prijelazu rizika i uzrocima nedostataka.

Rizik prelazi s dužnika na vjerovnika u trenutku dovršenog ispunjenja, ali i u trenutku vjerovnikova pada u zakašnjenje s preuzimanjem dovršenog ispunjenja. Zbog toga će vjerovnik odgovarati za one nedostatke koji - odnosno čiji uzrok - postoji u trenutku dovršenog ispunjenja, a ako je vjerovnik u zakašnjenju, za one koji postoje u trenutku vjerovnikova pada u zakašnjenje. Nastane li nedostatak ili njegov uzrok nakon dovršenog ispunjenja odnosno nakon vjerovnikova pada u zakašnjenje, dužnik neće odgovarati za materijalne nedostatke.

3.3. *Neznanje za nedostatke*

Neznanje pozornog vjerovnika za postojanje materijalnih nedostataka u trenutku sklapanja ugovora treća je pretpostavka vjerovnikove odgovornosti za nedostatke jer prodavatelj "*ne odgovara za nedostatke ... ako su u času sklapanja ugovora bili poznati kupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati*".⁵² Neznanje mora postojati u trenutku u kojem je ugovor sklopljen, a ako bi vjerovnik saznao za nedostatke poslije trenutka perfekcije ugovora,⁵³ dužnik bi za njih odgovarao.

Od ovog pravila mogu postojati iznimke, primjerice onda kad se radi o nenazočnim stranama.

Ugovor između nenazočnih sklopljen je u trenutku kad ponuditelju prisprije ponuđenikov prihvrat ponude. Onda kad ponuđenik uputi prihvrat ponude sredstvom kojem je potrebno neko vrijeme za prisprijeće ponuditelju (npr. poštom), moguće je da ponuđeni sazna za nedostatke nakon upućivanja prihvata, ali prije prisprijeća prihvata ponuditelju, uz faktičnu nemogućnost ponuđenog (za koju on ne odgovara) da opozove prihvrat prije no što on prisprije ponuditelju. U takvom hipotetičnom slučaju, u trenutku perfekcije ugovora vjerovnik je znao za nedostatke i stroga primjena čl. 480. st. 1. ZOO isključila bi dužnikovu odgovornost za nedostatke. Problem koji ovdje nastaje, prema mišljenju autora, rješiv je uz primjenu načela zabrane zlorabe prava⁵⁴ tako što bi dužnikovo pozivanje na vjerovnikovo znanje za nedostatke u trenutku sklapanja ugovora valjalo uzeti kao zlorabu prava jer bi se radilo o vršenju prava protivno svrsi za koju je ono ustanovljeno.

Neznanje "pozornog" vjerovnika znači da je s vjerovnikovim znanjem za nedostatke izjednačeno neznanje koje je rezultat vjerovnikovog propuštanja da do trenutka kad je ugovor sklopljen - u odnosu na predmet dužnikove obveze - postupa sa zahtijevanom pozornošću, pa da će i takvo neznanje isključiti dužnikovu odgovornost.

Obje strane pri sklapanju - ali i ispunjenju - ugovora vezane su zahtjevom postupanja s odgovarajućim stupnjem pozornosti⁵⁵ i same snose posljedice koje bi proizlazile iz njihova propuštanja da postupaju sa zahtijevanim stupnjem pozornosti. Ovo opće pravilo u ovom je slučaju izrijeком primijenjeno i razrađeno presumpcijom prema kojoj se uzima da vjerovniku "*nisu mogli ostati nepoznati ... oni nedostaci koje*

⁵² Čl. 480. st. 1. ZOO. Tako i čl. 574. st. 1. ZOO: "Zakupodavac ne odgovara za nedostatke zakupljene stvari koji su u času sklapanja ugovora bili poznati zakupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati".

⁵³ Čl. 26. ZOO.

⁵⁴ Čl. 13. ZOO.

⁵⁵ Čl. 18. ZOO.

bi brižljiva osoba s prosječnim znanjem i iskustvom osobe istog zanimanja i struke ... mogla lako opaziti pri uobičajenom pregledu ...".⁵⁶ Ova odredba upućuje na potrebu da vjerovnik prije trenutka perfekcije ugovora pregleda predmet obveze čim je to faktički moguće, jer bi propuštanje pregleda - u odnosu na one nedostatke koje je bilo lako moguće opaziti - isključilo odgovornost vjerovnika. Ta odredba određuje i vrstu pregleda pri kojoj je nedostatke bilo moguće lako opaziti: to je uobičajen pregled, dakle pregled kakav se obično u stvarnosti obavlja. Uobičajen pregled vjerovnik treba obaviti na način na koji bi ga obavila druga brižljiva osoba istog zanimanja i struke i prosječnog znanja i iskustva.⁵⁷

Iznimno od ovih pravila, u jednom će slučaju dužnik odgovarati za nedostatke unatoč vjerovnikovom propuštanju dužne pozornosti. Zamisliva je životna situacija u kojoj dužnik tvrdi kako predmet obveze ima određena svojstva ili odlike odnosno kako on nema nikakve nedostatke, i to čak i onda kad ih je vjerovnik mogao lako uočiti. Ne uzimajući vjerovnika u takvom slučaju nepozornim st. 3. čl. 480. ZOO izrijeком određuje da dužnik *"odgovara i za nedostatke koje je ... (vjerovnik - op. a.) mogao lako opaziti ako je izjavio da stvar nema nikakve nedostatke ili da stvar ima određena svojstva ili odlike"*.⁵⁸

Neznanje pozornog vjerovnika za postojanje materijalnih nedostataka u trenutku sklapanja ugovora neće biti pretpostavka odgovornosti dužnika uvijek, nego samo onda kad je za nedostatke predmeta obveze faktički moguće saznati u trenutku perfekcije ugovora, što nije uvijek slučaj. Npr. u slučajevima prodaje buduće stvari, ugovora o djelu, ugovora o građenju, predmet obveze u trenutku sklapanja ugovora faktički još ne postoji, pa objektivno neće biti moguće ni saznati za njegove nedostatke niti predmet obveze pregledati. Osim tada, jednaka faktička nemogućnost saznavanja odnosno pregleda postojat će i onda kad se predmet obveze stječe ne zbog njegove uporabe u uobičajenu odnosno redovitu - nego zbog njegove uporabe u naročitu odnosno posebnu, neuobičajenu - svrhu, te kad je predmet obveze određen prema nekom uzorku ili modelu koji nemaju vidljive nedostatke (čl. 480. st. 1. u svezi s čl. 479. st. 1. t. 2. i 4. ZOO). Zbog toga u svim ovim slučajevima neznanje pozornog vjerovnika za nedostatke nije pretpostavka dužnikove odgovornosti za njih.

Neznanje pozornog vjerovnika pretpostavka je dužnikove odgovornosti. A je li - suprotno tome - **pretpostavka dužnikove odgovornosti i znanje dužnika za postojanje materijalnih nedostataka?** Odgovor na ovo pitanje proizlazi, zaključivanjem a *contrario*, iz odredbe čl. 485. ZOO, a zaključak je da znanje dužnika za nedostatak nije pretpostavka njegove odgovornosti. Dakle, dužnik odgovara za nedostatke čak i onda kad nije znao za njih⁵⁹, a to znači da je njegova odgovornost objektivna, a ne

⁵⁶ Čl. 480. st. 2. ZOO.

⁵⁷ Kao primjer potrebne vjerovnikove pozornosti sudska praksa uočava okolnost što se budući kupac automobila "s tuženim kao automehaničarem prethodno vozio u tom vozilu" (Odluka VSH Rev 16/88 od 24. kolovoza 1988. u PSP NZ 44/67).

⁵⁸ Vrlo slično i kod zakupa čl. 574. st. 2. ZOO (zakupodavac odgovara za nedostatak zakupljene stvari koji je zakupcu uslijed krajnje nepažnje ostao nepoznat, ako je on znao za taj nedostatak i namjerno propustio o njemu obavijestiti zakupca).

⁵⁹ Identično izričito određuje čl. 197. st. 2. OR.

subjektivna. Kad već za postojanje njegove odgovornosti nije potrebno ni njegovo znanje za nedostatke, onda se pogotovu ne bi moglo tvrditi kako je za postojanje odgovornosti potrebna njegova nakana ili nepozornost, koje su nužne onda kad se odgovara po subjektivnom kriteriju. To također proizlazi iz odredbe o razdiobi rizika slučajne propasti ili oštećenja stvari, prema kojem taj rizik snosi dužnik do dovršenog ispunjenja ili vjerovnikova pada u zakašnjenje, a vjerovnik od tog trenutka (čl. 456. st. 1. ZOO). Prema tome, ni dužnikova nakana ili nepozornost nisu pretpostavka njegove odgovornosti, niti se on te odgovornosti može osloboditi pozivom na nepostojanje krivnje odnosno nepostojanje nakane ili nepozornosti.⁶⁰

Vjerovnikovo neznanje za nedostatke pretpostavka je dužnikove odgovornosti i prema poredbenim propisima.⁶¹ Kod toga, kao i u hrvatskom pravu, nesavjesno postupanje dužnika vjerovnikovu mogućnost uočavanja nedostataka ne uzima kao njegovu nepozornost zbog koje bi vjerovnik izgubio prava koja mu pripadaju. Tako "prodavatelj odgovara i za nedostatke koje je kupac uz primjenu uobičajene pozornosti trebao uočiti, ako je tvrdio da nema nedostataka", odnosno ako su kupcu nedostaci "ostali nepoznati zbog grube nepozornosti prodavatelj odgovara ako je nedostatke prijeverno prešutio ili preuzeo garanciju za svojstva stvari".⁶² Prema CCF-u, znanje odnosno neznanje prodavatelja za nedostatke utječe na opseg kupčevih prava jer u slučaju neznanja za nedostatke prodavatelj odgovara za vraćanje cijene i povrat troškova, a u slučaju znanja i za svu štetu u kamate koje je kupac pretrpio odnosno snosio.⁶³

3.4. Naplatnost posla

Naplatnost pravnog posla također se spominje kao pretpostavka dužnikove odgovornosti za materijalne nedostatke⁶⁴. Ovaj stav izvodi se iz čl. 121. st. 1. ZOO koji izrijeком određuje da za materijalne nedostatke odgovara "kod ugovora s naknadom svaki ugovaratelj".

U izrazu "ugovori s naknadom" Gorenc ne vidi prijepornog, naznačuje kako se ovdje radi o naplatnim ugovorima, te se čini kako bi on stao na stajalište da za materijalne nedostatke odgovaraju dužnici dvostranoobveznih, a ne i jednostranoobveznih (darovanje, ostava) ugovora.⁶⁵ Podrobnije prikazujući vrste ugovora Vizner navodi da se ovdje radi o dvostrano naplatnim ili teretnim ugovorima,⁶⁶ čime se približava u poredbenopravnoj literaturi katkad istaknutoj razlici između pravih (naplatnih) dvostranoobveznih ugovora i nepravih ili nepotpunih⁶⁷ dvostranoobveznih ugovora, koju može ilustrirati ugovor o zajmu. Ovaj ugovor, ako bi zajmoprimatelj

⁶⁰ Tako i Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, s. 217

⁶¹ Čl. 1491. CCT, čl. 200. st. 1. OR, par. 442. st. 1. BGB i čl. 1642 CCF.

⁶² Čl. 200. st. 2. OR odnosno par. 442. st. 1. BGB.

⁶³ Čl. 1645. i 1646. CCF.

⁶⁴ Klarić, s. 402., Gorenc, s. 161.

⁶⁵ Gorenc, s. 161.

⁶⁶ Vizner-Bukljaš, s. 487.

⁶⁷ "Vollkommen zweiseitiger Vertrag i Unvollkommen zweiseitiger Vertrag" prema Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, s. 47. Usp. i Palandt, s. 522. i MK, s. 1181.

bio dužan platiti kamatu a ne samo vratiti uzajmljeno, bio bi pravi (naplatni) dvostranoobvezni ugovor, ali ako bi bio dužan samo vratiti uzajmljeno bez plaćanja kamate, bio bi nepravni dvostranoobvezni ugovor.

Autor ovog rada svakako je suglasan s tezom da dužnik iz jednostranoobveznog ugovora u pravilu⁶⁸ ne treba odgovarati za nedostatke svojeg ispunjenja zato što druga strana prema njemu nema obveze, nema primjene načela jednake vrijednosti davanja i ne postoji mogućnost povrede tog načela. No istodobno se odgovornost ne bi mogla ograničiti samo na prave ili potpune dvostranoobvezne (naplatne) ugovore nego treba postojati i u nepravim dvostranoobveznim ugovorima. Ne bismo mogli prihvatiti, primjerice, tezu da - u već spomenutom slučaju zajma - bilo zajmodavatelj ili zajmoprimateelj ne bi odgovarali za materijalne nedostatke svog ispunjenja, iako je ugovor o zajmu nepravni ili nepotpuni dvostranoobvezni ugovor.⁶⁹

Zbog toga držimo da izraz ugovori s naknadom treba shvatiti kao dvostranoobvezni ugovori, makar oni bili nepotpuni ili nenaplatni, te da naplatnost posla ne treba uzimati kao opću pretpostavku dužnikove odgovornosti za materijalne nedostatke.

4. Okolnosti koje isključuju odgovornost

Čim je dužnik ispunio obvezu, vjerovnik ispunjenje primio, a dovršeno ispunjenje odnosno njegov rezultat u trenutku prelaska rizika na vjerovnika imalo je faktični nedostatak odnosno njegov uzrok, postoji dužnikova odgovornost za faktične nedostatke. Ipak, unatoč postojanju faktičnih nedostataka, u tom trenutku mogu postojati ili kasnije nastati okolnosti koje će isključiti ili samu odgovornost dužnika za te nedostatke ili prava vjerovnika koja mu zbog nedostataka inače pripadaju.

Kad se radi o ugovoru o prodaji, odgovornost prodavatelja kao dužnika isključit će i okolnost što se radi o prinudnoj javnoj prodaji, jer imatelj stvari koja je prodana na taj način izrijeком "ne odgovara za nedostatke stvari".⁷⁰

Općenito, dakle u svim ugovorima, u prvom redu, razumije se kako će **odgovornost dužnika isključiti nepostojanje neke od pretpostavki odgovornosti** za nedostatke. Osim toga, odgovornost dužnika otklonit će **ugovorna odredba** kojom su suugovaratelji isključili odgovornost za nedostatke, a također i **propuštanje vjerovnika da o nedostacima obavijesti dužnika** unutar određenih prekluzivnih rokova.

5. Obavješćavanje o nedostatku

Odgovornost za nedostatke postoji čim su ispunjene pretpostavke za njeno postojanje, a ne postoji ni jedna od okolnosti koje tu odgovornost isključuju. Iako je

⁶⁸ U pravilu zato što držimo da ni jednostranoobvezni ugovor ne bi mogao otkloniti odgovornost dužnika za materijalnu i nematerijalnu štetu koju je vjerovnik pretrpio, npr. zbog eksplozije darovane grijalice ili prometne nesreće uzrokovane nedostacima darovanog automobila.

⁶⁹ Dapače, odredba čl. 561 st. 1., ZOO izrijeком određuje da je zajmodavatelj dužan naknaditi zajmoprimatelju štetu koja bi bila uzrokovana zbog materijalnih nedostataka pozajmljenih stvari.

⁷⁰ Čl. 487. ZOO., a slično BGB u par. 445. i CCF u čl. 1649.

ta odgovornost nastala čim su ispunjene pretpostavke - a nema okolnosti koje je isključuju - odgovornost može prestati prestankom vjerovnikovih prava i zahtjeva koji mu pripadaju s naslova te dužnikove odgovornosti. Vjerovnikova prava i zahtjevi - a time i dužnikova odgovornost - prestaju u slučaju vjerovnikova propuštanja da dužnika obavijesti o nedostacima. S druge strane, vjerovnik koji želi sačuvati prava i zahtjeve s naslova dužnikove odgovornosti za nedostatke, mora - pod prijetnjom gubitka prava i zahtjeva - o nedostacima obavijestiti dužnika.

Obavještanje o nedostacima generalno je uređeno odredbama čl. 481., 482. i 484. ZOO. Dikcija prve i druge od tih upućivala bi na obvezu vjerovnika da o nedostacima obavijesti dužnika⁷¹, no posve je neprieporno da se ne radi o njegovoj obvezi, nego samo o radnji koja je pretpostavka očuvanja njegovih prava i zahtjeva⁷².

Obavijest o nedostatku - da bi bila valjana - treba imati određeni sadržaj. Nije dostatno općenito navođenje kako nedostaci postoje ili nezadovoljstvo ispunjenjem obveze, nego je uvjet valjanosti obavijesti o nedostatku pobliže, konkretno, opisivanje nedostatka i - kumulativno - pozivanje dužnika da pregleda rezultat svog ispunjenja⁷³. Istovremeno, neka određena forma obavještanja nije potrebna, nego obavijest može biti dana u bilo kojem obliku⁷⁴.

Osim sadržajne valjanosti obavijesti, za očuvanje prava i zahtjeva vjerovnika potrebno je obavještanje u točno određenim rokovima na koje se primjenjuje teorija emisije a ne teorija primitka, koju prihvaća izričita odredba čl. 484. st. 2. ZOO: "*ako obavijest o nedostatku koju je (vjerovnik - op. a.) ... pravodobno poslao (dužniku - op. a.) ... preporučanim pismom, telegramom ili na neki drugi pouzdan način, zakasni ili uopće ne stigne ... smatra se da je (vjerovnik - op. a.) ... izvršio svoju obvezu da obavijesti ...*".

Postoji jedan subjektivni i dva objektivna opća roka unutar kojih treba obavijestiti dužnika, osim ako je pregled rezultata ispunjenja obavljen u nazočnosti obje strane. Subjektivni rok je osam dana ako se radi o građanskopravnom odnosu, a "bez odgađanja" ako se radi o trgovačkopravnom odnosu.⁷⁵ Objektivni rokovi zavise o tome radi li se o vidljivim ili skrivenim nedostacima.⁷⁶ Onda kad se radi o vidljivim

⁷¹ "Je dužan".

⁷² Isto vrijedi i glede specijalnih odredbi čl. 577. st. 1., čl. 614. st. 1. i čl. 738. st. 1. ZOO koje se odnose na obavještanje zakupodavatelja od strane zakupoprimalca, odnosno na obavještanje izvoditelja od strane naručitelja, odnosno na obavještanje skladištara od strane ostavodavatelja.

⁷³ Čl. 484. st. 1. ZOO. Potrebu da obavijest bude uredna ističe i VTS RH u odluci Pž-1300/97 od 25. studeni 1997. u PIM 5/22 te je naglasio kako "tvrdnja da postoje bitne razlike u kvaliteti nije potanji opis nedostataka. Tuženik je bio dužan točno opisati u čemu se sastoji i to odstupanje u kvaliteti". Urednu reklamaciju ne predstavlja ni obavijest o knjiženju, prema odluci PSH Pž-1243/89 od 24. travnja 1990. u PSP NZ 47/240.

⁷⁴ Prema odluci VSH Rev 648/85 od 15. svibnja 1985. u PSP NZ 29/47 valjana je obavijest telefonom.

⁷⁵ Čl. 481. st. 1. i čl. 482. ZOO.

⁷⁶ Vidljivi nedostaci su oni koje je moguće otkriti uobičajenim pregledom, a skriveni su oni koje nije moguće otkriti na taj način nego uporabom ili posebnim stručnim ispitivanjem. Za razumijevanje ovih rokova potrebno je odrediti pojmove vidljivih i skrivenih nedostataka. Pojam vidljivih nedostataka proizlazi a contrario pojmu skrivenih nedostataka definiranom u odredbi čl. 482. st. 1. ZOO i iz opisa kupčeve dužnosti pregleda primljene stvari u čl. 481. st. 1. ZOO. Budući su skriveni nedostaci oni koji se nisu mogli otkriti "uobičajenim pregledom prilikom preuzimanja", te budući je kupac "dužan primljenu stvar na uobičajeni način pregledati ili je dati na pregled", proizlazi da su vidljivi nedostaci oni koji su se mogli otkriti uobičajenim pregledom prilikom preuzimanja.

nedostacima, objektivni rok za obavijest identičan je subjektivnom i iznosi osam dana - a u trgovačkim ugovorima bez odgađanja⁷⁷ - a onda kad se radi o skrivenim nedostacima objektivni rok je šest mjeseci od - prema čl. 482. st. 2. ZOO - "predaje stvari", što treba shvatiti kao od "dovršetka ispunjenja"⁷⁸.

Iznimno, onda "kad je pregled izvršen u prisutnosti obiju strana, (vjerovnik - op. a.)... je dužan svoje primjedbe zbog vidljivih nedostataka saopćiti (dužniku - op. a.)... odmah",⁷⁹ a isto vrijedi i u slučajevima kad je ugovoreno da će se kakvoća i količina utvrđivati u nazočnosti predstavnika dužnika, pa dužnik ne bude nazočan. I tad, unatoč dužnikovoj nenazočnosti, vjerovnik je dužan obavijestiti ga o nedostacima.⁸⁰ Inače subjektivni rok - kad se radi o vidljivim nedostacima - teče od trenutka kad je vjerovniku prema redovnom toku stvari bilo moguće pregledati rezultat ispunjenja. Ako je dužniku bila poznata ili morala biti poznata mogućnost da vjerovnik dalje prenese rezultat ispunjenja, pa je vjerovnik to i učinio, pregled može biti odgođen do prispjeća ispunjenja u novo odredišno mjesto, a rok za obavijest teče od trenutka kad je vjerovnik "po redovnom toku stvari mogao saznati za nedostatke od svojih klijenata"^{81,82}.

Ovi rokovi su prekluzivni jer - prema izričitim odredbama čl. 481. st. 1. i 2. i čl. 482. st. 1. ZOO - propuštanjem valjanog obavješćavanja u tim rokovima vjerovnik gubi prava koja mu pripadaju s naslova dužnikove odgovornosti za materijalne nedostatke.⁸³ Posebno kod ugovora o djelu učinak prestanka naručiteljevih prava zbog

⁷⁷ Iako čl. 481. st. 1. ZOO nalaže obavijest bez odgađanja "kod ugovora u privredi", po mišljenju autora ovaj rok treba vezati uz svojstvo osobe koja odašilje obavijest, a ne uz karakter ugovora. Ne vidimo, naime, razloga zbog kojih bi trgovcu kao strani ugovora građanskog prava trebao pripadati rok od osam dana samo zato što ugovor nema karakter trgovačkog ugovora ili je njegov suugovaratelj subjekt građanskog a ne trgovačkog prava, a samo onda kad ugovor ima takav karakter da bi bio dužan obavijestiti suugovaratelja bez odgađanja.

⁷⁸ Prema čl. 1495. st. 1. CCT "kupac gubi prava ako ne obavijesti u roku od osam dana od otkrivanja", a prema čl. 201. OR "ako o vidljivim nedostacima ne obavijesti čim je to po redovitom tijeku stvari moguće stvar vrijedi kao odobrena".

⁷⁹ Čl. 481. st. 2. ZOO

⁸⁰ Odluka PSH Pž 1243/89 od 24. travnja 1990. u PSP NZ 47/240.

⁸¹ čl. 481. st. 3. ZOO. Ovome je analogan slučaj isporuke robe prema uputama kupca u odgovarajuće skladište, nakon čega je skladištar o nedostacima obavijestio kupca, a kupac propustio o nedostacima obavijestiti prodavatelja. U takvom slučaju kupac "gubi prava koja mu ... pripadaju neovisno o tome da li je skladištar bio ovlašten za njega primiti robu ili ne" (Odluka VSH Rev 19/86 od 19. ožujka 1986. u PSP NZ 31/38).

⁸² Specijalne rokove za obavješćavanje sadrže odredbe ugovora o zakupu, ugovora o djelu i ugovora o uskladištenju. Prve nalažu obavijest "bez nepotrebno odgađanja", druge "bez odgađanja", a treće "odmah" u trenutku ostavodavateljevog primanja robe od skladištara (čl. 577. st. 1., čl. 614. st. 1. i čl. 738. st. 2. ZOO). U rokovima "odmah" i "bez odgađanja" mora se obavijestiti o vidljivim nedostacima, dok se o skrivenim nedostacima djela mora obavijestiti u subjektivnom roku od mjesec dana od otkrivanja odnosno u objektivnom roku od dvije godine od primitka obavljene posla (čl. 615. st. 1. i 2. ZOO). O skrivenim nedostacima robe primljene od skladištara, ostavodavatelj ga treba obavijestiti u roku od sedam dana (čl. 738. st. 3. ZOO). Najduži specijalni subjektivni rok za obavješćavanje o skrivenim nedostacima je rok u kojem je nužno obavijestiti izvoditelja građevine o nedostacima u solidnosti. Taj rok iznosi šest mjeseci i teče od ustanovljenja nedostatka (čl. 645. st. 1. ZOO).

⁸³ Identično kod ugovora o djelu čl. 614. st. 3. i čl. 615. st. 2. ZOO, a kod ugovora o uskladištenju čl. 738. st. 3. ZOO. Tako i Odluke VSH Rev 781/85 od 15. svibnja 1985. u PSP NZ 29/48 i PSH Pž 1439/90 od 2. srpnja 1991. u PSP NZ 51/259.

vidljivih nedostataka ima i njegovo neopravdano neodazivanje na poziv izvoditelja da pregleda i preuzme djelo, a također i njegovo preuzimanje djela bez priopćavanja nedostataka izvoditelju.⁸⁴

Pravilo o prekluzivnosti rokova za obavještanje vrijedi u dva slučaja: kad dužnik nije znao za nedostatak i kad nije mogao znati za nedostatak. U suprotnim slučajevima - kad je dužnik znao za nedostatak ili mu nedostatak uz zahtijevanu pozornost nije mogao ostati nepoznat - položaj strana je bitno drukčiji. Tad vjerovnik uopće ne mora obavijestiti dužnika o nedostacima, pa ipak neće izgubiti prava i zahtjeve koja mu zbog nedostataka pripadaju.

Odredba čl. 485. ZOO nabraja što sve ne dovodi do vjerovnikova gubitka prava. Kad je dužnik znao za nedostatke ili mu oni nisu mogli ostati nepoznati,⁸⁵ vjerovnik ne gubi prava "i kad nije izvršio svoju obvezu da stvar pregleda bez odgađanja, ili obvezu da u određenom roku obavijesti prodavaoca o postojanju nedostatka, a i kad se nedostatak pokazao tek nakon proteka šest mjeseci od predaje stvari".⁸⁶ Iako se slažemo da ovakvo - moglo bi se kvalificirati kao prijevarno - postupanje dužnika treba sankcionirati, držimo kako ova odredba ostavlja više otvorenih pitanja, a temeljno je pitanje u kojem roku vjerovnik može postaviti neki od zahtjeva koji mu pripadaju zbog nedostataka. Prema odredbi čl. 500. ZOO vjerovnikova prava gase se istekom godinu dana od odašiljanja obavijesti o nedostacima, pa - budući ona polazi od obavijesti - mišljenja smo da se ne može primijeniti. Kako nismo pronašli drugih općih odredbi koje bi upućivale na bliži odgovor na postavljeno pitanje, držimo da bi vjerovnik neki od zahtjeva mogao postaviti do isteka općeg zastarnog roka koji se primjenjuje u konkretnom slučaju.

Osim kad je dužnik znao ili morao znati za nedostatke, vjerovnik koji je zakasnio s obavještanjem o nedostacima neće izgubiti svoja prava i u slučaju dužnikova - izričitog ili konkludentnog - odricanja od prigovora nepravodobnog obavještanja, jer se radi o pravima kojima strane slobodno raspolažu. Na ovo upućuje slučaj iz sudske prakse u kojem je prodavatelj - prema stajalištu suda - vraćanjem pretežnog dijela cijene "priznao činjenicu da je roba imala nedostatke, i time pristao na raskid ugovora". Posljedica ovog konkludentnog priznavanja nedostataka - također prema stajalištu suda - sastoji se u tome da se prodavatelj "naknadno ne može pozvati na činjenice da je reklamacija nedostataka bila nepravodobna"⁸⁷ ni raspravljati o naravi

⁸⁴ Čl. 614. st. 2. i 3. ZOO.

⁸⁵ Prema odluci VSH Rev 51/1991 od 29. svibnja 1991. u Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje: IOVSRH) 1993-66 "loša kvaliteta prodanih sadnica nedostatak je koji nije mogao ostati nepoznat prodavaocu koji se bavi prodajom sadnica", a prema odluci istog suda Rev 3670/93 od 21. svibnja 1995. u IOVSRH 1993-34 dužniku koji je specijalizirana trgovinska organizacija za prodaju građevinskog materijala bili su poznati ili nisu mogli ostati nepoznati nedostaci koji su posljedica uskladištenja robe protivno uputama proizvođača te robe zato što je znao za takvo nepropisno uskladištenje.

⁸⁶ Bitno identično, ali nomotehnički različito čl. 577. st. 1. ZOO uopće ne traži obavještanje zakupodavatelja o nedostacima, ako su mu ovi bili poznati. Prema odredbi čl. 614. st. 3. ZOO, ako su nedostaci bili poznati izvoditelju, onda ni rok za njegovo obavještanje nije prekluzivan.

⁸⁷ Odluka PSH Pž 1166/93 od 1. lipnja 1993. u PIM 1/16.

nedostatka.⁸⁸ Pravni temelj stajališta suda nalazimo u zabrani *venire contra factum proprium*, što je jedan od oblika povrede načela savjesnosti i poštenja.⁸⁹

Također iznimno, rokovi za obavještanje nisu prekluzivni glede vjerovnikova prava na naknadu štete koju bi on pretrpio na svojim drugim dobrima, iz čl. 488. st. 3. ZOO, nego pravo na naknadu ove štete pripada vjerovniku "i kad je propustio obavijestiti prodavatelja o nedostacima".⁹⁰

Rokovi koji su dosad spomenuti teku od trenutka završenog ispunjenja, odnosno događaja koji su spomenuti. Izložena pravila o trenutku od kojeg teku rokovi za obavještanje dužnika na odgovarajući način treba primijeniti i kad se ne radi o prvobitnom ispunjenju s nedostacima, nego o ispunjenju s nedostacima koje je uslijedilo poslije prvobitnog ispunjenja s nedostacima, vjerovnikove prvobitne obavijesti i dužnikovog naknadnog ispunjenja (ponovno s nedostacima). Dakle, kad je zbog nedostatka došlo do popravka ispunjenja, zamjene ispunjenja ili druge radnje poduzete radi otklanjanja nedostataka, pa ta radnja ponovno ima nedostatke, vjerovnik radi očuvanja svojih prava ponovno treba obavijestiti dužnika u istim rokovima, ali ti rokovi sad teku od dovršetka radnje poduzete radi otklanjanja nedostataka odnosno urednog ispunjenja.⁹¹

6. Odgovornost

6.1. Vrsta (kriterij) odgovornosti

Dužnik za materijalne nedostatke odgovara prema objektivnom a ne prema subjektivnom kriteriju. To znači da za postojanje odgovornosti nije potrebna njegova krivnja - nakana ili nepozornost - nego on odgovara bez obzira na krivnju, čim nedostaci postoje.

Ovaj stav - posredno ali čvrsto - proizlazi iz odredbe čl. 485. ZOO, koji ne samo dužnikovo znanje za nedostatke ispunjenja, nego i njegovo propuštanje dužne pozornosti u odnosu na saznavanje za moguće nedostatke njegova ispunjenja sankcionira otklanjanjem prekluzivnih rokova u kojima ga vjerovnik treba obavijestiti o nedostacima. Taj stav također proizlazi iz odredbe čl. 456. ZOO, prema kojoj dužnik snosi rizik slučajne propasti ili oštećenja do prijelaza rizika na vjerovnika, a i iz odredbe čl. 263. ZOO, koja odgovornost dužnika za štetu zbog neurednog ispunjenja otklanja samo ako on dokaže da je neuredno ispunjenje uslijedilo "zbog okolnosti nastalih poslije sklapanja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći". A

⁸⁸ Odluka PSH Pž-1501/93 od 16. studeni 1993. u PIM 2/37 povodom slučaja u kojem je prodavatelj također prethodno kupcu vratio cijenu.

⁸⁹ Usp. Slakoper, Zvonimir: Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem i Baretić, Marko: Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu, oba u Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 24., br. 1., 2003.

⁹⁰ Načelni stav br. XXVIII zajedničke sjednice vrhovnih sudova država koje su nekad bile u sastavu SFRJ od 6. i 7. studeni 1985. u PSP NZ 29/50 i odluka VSH Rev 61/85 u PSP NZ 31/39.

⁹¹ Čl. 483. ZOO.

minori ad maius, to bi značilo da se dužnik može osloboditi odgovornosti za faktične nedostatke samo ako je nedostatak bio rezultat više sile, a *a contrario*, da odgovara po kriteriju uzročnosti a ne po kriteriju krivnje.⁹²

6.2. Opseg odgovornosti

Opseg dužnikove odgovornosti načelno nije ograničen s obzirom na količinu ili vrste faktičkih nedostataka, nego dužnik odgovara za sve faktičke nedostatke koji su postojali - ili čiji je uzrok postojao - u trenutku prelaska rizika na vjerovnika. Ako neka svojstva nisu ugovorena, dužnik odgovara za postojanje svih svojstava potrebnih za redovnu uporabu, a ako je ugovoreno više svojstava, rezultat ispunjenja mora imati sva ugovorena svojstva.

No, polazeći od načela slobode uređivanja obveznih odnosa, načela savjesnosti i poštenja, te uzimajući da postoji i faktična ravnopravnost ugovornih strana "*ugovaratelji mogu ograničiti ili sasvim isključiti ... odgovornost za materijalne nedostatke*",⁹³ iz čega proizlazi zaključak o dispozitivnosti odredbi o odgovornosti za nedostatke.⁹⁴ Odgovornost za faktične nedostatke suugovaratelji mogu, dakle, isključiti u cijelosti, a u stvarnosti ta se odgovornost često isključuje pri prodaji stvari koja nije nova. Osim toga, ograničiti se odgovornost može na neobično mnogo načina: tako da se isključi odgovornost za neka od svojstava, da se dopusti odstupanje u količini, da se odgovornost ograniči isključenjem nekog ili nekih vjerovnikovih prava ili vezanjem uz drukčije rokove obavještanja i slično. Ograničena ili isključena može biti odgovornost i za vidljive i za skrivene nedostatke.⁹⁵ Njeno ograničenje može uključiti i isključenje pojedinih prava koja po zakonu pripadaju vjerovnicima, pa tako i isključenje vjerovnikova prava da raskine ugovor. Onda kad je to pravo isključeno, vjerovnik ipak "*zadržava ostala prava zbog tih nedostataka*".⁹⁶

Budući da načelo savjesnosti i poštenja može biti izigrano, te da faktična ravnopravnost ugovornih strana često ne postoji, ugovorna odredba o ograničenju ili isključenju odgovornosti ništava je i kad je izigrano načelo savjesnosti i poštenja i kad postoji značajna faktična neravnopravnost strana. Ta odredba, konkretnije, ništava je "*ako je nedostatak bio poznat (dužniku - op. a.) ..., a on o njemu nije obavijestio (vjerovnika - op. a.) ... a i onda kad je (dužnik - op. a.) ... nametnuo tu odredbu koristeći se svojim posebnim monopolnim položajem*".⁹⁷ U ovim slučajevima neće biti ništava samo odredba o isključenju odgovornosti, nego i odredba kojom se odgovornost ograničava. Iako bi odredba nalagala stvarno znanje dužnika za nedostatke, čini se da je sudska praksa s tim izjednačila i slučaj kad je dužnik mogao

⁹² Identično kod ugovora o zakupu proizlazi iz čl. 573. st. 1. ZOO "Zakupodavac odgovara zakupcu za sve nedostatke zakupljene stvari ... bez obzira na to da li je znao za njih ili ne"

⁹³ Čl. 486. st. 1. ZOO. Tako i čl. 576. st. 1. ZOO. U franc. pravu čl. 1643 CCF.

⁹⁴ Za švic. pravo tako Berner Kommentar 395

⁹⁵ Odluka VSH Rev 2432/82 od 5. svibnja 1983. u PSP NZ 23/85.

⁹⁶ Čl. 486. st. 3. ZOO.

⁹⁷ Općenito čl. 486. st. 2. ZOO i odluka Županijskog suda u Karlovcu Gž 515/98 od 25. studeni 1998. u IOVSRH 1999-1. Tako i čl. 576. st. 2. ZOO za ugovor o zakupu.

ili morao znati ili nije ne mogao znati za nedostatke jer je “prodavatelj (tuženik) mogao znati ... da automobil i motor automobila nisu bili tehnički ispravni ... jer je vozilo koristio”.⁹⁸ Za nedostatke je znao i prodavatelj koji je “automehaničar (koji - op. a.) ... je vozilo prije prodaje generalno uredio”.^{99, 100}

Poredbeni propisi sadrže slične odredbe. Prema CC-u “sporazum kojim se ograničava ili isključuje odgovornost nema učinak ako je prodavatelj protivno načelu savjesnosti i poštenja kupcu prešutio nedostatke stvari”,¹⁰¹ prema OR-u takav je sporazum nevaljan “ako je prodavatelj nedostatak prijeverno prešutio”,¹⁰² dok prema BGB-u prijeverno prešućivanje nedostataka dovodi do toga da se “prodavatelj ne može pozvati na ugovoreno ograničenje ili isključenje odgovornosti”.¹⁰³

6.3. Sadržaj odgovornosti (prava vjerovnika)

Sadržaj dužnikove odgovornosti druga je strana - naličje - vjerovnikovih prava koja mu pripadaju u slučaju materijalnih nedostataka. Drugim riječima, ZOO ne sadrži odredbe koje bi izrijeком govorile o tome što čini sadržaj dužnikove odgovornosti za materijalne nedostatke, nego se taj sadržaj izvodi iz odredbi o pravima koja zbog tih nedostataka pripadaju vjerovniku odnosno zahtjevima koje vjerovnik ima prema dužniku.

Općenito govoreći, u hrvatskom pravu vjerovnik ima pravo zahtijevati ispunjenje ugovora, sniženje cijene, naknadu štete, te može raskinuti ugovor,¹⁰⁴ a u bitnom identična prava vjerovnika postoje i u poredbenim propisima.¹⁰⁵

6.3.1. Zahtjev za (uredno) ispunjenje ugovora

Izraz “zahtjev za ispunjenje ugovora” može navesti na pomisao kako dužnik nije ispunio svoju obvezu, te kako se i u ovom slučaju mogu primijeniti pravila o raskidu ugovora zbog neispunjenja. Takvo shvaćanje bilo bi pogrešno.¹⁰⁶ Ispunjenje s materijalnim nedostacima je ispunjenje, ali ujedno i jedan od oblika neurednog odnosno nevaljanog ispunjenja obveza, pa odredbe ZOO-a o pravima vjerovnika govore o zahtjevu za uredno ispunjenje ugovora glede osobina rezultata ispunjenja.

⁹⁸ Odluka VSH Rev 2335/90 od 27. veljače 1991. u IOVSRH 1993-64.

⁹⁹ Odluka VSH Rev 16/88 od 24. kolovoza 1988. u PSP NZ 44/67.

¹⁰⁰ Uz navedene opće slučajeve ništavosti odredbe o ograničenju ili isključenju odgovornosti dužnika za faktične nedostatke, odredbe ugovora o zakupu sadrže još jednu koja predviđa ništavost takve odredbe u slučaju kad “je nedostatak takav da onemogućuje upotrebu zakupljene stvari” (čl. 576. st. 2. ZOO).

¹⁰¹ Čl. 1490. st. 2. CCT.

¹⁰² Čl. 199 OR.

¹⁰³ Par. 444. BGB.

¹⁰⁴ Čl. 488. ZOO. U posebnim slučajevima prava zavise o prirodi ugovornih obveza. Tako kod ugovora o djelu čl. 620. st. 3. ZOO: “Ako izvođač ne otkloni nedostatak do isteka tog roka, naručilac može, po svom izboru, izvršiti otklanjanje nedostataka na račun izvođača ili sniziti naknadu, ili raskinuti ugovor”.

¹⁰⁵ CCT čl. 1492., raskid ugovora i sniženje cijene, čl. 205. OR, otklanjanje nedostataka stvari i sniženje cijene, a prema čl. 206 kad se radi o zamjenjivim stvarima zamjenu stvari, BGB par. 437. naknadno ispunjenje, odustanak od ugovora, sniženje cijene i naknadu štete, a identično i par. 932. i 933a. austrijskog Općeg građanskog zakonika (dalje: ABGB).

¹⁰⁶ V. naprijed pretpostavke odgovornosti za nedostatke

Vjerovnikov zahtjev za uredno ispunjenje ugovora može biti u obliku zahtjeva za ispunjenjem bez materijalnih nedostataka ili - alternativno - u obliku zahtjeva za otklanjanjem nedostataka ispunjenja.¹⁰⁷

Glede položaja ugovornih strana u svezi s ovim zahtjevima vjerovnika potrebno je reći kako vjerovnik - dakako - ima pravo na uredno ispunjenje, ali ujedno ne smije postupati protivno načelima savjesnosti i poštenja, zabrane zlouporabe prava i zabrane nanošenja štete. Zbog toga dužniku načelno treba priznati pravo izbora između otklanjanja nedostataka i novog (urednog) ispunjenja¹⁰⁸, odnosno njegovu obvezu uzeti uredno ispunjenom čim je on unutar primjerenog roka postigao ispunjenje bez nedostataka, i to bez obzira je li to postigao na način koji je vjerovnik zahtijevao ili na drugi od dva moguća načina.¹⁰⁹ To pravo treba priznati pod pretpostavkom da se izabranim načinom postiže posve uredno ispunjenje, jer - primjerice - "bez obzira na zamjenu ... dijelova, s osnovom su tuženici ... obvezani tužitelju isporučiti novi motor, kad iz nalaza vještaka proizlazi da je popravljeni motor na taj način (popravkom - op. a.) doveden u granice krajnje, umjesto normalne tolerancije"¹¹⁰ Ovo pravo dužnika ne bi otklonilo njegovu odgovornost za štetu vjerovniku, ako je zbog ispunjenja na drugi - a ne na zahtijevani - način postigao uredno ispunjenje, ali je pri tome za vjerovnika nastala šteta.¹¹¹

Dužnikovo ispunjenje vjerovnikova zahtjeva za otklanjanjem nedostataka ispunjenja neće izazvati posebne obveze vjerovnika, ali dužnikovo ispunjenje zahtjeva za ispunjenjem bez nedostataka (zamjenom neurednog ispunjenja urednim) izazvat će obvezu vjerovnika da rezultat prvoga (neurednog) ispunjenja vrati dužniku.¹¹² S druge strane, u oba slučaja - budući da postoji inicijalna odgovornost dužnika jer je on neuredno ispunio svoju obvezu - dužnik bi snosio sve troškove otklanjanja nedostataka odnosno zamjene¹¹³ i odgovarao za svu štetu koju bi vjerovnik uslijed toga pretrpio.

U nekim slučajevima životne (faktične) okolnosti mogu ipak biti takve da objektivno onemogućće postavljanje bilo jednog ili drugog - ili čak i oba - zahtjeva.

¹⁰⁷ Čl. 488. st. 1. t. 1. ZOO i par. 439. st. 1. BGB. Specijalne odredbe ugovora o djelu na prvo mjesto stavljaju zahtjev za otklanjanjem nedostataka jer prema čl. 618. st. 1. "Naručilac koji je uredno obavijestio izvođača da izvršeni rad ima neki nedostatak može zahtijevati od njega da nedostatak otkloni, i za to mu odrediti primjeren rok".

¹⁰⁸ Suprotno, izbor između dva oblika pripada vjerovniku prema Palandt, s. 640.

¹⁰⁹ Prema izričitoj odredbi par. 439. st. 2. BGB "prodavatelj može odbiti zahtijevani način naknadnog ispunjenja kad je on moguć samo s nerazmjerno visokim troškovima", a to potvrđuje Palandt, s. 635.

¹¹⁰ Odluka OS Split Gž-3917/91 od 29. studenoga 1991. u PSP NZ 51/79.

¹¹¹ Slijedeći ovaj način razmišljanja, specijalne odredbe ugovora o djelu dopuštaju izvoditelju odbijanje zahtjeva za uklanjanje nedostataka, ako bi ono zahtijevalo pretjerane troškove. Kad izvoditelj opravdano odbije zahtjev za otklanjanje nedostataka, naručilcu ostaju "pravo na sniženje naknade ili raskid ugovora te pravo na naknadu štete" (čl. 618. st. 3. ZOO).

¹¹² Tu obvezu izrijeckom predviđa BGB u par. 439 st. 4. prema kojem "prodavatelj koji je naknadno isporučio stvar bez nedostataka može zahtijevati povrat stvari s nedostatkom". Tako i Palandt, s. 635.

¹¹³ Prema par. 439. st. 2. BGB prodavatelj snosi troškove te isporuke kao što su transportni, putni, troškovi rada i materijala.

Primjerice, ako je nedostatak objektivno neotklonjiv, vjerovnik će *via facti* imati samo zahtjev za urednim novim ispunjenjem. S druge strane, ako se radi o individualiziranoj - a ne generičkoj - obvezi, vjerovnik će, opet *via facti*, imati samo zahtjev za otklanjanjem nedostataka. A ako bi nedostaci bili neotklonjivi, a obveza individualna, zahtjev za ispunjenje ugovora objektivno bi bilo nemoguće ispuniti, a vjerovniku bi preostala samo mogućnost postavljanja drugih zahtjeva koji mu pripadaju¹¹⁴.

Mogući primjer kad bi vjerovniku preostala mogućnost postavljanja drugih zahtjeva je sljedeći.

Obvezu činjenja ima i banka u svojem odnosu s nalogodavateljem akreditiva. Ona je "dužna ispitati da li su dokumenti u svemu jednaki zahtjevima" akreditiva,¹¹⁵ a o eventualnim nesuglasnostima obavijestiti korisnika u prekluzivnom roku od sedam dana, čijim istekom bez takve obavijesti ona postaje dužna isplatiti akreditivnu svotu korisniku, bez obzira na nesuglasnost dokumenata. Svoju obvezu ispitivanja dokumenata ona ispunjava tako što ih ispituje. Ako pogrešno ustanovi da su dokumenti jednaki i zbog toga propusti obavijestiti korisnika o nesuglasnosti, nastalo bi se stanje moglo podvesti pod pojam faktičnih nedostataka ispunjenja bančine obveze (koja se sastojala u činjenju). Budući da banka više korisniku ne može staviti prigovor nesuglasnosti dokumenata, nego je dužna obaviti isplatu, eventualni nalogodavateljev zahtjev za otklanjanje nedostataka bančinog činjenja, kao i zahtjev za ponovnim urednim ispunjenjem objektivno bi bilo nemoguće ispuniti, odnosno ispunjenje ne bi imalo svrhu. Ipak, nalogodavatelju bi preostali drugi zahtjevi koje ima zbog faktičnih nedostataka dužnikova ispunjenja.

6.3.2. *Raskid ugovora*

Pretpostavke raskida. U pravilu postoje dvije pretpostavke koje se moraju kumulativno ispuniti kako bi ugovor bio raskinut: mogućnost vraćanja rezultata ispunjenja dužniku i istek primjerenog naknadnog roka za ispunjenje (otklanjanje nedostataka ili zamjenu ispunjenja ispunjenjem bez nedostataka).

Temeljno je pravilo da vjerovnik "*gubi pravo da raskine ugovor zbog nedostatka (ispunjenja - op. a.) ... kad mu je nemoguće vratiti (rezultate ispunjenja - op. a.)... ili (ih - op. a.) ... vratiti u stanju u kojem ... je primio*".¹¹⁶

No, moguće je da nemogućnost vraćanja nastupi upravo zbog nedostataka zbog kojih vjerovnik želi raskinuti ugovor. Npr. upravo zbog tih nedostataka stvar potpuno ili djelomično propadne ili bude oštećena. Tada će vjerovnik moći raskinuti ugovor unatoč nemogućnosti vraćanja, i to je prva iznimka od pravila da je mogućnost

¹¹⁴ Kad se radi o ugovoru o zakupu, ZOO izrijekom naznačuje kako u slučaju neotklonjivih nedostataka zakupoprimatej ima pravo samo raskinuti ugovor ili zahtijevati sniženje zakupnine (čl. 578. st. 1. ZOO). Prema st. 2. istog članka "kad stvar ima neki nedostatak koji se može otkloniti bez većih nezgoda za zakupca, a predaja stvari u određenom roku nije bila bitni sastojak ugovora, zakupac može zahtijevati od zakupodavca ili otklanjanje nedostataka u primjerenom roku ili sniženje zakupnine".

¹¹⁵ Čl. 1080. st. 1. ZOO.

¹¹⁶ Općenito čl. 495. st. 1. ZOO. Kod ugovora o zakupu čl. 578. st. 3. ZOO: "Ako zakupodavac ne otkloni nedostatak u naknadnom primjerenom roku koji mu je zakupac odredio, zakupac može raskinuti ugovor ili zahtijevati sniženje zakupnine".

vraćanja pretpostavka raskida¹¹⁷. Također je moguće da rezultat ispunjenja zbog nedostataka propadne ili bude oštećen pri vjerovnikovom pregledu kod preuzimanja ispunjenja ili da redovnom uporabom rezultat ispunjenja bude potrošen ili izmijenjen prije no što su se pokazali (skriveni) nedostaci. I tad će raskid ugovora biti moguć bez postojanja mogućnosti vraćanja rezultata ispunjenja, i to je druga iznimka od izloženog pravila.¹¹⁸ Vjerovnik će također moći raskinuti ugovor i kad rezultat ispunjenja nije moguće vratiti zbog propasti ili oštećenja zbog događaja koji ne potječe od vjerovnika ili osoba za koje on odgovara i to je treća iznimka od spomenutog pravila.

Dikcija odredbe koja propisuje treću iznimku¹¹⁹ upućuje na zaključak kako za mogućnost raskida nije odlučujuće pitanje postoji li treća osoba koja odgovara za nemogućnost vraćanja odnosno propast ili oštećenje, ili ona ne postoji nego je nemogućnost vraćanja nastupila zbog više sile ili slučaja. Dovoljno bi bilo da ta nemogućnost nije nastupila uslijed događaja za koji odgovara vjerovnik ili osobe za koje on odgovara. Dakle, dužnik bi snosio rizik slučajne propasti ili oštećenja stvari što je sukladno odredbi čl. 456. st. 2. ZOO prema kojoj “*rizik ne prelazi na (vjerovnika - op. a.) ako je on zbog nekog nedostatka ... raskinuo ugovor ili tražio zamjenu ...*”.

Gubitak prava na raskid ugovora zbog nemogućnosti vraćanja rezultata ispunjenja ne utječe na druga vjerovnikova prava, nego on “*zadržava ostala prava koja mu daje zakon zbog postojanja nekog nedostatka*”.¹²⁰

Pravila o raskidu ugovora polaze od pravila da rok ispunjenja nije bitni sastojak ugovora, te upravo zato - u pravilu - otklanjaju mogućnost trenutnog raskida čim je dužnikovo ispunjenje imalo nedostatke. Umjesto toga - u pravilu - dužniku pripada pravo na naknadni rok za uredno ispunjenje, tj. ovdje ispunjenje bez nedostataka. Vjerovnik, dakle, “*može raskinuti ugovor samo ako je prethodno ostavio (dužniku - op. a.) ... naknadni primjerni rok za ispunjenje ugovora*”.¹²¹ Iako je ovo pravilo posve neprijeporno i prema tekstu citirane odredbe i prema korištenoj literaturi¹²² u sudskoj je praksi izražen i posve suprotan - nezakonit - stav da je kupac “potpuno slobodan u izboru prava iz st. 1. čl. 488. ZOO. On je ovlašten raskinuti ugovor i onda kada bi se nedostaci mogli ukloniti i kada bi troškovi uklanjanja nedostataka bili niži od troškova uspostave ranijeg stanja...” (sic!).¹²³ Ipak, u ranijoj praksi moguće je pronaći i zakonito stajalište kako je “raskid ugovora posljednje ... sredstvo ... te u načelu može ugovor

¹¹⁷ Čl. 495. st. 2. ZOO.

¹¹⁸ Čl. 495. st. 3. ZOO.

¹¹⁹ Čl. 495. st. 2. ZOO, in fine.

¹²⁰ Čl. 496. ZOO.

¹²¹ Općenito čl. 490. st. 1. ZOO. Kod ugovora o djelu ovo je pravilo izraženo riječima: (čl. 620. st. 1. ZOO). Kad izvršeni posao ima nedostatak zbog kojeg djelo nije neupotrebljivo odnosno kad posao nije izvršen u suprotnosti s izričitim uvjetima ugovora, naručilac je dužan dopustiti izvođaču da nedostatak otkloni. (2) Naručilac može odrediti izvođaču primjeren rok za otklanjanje nedostataka. (3) Ako izvođač ne otkloni nedostatak do isteka tog roka, naručilac može, po svom izboru, izvršiti otklanjanje nedostataka na račun izvođača ili sniziti naknadu, ili raskinuti ugovor”. Bezuspješni istek naknadnog roka za ispunjenje je pretpostavka raskida i prema njemačkom pravu (Palandt, s. 635).

¹²² Gorenc, s. 645., Klarić, s. 406., Vizner-Bukljaš, s. 1634.

¹²³ Odluka VSH Rev 2427/90 od 19. veljače 1991. u IOVSRH 1993-67.

raskinuti samo ako je prethodno ostavio ... naknadni primjereni rok za ispunjenje”.¹²⁴

Istovremeno treba uočiti kako zahtijevanje ispunjenja ne otklanja pravo vjerovnika na raskid ugovora, razumljivo pod uvjetom da dužnik u primjerenom roku svoju obvezu zaista nije uredno ispunio.¹²⁵

Unatoč ovom pravilu, a uzimajući u obzir mogućnost da ostavljanje naknadnog roka u nekim konkretnim okolnostima ne bi dovelo do ispunjenja, postoje iznimni slučajevi kad vjerovnik svojom voljom može raskinuti ugovor i bez ostavljanja naknadnog roka. Očito je da ostavljanje naknadnog roka ne bi dovelo do ispunjenja onda kad dužnik - nakon primljene obavijesti o nedostacima - priopći vjerovniku da neće ispuniti ugovor. Isto to očito je također i u već spomenutom slučaju kad bi individualizirana obveza imala neotklonjive nedostatke, jer tada ne postoji ni mogućnost otklanjanja nedostataka ni drugog (urednog) ispunjenja. Zbog toga vjerovnik “*može raskinuti ugovor i bez ostavljanja naknadnog roka ako mu je* (dužnik - op. a.) ... *nakon obavijesti o nedostacima saopćio da neće ispuniti ugovor ili ako iz okolnosti konkretnog slučaja očito proizlazi da* (dužnik - op. a.) ... *neće moći ispuniti ugovor ni u naknadnom roku*”.^{126, 127}

Imajući u vidu odgovarajuću primjenu općih pravila na sve vrste ugovora, potrebno je uočiti neka otvorena pitanja. Primjerice, jedna od obveza zakupoprimatelja je da zakupodavatelju vrati zakupljenu stvar neoštećenu nakon prestanka zakupa.¹²⁸ Ako bi ta stvar bila oštećena ili istrošena više no što odgovara njenoj redovnoj uporabi, ona bi imala materijalni nedostatak, jer je izvjesno da postoji zakupoprimateljeva povreda ugovora, a činjenično stanje ne može se podvesti ni pod koji drugi oblik povrede ugovora. Dosljedno bi zakupodavatelju načelno pripadala sva prava koja pripadaju vjerovniku s naslova dužnikove odgovornosti za materijalne nedostatke. No raskid ugovora koji je prestao je *contradictio in se*, a i kad ne bi bio otvorila bi se pitanja ekonomičnosti, racionalnosti i objektivne mogućnosti da strane vrate jedna drugoj sve ono što su primile jedna od druge, što je jedna od posljedica raskida ugovora.

Način raskida. Raskid ugovora zbog materijalnih nedostataka može uslijediti *ex lege* ili voljom vjerovnika, a pravila o tome vrlo su slična pravilima o raskidu ugovora voljom

¹²⁴ Odluka VSH Rev 2432/82 od 5. svibnja 1983. u PSP NZ 23/86.

¹²⁵ Čl. 489. ZOO.

¹²⁶ Čl. 490. st. 2. ZOO.

¹²⁷ Odredbe o ugovoru o djelu predviđaju i daljnje iznimke od izloženog pravila. Naručitelj može raskinuti ugovor (i zahtijevati naknadu štete) čak i prije dospijeca izvoditeljeve obveze da preda izvršeno djelo “*ako se u toku izvršenja djela pokaže da se izvođač ne drži uvjeta ugovora i uopće da ne radi kako treba, te da će izvršeno djelo imati nedostatke*” (čl. 608. st. 1. ZOO). Kad postoje ove pretpostavke, naručitelj može upozoriti izvoditelja i odrediti mu primjeren rok za usklađivanje rada s obvezama, a ako ovaj do isteka primjerenog roka to ne učini, naručitelj može raskinuti ugovor i zahtijevati naknadu štete (čl. 608. st. 2. ZOO). Druga iznimka - koja također polazi od i pretpostavlja individualnost a ne generičnost djela - odnosi se na slučaj kad “*obavljeni posao ima takav nedostatak koji ga čini neupotrebljivim ili je obavljen u suprotnosti s izričitim uvjetima ugovora*” (čl. 619. ZOO). Tad naručitelj može raskinuti ugovor i zahtijevati naknadu štete ne tražeći prethodno otklanjanje nedostataka. Osim ovoga, kod ugovora o djelu pretpostavka mogućnosti raskida ugovora jest da se ne radi o neznatnom nedostatku jer kad je riječ o takvom nedostatku “*naručilac se ne može koristiti pravom na raskid ugovora*” (čl. 620. st. 4. ZOO).

¹²⁸ Čl. 585. st. 1. ZOO.

vjerovnika odnosno *ex lege* u slučaju raskida zbog zakašnjenja odnosno neispunjenja.¹²⁹

Raskid ugovora *ex lege*¹³⁰ uslijedit će samo u slučaju kad je vjerovnik točno odredio naknadni rok za uredno ispunjenje, pa je taj rok bezuspješno istekao, i to pod pretpostavkom da je taj rok razumno dug ili duži. Ako bi naknadni rok određen po vjerovniku bio kraći od razumnog, onda bi ugovor također bio raskinut *ex lege*, ali tek bezuspješnim istekom razumnog - a ne po vjerovniku određenog - roka. Vjerovnik ipak može otkloniti *ex lege* raskid ugovora i to svojim očitovanjem da ugovor održava na snazi. Pri tome razumije se da ovo očitovanje ne mora biti učinjeno *expressis verbis*, nego na bilo koji od valjanih načina očitovanja volje.

Raskid očitovanjem vjerovnika uslijedit će u dva slučaja: kad je vjerovnik zahtijevao naknadno ispunjenje bez naznake roka u kojem ga zahtijeva i kad je po isteku određenog roka u kojem je zahtijevao ispunjenje očitovanjem ugovor održao na snazi. Kako u oba ova slučaja rok za ispunjenje vjerovnik nije odredio, raskid ugovora nakon isteka objektivno primjerenog nakanadnog roka uslijedit će vjerovnikovim očitovanjem volje. Razumije se, ako bi prije toga dužnik uredno ispunio svoju obvezu, vjerovnik više ne bi imao pravo na raskid, a eventualno očitovanje volje za raskid ne bi proizvelo pravni učinak, jer bi ugovorna obveza već prestala ispunjenjem.

Opseg raskida. Pravila o raskidu ugovora podrazumijevaju nedjeljivu obvezu. Kako obveza može biti i djeljiva - npr. instaliranje računalnih programa u 10 računala - potrebno je prikazati i pravila koja postoje za slučaj kad samo dio ispunjenja ima nedostatke ili kad je ispunjen samo dio obveze. Onda kad je obveza djeljiva, ugovorena protučinidba može biti određena prema jedinici dužnikove obveze (jedinična) ili za sve dijelove dužnikove obveze (ukupna). Bez obzira na to je li protučinidba određena na prvi ili drugi način, čim samo dio ispunjenja ima nedostatke ili je s nedostacima ispunjen samo dio ugovorene količine, ugovor se raskida samo glede onog dijela ispunjenja koji ima nedostatke.¹³¹

Od ovog pravila odstupa se - i ugovor se raskida u cijelosti - onda kad ugovorena količina čini cjelinu ili se radi o nedjeljivoj obvezi ili vjerovnik "*inače ima opravdan interes da primi ugovorenu (činidbu odnosno njenu - op. a.) ... količinu u cjelini*"¹³² ili kad je ugovorena jedna ukupna cijena stvari koje čine jednu cjelinu a njihovo bi razdvajanje bilo štetno.¹³³

U posljednjem spomenutom slučaju postoji i odstupanje od pravila da ugovor može raskinuti vjerovnik. Naime, ako bi unatoč štetnosti razdvajanja stvari koje čine cjelinu i za koje je - kao za cjelinu - ugovorena jedna ukupna cijena, vjerovnik raskinuo ugovor samo glede dijela količine s nedostatkom, dužniku bi pripadalo pravo "*raskinuti ugovor i u pogledu ostalih stvari*".¹³⁴

¹²⁹ O tome detaljnije u Slakoper, Zvonimir: Raskid ugovora zbog zakašnjenja i neispunjenja u Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Suppl., br. 3 (2003).

¹³⁰ Čl. 491. ZOO.

¹³¹ Čl. 492. st. 1. i čl. 494. st. 1. ZOO.

¹³² Čl. 492. st. 2. ZOO.

¹³³ Čl. 494. st. 2. ZOO.

¹³⁴ Čl. 494. st. 2. ZOO.

Učinci raskida. Prema izričitoj odredbi čl. 497. st. 1. ZOO “*raskid ugovora zbog nedostatka (ispunjenja - op. a.) ... ima isti učinak kao i raskid dvostranih ugovora zbog neispunjenja*”. Temeljni učinak raskida ugovora zbog neispunjenja jest prestanak ugovornih obveza. Uz to suugovaratelji su dužni jedan drugome vratiti ono što su primili temeljem raskinutog ugovora, a svaka strana duguje drugoj i naknadu za koristi koje je imala od onog što je dužna vratiti.¹³⁵ Kad se radi o raskidu zbog nedostataka, ovu naknadu vjerovnik duguje dužniku i onda kad mu je nemoguće dužniku vratiti ono što je od njega primio.¹³⁶

6.3.3. Sniženje cijene

Strogo govoreći o zahtjevu za sniženje “cijene” može se govoriti samo u okviru ugovora o prodaji, jer se vjerovnikova protučinidba zove “cijena” samo u tom ugovoru, a odgovarajuća općenita primjena ovih odredbi na druge vrste ugovora nalaže zamjenu izraza “cijena” izrazom “vrijednost vjerovnikove protučinidbe”.

Zahtjev za sniženje vrijednosti njegove protučinidbe pripada vjerovniku kumulativno sa zahtjevom za naknadu štete. U odnosu prema zahtjevu za otklanjanje nedostataka odnosno za ispunjenje ugovora, zahtjev za sniženje vrijednosti protučinidbe vjerovniku pripada alternativno ili podredno, zavisno o okolnostima. Naime, ako je prvo zahtijevao sniženje vrijednosti protučinidbe, vjerovnik nema više pravo zahtijevati otklanjanje nedostataka, odnosno ispunjenje ugovora. No, ako je prvo zahtijevao otklanjanje nedostataka odnosno ispunjenje ugovora, ne gubi zahtjev za sniženje cijene, ali samo pod uvjetom da nije dobio zahtijevano ispunjenje.¹³⁷

Zahtjev za sniženje vrijednosti protučinidbe najčešće je zahtjev za isplatu određene svote novca¹³⁸ i vjerovniku pripada pravo zahtijevati isplatu svote koja odgovara razlici između vrijednosti ispunjenja bez nedostatka i vrijednosti ispunjenja s nedostatkom, u vrijeme sklapanja ugovora,¹³⁹ a to podrazumijeva i obvezu dužnika da na svotu sniženja plati vjerovniku i kamate za razdoblje od plaćanja do vraćanja.¹⁴⁰ U stvarnosti ovaj zahtjev vjerovnik može ostvariti - u slučaju kad je već ispunio svoju protuobvezu - tužbom ili na druge načine (prijeboj, prigovor prijeboja, prigovor radi prijeboja).

U životu je moguće istovremeno postojanje i vidljivih i skrivenih nedostataka. Pretpostavimo da je vjerovnik zbog vidljivih nedostataka postigao sniženje cijene, ali

¹³⁵ O tome detaljnije u radu navedenom u bilj. 129.

¹³⁶ Čl. 497. st. 2. ZOO.

¹³⁷ Općenito čl. 489. ZOO. U ugovoru o zakupu prema dikciji čl. 578. st. 3. ZOO proizlazilo bi da je zahtjev za sniženje zakupnine podređen zahtjevu za otklanjanje nedostataka jer prema toj odredbi “Ako zakupodavac ne otkloni nedostatak u naknadnom primjerenom roku koji mu je zakupac odredio, zakupac može raskinuti ugovor ili zahtijevati sniženje zakupnine”.

¹³⁸ U većini ugovora obveza jedne strane je naturalna ili nenovčana, a protučinidba druge strane je novčana.

¹³⁹ Općenito prema čl. 498. ZOO cijena se snižava prema odnosu između vrijednosti stvari bez nedostatka i vrijednosti stvari s nedostatkom, u vrijeme sklapanja ugovora, a identično i BGB u par. 441 st. 3. Tako i u ugovoru o djelu (čl. 621. ZOO) “naknada se snižava u razmjeru između vrijednosti izvršenog rada bez nedostatka u vrijeme sklapanja ugovora i vrijednosti koju bi imao u to vrijeme izvršeni rad s nedostatkom”.

¹⁴⁰ Odluka VSH Rev 2458/90 od 13. veljače 1991. u PSP NZ 53/62.

da je poslije toga ustanovio kako dužnikovo ispunjenje ima i skrivene nedostatke, tj. da je nedostatke otkrivao postupno. Takav vjerovnik može raskinuti ugovor ili zahtijevati novo (daljnje) sniženje cijene.¹⁴¹

Iz prirode stvari proizlazi da zahtjev za sniženje cijene, tj. vrijednosti vjerovnikove protučinidbe, može pripadati samo onom vjerovniku koji dužniku daje protučinidbu, tj. kad se radi o pravim (potpunim, naplatnim) dvostranoobveznim ugovorima. Kako držimo da opća pravila o odgovornosti za nedostatke treba primijeniti i na neprave (nepotpune, nenaplatne) dvostranoobvezne ugovore (npr. zajam bez ugovorene kamate, ostava), očito je da zbog prirode ovih ugovora zahtjev za sniženje vrijednosti protučinidbe neće moći biti postavljen. Primjerice, iako zajmodavatelj kod svakog, pa i besplatnog zajma - prema izričitoj odredbi čl. 561. st. 1. ZOO - odgovara zajmoprimatelju za štetu zbog materijalnih nedostataka pozajmljenih stvari, zajmoprimatelj neće moći staviti zahtjev za sniženje vrijednosti protučinidbe iz jednostavnog razloga što on ne daje nikakvu protučinidbu.

Osim toga, moguće je zamisliti slučaj kad bi zahtjev za sniženje vrijednosti protučinidbe bilo moguće postaviti, ali to ne bi imalo životnog opravdanja zbog vrste nedostatka. Ujedno je kroz taj hipotetični slučaj moguće uočiti kako i ispunjenje obveza propuštanja i trpljenja¹⁴² može imati faktične nedostatke, iako se u tom slučaju kao nedostatak ispunjenja iskazuje nedostatak stvari. Ugovorena je služnost kolnog prolaza širine 1 metar na definiranom dijelu neke parcele. Vlasnik poslužnog dobra prestane obrađivati taj dio parcele, a vlasnik povlasnog dobra počne voziti dijelom na kojem je ugovorena služnost kolnog prolaza. Nakon tri mjeseca tlo postane močvarno zbog podzemnih izvora koji su postojali u trenutku sklapanja ugovora, i to u takvoj mjeri da kolni prolaz više nije moguć. Kako je stvar posredni predmet dužnikove obveze dopuštanja kolnog prolaza - a neposredni je njegova obveza trpljenja - moglo bi se reći kako ispunjenje obveze trpljenja ima faktični nedostatak, iako u naravi taj nedostatak ima stvar na kojoj je zasnovana ugovorena služnost. Za sniženje cijene vjerovnik nema interesa, jer ni zbog snižene cijene neće moći postići svrhu ugovora (kolni prolaz). Nedostatak je očito nemoguće otkloniti, a ni zamjena ispunjenja urednim objektivno nije moguća. Čini se, dakle, da bi u ovom slučaju vjerovniku preostala prava na raskid ugovora i naknadu štete.

6.3.4. Naknada štete

Pravo vjerovnika - čiji dužnik je obvezu ispunio s materijalnim nedostacima - na naknadu štete utemeljeno je dvjema odredbama. To su st. 2. i 3. čl. 488. ZOO. Prema prvoj odredbi "*u svakom od tih slučajeva (vjerovnik - op. a.) ... ima pravo i na naknadu štete*", pri čemu se pod tim slučajevima misli na ostala prava koja pripadaju vjerovniku i izriče kumulacija prava na naknadu štete sa svakim od dosad raspravljenih prava. Prema drugoj odredbi "*pored toga, i neovisno o tome, (dužnik - op. a.) ... odgovara (vjerovniku - op. a.) ... i za štetu koju je ovaj zbog nedostatka stvari pretrpio na drugim svojim dobrima, i to prema općim pravilima o odgovornosti za štetu*".

¹⁴¹ Čl. 499. ZOO

¹⁴² Kako obveze trpljenja u sebi sadrže obveze propuštanja, ovaj primjer moguće je primijeniti i za obveze propuštanja.

Zbog toga je potrebno prvo raspraviti odnos ove dvije odredbe.

Odredba st. 2. jezično je vezana uz st. 1., pa je i pravo vjerovnika na naknadu štete temeljem te odredbe vezano uz postojanje drugih vjerovnikovih prava, što naznačuje dio literature,¹⁴³ a proizlazi zaključivanjem a contrario i iz sudske prakse.¹⁴⁴ Ova vezanost znači, primjerice, da propuštanjem pravodobne i uredne obavijesti o nedostacima vjerovnik ne gubi samo prava koja su dosad raspravljena, nego i pravo na naknadu štete, dok uvijek kad ima neko od tih prava, ima pravo i na naknadu štete. Suprotno tome, dikcija odredbe st. 3. ("pored toga i neovisno o tome") upućuje na to da je pravo na naknadu štete temeljem te odredbe neovisno o ostalim vjerovnikovim pravima. To stajalište zastupaju i literatura¹⁴⁵ i sudska praksa,¹⁴⁶ a neovisnost se najprije ogleda u tome što za postojanje prava na naknadu štete temeljem te odredbe nije nužno obavlješavanje dužnika o nedostacima.

Osim ovih razlika glede prava na naknadu štete temeljem tih odredbi potrebno je uočiti još neke.

Ispunjenje s nedostacima svakako je jedan od oblika neurednog odnosno nevaljanog ispunjenja ugovorne obveze, tj. povrede ugovora, jer je dužnik dužan svoju obvezu "*ispuniti ... savjesno u svemu kako ona glasi*".¹⁴⁷ U slučaju bilo koje dužnikove povrede ugovora vjerovnik ima pravo na naknadu štete, pa mu to pravo pripada i u slučaju kad je dužnikovo ispunjenje imalo materijalne nedostatke.¹⁴⁸ Zbog toga na naknadu štete prema st. 2. treba primijeniti u prvom redu odredbe o naknadi štete zbog povrede ugovornih obveza iz čl. 262. - 269. ZOO. Dosljedno, vjerovniku pripada pravo zahtijevati naknadu "*obične štete i izmakle koristi, koje je dužnik u vrijeme sklapanja ugovora morao predvidjeti kao moguće posljedice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate*" (predvidiva šteta).¹⁴⁹ U odnosu na opća pravila o odgovornosti za štetu, ovdje je opseg odgovornosti dužnika - u pravilu - ograničen na predvidivu štetu.

Odredba st. 3., glede štete koju je vjerovnik pretrpio na drugim dobrima, izravno upućuje na primjenu općih pravila o odgovornosti za štetu, koja opseg odgovornosti štetnika ne ograničavaju, nego je on dužan naknaditi cjelokupnu - a ne samo predvidivu - štetu. Zato se i opseg naknade štete na koju vjerovnik ima pravo pokazuje kao jedna od razlika između naknade štete prema st. 2. i st. 3.

Kad se dalje usporede stvarna šteta i izmakla dobit s jedne strane, i druga dobra s druge strane, onda bi se moglo zaključiti kako - a contrario materijalnoj šteti i st. 2.

¹⁴³ Gorenc, s. 645.

¹⁴⁴ Odluke VSH Rev 625/93 od 13. travnja 1994., u IOVSRH 1996/1-36 i PSH Pž 1669/89, od 11. srpnja 1989., u PSP NZ 43/178.

¹⁴⁵ Klarić s. 408., Gorenc, s. 646.

¹⁴⁶ Odluke VSH Rev 625/93 od 13. travnja 1994., u IOVSRH 1996/1-36 i PSH Pž 1669/89, od 11. srpnja 1989., u PSP NZ 43/178.

¹⁴⁷ Čl. 262. st. 1. ZOO.

¹⁴⁸ Implicite tako i Klarić, s. 407., a eksplicite Gorenc, s. 645.

¹⁴⁹ Čl. 266. st. 1. ZOO o naknadi štete zbog povrede ugovora v. detaljnije kod Slakoper, Zvonimir: *Odgovornost dužnika za štetu zbog povrede ugovora*, Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka 2002, Vol. 23, br. 1.

u svezi s čl. 266. st. 1. ZOO - u štetu na čiju naknadu vjerovnik ima pravo temeljem st. 3. treba ubrojiti i nematerijalnu štetu. Pretpostavimo da zajmoprimatelj - koji je uzajmio 2 kg brašna - i njegova djeca teže obole zbog toga što je brašno bilo pokvareno na način koji se nije mogao ustanoviti pregledom uz potreban stupanj pozornosti, a ni pri njegovoj uporabi odnosno preradi. Temeljem st. 2. - u svezi s čl. 266. st. 1. ZOO - zajmoprimatelju pripada samo pravo na naknadu materijalne štete, dok se autoru čini prihvatljiva teza da bi temeljem st. 3. tom zajmoprimatelju pripadalo pravo i na naknadu nematerijalne štete.

Uz to, st. 2. - promatran u svezi s citiranim čl. 266. st. 1. ZOO - odnosio bi se na stvarnu štetu i izmaklu dobit, a st. 3. na štetu koju je vjerovnik pretrpio na "drugim svojim dobrima". U doktrini zadnja bi se šteta nazivala *damnum extra rem* odnosno popratnom, pratećom, refleksnom, sekundarnom, sporednom i posrednom štetom i naknadu te štete vjerovnik može zahtijevati kumulativno ne samo sa zahtijevanjem otklanjanja nedostataka (ispunjenja obveze) ili zahtijevanjem sniženja vrijednosti protučinidbe, nego i kumulativno sa zahtijevanjem naknade štete prema st. 2.,¹⁵⁰ a stajalište da bi šteta prema st. 3. bila popratna, refleksna ili indirektna šteta zastupa se i u sudskoj praksi.¹⁵¹

Istovremeno bi izmakla dobit bila "direktna šteta iz čl. 448. st. 2. ZOO". Osim izmakle dobiti u štetu na čiju naknadu vjerovnik ima pravo temeljem st. 2. treba ubrojiti i "stvarnu štetu koja ... je (vjerovniku - op. a.) nastala u troškovima prijevoza i razlici u cijeni za nabavu drugog lima..."¹⁵² Šteta koju je dužnik imao zbog nedostataka obuhvaća i troškove "koje je tužitelj imao u vezi sa seciranjem krave radi utvrđenja uzroka uginuća"¹⁵³, kojim je utvrđeno kako je uzrok uginuća (skrivenog nedostatka) postojao prije prelaska rizika na vjerovnika. Stoga bi se i općenito moglo reći kako šteta vjerovnika obuhvaća i troškove u svezi s utvrđivanjem nedostataka onda kad su oni time pronađeni odnosno utvrđeni. Ove štete u doktrini nazivaju se *damnum circa rem* jer se navodi kako one obuhvaćaju "troškove transporta, čuvanja, uskladištenja, montaže, preradbe i druge troškove u svezi sa stvari..."¹⁵⁴

I u poredbenom pravu razlikuje se, između ostalog, "štete nedostataka" i "štete koje su posljedice nedostataka".¹⁵⁵ Šteta nedostataka predstavljala bi razliku vrijednosti stvari bez nedostatka i stvari s nedostatkom, a štete koje su posljedice nedostataka one koje naknadno ispunjenje bez nedostataka ne može otkloniti i koje je kupac pretrpio na drugim svojim pravnim dobrima kao što su tijelo, posjed, vlasništvo. Prvi Palandtov pojam odgovara Klarićevom pojmu štete na samoj stvari (*damnum quoad rem*), a drugi bi obuhvatio Klarićeve pojmove štete u vezi sa stvari (*damnum circa rem*) i štete na drugim pravnim dobrima kupca (*damnum extra rem*). S tim u vezi ipak treba reći kako se naknada štete na samoj stvari ne bi mogla zahtijevati kumulativno sa zahtijevanjem naknadnog ispunjenja ni sa zahtijevanjem sniženja cijene jer bi se time

¹⁵⁰ Tako i Klarić, s. 407., i Gorenc, s. 646.

¹⁵¹ Odluke VSH Rev 625/93 od 13. travnja 1994. u IOVSRH 1996/1-36 i PSH Pž 1669/89 od 11. srpnja 1989. u PSP NZ 43/178.

¹⁵² Odluka PSH Pž 1501/93 od 16. studeni 1993. u PIM 2/37.

¹⁵³ Odluka VSH Rev 1229/87 od 26. studeni 1987. u PSP NZ 39/57.

¹⁵⁴ Klarić, s. 407. Slično Gorenc, s. 645.

¹⁵⁵ "Mangelschaden" i "Mangelfolgeschaden", Palandt, s. 636.

stvarno dva puta zahtijevalo isto. Stoga ovaj dio štete predstavlja iznimku od pravila prema kojem pravo na naknadu štete postoji kumulativno s drugim vjerovnikovim pravima¹⁵⁶.

Vraćajući se na hrvatsko pravo, sa stajališta vrijedećih propisa autor bi prihvatio izložene razlike između st. 2. i st. 3., izuzevši razlikovanje direktnih i indirektnih šteta. Jedna od pretpostavki odgovornosti za štetu u hrvatskom pravu je postojanje odgovarajuće uzročne, kauzalne, veze između štetne radnje i štete koja mora biti adekvatna i neprekinuta,¹⁵⁷ a štetnik je - prema općim pravilima - dužan naknaditi svaku štetu koja je adekvatna i neprekinuta posljedica njegove štetne radnje, tj. uzrokovana tom radnjom. Zbog ovakvog zakonskog koncepta dosega šteta koje je štetnik dužan naknaditi, podjeli šteta na direktne i indirektnu u pravnoj praksi jednostavno nema mjesta. Ona, jednostavno govoreći, nema temelja u odredbama ZOO-a, a štetnik će biti dužan naknaditi štetu čim postoji odgovarajući kauzalitet, neovisno o tome je li netko počinju štetu kvalificirao kao direktnu ili indirektnu.¹⁵⁸

7. *Prestanak odgovornosti*

Postojanje dužnikove odgovornosti za nedostatke ograničeno je vremenom i okolnostima.

Najprije, u odnosu na skrivene nedostatke, dužnikova odgovornost postoji šest mjeseci od prelaska rizika na vjerovnika, jer dužnik "*ne odgovara za nedostatke koji se pokažu pošto protekne šest mjeseci...*".¹⁵⁹ Zatim, bilo da se radi o skrivenim ili vidljivim nedostacima, postojanje odnosno trajanje dužnikove odgovornosti vremenski je ograničeno subjektivnim prekluzivnim rokovima u kojima vjerovnik treba obavijestiti dužnika o nedostacima, jer istekom tih rokova (bez valjane obavijesti) vjerovnik ne gubi samo zahtjev prema dužniku, nego i samo pravo. Upravo zbog posljednjeg, može se reći da istekom ovih rokova prestaje odgovornost dužnika.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Palandt, s. 635.

¹⁵⁷ Klarić, s. 556. - 557., Gorenc, s. 212., za švicarsko pravo u bitnom identično Gauch/Schluep/Schmid/Rey II s. 127.

¹⁵⁸ Posebne odredbe o naknadi štete zbog faktičnih nedostataka ispunjenja nalaze se u ugovoru o zajmu, ugovoru o zakupu i ugovoru o djelu. Zakupoprimalatelj ima pravo na naknadu štete u svakom slučaju, tj. čim postoje faktični nedostaci i ispunjene su opće pretpostavke odgovornosti za štetu, a tako i zajmoprimalatelj i naručitelj djela (čl. 578. st. 4., čl. 561. st. 1. i čl. 618. st. 2. ZOO). No, ako je zajam besplatan, zajmodavatelj je dužan "*naknaditi štetu samo ako su mu nedostaci stvari bili poznati ili mu nisu mogli ostati nepoznati, a on o njima nije obavijestio zajmoprimca*" (čl. 561. st. 2. ZOO).

¹⁵⁹ Čl. 482. st. 2. ZOO. Tako i odluka VTS RH Pž 3084/93 od 1. lipnja 1994. u PIM 2/36.

¹⁶⁰ Opći objektivni rok drukčiji je u nekoliko posebnih slučajeva. Kao što je spomenuto u svezi s obavještanjem, izvoditelj djela ne odgovara za nedostatke koji se pojave nakon isteka dvije godine od primitka djela, a istekom tog istog roka prestaje i odgovornost izvoditelja građevine za nedostatke građevine (čl. 615. st. 2. i čl. 641. ZOO). Tako i odluka PSH Pž-2909/89 od 6. studeni 1990. u PSP NZ 47/241), osim nedostataka koji se tiču njene solidnosti. Kad je riječ o posljednjem - s obzirom na iznimnu važnost solidnosti građevine - odgovornost izvoditelja prestaje tek istekom deset godina od primitka građevine (čl. 644. st. 1. ZOO). U više posebnih slučajeva drukčiji je i subjektivni rok za obavijest o nedostacima, čijim istekom bez valjane obavijesti o nedostacima, također vjerovnik gubi prava, odnosno prestaje odgovornost dužnika (o tome v. naprijed Obavještanje o nedostatku).

Odgovornost može prestati i nakon vjerovnikove obavijesti i to unatoč dužnikovoj oglusi na vjerovnikov(e) zahtjev(e). Ona će prestati gašenjem vjerovnikovih prava koje će nastupiti po isteku jedne godine, računajući od dana odašiljanja obavijesti o nedostacima, jer se - prema odredbama čl. 500. st. 1., čl. 616. st. 1. i čl. 645. st. 2. ZOO - u tom slučaju prava gase i vjerovnik - kao što to izrijekom lijepo kaže čl. 616. st. 1. ZOO - "*ne može svoje pravo ostvariti sudskim putem*".

Iako se u pravnoj književnosti ovaj rok uzima kao prekluzivan,¹⁶¹ u jednom slučaju iz sudske prakse to je dovedeno u pitanje.

Naručitelj djela obavijestio je izvoditelja o nedostacima izvedenog djela, te su strane zapisnički konstatirale nedostatke i sporazumno utanačile rok do kojeg će ih izvoditelj otkloniti, ujedno naznačujući "da obveza izvođača da otkloni nedostatke ostaje do izvršenja obveze". Rok za otklanjanje istjecao je poslije isteka roka od godinu dana od obavještanja, ali sud tužbeni zahtjev naručitelja nije odbio pozivom na čl. 616. st. 1. ZOO jer "primjena navedene odredbe predmnijeva da je naručilac pravodobno obavijestio izvoditelja o nedostacima posla, te da izvođač oglašujući se na tu obavijest, nedostatke nije otklonio, dakle, da nema aktivnosti izvođača u odnosu na njegovu obvezu da otkloni nedostatke".¹⁶² Na prvi pogled ovdje bi se moglo reći kako stajalište suda priznaje "prekid" roka od godinu dana, što je nespojivo s prekluzivnim rokovima, i time narav tog roka mijenja u zastarni. I pri drukčijem gledanju također bi se moglo reći da sporazum strana o roku za otklanjanje nedostataka predstavlja naknadni rok za uredno ispunjenje koji je vjerovnik dao dužniku.

Od ovog pravila postoje dvije iznimke kad će vjerovnikova prava biti potpuno ili djelomično sačuvana. Njegova prava će biti potpuno sačuvana - tj. istekom godinu dana neće nastupiti njihova prekluzija - onda kad je vjerovnik dužnikovom prijeverom bio naveden na propuštanje vršenja svojih prava u tom roku tj. podizanje odgovarajuće tužbe. Kad se radi o ugovoru o djelu, čak ni izvoditeljeva prijevera neće biti potrebna, nego se on "*ne može pozvati na (prestanak naručiteljevih prava - op. a.) ... kad se nedostatak odnosi na činjenice koje su mu bile poznate, ili mu nisu mogle ostati nepoznate, a nije ih saopćio naručitelju*".¹⁶³

Djelomično će biti sačuvana i prava vjerovnika koji još nije ispunio svoju protuobvezu. Taj vjerovnik - ako dužnik postavi zahtjev za ispunjenje protuobveze - može tom dužnikovom zahtjevu u obliku prigovora suprotstaviti zahtjev za sniženje cijene ili naknadu štete,¹⁶⁴ ali će na njemu biti teret dokaza o tome da je dužnik znao odnosno morao znati za nedostatak.¹⁶⁵

Čl. 500. st. 1. ZOO govori o tome da bi vjerovnik dužnikovom prijeverom bio "spriječen" da upotrijebi svoja prava. Izraz "spriječen" držali bismo primjerenijim kad

¹⁶¹ Gorenc, s.657., Klarić, s. 409.

¹⁶² Odluka VSH Rev-77/83 od 21. veljače 1984. u PSP NZ 25/82.

¹⁶³ Čl. 617. ZOO.

¹⁶⁴ Čl. 500. st. 2. i čl. 616. st. 2. Prema odluci VTS RH Pž 1449/93 od 1. lipnja 1994. u PIM 3/37 zahtjevu dužnika vjerovnik se pod uvjetima iz čl. 500. st. 2. ZOO može suprotstaviti prigovorom radi prijehoja.

¹⁶⁵ Odluka PSH Pž 494/90 od 17. rujna 1991. u PSP NZ 51/260.

bi se radilo o prijetnji, dok prijevarom - koja je dovođenje u zabludu ili održavanje u njoj - osoba može biti navedena na neko ponašanje ili propuštanje, a ne "spriječena" u nečemu. Zbog toga govorimo o tome da bi vjerovnik prijevarom dužnika bio naveden na to da svoja prava upotrijebi.

Čl. 500. st. 2. i čl. 616. st. 2. ZOO propisuju okolnosti u kojima je rok od godinu dana prekluzivan rok samo u odnosu na neka vjerovnikova prava, dok u odnosu na pravo zahtijevati sniženje cijene i naknadu štete taj rok nije prekluzivni nego zastarni. Držimo, naime, da bi istekom prekluzivnog roka vjerovnik izgubio i pravo da svoje zahtjeve za sniženje cijene ili naknadu štete - i u obliku prigovora - suprotstavi dužnikovom zahtjevu za ispunjenje protučinidbe. Kako to nije slučaj, u okolnostima iz čl. 500. st. 2. i čl. 616. st. 2. ZOO i u odnosu na zahtjev za sniženje cijene i naknadu štete, rok od godinu dana ukazuje se u stvari kao zastarni a ne prekluzivni rok. U svezi s čl. 616. st. 2. ZOO sudska praksa zabilježila je spor graditelja kao tužitelja radi isplate cijene, u kojem se tuženik suprotstavio prigovorom sniženja cijene i naknade štete. Ove prigovore sud je usvojio iako je obavijest o nedostacima dala osoba koja je obavljala dužnost nadzornog organa, i to tijekom gradnje - na što je tužitelj reagirao obećanjem da će nedostatke ukloniti - dok je tuženik sam primio obavljene radove.¹⁶⁶

Na sličan način prestanak odgovornosti uređen je i poredbenim propisima. Kupac treba podići tužbu u roku od dvije godine prema ABGB-u i BGB-u, odnosno njegova prava zastarijevaju "istekom jedne godine od slanja stvari" prema OR-u.¹⁶⁷ Uz ove opće rokove BGB predviđa i specijalni rok od pet godina kad se radi o građevini, a ABGB rok od tri godine kad se radi o nekretnini. Kad je prodavatelj prijevarno prešutio nedostatke, prema BGB-u vrijedit će opći zastarni rok, a kad je vjerovnik obavijestio o nedostacima unutar otvorenih rokova, prema ABGB-u i poslije njihova isteka pripadat će mu odgovarajući zahtjevi, ali samo u obliku prigovora. Glede prirode ovih rokova treba spomenuti kako ih i vladajuća austrijska sudska praksa uzima kao prekluzivne.¹⁶⁸

8. Zaključci

Hrvatsko pravo sadrži opća pravila o odgovornosti svakog dužnika u dvostranoobveznom ugovoru, za materijalne (faktične) nedostatke njegovog svršenog ispunjenja odnosno rezultata ispunjenja, koje je primio vjerovnik. Ta pravila odnose se na sve oblike u kojima se obveza može pojaviti, tj. na obveze davanja, činjenja, propuštanja i trpljenja, jer ispunjenje obveza, odnosno rezultat ispunjenja obveza u svakom od tih oblika može imati faktične (materijalne) nedostatke. Opća pravila o odgovornosti dužnika za faktične (materijalne) nedostatke su pravila o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari modificirana tako što se stvar i obveza davanja stvari zamjenjuju obvezom ispunjenja dužne činidbe u bilo kojem obliku (davanja, činjenja, propuštanja, trpljenja). Opća pravila dopunjuju posebna pravila koja

¹⁶⁶ Odluka VSH Rev 557/85 od 24. travnja 1985. u PSP NZ 29/52.

¹⁶⁷ Par. 933. st. 1. ABGB, čl. 210. OR i par. 438. BGB.

¹⁶⁸ Reischauer/Rummel 1424.

sadrže odredbe ZOO-a o nekim ugovorima. Na sve ugovore odnose se opći pojam materijalnih (faktičnih) nedostataka, pretpostavke odgovornosti za njih i okolnosti koje otklanjaju odgovornost, a također i valjano obavještanje dužnika o nedostacima u zakonom određenim prekluzivnim rokovima, kao pretpostavka očuvanja prava koja zbog nedostataka pripadaju vjerovniku. Objektivna mogućnost i životna racionalnost vršenja pojedinih prava koja pripadaju vjerovniku, ovisе o okolnostima pojedinog slučaja.

Literatura

1. Baretić, Marko: Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu u Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 24., br. 1., 2003.
2. Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, 1. Teilband, 1. Abschnitt, 2. izdanje.
3. Chitty on Contracts, 27. izdanje, Vol. 1.
4. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. izdanje
5. Gorenc, Vilim: Trgovačko pravo - ugovori, 3. izdanje.
6. Gorenc, Vilim: Zakon o obveznim odnosima s komentarom, 1998.
7. Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske.
8. Muenchener Kommentar Buergerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. izdanje.
9. Nicholas, Barry: The French Law of Contract, 2002.
10. Palandt Buergerliches Gesetzbuch, 62. izdanje.
11. Praxis Iuridica Mercatoria.
12. Pregled sudske prakse Naše zakonitosti.
13. Rummel, Peter (ur.): Kommentar zum ABGB, 2. izdanje.
14. Schoenenberger, W. - Gauch, Peter: Schweizerisches Obligationenrecht, 38. izdanje
15. Slakoper, Zvonimir: Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem u Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka 2002., Vol. 23, br. 1.
16. Slakoper, Zvonimir: Odgovornost dužnika za štetu zbog povrede ugovora u Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka 2002., Vol. 23, br. 1.
17. Slakoper, Zvonimir: Raskid ugovora zbog zakašnjenja i neispunjenja u Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Suppl., br. 3 (2003.).
18. Treitel, G.H.: The Law of Contract, 1995.
19. Vedriš, Martin - Klarić, Petar: Građansko pravo, 4. izdanje.
20. Vizner, Boris - Bukljaš, Ivan: Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, 1978. (dalje: Vizner-Bukljaš).

Propisi

1. Code Civil, 100. izdanje, Dalloz, 2001.
2. Il Codice Civile commentato con la giurisprudenza, 6. izdanje.
3. Zakon o obveznim odnosima, NN 53/91., 73/91., 3/94., 7/96.

Summary

APPLICATION OF PROVISIONS OF LAW ON OBLIGATIONS ON SELLER'S LIABILITY FOR MATERIAL SHORTCOMINGS ON DIFFERENT KINDS OF CONTRACT

Under provisions of the article 121 para. 1 and 3 of the Law on Obligations in contracts with payment every contracting party is liable for material shortcomings of his execution and provisions on seller's liability are applicable. Provisions on seller's liability for material shortcomings are thus incorporated in general part of the Law on Obligations and since provisions on seller's liability are linked to obligation of surrendering a thing while obligations of debtors in different kinds of contracts do not always include surrender of a thing, there is a need of adjustment of provision on seller's liability to obligations in different contracts and different kinds of obligations. Having this in mind, this article discusses possibilities and modes of application of provisions on seller's liability for material shortcomings to different kinds of obligations, i.e., obligations to do, to refrain from doing and to endure. In other words, provisions on seller's liability for material shortcomings are brought to general level needed for their adequate application to different kinds of contracts and obligations, and in that respect adjusted for application to other kinds of contracts apart from sale. The author has used available national doctrine and court practice as well as comparative laws and doctrines.

Key words: law on obligations, contract, liability for material shortcomings, contract on sale, different kinds of contracts, notion material shortcomings, preconditions of liability for shortcomings, informing on shortcomings, request for execution, termination of contract due to shortcomings, reduction of price, damages for shortcomings, termination of liability for shortcomings.

Zusammenfassung

ANWENDUNG DER BESTIMMUNGEN DES SCHULDRECHTSGESETZES ÜBER DIE HAFTUNG DES VERKÄUFERS FÜR MATERIELLE MÄNGEL BEI VERSCHIEDENEN ARTEN VON VERTRÄGEN

Gemäß der Bestimmungen Art. 121 Abs. 1 u. 3 des Gesetzes über Haftung bei Verträgen mit Entschädigung haftet jede Partei für materielle Mängel ihrer Erfüllung und dabei wird die Bestimmung über die Haftung des Verkäufers angewandt. Da dadurch die Bestimmungen für die Haftung des Verkäufers für materielle Fehler in den allgemeinen Teil des Gesetzes für Haftungsbeziehungen einbezogen ist, sind die Bestimmungen über die Haftung des Verkäufers der Pflicht zur Übergabe von Sachen angepasst. Da die Haftung des Schuldners bei verschiedenen Vertragsarten nicht immer die Pflicht zur Übergabe der Sachen bedeutet, muss die Bestimmung über die Haftung des Verkäufers den Pflichten in anderen Vertragsverhältnissen bzw. anderen Formen von Pflicht angepasst werden. Dies berücksichtigend wird in dem Aufsatz über die Möglichkeit und Art diskutiert, die Bestimmung über die Haftung des Verkäufers für materielle Fehler auf andere Formen von Pflichten anzuwenden d.h.

auf die Pflicht des Tuns, Nachlasses und Ertragens. Mit anderen Worten werden die Bestimmungen über die Haftung des Verkäufers für materielle Fehler auf ein allgemeines Niveau angehoben, das notwendig ist, um sie auf entsprechende Weise auf verschiedene Vertragsarten bzw. Pflichten anzuwenden und in diesem Sinne der Forderung zur Anwendung auch auf andere Vertragsarten und nicht nur auf den Verkaufsvertrag anzugleichen. Dabei werden die zugängliche Fachliteratur und Rechtsprechung sowie komparative Bestimmungen und Literatur befragt.

Schlüsselwörter: *Schuldrecht, Verträge, Haftung für materielle Mängel, Verkaufsvertrag, verschiedene Arten von Verträgen, der Begriff materielle Mängel, Voraussetzungen der Haftung für Mängel, Information über Mängel, Antrag zur Erfüllung, Vertragsaufhebung wegen Mangel, Heruntersetzung des Preises, Schadenersatz wegen Mangel, Aufhören der Haftung für Mängel.*

Sommario

APPLICAZIONE DELLE NORME DELLA LEGGE SULLE OBBLIGAZIONI SULLA RESPONSABILITÀ DEL VENDITORE PER DIFETTO MATERIALE NELLE DIFFERENTI SPECIE DI CONTRATTO

Secondo le norme dell'art. 121, cc. 1 e 3, della Legge sulle obbligazioni con contratti a titolo oneroso ogni parte contraente è responsabile per il difetto materiale della sua esecuzione e sono applicabili le norme sulla responsabilità del venditore. Infatti le norme sulla responsabilità del venditore per difetto materiale sono incorporate nella parte generale della Legge sulle obbligazioni, quindi siccome le norme sulla responsabilità del venditore sono legate all'obbligazione di consegna di una cosa, mentre le obbligazioni dei debitori nelle differenti specie di contratto non sempre includono la consegna di una cosa, è necessario un adattamento della norma sulla responsabilità del venditore alle obbligazioni nelle differenti specie di contratto e alle diverse tipologie di obbligazione. Ciò considerato, l'articolo discute le possibilità e le modalità di applicazione delle disposizioni sulla responsabilità del venditore per difetto materiale nelle differenti tipologie di obbligazione, cioè nell'obbligazione di fare, di astenersi, di tollerare. In altre parole, le norme sulla responsabilità del venditore per difetto materiale sono portate al livello generale richiesto per la loro adeguata applicazione alle differenti tipologie di contratto e obbligazione, e a questo riguardo adattate per l'applicazione alle altre specie di contratti diverse dalla vendita. È stata utilizzata la letteratura e la giurisprudenza nazionale disponibile, come anche le dottrine e le legislazioni comparate.

Parole chiave: *diritto obbligatorio, contratti, responsabilità per difetto materiale, contratto di vendita, differenti specie di contratto, concetto di difetto materiale, precondizioni della responsabilità per difetto, informazione sui difetti, richiesta per l'esecuzione, risoluzione del contratto a causa di difetto, riduzione del prezzo, risarcimento del danno a causa di difetto, cessazione della responsabilità per difetto.*

NAJAM STANA - POLOŽAJ ZAŠTIĆENOG NAJMOPRIMCA - s osvrtnom na predložene izmjene i dopune Zakona o najmu stana -

Mr. sc. Jasna Brežanski, sutkinja
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.453(497.5)
Ur.: 26. siječnja 2004.
Pr.: 23. veljače 2004.
Pregledni znanstveni članak

U referatu je dat prikaz odredaba Zakona o najmu ("Narodne novine", broj 91/96. i 48/98.) kojima se uređuje pravni položaj zaštićenog najmoprimca, s naglaskom na ona pitanja koja su se u praksi pokazala kao značajna i sporna. Sukladno tome obrađena su pitanja zasnivanja najma, subjekata ugovora o najmu, sadržaja i oblika ugovora i prestanak ugovora. Posebno je ukazano na pitanja koja su raspravljana na Zajedničkom sastanku predstavnika Vrhovnog suda Republike Hrvatske i županijskih sudova, zatim na situaciju nastalu nakon što je Ustavni sud Republike Hrvatske ukinuo neke odredbe Zakona o najmu, a dat je osvrt i na predložene izmjene i dopune Zakona o najmu u dijelu u kojem se odnose na zaštićenog najmoprimca.

Ključne riječi: najam stana, zaštićeni najmoprimac.

I. Uvod

Zakon o najmu stanova ("Narodne novine", broj 91/96. i 48/98. - dalje: Zakon o najmu ili ZNS uz pojedine članke) stupio je na snagu 5. studenog 1996. godine i jedan je od onih zakona čije je donošenje pobudilo poseban interes.

To ne treba čuditi kada se zna da je time započelo novo pravno uređenje stambenih odnosa u Republici Hrvatskoj, ukidanjem stanarskog prava i uređenjem korištenja stana na ugovornom temelju, poštujući pri tome nove vlasničkopravne odnose nastale ukidanjem društvenog vlasništva.

Ubrzo po stupanju na snagu Zakona o najmu moglo se uočiti da je opravdano i izuzetno značenje koje se pridavalo upravo onim odredbama Zakona o najmu koje uređuju pravni režim korištenja stanova za sve one korisnike koji su, do stupanja na snagu Zakona o najmu, koristili stanove temeljem stanarskog prava.

S tim u svezi treba istaknuti da je Zakon o najmu, u osnovi, podijeljen u dvije cjeline:

- prvi dio (članak 1. do 29., ZNS) sadrži odredbe koje uređuju institut najma i osnovna prava i obveze u svezi s najmom i korištenjem stanova;

- drugi dio (članak 30. do 49., ZNS) sadrži prijelazne odredbe, koje uređuju prava i obveze u svezi s najmom stana dotadašnjih nositelja stanarskog prava i sustanarskog prava, zaštićenih podstanara te osoba iz članka 61. stavka 5. Zakona o stambenim odnosima ("Narodne novine", broj 51/85., 42/86., 22/92. i 70/93., dalje: ZSO).

Tim je prijelaznim odredbama uređeno pitanje prestanka stanarskog prava i stjecanja *ex lege* prava i obveza najmprimca; sklapanja ugovora o najmu sa zaštićenom najamninom; plaćanje zaštićene najamnine i drugih troškova; pravnog položaja članova obiteljskog domaćinstva najmprimca; prijelaza prava i dužnosti zaštićenog najmprimca; otkaza ugovora o najmu; prava prvokupa u korist najmprimca; prava određenih kategorija osoba (sustanar, zaštićeni podstanar, osoba iz članka 61. stavka 5., ZSO) kojima zakon također priznaje pravni položaj zaštićenog najmprimca.

Ovdje treba dodati da pravni režim uređen prijelaznim odredbama za tzv. zaštićeni najam obuhvaća ili izričito upućuje i na primjenu nekih odredaba sadržanih u prvom dijelu Zakona o najmu.

Tako npr. odredba članka 7. ZNS-a određuje pojam i način utvrđivanja zaštićene najamnine, a odredbe članka 40. ZNS-a upućuju na primjenu općih odredaba o otkazu, predviđajući da se zaštićenom najmprimcu otkaz ugovora o najmu može dati pored razloga iz članka 19. ZNS-a i zbog razloga predviđenih u članku 40. ZNS-a.

Nadalje, neke odredbe iz prvog dijela (nazivaju ga i "općim" dijelom Zakona o najmu) nesumnjivo će se na odgovarajući način primjenjivati i na ugovor o najmu sa zaštićenim najmprimcem, npr. one o sadržaju ugovora (članak 5. ZNS).

Pozornost koja se pridavala upravo tim prijelaznim odredbama Zakona o najmu već prilikom njegovog donošenja nastavila se i tijekom njegove, sada već višegodišnje primjene, pri čemu su najčešće dvojbe i sporna pitanja bila vezana upravo uz primjenu prijelaznih odredaba, a predmet sudskih postupaka koji se vode glede najma stana odnose se gotovo isključivo na međusobna prava i obveze najmodavca i zaštićenog najmprimca.

To na određen način potvrđuju i inicijative za ocjenu ustavnosti i zakonitosti pojedinih odredaba Zakona o najmu pokrenute pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud RH), odluke koje je povodom toga donio Ustavni sud RH, kao i Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o najmu stanova, koji je Vlada Republike Hrvatske podnijela Hrvatskom saboru u srpnju 2003. godine (dalje: Konačni prijedlog ZIDZNS), jer su predmet razmatranja najvećim dijelom pojedina prava i obveze zaštićenih najmprimaca sadržani u prijelaznim odredbama Zakona o najmu te u završnim odredbama koje se odnose na korištenje stanova namijenjenih za nadstojnike zgrade.

Zakon o najmu, i to upravo u dijelu koji se odnosi na prava i obveze zaštićenog najmprimca, bio je jedna od tema i na više Zajedničkih sastanaka predstavnika Građanskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske i predstavnika građanskih odjela županijskih sudova (1998., 1999. i 2001. godine, u daljnjem tekstu: Zajednički sastanak Vrhovnog suda RH i županijskih sudova) na kojima je raspravljano o nizu pitanja za koja se pretpostavljalo da bi se mogla pokazati ili su se već u određenim predmetima pokazala kao sporna.

Ustavni sud RH svojom je odlukom U-I-762/1996 i dr.¹ od 31. ožujka 1998. ukinuo sljedeće odredbe Zakona o najmu:

- članak 21. stavak 2., kojom je bila predviđena obveza najmodavca da u slučaju otkaza ugovora o najmu sklopljenog na neodređeno vrijeme osigura najmpoprimgu drugi useljiv stan pod uvjetima koji nisu nepovoljniji za najmpoprimga,

- članak 31. stavak 2. podstavak 3., prema kojem pravo na zaštićenu najamninu nije imao zaštićeni najmpoprimga koji sa članovima domaćinstva nije koristio stan dulje od 6 mjeseci prije stupanja na snagu Zakona o najmu, bez suglasnosti vlasnika stana,

- članak 39. prema kojem je najmodavac mogao dati otkaz ugovora o najmu stana zaštićenom najmpoprimgu koji prima stalnu socijalnu pomoć ili koji ima više od 60 godina, samo u slučaju ako bi tom najmpoprimgu jedinica lokalne samouprave odnosno Grad Zagreb osigurali drugi odgovarajući stan sa zaštićenom najamninom koju bi taj najmpoprimga mogao plaćati,

- članak 40. stavak 2., prema kojem je najmodavac u slučaju kada daje zaštićenom najmpoprimgu otkaz ugovora o najmu stana iz razloga ako u taj stan namjerava useliti sam ili namjerava useliti potomke, roditelje ili osobe koje je prema posebnim propisima dužan uzdržavati, dužan tom najmpoprimgu osigurati drugi odgovarajući stan koji neće biti za najmpoprimga nepovoljniji od stana koji je koristio.

Kao što je vidljivo, osim ukinutog članka 21. stavak 2. ZNS-a svi ostali ukinuti članci sadržani su u prijelaznim odredbama i odnose se na odnose iz tzv. zaštićenog najma.

Navedena odluka Ustavnog suda RH nesumnjivo je bila jedan od razloga, iako ne jedini, zbog kojih se pristupilo izmjenama i dopunama Zakona o najmu.

Sadašnjem Konačnom prijedlogu ZIDZNS-a prethodio je Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o najmu stanova koji je Vlada Republike Hrvatske prihvatila 3. prosinca 1998. i uputila ga u zakonodavni postupak, međutim, do donošenja spomenutog Zakona nije došlo.

Konačnim prijedlogom ZIDZNS mijenjali bi se sljedeći članci Zakona o najmu:

- članak 7. ZNS-a koji se odnosi na određivanje zaštićene najamnine,

- članak 40. ZNS-a koji se odnosi na otkaz ugovora o najmu zaštićenom najmpoprimgu,

- članak 52. ZNS-a u dijelu koji se odnosi na korištenje stana namijenjenog za nadstojnika.

Daljnja predložena rješenja Konačnog prijedloga ZIDZNS odnose se:

- na subvencije za kupnju stana zaštićenom najmpoprimgu koji koristi stan u vlasništvu fizičke osobe;

- na osobe koje su prenamijenile zajedničke prostorije u zgradi u stan;

- na subvencije za kupnju stana bivšim zaštićenim najmpoprimgcima koji su iseljeni iz stana bez osiguranja drugog stana.

¹ Odluka Ustavnog suda RH br. U-I-762/1996, U-I-763/1996, U-I-795/1996 do U-I-906/1996, U-I-934/1996, U-I-945/1996, U-I-69/1997 do U-I-100/1997, U-I-107/1997, U-I-109/1997, U-I-115/1997, U-I-164/1997, U-I-170/1997, U-I-228/1997, U-I-321/1997, U-I-329/1997, U-I-353/1997, U-I-460/1997 do U-I-464/1997, U-I-477/1997, U-I-594/1997 do U-I-597/1997, U-I-645/1997, U-I-1115/1997, U-I-1272/1997, U-I-1286/1997, U-I-188/1998 od 31. ožujka 1998. ("Narodne novine", broj 48/98).

Imajući na umu sve izloženo u okviru ovog referata bavit ćemo se upravo pitanjima vezanim uz prijelazne odredbe Zakona o najmu i uz određene završne odredbe tog Zakona (članak 52., ZNS).

Težište je pri tome na onim pitanjima koja su se u primjeni i tumačenju Zakona o najmu već do sada mogla uočiti kao značajna, otvorena pa i problematična.

Uz pojedina od tih pitanja osvrnut ćemo se поближе i na rješenja koja se predlažu Konačnim prijedlogom ZIDZNS, za pravni status zaštićenog najmoprimca.

Uzimajući u obzir naprijed navedeno nastojat ćemo izložiti problematiku vezanu uz sljedeća pitanja ugovora o najmu sa zaštićenom najamninom:

- zasnivanje odnosa najma
- subjekte ugovora o najmu
- sadržaj ugovora o najmu
- oblik ugovora o najmu
- zaštićenu najmninu
- prestanak ugovora o najmu.

II. Zasnivanje odnosa najma

Pokazalo se da su upravo pitanja vezana uz zasnivanje odnosa tzv. zaštićenog najma izazvala niz dvojbi i različitih stajališta.

Odredba članka 30. Zakona o najmu,² svrstana u prijelazne odredbe Zakona o najmu, uređuje prava i obveze u svezi s najmom stana osoba koje su prema propisima koji su vrijedili do dana stupanja na snagu Zakona o najmu stekle stanarsko pravo.

Danom stupanja na snagu Zakona o najmu prestalo je stanarsko pravo svim tim osobama (članak 30. stavak 1., ZNS) koje tim danom stječu prava i obveze najmoprimca (članak 30. stavak 2., ZNS).

Suglasni smo s ocjenom da se Zakon o najmu temelji na uspostavljanju odnosa najma sklapanjem ugovora o najmu.³

Prema odredbama članka 3. Zakona o najmu, međusobna prava i obveze najmoprimca i najmodavca u svezi s najmom stana uređuju se ugovorom o najmu stana.

Ugovorom o najmu stana najmodavac se obvezuje predati najmoprimcu stan za stanovanje, a najmoprimac se obvezuje plaćati određenu najmninu (članak 3. stavci 1. i 2. ZNS).

Međutim, određene kategorije osoba, iz članka 30. stavka 1. ZNS-a, a to su dotadašnji nositelji stanarskog prava, ex lege stječu prava i obveze najmoprimca.

² Članak 30. ZNS u cijelosti glasi:

“(1) Danom stupanja na snagu ovoga Zakona prestaje stanarsko pravo osobama koje su to pravo stekle prema propisima koji su vrijedili do dana stupanja na snagu ovoga Zakona.

(2) Osobe iz stavka 1. ovoga članka danom stupanja na snagu ovoga Zakona stječu prava i obveze najmoprimca.

(3) Prava i obveze najmoprimca iz odredbi stavka 1. i 2. ovoga članka iznimno ne stječu osobe protiv kojih je u tijeku postupak za otkaz ili prestanak stanarskog prava.“

³ Senka Andrijašević-Rac, Vesna Gazzari: Zakon o najmu stana i Zakon o zakupu poslovnog prostora, Organizator, Zagreb, 1997. g.

Stoga se zaključuje⁴ da se, prema Zakonu o najmu, najam zasniva na dva načina:
- ugovorom o najmu stana sklopljenim između najmoprimca i najmodavca i
- stjecanjem pravnog položaja najmoprimca i zasnivanjem odnosa najma na temelju samog Zakona, ex lege, bez volje stranaka.

Takva pravna situacija, koja nedvojbeno postoji, izazvala je neka daljnja pitanja u odnosu na kategoriju bivših nositelja stanarskog prava.

Tako se postavilo pitanje, koji je sadržaj prava i obveza najmoprimca koje ex lege stječu osobe iz članka 30. stavka 1. ZNS-a.

Prema jednom mišljenju, te osobe stupanjem na snagu Zakona o najmu stječu prava i obveze zaštićenog najmoprimca.

Prema suprotnom mišljenju, one stječu prava i obveze najmoprimca (neki ga nazivaju i "običnim najmoprimcem"), ali ne i prava i obveze zaštićenog najmoprimca, jer ova posljednja stječu tek zaključenjem ugovora o najmu.

Mogućnost različitog tumačenja nesumnjivo proizlazi iz činjenice da odredbama Zakona o najmu nije izričito određeno koji i od kada se određeni najmoprimac smatra zaštićenim najmoprimcem.⁵ Stoga iz zakonskih odredaba nije sasvim jasno da li raniji stanar ex lege postaje zaštićenim najmoprimcem danom stupanja na snagu Zakona o najmu, ili od dana kad zaključi ugovor o najmu, odnosno od dana donošenja odluke suda koja zamjenjuje taj ugovor.

Pravni pojam "zaštićeni najmoprimac", Zakon o najmu prvi puta spominje u članku 35. Međutim, kako sve osobe iz članka 30. stavka 1. ZNS-a ulaze u krug zaštićenih najmoprimaca, zaključuje se da im, ex lege, pripadaju prava i obveze upravo zaštićenog najmoprimca.

Suprotni argumenti temelje se na odredbama Zakona o najmu koje predviđaju sklapanje ugovora o najmu između stanara kao najmoprimca i vlasnika stana (članci 31. i 33., ZNS), iz čega se izvodi zaključak da pravo na zaštićenu najamninu i ostala prava zaštićenog najmoprimca, osobe iz članka 30. stavka 1. stječu tek od tog momenta.

U praksi se do sada nije pokazalo da bi pitanje takvog razlikovanja pravnog statusa najmoprimca bilo od posebnog i načelnog značenja, pri čemu neke odluke govore o najmoprimcu, a neke o zaštićenom najmoprimcu.

Zbog njihove međusobne povezanosti, uz pitanja statusa najmoprimca, izložit ćemo i pitanje koje se, također, pokazalo kao sporno, tj. postoji li na strani osoba koje ex lege stječu prava i obveze najmoprimca obveza sklapanja ugovora o najmu s najmodavcem.

Zakon o najmu u članku 31. stavak 1. ZNS-a predvidio je da vlasnik stana i osoba iz članka 30. koja ispunjava uvjete najmoprimca sklapaju, sukladno odredbama ovoga Zakona, ugovor o najmu stana na neodređeno vrijeme, s time da najmoprimac za to vrijeme ima pravo ugovoriti zaštićenu najamninu.

Za vlasnika stana nedvojbeno postoji obveza sklapanja ugovora o najmu s osobom koja je stakla prava i obveze najmoprimca i koja mu je podnijela zahtjev za sklapanje ugovora, što u praksi nije sporno.

⁴ T. Tumbri: Od stanarskog prava do ugovora o najmu stana, Informator br. 4515 od 14. lipnja 1997. (u daljnjem tekstu: op. cit.) str. 22; T.N.: Zasnivanje i prestanak najma stana, Informator br. 4490, od 19. ožujka 1997. str. 7.; Katica Amidsić-Peričević: Uz Zakon o najmu stanova, Informator br. 4453. str. 17.

⁵ Senka Andrijašević-Rac, Vesna Gazzari: op. cit., str. 57.

To proizlazi iz odredbi članka 33. stavak 3. Zakona o najmu,⁶ jer za slučaj da vlasnik stana u roku od 3 mjeseca od primitka pisanog zahtjeva najmoprimca ne sklopi ili odbije sklopiti ugovor o najmu, najmoprimac može tražiti od suda donošenje presude koja će zamijeniti taj ugovor”.

Predviđen je i slučaj (članak 32., ZNS) kad vlasnik stana nije dužan sklopiti ugovor o najmu stana i to s osobom koja kao najmoprimac koristi dva stana.

U toj će situaciji vlasnik stana, prema izboru najmoprimca, sklopiti ugovor o najmu stana sa zaštićenom najamninom samo za jedan stan.

Nema, međutim, zapreke da se ugovor o najmu sklopi i za drugi stan, ali s najamninom koju najmodavac tog stana slobodno određuje.⁷

Što se tiče stanara i njegove obveze na sklapanje ugovora i posljedica u slučaju nepodnošenja takvog zahtjeva, iako je ovlašten od vlasnika zahtijevati sklapanje ugovora, a od suda donošenje presude koja zamjenjuje ugovor (članak 33. stavak 2., ZNS), Zakon o najmu o tome ne sadrži izričite odredbe i ne daje direktan odgovor.

Upravo u svezi s primjenom tih odredaba u praksi su se pojavile određene dvojbe glede njihovog tumačenja i dosega u svezi s pitanjem zasnivanja odnosa najma, pravnog statusa najmoprimca, obveze zaključenja ugovora o najmu i daljnjih prava kako najmoprimca tako i najmodavca.

To je pitanje raspravljano i na jednom od Zajedničkih sastanaka Vrhovnog suda RH i županijskih sudova, pri čemu stajališta nisu bila jedinstvena.

Prema jednom mišljenju raniji nositelji stanarskog prava po samom zakonu stekli su pravni status zaštićenog najmoprimca, pa nezaključivanje ugovora o najmu nema utjecaja na taj status.

Takva stajališta zauzeta su i u nekim sudskim odlukama (npr. odluke Županijskog suda u Zagrebu br. Gž 1361/99. od 14. studenog 2000., Gž 1172/99. od 26. rujna 2000. i Gž 5930/99. od 31. listopada 2000.).

Prema istom mišljenju, uzimajući u obzir da interes pravnog reda zahtijeva da se takav ugovor zaključi, trebalo bi dopustiti vlasniku u situaciji kad je najmoprimac pasivan, da on inicira parnicu iz članka 33. stavka 3. Zakona o najmu, tj. da traži od suda donošenje presude koja će zamijeniti ugovor o najmu.

⁶ Članak 33. ZNS u cijelosti glasi:

“(1) Vlasnik stana dužan je obavijestiti najmoprimca iz članka 30. stavka 2. ovoga Zakona o svojem vlasništvu i o svojem prebivalištu, odnosno sjedištu u roku od 60 dana od stupanja na snagu ovoga Zakona.

(2) Zahtjev za sklapanje ugovora o najmu stana najmoprimac je dužan podnijeti vlasniku stana u roku od 6 mjeseci od dana stupanja na snagu ovoga Zakona, odnosno od dana pravomoćnosti odluke kojom je odlučeno o pravu te osobe na korištenje stanom.

(3) Ako vlasnik stana u roku od 3 mjeseca od primitka pisanog zahtjeva najmoprimca ne sklopi ili odbije sklopiti ugovor o najmu stana najmoprimac će tražiti od suda donošenje presude koja će zamijeniti taj ugovor. Ti se postupci smatraju hitnim.

(4) *Ako najmoprimac ne može utvrditi vlasnika stana smatrat će se da je vlasnik stana osoba koja je upisana u zemljišne knjige ili u knjigu položenih ugovora ili osoba kojoj je fond za gospodarenje stambenim zgradama uplaćivao amortizaciju za dotičan stan.”*

⁷ Senka Andrijašević-Rac, Vesna Gazzari, op. cit., str. 52.

Prema suprotnom stajalištu, stupanjem na snagu Zakona o najmu bivši nositelji stanarskog prava stječu *ex lege* prava i obveze najmprimca, ali ne stječu *ex lege* prava i obveze zaštićenog najmprimca.

Stoga, prema istom mišljenju: status zaštićenog najmprimca stječu tek sklapanjem ugovora o najmu stana (odnosno donošenjem presude koja zamjenjuje taj ugovor u smislu članka 33. stavak 3.).

U daljnjem obrazloženju takvog stajališta naglašeno je da je zakonodavac prilikom uređenja odnosa iz oblasti stanovanja institut stanarskog prava zamijenio klasičnim institutom građanskog prava, tj. najmom u kojem se prava i obveze uređuju ugovorom, a posebna zaštita propisana je za kategoriju bivših nositelja stanarskog prava.

Da bi egzistirao odnos najma, smatra se nadalje, i kad se radi o najmprimcu bivšem nositelju stanarskog prava, potrebno je da stranke sklope ugovor kojim se ne uređuje samo pitanje visine najamnine već i niz drugih pitanja (npr. položaj članova obiteljskog domaćinstva).

Ističe se, nadalje, da iz odredaba članka 34. stavak 1. i članka 36. Zakona o najmu proizlazi da se status zaštićenog najmprimca stječe sklapanjem ugovora o najmu, a da to slijedi i iz odredbe članka 40. stavak 1. Zakona o najmu koji predviđa otkaz ugovora o najmu zaštićenom najmprimcu.

Takvo je stajalište zauzeto npr. u odlukama Županijskog suda u Bjelovaru br. Gž 366/2000 i Gž 2046/2000.

U svezi s tim smatra se, također, da odredbama Zakona o najmu, posebno odredbom članka 33. stavak 3., nije predviđeno pravo vlasnika na pokretanje postupka radi donošenja odluke suda koja zamjenjuje ugovor o najmu. Smatra se, naprotiv, da vlasnik u takvom slučaju može zahtijevati iseljenje najmprimcu.

U raspravi na spomenutom Zajedničkom sastanku Vrhovnog suda RH i županijskih sudova većina je, u osnovi, prihvaćala stajalište da na strani bivšeg stanara, uz to što je *ex lege* stekao prava i obveze najmprimca, postoji obveza sklapanja ugovora o najmu s vlasnikom stana.

Suglasni smo s takvim mišljenjem i smatramo da za takvo zaključivanje ima osnove upravo temeljem odredaba Zakona o najmu, usprkos njihove nedorečenosti.

Čini nam se, također, da obveza zaključivanja ugovora postoji neovisno o tome kako tumačili sadržaj *ex lege* stečenih prava i obveza najmprimca (ili zaštićenog najmprimca), dakle, obveza zaključivanja ugovora o najmu postoji u oba slučaja.

Koncepcija Zakona o najmu zasniva se na ugovornoj osnovi i čini nam se da se s pravom naglašava⁸ kako Zakon o najmu nigdje ne predviđa mogućnost korištenja stanom ako osoba koja ima pravni položaj najmprimca i vlasnik stana ne urede svoje odnose ugovorom o najmu.

Na to upućuje i odredba članka 34. Zakona o najmu.⁹

⁸ Tanja Tumbri: Od stanarskog prava do ugovora o najmu, Informator br. 4515, str. 23.

⁹ Olga Jelčić: Naknada za oduzetu imovinu i sudska nadležnost, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 1997., str. 37.

Članak 34. ZNS u cijelosti glasi:

“(1) Do sklapanja ugovora o najmu stana, odnosno do donošenja odluke suda iz članka 33. stavka 3. ovoga Zakona ili do iseljenja iz stana korisnici stana dužni su plaćati naknadu u visini stanarine koju su za taj stan plaćali do stupanja na snagu ovoga Zakona i utvrđenu komunalnu naknadu.

(2) *Naknada za korištenje stanom, smatra se predujmom najamnine.*”

Smatramo da niti odredba članka 30. ne otklanja osnovno načelo Zakona o najmu o ugovornom temelju odnosa najma stana.

Radi se o odredbi prijelaznog karaktera, što pokazuju i naziv Glave XIII. u kojoj se nalazi.

Njezina je nedvojbena svrha pružiti pravnu i socijalnu sigurnost osobama na koje se odnosi.

Dajući im, *ex lege*, prava i obveze najmoprimca, Zakon o najmu daje im pravo, ali i obvezu zaključivanja ugovora o najmu, naravno, ako žele nastaviti stanovati u stanu kao najmoprimci.

I neki od autora posebno su se bavili upravo tim pitanjem. Ima onih koji, također, smatraju da stjecanje pravnog položaja najmoprimca i zasnivanje odnosa najma *ex lege* ne znači još i uspostavljanje ugovornog odnosa između vlasnika stana i osobe koja se koristi njegovim stanom kao najmoprimac, već je potrebno da osoba kojoj Zakon o najmu priznaje status najmoprimca sklopi ugovor o najmu s vlasnikom stana.¹⁰

Ima međutim i autora koji smatraju da se status zaštićenog najmoprimca stječe *ex lege*¹¹ iako napominju da Zakon o najmu (članak 31. stavak 1. i članak 8.) predviđa sklapanje ugovora o najmu.

S obzirom na sve naprijed izloženo, čini nam se ispravnim zaključiti da je Zakon o najmu, radi uspostavljanja ugovornog odnosa između osoba kojima priznaje prava i obveze najmoprimca i vlasnika stana predvidio obvezu sklapanja ugovora o najmu stana, za obje strane, dakle i za najmoprimca i za najmodavca.

Navodimo i sljedeće odluke koje polaze od takvog pravnog shvaćanja.

Tako se u razlozima odluke Županijskog suda u Dubrovniku, Gž 1052/99, od 4. srpnja 2002. između ostalog navodi:

“Načelno je u pravu žaliteljica kada tvrdi da rok od 6 mjeseci iz članka 33. stavak 2. Zakona o najmu stanova (dalje: ZNS), u kojem je najmoprimac dužan podnijeti zahtjev za sklapanje ugovora o najmu stana, nije prekluzivni rok.

Naime, prema sada prevladavajućem stajalištu pravne teorije i prakse, taj rok nije prekluzivne naravi, već ga treba cijeliti kao razumni rok uvažavajući okolnosti svakog konkretnog slučaja. To znači da se tolerira prekoračenje tog roka u razumnom trajanju ovisno o razlozima prekoračenja. To dalje znači da onaj najmoprimac (bivši nositelj stanarskog prava) koji bez opravdanih razloga u razumnom roku ne zaključi ili odbije s vlasnikom zaključiti ugovor o najmu stana (kao što je u ovom slučaju) stan koristi bez valjane pravne osnove i u tom slučaju vlasnik - najmodavac ima pravo tužbom tražiti iseljenje najmoprimca (bivšeg nositelja stanarskog prava). A to zato što se, prema jedinstvenom stajalištu i pravne teorije i sudske prakse, radi o ugovornom odnosu, dakle i o obvezi reguliranja međusobnih odnosa zaključenjem ugovora o najmu (kako to ispravno navodi i prvostupanjski sud u obrazloženju pobijane presude).”

Isto stajalište prihvaća i odluka Županijskog suda u Osijeku, Gž 1267/01 od 20. lipnja 2001.

¹⁰ Tanja Tumbri: op. cit., br. 4515, str. 22.; Lj.A. Još o Zakonu o najmu stanova, Informativni br. 4532-4533, str. 19.

¹¹ Ozren Roja: op. cit., str. 18.

Ustavni sud RH u svojoj naprijed citiranoj odluci br. U-I-762/1996 i dr., ne prihvaćajući prijedlog za pokretanje postupka ocjene ustavnosti članka 33. stavka 3. Zakona o najmu, u razlozima navodi i sljedeće:

“Naime, do primjene osporene odredbe članka 33. stavka 3. Zakona o najmu, dolazi samo ukoliko vlasnik stana ne sklopi s najmprimcem na njegov zahtjev ugovor o najmu stana, pa ona kao takva, nije protivna odredbama članka 49. Ustava, jer je u funkciji ostvarenja prava i obveze kako vlasnika stana, tako i najmprimca da sklope ugovor. Obveza sklapanja ugovora proizlazi već i iz odredbe članka 31. stavka 1. Zakona o najmu, za koju je Sud utvrdio da nije u nesuglasju s Ustavom.”

Uz potvrđan odgovor na pitanje postoji li obveza na sklapanje ugovora i za najmprimca, vezuju se i daljnja pitanja o posljedicama za najmprimca u slučaju kad obvezu ne izvrši uzimajući posebno u obzir da je ovlašten zatražiti od vlasnika sklapanje ugovora odnosno od suda donošenje presude koja zamjenjuje ugovor (članak 33. stavak 3.).

S tim u svezi vraćamo se na već naprijed izloženo sporno pitanje da li vlasnik može od suda tražiti donošenje presude koja zamjenjuje ugovor, kako to, prema odredbama članka 33. stavak 3. može zahtijevati najmprimac.

Slažemo se sa stajalištem (iako smo naveli i suprotno mišljenje) da odredbe Zakona o najmu, pa niti odredbe članka 33. stavak 3. ne daju ovlaštenje najmodavcu zahtijevati od suda donošenje presude koja će zamijeniti ugovor o najmu.

U dugogodišnjoj sudskoj praksi, u različitim slučajevima, također, nije bilo sporne odredbe, da se od suda može zahtijevati donošenje presude koja zamjenjuje ugovor samo kad zakon na to ovlašćuje.

Zakon o najmu ovlašćuje najmprimca na postavljanje takvog zahtjeva, ali ne sadrži odredbe koje bi takvo ovlaštenje davalo najmodavcu.

Prema tome, ako najmprimac ne postavi zahtjev za sklapanje ugovora o najmu odnosno ne želi sklopiti ugovor o najmu, najmodavac ga na to ne može siliti putem suda.

Čini nam se, također, da bi najmodavac u takvom slučaju mogao tražiti samo njegovo iseljenje.¹²

Na Zajedničkom sastanku Vrhovnog suda RH i županijskih sudova (2001.g.) većina je, također smatrala da bi najmodavac u takvom slučaju bio ovlašten na podnošenje tužbe za iseljenje najmprimca, a ne na podnošenje tužbe radi donošenja presude koja zamjenjuje ugovor o najmu stana.

Polazi se od toga da se najmprimac odnosno osoba koja je *ex lege* stekla prava i obveze najmprimca, a koja bez opravdanih razloga odbija sklapanje ugovora o najmu nalazi u stanu bez valjane pravne osnove.

Iz toga bi, dakle, proizlazilo da se sankcije za najmprimca ne bi ograničavale samo na gubitak posebne zaštite koju bi uživao kao zaštićeni najmprimac, već bi gubio pravo na daljnje korištenje stanom.

Takvo stajalište prihvaćaju i već citirane odluke Županijskog suda u Dubrovniku, Gž 1052/99, od 4. srpnja 2002. i Županijskog suda u Osijeku, Gž 1267/01, od 20. lipnja 2001.

¹² Tanja Tumbri: op. cit., str. 22.; Senka Andrijašević-Rac: op. cit., str. 55.

To bi bila dosljedna primjena stajališta da Zakon o najmu ne omogućava korištenje stana temeljem odnosa najma bez zaključivanja ugovora o najmu. To se odnosi i na osobe iz članka 30. stavak 1. ZNS-a za koje nije sporno da su *ex lege* stekle prava i obveze najmpoprimca (odnosno po nekima, zaštićenog najmpoprimca), ali samo do zaključivanja ugovora o najmu.

Tako npr. prema odluci Županijskog suda u Bjelovaru br. Gž 1651/99, od 3. II. 2000.g. (objavljen u Izboru odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske br. 1/2001, sent. 79) "osoba koja je u času stupanja na snagu Zakona o najmu stana imala status nositelja stanarskog prava u smislu članka 30. stavak 2. stekla je prava i obveze najmpoprimca ali dok s vlasnikom stana kao najmodavcem ne zaključi pisani ugovor o najmu u skladu s odredbama članaka 31. i 33. istog Zakona, odnosno dok nadležni sud po zahtjevu najmpoprimca ne donese presudu koja zamjenjuje taj ugovor".

Treba očekivati da će se u praksi, u konkretnim predmetima, postavljati pitanje postoji li na strani najmpoprimca (stanara) opravdani razlozi zbog kojih ugovor o najmu nije zaključen, jer ako bi takvi opravdani razlozi postojali, zahtjev za njegovo iseljenje iz tog razloga ne bi bio osnovan.

To mogu biti najrazličitiji razlozi i njihovo postojanje odnosno nepostojanje treba ocjenjivati zavisno od okolnosti svakog konkretnog slučaja.

Slijedom izloženog treba naglasiti da sama okolnost da ugovor o najmu nije zaključen, ne znači nužno da se osoba koja je po zakonu stekla prava i obveze najmpoprimca nalazi u stanu bez valjane osnove.

Ako postoje opravdani razlozi zbog kojih takav najmpoprimec nije mogao zaključiti ugovor o najmu (npr. zbog toga što vlasnik neosnovano odbija zaključenje ugovora ili vlasnik najmpoprimecu nije bio poznat), moguće je da tužbeni zahtjev na iseljenje najmpoprimeca bude neosnovan iako ugovor o najmu nije zaključen. U takvom će slučaju trebati cijeliti ponašanje obiju stranaka i sa stajališta postojanja obveze svake od njih na zaključenje ugovora o najmu utvrditi da li se, i u odnosu na koju od stranaka, može smatrati, da je svoju obvezu izvršila.

Vezano s pitanjem sklapanja ugovora o najmu, još jedno pitanje postavljalo se od samog početka primjene Zakona o najmu, a to je pitanje značenja odnosno karaktera rokova koje Zakon o najmu predviđa u članku 33. ZNS-a.

Prema odredbi članka 33. stavak 1. ZNS-a, vlasnik stana dužan je obavijestiti najmpoprimeca (iz članka 30. stavak 2., ZNS) o svojem vlasništvu i o svojem prebivalištu odnosno sjedištu u roku od 60 dana od dana stupanja na snagu Zakona.

Prema odredbi članka 33. stavak 2. ZNS-a najmpoprimec je obavezan podnijeti zahtjev za sklapanje ugovora o najmu u roku od 6 mjeseci od dana stupanja na snagu Zakona (odnosno od pravomoćnosti odluke kojom je odlučeno o pravu te osobe na korištenje stanom).

Ako vlasnik stana u roku od 3 mjeseca od primitka pisanog zahtjeva najmpoprimeca ne sklopi ili odbije sklopiti ugovor, najmpoprimec će tražiti od suda donošenje presude koja će zamijeniti taj ugovor.

Kao što je već rečeno, u praksi se postavilo pitanje jesu li ti rokovi prekluzivni.

Na Zajedničkim sastancima Vrhovnog suda RH i županijskih sudova to je pitanje u više navrata razmatrano.

Prevladalo je mišljenje da se ne radi o prekluzivnim već, naprotiv, o instruktivnim rokovima. To znači da najmpoprimec neće izgubiti pravo na postavljanje

zahtjeva vlasniku samo s razloga što taj zahtjev nije podnio u roku iz članka 33. stavci 2. i 3. Zakona o najmu.

Citirali smo i sudsku praksu koja zauzima isto stajalište (odluka Županijskog suda u Dubrovniku, Gž 1052/98, od 4. srpnja 2002., odluka Županijskog suda u Osijeku, Gž 1267/01, od 20. lipnja 2001.).

U svezi s rokovima iz članka 33. Zakona o najmu, još bismo dodali da za podnošenje tužbe kojom najmoprimac zahtijeva donošenje presude koja zamjenjuje ugovor nisu predviđeni nikakvi rokovi.

Spomenuli smo već da je u sudskoj praksi bilo izraženo i suprotno mišljenje (istina, usamljeno), tj. da su rokovi iz članka 33. stavci 2. i 3. Zakona o najmu prekluzivni rokovi i da propuštanjem tih rokova najmoprimac gubi pravo podnošenja zahtjeva za sklapanje ugovora. Primjenom takvog stajališta, u predmetu Županijskog suda u Bjelovaru br. Gž 366/2000, tužbeni zahtjev tužitelja, koji je podnio tužbu radi donošenja presude koja zamjenjuje ugovor o najmu stana, odbijen je jer tužitelj kao najmoprimac zahtjev za sklapanje ugovora nije podnio vlasniku, u roku od 6 mjeseci iz članka 33. stavak 1. Zakona o najmu.

Protokom tog roka, smatra se, nadalje, prema istom mišljenju najmoprimac je izgubio status koji je stekao po samom zakonu jer je prava i obveze najmoprimca stekao ex lege, ali samo do sklapanja ugovora o najmu stana.

Međutim, ako se rokovi iz članka 33. stavak 2. i 3. ZNS ne smatraju prekluzivnim, kako smo to već izložili, valjana osnova za korištenje stana ne prestaje samom činjenicom isteka tih rokova već od onog trenutka, a koji bi sud trebao utvrditi, u odnosu na koji se može smatrati da najmoprimac ne želi odnosno da neopravdano odbija sklopiti ugovor o najmu.

Odgovor na pitanje do kada je najmoprimac imao valjani osnov za korištenje stana temeljem ex lege stečenih prava i obveza najmoprimca, može biti od važnosti za niz međusobnih prava i obveza stranaka. To stoga, jer bi u daljnjem korištenju stana bez valjane pravne osnove korisnik izgubio pogodnosti koje je po zakonu imao kao najmoprimac prvenstveno npr. što se tiče visine naknade (članak 34., ZNS), a moglo bi se postaviti npr. i pitanje naknade štete.

Okolnost da su rokovi iz članka 33. stavak 2. i 3. Zakona o najmu instruktivnog, a ne prekluzivnog karaktera, ne bi trebalo u praksi tumačiti na način da pitanje roka odnosno zakonske odredbe koja se odnosi na rokove gube svaku važnost, i da ne postoji nikakvo vremensko ograničenje za najmoprimca do kada on može koristiti svoje pravo i ispuniti svoju obvezu na sklapanje ugovora.

Naprotiv, ako se polazi od toga da su obje stranke dužne sklopiti ugovor o najmu, da stanar ex lege ima prava i obveze najmoprimca do trenutka sklapanja ugovora o najmu,¹³ da se najmoprimac koji ne želi zaključiti ugovor o najmu ili bez opravdanih razloga odbije njegovo zaključenje nalazi u stanu bez valjane pravne osnove i da vlasnik stana može u tom slučaju tražiti njegovo iseljenje iz stana, tada je od bitnog značenja, ocjenjujući ponašanje stranaka, utvrditi jesu li one pravodobno reagirale u izvršenju svojih obveza.

¹³ M. Žuvela: op. cit., str. 96.; Olga Jelčić: Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 1997., str. 137.

Spomenut ćemo, u svezi s time, sudsku praksu koja je u nekim situacijama kad rok nije bio (dovoljno) određen, posezala za "razumnim rokom" u kojem je trebalo poduzeti dužnu radnju.¹⁴

S obzirom na znatan broj sporova koji se vode u svezi s primjenom Zakona o najmu, bilo po tužbi vlasnika za iseljenje bilo po tužbi najmoprimaca radi donošenja presude koja zamjenjuje ugovor o najmu, može se zaključiti da nije sklopljen znatan broj ugovora i da će sudska praksa morati dati odgovor na niz pitanja koja je Zakon o najmu ostavio otvorenim.

O nizu tih pitanja izjasnio se npr. Županijski sud u Osijeku u naprijed citiranoj presudi Gž 1267/01, od 28. lipnja 2001., kao i Općinski sud u Osijeku presudom P 2621/01 od 9. veljače 2001. kojim je udovoljeno tužbenom zahtjevu za utvrđenje prestanka zakonom uspostavljenog odnosa najmoprimca i za iseljenje najmoprimca nakon što je utvrđeno, u bitnome, da je najmoprimac bez opravdanih razloga odbio sklopiti ugovor o najmu s najmodavcem.

Ustavni sud RH svojom odlukom br. U-III-2000/2001, od 10. srpnja 2002., odbio je ustavnu tužbu protiv tih odluka, a u razlozima odluke Ustavnog suda RH, između ostalog, je navedeno:

"Sudovi su u postupku u kojem su donesene osporavane presude pravilno iznijeli svoje stajalište prema kojem odredba članka 33. stavka 3. Zakona o najmu stanova ne daje ovlaštenje najmodavcu zahtijevati od suda donošenje presude koja će zamijeniti ugovor o najmu stana, jer se zahtjev za donošenje takve presude može podnijeti samo kad zakon na to izrijeком ovlašćuje, a Zakon o najmu stanova tu ovlast izrijeком daje samo najmoprimcu u spomenutoj odredbi članka 33. stavka 3. Slijedom iznesenog sudovi su zaključili da u slučaju kad najmoprimac ne postavi zahtjev za sklapanje ugovora o najmu stanova, odnosno ne želi sklopiti ugovor, najmodavac ga na to ne može prisiliti, pa mu jedino preostaje zahtijevati iseljenje tog najmoprimca. Navedeni zaključak polazi od toga da se najmoprimac odnosno osoba koja je ex lege stekla prava i obveze najmoprimca, a bez opravdanih razloga odbija sklapanje ugovora o najmu, nalazi u stanu bez valjane pravne osnove, iz čega sudovi dalje zaključuju da se sankcije za najmoprimca ne bi ograničavale samo na gubitak posebne zaštite koju uživa kao zaštićeni najmoprimac, već gubi i pravo na daljnje korištenje stanom.

Također, sudovi su stajališta da rokovi iz odredaba članka 33. Zakona o najmu stanova nisu prekluzivni, pa u slučaju kada je vlasnik stana podnio tužbu radi iseljenja (nakon što je prethodno u konkretnom slučaju dva puta postupio prema odredbi članka 33. stavka 1. Zakona o najmu stanova), zaštićeni najmoprimac je mogao podnijeti ili zahtjev, ili tužbu, ili protutužbu radi sklapanja ugovora o najmu, jer bi u suprotnom vlasnik ostao bez ikakve mogućnosti uređivanja odnosa između sebe kao vlasnika stana i zaštićenog najmoprimca u njegovom stanu."

U svezi sa zasnivanjem odnosa najma u praksi postavilo se i pitanje može li zaposlenik po osnovi radnog odnosa od poslodavca zahtijevati zaključivanje ugovora o najmu za određeni stan temeljem Zakona o najmu.

¹⁴ Tako npr. odluka VSRH, Gž 103/82, od 10. III. 1983., objavljena u Pregledu sudske prakse br. 23/124.

Prema stajalištu zauzetom u odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje: Vrhovni sud RH) broj Rev 2283/99, od 29. kolovoza 2000. (objavljena u Izboru odluka 2/2000. sent. br. 30) "Zakon o najmu stanova osim za stanare ne sadrži odredbe o dodjeli stanova zaposlenicima po osnovi radnog odnosa, pa niti zaključivanjem ugovora o najmu."

U obrazloženju te odluke, između ostalog, je navedeno: "Danom stupanja na snagu Zakona o najmu stanova ("Narodne novine", br. 91/96 - ZNS - stupio na snagu 5. studenog 1996. godine) članak 53. propisano je da između ostalog prestaje vrijediti glava V Zakona o stambenim odnosima ("Narodne novine", br. 51/85, 42/86, 22/92 i 70/93 - ZSO). Samim time prestaje vrijediti članak 79. ZSO koji je propisivao da davalac stana u društvenom vlasništvu donosi odluku o davanju stana na korištenje osobi koja treba da se useli u taj stan, odnosno odluku o stambenom kreditu, u skladu sa Samoupravnim općim aktom, odnosno Općim aktom o davanju stana na korištenje.

ZNS, a ni Zakon o radu ("Narodne novine", br. 38/95, 54/95 i 65/95 - ZR) ne sadrže odredbe o obvezi dodjele stanova zaposlenicima po osnovi radnog odnosa pa makar i u formi zaključivanja ugovora o najmu stana, a niti ZNS sadrži obvezu vlasnika stanova da propišu uvjete i mjerila te kriterije za davanje u najam svojih stanova, kao što je to propisao članak 51. ZNS za Vladu Republike Hrvatske ili Poglavarstvo Grada Zagreba, općina i gradova, za stanove u njihovom vlasništvu."

III. Subjekti ugovora o najmu

III.1. Subjekti ugovora o najmu su ugovorne strane, tj. najmodavac i najmoprimalac.

Kao najmodavac može se pojaviti fizička i pravna osoba.

Najmodavac može biti vlasnik stana, ali i druga osoba koja je ovlaštenik prava koje u sebi sadrži i pravo na davanje stana u najam ili podnajam.¹⁵

Zakon o najmu u prijelaznim odredbama (članci 30. do 33., ZNS) govori, istina, isključivo o vlasniku stana, kao osobi koja u svojstvu najmodavca zaključuje ugovor o najmu stana.

Međutim, iako se ugovor o najmu redovito ili najčešće sklapa s vlasnikom, time se ne isključuju drugi ovlaštenici davanja stana u najam, koji su slijedom toga i pasivno legitimirani u parnici u kojoj se traži donošenje presude koja zamjenjuje ugovor o najmu.

Tako je u presudi Vrhovnog suda RH, Gzz 71/99, od 29. III. 2000., (objavljena u Izboru odluka 1/2000 sent. 38) zauzeto stajalište da je "u parnici u kojoj se traži zaključivanje ugovora o najmu pasivno legitimiran grad čija je komisija donijela rješenje o davanju stana u najam".

Očito predviđajući teškoće za najmoprimalce u pronalaženju vlasnika stana Zakon o najmu u članku 33. stavak 4. sadrži odredbu o predmnjevi da se vlasnikom smatra osoba koja je upisana u zemljišne knjige ili u knjigu položenih ugovora ili osoba kojoj je fond za gospodarenje stambenim zgradama uplaćivao amortizaciju za dotičan stan.

¹⁵ Mladen Žuvela: op. cit., str. 93.

Međutim, time se u praksi sigurno ne mogu otkloniti slučajevi u kojima se ni na opisani način neće moći utvrditi vlasnik stana.

Mogućnost rješenja za takve situacije vidi se¹⁶ u primjeni članka 362. stavka 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96, 73/00, 114/01, dalje: Zakon o vlasništvu ili ZV uz pojedine članke), koji sadrži presumpciju da su nekretnine koje su bile u društvenom vlasništvu a za koje nije utvrđeno u čijem su vlasništvu, u vlasništvu Republike Hrvatske.

Sigurno je, ponavljamo, da će upravo teškoće oko utvrđenja vlasnika biti one okolnosti koje će sudovi uzimati u obzir kod ocjene pitanja da li je najmoprimac izvršio svoju obvezu zaključivanja ugovora o najmu.

U svojstvu najmodavca može se istovremeno javiti više osoba.

To je npr. slučaj suvlasnika kad je stan u suvlasništvu.

Odredbe o ovlaštenjima suvlasnika, općenito, kao i glede davanja stvari u najam, treba potražiti u Zakonu o vlasništvu.

Suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenog posebnog dijela zgrade ovlašten je taj dio cijeli ili pojedine njegove dijelove dati u najam ne tražeći za to odobrenje ostalih suvlasnika ako nije što drugo ugovoreno ili upisano u zemljišnoj knjizi (članak 81., ZV).

O davanju u najam kao i otkazivanju ugovora o najmu glede posebnog dijela nekretnine (dakle u ovom slučaju stana) 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 (članak 86. alineja 7., ZV). To znači da je dovoljna suglasnost suvlasnika koji zajedno imaju više od polovine nekretnine (članak 40., ZV).¹⁷

Za davanje cijele stvari u najam 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 (članak 41., ZV).

Citiranim odredbama Zakona o vlasništvu izmijenjena je situacija suvlasnika u odnosu na odredbe članka 15. ZOVO-a, u primjeni kojeg je sudska praksa zauzimala stajalište da je davanje u najam stana (poslovnog prostora) posao izvanredne uprave.

U takvoj situaciji kad najmoprimac zahtijeva od suda donošenje presude koja nadomješta ugovor o najmu tužbom trebat će obuhvatiti sve suvlasnike.

Najmoprimac može biti po prirodi stvari samo fizička osoba, budući da se prema izričitoj zakonskoj odredbi stan predaje za stanovanje (članak 3. stavak 1., ZNS).¹⁸

Prema odredbama članka 4. stavka 1. Zakona o najmu, ugovor o najmu stana sklapa se s jednom osobom, a iznimno s oba bračna druga.

Na Zajedničkim sastancima Vrhovnog suda RH i županijskih sudova, u odnosu na bračne drugove, kao sporno, postavilo se pitanje da li se ugovor o najmu može zaključiti samo s jednim bračnim drugom.

¹⁶ Senka Andrijašević-Rac i Vesna Gazzari: op. cit., str. 55.

¹⁷ Tatjana Josipović: *Vlasništvo posebnog dijela nekretnine (uspostava i raspolaganje)*, Inženjerski biro, Zagreb, 2001., *Prava na nekretninama - IV. savjetovanje*, str. 28.

¹⁸ Mladen Žuvela: op. cit., str. 93.

Pitanje proizlazi iz činjenice da su bračni drugovi bili sunositelji stanarskog prava, prema ranijem Zakonu o stambenim odnosima i da su stoga oba bračna druga temeljem odredaba članka 30. stavak 1. i 2. stekla prava i obveze najmoprimca.

Iz toga nesumnjivo proizlazi pravo svakog od bračnih drugova na sklapanje ugovora o najmu.

To znači da ni jedan od bračnih drugova ne može drugom bračnom drugu, ranijem sunositelju stanarskog prava, koji želi zaključiti ugovor o najmu, osporiti to njegovo pravo.

Isto tako vlasnik je, u slučaju kad postoji zahtjev oba bračna druga, u obvezi sklopiti ugovor o najmu s oba bračna druga.

Sve navedeno u praksi nije sporno.

Navodimo i odluku Županijskog suda u Rijeci broj Gž 391/97, od 16. lipnja 1999.g. (objavljena u Izboru odluka 1/2000. sent. 37) koja se izjasnila o pravima bivših bračnih drugova u primjeni članka 30. Zakona o najmu.

Izraženo je stajalište da "bivši bračni drugovi koji su ostali sunositelji stanarskog prava imaju sada istovjetnu pravnu poziciju sunajmoprimaca, tako da niti jedan od njih spram drugog nema neko veće ili pak jače pravo na korištenje stana."

U obrazloženju te odluke navedeno je između ostalog: "Novi materijalno-pravni propis kojim je uređena stambena problematika (ZNS), kako to pravilno zaključuje sud prvog stupnja, doista nema odredbi koje bi se odnosile na konkretnu pravnu situaciju, s tim da se postojeći prijedor ne može razriješiti niti supsidijarnom primjenom Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91, 73/91, 3/94 i 7/96).

Slijedom toga, valjan je i drugi zaključak suda prvog stupnja, tj. da se temeljem navedene pravne norme stranke nalaze u pravnoj poziciji najmoprimaca, dakle, da obje stranke glede stanovanja u predmetnom stanu imaju pravni osnov u najmu, što znači da stan koriste kao svojevrсни sunajmoprimci.

Kod takvog stanja stvari, ukoliko se međusobni odnosi ovakvih najmoprimaca toliko poremete da im zajednički život u stanu postane nesnošljiv, jedan od najmoprimaca nema pravne mogućnosti za iseljenje drugog najmoprimca. Naime, obje su stranke u potpuno istovjetnoj pravnoj poziciji i s jednako jakim pravima glede stanovanja u odnosnom stanu, pa niti tužiteljica, a niti tuženik ne mogu biti u povoljnijoj situaciji koja bi im davala osnova za iseljenje bivšeg bračnog druga odnosno sadašnjeg sunajmoprimca iz odnosnog stana."

Situacija je bitno različita kad jedan od bračnih drugova ili bivših bračnih drugova više nije bio sunositelj stanarskog prava.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev 147/02 (objavljena u "Izboru odluka" 1/2003., sent. 42) "kad jedan od bračnih drugova zadržava stanarsko pravo, drugom bračnom drugu ne pripada status zaštićenog najmoprimca".

U obrazloženju se između ostalog ističe:

"To zajedničko pravo prestalo je razvodom braka, a nižestupanjski sudovi su pravilno ocijenili da je tužiteljica temeljem članka 65. stavka 3. ZSO zadržala stanarsko pravo kao roditelj kojem su povjerena zajednička maloljetna djeca.

Stoga u vrijeme kada je temeljem članka 53. Zakona o najmu stanova ("Narodne novine", broj 91/96, dalje: ZNS) stupanjem na snagu tog zakona prestala vrijediti

Glava V. - Stanarsko pravo ZSO (dana 5. studenog 1996. godine) tuženik nije stekao prava i obveze najmoprimca u smislu članka 30. stavka 2. ZNS, jer nije imao stanarsko pravo koje bi mu temeljem članka 30. stavak 1. ZNS prestalo.”

Međutim, postavlja se pitanje da li se ugovor o najmu može zaključiti samo s jednim bračnim drugom, iako su oba bračna druga sunositelji stanarskog prava, kad samo jedan od bračnih drugova ističe takav zahtjev, a drugi ne želi sklopiti ugovor o najmu.

S tim u svezi, na Zajedničkom sastanku Vrhovnog suda RH i županijskih sudova izneseno je mišljenje da je nužno da oba bračna druga, raniji sunositelji stanarskog prava, sklope ugovor o najmu. Takvo mišljenje izražavaju izgleda i neki autori.¹⁹

Što više, smatra se da bračni drug koji nije sklopio ugovor o najmu zadržava prava i obveze najmoprimca i ne gubi ih time što će u ugovoru biti unesen kao osoba koja ima pravo koristiti stan (odluka Županijskog suda u Zagrebu br. Gž 5930/99, od 21. listopada 2000.).

Većina je, međutim, smatrala, a to je i naše mišljenje, da zahtjev za sklapanje ugovora može podnijeti i samo jedan bračni drug, odnosno da se ugovor o najmu može sklopiti i samo s jednim od bračnih drugova kao najmoprimcem.²⁰

Zakon o najmu štiti interese dotadašnjih (su)nositelja stanarskog prava i daje im ex lege prava i obveze najmoprimca s pravom sklapanja ugovora o najmu i svim daljnjim pravima koja iz toga proizlaze.

Zakon o najmu nikoga ne sili da bude najmoprimac ako on to ne želi, vezujući, naravno, uz tako izraženu volju određene pravne posljedice.

Stoga nam se čini da odredbe Zakona o najmu ne ograničavaju bračne drugove u suglasnom odlučivanju da samo jedan od njih sklopi ugovor o najmu.

Svakako da se status bračnog druga koji nije zaključio ugovor o najmu bitno razlikuje od statusa bračnog druga koji je sklapanjem ugovora postao zaštićeni najmoprimac.

U pravilu, bračni drug imat će status člana obiteljskog domaćinstva koji se upisuje u ugovor, što znači da ne bi mogao zadržati prava i obveze najmoprimca.

Uz navedeno sporno pitanje glede bračnih drugova kao subjekata ugovora o najmu vezuje se jedno daljnje značajno pitanje, a tiče se prava na ugovaranje zaštićene najamnine u smislu članka 31. Zakona o najmu.

Prema toj odredbi (članak 31. stavak 2.) nema pravo na zaštićenu najamninu, između ostalog, najmoprimac koji ima u vlasništvu useljivu kuću ili stan.

Postavilo se pitanje je li odlučujuće što onaj bračni drug koji nije podnio zahtjev za zaključenje ugovora o najmu ima u vlasništvu useljivu kuću ili stan.

Ima mišljenja (takva je praksa Županijskog suda u Zagrebu) da nije odlučujuće koji je od bračnih drugova vlasnik takve nekretnine.

Obrazlaže se to time da se radi o bivšim sunositeljima stanarskog prava i (su)najmoprimcima, a smatra se da bi svako drugo tumačenje te zakonske odredbe moglo dovesti do zloupotreba.

Tako i prema odluci Županijskog suda u Zagrebu, Gž 9221/01, od 26. studenog 2002., u razlozima koje odluke je, između ostalog, navedeno:

¹⁹ Senka Andrijašević-Rac i Vesna Gazzari: op. cit., str. 13.

²⁰ Tanja Tumbri: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, str. 622.

“Budući su tužitelji bili sunositelji stanarskog prava, dakle oboje imaju pravo zaključiti ugovor o najmu, to činjenica što suprug tužiteljice ima u vlasništvu useljivu kuću, isključuje pravo tužiteljice na zaštićenu najamninu - članak 31. stavak 2. Zakona o najmu stanova.”

Čini nam se da, kraj izričite odredbe članka 31. stavka 2. podstavak 2. ZNS-a koji govori o vlasništvu useljive kuće ili stana najmoprimca nema zakonskog uporišta za tumačenje da bi se ta odredba odnosila na osobu koja nije najmoprimac, pa ni kad se radi o bračnom drugu u situaciji kad on ne sklapa ugovor o najmu.

III.2. U ugovor o najmu, osim ugovornih strana, dakle najmodavca i najmoprimca, unose se i druge osobe koje će koristiti stan.

Prema odredbama članka 5. točke 5. Zakona o najmu, ugovor o najmu sadrži podatke o osobama koje će se zajedno s najmoprimcem koristiti stanom.

Prema odredbama članka 19. stavka 1. točke 4. ZNS-a (koja se u vezi s člankom 40. ZNS primjenjuje i na zaštićenog najmoprimca) najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana “ako se stanom koristi osoba koja nije navedena u ugovoru o najmu i to za vrijeme dulje od 30 dana bez dopuštenja najmodavca, osim u slučaju kad je riječ o bračnom drugu, potomku, roditelju, osobi koju je prema Zakonu dužan uzdržavati ili o osobi koja pruža najmoprimcu ili drugim korisnicima stana nužnu njegu i pomoć samo dok potreba za nužnu njegu i pomoć traje.”

U prijelaznim odredbama Zakon o najmu sadrži posebne odredbe o osobama koje se upisuju u ugovor o najmu sa zaštićenim najmoprimcem.

Prema članku 37. stavku 1. Zakona o najmu, osobe koje na dan stupanja na snagu toga Zakona imaju pravni položaj člana obiteljskog domaćinstva, stečenog prema odredbama Zakona o stambenim odnosima, upisuju se u ugovor o najmu stana.

Ako najmodavac smatra da ni jedna od osoba zatečenih u stanu na dan stupanja na snagu ovoga Zakona nema pravni položaj nositelja stanarskog prava, te osobe mogu pokrenuti postupak pred sudom radi utvrđivanja pravnog položaja zaštićenog najmoprimca (članak 37. stavak 2., ZNS).

Za osobe koje su prema odredbama Zakona o stambenim odnosima ulazile u krug osoba koje su se smatrale članovima obiteljskog domaćinstva (članak 12., ZSO), mogu se, u svezi s primjenom Zakona o najmu, pojaviti različite situacije.

Jedna se odnosi na njihov pravni položaj, odnosno stjecanje svojstva nositelja stanarskog prava i u vezi s time, svojstva najmoprimca (članak 30. stavci 1. i 2., ZNS), a zatim i prava na sklapanje ugovora o najmu u svojstvu zaštićenog najmoprimca.

To će se odnositi, kako na slučaj kad je član obiteljskog domaćinstva ex lege stekao svojstvo nositelja stanarskog prava, prema odredbama Zakona o stambenim odnosima (članak 67. stavci 2. i 3., ZSO), ali nije pribavio odgovarajuću ispravu o tom svom statusu, tako i na situaciju kad između članova obiteljskog domaćinstva do stupanja na snagu Zakona o najmu nije određen onaj koji postaje nositelj stanarskog prava.²¹

²¹ Tanja Tumbri: op. cit., str. 17.

Druga se pitanja javljaju u svezi s osporavanjem svojstva člana obiteljskog domaćinstva i njegovog upisivanja u ugovor o najmu stana, kao osobe koja će zajedno sa zaštićenim najmoprimcem koristiti stan, a vezano s time i neka daljnja pitanja o kojima govorim nastavno.

Što se tiče pravnog položaja nositelja stanarskog prava, iz kojeg proizlazi pravo na status zaštićenog najmoprimca, Zakon o najmu sadrži o tome odredbe u kojima predviđa pokretanje postupka pred sudom radi utvrđivanja položaja zaštićenog najmoprimca (članak 37. stavak 2.).

Smatramo, međutim, da ni u slučaju da Zakon o najmu ne sadrži odredbe o pokretanju postupka pred sudom radi utvrđenja svojstva zaštićenog najmoprimca, ne bi bilo zapreke na podnošenje tužbe na utvrđenje u smislu članka 187. Zakona o parničnom postupku ("Narodne novine", broj 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., dalje: ZPP).

Nije, međutim, nužno da se o tome, dakle o utvrđivanju svojstva zaštićenog najmoprimca, odlučuje u posebnoj parnici.

U parnici koju bi takva osoba pokrenula radi donošenja presude koja zamjenjuje ugovor o najmu stana (članak 33. stavak 3., ZNS), sud bi, kao o prethodnom pitanju, odlučivao o postojanju svojstva nositelja stanarskog prava odnosno zaštićenog najmoprimca.

U sudskoj praksi javljaju se obje situacije. Tako je npr. u odluci Vrhovnog suda RH broj Rev 432/99, od 16. lipnja 2001. ocijenjeno da je ovlašten na podnošenje tužbe na utvrđenje da je stekao stanarsko pravo tužitelj, inače član obiteljskog domaćinstva, koji svoje pravo temelji na odredbama članka 67. stavka 2. Zakona o stambenim odnosima, dakle na stjecanju ex lege stanarskog prava nakon iseljenja stanara.

U nizu predmeta sudovi su o tome odlučivali kao o prethodnom pitanju.

U svezi s time navodimo razloge iznesene u presudi Županijskog suda u Zagrebu, Gž 3360/02, od 27. svibnja 2003. u kojima se između ostalog kaže:

"Predmet spora jest zahtjev tužitelja za donošenje presude koja zamjenjuje ugovor o najmu stana temeljem odredbe članka 33. stavka 3. Zakona o najmu stanova ("Narodne novine", broj 91/96, dalje: ZNS).

Tako je, u bitnome, utvrđeno da je tuženica vlasnik prijepornog stana, da je tužitelj bio član obiteljskog domaćinstva svoje sada pok. bake A. L. i njezinog supruga G. L., kao suseditelja stanarskog prava na tom stanu - koji status je stekao zajedničkim stanovanjem duže od dvije godine prije bakine smrti (članak 12. ranije važećeg Zakona o stambenim odnosima - "Narodne novine", broj 51/85, 42/86, 22/92 i 70/93, dalje: ZSO), da je nakon smrti bakinog supruga tužitelj, kao jedini član obiteljskog domaćinstva, postao temeljem ZSO nositelj stanarskog prava na tom stanu, a slijedom čega je danom stupanja na snagu ZNS stekao prava i obveze najmoprimca (članak 30. stavci 1. i 2. ZNS). Obzirom na izloženo, prvostupanjski sud smatra da su u konkretnom slučaju ostvarene pretpostavke za prihvaćanje tužbenog zahtjeva temeljem odredbe članka 33. stavak 3. ZNS.

Tuženica u žalbi i nadalje osporava zaključak suda u pogledu tužiteljeva statusa člana obiteljskog domaćinstva, odnosno stjecanja pravnog položaja zaštićenog najmoprimca - pozivajući se na neprijepornu činjenicu da tužitelj nije u krvnom srodstvu sa pok. G. L., kao posljednjim nositeljem stanarskog prava (umro nakon svoje supruge - tužiteljeve bake).

Međutim, navedeni prigovor tuženice ne može se prihvatiti, jer smrću tužiteljve bake kao (su)nositeljice stanarskog prava - u rečenoj situaciji zajedničkog stanovanja preko dvije godine prije bakine smrti - tužitelju nije prestao na taj način stečeni status člana obiteljskog domaćinstva stanara, pa neovisno i o tome što je baka umrla prije svoga supruga.”

Navodimo i razloge iznesene u odlukama koje su donijete povodom zahtjeva najmoprimca za donošenje presude koja zamjenjuje ugovor o najmu, pri čemu su sudovi često odlučivali i o zahtjevu da se određene osobe unesu u ugovor.

U razlozima presude Županijskog suda u Zagrebu, Gž 8142/00, od 7. veljače 2003., kojom je tužbeni zahtjev u tom dijelu odbijen, navodi se sljedeće:

“Odredbom članka 37. stavak 1. ZNS propisano je da se u ugovor o najmu stana upisuju osobe koje na dan stupanja na snagu ovog Zakona imaju pravni položaj člana obiteljskog domaćinstva stečenog prema odredbama ZSO-a.

Iz citirane zakonske odredbe jasno proizlazi da se u ugovor o najmu stana kao član obiteljskog domaćinstva može upisati samo ona osoba koja je na dan stupanja ZNS-a imala pravni položaj člana obiteljskog domaćinstva stečen prema odredbama ZSO-a.

Tužiteljica niti ne spori utvrđenje suda prvog stupnja da njezin unuk s njom stanuje tek od 11. srpnja 1995. godine, dakle manje od dvije godine u času stupanja na snagu ZNS-a (6. studenog 1996. godine) pa nije imao položaj člana obiteljskog domaćinstva u smislu odredbe članka 12. ZSO-a, jer s tužiteljicom nije stanovao posljednje dvije godine, računajući od stupanja na snagu ZNS-a.”

Prema odluci Općinskog suda u Zagrebu, Ps 787/01, od 11. lipnja 2002., kojom je također udovoljeno tužbenom zahtjevu najmoprimca za donošenje presude koja zamjenjuje ugovor o najmu ili istovremeno odbijen zahtjev da se u ugovor o najmu unese određena osoba, razlozi su sljedeći:

“Međutim, osnovano su se protivili I. i II. tuženici da u ugovoru o najmu uz gore navedene članove domaćinstva, bude unesen i mlt. T. M.

To stoga jer nisu ispunjeni uvjeti predviđeni odredbom članka 12. prije važećeg Zakona o stambenim odnosima kojim je propisano da se članovima obiteljskog domaćinstva stanara smatraju osobe koje s njim stanuju posljednje dvije godine i to između ostalih srodnici po krvi u pravoj liniji. Naime, mlt. T. je rođen 2. svibnja 1997. g., dakle, nakon stupanja na snagu Zakona o najmu stanova, a koji je stupio na snagu 5. studenog 1996. g.

Također sud smatra da u ovom konkretnom slučaju ne bi mogla primijeniti odredba stavka 3. navedenog članka, jer se ne radi o osobi, koju bi tužiteljica, kao raniji stanar, sada najmoprimac, bila dužna uzdržavati, s obzirom da je mlt. T. unuk tužiteljice.

Nadalje u ugovor je kao član obiteljskog domaćinstva navedena njegova majka i zakonska zastupnica.

Stoga, a kako je neosnovan dio tužbenog zahtjeva za unašanje mlt. T., kao člana obiteljskog domaćinstva tužiteljice stoga je tužiteljicu u tom dijelu tužbenog zahtjeva valjalo odbiti kao s neosnovanim i odlučiti kao pod točkom I. izreke ove presude.”

Što se tiče ostalih prava osoba sa statusom člana obiteljskog domaćinstva, a u svezi s pravom da zajedno sa zaštićenim najmoprimcem koriste stan, na Zajedničkim sastancima Vrhovnog suda RH i županijskih sudova razmatrano je više pitanja.

Postavilo se pitanje da li i kako te osobe ostvaruju zaštitu svog prava da se upisuju u ugovor o najmu ako je taj ugovor sklopljen, a one nisu upisane.

Može li ta osoba tužbom tražiti da se ugovornim stranama ili jednoj od njih naloži upisati tu osobu u ugovor o najmu, odnosno bi li tužbeni zahtjev mogao glasiti na utvrđenje da ta osoba ima prava osobe upisane u ugovor o najmu.

Može li zahtijevati zaštitu u situaciji kad ugovor o najmu nije uopće sklopljen (npr. najmprimac napusti stan prije nego je došlo do sklapanja ugovora), niti najmprimac namjerava sklopiti ugovor o najmu.

Je li s tim u svezi različita situacija člana obiteljskog domaćinstva u odnosu na najmprimca od one u odnosu na najmodavca.

Nadalje, Zakon o najmu ne sadrži odredbe koje bi uređivale odnose između najmprimca i ostalih osoba koje se upisuju u ugovor o najmu odnosno koje imaju pravo koristiti stan.

Postavlja se stoga pitanje može li najmprimac uskratiti daljnje korištenje stana članu obiteljskog domaćinstva koji je upisan u ugovor.

Ako može, ograničava li se to njegovo pravo na slučajeve kad za to postoje određeni (opravdani) razlozi ili samo zbog razloga poremećenosti odnosa ili to njegovo pravo nije ograničeno.

O tim pitanjima u raspravi su iznesena različita mišljenja, ali dvojbe nisu otklonjene.

Izneseno je i mišljenje da odnose između najmprimca i članova obiteljskog domaćinstva treba riješiti primjenom instituta jačeg prava koje bi, naravno, pripadalo najmprimcu.

Posebno značenje koji se pri razmatranju tih pitanja daje npr. razlogu poremećenosti međusobnih odnosa nesumnjivo pokazuje razumljiv utjecaj odredaba Zakona o stambenim odnosima i jednu primjetnu tendenciju da se neka pitanja u primjeni Zakona o najmu rješavaju analognom primjenom ranije važećih odredaba Zakona o stambenim odnosima.

U odluci Županijskog suda u Zagrebu br. Gž 7566/99, od 10. listopada 2000., kojom je udovoljeno zahtjevu tužiteljice, kao najmprimca za iseljenje tuženika, inače zeta tužiteljice, u razlozima se, između ostalog, navodi:

“Nije sporno da tuženik nije u ugovoru o najmu naznačen kao osoba koja bi imala pravo koristiti stan, pa slijedi da on, nakon što mu je tužiteljica opozvala dozvolu za korištenje stana, nema pravnu osnovu za korištenje stana.

Naime, to proizlazi iz odredbe članka 3. stavka 1. Zakona o najmu prema kojoj je najmprimac osoba koja ima pravo koristiti stan za stanovanje, te iz odredbe članka 19. stavka 1. točke 4. Zakona o najmu prema kojoj najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana ako se najmprimac ili drugi korisnici stana koriste stanom suprotno zakonu i ugovoru o najmu stana, a osobito ako se stanom koristi osoba koja nije navedena u ugovoru o najmu i to za vrijeme dulje od 30 dana bez dopuštenja najmodavca, osim u slučaju kad je riječ o bračnom drugu, potomku, roditelju osobe koju je prema zakonu dužan uzdržavati ili o osobi koja pruža najmprimcu ili drugim korisnicima stana nužnu njegu i pomoć samo dok potreba za nužnu njegu i pomoć traje. Prema tome, ako se može otkazati ugovor o najmu zbog toga što tuženik koristi stan, onda je evidentno da tuženik zapravo nema pravo koristiti se stanom.

Tuženik smatra da nije odlučno što on nije naznačen kao osoba koja ima pravo koristiti se stanom, u ugovoru o najmu stana, međutim, kao što proizlazi iz izloženog, osoba za koju nije u ugovoru o najmu naznačeno da ima pravo koristiti se stanom nema to pravo, osim u posebnim slučajevima (spomenuta odredba članka 19. stavka 1. točke 4. Zakona o najmu). Tuženik ne spada niti u jedan od takvih slučajeva, a treba još naglasiti i to da je pravo najmoprimca da neku osobu ne odredi osobom koja bi imala pravo koristiti se stanom, jer sadržaj ugovora o najmu stranke (najmoprimac i najmodavac) određuju slobodno, osim u pogledu onih uvjeta koji su propisani odredbama Zakona o najmu (članak 3. stavak 3.).”

Sigurno da je odgovor na pitanja o odnosu najmoprimca i članova obiteljskog domaćinstva od izuzetne važnosti, jer osim uskraćivanja prava na korištenje stana može značiti isključivanje mogućnosti ostvarivanja prava iz članka 38., tj. prijelaza i stjecanja prava i dužnosti zaštićenog najmoprimca pod pretpostavkama iz tog članka.

Međutim, usprkos tome, ako u odredbama Zakona o najmu nema uporišta za tumačenje da taj Zakon ograničava pravo najmoprimca na uskraćivanje daljnjeg korištenja stana osobama upisanim u ugovoru o najmu, temeljem odredbe članka 37. stavka 1. ZNS-a, ne čini nam se da bi osnovu, za to ograničenje mogli potražiti u analognoj primjeni Zakona o stambenim odnosima.

Iako se ne radi o istoj situaciji, smatramo korisnim navesti da su se prava članova obiteljskog domaćinstva na korištenje stana pokazala spornim i u primjeni Zakona o prodaji stanova. Stajalište koje je u tom slučaju zauzela sudska praksa, otklanjajući primjenu Zakona o stambenim odnosima, proizlazi iz odluke Vrhovnog suda RH broj Rev 3233/94, od 28. listopada 1997. (objavljena u Izboru odluka 1/1998 sent 73), a prema kojoj nakon što je stanar otkupio stan, na odnose vlasnika i članova obiteljskog domaćinstva, u svezi s korištenjem stana, ne primjenjuje se odredba Zakona o stambenim odnosima.

U razlozima odluke navedeno je, između ostalog:

“Prestankom stanarskog prava i stjecanjem prava vlasništva na spornom stanu od strane tužitelja, prestao je postojati između tužitelja i tuženika pravni odnos nositelja stanarskog prava i člana obiteljskog domaćinstva, pa nema mjesta primjeni članka 68. Zakona o stambenim odnosima (“Narodne novine”, br. 51/85, 42/86, 22/92 i 70/90).

Upravo zbog navedenog revident neosnovano upućuje na sudsku praksu nastalu u primjeni navedene odredbe.

Naprotiv, pravni odnos tužitelja kao vlasnika spornog stana i tuženika kao osobe koja koristi sporni stan protivno volji vlasnika, pravilno su nižestupanjski sudovi ocijenili prema odredbama Zakona o osnovnim vlasničko pravnim odnosima (“Narodne novine”, broj 53/91) koji je bio na pravnoj snazi u vrijeme donošenja pobijanih presuda.

Kako se u ovoj pravnoj stvari radi, dakle, o tužbi vlasnika stana za iseljenje tuženika koji stanuje u stanu protivno volji vlasnika stana, to je pravilno primijenjeno materijalno pravo od strane nižestupanjskih sudova kada je tuženiku naloženo iseljenje iz spornog stana.

Pri tome valja još navesti da tuženikov pravni status člana tužiteljeva obiteljskog domaćinstva u vrijeme kada je tužitelj bio nositelj stanarskog prava, ne dovode

tuženika u povoljniji pravni položaj u parnici u kojoj vlasnik (raniji nositelj stanarskog prava) zahtijeva njegovo iseljenje.”

Sudska praksa morat će odgovoriti i na neka druga pitanja.

Tako npr. neki smatraju da bi trebalo postaviti pitanje pravnog statusa djeteta rođenog nakon zaključenja ugovora o najmu, kao i nekih drugih osoba koje se naknadno pojavljuju kao potencijalni korisnici stana (zetovi, snahe), kao i pitanje statusa bračnih drugova u slučaju razvoda braka.

Citirali smo već odluku Općinskog suda u Zagrebu, Ps 787/01, od 11. lipnja 2002., kojom je odbijen zahtjev zaštićenog najmprimca da se u ugovor o najmu unese unuk najmprimca koji je rođen nakon stupanja na snagu Zakona o najmu, a čija je majka inače unesena u taj ugovor o najmu kao član obiteljskog domaćinstva najmprimca.

U primjeni Zakona o najmu postavlja se niz pitanja i u svezi s nastavljanjem najamnog odnosa i prijelazu prava u slučaju smrti zaštićenog najmprimca ili kad zaštićeni najmprimac napusti stan (članak 38., ZNS-a).

Prema općim odredbama članka 24. stavka 2. ZNS-a u slučaju smrti najmprimca ili kada najmprimac napusti stan, prava i dužnosti najmprimca iz ugovora o najmu stana prelaze na njegova bračnog druga. Ako bračnog druga nema, prava i obveze iz ugovora o najmu prelaze na dijete, pastorka ili najmprimčeva usvojenika koji je naveden u ugovoru o najmu, ovisno o njihovu sporazumu.

Prema odredbama članka 38. stavka 1. ZNS-a drugačije je određen krug osoba na koje prelaze prava i dužnosti zaštićenog najmprimca u slučaju smrti zaštićenog najmprimca ili kada zaštićeni najmprimac napusti stan, prava i dužnosti zaštićenog najmprimca iz ugovora o najmu prelaze na osobu navedenu u ugovoru o najmu stana, ovisno o sporazumu tih osoba.

U slučaju spora najmprimca će odrediti najmodavac (članak 38. stavak 2., ZNS).

Izgleda da bi u smislu citiranih zakonskih odredaba do prijelaza prava i obveza iz govora o najmu moglo doći uz kumulativno ispunjenje sljedećih pretpostavki:

- da se radi o osobama koje određuje Zakon o najmu;
- da su upisane u ugovor o najmu;
- da su zajedno s najmprimcem nastavile koristiti stan i da stanuju u stanu.

Ustavni sud RH u svojoj odluci U-I-533/2000, od 24. svibnja 2000. (objavljena u “Narodnim novinama”, broj 56, od 6. lipnja 2000.) ne prihvaćajući prijedlog za pokretanje postupka ocjene ustavnosti članka 24. Zakona o najmu u razlozima između ostalog navodi:

“U osporavanim odredbama stavaka 2., 3., i 4. ovoga članka, ne radi se o nasljeđivanju najmprimčevih prava, već o nastavljanju najamnog odnosa samo od strane najmprimčevog bračnog druga, pa tek ako njega nema, i od strane određenih osoba (dijete, pastorka ili usvojenik) koje su zajedno s najmprimcem bile navedene u ugovoru o najmu stana koji je sklopljen i radi zadovoljavanja njihovih stambenih potreba.

Naime, smrt najmprimca ili njegovo napuštanje stana, nije u Zakonu predviđen razlog za prestanak ugovora o najmu stana, pa ovdje osporavane odredbe samo detaljnije uređuju način prelaska prava i obveza iz ugovora o najmu na osobe koje su ostale u stanu i koje su istovremeno obuhvaćene tim ugovorom kao osobe koje stanuju s prvotnim najmprimcem.

Sud stoga ocjenjuje da takvo nastavljanje najamnog odnosa s osobama koje u tom odnosu sudjeluju od njegovog početka, odnosno u ugovor su upisane u skladu sa Zakonom, nije u nesuglasju s temeljnom vrednotom ustavnog poretka o nepovredivosti vlasništva, niti je protivno Ustavom zajamčenom pravu vlasništva, niti se njome na neustavan način uvodi neko novo ograničenje prava vlasništva”.

Na iste je razloge uputio u svezi s neprihvaćanjem prijedloga za pokretanje postupka ocjene ustavnosti članka 37. (o pravu člana obiteljskog domaćinstva da se upiše u ugovor) i članka 38. Zakona o najmu (o prijelazu prava i obveza u slučaju smrti zaštićenog najmoprimca ili kada on napusti stan).

IV. Sadržaj ugovora o najmu

U svezi s pravom zaštićenog najmoprimca odnosno osobe na koju prelaze prava i dužnosti zaštićenog najmoprimca (članak 33. stavak 3. i članak 38. stavak 3., ZNS) da od suda zahtijeva donošenje presude koja zamjenjuje ugovor o najmu, u primjeni Zakona o najmu postavilo se više pitanja vezano za sadržaj tog ugovora.

Prema odredbama općeg dijela Zakona o najmu međusobna prava i obveze najmoprimca i najmodavca u svezi s najmom stana uređuju se ugovorom o najmu (članak 3. stavak 2.).

Najmoprimac i najmodavac slobodno ugovaraju uvjete najma stana u svim onim pitanjima koja nisu propisana Zakonom o najmu (članak 3. stavak 3.).

Iz toga slijedi da u situaciji kad bi najmodavac i najmoprimac ugovorom drukčije uredili pitanja koja su uređena Zakonom o najmu, u slučaju spora primjenjivale bi se odredbe Zakona o najmu.

Uvjete sklapanja ugovora o najmu stana koji nisu propisani Zakonom stranke ugovaraju slobodno.

Navedene načelne odredbe nesumnjivo dolaze do primjene i prilikom sklapanja ugovora o najmu sa zaštićenim najmoprimcem.

Postoji, međutim, niz odredaba Zakona o najmu koje ograničavaju slobodu ugovaranja, a kad se radi o ugovoru sa zaštićenim najmoprimcem, ta ograničenja mogu proizlaziti kako iz općih odredaba Zakona o najmu tako i iz njegovih prijelaznih odredaba.

Tako npr. članak 8. ZNS-a određuje osobe koje imaju pravo na sklapanje ugovora o najmu stana sa zaštićenom najamninom, članak 21. u svezi s člankom 40. ZNS-a određuju pretpostavke za otkaz i dr.

Kao primjer ograničavanja sloboda ugovaranja ističu se odredbe članka 5. ZNS. Prema članku 5. Zakona o najmu ugovor o najmu sadrži osobito:

1. ugovorne strane,
2. opis stana, odnosno dijela stana koji se daje u najam,
3. visinu najamnine i način plaćanja,
4. vrstu troškova koji se plaćaju u svezi sa stanovanjem i način na koji će se plaćati,
5. podatke o osobama koje će se zajedno s najmoprimcem koristiti stanom,
6. vrijeme trajanja najma,
7. odredbe o održavanju stana,

8. odredbe o uporabi zajedničkih prostorija, zajedničkih dijelova i uređaja zgrade i zemljišta koje služi zgradi,

9. odredbe o primopredaji stana.

Ocjenjuje se da je time određen obvezni sadržaj ugovora i da se radi o bitnim sastojcima ugovora o najmu.²²

S tim u svezi može se postaviti više pitanja.

Npr. koje posljedice nastaju kao stranke ne postignu suglasnost o svim sastojcima ugovora iz članka 5. ZNS-a i je li valjan ugovor o najmu iako ne sadrži sve sastojke predviđene odredbama članka 5. ZNS-a. Na to pitanje Zakon o najmu ne daje direktni odgovor.

Nadalje, jesu li svi sastojci iz članka 5. Zakona o najmu bitni sastojci ugovora u smislu općih propisa građanskog prava,²³ što bi značilo da u nedostatku nekog od njih ugovor nije valjano nastao.

Smatramo da to ne proizlazi iz odredaba članka 5. ZNS-a i da npr. nedostatak odredaba o održavanju stana ili o uporabi zajedničkih prostorija ne bi se mogao smatrati nedostatkom bitnog elementa ugovora o najmu u tom smislu da ugovor nije ni nastao.

Može se, također, uočiti da u presudama koje zamjenjuju ugovor o najmu u sadržaj ugovora često nisu unijeti svi elementi iz članka 5. ZNS-a. Tako npr. nedostaju odredbe o troškovima koji se plaćaju u svezi sa stanovanjem (članak 5. točka 4., ZNS).

Stranke nedvojbeno mogu ugovorom urediti i niz drugih pitanja, o kojima postignu suglasnost, jer to izričito proizlazi iz odredaba članka 3. stavka 3. ZNS-a.

U svezi s pravom najmoprimca da od suda traži donošenje presude koja zamjenjuje ugovor (članak 38., ZNS) također se postavilo pitanje može li se s uspjehom tražiti od suda da u ugovor o najmu unese i sastojke koji nisu predviđeni člankom 5. Zakona o najmu.

Ima mišljenja da je to moguće, ali samo kad postoji suglasnost stranaka o sadržaju tih drugih odredaba. Neki su se sudovi u tom pravcu već izjasnili u svojim odlukama (npr. Županijski sud Zagreb).

Čini nam se da iz odredaba Zakona o najmu ne proizlazi takvo ograničenje za sud prema kojem bi on, donoseći presudu koja zamjenjuje ugovor o najmu, sadržaj tog ugovora morao ograničiti samo na one odredbe koje predviđa članak 5. ZNS-a, a svaku drugu odredbu unijeti samo ako o tome stranke postignu suglasnost.

Prema odredbama članka 5. ZNS-a ugovor o najmu sadrži osobito one sastojke koji se navode u članku 5. točkama 1. do 9. ZNS-a.

Uz ove sastojke koje ugovor "osobito" sadrži, dakle, koji nisu navedeni taksativno, može nedvojbeno sadržavati i druge odredbe.

Člankom 3. stavkom 3. Zakona o najmu određuje se koja su ovlaštenja stranaka kod sklapanja ugovora o najmu u pogledu njegova sadržaja. Stoga ima mišljenja da je i sud, vezan okvirima koji bi vrijedili i za stranke, kad donosi presudu koja zamjenjuje ugovor o najmu, koji bi inače sklapale stranke.

²² Senka Andrijašević-Rac, Vesna Gazzari: op. cit. str. 15.

²³ Martin Vedriš, Petar Klarić: Građansko pravo, "Narodne novine" 1998, str. 106. i dalje.

To znači da one uvjete (tako ih naziva Zakon o najmu) koje bi stranke mogle ugovoriti slobodno i suglasno i sud može unijeti u ugovor samo ako su stranke o tome suglasne.

Međutim, takva suglasnost, čini nam se, ne bi bila potrebna za one uvjete koji su npr. drugim odredbama Zakona o najmu izrijekom propisani i koje stranke ne bi mogle ugovoriti drukčije, a koji se ipak ne ograničavaju samo na one iz članka 5. Zakona o najmu.

Tako npr. ugovorom bi se mogla unaprijed odrediti osoba na koju prelaze prava i dužnosti zaštićenog najmoprimca, u slučaju njegove smrti ili napuštanja stana (članak 38. stavak 1., ZNS).

Nadalje, u sudskoj praksi može se primijetiti da se u presudama koje zamjenjuje ugovor o najmu kao sadržaj ugovora unosi npr. odredba koja proizlazi iz članka 16. Zakona o najmu, o obvezi najmoprimca da dopusti najmodavcu ulazak u stan u svezi s nužnim popravcima. Smatramo da za unošenje takve odredbe ne bi bila potrebna suglasnost stranaka.

Međutim, ukoliko bi se ugovorom detaljnije uređivalo u koje vrijeme i uz koje uvjete najmodavcu pripada to pravo, takve odredbe mogle bi se unijeti kao sadržaj ugovora samo uz suglasnost stranaka.

U presudama koje zamjenjuju ugovor o najmu kao sadržaj ugovora nalazimo, nadalje, i odredbu da je najmoprimac dužan koristiti se stanom na način da ga čuva od svih oštećenja, što je, inače, predviđeno člankom 14. stavkom 1. Zakona o najmu kao obveza najmoprimca (tako npr. presuda Općinskog suda u Zagrebu broj Ps 312/97).

Moglo bi se zaključiti da sudovi, osim sastojaka iz članka 5. ZNS-a, kao sadržaj ugovora najčešće unose obveze stranaka koje su, inače predviđene zakonom, za što, načelno, ne bi trebala suglasnost stranaka, kako smo to naprijed izložili.

Drugo je pitanje je li takve odredbe nužno unositi u ugovor i je li svrsishodno unositi ih u ugovor prepisujući zakonsku formulaciju bez daljnje razrade.

Međutim, u situacijama kad sud donosi presudu koja zamjenjuje ugovor o najmu, ne treba prečesto očekivati od stranaka koje su u sporu da postignu suglasnost makar i o dijelu sadržaja ugovora.

Citirali smo sudske odluke (Točka III.) u kojima su sudovi, prihvaćajući zahtjev za donošenje presude koji zamjenjuje ugovor o najmu stana odbili zahtjev za unošenje u ugovor određenih osoba kao korisnika stana zajedno s najmoprimcem (presuda Županijskog suda u Zagrebu, Gž 3360/02, od 27. svibnja 2003.).

Vezano sa sadržajem ugovora o najmu još bismo napomenuli da Zakon o najmu ništa ne govori o sudbini ugovora o najmu stana²⁴, sklopljenih prije stupanja na snagu Zakona o najmu dakle, u režimu Zakona o stambenim odnosima (članak 109. i sl., ZSO).

Ima mišljenja da se na takve ugovore trebaju primijeniti odredbe Zakona o najmu²⁵.

Međutim, u odluci Vrhovnog suda RH, Rev 1387/02, od 11. ožujka 2003., zauzeto je sljedeće stajalište: "Ugovor o najmu zaključen po odredbama Zakona o

²⁴ M. Žuvela, op. cit. str. 91.

²⁵ O. Roje, op. cit. str. 8.

stambenim odnosima po svom sadržaju nije ugovor o najmu koji je uređen Zakonom o najmu stanova, niti to prešutno može postati.”

U razlozima se, između ostalog, navodi sljedeće:

“Tuženici su s ranijim vlasnicima sklopili ugovor o najmu temeljem odredbe članka 109. Zakona o stambenim odnosima (“Narodne novine”, broj 51/85, 42/86, 22/92 i 70/93 - dalje ZSO), pa je neodlučna okolnost da je taj ugovor nazvan ugovorom o podstanarskim odnosima.

Radi se o ugovoru o najmu na neodređeno vrijeme, koji u smislu članka 111. ZSO prestaje na osnovi pismenog otkaza.

Najmodavci su pismom od 26. prosinca 1996. godine otkazali tuženicima (najmoprincipima) ugovor o najmu uz otkazni rok duži od ugovorenog (i zakonskog) roka od 30 dana.

Kako je ugovor o najmu kuće sukladno zakonskoj odredbi prestao otkazom, tuženici koriste kuću bez pravne osnove, pa je neosnovan njihov prigovor kojim žele odgoditi tužiteljev zahtjev tvrdnjom da najamni odnos još traje.

Neosnovan je prigovor tuženika glede primjene Zakona o najmu stanova (“Narodne novine”, broj 91/96), jer ugovor koji su sklopili s najmodavcem svojim sadržajem nije ugovor uređen tim zakonom, niti je takav mogao prešutno postati.”

V. Oblik ugovora o najmu

Odredbama članka 4. Zakona o najmu predviđeno je da se ugovor o najmu sklapa u pisanom obliku.

Zakon o najmu ne sadrži neke druge odredbe glede oblika ugovora, npr. o posljedicama nedostatka pisanog oblika. Stoga do primjene dolaze opće odredbe Zakona o obveznim odnosima. Tu prvenstveno mislimo na primjenu odredaba članka 73. ZOO-a o konvalidaciji ugovora koji nije sklopljen u propisanom pisanom obliku.²⁶

Taj će se ugovor smatrati pravovaljan, iako nije zaključen u tom obliku, ako su ugovorne stranke u cijelosti ili u pretežnom dijelu izvršile obveze koje iz njega nastaju.

U sudskoj praksi, u cilju održavanja ugovornog odnosa, dosta se često pribjegavalo primjeni članka 73. ZOO-a čak i u slučajevima u kojima je zakonom bila predviđena ništavost ugovora zbog nedostatka pisanog oblika (npr. kod ugovora o prodaji nekretnina).

Nije nam bila dostupna sudska praksa, u svezi s primjenom Zakona o najmu, koja bi se odnosila na nedostatak pisanog oblika.

Navodimo jednu noviju odluku Vrhovnog suda RH u kojoj je zauzeto stajalište o tom pitanju u svezi ugovora o zakupu poslovnog prostora.

Prema toj odluci (Rev 208/96, od 19. siječnja 2000., objavljena u Izboru odluka 1/2000 sent. 34) valjan je usmeni ugovor o zakupu poslovnih prostorija 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

²⁶ M. Žuvela, op. cit. str. 96.; O. Roje, op. cit. str. 3.

i ugovori za koje se po odredbi članka 73. Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96 i 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 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.g.).

Kao što smo već rekli, smatramo da bi odredbe članka 73. ZOO-a trebalo primijeniti i kad se radi o ugovoru o najmu stana.

Što se tiče izmjena i dopuna ugovora o najmu trebalo bi također primijeniti odredbe Zakona o obveznim odnosima (članak 67. stavak 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 (članak 67 stavak 3., ZOO).

To bi značilo npr. da usmena izmjena odredbe o najamnini prema općim propisima ne bi bila valjana, jer se ne radi o sporednoj odredbi.

Međutim, što se tiče zaštićene najamnine, prema odredbi članka 36. Zakona o najmu ako se zbog izmjene propisa iz članka 7. ovoga Zakona promijeni visina zaštićene najamnine, najmoprimac je dužan plaćati tu najamninu bez izmjene ugovora, a na temelju izračuna najmodavaca.

VI. Zaštićena najamnina

Najamnina je jedan od bitnih sastojaka ugovora o najmu stana.

Prema odredbi članka 3. stavka 1. Zakona o najmu ugovorom o najmu najmodavac se obvezuje predati najmoprimcu stan za stanovanje, a najmoprimac se obvezuje u ime najma stana platiti naknadu najmoprimcu.

Najamnina može biti (članak 6., ZNS):

- zaštićena najamnina
- slobodno ugovorena najamnina.

Zadržat ćemo se na nekim spornim pitanjima koja su se javljala u sudskoj praksi u svezi s pravom na zaštićenu najamninu.

S obzirom da se Konačni prijedlog ZIDZNS odnosi i na zaštićenu najamninu, izložit ćemo predložena rješenja.

Zaštićena najamnina utvrđuje se na temelju uvjeta i mjerila koje utvrđuje Vlada Republike Hrvatske²⁷ (članak 7. stavak 1., ZNS).

Uvjeti i mjerila utvrđuju se ovisno o opremljenosti stana, iskoristivosti stana, troškovima održavanja zajedničkih dijelova i uređaja zgrade kao i o platnim mogućnostima obiteljskog domaćinstva najmoprimca (članak 7. stavak 2., ZNS).

²⁷ Uredba o mjerilima i uvjetima za utvrđenje zaštićene najamnine objavljena u "Narodnim novinama" broj 40/97.

Zaštićena najamnina ne može biti niža od iznosa potrebnog za podmirenje troškova redovitog održavanja stambene zgrade, određenog posebnim propisima, kako je to sve predviđeno člankom 7. Zakona o najmu (članak 7. stavak 3., ZNS).

Osim o objektivnim okolnostima vezanim za stan i za zgradu u kojoj se nalazi, zaštićena najamnina ovisi i o subjektivnim okolnostima, tj. o platnim mogućnostima obiteljskog domaćinstva najmprimca.

Odredbе članaka 6. i 7. Zakona o najmu bile su predmet ocjene pred Ustavnim sudom RH, koji nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka ocjene ustavnosti tih odredaba (Odluka Ustavnog suda RH br. U-I-762/96 i dr. koju smo već citirali).

U obrazloženju te odluke, između ostalog, je navedeno:

“Utvrđivanje uvjeta i mjerila na način kako je to učinjeno u osporenoj odredbi, ni u čemu ne vrijeđa jednakost kao najvišu vrednotu ustavnog poretka Republike Hrvatske iz članka 3. Ustava. Tim se uvjetima i mjerilima samo utvrđuju objektivni elementi za određivanje zaštićene najmnine, koji se za one građane koji na takvu najmninu imaju pravo, primjenjuju jednako za sve, i oni nisu ni u kakvoj svezi s uvjetima i mjerilima za određivanje cijene stana u slučaju njegove kupnje prema odredbama Zakona o prodaji. Ovakvim propisivanjem, osobito uzimanjem u obzir imovinskih prilika najmprimca, ostvaruje se i načelo o Republici Hrvatskoj kao (i) socijalnoj državi (članak 1. stavak 1. Ustava).

Predlagatelji pod 5) i 10), kao najmodavci osporavaju članak 7. Zakona o najmu iz istih razloga zbog kojih osporavaju i njegov članak 6., ali pri tome gube iz vida da vlasništvo i obvezuje te da su i vlasnici dužni pridonositi općem dobru, što u konkretnom slučaju znači trpiti i nadalje određena ograničenja u приходима u situaciji kad se jedan pravni sustav mijenja i usklađuje s ustavnim odredbama.

Posebno osporavaju odredbu stavka 1. toga članka kojom se daje u nadležnost Vladi Republike Hrvatske da utvrdi uvjete i mjerila za određivanje zaštićene najmnine, jer da je to suprotno temeljnim odredbama Ustava o naknadi tržišne vrijednosti, pa i onim po Zakonu o izvlaštenju, zbog čega da bi to trebalo urediti zakonom, a ne podzakonskim propisom.

Prijedlozi nisu osnovani iz istih razloga koji su navedeni za članak 6. Zakona o najmu, a glede osporavanja stavka 1. ne nalazi se da bi time što je ovlast za određivanje uvjeta i mjerila dana Vladi Republike Hrvatske, bila povrijeđena neka Ustavna odredba, tim više kada je zakonodavac odredio najnižu granicu zaštitne najmnine i dao okvire uvjeta i mjerila koje propisuje Vlada Republike Hrvatske (stavak 2. članka 7.). Također se utvrđuje da je takvo ovlaštenje Vlade Republike Hrvatske, u skladu s njezinom ovlasti iz članka 110. Ustava Republike Hrvatske.”

Odredbama članka 8. Zakona o najmu određeno je koji korisnici stanova plaćaju zaštićenu najmninu.

To su korisnici:

- koji se koriste stanovima izgrađenim sredstvima namijenjenim za rješavanje stambenih pitanja osoba slabijeg imovnog stanja,
- koji se koriste stanom na temelju propisa o pravima hrvatskih branitelja,
- koji su imali pravni položaj nositelja stanarskog prava na stanu do dana stupanja na snagu ovoga Zakona,
- koji su određeni posebnim propisom.

Prema daljnjim odredbama Zakona o najmu to su i:

- zaštićeni podstanar (članak 47. stavak 3. ZNS)
- osobe koje su primjenom odredbe članka 61. stavka 5. ZSO stekle pravo koristiti se stanom u vlasništvu drugog građanina (članak 48. stavak 3. ZNS)
- osobe koje su stekle status najmoprimca na temelju članka 26. stavka 1. i članka 33. Zakona o naknadi²⁸ za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine ("Narodne novine", broj 92/96, 39/99, 42/99, 80/02, 81/02, dalje: Zakon o naknadi).

Odredbe članka 8. Zakona o najmu bile su također predmet ispitivanja pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske koji je odbio prijedlog za pokretanje postupka ocjene ustavnosti.²⁹

U razlozima te odluke navedeno je:

"Prijedlozi nisu osnovani iz istih razloga navedenih za članak 6. Zakona o najmu.

Također se može pripomenuti da stanovi u predmetnom smislu ne predstavljaju nekretnine iz članka 52. Ustava, pa država nije u smislu odredbe stavka 2. toga članka Ustava dužna dati naknadu za ograničenja kojima su vlasnici stanova podvrgnuti zbog prava najmoprimca na zaštićenu najamninu."

Zakon o najmu, u odredbama članka 31., predviđa slučajeve u kojima najmoprimac koji je ex lege stekao prava i dužnosti najmoprimca (članak 30., ZNS-a) nema pravo na zaštićenu najamninu.

Odlukom Ustavnog suda RH br. U-I-762/96 i dr. ukinuta je odredba članka 31. stavak 2. podstavak 3. ZNS-a prema kojoj pravo na zaštićenu najamninu nije imao zaštićeni najmoprimac koji sa članovima domaćinstva nije koristio stan dulje od šest mjeseci prije stupanja na snagu Zakona o najmu bez suglasnosti vlasnika stana. Konačni prijedlog ZIDZNS u vezi sa člankom 31. ZNS-a ne sadrži nikakve odredbe.

Stoga, prema sada važećim odredbama članka 31. ZNS-a, pravo na zaštićenu najamninu nema najmoprimac koji:

- u dijelu stana obavlja poslovnu djelatnost
- ima u vlasništvu useljivu kuću ili stan.

*U tumačenju članka 31. Zakona o najmu pokazali su se spornim domašaj i značenje odredbe o vlasništvu useljive kuće ili stana.

Prethodno smo već razmatrali (Točku III.1.) pitanje od kakvog je utjecaja na pravo na zaštićenu najamninu okolnost da useljivu kuću ili stan ima onaj bračni drug koji nije sklopio ugovor o najmu kao najmoprimac.

U situaciji kad je taj ugovor sklopio samo jedan od bračnih drugova, izrazili smo mišljenje da je za priznavanje prava na zaštićenu najamninu odlučujuće jedino vlasništvo useljive kuće ili stana onog bračnog druga koji je sklopio ugovor o najmu kao najmoprimac.

U primjeni iste odredbe postavila su se i neka daljnja pitanja.

Jedno od njih odnosilo se na vlasništvo kuće za odmor i utjecaj tog vlasništva na pravo na zaštićenu najamninu.

²⁸ Mladen Žuvela: op. cit. str. 98.; Ozren Roje: op. cit. str. 18.

²⁹ Odluka i rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I-762/96 i dr. objavljeno u "Narodnim novinama", broj 48, od 6. travnja 1998.

O tome se izjasnio Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj Rev 40/99, od 10. lipnja 1999.g., (objavljena u Izboru odluka 2/1999., sent. 80).

Prema zauzetom stajalištu vlasništvo kuće za odmor nije zapreka na strani najmprimca za priznavanje zaštićene najamnine.

U razlozima te odluke navedeno je, između ostalog, sljedeće:

“Tužitelji zahtjevom svoje tužbe traže da sud utvrdi da oni imaju pravni položaj zaštićenog najmprimca u odnosu na stan koji koriste, tj. da im pripada pravo na zaštićenu najmninu.

Sudovi nižeg stupnja su njihov zahtjev ocijenili neosnovanim.

Kod toga su se ti sudovi pozvali na odredbu članka 31. stavak 2. alineja 2. Zakona o najmu stanova (“Narodne novine”, broj 91/96), po kojoj pravo na zaštićenu najmninu nema najmprimac koji ima u vlasništvu useljivu kuću ili stan.

Što se tiče razloga zbog kojeg su ti sudovi ocijenili tužbeni zahtjev neosnovanim, i to stoga što tužitelji imaju u vlasništvu kuću za odmor ovaj sud također smatra da su i utoliko pogrešno primijenili materijalno pravo.

Kuća za odmor je naime kuća posebne namjene, tj. nije namijenjena stanovanju već boravku za vrijeme godišnjeg odmora, tj. zapravo u kratkom razdoblju tijekom godine. Ona se kao takva ne može ni iznajmljivati u toku cijele godine.

Stoga gledajući na svrhu prije spomenutog propisa ovaj sud smatra, da ova nije bila da pogodnost zaštićene najamnine bude vezana među ostalim i za posjedovanje kuće za odmor na strani najmprimca.”

U istoj odluci (Rev 40/99., objavljena u Izboru odluka 2/1999. sent. 79) zauzeto je i sljedeće stajalište:

“Za ocjenu pitanja prava na zaštićenu najmninu nije dovoljno da najmprimac ima u vlasništvu kuću već je potrebno da se radi o useljivoj kući.”

Nadalje postavilo se pitanje da li primjenom odredbe članka 31. stavak 2. ZNS-a, uz vlasništvo useljive kuće i stana, treba uzimati u obzir i neki dodatni kriterij, kao npr. gdje se nalazi useljiva kuća ili stan, da li se radi o odgovarajućem stanu i dr.

Na Zajedničkom sastanku Vrhovnog suda RH i županijskih sudova izraženo je mišljenje da Zakon o najmu ne predviđa daljnje dodatne kriterije i da se stoga neki drugi kriteriji ne mogu uzimati u obzir.

Polazi se pri tome od toga da je zakonodavac vlasništvo useljive kuće ili stana uzeo u obzir kao imovinski kriterij.

Zato su, prema sada odredbama Zakona o najmu, i posljedice isključivo u sferi prava na zaštićenu najmninu, a ne dovode se u pitanje ostala prava najmprimca u svezi s korištenjem stana.

Tako će npr. najmprimac koji, u istom mjestu, ima useljivu kuću ili stan doduše izgubiti pravo na zaštićenu najmninu, ali će moći nastaviti korištenje stana u istom svojstvu.

Čini nam se, također, da iz navedene odredbe članka 31. stavka 2. ne proizlazi da zakonodavac pravi razliku s obzirom na veličinu ili neke druge karakteristike useljive kuće ili stana koje najmprimac ima u vlasništvu.³⁰

³⁰ Zlatan Turčić: Useljiva kuća ili stan, prema odredbama Zakona o najmu, Informator br. 4594-4595 od 18. I 21. ožujka 1998.g.

Prema tome, vlasništvo useljive kuće ili stana, samo po sebi, kao određena vrijednost, temeljem imovinskog kriterija ima za posljedicu gubitak prava na zaštićenu najamninu.

Ima međutim i mišljenja da je, doduše, odlučan imovinski kriterij, ali da je ovisan i o imovinskom stanju, dakle materijalnim pitanjima najmprimca koje su mu omogućile stjecanje vlasništva nekretnina. Upućuje se pri tome na odredbe članka 8. stavka 1. Zakona o najmu prema kojoj pravo na zaštićenu najamninu imaju i osobe slabijeg imovnog stanja.

Stoga se smatra da je u svakom pojedinom slučaju potrebno utvrditi o kakvoj se kući odnosno stanu radi (broj prostorija, unutarnje uređenje, mjesto gdje se nalazi unutarnje uređenje i dr.) da bi se pomoću tih elemenata utvrdilo postoje li okolnosti koje isključuju pravo na zaštićenu najamninu.

Takvo stajalište zauzeto je, npr. u presudama Županijskog suda u Zagrebu br. Gž 4225/99 i Gž 7952/98.

Kao što se vidi, pristupa ima različitih.

Budući da Zakon o najmu ne određuje što se smatra useljivom kućom ili stanom, to je, također, jedno od pitanja na koje bi trebala odgovoriti sudska praksa.

Ustavni sud RH (odluka i rješenje broj U-I-762/96 i dr.) odbio je prijedlog za pokretanje postupka ocjene ustavnosti članka 31. stavka 2. podstavka 2. Zakona o najmu.

U obrazloženju odluke u svezi s time se navodi:

“Prema ovoj se odredbi pravo na zajamčenu najamninu gubi zbog činjenice da najmprimac ima u vlasništvu useljivu kuću ili stan. Svi predlagatelji smatraju da je odredba preširoka, i da bi takvo ograničenje eventualno imalo smisla kad bi se useljiva kuća ili stan nalazili u istom mjestu u kojem je unajmljeni stan, kao i da bi trebalo određenije navesti da ta kuća ili stan odgovara potrebama obitelji najmprimca, uspoređujući tu odredbu s odgovarajućim odredbama Zakona o stambenim odnosima iz 1985. godine. Međutim, takva usporedba nije primjerena. Kriteriji iz spomenutog Zakona o stambenim odnosima bili su određeni u sasvim drugu svrhu od osporavanog kriterija, pa je nositelj stanarskog prava koji bi u vlasništvo stekao u istom mjestu useljivu kuću ili stan kao posebni dio zgrade koji bi ujedno odgovarao potrebama njegovog obiteljskog domaćinstva, morao iz tog stana iseliti. Dakle, vlasništvo nekretnina čija vrijednost svakako nije zanemariva, kao u osporavanoj odredbi, postavljeno je kao razlog gubitka prava na zaštićenu najamninu, ali ne znači i gubitak najmprimateljskog statusa, niti najmprimcu zbog vlasništva takvih nekretnina prijeti koja druga posljedica vezana uz njegovo stanovanje. Stoga Sud ne nalazi da bi time što zbog svojeg imovnog stanja koje se sastoji upravo i od useljive kuće ili useljivog stana, najmprimac gubi pravo na zaštićenu najamninu kad silom zakona i neovisno od volje vlasnika stana u njegovom stanu stanuje, bilo povrijeđeno načelo jednakosti, pa ni ono pred zakonom, jer svi najmprimci koji u vlasništvu posjeduju useljivu kuću ili stan, neće imati pravo na zaštićenu najamninu. Također nema razloga da se zakonodavcu ospori pravo propisivati kriterije za gubitak prava na zaštićenu najamninu, koji ovise o imovnom stanju najmprimca, kao što je propisao i da uvjeti i mjerila za određivanje zaštićene najmnine ovise, između ostalog, i o platnim mogućnostima obiteljskog domaćinstva najmprimca.”

Konačni prijedlog ZIDZNS (članak 1.) odnosi se i na odredbe članka 7. ZNS-a odnosno na utvrđivanje i visinu zaštićene najamnine.

Prema predloženom rješenju zaštićena najamnina bi se utvrđivala (prema izmijenjenom članku 7. stavku 2., ZNS), temeljem uvjeta i mjerila ovisno o "opremljenosti stana, iskoristivosti stana te *visini sredstava potrebnih za redovito održavanje te nekretnine u skladu s načelom pokriva troškova*.

Ovisno o platnim mogućnostima obiteljskog domaćinstva najmoprimca, zaštićena najamnina subvencionira se putem sustava socijalne skrbi u okviru prava na pomoć za podmirenje troškova stanovanja, u skladu s posebnim propisima.

Bitno je u predloženim izmjenama i dopunama da se visina zaštićene najamnine uskladi s gospodarskim kretanjima odnosno s troškovima potrebnim za redovito održavanje zgrade.³¹

Platne mogućnosti obiteljskog domaćinstva zaštićenog najmoprimca sada bi bile odvojene, od utvrđivanja visine zaštićene najamnine, odnosno njezina visina utvrđivala bi se neovisno o tim mogućnostima.

Najmoprimac bi se štitio subvencioniranjem zaštićene najamnine putem sustava socijalne skrbi.

Predložene izmjene i dopune obrazlažu se time da sadašnja visina zaštićene najamnine, u pravilu, nije dostatna za pokriće troškova održavanja zajedničkih dijelova i uređaja zgrade koje troškove snose vlasnici zgrade.

U obrazloženju uz Konačni prijedlog ZIDZNS-a u svezi s time navodi se, između ostalog, sljedeće: "U razvijenim sustavima najamnog stanovanja jedno od osnovnih načela najma, čak i u režimu neprofitnih ili niskoprofitnih najamnina, te povlaštenih ili zaštićenih grupa korisnika stanova uključivo i socijalno ugrožene osobe, je to da najamnina pokriva vlasniku stana najmanje troškove održavanja nekretnine (i zgrade i stana), a tzv. ranjive skupine stanovništva koje uključuju i socijalno ugrožene kategorije zbrinjavaju se u okviru sustava socijalne skrbi."

VII. Prestanak najma

Zakon o najmu predviđa kao načine prestanka najma istek vremena, otkaz i raskid ugovora.

Primjenom općih propisa obveznog prava, dakle općih odredaba Zakona o obveznim odnosima i odgovarajućih posebnih odredaba o zakupu (budući da Zakon o obveznim odnosima u okviru zakupa uređuje i najam), mogući su i drugi načini prestanka najma, npr. propašću stvari, sporazumom stranaka, sjedinjenjem³² najmoprimca i najmodavca u jednoj osobi i dr.

Prijelaznim odredbama Zakona o najmu status zaštićenog najmoprimca posebno je uređen i glede prestanka ugovora o najmu.

³¹ Vesna Gazzari: Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o najmu stanova, "Informator" br. 5111, str. 7. - dalje: Prijedlog zakona

³² M. Žuvela, op. cit. str. 101.; M. Vedriš-P. Klarić, op. cit. str. 384.

Odredbe o tome sadržane su sada u članku 40. ZNS-a.

Odlukom Ustavnog suda RH br. U-I-762/96 i dr. ukinuta je, naime, odredba članka 39. ZNS-a koja se također odnosila na otkaz ugovora o najmu prema kojoj je najmodavac mogao dati otkaz ugovora o najmu zaštićenom najmpoprincu koji prima stalnu socijalnu pomoć ili koji ima više od 60 godina života, samo ako bi tom najmpoprincu jedinica lokalne samouprave odnosno Grad Zagreb osigurali drugi odgovarajući stan sa zaštićenom najamninom koju bi taj najmpoprinc mogao plaćati. Konačni prijedlog ZIDZNS u tom smislu ne sadrži odredbe.

Odredbe članka 40. upućuju i na primjenu općih odredaba o otkazu ugovora o najmu iz članka 19. ZNS-a ali su određeni i posebni slučajevi kad zaštićenom najmpoprincu najmodavac može otkazati ugovor o najmu.

Ovdje treba podsjetiti da je Ustavni sud RH citiranom odlukom, osim odredbe članka 39. ukinuo i odredbu članka 40. stavak 2. ZNS-a koja je sadržavala obvezu osiguranja drugog useljivog stana najmpoprincu.

Tako prema sada vrijedećem tekstu članka 40. ZNS-a³³ zaštićenom najmpoprincu najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana:

- iz razloga propisanih člankom 19. ZNS,
- iz razloga propisanog u članku 21. stavku 1. ZNS,
- ako nema riješeno stambeno pitanje za sebe i svoju obitelj, a temeljem posebnog propisa ima pravo na stalnu socijalnu pomoć ili ima više od 60 godina.

Prema članku 19. ZNS-a osnovna je pretpostavka za otkaz ugovora o najmu stana da se najmpoprinc ili ostali korisnici stana koriste stanom suprotno zakonu ili ugovoru o najmu. Zakon o najmu određuje samo najčešće razloge, koje primjerice navodi ("osobito") zbog kojih se može dati otkaz ugovora o najmu stana najmpoprincu ako ne plati najmninu i ostale ugovorene troškove u vezi s korištenjem stana u za to ugovorenom roku; ako se stan ili dio stana daje u podnajam bez njegove suglasnosti; ako se ometa ostale korisnike zgrade ili najmpoprince u mirnom korištenju stanom ili poslovnim prostorom u zgradi; u slučaju kada se najmpoprinc koristi stanom za ostale namjene, a ne za stanovanje.

³³ Članak 40. ZNS u cijelosti glasi:

"(1) Zaštićenom najmpoprincu najmodavac može dati otkaz ugovora o najmu stana i pored razloga iz članka 19. ovoga Zakona, iz razloga:

- propisanog u članku 21. stavku 1. ovoga Zakona;
- ako nema riješeno stambeno pitanje za sebe i svoju obitelj, a temeljem posebnog propisa ima pravo na stalnu socijalnu pomoć ili ima više od 60 godina.

(2) U slučaju iz stavka 1. podstavka 1. ovoga članka najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana sklopljen na neodređeno vrijeme samo u slučaju ako je najmpoprincu osigurao drugi useljiv stan pod uvjetima za stanovanje koji nisu nepovoljniji za najmpoprince.

(3) U slučaju iz stavka 1. podstavka 2. ovoga članka jedinica lokalne samouprave, odnosno Grad Zagreb, dužni su najmpoprincu osigurati drugi odgovarajući stan s pravima i obvezama zaštićenog najmpoprince.

(4) Najmodavac, odnosno jedinica lokalne samouprave ili Grad Zagreb, nisu dužni u slučaju iz stavka 2. i 3. ovoga članka osigurati drugi odgovarajući stan najmpoprincu koji ima u vlasništvu useljivi odgovarajući stan na području općine ili grada gdje se nalazi stan u kojem stanuje.

(5) *Najmodavac koji je otkupio stan prema odredbama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo ("Narodne novine", br. 43/92. - pročišćeni tekst, 69/92., 25/93., 48/93., 2/94., 44/94., 58/95. i 11/96.), te njegovi pravni sljednici, ne mogu otkazati ugovor o najmu zaštićenom najmpoprincu iz razloga određenih u stavku 1. podstavcima 1. i 2. ovoga članka."*

Predviđen je i postupak koji prethodi otkazu (pisana opomena s rokom za otklanjanje razloga za otkaz).

Prema članku 21. stavak 1. ZNS najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana na neodređeno vrijeme ako u taj stan namjerava useliti sam ili namjerava useliti svoje potomke, roditelje ili osobe koje prema posebnim propisima dužan uzdržavati.

Ukinutom odredbom članka 40. stavka 2. ZNS-a bilo je propisano da u slučaju propisanom u članku 21. stavak 1. ZNS-a najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana sklopljen na neodređeno vrijeme samo u slučaju ako je najmoprimcu osigurao drugi useljiv stan pod uvjetima za stanovanje koji nisu nepovoljniji za najmoprimca.

Ukinute odredbe nisu još zamijenjene novom odgovarajućom odredbom, iako je Prijedlog ZIZNS-a iz 1998. godine sadržavao odredbe u tom pravcu, a sada ih sadrži i Konačni prijedlog ZIDZNS-a, o čemu nastavno opširnije govorimo.

Tako sada članak 40. stavak 1. podstavak 1. ZNS-a sadrži odredbe koje daju pravo najmodavcu da otkáže ugovor o najmu zaštićenom najmoprimcu zbog predviđenih razloga, ali ne sadrži odredbe o njegovoj obvezi da u tom slučaju osigura najmoprimcu drugi stan.

O tom je problemu raspravljano i na Zajedničkom sastanku Vrhovnog suda RH i županijskih sudova 5. prosinca 1999. godine.

Većina je suglasno izrazila mišljenje da cilj ukidanja odredbe članka 40. stavka 2. ZNS-a nije bio u tome da se najmodavcu omogući otkazivanje ugovora o najmu zaštićenom najmoprimcu a da mu ne osigura drugi useljiv stan, već je svrha bila u tome da se usklade kriteriji za osiguranje drugog stana.

U međuvremenu, u nizu sudskih postupaka odlučivalo se i odlučuje se povodom zahtjeva vlasnika (jer namjeravaju useliti u stan) za iseljenje zaštićenog najmoprimca, a da se zaštićenom najmoprimcu ne osigurava drugi stan.

Povodom odluke Županijskog suda u Rijeci, Gž 1258/00-2, od 18. rujna 2002., kojom je udovoljeno tužbenom zahtjevu za iseljenje zaštićenog najmoprimca, pri čemu se najmoprimcu ne osigurava drugi stan, podnesena je ustavna tužba Ustavnom sudu RH³⁴.

Ustavni sud RH nije još odlučio o tužbi, ali je svojim rješenjem U-III-135/2003 od 20. travnja 2003., povodom prijedloga tužitelja, odgodio ovrhu u istom predmetu time da odgoda ovrhe ostaje na snazi do donošenja odluke u postupku pokrenutom ustavnom tužbom ili dok Ustavni sud RH ne odluči drukčije.

U razlozima navedene odluke Ustavnog suda RH između ostalog se ističe:

“S obzirom da je Ustavni sud RH svojom odlukom od 31. ožujka 1998. ukinuo odredbu stavka 2. članka 40. Zakona o najmu stanova, koja ja određivala dužnost najmodavca da u slučaju otkaza ugovora o najmu stana zaštićenom najmoprimcu osigura drugi useljiv stan pod uvjetima za stanovanje koji nisu nepovoljniji za najmoprimca, potrebno je prije donošenja odluke utvrditi okolnosti i način provedbe Odluke Ustavnog suda RH broj U-I-762/1996 i dr. od 31. ožujka 1998.

Nakon utvrđivanja mjerodavnih okolnosti ovoga predmeta, Ustavni sud RH će donijeti odluku o ustavnoj tužbi.”

³⁴ Biljana Barjaktar: Otkaz ugovora o najmu zaštićenom najmoprimcu u slučaju useljenja najmodavca u stan, Informator, broj 5169, od 20. rujna 2003.

Ne bez razloga ističe se³⁵ da je ukidanje članka 40. stavka 2. Zakona o najmu izazvalo najteže posljedice za zaštićenog najmoprimca.

Kod toga treba razlikovati značaj ukidanja te odredbe u odnosu na ukidanje odredbe članka 21. stavka 2. ZNS-a.

Ova posljednja odredba odnosila se na svakog najmoprimca (tzv. "običnog najmoprimca") koji je sklopio ugovor o najmu stana prema općim odredbama Zakona o najmu.

Konačni prijedlog ZIDZNS-a ne sadrži odredbe koje bi se odnosile na ukinuti članak 21. stavak 2. ZNS-a.

Smatra se³⁶ da se takva odredba nije mogla održati pri nastojanju da se zakonskim rješenjima motiviraju vlasnici stanova da stanove daju u najam u što većem broju.

Stoga, kad se radi o osiguranju drugog stana najmoprimcu prilikom otkaza, predložena rješenja odnose se isključivo na zaštićenog najmoprimca.

Položaj zaštićenog najmoprimca kojem najmodavac otkazuje ugovor o najmu stana jer nema riješeno vlastito stambeno pitanje, a namjerava useliti u taj stan, prema Konačnom prijedlogu ZIDZNS-a, rješava se na dva načina:

- osiguravanjem drugog odgovarajućeg stana s pravima i obvezama zaštićenog najmoprimca

- predviđenom mogućnošću da zaštićeni najmoprimac sam riješi svoje stambeno pitanje kupnjom stana uz određenu financijsku pomoć (subvenciju) države.

Prema prijedlogu izmijenjenog članka 40. ZNS-a³⁷ zaštićenom najmoprimcu

³⁵ Vesna Gazzari, Prijedlog zakona, str. 7.

³⁶ Vesna Gazzari, Prijedlog zakona, str. 7.

³⁷ Konačni prijedlog izmijenjenog članka 40. u cijelosti glasi:

"(1) Zaštićenom najmoprimcu najmodavac može, pored razloga propisanih člankom 19. Zakona o najmu stanova, otkazati ugovor o najmu stana ako nema riješeno vlastito stambeno pitanje te namjerava useliti u taj stan.

(2) U smislu odredbe stavka 1. ovoga članka smatra se da najmodavac fizička osoba nema riješeno stambeno pitanje ako za potrebe stalnog stanovanja koristi temeljem najma stan u vlasništvu druge fizičke osobe ili zajedno sa zaštićenim najmoprimcem stanuje u istom stanu ili obiteljskoj kući, odnosno ako stanuje u prostoru koji nije primjeren za zdravo stanovanje njegovog obiteljskog domaćinstva, a taj najmodavac ili njegov bračni drug nemaju u vlasništvu drugi useljivi stambeni prostor (stan ili obiteljsku kuću) koji odgovara potrebama njihovog stalnog stanovanja kao mjesta prebivališta.

(3) U slučaju iz stavka 1. ovoga članka, kako bi se najmodavcu omogućilo useljenje u stan, jedinica lokalne samouprave dužna je na zahtjev tog najmodavca osigurati za najmoprimca drugi odgovarajući stan s pravima i obvezama zaštićenog najmoprimca, i to u roku godine dana od dana podnošenja tog zahtjeva.

(4) Na područjima posebne državne skrbi, umjesto jedinice lokalne samouprave iz stavka 3. ovoga članka, drugi odgovarajući stan za zaštićenog najmoprimca osigurava Republika Hrvatska, u okviru stanova za stambeno zbrinjavanje u skladu sa Zakonom o područjima posebne državne skrbi ("Narodne novine", broj 26/03 - pročišćeni tekst). U tom slučaju zahtjev za osiguranje drugog stana najmodavac podnosi Ministarstvu za javne radove, obnovu i graditeljstvo.

(5) Ako najmoprimac sporazumno ne pristane na preseljenje u ponuđeni stan, najmodavac odnosno jedinica lokalne samouprave ili Republika Hrvatska mogu putem suda tražiti njegovo iseljenje. Ti postupci smatraju se hitnim.

(6) Iznimno od odredbe stavka 3. i 4. ovoga članka, jedinica lokalne samouprave, odnosno Republika Hrvatska nije dužna najmoprimcu osigurati drugi odgovarajući stan ako on ili njegov bračni

najmodavac može, pored razloga propisanih člankom 19. Zakona o najmu stanova, otkazati ugovor o najmu stana ako nema riješeno vlastito stambeno pitanje te namjerava useliti u taj stan.

Određeno je i kad se smatra da najmodavac fizička osoba nema riješeno stambeno pitanje, a to je u slučajevima:

- ako za potrebe stalnog stanovanja koristi temeljem najma stan u vlasništvu druge fizičke osobe,

- ako zajedno sa zaštićenim najmoprincipcem stanuje u istom stanu ili obiteljskoj kući, odnosno

- ako stanuje u prostoru koji nije primjeren za zdravo stanovanje njegovog obiteljskog domaćinstva,

- a da pri tome taj najmodavac ili njegov bračni drug nemaju u vlasništvu drugi useljivi stambeni prostor (stan ili obiteljsku kuću) koji odgovara potrebama njihovog stalnog stanovanja kao mjesta prebivališta.

U navedenim slučajevima da bi se najmodavcu omogućilo useljenje u stan, jedinica lokalne samouprave dužna je na zahtjev tog najmodavca osigurati za najmoprincipca drugi odgovarajući stan s pravima i obvezama zaštićenog najmoprincipca, i to u roku godine dana od dana podnošenja tog zahtjeva.

Za područja posebne državne skrbi to je obveza Republike Hrvatske.

Iznimno, obveza osiguranja najmoprincipcu odgovarajućeg stana nije predviđena za slučaj ako on ili njegov bračni drug imaju u vlasništvu useljivi odgovarajući stambeni prostor (stan ili kuću) na području općine ili grada gdje se nalazi stan u kojem stanuju, odnosno ako su tu nekretninu prodali, darovali ili na bilo koji način otuđili nakon stupanja na snagu Zakona o najmu stanova (5. studenog 1996.).

Predviđeni su i slučajevi kad najmodavac ne može otkazati ugovor o najmu odnosno tražiti iseljenje zaštićenog najmoprincipca jer namjerava useliti u taj stan, i to:

- kad je najmodavac otkupio stan po odredbama Zakona o prodaji stanova

- kad je najmodavac nakon stupanja na snagu Zakona o najmu kupio stan u kojem stanuje zaštićeni najmoprincipac.

Protiv najmoprincipca koji ne pristane na preseljenje u ponuđeni stan, najmodavac, jedinica lokalne samouprave ili Republika Hrvatska mogu podnijeti tužbu sudu radi iseljenja.

drug imaju u vlasništvu useljivi odgovarajući stambeni prostor (stan ili kuću na području općine ili grada gdje se nalazi stan u kojem stanuju, odnosno ako su tu nekretninu prodali, darovali ili na bilo koji način otuđili nakon stupanja na snagu Zakona o najmu stanova (5. studenog 1996.)

(7) Najmodavac koji je otkupio stan prema odredbama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, kao i njegovi pravni sljednici, ne mogu otkazati ugovor o najmu stana zaštićenom najmoprincipcu iz razloga određenog u stavku 1. ovoga članka.

(8) Najmodavac koji je nakon stupanja na snagu Zakona o najmu stanova kupio stan u kojem stanuje zaštićeni najmoprincipac, kao i pravni sljednici tog najmodavca, ne mogu otkazati ugovor o najmu stana zaštićenom najmoprincipcu, odnosno tražiti njegovo iseljenje iz razloga određenog u stavku 1. ovoga članka.

(9) *Otkazni rok u slučaju iz stavka 1. ovoga članka ne može biti kraći od godinu dana, a najmoprincipac nije dužan iseliti iz stana dok mu najmodavac ne isplati naknadu za vlastita ulaganja kojima je povećao vrijednost stana."*

U svezi s predloženim rješenjima može se primijetiti da se odnose samo na situaciju kad najmodavac sam namjerava useliti u stan. To je razlika prema sada vrijedećem odredbama članka 40. ZNS-a (odnosno članka 21. stavka 1., ZNS) koji predviđa osim slučaja kad najmodavac namjerava useliti sam i slučajeve kada namjerava useliti svoje potomke, roditelje ili osobe koje prema posebnim propisima dužan uzdržavati.

Nadalje, može se postaviti pitanje koliko će biti efikasno predloženo rješenje o obvezi jedinice lokalne samouprave do osigura odgovarajući stan za najmoprimca (prema ukinutim odredbama ta je obveza teretila najmodavca), koliko će ona biti zainteresirana da rješava stambeno pitanje najmodavca i koje su posljedice ako ona na zahtjev najmodavca ne osigura takav stan.

Što se tiče iznimaka, tj. situacija u kojima se zaštićenom najmoprimcu ne osigurava drugi stan, postavlja se pitanje primjerenosti kriterija, ustvari sankcija za zaštićenog najmoprimca u situaciji kad je vlasnik nekretnine, ne on nego njegov bračni drug (koji, dakle, nije zaštićeni najmoprimac jer to ne moraju biti oba bračna druga) i kad je taj bračni drug raspolagao svojim vlasništvom.

Zaštićeni najmoprimac gubi jedno značajno pravo, status zaštićenog najmoprimca (što pogađa i njegove pravne sljednike - članak 38., ZNS), iako nema u vlasništvu opisanu nekretninu niti je raspolagao, a niti je mogao raspolagati, vlasničkim pravima.

Prema odredbama Zakona o najmu i prema ukinutim odredbama članka 21. stavka 2. i članka 40. stavka 2. ZNS-a okolnost da je sam najmoprimac imao u vlasništvu useljivu kuću ili stan nije bila od utjecaja na njegovo pravo korištenja stana i osiguranja drugog stana prilikom otkaza.

Prema vrijedećim odredbama Zakona o najmu to je isključivo razlog za gubitak prava na zaštićenu najamninu.

Za razliku od Prijedloga izmjena ZNS-a iz 1998. godine koji je predviđao retroaktivnu primjenu odredbe o osiguravanju drugog odgovarajućeg stana zaštićenom najmoprimcu, sadašnji Konačni prijedlog ZIDZNS ne sadrži takve odredbe.

Retroaktivno djelovanje vidimo, međutim, u odredbi kojom se predviđa gubitak prava zaštićenog najmoprimca na osiguranje drugog stana ako je nekretnina otuđena nakon 5. studenog 1996. godine, kao dana stupanja na snagu Zakona o najmu.

Ipak, predviđena je subvencija za kupnju stana i onim bivšim zaštićenim najmoprimcima koji su, do stupanja na snagu ovoga Zakona (misli se na Zakon o izmjenama i dopunama ZNS-a) iseljeni iz stana u vlasništvu fizičke osobe radi useljenja osoba iz članka 21. Zakona o najmu stanova, odnosno protiv kojih je donesena sudska presuda o iseljenju, bez osiguranja drugog stana.

Glede drugog predviđenog načina rješavanja stambenog zbrinjavanja zaštićenog najmoprimca osiguravanjem bespovratnih sredstava za kupnju stana u kojem stanuje ili za kupnju drugog stana radi iseljenja iz dosadašnjeg stana, te subvencije teretile bi Republiku Hrvatsku, a mogle bi ih odobriti i jedinica lokalne samouprave u skladu s razrađenim pretpostavkama i kriterijima (novi članci 40.a, 40.b i 40c) i predviđenim postupkom za ostvarivanje prava na subvenciju.

Sveobuhvatna analiza predloženih rješenja prelazila bi okvire ovog rada.

Čini nam se ipak da sa stajališta osnovnog interesa zaštićenog najmoprimca, a

taj je nesumnjivo u tome da mu se ne može otkazati ugovor o najmu zbog namjere vlasnika da useli u taj stan, bez osiguranja drugog stana, što su dosadašnje odredbe Zakona o najmu beziznimno osiguravale, predložene izmjene, objektivno, nepovoljnije su za položaj zaštićenog najmoprimca.

Neovisno o tome da li će predviđena rješenja biti i konačna rješenja, treba se nadati da će izmjene i dopune Zakona o najmu biti uskoro donesene, jer, kao što je vidljivo, njima treba riješiti neka bitna pitanja prava i obveza zaštićenog najmoprimca i najmodavca.

VIII. Stanovi namijenjeni za nadstojnike

U završnim odredbama Zakona o najmu predloženim izmjenama članka 52. ZNS-a (briše se stavak 4.)³⁸ i novim člankom 5. Konačnog prijedloga ZIDZNS rješava se pitanje osoba koje su:

- do stupanja na snagu Zakona o najmu (5. studenog 1996.)
- na temelju valjane pravne osnove
- uselile u stan namijenjen za nadstojnika i u njemu stalno stanuju.

One stječu pravni položaj zaštićenog najmoprimca.

Ako je ta osoba preminula, pravni položaj zaštićenog najmoprimca stječe bračni drug, odnosno član obiteljskog domaćinstva koji u vrijeme stupanja na snagu ovoga Zakona koristi taj stan, a kojeg članovi tog domaćinstva sporazumno odrede.

Priznaje mu se također i pravo na subvencije za kupnju stana iz članka 40.a/ kao i pravo da od suda zahtijevaju donošenje presude koja će zamijeniti ugovor o najmu.

U obrazloženju uz Konačni prijedlog ZIDZNS, između ostalog, se ističe:

Neophodno je utvrditi prava i obveze glede korištenja tog stana, radi usklađivanja stambenog položaja tih osoba s današnjim sustavom vlasničkopravnih, odnosno najamnih odnosa u stanovanju, ne zadirući pri tome u pravo vlasništva.

Naime, u pogledu vlasničkog pitanja tih stanova, odredbom članka 5. Zakona o vlasništvu na dijelovima zgrade ("Narodne novine", broj 52/73) koji je prestao važiti 1. siječnja 1997. godine stupanjem na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, "stan za nadstojnika zgrade" izrijeком se svrstavao u zajedničke dijelove zgrade.

Budući da prema Zakonu o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo (članak 1.), predmet prodaje uz stan su bili i zajednički dijelovi i uređaji zgrade, to proizlazi da su vlasnici kupili i odgovarajući zajednički dio zgrade, pa slijedom toga su i stanovi namijenjeni za nadstojnika zgrade došli u novi pravni režim."

³⁸ Članak 52. stavak 4. ZNS u cijelosti glasi:

"Osobe koje na temelju valjane pravne osnove koriste stan namijenjen za nadstojnika zgrade ne mogu se iseliti do donošenja posebnog propisa."

IX. Prenamjena zajedničkih prostorija zgrade u stan

Novom odredbom Konačnog prijedloga ZIDZNS-a status zaštićenog najmprimca predlaže se i za osobe koje su:

- do 19. lipnja 1991. godine kao dana stupanja na snagu Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo
- vlastitim sredstvima izvršile prenamjenu zajedničkih prostorija zgrade u društvenom vlasništvu u stan,
- za potrebe vlastitog stanovanja ili stanovanja svoje obitelji
- a ne ispunjavaju pretpostavke iz članka 372. Zakona o vlasništvu za stjecanje prava vlasništva na tom stanu.

U obrazloženju uz Konačni prijedlog ZIDZNS-a u vezi sa navedenim odredbama navodi se, između ostalog: "Naime, u slučaju koji se predlaže urediti ovim prijedlogom Zakona, radi se o zajedničkim prostorijama uređenim za stanovanje (spremišta, praonice i sl.), na kojima osobe koje su izvršile to uređenje ne mogu steći pravo vlasništva temeljem spomenutog članka 372. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Naime, određene osobe su u pravilu iz nužde i često uz pristanak tadašnjih stanara, svojim sredstvima uredile te prostorije za potrebe vlastitog stanovanja, ali ne ispunjavaju zakonske uvjete za stjecanje prava vlasništva iz spomenutog članka 372. Zakona o vlasništvu... Te prenamjene "korištenja" prostorija izvršene su prije privatizacije stambenog fonda temeljem Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, pa obzirom da današnji status osoba koje stanuju u tim prostorijama nije pravno definiran, potrebno je urediti njihov pravni položaj u pogledu daljnjeg korištenja istih, pri čemu se ne zadire u pravo vlasništva tog dijela zgrade."

Moglo bi se zaključiti, iako predložene zakonske odredbe nisu sasvim određene, da osobama koje su izvršile opisanu prenamjenu nedostaje odobrenje nadležnog tijela, kao jedna od pretpostavki za stjecanje prava vlasništva temeljem odredbe članka 372. Zakona o vlasništvu.

Što se tiče vlasničkopravnog statusa tih prostora, postavlja se niz pitanja. Tako npr. što je bio predmet prodaje stanaru kao zajednički dio zgrade (praonica i sl.) ako je u to vrijeme već bila izvršena prenamjena zajedničke prostorije u stan.

U svakom slučaju, priznavanje pravnog položaja zaštićenog najmprimca zaštita je za navedene osobe, čime se ne isključuje mogućnost da dokazuju stjecanje prava vlasništva temeljem nekog od zakonom predviđenih osnova stjecanja.

Ako je ta osoba preminula, pravni položaj zaštićenog najmprimca stječe bračni drug odnosno član obiteljskog domaćinstva koji u vrijeme stupanja na snagu ovoga Zakona koristi taj stan, a kojeg članovi tog domaćinstva sporazumno odrede.

Priznato im je i pravo da od suda zahtijevaju donošenje presude koja će zamijeniti ugovor o najmu.

X. Zaključak

Zakon o najmu stanova u svojim je prijelaznim odredbama uredio odnose nastale transformacijom stanarskog prava u pravo najma stana, pri čemu su stanari i još neke kategorije korisnika stana stekli pravni položaj zaštićenog najmprimca.

Iako Zakon o najmu sadrži niz odredaba o međusobnim pravima i obvezama zaštićenog najmprimca i vlasnika stana odnosno najmodavca u njegovoj primjeni, pokazalo se da postoje dvojbe i različita mišljenja osobito u svezi s nekim bitnim pitanjima, kao što su zasnivanje najma, subjekt ugovora, sadržaj i oblik ugovora, pretpostavke prava na zaštićenu najamninu, prestanak ugovora.

Nove odnose koji su nastali stupanjem na snagu Zakona o najmu treba rješavati primjenom odredaba tog Zakona, uzimajući u obzir s jedne strane posebnu zaštitu koju Zakon o najmu pruža bivšim nositeljima stanarskog prava i članovima njihovog obiteljskog domaćinstva, ali s druge strane poštujući i razlike u pravnom uređenju njihovog statusa.

Naime, uza svu zaštitu koju Zakon o najmu predviđa radi pravne sigurnosti stanara, prava zaštićenog najmprimca različita su od prava bivših nositelja stanarskog prava, kako su bila uređena u Zakonu o stambenim odnosima. To se odnosi i na članove njihovog obiteljskog domaćinstva.

U ovom članku govori se upravo o naprijed navedenim pitanjima koja su potaknuta u svezi s primjenom Zakona o najmu. O nekima su u sudskoj praksi već zauzeta stajališta, o nekima još ne.

Na neka od tih pitanja odgovor bi trebale dati predstojeće izmjene i dopune Zakona o najmu koje se najvećim dijelom odnose upravo na pravni položaj zaštićenog najmprimca.

Nismo sigurni da je trebalo očekivati da Zakon o najmu izrijeком rješava množinu pitanja koja se sada postavljaju i nije li sama okolnost da ne sadrži posebne odredbe (npr. o daljnjem prijelazu prava i dužnosti zaštićenog najmprimca) odgovor na neka postavljena pitanja.

Svrha je ovog članka bolje uočavanje tih pitanja i upoznavanje sa zauzetim stajalištima, ali isto tako i sa različitim mišljenjima koja se o njima iskazuju.

Summary

APARTMENT LEASE - STATUS OF PROTECTED TENANT - with a view on proposed revisions and amendments of the Law on Apartment Lease -

The article presents provisions of the Law on Apartment Lease (Official Gazette no. 91/96 and 48/98) that regulate legal status of protected tenants, emphasizing issues that in practice showed to be important and disputable. In this view, the following issues have been discussed: formation of lease, subject of contract on lease, content and form of the contract, and termination of contract. A particular emphasis is put on issues that had been discussed on Common meeting of the Supreme Court of the Republic of Croatia representatives and representatives of county courts, on legal situation created when the Constitutional Court of the Republic of Croatia repealed certain

provisions of the Law on Apartment Lease, and an overview of proposed revisions and amendments to the Law on Apartment Lease related to protected tenant is given.

Key words: apartment lease, protected tenant.

Zusammenfassung

MIETEN EINER WOHNUNG - LAGE DES GESCHÜTZTEN MIETERS - mit Rückblick auf vorgeschlagene Änderungen und Ergänzungen des Mietgesetzes -

Im Referat werden die Bestimmungen des Mietgesetzes („Narodne novine“, Nr. 91/96 und 48/98), durch die die Rechtslage des geschützten Mieters reguliert wird vorgestellt wobei die Fragen, die sich in der Praxis als wichtig und strittig erwiesen haben, betont werden. In diesem Sinne werden folgende Fragen bearbeitet: Gründung eines Mietverhältnisses, Subjekt des Mietvertrags, Inhalt und Form des Mietvertrags und Beendigung des Vertrags. Besonders wird auf Probleme hingewiesen, über die auf der gemeinsamen Sitzung der Vertreter des Obersten Gerichts Kroatiens und der Landgerichte diskutiert wurde, ausserdem auf die Situation, die entstanden ist, nachdem das Verfassungsgericht der Republik Kroatien einige Bestimmungen des Mietgesetzes aufgehoben hat, und es werden besonders die vorgeschlagenen Änderungen und Ergänzungen im Mietgesetz, die sich auf den Mieterschutz beziehen behandelt.

Schlüsselwörter: Mieten einer Wohnung, Mieterschutz.

Sommario

LOCAZIONE DI ABITAZIONE - CONDIZIONE DI LOCATARIO PROTETTO - con sguardo sulle modifiche e integrazioni proposte alla Legge sulla locazione di abitazione -

Nella relazione sono presentate le disposizioni della Legge sulla locazione di abitazione (“Narodne Novine”, nn. 91/1996 e 48/1998) che regola la condizione giuridica del locatario protetto, con l’evidenziazione delle questioni che nella pratica si mostrano come importanti e opinabili. A questo proposito sono discusse le questioni della formazione della locazione, dei soggetti del contratto di locazione, il contenuto e la forma del contratto e la cessazione del contratto. Una particolare enfasi è posta sulle questioni che sono state dibattute nella Adunanza comune dei rappresentanti della Suprema corte della Repubblica di Croazia e delle corti conteali, sulla situazione creatasi quando la Corte costituzionale della Repubblica di Croazia ha cancellato determinate previsioni della Legge sulla locazione di abitazione, ed è avanzato uno sguardo sulle modifiche e integrazioni proposte alla Legge sulla locazione di abitazione in relazione al locatario protetto.

Parole chiave: locazione di abitazione, locatario protetto.

ZAŠTITA OD EVIKCIJE

Loris Belanić, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.232.1
347.447.031
Ur.: 14. siječnja 2004.
Pr.: 5. veljače 2004.
Pregledni znanstveni članak

U ovom radu pokušano je na sažet način obraditi problematiku zaštite od evikcije. Odmah na početku treba razgraničiti dva pojma: a to su evikcija i zaštita od evikcije. Evikcija predstavlja pravni akt trećega, koji je usmjeren protiv stjecatelja prava (kojeg je stekao od otudivatelja) s ciljem da stjecateljevo pravo ograniči, umani ili oduzme. Zaštita od evikcije predstavlja određena subjektivna prava stjecatelja prema otudivatelju, kada je prema njemu istaknut evikcijski zahtjev (akt). Sadržaj je tih subjektivnih prava stjecatelja da mu otudivatelj pruži zaštitu od pravnih pretenzija trećega, a ako u tome ne uspije, onda pravo zahtijevati raskid ugovora (ukoliko ne dođe do raskida ugovora po samom zakonu), zahtijevati povrat plaćene naknade (cijene) za evincirano pravo (stvar ako se radi o kupoprodaji), naknadu štete i troškova.

Bilo je također važno raspraviti i o odnosu pravila stvarnog prava koja se odnose na zaštitu prava vlasništva i stjecanje stvarnih prava s povjerenjem u pravni promet i pravila o zaštiti od evikcije.

Ključne riječi: evikcija, zaštita od evikcije, dobra vjera, pokretnine, nekretnine, pravne posljedice evikcije.

1. Uvod

1.1. Općenito o odgovornosti za nedostatke

U našem pravom poretku odgovornost za nedostatke jedno je od pravnih sredstava za ostvarivanje cilja pravnoga posla, koje se još naziva i obveza zaštite (od nedostataka), garancija, jamstvo za nedostatke.¹ Ta odgovornost za nedostatke javlja se prvenstveno kod naplatnih ugovora jer se kod njih daje činidba za protučinidbu,²

¹ Jakšić, S., Obligaciono pravo opšti dio, izdavačko poduzeće "Veselin Masleša", Sarajevo, 1960., str. 186.

² Vedriš, M., Klarić, P., Građansko pravo, Narodne novine, treće izmijenjeno i prošireno izdanje Zagreb, 1998., str. 105.

pa postoji obveza ugovornih strana da se u skladu s načelom ekvivalencije (čl. 15. ZOO-a)³ pridržavaju odmjerenosti (razmjera) između radnje jedne i radnje druge strane. Odgovornost za nedostatke sastoji se u tome da je obveza jedne ugovorne strane - otuđivatelja (tradensa) da osigura drugoj ugovornoj strani - stjecatelju (akcipiensu) puno i od trećih osoba nesmetano izvršavanje prava koje je temeljem ugovora na njega prenio, kao i garancija da stvar koju mu je ugovorom prepustio nema fizičkih nedostataka protivno ugovoru.⁴ Na taj način otuđivatelj "jamči" da će se ispuniti svrha ugovora što će se prenijeti pravo ili stvar bez nedostataka, tj. da će mu činidbe biti bez nedostataka. Iz ove definicije možemo razabrati da odgovornost za nedostatke zapravo obuhvaća dvoje: 1) odgovornost za pravne nedostatke činidbe i 2) odgovornost za materijalne nedostatke činidbe. U daljnjem izlaganju ograničiti ćemo se na odgovornost za pravne nedostatke činidbe koju Zakon o obveznim odnosima naziva još zaštitom od evikcije (u glavi VII., odjeljku 3. odsjeka 3.).

1.2. Određenje pojma evikcija i pojma zaštite od evikcije (odgovornost za pravne nedostatke)

Kao što je već rečeno, odgovornost za pravne nedostatke znači prije svega da otuđivatelj nekog prava kojeg je temeljem ugovora prenio stjecatelju jamči stjecatelju da će moći mirno izvršavati ugovorom mu prenijeto pravo, te da ga u tome neće smetati treća osoba. Međutim, može se desiti da treći postavi određeni pravni zahtjev (ili prigovor) kojeg temelji na nekom svom navodnom pravu, a koje je protivno pravu koje je po ugovoru prešlo ili je trebalo prijeći na stjecatelja.

Prema tome, evikcija predstavlja svaki pravni akt treće osobe kojim ta osoba na temelju svoga prava isključuje ili ograničuje stjecatelja u vršenju prava koje bi ovome po ugovoru pripadalo ili pripadalo bez ograničenja.⁵

U tom slučaju, dakle, kada neka treća osoba poduzme jedan takav pravni akt, akt evikcije, stjecatelj ima pravo se obratiti otuđivatelju da ga uzme u pravnu zaštitu, a otuđivatelj obvezu da ga zaštititi od evikcije - pravnih nasrtaja trećih osoba, tj. da ga zaštititi od evikcije ako je to moguće, a ako to nije moguće, da snosi posljedice uspjele evikcije. Drugim riječima, zaštita od evikcije predstavlja određena subjektivna prava stjecatelja prema otuđivatelju da mu pruži pravnu zaštitu od pravnih nasrtaja trećih, ili da, ako ga nije uspio zaštititi, ispuni određene obveze prema evinciranom stjecatelju. (*infra* 5.)

Dakle, otuđivateljeva činidba koja je trebala prenijeti neko pravo na stjecatelja ima pravne nedostatke koji se sastoje u tome da treća osoba svojata sebi to pravo u cjelini ili samo u dijelu njegova sadržaja, odnosno da otuđivatelj uopće nije nositelj prava koje je otuđio stjecatelju, ili je pak nositelj toga prava, ali na njemu postoje i prava trećih. Pošto se ti nedostaci odnose na pravo koje bi trebalo, steći oni se nazivaju još i pravni nedostaci (nedostaci u pravu ili nedostaci na pravu), a ovakva vrsta

³ Zakon o obveznim odnosima, Sl. list SFRJ, br. 29/78., 39/85. i 57/89.; NN, br. 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 91/96. i 112/99.

⁴ Jakšić, op. cit., str. 187.

⁵ Vedriš, M., Klarić, P., op. cit., str. 411.

odgovornosti (situacija u kojoj stjecatelj može postaviti određene pravne zahtjeve prema otuđivatelju ako mu pravo treći uspješno evincira) naziva se odgovornošću za pravne nedostatke ili zaštita od evikcije.

Ali trebalo bi naglasiti da je zaštita od evikcije uži pojam od odgovornosti za pravne nedostatke, jer ako se govori o pravnim nedostacima, onda bi odgovornost postojala već u slučaju postojanja tih nedostataka (dakle bez obzira na evikciju), a zaštita od evikcije dolazi u obzir ne onda kada već postoje pravni nedostaci, već onda kada dođe do određenih zahtjeva trećega prema stjecatelju koji je pravo stekao od otuđivatelja. Dakle, mogu postojati pravni nedostaci, ali ako nitko (treći) ne ističe zahtjeve prema stjecatelju, nema odgovornosti otuđivatelja za pravne nedostatke.

1.2.1. Naziv "evikcija"

Naziv evikcija dolazi od latinskog izraza *e victus*, što znači biti pobijeđen, a odnosilo se na situaciju kada je treći u parnici oduzeo stvar kupcu iz posjeda na temelju nekog svojeg prava, pa je time u sporu pobijedio kupca.⁶

1.3. Povijesni razvoj

Pravna ustanova evikcije oblikuje se još u rimskom pravu. Njen začetak vodi nas do Zakonika XII ploča. Ona se najprije povezivala s ugovorom o kupoprodaji (najprije kod realne, a potom i kod konsenzualne kupoprodaje). Rimsko je pravo poznavalo tzv. sudsku evikciju, dakle situaciju u kojoj je treći putem parnice oduzeo stvar kupcu iz posjeda, na temelju nekog svojeg prava. No, rimsko pravo priznavalo je kupcu pravo da u parnicu, koju je protiv njega poveo treći, pozove prodavatelja koji mu je stvar prodao te da mu pomogne da uspije u parnici, tj. do odbije zahtjev tužitelja (trećega). Ako to prodavalac nije bio u stanju to učiniti i kupac izgubio parnicu, tj. treći mu oduzeo posjed stvari, mogao je postaviti određene zahtjeve prema prodavatelju s naslova jamstva za evikciju (mogao je akcijom *auctoritatis* tražiti dvostruki iznos plaćene kupovne cijene), ali samo pod pretpostavkom da je o parnici obavijestio prodavatelja kako bi mu ovaj mogao pomoći.⁷

U početku se obveza zaštite od evikcije posebno ugovarala, u obliku stipulacije, tj. prodavatelj je preuzimao posebnom stipulacijom jamstvo protiv evikcije. Najobičnija bila je *stipulatio duplae*, kojom se prodavatelj kupcu obvezao za slučaj evikcije na plaćanje dvostruke kupovnine. Kasnije pod utjecajem sudske prakse došlo je do toga da je jamstvo za evikciju bilo sadržano u kupoprodajnom ugovoru i bez posebne stipulacije, tj. kupac je mogao na temelju kupoprodajnog ugovora tužbom *actio empti* tražiti naknadu punog interesa.⁸

Shema zaštite od evikcije ustanovljena u rimskom pravu održala se i nakon njega, samo što je u početku odgovornost za pravne nedostatke vrijedila samo kod kupoprodaje, ali se s vremenom počela protezati i na ostale ugovore kojima se prenose imovinska prava. Također, isprva se tražilo da je treća osoba izvršila evikciju na

⁶ Romac, A., Rječnik rimskog prava, Informator, Zagreb, 1975., str. 185.

⁷ Horvat, M., Rimsko pravo, Školska knjiga, deveto izdanje, Zagreb, 1977., str. 273-274.; Arangio-Ruiz, V., *Istituzioni di diritto romano*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1934., XI, str. 327.

⁸ Horvat, op. cit., str. 273.

osnovi presude,⁹ ali se s vremenom odustalog od tog uvjeta budući da se danas evikcija šire shvaća, te do nje može doći i bez sudskog postupka.¹⁰ (*infra* 3. 4.)

1.4. Načela obveznog prava koja su u vezi s evikcijom

Evikcija prije svega znači povredu načela jednakih vrijednosti uzajamnih davanja (čl. 15. ZOO-a)¹¹ zbog toga što je stjecatelj od otuđivatelja stekao pravo manje vrijednosti od one koje je ugovorio ili pak pravo s nekim teretima (a koje nije ugovorio), ili pak uopće nije stekao pravo već samo neki privid prava, a sve to nije imao u vidu u trenutku kada je sklopio s otuđivateljem ugovor o stjecanju toga prava, niti kad mu je isplatio ugovorenu svotu novca za stjecanje toga prava.

Evikcija je povezana i s načelom savjesnosti i poštenja (čl. 12. ZOO-a).¹² Savjesnost se posebno traži na strani stjecatelja, tj. traži se da nije znao da postoje pravni nedostaci (čl. 510 st. 4. ZOO-a) da bi se mogao pozvati na prava s naslova zaštite od evikcije, dok je s druge strane savjesnost i poštenje irelevantno za postojanje odgovornosti otuđivatelja, jer ona kod evikcije uvijek postoji bez obzira da li je otuđivatelj bio savjestan ili ne; relevantno je samo u pogledu odgovornosti otuđivatelja za štetu odnosno za opseg odgovornosti.

Prema tome, evikcijom je povezano i načelo zabrane uzrokovanja štete (čl. 16. ZOO-a),¹³ i s njim u vezi načelo da su sudionici u obveznom odnosu dužni u izvršavanju svoje obveze postupati s pažnjom koja se u pravnom prometu zahtijeva u odgovarajućoj vrsti obveznih odnosa (čl. 18. ZOO-a).

S evikcijom je povezano i načelo dužnosti ispunjenja obveze (čl. 17. ZOO-a),¹⁴ što znači da je otuđivatelj dužan prenijeti na stjecatelja pravo bez pravnih nedostataka, jer jedino tako može u potpunosti ispuniti svoju obvezu "savjesno u svemu kako ona glasi",¹⁵ pa ako nije u stanju neposredno ispuniti tu svoju obvezu, tj. onako kako je ugovoreno, onda mora tu obvezu ispuniti na posredan način, u obliku ispunjenja sankcija s naslova zaštite od evikcije.¹⁶

⁹ I danas ima shvaćanja da evikcija može biti isključivo tzv. sudska evikcija, tj. da do evikcije može doći samo ako se u sudskom postupku utvrdi da postoji pravo trećega koje lišava ili prikraćuje pravo stjecatelja. O tome šire: Trabucchi, A., *Istituzioni di diritto civile*, trentesima quinta edizione aggiornata con le riforme e la giurisprudenza, CEDAM, Padova, 1994. str. 702-703.

¹⁰ Jakšić, op. cit., str. 187.

¹¹ Čl. 15. st. 1 ZOO-a: "U zasnivanju dvostranih ugovora sudionici polaze od načela jednake vrijednosti uzajamnih davanja."

¹² Čl. 12. ZOO-a: "U zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja."

¹³ Čl. 16. ZOO-a: "Svatko je dužan suzdržati se od postupaka kojim se može drugom uzrokovati šteta."

¹⁴ Čl. 17. st. 1. ZOO-a "Sudionici u obveznom odnosu dužni su izvršiti svoju obvezu i odgovorni su za njeno ispunjenje".

¹⁵ Čl. 262. st. 1. ZOO-a.

¹⁶ Perić, Ž., O ugovoru o prodaji i kupovini, *Klasici jugoslavenskog prava*, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1986., str. 284 - 285.

1.5. Mjesto evikcije u građanskom pravu RH

Pravila o evikciji propisuje ZOO, koji o evikciji govori na više mjesta, za razliku od OGZ-a¹⁷ koji je sistemski jedinstveno regulirao odgovornost za materijalne i pravne nedostatke općim pravilima koja važe za sve naplatne pravne poslove, u §§ 922.-933.

Osnova primjene pravila o evikciji jest čl. 121. ZOO-a koji predviđa da u ugovoru s naknadom ugovaratelj odgovara za materijalne (st. 1.) i pravne nedostatke ispunjenja i obvezan je štiti drugu stranu od prava i zahtjeva trećih osoba kojima bi njezino pravo bilo isključeno ili suženo (st. 2.). Ovo je središnja odredba o odgovornosti za evikciju jer propisuje dužnost ugovaratelja (prenositelja, otudivatelja) koji prenosi neko pravo uz naknadu (stvarno, obvezno ili drugo imovinsko pravo) da odgovara (jamči) stjecatelju toga prava za sve eventualne pravne nedostatke svoje činidbe.¹⁸ Zato se i u nazivu članka 121. ZOO-a govori o odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja, a ne o pravnim nedostacima stvari, jer činidba ne mora biti samo na *dare*, tj. davanje stvari (prijenos prava vlasništva stvari), već i na *facere*, tj. na prijenos nekog drugog prava, npr. tražbine. Dakle, činidba ima pravne nedostatke, a ne predmet činidbe - stvar ili pravo, jer se i prava ukoliko je riječ o tražbinama, tretiraju kao stvari (čl. 2. st. 6. ZV-a).¹⁹

Članak 121. ZOO-a je opće pravilo odgovornosti za evikciju, bliže odredbe o evikciji povezane su s ustanovom ugovora o kupoprodaji čl. 508-515. ZOO-a, koje predstavljaju neku vrstu *lex generalis* glede ustanove zaštite od evikcije: na odgovarajući način primjenjuju se i kod ostalih naplatih ugovora o prijenosu prava na stvari ili drugih imovinskih (građanskih) prava u svim slučajevima kad dođe do evikcije ako posebna pravila ne upućuju na nešto drugo. Na to upućuje i čl. 121. st. 3. ZOO-a koji propisuje da se na obveze prenosioca u pogledu odgovornosti za pravne nedostatke ispunjenja primjenjuju na odgovarajući način odredbe o odgovornosti prodavaoca za pravne nedostatke, ako za određeni slučaj nije što drugo propisano.

Ostali slučajevi u kojima se uređuje odgovornost za pravne nedostatke činidbe jesu: pravni nedostaci kod zamjene ispunjenja (čl. 308. st. 2. ZOO-a), odgovornost za postojanje i naplativost potraživanja kod naplatne cesije (čl. 442.-443. ZOO-a), pravni nedostaci zakupljene stvari kod ugovora o zakupu (čl. 580. ZOO-a) te pravni nedostaci

¹⁷ OGZ se u Hrvatskoj primjenjivao kao propis sve do 6. travnja 1941. godine. Zakonom o nevažnosti propisa donijetih prije 6. aprila i za vrijeme neprijateljske okupacije (Sl. list FNRJ, br. 86/46.) izgubio je pravnu snagu te su se njegove odredbe primjenjivale kao pravna pravila do donošenja odgovarajućih propisa koji su regulirali materiju građanskog prava. U pogledu obveznih odnosa pravila OGZ-a primjenjivala su se do 1. listopada 1978. kada je stupio na snagu ZOO (čl. 1109. ZOO-a), a to znači da su se i pravila OGZ-a o evikciji primjenjivala do navedenog datuma. Pojedina pravila OGZ-a (npr. pravila ugovora o darovanju §§ 938.-956.) primjenjuju se još i danas, a pod pretpostavkama koje propisuje Zakon o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. (NN, br. 73/91.). Više o tome: Gavella, N. et al., *Hrvatsko građansko-pravno uređenje i kontinentalno europski pravni krug*, 2. nepromijenjeno izdanje, Zagreb, 1994., str. 50, 144 - 145.

¹⁸ Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978., str. 488.; Perović, S., *Obligaciono pravo*, knjiga prva, Privredna štampa, Beograd, 1980., str. 383 - 399.

¹⁹ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00. i 114/01.

kod ugovora o licenci, odnosno jamstvo da pravo iskorištavanja pripada davatelju licence te da nije opterećeno ili ograničeno tuđim pravima (čl. 694. ZOO-a). Također, odgovornost za pravne nedostatke stvari javlja se i kod ugovora o zamjeni. ZOO propisuje da za svaku ugovornu stranku kod ugovora o zamjeni nastaju prava i obveze koje iz ugovora o prodaji nastaju za prodavatelja (čl. 553.). Svakako da je jedna od obveza prodavatelja i odgovornost za evikciju. Razlika je samo u tome što se takva odgovornost u ugovoru o zamjeni javlja kod objiju ugovornih strana, jer se svaka od njih obvezuje na prijenos prava vlasništva drugoj ugovornoj strani (čl. 552. st. 1. ZOO-a).

Odgovornost za pravne nedostatke javlja se i kod razvrgnuća suvlasničke zajednice (čl. 55. st. 4. ZV-a). Radi se o tome da prilikom razvrgnuća suvlasništva suvlasnik gubi svoj idealni dio, ali u zamjenu dobiva vlasništvo određenih stvari (odnosno novčanu tražbinu). Dakle, situacija nalikuje učincima zamjene ili nekog drugog naplatnog raspolaganja stvarima. Zbog toga, nakon razvrgnuća suvlasništva svi koji su kao suvlasnici sudjelovali u tom razvrgnuću odgovaraju solidarno za pravne (i materijalne) nedostatke onoga što je svaki pojedini od njih stekao, odnosno trebao steći razvrgnućem suvlasništva.²⁰

I kod diobe zajedničkog vlasništva mogla, bi doći u obzir primjena pravila o evikciji, jer se diobom dobiva suvlasnički dio u zamjenu za gubitak udjela u zajedničkom vlasništvu stvari. Doduše samim ZV-om nije izričito propisana odgovornost za pravne nedostatke u slučaju diobe zajedničkog vlasništva, ali u čl. 65. upućuje na analognu primjenu odredbi o suvlasništvu za sve ono što nije posebno uređeno za zajedničko vlasništvo, pa tako i za pitanje odgovornosti za pravne nedostatke.

Odgovornost za pravne nedostatke javlja se i prilikom diobe nasljedničke zajednice, budući da pravila Zakona o nasljeđivanju²¹ u pogledu diobe nasljedničke zajednice upućuju na odgovarajuću primjenu pravila o razvrgnuću suvlasništva i učincima razvrgnuća (čl. 142. st. 4. ZN-a), a jedan od tih učinaka je svakako odgovornost za pravne nedostatke iz čl. 55. st. 4. ZV-a. Svaki od bivših sunasljednika zajedničara odgovara po samom zakonu za pravne (i materijalne) nedostatke onoga što je svakome pripalo u diobi, što uključuje i odgovornost za postojanje i naplativost potraživanja koja su pojedinima od njih pripala nakon diobe, i to do visine svojeg nasljedničkog dijela. To je zbog toga što se dioba nasljedničke zajednice tretira kao naplatno stjecanje, kao svojevrsna zamjena onoga što se diobom dobilo, jer sunasljednik zajedničar za to daje svoj udio u zajednici.²²

Također, odgovornost za evikciju javlja se i između potomaka poslije ustupanja i raspodjele imovine koje im je izvršio njihov predek (čl. 113. ZN-a), jer je taj pravni odnos analogan odnosu između suvlasnika.

U daljnjem izlaganju osvrnut ćemo se na pravila o evikciji koja se odnose na kupoprodaju (čl. 508.-515. ZOO-a) budući da se ona primjenjuju supsidijarno kao

²⁰ Gavella, N., et al., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 522.

²¹ Zakon o nasljeđivanju, NN, br. 48/03., dalje u tekstu ZN. Zakon o nasljeđivanju stupio je na snagu 3. travnja 2003. (osmoga dana od dana objave - 26. ožujka 2003.), a primjenjuje se od 3. listopada 2003., tj. istekom šest mjeseci od stupanja na snagu (čl. 260. ZN-a).

²² Gavella, N., *Nasljedno pravo*, Informator, Zagreb, 1990., str. 264.

opća pravila kod ostalih naplatnih ugovora o prijenosu prava na stvari i drugih imovinskih prava. Dakle, uzet ćemo u obzir situaciju kada je prodavatelj trebao prenijeti pravo vlasništva stvari na kupca, a nije bio vlasnik stvari, ili je bio vlasnik stvari, ali je vlasništvo bilo opterećeno u korist trećih, a bio je dužan prenijeti ga u punom opsegu, tj. bez tereta.²³ Ovdje valja još napomenuti da objekt kupoprodaje osim stvari mogu biti i različita prenosiva prava²⁴ (čl. 454. st. 1. i st. 2.), pa se pravila o evikciji mogu primjenjivati i u tim slučajevima.²⁵

2. Obveza zaštite od evikcije

Jedan od pravnih standarada u obveznom pravu koji proizlazi iz dužnosti ispunjenja obveza, jest obveza zaštite ugovornih strana. Kod ugovora o kupoprodaji obveza zaštite od evikcije pada na prodavatelja²⁶ te je ona dvojaka.²⁷

Prvo, prodavatelj je obvezan da kupca, kada ga pozove, uzme u zaštitu protiv trećega koji od njega pokušava evicirati stvar. Konkretno, prodavatelj je dužan nastojati da tužbeni zahtjev trećega protiv kupca bude odbijen, odnosno ukoliko se kupac javlja kao tužitelj, da prigovori trećega budu odbijeni. Ukratko, prodavatelj je obvezan da, podnoseći dokaze o pravu kojeg je na kupca prenio, otkloni uznemiravanje i kupcu osigura mirno uživanje prava koje mu je prenio.

Drugo, u slučaju da prodavatelj nije mogao obraniti kupca, odnosno ako se nije odazvao pozivu kupca da ga zaštiti, obveza prodavatelja jest ispunjenje sankcija koje proizlaze s naslova zaštite od evikcije, kao što su vraćanje cijene, te popravljjanje štete. (*infra* 5.)

Kako je obveza zaštite od evikcije nasljediva, kupac može prava s naslova evikcije ostvarivati ne samo protiv prodavatelja nego i protiv njegovih nasljednika, te su ga i oni dužni štiti kao sam prodavatelj.^{28, 29} To ima za posljedicu da ako je prodavatelj iza smrti ostavio više nasljednika, kupac može bilo kojeg nasljednika pozvati u zaštitu, a može i sve njih. Ali, iako je samo jednoga pozvao u zaštitu, te pretrpio evikciju, može prava s naslova zaštite od evikcije ostvarivati prema svim nasljednicima, dakle po principu solidarne odgovornosti (čl. 139. st. 4. ZN-a).

Ako je pak prodaja izvršena preko zastupnika koji je postupao u granicama svojih ovlaštenja, obveza zaštite postoji na strani vlastodavca jer ga ugovor

²³ Vedriš, Klarić, op. cit., str. 410.

²⁴ Šire o tome: Gorenc, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRIF - Pravna biblioteka, Zagreb, 1998., komentar uz čl.454., str. 586.

²⁵ Ibid., str. 667.

²⁶ Čl. 508. st. 1. ZOO-a: "Prodavalac odgovara ako na prodanoj stvari postoji neko pravo trećeg koje isključuje, umanjuje ili ograničava kupčevo pravo, a o čijem postojanju kupac nije obaviješten, niti je pristao da uzme stvar opterećenu tim pravom".

²⁷ Perić, op. cit., str. 265 -271.

²⁸ Ibid., str. 290.

²⁹ "Odgovornost prodavatelja za pravne nedostatke stvari prelazi na njegove univerzalne ali ne i singularne sukcesore", Vs, Rev-961/88 od 10. listopada 1988., PSP - 43/72.

neposredno obvezuje (čl. 85. ZOO-a). To vrijedi kako za ugovorno tako i za zakonsko zastupanje.³⁰

Također treba naglasiti da obveza zaštite od evikcije postoji po samom zakonu, dakle nije ju potrebno posebno ugovarati, ali se ugovorom ona može ograničiti, pa čak i potpuno isključiti. (*infra* 6.)

3. Vrste evikcije

3.1. Potpuna evikcija

O potpunoj evikciji govorimo kada kupac u cijelosti izgubi posjed kupljene stvari, jer je treća osoba u reivindikacijskom postupku uspjela dokazati da je ona vlasnik.³¹

Tipičan primjer potpune evikcije postoji kada prodavatelj proda i preda kupcu tuđu stvar, a nisu ispunjene zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva od nevlasnika (čl. 118. ZV-a), pa kasnije vlasnik reivindikacijskom tužbom dokaže svoje pravo vlasništva na toj stvari i depozira kupca. To je najteži slučaj evikcije.

Do posebnog oblika potpune evikcije može doći i u slučaju kada je prodavatelj, kao vlasnik stvari, osnovao založno pravo na svojoj stvari, pa je potom tako opterećenu proda kupcu.³² U tom slučaju stvar je u vlasništvu prodavatelja koji je prije prodaje bio ujedno i osobni i založni dužnik prema vjerovniku. Nakon prodaje i nakon što je izvršen čin prijenosa (stjecanja) prava vlasništva na kupca, prodavatelj je ostao osobni dužnik, a kupac je stekao stvar opterećenu založnim pravom pa je time postao založni dužnik. Ukoliko u tom slučaju prodavatelj ne podmiri svoja dugovanja prema vjerovniku, založni vjerovnik može zahtijevati ostvarenje svoga založnog prava odnosno namirivanje iz vrijednosti založene stvari. Tada može doći do mogućnosti da se kupcu oduzme vlasništvo i posjed stvari. Ovaj slučaj evikcije lakši je od prethodnog samo utoliko što ne mora doći do evikcije ako prodavatelj u cijelosti ispuni svoja dugovanja prema vjerovniku.

3.2. Djelomična evikcija

Kod djelomične evikcije kupac gubi posjed samo na jednom dijelu stvari, ili pak zadržava posjed, ali s ovlaštenjem koje je uže od onoga koje je imao u vidu prilikom

³⁰ Perić, op. cit., str. 291.

³¹ Volarić, V. R., Zubčić, S., *Odgovornost za pravne nedostatke - pozitivnopravne i praktične implikacije*, Pravo u gospodarstvu, vol. 34., 1995., str. 680.

³² Teško je zamisliti evikciju u slučaju ručnog zaloga, jer stvar u tom slučaju prelazi u posjed založnog vjerovnika (čl. 308. st. 1. ZV-a) pa založni dužnik nije ni u mogućnosti da s njome raspolaže; prije bi do nje moglo doći ako se radi o dobrovoljnom sudskom i javnobilježničkom založnom pravu kada stvar ostaje u posjedu založnog dužnika (čl. 261- 272 Ovršnog zakona, NN, br. 57/96, 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., u vezi s čl. 316. ZV-a), pa dužnik pošto je u takvom položaju da s stvari može raspolagati (jer mu ostaje u neposrednom posjedu), proda stvar kupcu, a kupac nije obaviješten o postojanju takvog založnog prava na prodanoj mu stvari. Takvo založno pravo predstavlja u tom slučaju pravni nedostatak prodane stvari. Kada su u pitanju hipoteka na nekretninama, također ne bi bilo moguće primijeniti pravila o evikciji pošto se hipoteka upisuje u zemljišne knjige.

zaključenja ugovora o stjecanju prava ili kada posjed zadržava po nekoj drugoj pravnoj osnovi, a ne na onoj kojom ga je stekao.³³

Tipičan primjer djelomične evikcije jest kad prodavatelj proda stvar kupcu koja je bila opterećena nekim stvarnim pravom, a kupac to nije znao. Tako npr. nositelj prava služnosti, stvarne ili osobne, može u tom slučaju konfesornom tužbom zaštititi svoje pravo i na taj način lišiti kupca (stjecatelja) onih ovlasti na koje je računao kad je stvar kupovao, a ta su da postane vlasnik stvari neopterećenu tuđim pravima.³⁴

Djelomična evikcija postoji i kada prodavatelj proda svoju nekretninu kao povlasno dobro u odnosu na tuđu nekretninu kao poslužno dobro, pa se kasnije ustanovi da ta stvarna služnost ne postoji. Stjecatelj ima i ovdje posjed i vlasništvo stvari, ali sa užim krugom ovlasti od ugovorenih ovlasti, jer ne postoji pravo uporabe tuđe nekretnine.

Djelomična evikcija postoji i u slučaju kada je protiv kupca podignuta hipotekarna tužba radi ostvarenja založnog prava na nekretnini koje je nastalo na temelju zakona (čl. 339. st. 1. ZV-a), te onda kupac isplati hipotekarnog vjerovnika i na taj način ostane u posjedu stvari (nekretnine).³⁵

Do djelomične evikcije dolazi još i u slučaju tzv. inverzne evikcije, kada stvar ostane kod stjecatelja i po nekoj drugoj pravnoj osnovi, a ne po onoj po kojoj ju je stekao, npr. kupac je stvar kupio, ali je kasnije zadržava po osnovi nasljeđivanja ili poravnanja.³⁶

³³ Volarić, Zubčić, op. cit. str. 680.

³⁴ Do ovakve situacije može doći kada je osobnom služnošću opterećena neka pokretna stvar. Ako se radi o nekretninama, do djelomične evikcije može doći samo ako su služnosti stečene izvanknjižno, a nisu se naknadno upisale u zemljišne knjige. Kupac se ne bi mogao pozivati na to da nije znao da su služnosti upisane u zemljišne knjige zbog publicitetskog djelovanja istih. Međutim, zbog pravila (čl. 227. i čl. 230 ZV-a) da se neupisana prava služnosti ne mogu suprotstaviti pravima koja su stečena u dobroj vjeri, kupac bi bio u stanju pobijediti u parnici (i bez da traži zaštitu od prodavatelja) koju bi protiv njega pokrenuo izvanknjižni nositelj prava služnosti.

³⁵ Treba znati da se dobrovoljna hipoteka stječe uknjižbom u zemljišne knjige u korist hipotekarnog vjerovnika (čl. 309. st. 1. ZV-a). Tako da, ako je hipoteka upisna u zemljišne knjige, nije moguće steći nekretninu neopterećenu hipotekom, pa je stjecatelj stekao vlasništvo nekretnine ograničeno hipotekom zbog publicitetskog djelovanja zemljišnih knjiga te stoga se ne bi mogao pozivati na prava sa naslova evikcije, makar da i nije znao da je hipoteka upisana u zemljišne knjige. Pozivanje na evikciju bilo bi moguće samo kod onih hipoteka za čije stjecanje nije potreban upis u zemljišne knjige, a to su tzv. zakonske hipoteke (čl. 314. ZV-a). Naime, te hipoteke djeluju iako nisu upisane u zemljišne knjige, tako da je stjecatelj stekao nekretninu opterećenu tim hipotekama, ali o njihovom postojanju nije mogao saznati iz zemljišnih knjiga, obveza prodavatelja jest da ga o tome upozori, jer stjecatelj vjerojatno nije imao u vidu da će steći vlasništvo opterećeno hipotekom kad je sklopio kupoprodajni ugovor s prodavateljem (no ako založni vjerovnik takve zakonske hipoteke podnese zahtjev za upis, ona će se upisati - čl. 314. st. 2. ZV-a, a kupac će onda biti obaviješten o njihovom postojanju zbog publicitetskog djelovanja zemljišnih knjiga). Međutim, i u ovom slučaju kupca bi štitilo povjerenje u zemljišne knjige (čl. 318. ZV-a koji upućuje na čl. 122. ZV-a) pa bi se uspješno mogao obraniti od djelomične evikcije (tužba za ostvarenje hipoteke) i bez da traži prodavateljevu pomoć, dakle, koristeći se pravilima stvarnog prava.

³⁶ Perović, op. cit., str. 379.

3.3. *Sudska evikcija*

Sudska evikcija je takva situacija kada u sudskom postupku protiv kupca treći ustane tužbom s ciljem da mu oduzme stvar iz posjeda, ili pak s ciljem da mu kupac prizna neko pravo na kupljenoj stvari. (*infra* 4.2.).

3.4. *Izvansudska evikcija*

Izvansudska evikcija postoji kada treći izvan sudskog postupka ističe zahtjeve za predaju stvari protiv kupca. Kupac se može obraniti time što će podnijeti tužbu za utvrđenje da trećemu ne pripada pravo na stvar, to može čak učiniti i dok još ne postoje izričiti zahtjevi trećega nego samo postoji strah da bi takav zahtjev mogao biti postavljen, tzv. strah od evikcije.³⁷

Izvansudska evikcija postoji i kada je očito osnovano pravo trećega kupac priznao bez spora. Tada se kupac može pozvati na prodavateljevu odgovornost za pravne nedostatke i da ga nije obavijestio o pretenzijama treće osobe (čl. 512. st. 1. ZOO-a). Dakle, kada je pravo trećega očito osnovano, kupac ima prava s naslova zaštite od evikcije prema prodavatelju i bez nepotrebnog vođenja spora (a samim time i izlaganju parničnim troškovima) s trećim, za kojeg postoji velika mogućnost da ga izgubi.

Izvansudska evikcija dovodi do istih sankcija kao sudska (čl. 510. ZOO-a).

4. *Pretpostavke zaštite od evikcije*

4.1. *Općenito*

Kako bi prodavatelj bio dužan pružati kupcu zaštitu od pretenzija treće osobe potrebno je da se kumulativno ispune sljedeće pretpostavke:

- 1) valjan ugovor o prodaji ili ugovor kojim se otuđuje neko pravo;
- 2) uznemirivanje mora počivati na određenom subjektivnom pravu;
- 3) da pravni nedostatak tereti pravo otuđivatelja (prodavatelja);
- 4) da je stjecatelj (kupac) u dobroj vjeri;
- 5) da je stjecatelj (kupac) pravodobno obavijestio otuđivatelja (prodavatelja) o uznemirivanju.

Ove pretpostavke moraju biti kumulativno ispunjene, jer ako nisu, neće postojati obveza prodavatelja da štiti kupca od evikcije. Drugim riječima, moguće je da dođe do evikcije (samog akta pretenzija trećih), ali da i ne dođe do zaštite od evikcije, jer nisu za to bile ispunjene gore navedene pretpostavke.

4.2. *Valjan ugovor o prodaji*

Prva je pretpostavka odgovornosti valjan ugovor o prodaji stvari. Ništav ugovor (čl. 103. - 110. ZOO-a), odnosno poništeni pobjojni ugovor (čl. 111. - 117. ZOO-a), ne može biti pravna osnova prodavateljeve odgovornosti za pravne nedostatke.³⁸

³⁷ Perić, op. cit., str. 244 - 247.

³⁸ Momčinović, H., *Odgovornost prodavatelja za pravne nedostatke prodane stvari*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 35., 1996., str. 150.

Međutim, treba ovdje upozoriti da ugovor o prodaji tuđe stvari (a to je situacija koja može dovesti do klasične evikcije, kada prodavatelj prodaje kupcu stvar koja nije njegova) nije ništav, već obvezuje kao svaki drugi ugovor o prodaji (čl. 460. ZOO-a),³⁹ a obveza ugovora o prodaji jest da je prodavatelj dužan na kupca prenijeti pravo vlasništva, odnosno prodavatelj nekog drugog prava obvezuje se da kupcu pribavi prodano pravo (čl. 454. st. 1. i st. 2. ZOO-a). Ugovor o prodaji tuđe stvari nikada ne obvezuje samoga vlasnika stvari jer on nije ni u kakvom obveznopravnom odnosu s kupcem. Dakle, ugovor o prodaji tuđe stvari obvezuje prodavatelja da pribavi vlasništvo od vlasnika stvari te da ga potom prenese na kupca, pa da ga tako zaštititi od evikcije, ili točnije rečeno, spriječiti da treći uopće postavi stvarnopravni zahtjev prema kupcu. Pri tome treba razlikovati dvije situacije.⁴⁰ Prva situacija je kada stvar nije predana u posjed kupcu. Tada, ako prodavatelj ne bi bio u stanju pribaviti vlasništvo prodane stvari, znači da nije ispunio svoju ugovornu obvezu, te bi kupac ponajprije po općim pravilima obveznog prava imao pravo na raskid ugovora zbog neispunjenja (čl. 124. - 131. ZOO-a), a potom i po dopunskom pravilu iz čl. 460. ZOO-a koje kaže da bi kupac imao pravo raskinuti ugovor o prodaji tuđe stvari samo ako nije znao da je stvar tuđa i ako se zbog toga ne može ostvariti svrha ugovora.⁴¹ Drugu situaciju imamo kada je stvar predana u posjed kupcu. Tada ne bi došlo do primjene pravila o prodaji tuđe stvari (čl. 460. ZOO-a), već do primjene pravila o zaštiti od evikcije (čl. 508. - 515. ZOO-a), jer je u tom slučaju kupac doduše ispunio svoju obvezu,⁴² ali je ta obveza manjkava (činidba prodavatelja koje je predmet

³⁹ “Ugovor kojim se prenosi neko pravo nije ništavan samo zbog toga što otuđivalac nije ovlaštenik toga prava. Takav ugovor obvezuje stranke, a raskidanje može pod određenim pretpostavkama tražiti stjecatelj kojem otuđivalac odgovara, ako na toj strani postoji neko pravo koje isključuje, umanjuje ili opravdava pravo stjecatelja”, VSRH, Rev-2223/90, Izbor odluka, 1993., odl. br. 69.

⁴⁰ O restriktivnom tumačenju čl. 460. ZOO-a vidi: Gorenc, op. cit., komentar uz čl. 460., str. 601. točka 2.

⁴¹ Više o ugovoru o prodaji tuđe stvari: Simonetti, P., Učinci pravnoga posla o otuđenju tuđe nekretnine, Pravo i porezi, br. 4., 2001., str. 32-34.

⁴² Prodavatelj je ispunio svoju obvezu time što je predajom pokretne stvari u samostalan posjed kupcu prenio na njega pravo vlasništva (čl. 116. st. 1. ZV-a), odnosno ako prodavatelj nije bio vlasnik, “stvorio” je situaciju da može doći do primjene pravila o stjecanju od nevlasnika (dakle, samim time što je “stvorio” situaciju da može doći do stjecanja od nevlasnika, ispunio je svoju obvezu). Što se tiče nekretnina, njihovom predajom u (samostalan) posjed nije dovoljno da se stekne vlasništvo nad njima, niti bi se time “stvorila” situacija da dođe do primjene pravila o stjecanju prava vlasništva nad nekretninama od nevlasnika. Da se stekne vlasništvo, bio bi potreban upis u zemljišne knjige (čl. 119. st. 1. ZV-a), odnosno prodavatelj bi ispunio svoju obvezu prema kupcu kada bi mu predao ispravu sposobnu za uknjižbu prava vlasništva u zemljišne knjige (tabularna isprava). Dakle, samom predajom nekretnine prodavatelj ne bi ispunio svoju obvezu, jer nije omogućio kupcu da dođe do stjecanja prava vlasništva (jer nedostaje tabularna isprava), pa bi se sukladno tome primijenila pravila o prodaji tuđe stvari, kada nije ostvarena svrha ugovora (prijenos vlasništva), a ne pravila o evikciji, koja bi se mogla primijeniti jedino kada bi prodavatelj ispunio svoju obvezu (omogućio upis u zemljišne knjige tj. izdao tabularnu ispravu), ali koja bi bila manjkava (s pravnim nedostacima). Više o mogućnostima primjene pravila o zaštiti od evikcije kod stjecanja prava vlasništva na pokretninama i nekretninama s osvrtom na pravila stvarnog prava, posebno na pravila o stjecanju od nevlasnika, vidi točke 8.1. i 8. 2. pri kraju ovog rada.

obveze ima pravne nedostatke). Ovo pod pretpostavkom da nisu ispunjene pretpostavke za stjecanje prava vlasništva od nevlasnika (čl. 118. ZV-a).

4.2.1. *Posebno o (ne)naplatnosti ugovora*

Iz ZOO-a proizlazi da odgovornost za pravne nedostatke ispunjenja postoji samo u slučaju kod naplatnih ugovora (čl. 121. st. 1. ZOO-a). Na takvom je stajalištu i pravna literatura.⁴³

Međutim, OGZ u §§ 945. određuje: “*Tko znajući dariva tuđu stvar i ovu okolnost zataji daroprimcu, odgovara za štetne posljedice*”. Pošto u hrvatskom pravu nije u cijelosti uređena ustanova darovanja, ovo pravilo OGZ-a se kod nas primjenjuje supsidijarno.⁴⁴ Dakle, po OGZ-u moguće je da pod gornjim pretpostavkama daroprimac postavi određene zahtjeve prema darovatelju s naslova zaštite od evikcije. Pretpostavke odgovornosti za pravne nedostatke kod darovanja blaže su nego kod kupoprodaje ili ostalih naplatnih ugovora, jer kod darovanja darovatelj odgovara za pravne nedostatke samo ako je znao da je stvar tuđa i da je to zatajio daroprimcu, kod kupoprodaje, kao što ćemo kasnije vidjeti, *mala fides* prodavatelja je potpuno irelevantna za postojanje takve odgovornosti. Dakle, prodavatelj odgovara i kada je znao i kada nije znao da na stvari postoje tuđa prava. (*infra* 4.3.1).⁴⁵

4.3. *Evikcija mora počivati na određenom subjektivnom pravu*

Za pojam evikcije bitno je da je uznemiravanje pravno, što znači da treći ističe neko pravo na stvar koju je prodavatelj prenio na kupca. Za razliku od pravnog uznemiravanja, faktično uznemiravanje (dakle ono koje se ne temelji ni na kakvom pravu trećega) ne ulazi u pojam evikcije i za takvo uznemiravanje prodavatelj ne odgovara. Od faktičnog uznemiravanja kupac, tj. vlasnik stvari (posjednik), štiti se institutom posjedovne zaštite koja je uređena člancima 22. do 27. ZV-a.^{46, 47}

Dakle, evikcija mora implicirati svojatanje određenog prava od strane treće osobe, a ne puko faktično uznemiravanje bez isticanja ikakvih pravnih pretenzija.⁴⁸

⁴³ Vizner, op. cit., str. 488, 1848.; Jakšić, op. cit., str. 185 - 186; Gorenc, op. cit., str. 666.

⁴⁴ Vidi fusnotu br. 17.

⁴⁵ Što se tiče evikcije kod darovanja, valja navesti zanimljive odredbe talijanskog CC-a koje u art. 797. propisuju da darovatelj odgovara za evikciju daroprimcu kada se na to izrijekom obvezao, ili kada je znao da stvar ima pravne nedostatke (ali odgovornost za evikciju će uvijek postojati kada se radi o darovanjima s teretima, ili kada se nešto daruje sa ciljem da se nekoga nagradi). O tome više: Galgano, F., *Diritto privato*, nona edizione, CEDAM, Padova, 1996. str. 873.

⁴⁶ U vezi s tim postavlja se pitanje da li će kupac u slučaju da je izgubio pravo na posjedovnu zaštitu zbog proteka rokova, u vlasničkoj parnici moći pozvati prodavatelja da mu pomogne? U literaturi se zauzima shvaćanje da u ovom slučaju kupac nije pravno uznemiren, te da stoga ne bi imao pravo pozivati prodavatelja u vlasničku parnicu za povrat stvari. O tome šire: Perić, op. cit., str. 213 - 234.

⁴⁷ Gorenc, op. cit., str. 666.

⁴⁸ Međutim, moguće je da dođe do situacije kada neko javno tijelo oduzme stvar kupcu, ali ne zbog nekog svog subjektivnog prava na oduzetoj stvari, već zbog vršenja javnih ovlasti. Tada bi kupac kojemu je stvar oduzeta mogao postaviti određene zahtjeve prema prodavatelju s naslova zaštite od evikcije, ako je do takvog oduzimanja stvari došlo zbog toga što su postojale određene manjkavosti u prodavateljevom pravu. “Kada je nadležno tijelo oduzelo kupcu ukradeno motorno vozilo, ugovor o prodaji raskida se po samom zakonu, a kupac ima pravo od prodavatelja zahtijevati povrat isplaćene cijene.” VSRH, Rev-2507/99, Izbor odluka, 2002., odl. br. 39.; “Država ne odgovara za naknadu štete kupcu za oduzimanje motornog vozila od strane nadležnog tijela, kad je vozilo bilo ukradeno i kad je temeljem carinskog propisa postalo vlasništvom države.” VSRH, Rev-268/98, Izbor odluka, 2002., odl. br. 56.

No postavlja se pitanje da li se uznemirivanje mora javiti u obliku spora da bi kupac imao pravo na zaštitu od evikcije. Drugim riječima, da li kupac ima pravo na zaštitu samo na osnovi saznanja za pravne nedostatke te straha da bi jednog dana mogao biti uznemiren i evinciran, ili mora čekati da treći protiv njega pokrene parnicu?

Po shvaćanju u suvremenom pravu pokretanje parnice protiv kupca nije nužan uvjet da bi se kupac mogao koristiti pravima s naslova zaštite od evikcije. Dapače, kupac je taj koji bi mogao pokrenuti parnicu protiv određene osobe za koju smatra (strahuje) da bi ga jednog dana mogla uznemiriti i evincirati. Kupac bi naime mogao podnijeti tužbu na negativno utvrđenje da određenoj osobi ne pripada pravo vlasništva na stvari koju ima u posjedu (odnosno ako se radi o nekom drugom pravu da mu ne pripada to pravo). To je tzv. izazivačka tužba (*Aufforderungsprozeß*). Čim podigne tužbu, kupac ima pravo pozvati u parnicu prodavatelja da mu ovaj pomogne. Ako sud tužbeni zahtjev usvoji, onda kupac više nema pravo prema prodavatelju postavljati zahtjeve s naslova zaštite od evikcije ako bi evikcija dolazila od tuženika koji je izgubio spor. Međutim, presudom kojom je usvojen takav tužbeni zahtjev, ne utvrđuje se da to pravo definitivno pripada tužitelju, tj. kupcu, već se utvrđuje da to pravo (vlasništvo ili neko drugo) ne pripada tuženiku. To ne znači da ne bi moglo pripadati nekoj drugoj osobi koja nije bila tužena, pa u slučaju ako ta osoba evincira kupca, on bi imao zahtjeve prema prodavatelju s naslova zaštite od evikcije. S druge strane, ako sud utvrdi da tuženom pripada pravo koje svojata, tj. koje mu negira kupac, odbit će njegov tužbeni zahtjev, a kupac će imati pravo na zaštitu od evikcije protiv prodavatelja. U pravnoj literaturi⁴⁹ se još izražava shvaćanje da ako kupac želi uspjeti u izazivačkoj parnici, mora dokazati da je tužitelj bilo riječima bilo djelima isticao pretenzije prema njegovom pravu, u protivnom također će kupčev (tužiteljev) zahtjev biti odbijen. Posljedica je ta da kasnije tuženi može ustati kao tužitelj protiv kupca i u parnici mu stvar evincirati.

Što se tiče pak samog pravnog uznemirivanja kupca, moguća su dva načina: putem prigovora i putem tužbe.

Putem tužbe kupac može biti uznemiren na način da treći podigne protiv njega pravo vlasničku tužbu *rei vindicatio* (čl. 162. ZV-a) kojom traži povrat stvari, ili tužbu radi utvrđivanje postojanje prava služnosti (čl. 233. ZV-a), ili tužbe kojom se ostvaruje založno pravo (čl. 339. ZV-a), ili tužbu kojom se štiti pravo stvarnog tereta (čl. 268.-270. ZV-a).

Putem prigovora kupac može biti uznemiren ako podnese npr. pravo vlasničku tužbu protiv trećega, a on istakne prigovor da tužitelj nije vlasnik kupljene stvari jer da ni prodavatelj nije bio vlasnik stvari, ili uloži prigovor da je stečeno pravo već prije toga bilo ograničeno nekim stvarnim pravom u korist tuženika.⁵⁰

Također treba naglasiti, da kupac osim što može biti uznemiren od trećih osoba, može biti uznemiren i od prodavatelja. Obveza je prodavatelja da se suzdrži od svakoga uznemirivanja kupca (pravnog i faktičkog) jer je on dužan zaštititi stjecatelja od pravnih pretenzija trećih, pa se na neki način podrazumijeva da to on neće činiti

⁴⁹ Perić, op. cit., str. 244-246.

⁵⁰ Momčinović, op. cit., str. 153.

jer "onaj tko treba da pruži zaštitu ne može evincirati."⁵¹ Međutim, može se dogoditi da prodavatelj koji nije vlasnik stvari, proda stvar svojeg ostavitelja kupcu, a potom naslijedi ostavitelja. Prodavatelj ne bi mogao u ovom slučaju stvar evincirati kupcu od trenutka stjecanja vlasništva nasljeđivanjem. Ukoliko je predmet kupoprodaje čitavo nasljedstvo, kome se otuđivatelj nadao, a ne samo određena stvar, tada bi ugovor bio ništav, po pravilima nasljednog prava (čl. 103. st. 1. ZN-a). U tom slučaju prodavatelj duguje kupcu naknadu štete, a dužan je vratiti i primljenu cijenu.

4.4. Pravni nedostatak tereti pravo otuđivatelja

4.4.1. Obilježja pravnog nedostatka

Kakvi pravni nedostaci trebaju biti da bi se kupac mogao pozvati na prava s naslova zaštite od evikcije, odgovor daje čl. 508. st. 1. ZOO-a, koji kaže da se radi o pravnom nedostatku ako na prodanoj stvari postoji pravo trećeg koje isključuje, umanjuje ili ograničava⁵² kupčevo pravo. Ako se radi pak o nekom drugom pravu, onda prodavatelj toga prava jamči da ono postoji i da se ono može ostvariti (st. 2.) - to je tzv. jamstvo za drugo pravo (npr. netko prenese na drugoga tražbinu, on jamči da ona postoji i da stjecatelj (kupac) tražbine može bez smetnje služiti se njome - tzv. odgovornost za veritet i bonitet tražbine, čl. 442. i 443. ZOO-a).⁵³

4.4.2. Trenutak u kojem treba postojati nedostatak

Kupac ima pravo na zaštitu od evikcije samo ako je pravni nedostatak postojao prije nego što je stekao vlasništvo stvari koja je predmet prodaje.⁵⁴

Što se tiče trenutka stjecanja prava vlasništva kupca, on ovisi o tome da li se radi o derivativnom stjecanju prava vlasništva (npr. u našem slučaju na temelju pravnog posla) ili o originarnom stjecanju prava vlasništva (npr. na temelju zakona).

a) Derivativno (izvedeno) stjecanje prava vlasništva

Kod derivativnog stjecanja na temelju pravnog posla, treba razlikovati da li se stječu pokretnine ili nekretnine. Kod pokretnina trenutak stjecanja prava vlasništva je predaja pokretne stvari u samostalni posjed stjecatelja (kupca) (čl. 116. ZV-a). Kod nekretnina se pravo vlasništva stječe upisom u zemljišne knjige (čl. 119. ZV-a), s time da provedena uknjižba djeluje od trenutka kada je zemljišnoknjižnom sudu podnesen zahtjev za uknjižbu (čl. 120. st. 3. ZV-a), pa se i od tog trenutka smatra da je stečeno vlasništvo nad nekretninom. Nisu li ispunjene sve pretpostavke za uknjižbu, pravo vlasništva će se predbilježiti (čl. 121. st. 1. ZV-a), a u tom slučaju bit će potrebno predbilježbu naknadno opravdati da bi se steklo pravo vlasništva (čl. 121. st. 2. ZV-

⁵¹ Josserand, L., *Cours de droit civil positif françois*, 2. Izdanje, Recueil Sirey, Paris, 1939, str. 578.

⁵² Pravni nedostatak može se sastojati i u tome kad je vlasnik (kupac) u nemogućnosti izvršavati svoja vlasnička prava zbog toga što je prodavatelj postupao protupravno prilikom prodaje stvari kupcu, koji zbog toga trpi određene štetne posljedice. "Prodaja automobila s takvim pravnim nedostacima (krivotvorene isprave) koje kupcu onemogućavaju registraciju i upotrebljavanje automobila, daje kupcu pravo na raskid ugovora i naknadu pretrpljene štete." VSRH, Rev-2726/94, Izbor odluka, 1997., odl. br. 19.

⁵³ Vizner, op. cit., str. 1666.

⁵⁴ Gorenc, op. cit., str. 666

a). Bude li predbilježba opravdana, pravo vlasništva stečeno je još u trenutku kada je sudu bio podnesen zahtjev za uknjižbu (čl. 121. st. 4. ZV-a), pa se i od tog trenutka smatra da je stečeno pravo vlasništva.

Dakle, pravo trećega moralo je postojati dok je stvar bila još u posjedu prodavatelja, tj. mora postojati u trenutku sklapanja pravnog posla, i sve dok ne bude izvršen sam čin kojem bi se trebalo prenijeti pravo vlasništva (predaja u samostalni posjed, podnošenje zahtjeva za upis u zemljišne knjige). Ako je pravo trećega nastalo u vremenu nakon izvršenog čina kojim se trebalo prenijeti (steći) pravo vlasništva, kupac ne može zahtijevati od prodavatelja zaštitu od evikcije. To proizlazi iz samog cilja evikcije, prodavatelj je dužan kupcu osigurati nesmetano posjedovanje stvari i štiti ga od pravnih pretenzija trećih koje su rezultat ostvarivanja nekog već postojećeg prava u vrijeme dok je stvar bila kod njega (prodavatelja), ali ga ne treba štiti od pravnih uznemirivanja koja nisu povezana njihovim obveznopravnim odnosom.⁵⁵ Znači ako pravo trećeg nastane na prodanoj stvari nakon što je izvršen čin kojim se trebalo prenijeti pravo vlasništva na stvari kupcu (predaja u samostalni posjed, upis u zemljišne knjige), nedvojbeno je to rezultat sporazuma kupca s trećima ili određene obveze kupca prema trećemu (npr. sporazum kupca i trećega o zasnivanju prava služnosti u korist trećeg, ili je kupac bio dužnik trećega koji je zasnovao založno pravo na kupljenoj stvari).

b) Originarno (izvorno) stjecanje prava vlasništva

Kod originarnog stjecanja pravo vlasništva stečeno je u trenutku kada se ispune sve pretpostavke koje zakon propisuje za stjecanje prava vlasništva (čl. 129. ZV-a), bez ikakvog posebnog čina stjecanja, kako za pokretnine tako i za nekretnine.

Tipična situacija u kojoj bi došlo do primjene pravila o zaštiti od evikcije kod originarnog stjecanja jest kada se stječe pravo vlasništva na temelju dosjeloosti. Dosjelošću stječe se pravo vlasništva samostalnim posjedovanjem stvari kroz zakonom određeno vrijeme, ako je posjed stvari bio određene kvalitete i neprekinut, a posjednik sposoban da bude vlasnik stvari (čl. 159. st. 1. ZV-a). Pravni učinci dosjeloosti nastupaju *ipso iure*, samim ispunjenjem pretpostavki, bez ikakvog posebnog načina stjecanja,⁵⁶ a presuda o utvrđenju ima deklaratoran značaj.

Može se desiti da na stvari koju posjednik (kupac) dosjeda postoje prava trećih, koji zbog toga mogu postaviti određena zahtjeve prema dosjedatelju (kupcu). Do toga može doći ako je npr. prodavatelj prodao stvar kupcu, a nisu se ispunile pretpostavke za sjecanje prava vlasništva, pa bi kupac trebao steći pravo vlasništva dosjelošću protekom roka, ako su ispunjene i ostale zakonske pretpostavke.⁵⁷

⁵⁵ Momčinović, op. cit., str. 151.

⁵⁶ Gavella, Stvarno pravo, op. cit. str. 411.

⁵⁷ Smisao dosjeloosti je da se faktično stanje uskladi s pravnim. Da posjednik tijekom vremena, uz ispunjenje propisanih pretpostavki, postane vlasnikom stvari; a vlasnikom stvari u trenutku stjecanja posjeda nije mogao postati jer nisu bile ispunjene sve pretpostavke stjecanja (pravni posao nije bio valjan, ili nisu ispunjene pretpostavke glede načina stjecanja npr. nije izvršen upis u zemljišne knjige, ili je posjed stečen na nezakonit ili neistinit način) pa se tu javlja vrijeme kao svojevrsni nadomjestak tih neispunjenih pretpostavki.

Pravni nedostatak, zbog kojeg bi kupac dosjedatelj mogao tražiti da ga prodavatelj zaštiti od evikcije, svakako bi morao nastati do trenutka dok se nisu ispunile pretpostavke za stjecanje prava vlasništva dosjelošću, *in concreto* dok nije proteklo vrijeme dosjelogosti. Prava koja su nastala nakon stjecanja stvari dosjelošću rezultat su raspolaganja samog kupca dosjedatelja, pa nema mjesta primjene pravila zaštite od evikcije. Također, nema mjesta evikciji ni kada se radi o pravnim pretenzijama trećih koji su prava stekli od kupca dok je on stvar još dosijedao.

No, postavlja se pitanje od kada će se kupac moći koristiti pravima s naslova zaštite od evikcije prema prodavatelju? Da li od trenutka predaje stvari kupcu ili od trenutka stjecanja prava vlasništva, dakle od trenutka proteka vremena dosjelogosti. Ako promatramo cijelu situaciju sa stajališta obveznog prava, onda treba najprije odgovoriti na pitanje je li ispunjen ugovor o prodaji. Po čl. 454. st. 1. ZOO-a ugovorom o prodaji prodavatelj se obvezuje kupcu da stvar koju mu prodaje "preda... tako da kupac stekne ...pravo vlasništva". Ovo možemo tumačiti tako da pošto kupac, iako mu je stvar predana, nije stekao pravo vlasništva, ugovor o prodaji nije ispunjen, jer nije ispunjena njegova osnovna svrha, stjecanje (prijenos) vlasništva.⁵⁸ Znači da stvar nije prodana, a budući da sukladno čl. 508. st. 1. prodavatelj odgovara za pravne nedostatke samo ako na *prodanoj* stvari postoji pravo trećega, slijedi zaključak da se kupac ne bi ni mogao koristiti pravima s naslova zaštite od evikcije ako se pojavi treći sa svojim zahtjevima, jer mu stvar nije prodana (nije ispunjen ugovor o prodaji). *Argumentum a contrario*, kupac bi se mogao koristiti pravima s naslova zaštite od evikcije tek od trenutka kada je postao vlasnik (protek roka dosjelogosti), jer je tada nastupilo ispunjenje ugovora o prodaji, tj. došlo je do stjecanja vlasništva.

Međutim, svakako da za vrijeme posjedovanja stvari, a prije nego što je istekao rok dosjelogosti, može doći do pravnih pretenzija i uznemiravanja od strane trećih. U tom slučaju, ako se po pravilima obveznog prava kupac ne bi mogao koristiti institutom zaštite od evikcije, preostaje mu jedino da se štiti tužbom predmnijevanog vlasnika (čl. 166. ZV-a).

Nakon stjecanja stvari dosjelošću moglo bi doći do primjene pravila o zaštiti od evikcije. No, stvarno pravo ide i korak da je te je u čl. 129. st. 2. izričito propisano da stjecanjem vlasništva na temelju zakona (a tu spada i stjecanje dosjelošću) prestaju sva stvarna prava koja su postojala na odnosnoj stvari. Dakle treći, ukoliko se radi o nositeljima stvarnih prava, nemaju čak ni pravni temelj za uznemiravanja kupca, jer su im ta prava, zbog kojih bi mogli izražavati pravne pretenzije, prestala. Jedino ona prava za koje je kupac znao da postoje ili je to morao znati, ne prestaju, ali u tom slučaju sukladno čl. 508. st. 1. ZOO-a kupac ne bi ni imao pravo na zaštitu od evikcije jer je bio *male fidei*.

4.4.3. Posebno o odgovornosti prodavateljevih prednika

Ovdje se postavlja još jedno pitanje a to je, može li kupac ostvariti svoje pravo na zaštitu od evikcije samo od svog prodavatelja ili i od njegovih prednika ako pravni nedostatak potječe još iz vremena dok je stvar bila kod tih prednika? Pa tako ako prodavatelj postane insolventan, može li kupac tražiti zaštitu od osobe od koje je prodavatelj stekao stvar, tj. od njegovog prodavatelja? U pravnoj literaturi⁵⁹ odgovor

⁵⁸ Gorenc, op. cit., 585-587.

⁵⁹ Perović, op. cit., str. 383.

je pozitivan, te je izražen stav da kupac može tražiti zaštitu od prednika prodavatelja, i to na dva načina: posredni i neposredni način. Razlika je u tome što kod posrednog načina kupac tuži sve prednike prodavatelja (u slučaju njegove insolventnosti) da ispune svoje obveze zaštite od evikcije, ali sve što se od njih dobije ulazi u imovinu prodavatelja, što kupcu ne pruža dovoljno jamstvo da se u potpunosti namiri. Zato je za kupca povoljnija neposredna tužba koju izravno upravlja protiv prodavateljevog prednika (a to je moguće zbog toga što se smatra da je prodavatelj prešutno prenio na kupca i sve tužbe koje postoje povodom stvari, pa tako i tužbu za zaštitu od evikcije), jer sve što tu dobije pripada samo njemu tj. ne sliva se u ostalu imovinu prodavatelja.

4.4.4. Posebno o javnopravnim ograničenjima

Po čl. 514. ZOO-a prodavatelj odgovara kupcu i za ograničenja javnopravne prirode (npr. za djelomično izvlaštenje kojim se osniva pravo stvarne služnosti - čl. 223. st. ZV-a). Pri tome on će odgovarati ne samo za ona javnopravna ograničenja koja postoje u trenutku zaključenja ugovora, već i za ona koja se mogu očekivati. Međutim, ovdje se javlja iznimka od općeg pravila da je *mala fides* ugovaratelja irelevantna za postojanje odgovornosti: on će odgovarati samo ako je znao za ta ograničenja ili je znao da bi ona mogla nastati u budućnosti, "a nije ih kupcu saopćio". Prodavatelj je mogao očekivati takva ograničenja npr. u slučaju kada je treći pokrenuo postupak za utvrđenje da je stekao pravo služnosti dosjelošću, ili u slučaju da je pokrenut postupak za djelomično izvlaštenje radi osnivanja služnosti itd. Ako je kupac znao da ta ograničenja postoje, ili je mogao znati da je bio toliko pažljiv koliko se očekuje od prosječnog čovjeka, ne može pozvati prodavatelja na odgovornost za pravne nedostatke.

4.5. Stjecatelj (kupac) u dobroj vjeri

4.5.1. Općenito

Savjesnost kupca procjenjuje se prema činjenici da li je znao odnosno morao znati za pravni nedostatak ili nije. To proizlazi iz čl. 508. st. 1. ZOO-a u kojem se između ostalog navodi da će prodavatelj odgovarati u slučaju evikcije ako kupac nije bio obaviješten o postojanju prava trećih. Svakako da postoji primarna dužnost prodavatelja da ga obavijesti o pravnim nedostacima, ali o tome može saznati i na neki drugi način (primjerice od trećih) pa da dođe do oslobađanja od odgovornosti prodavatelja.

Dakle, ako je kupac znao ili je morao znati za pravni nedostatak, u načelu nema prava s naslova zaštite od evikcije.⁶⁰

Međutim ukoliko je kupac već dao odgovarajuću naknadu za dobivenu stvar ili pravo u slučaju evikcije, imati će pravo na povrat onoga što je dao jer bi se u protivnom prodavatelj neosnovano obogatio (čl. 210. - 219. ZOO-a).⁶¹

⁶⁰ "Prodavatelj ne odgovara kupcu za pravne nedostatke, zbog prodaje neocarinjelog televizora, kad je kupac znao i pristao kupiti neocarinjeni televizor". Vs, Rev-848/88 od 27. studenog 1989., PSP - 51/94

⁶¹ A u vezi s tim i čl. 510. st. 4. ZOO-a: "...ako je kupac u času sklapanja ugovora znao za mogućnost da mu stvar bude oduzeta ili da njegovo pravo bude smanjeno ili ograničeno, ... ako se ta mogućnost ostvari... ima pravo zahtijevati vraćanje odnosno sniženje cijene".

Kupac se ne može pozvati na zaštitu od evikcije ni onda ako je za postojanje pravnog nedostatka morao znati s obzirom na okolnosti slučaja (npr. ne može se pozivati na to da nije znao da postoje prava trećega, jer ga o tome nitko nije obavijestio, ako se radi o pravima koja su upisana u neki javni registar, a na koji se primjenjuje princip publiciteta, kao što je to slučaj sa stvarnim pravima koje su upisana u zemljišne knjige). Kada su zemljišne knjige u pitanju, treba obratiti pažnju na zaštitu povjerenja u istinitost i potpunost zemljišnih knjiga (čl. 122.-125. ZV-a) (*infra* 8.2.). Tako se kupac zbog publicitetne funkcije zemljišnih knjiga⁶² neće moći pozivati na to npr. da nije znao da postoji pravo služnosti na teret nekretnine koja je predmet prodaje, ako je ta služnost bila uknjižena, predbilježena ili je bila upisana plomba pristiglog zahtjeva za uknjižbu ili je bio zabilježen spor odnosno postupak o njenom osnivanju, odnosno ako je na bilo koji način iz zemljišnih knjiga bilo vidljivo da bi moglo doći do pravnih pretenzija trećih.

Međutim, moguća je i situacija da je kupac znao da postoje pravni nedostaci a da pri tome prodavatelj ipak odgovara za slučaj evikcije. To će biti u situaciji kada kupac koji zna za takve nedostatke ne bi pristao da stvar kupi (čl. 508. st. 1. ZOO-a), ali prodavatelj mu obeća da će pretenzije trećega biti uklonjene, ili izjavom odnosno drugim postupcima uvjeri kupca da je stvar slobodna od tereta, pa se kupac zbog toga odluči na sklapanje ugovora. U pravnoj literaturi⁶³ iznosi se stav da će odgovornost postojati čak i onda kada se radi i o pravima koji su upisana u neke javne registre s publicitetnom funkcijom pa se zbog uvjeravanja prodavatelja kupac odluči na kupnju.

4.5.2. *Trenutak u kojem se prosuđuje savjesnost stjecatelja (kupca)*

Trenutak u kojem se prosuđuje da li je kupac bio u dobroj vjeri ili ne, jest trenutak sklapanja ugovora. To proizlazi i iz ZOO-a koji u čl. 510. st. 4. propisuje: "...ako je kupac u času sklapanja ugovora znao za mogućnost da mu stvar bude oduzeta... Tako da bi se kupac mogao koristiti pravima s naslova zaštite od evikcije, dovoljno je da bude u dobroj vjeri u trenutku sklapanja ugovora o prodaji.

Ovdje valja upozoriti na to da pravila stvarnog prava ne određuju pitanje trenutka kada stjecatelj (kupac) treba biti u dobroj vjeri na isti način kao i pravila obveznog prava. (*infra* 8.1 i 8. 2.)

4.5.3. *Posebno o nesavjesnosti prodavatelja*

Posebno je pitanje da li je za nastanak odgovornosti s naslova zaštite od evikcije potrebna nesavjesnost prodavatelja, tj. da je on znao ili je prema okolnosti trebao znati za pravni nedostatak? Može se reći da za postanak odgovornosti nije bitno postojanje *mala fides* prodavatelja. Odgovornost prodavatelja u slučaju evikcije ne smatra se kao sankcija *mala fidei*, nego kao posljedica djelovanje naplatnog ugovora gdje se inzistira na načelu jednake vrijednost uzajamnih davanja (čl. 15. ZOO-a).

Dakle, nesavjesnost prodavatelja nema utjecaja na nastanak njegove odgovornosti, on odgovara i da je bio savjestan i nesavjestan, ali *mala fides* svakako

⁶² O publicitetnoj i akvizitetnoj funkciji zemljišnih knjiga više: Josipović, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 233-252.

⁶³ Perović, op. cit., str. 384.

može biti od značenja na visinu naknade,⁶⁴ a dolazi do izražaja i kod ugovornog isključenja odgovornosti (čl. 513. st. 2 ZOO-a).

4.6. Obavještanje prodavatelja o uznemirivanju

Kako bi uopće prodavatelj mogao pružiti kupcu zaštitu od evikcije, mora prije svega biti obaviješten o uznemirivanju. Zbog toga je kupac dužan obavijestiti prodavatelja o uznemirivanju. Ta dužnost postoji u slučaju kada se pokaže da treća osoba polaže neko pravo na stvar (čl. 509. ZOO-a), a to su sljedeće situacije:

a) kada treći izvan suda uznemirava kupca, pa kupac podigne protiv trećega tužbu na utvrđenje da ne postoji pravo trećega, kupac mora pozvati prodavatelja u tu parnicu (*supra* 3.4.);

b) kada se treći podigne odgovarajuću tužbu protiv kupca kojom traži ostvarenje ili utvrđenje nekoga prava glede stvari;

c) kada treći istakne protutužbu ili prigovor protiv tužbe kupca podignute radi zaštite ili utvrđenja stečenog prava.

Dužnost obavještanja ne postoji jedino ako je prodavatelju bilo poznato da treća osoba polaže neko pravo na stvar.

Svrha tog pozivanja prodavatelja jest da se prodavatelj kao umješač⁶⁵ umiješa u parnicu te da kao takav pomogne kupcu da uspije u parnici tako što će nastojati da tužbeni zahtjev bude ili usvojen u situaciji pod a), ili odbijen ili tužba bar odbačena u situaciji pod b.), odnosno, kako je to navedeno u čl. 509. ZOO-a: da "...oslobodi stvar od prava i pretenzije trećega...". Ako prodavatelj u parnici nije uspio pomoći kupcu da ga zaštiti od evikcije, onda će kupac moći postaviti određene zahtjeve prema prodavatelju s naslova zaštite od evikcije. To će se u pravilu sastojati u tome što će kupac pokrenuti novu parnicu, ali sada protiv prodavatelja, u kojoj će pokušati ostvariti svoje zahtjeve.⁶⁶ (*infra* 5. 4.)

Ako se pak kupac upusti u spor, a da nije obavijestio prodavatelja i spor izgubio, moći će se i u tom slučaju pozvati na prodavateljevu odgovornost za slučaj evikcije, ali se ovaj može obraniti time dokazujući da je raspolagao sredstvima kojima je mogao odbiti zahtjev treće osobe (npr. prodavatelj posjeduje određene javne isprave koje bi, da su bile prezentirane sudu, vjerojatno utjecale na drukčije rješenje spora), te na taj način osloboditi se odgovornosti za slučaj evikcije (čl. 511. ZOO-a).

⁶⁴ Perović, S., u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima, (redakcija Perović, S., - Stojanović, D.), knjiga druga, Kulturni centar Gornji Milanovac - Pravni fakultet Kragujevac, 1980., komentar uz član 512, str. 140.

⁶⁵ Čl. 206. - 209. Zakona o parničnom postupku (dalje u tekstu ZPP), NN. br. 53/91., 91/92., 112/99.

⁶⁶ U toj novoj parnici prodavatelj neće moći poricati činjeničnu ni pravnu ocjenu stvari iznesenu u pravomoćnoj presudi iz prijašnje parnice u kojoj je sudjelovao kao umješač na strani kupca. Drugim riječima, neće moći poricati da kupcu ne duguje zaštitu. To je tzv. intervencijski efekt pravomoćne presude iz ranije parnice (o tome više: Triva, S., Belajec, V., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1986., str. 366-371.). Dovoljno je da prodavatelj bude pozvan preko suda da se umiješa u parnicu pa da prema njemu nastupi intervencijski efekt, nije nužno da i sudjeluje u parnici. Međutim, ako se oglušio na poziv, neće moći istaći prigovor loše vodene parnice (*exceptio male gesti vel conducti processus*).

Također tu bi trebalo razmotriti i pitanje da li je prodavatelj dužan dokazati pred sudom svoje pravo ili je za zaštitu dovoljno samo da tužbeni zahtjev trećega bude odbijen? Svakako da bi najbolje bilo da prodavatelj dokaže svoje pravo pa tako da se kupac jednom zauvijek oslobodi pretenzija trećih. Međutim, zbog procesnopравnih pravila moguće je i drukčije rješenje. Tužitelj (treći) je dužan da dokazuje osnovanost svog zahtjeva; na njemu je dakle teret dokazivanja (*onus probandi*). Pa ako on nije u stanju dokazati osnovanost svog zahtjeva, tužbeni zahtjev će biti odbijen i prodavatelj neće biti dužan dokazivati svoje pravo. Pravno uznemirivanje kupca na taj način prestaje, a to je zapravo i cilj koji se postiže zaštitom od evikcije. Ali ako tužba bude odbačena ili povučena, pravo kupca ostaje i dalje sumnjivo te će kupac i dalje imati pravo da pozove prodavatelja u parnicu ako dođe do neke kasnije evikcije, a i prije nego što dođe do parnice ako je kupac podnio tužbu za utvrđenje zbog straha od evikcije.^{67,68}

4.6.1. Iznimke od dužnosti obavještanja prodavatelja

Kupac se može pozvati na prodavateljevu odgovornost za pravne nedostatke i kad ga ne obavijesti o tome da treća osoba polaže neko pravo na stvar. To je moguće u dvije situacije: kad je prodavatelju već poznato da je treća osoba ostavila zahtjev prema kupcu (čl. 509. ZOO-a) ili kada je pravo trećega očito osnovano (čl. 512. st. 1. ZOO-a).

Kada se radi o pravu trećega koje je očito osnovano, kupac zapravo priznaje to pravo trećega i bez vođenja spora, jer bi vođenje spora u tom slučaju bilo iluzorno i značilo nepotrebno izazivanje parničnih troškova u parnici koju bi prodavatelj očito izgubio. Dakle, radi se o izvansudskoj evikciji, ali o takvoj kod koje je kupac priznao da trećemu pripada pravo na stvar, odnosno da to njemu ne pripada, dakle obratno od one izvansudske evikcije u kojoj kupac negira pravo trećeg, pa da se nekako oslobodi od straha da treće osobe pretendiraju na njegovu stvar, podigne deklaratornu tužbu na negativno utvrđenje da trećemu ne pripada pravo. Budući da u ovom slučaju ne dolazi do parnice, kupac ne treba obavijestiti prodavatelja o evikciji, jer prodavatelj odgovara za evikciju kao da je parnica već izgubljena, a u kojoj je on sudjelovao.

Zato ZOO dopušta kupcu da u takvim situacijama može prodavatelju postaviti zahtjeve s naslova odgovornosti za evikciju već samim time što je kupac priznao pravo trećega, odnosno samim time što se kupac uvjerio da na kupljenoj stvari postoje pravni nedostaci a da nije zato bila potrebna određena aktivnost suda (čl. 512. st. 1. ZOO-a).

⁶⁷ Perović, op. cit., str. 386.

⁶⁸ U pravnoj literaturi iznosi još se iznosi stav da ako kupac, iako mu je stvar predana, a još nije platio cijenu, a treći je odbijen sa zahtjevom, premda prodavatelj nije uspio dokazati svoje pravo, njegova obveza zaštite kupca od evikcije nije potpuna, jer pravo koje je prodavatelj prenio na kupca još nije sigurno, a s druge strane bilo bi nepravilno tražiti od kupca da plati cijenu kad i dalje postoji mogućnost da bude evinciran. Dakle, u ovom slučaju prodavatelj bi trebao dokazati svoje pravo da obveza zaštite od evikcije bude potpuna. U slučaju da je kupac platio cijenu, izražava se stav da je dovoljno da prodavatelj ospori pravo trećega, bez potrebe da dokaže svoje pravo. Dakle, iako je spor pokazao da je pravo kupca sumnjivo kupac više ne bi mogao pozivati prodavatelja u zaštitu u budućim parnicama koje su treći povelili protiv njega. Perić, op. cit., str. 266-267.

Ako je pak kupac trećemu predao određenu svotu novca kako bi ovaj odustao od tog svog očitog prava, u tom slučaju prodavatelj će se osloboditi odgovornosti za pravne nedostatke ako kupcu nadoknadi isplaćenu svotu novca i štetu koju je uslijed toga eventualno pretrpio (čl. 512. st. 2. ZOO-a).

5. Sankcije i pravne posljedice evikcije

Prije svega treba naglasiti da sankcije kod evikcije pogađaju prvenstveno prodavatelja, i to neovisno da li je on bio savjestan ili nesavjestan, jer su sankcije kod evikcije uspostavljene prije svega da se ostvari načelo *pacta sunt servanda*, te da se time kupcu koji neće postati vlasnik vrati sve ono što je izgubio kupnjom stvari te da mu se popravi sva šteta koju je pritom pretrpio.

5.1. Sankcije u slučaju potpune evikcije

U slučaju potpune evikcije, tj. da kupcu stvar bude potpuno oduzeta, ugovor se raskida po samom zakonu (čl. 510. st. 1. ZOO-a). To znači da se samom činjenicom nastupanja potpune evikcije ugovor raskida, a eventualna sudska odluka može imati samo deklaratorni učinak. Do toga naravno neće doći ako je prodavatelj uspio zaštititi kupca od evikcije ili mu je predao neku drugu stvar bez pravnog nedostatka kada su predmet ugovora bile stvari određene po rodu (čl. 509. ZOO-a).

5.2. Sankcije u slučaju djelomične evikcije

U slučaju djelomične evikcije, tj. kada kupčevo pravo vlasništva na stvari bude ograničeno ili umanjeno, kupac može birati da li će raskinuti ugovor ili će ostati pri ugovoru i zahtijevati razmjerno sniženje cijene (čl. 510. st.1. ZOO-a). Ako se kupac posebno ne izjasni, pretpostavka je da je optirao za održanje ugovora (*pacta sunt servanda*) i da traži samo djelomično sniženje (povraćaj cijene) cijene,⁶⁹ ali ako se kupac odlučio za raskid ugovora, mora o tome bez odlaganja obavijestiti prodavatelja.^{70, 71}

5.3. Kada se ne može ostvariti svrha ugovora

U svakom slučaju kupac može raskinuti ugovor ako se zbog postojanja pravnog nedostatka njegova svrha ne može ostvariti, a prodavatelj ne udovolji njegovom zahtjevu da u razumnom roku oslobodi stvar od prava i pretenzija trećih osoba (čl. 510. st. 2. ZOO-a).

⁶⁹ Čl. 498. ZOO-a: "Cijena se snižava prema odnosu između vrijednosti stvari bez nedostatka i vrijednosti stvari s nedostatkom u vrijeme sklapanja ugovora".

⁷⁰ Čl. 130. ZOO-a: "Vjerovnik koji zbog neispunjenja dužnikove obveze raskida ugovor dužan je to saopćiti dužniku bez odgađanja".

⁷¹ Perović, op. cit., str. 386.

5.4. Pravne posljedice evikcije

Pravne posljedice evikcije jesu: povrat primljene cijene i naknada štete.⁷²

5.4.1. Povrat primljene cijene

Povrat cijene može biti potpun ili djelomičan, ovisno o tome da li je kupac pretrpio potpunu ili djelomičnu evikciju (čl. 132. st. 2. ZOO-a). (*supra* 3.1. i 3.2.)

Kada dođe do raskida ugovora, prodavatelj ne može zadržati cijenu jer zato nema pravne osnove. Ta se vrijednost nalazi kod njega *sine causa* i on ju je obvezan vratiti čak i u slučaju da je kupac u momentu zaključenja ugovora znao za pravni nedostatak. Naime, moguće je da je kupac u trenutku zaključenja ugovora znao za mogućnost da mu stvar bude oduzeta ili da njegovo pravo na stvari bude ograničeno ili smanjeno, i on tada nema pravo na naknadu štete koju trpi uslijed evikcije (kao drugu posljedicu evikcije), ali ima pravo na povraćaj cijene zbog raskida ugovora, odnosno na sniženje cijene ako ostane pri ugovoru, jer to traži načelo jednake vrijednosti uzajamnih davanja (čl. 15. ZOO-a), a koje inače dolazi do primjene kod evikcije.

Prodavatelj je dužan kupcu vratiti cijenu u visini u kojoj ju je i primio, bez obzira na to koliku vrijednost stvar u trenutku evikcije. Tako prodavatelj ne može vratiti smanjeni iznos cijene samo zato što je stvar od trenutka prodaje pa do evikcije izgubila na vrijednosti. Čak iako je kupac stvar oštetio, ili uništio, misleći da je vlasnik, prodavatelj bi morao povratiti cijenu kupcu koji je pretrpio evikciju.⁷³

5.4.2. Naknada štete

Kod evikcije se javlja kako stvarna, faktička šteta, tako i izgubljena dobit.

5.4.2.1. Stvarna šteta

Stvarna šteta u slučaju evikcije mogla bi se podijeliti dvije skupine. U prvu skupinu stvarnih šteta ulazila bi sva ona davanja i izdaci koje će kupac morati isplatiti i predati trećemu, tj. vlasniku koji mu je u vlasničkoj parnici oduzeo stvar (čl. 162. i čl. 166. ZV-a), umanjeni za visinu protuzahjteva koje bi evincirani kupac mogao postaviti prema vlasniku (čl. 164. i čl. 165. ZV-a). U drugu skupinu stvarnih šteta ulazile bi sve one štete koje se tiču odnosa između prodavatelja i kupca, a zbog toga što prodavatelj nije ispunio obvezu zaštite od evikcije, kao npr.: povećanje vrijednosti takve stvari, troškovi koji se tiču stvari, vrijednost plodova koje prodavatelj mora nadoknaditi kupcu te ostali troškovi.

Kupac može od prodavatelja načelno zahtijevati naknadu cjelokupne štete koju je pretrpio zbog evikcije (čl. 510. st. 3. ZOO-a). Kod naknade štete zbog pretrpljene evikcije od velike je važnosti *bona fides* kupca i prodavatelja. Tako smo već rekli da kupcu ne pripada pravo na naknadu štete ako je bio nesavjestan, tj. znao je za pravo

⁷² "Kupac kojem je nadležno tijelo oduzelo kupljeno vozilo jer je bilo ukradeno ima pravo od prodavatelja zahtijevati povrat isplaćene cijene kao i naknadu štete", VSRH, Rev-1391/99, Izbor odluka, 2000., odl. br. 25; "Kupac, kojem je nadležno tijelo oduzelo kupljeno vozilo jer je bilo ukradeno, ima pravo od prodavatelja zahtijevati povrat isplaćene cijene kao i naknadu štete u visini plaćene premije kasko osiguranja", VSRH, Rev-1054/92, od 9. rujna 1992., Izbor odluka, 1994., odl. br. 120.

⁷³ Perić, op. cit., str. 275.

trećega koje isključuje ili ograničuje njegovo pravo (čl. 510. st. 4. ZOO-a).⁷⁴ S druge strane savjesnost prodavatelja biti će od utjecaja za visinu naknade štete koju će bit dužan platiti evinciranom kupcu. Znači, biti će dužan naknaditi štetu i kad je bio savjestan, ali u manjem opsegu nego kad je bio nesavjestan.

5.4.2.1.1. Povećanje vrijednosti stvari

Ovdje se radi o šteti koju kupac može pretrpjeti kada prodana stvar vrijedi u trenutku evikcije više nego što je vrijedila u trenutku prodaje. U tom slučaju samo vraćanje cijene ne stavlja kupca u položaj u kojem bi bio da nema evikcije, naime povrat cijene ne popravlja onu štetu koja predstavlja razliku između vrijednosti stvari u trenutku sklapanja ugovora o prodaji i vrijednosti stvari u trenutku evikcije. Stoga je i logično da prodavatelj odgovara za tu štetu, jer da nije nastupila evikcija (a nje ne bi bilo da je prodavatelj bio vlasnik stvari), ne bi ni kupac pretrpio tu štetu.⁷⁵

Do povećanja vrijednosti stvari može doći na dva načina: povećanje vrijednosti mimo volje kupca te povećanje vrijednosti ulaganjima koje je učinio kupac.

a) Povećanje vrijednosti bez ulaganja u samu stvar

Prvi način jest da do povećanja vrijednosti stvari dođe mimo volje kupca, npr. izgradnjom infrastrukture u blizini zemljišta, zemljište dobije na vrijednosti povećanjem cijene. Ovakvu štetu dužan je nadoknaditi prodavatelj bez obzira da li je bio savjestan ili nesavjestan.

b) Povećanje vrijednosti ulaganjem u samu stvar (troškovi koji se tiču stvari)

Ovdje se radi o tome da je sam kupac izvršio neka ulaganja u stvar, čime je ona dobila na vrijednosti, te se postavlja pitanje nadoknade tih troškova. No tu treba praviti razliku između više vrsta troškova.

Ako se radi o tzv. nužnim troškovima (oni koji su bili bitni za održavanje stvari), pa i o korisnim troškovima (oni koji su učinjeni da bi se povećala rentabilnost stvari), onda je takve troškove prodavatelj dužan nadoknaditi kupcu, bez obzira na to da li je bio savjestan ili nesavjestan. Treba napomenuti da po čl. 164. st. 2. ZV-a nužne i korisne troškove tužitelj (vlasnik) treba nadoknaditi poštenom posjedniku (kupcu), pa tako kupcu ostaje mogućnost da bira da li će se zahtjeve za naknadu nužnih i korisnih troškova postaviti prema prodavatelju (s naslova zaštite od evikcije) ili prema vlasniku. Time položaj kupca u slučaju evikcije ojačava u odnosu na položaj poštenog posjednika iz čl. 164. st. 2. ZV-a jer zahtjeve može postaviti i prema vlasniku i prema prodavatelju, a ne samo isključivo prema vlasniku kao što je to slučaj u čl. 164. st. 2. ZV-a.⁷⁶

⁷⁴ Savjesnost odnosno nesavjesnost kupca biti će i od utjecaja na naknadu koristi od uporabe i plodova stvari koje će kupac morati predati vlasniku stvari, kao i na eventualne protuzahjeve evinciranog kupca prema vlasniku glede troškova koje je imao glede stvari (čl. 164. i čl. 165. ZV-a).

⁷⁵ Perić, op. cit., str. 283 -284.

⁷⁶ Razlika bi bila u trajanju prava na naknadu troškova. Naime, pravo na naknadu troškova po pravilima stvarnog prava zastarijeva u roku od tri godine od predaje stvari (čl. 164. st. 7. ZV-a), a prava na naknadu troškova s naslova zaštite od evikcije prestala bi po isteku godine dana od saznanja za pravne nedostatke (čl. 515. st. 1. ZOO-a), odnosno u roku od šest mjeseci nakon pravomoćnog okončanja spora, ako je prije isteka roka od godine dana treća osoba pokrenula spor, a kupac pozvao prodavatelja da se umiješa u spor (čl. 515. st. 2. ZOO-a).

Međutim, ako se radi o luksuznim troškovima, dakle onima kojima se po pravilu povećava vrijednost stvari, ali ne i korisnost, rentabilnost, u pravnoj literaturi izražava se stav da takve troškove nadoknađuje samo nesavjesni prodavatelj jer se plaćanje tih troškova smatra kaznom za nesavjesno ponašanje. Moglo bi jedino doći u primjenu *ius tollendi*.^{77, 78}

Ako je pak kupac bio nesavjestan (znao je ili je trebao znati za postojanje pravnih nedostataka), već smo napomenuli da u tom slučaju prodavatelj ne odgovara kupcu za štetu koju je pretrpio prilikom evikcije, pa tako ni za nadoknadu troškova glede stvari (čl. 510. st. 4. ZOO-a, *supra* 4.5.1.). Međutim, kupcu koji je bio nesavjestan posjednik stvari, po čl. 165. st. 3. ZV-a, pripadalo bi pravo na naknadu nužnih troškova ukoliko bi oni bili nužni i vlasniku (tužitelju), a ukoliko je kupac nešto dodao na stvari, učinivši pritom troškove koje mu se ne naknađuju (korisni troškovi koji nisu ujedno osobno korisni i za vlasnika⁷⁹ i luksuzni troškovi), bio bi ih ovlašten odvojiti i uzeti za sebe ukoliko bi to bilo moguće bez oštećenja same stvari (čl. 165. st. 5. ZV-a). Dakle, u ovom slučaju pravila stvarnog prava pružaju mogućnost za nadoknadu nužnih troškova koje je nesavjesni kupac imao glede stvari, dok mu pravila obveznog prava to ne bi dopuštala.

5.4.2.1.2. *Ostali troškovi*

U opseg naknade štete spadaju također i troškovi koji su nastali povodom zaključenja i izvršenja ugovora (npr. troškovi oko pregleda predmeta kupoprodaje, zatim sastavljanja isprava, prijevoza, prijema i osiguranja stvari, troškovi ovjere ugovora i upisivanja u zemljišne knjige), kao i parnični troškovi.

5.4.2.1.3. *Plodovi*

Što se tiče plodova, ako je kupac bio savjestan i pretrpio potpunu evikciju, on zadržava sve plodove - potrošene, ubrane, zanemarene - (čl. 164. st. 1. ZV-a) koji su nastali do trenutka kada je treći podnio vindikacijsku tužbu (jer samo do tada može biti savjestan, čl. 18. st. 4. ZV-a), pa se vrijednost tih plodova i ne naknađuje od prodavatelja. Dakle, može se zaključiti da kupac u ovom slučaju stječe vlasništvo na plodovima stvari samom separacijom (čl. 141. st. 2. ZV-a). Plodovi ostaju u vlasništvu kupca, te stoga ne postoji obveza prodavatelja da mu za te plodove plati naknadu.

Ako je pak kupac bio nesavjestan, dužan je predati sve plodove (potrošene,

⁷⁷ Perić, op. cit., str. 288.

⁷⁸ Ovakvo shvaćanje obaveze naknade luksuznih troškova koji se tiču stvari, s osnova odgovornosti za evikciju, povoljnije je za kupca, nego da se primjene pravila o naknadi troškova koji se tiču stvari kod reivindikacije (čl. 164. st. 4. ZV-a). Naime, kod reivindikacije, kupac ukoliko je bio pošten posjednik, imao bi pravo na naknadu nužnih i korisnih troškova, ali nikako ne i luksuznih troškova. Jedino bi ih mogao uzeti za sebe ako se mogu odvojiti od stvari, a da se je ne ošteti.

⁷⁹ "Nesavjesnom posjedniku ne pripada pravo na naknadu korisnih troškova kad vlasnik ne koristi ulaganja izvršena u njegovu nekretninu..." VSH, Rev-1455/85 od 8. siječnja 1986, u: Žuvela, M., *Vlasničkopravni odnosi*, peto prerađeno i izmijenjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 1996. (dalje u tekstu Žuvela); sudska praksa uz čl. 39. ZOVO - a, odl. br. 1.

ubrane, zanemarene) trećemu - vlasniku (čl. 165. st. 1. ZV-a),⁸⁰ a prema prodavatelju ne može postavljati nikakve zahtjeve jer je bio nesavjestan (*supra* 4.5.1.). Jedino bi imao pravo tražiti od vlasnika naknadu troškova koje je imao radi dobivanja tih plodova ako bi ih imao kao dobar gospodar, ali nikada ne više od vrijednosti plodova koje je dužan predati (čl. 8. st. 6. ZV-a).

Plodovi koji su nastali nakon podnošenja tužbe, a do pravomoćnog završetka parnice pripadaju tužitelju (vlasniku),⁸¹ ali će ih prodavatelj biti dužan naknaditi evinciranome kupcu ako je kupac bio savjestan do trenutka kada je treći protiv njega podnio tužbu (nakon podnošenja tužbe ne može više biti savjestan ako je u parnici pravomoćno odlučeno da stvar pripada trećemu - čl. 18. st. 4. ZV-a).⁸²

5.4.2.2. *Izmakla dobit*

Po shvaćanju u pravnoj literaturi poštenu prodavatelj bio bi dužan da kupcu nadoknadi samo tzv. predvidivu izgubljeni dobit, a nepošteni i onu izgubljenu dobit koju nije mogao predvidjeti prilikom zaključenja ugovora.⁸³

Naravno, ako je kupac bio nesavjestan, ne bi imao pravo na naknadu izmakle dobiti.

6. *Ugovorno ograničenje ili isključenje odgovornosti za evikciju*

Pravila o evikciji uglavnom su dispozitivnog karaktera. Stranke ih mogu sporazumno mijenjati, poštožiti ih, ublažiti, ograničiti ili pak sasvim isključiti (čl. 513. st. 1. ZOO-a). To uostalom proizlazi i iz načela slobode uređivanja obveznih odnosa.⁸⁴

Međutim, ugovorno ograničenje ili isključenje odgovornosti za evikciju ne može biti valjano, ukoliko je prodavatelj u trenutku zaključenja ugovora bio nesavjestan, tj. ukoliko je znao za pravni nedostatak ili je prema relevantnim okolnostima za njega morao znati. Ugovorno je isključenje odgovornosti u takvom slučaju ništavo (čl. 513. st. 2. ZOO-a).

Pored toga, klauzulom o isključenju odgovornosti prodavatelj se nikada ne bi mogao osloboditi obveze da on sam uznemiruje kupca bilo faktički ili pravno, takva bi klauzula bila ništava.

I konačno, ugovorno isključenje odgovornosti ne lišava prodavatelja svake obveze. On će i dalje biti dužan na povrat cijene ako dođe do raskida ugovora. No, ni

⁸⁰ "Nesavjestan posjednik dužan je nadoknaditi vrijednost ubranih plodova, kao i plodova koje je propustio ubrati, po odbitku troškova proizvodnje, a po cijenama u vrijeme donošenja presude." Vs, BiH, Rv-58/86. od 28. studenog 1986., u: Žuvela, *sudska praksa uz čl. 39. ZOVO - a*, odl. br. 2.

⁸¹ To je zbog toga što se nakon podnošenja tužbe i poštenu posjednik smatra nepoštenim (čl. 18. st. (4. ZV-a), pa se, pošto se tretira kao nepošten posjednik, njegova prava i obveze ravnaju prema pravilima postavljenim za nepoštenog posjednika (čl. 165. st. 6. ZV-a), a jedno od tih obveza nepoštenog posjednika je da vlasniku da sve one koristi (i plodove) koje je imao za vrijeme svojeg posjedovanja, pa i one koje bi stvar dala da ih je zanemario (čl. 165. st. 1. ZV-a).

⁸² Perović, *op. cit.*, str. 137-138.

⁸³ Perić, *op. cit.* str. 289.

⁸⁴ Čl. 10. ZOO-a: "Sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu ih uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima te moralu društva".

takva obveza prodavatelja neće postojati ako je kupac pristao da stvar uzme na svoj rizik. U tom slučaju smatra se da su stranke zaključile jedan aleatoran ugovor za kojeg važi da se kod njega ne primjenjuje načelo jednake vrijednosti uzajamnih davanja.⁸⁵

7. Gubitak prava s naslova zaštite od evikcije

Kod gubitka prava s naslova odgovornosti za evikciju radi se o rokovima unutar kojih kupac može postaviti svoje zahtjeve prema prodavatelju. I ovdje se razlikuju sudska i izvansudska evikcija.

Ako je u pitanju izvansudska evikcija, odnosno ako se radi o tome da je kupac saznao za postojanje prava trećega, onda se kupčevo pravo gasi istekom jedne godine računajući od dana kada je saznao za postojanje prava trećega (čl. 515. st. 1. ZOO-a).⁸⁶

Ako se radi o sudskoj evikciji, tj. ako je treća osoba prije isteka toga roka od godinu dana pokrenula spor, onda se pravo kupca prema prodavatelju gasi protekom roka od šest mjeseci od pravomoćnog okončanja spora, ali samo pod uvjetom da je kupac pravovremeno obavijestio prodavatelja o sporu i pozvao ga da se umiješa (čl. 515. st. 2. ZOO-a).⁸⁷

Međutim, ako treća osoba ne pokrene spor u roku od godinu dana od kada je kupac saznao za postojanje prava treće osobe, kupac gubi pravo prema prodavatelju, ali treća osoba i dalje zadržava pravo prema njemu, što znači da treći može pokrenuti spor protiv kupca i nakon što je kupac izgubio pravo prema prodavatelju.⁸⁸ Ovo zbog toga što prava trećega (vlasništvo i druga stvarna prava) po pravilu ne zastarijevaju. Stoga da bi kupac izbjegao ovu nepovoljnu situaciju, morat će odmah po saznanju da postoje pravni nedostaci (prava trećih) postaviti zahtjeve prema prodavatelju s naslova prava zaštite od evikcije,⁸⁹ ne čekajući da treći postavi zahtjev prema njemu, tj. kupcu.

⁸⁵ Perović, u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima (Perović, Stojanović), op. cit., komentar uz član 513., str. 140.

⁸⁶ Iz obrazloženja odluke: "Dakle, u ovoj odredbi govori se o gubitku prava koja pripadaju kupcu po osnovi pravih nedostataka, a jedno od tih prava je pravo raskinuti ugovor, koje se... ne ostvaruje tužbom već prostom izjavom volje upućenom prodavatelju. Stoga je za ocjenu pitanja gubitka toga prava od značenja kada je dana izjava o raskidu ugovora, a ne kada je istaknut predmetni tužbeni zahtjev". VSRH, Rev-1435/97, Izbor odluka, 1998., odl. br. 30.

⁸⁷ "Ocijenjeno je da su kupci saznali za postojanje prava trećega na prodanoj stvari pravomoćnošću presude kojom su obvezni trećem predati stvar". Vs, Rev-1493, od 28. siječnja 1988., PSP - 40/71.

⁸⁸ Vizner, op. cit., str. 1671.

⁸⁹ Ti bi zahtjevi bili da prodavatelj u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili pretenzija trećih ili da mu, kad su predmet ugovora stvari određene po rodu isporuči drugu stvar bez pravnog nedostatka (čl. 509. ZOO-a), odnosno ako prodavatelj u razumnom roku ne udovolji tim kupčevim zahtjevima, da raskine ugovor ako se njegova svrha ne može ostvariti (čl. 510. st. 2. ZOO-a).

8. Odnos pravila stvarnog prava o zaštiti povjerenja u pravni promet i pravila o zaštiti od evikcije

Kod evikcije sa stajališta stvarnog prava radi se o pravnoj situaciji stjecanja vlasništva od nevlasnika (jer prodavatelj prodaje stvar, a nije bio vlasnik te stvari), odnosno o stjecanju vlasništva koje je opterećeno pravima trećih, a o čijem postojanju kupac nije obaviješten (prodavatelj je bio vlasnik, ali je njegovo pravo vlasništva bilo ograničeno tuđim pravima). Izvršen je način stjecanja vlasništva i kupac je trebao postati vlasnikom, odnosno vlasnikom čije pravo vlasništva ne bi trebalo biti opterećeno pravima trećih. Dakle, sukladno ZV-u ispunjene su pretpostavke za stjecanje prava vlasništva, a to su sljedeće:

a) za pokretnine - valjani pravni posao (čl. 115. st. 1. ZV-a) i predaja stvari u samostalan posjed (116. st. 1. ZV-a);

b) za nekretnine - valjani pravni posao (čl. 115. st. 1. ZV-a) i uknjižba nekretnine u zemljišne knjige (čl. 120. st. 1. ZV-a).

No nakon izvršenog čina stjecanja prava vlasništva treći podigne vlasničku tužbu protiv kupca (stjecatelja) i traži povrat stvari (čl. 162. st. 1. ZV-a) odnosno brisovnu tužbu ako se radi o izvnaknjižnom vlasniku čije je pravo vlasništva povrijeđeno nevaljanim upisom prodavateljevog prava vlasništva (čl. 123. st. 2. ZV-a i čl. 129. st. 1. ZZK-a), odnosno tužbu da mu kupac priznaje određeno pravo na stečenoj stvari. To je upravo ona parnica o kojoj se govori kod evikcije, te u koju tuženik-kupac ima pravo pozvati prodavatelja da ga obrani od zahtjeva tužitelja.

8.1. Pokretnine

Kao prvu situaciju koju ovdje moramo napomenuti jest situacija kada je prodavatelj s kupcem sklopio ugovor o prodaji tuđe stvari (čl. 460. ZOO-a), a nije stvar predao u posjed kupcu. Tada se primjenjuju pravila iz čl. 460. ZOO-a, a ne pravila o zaštiti od evikcije (čl. 508-515. ZOO-a). (*supra* 4.2.)

Kada je došlo do prodaje tuđe stvari i njezine predaje kupcu, moguće je primijeniti pravila o zaštiti od evikcije, ali samo ako se ne inzistira na primjeni pravila stvarnog prava o stjecanju od nevlasnika, jer predajom tuđe, prodane stvari kupcu moguće je da se ispune pretpostavke za pravnu situaciju stjecanja prava vlasništva od nevlasnika,

Kada govorimo o stjecanju od nevlasnika na pokretninama, pretpostavke su sljedeće: 1) da otudivatelj (prodavatelj) nije vlasnik stvari, 2) da je sklopljen valjan pravni posao o otuđenju stvari koji je a/ usmjeren na stjecanje prava vlasništva, i b/ naplatan (prodaja), 3) da je stvar predana u neposredan samostalan posjed stjecatelju (kupcu), 4) da je stjecatelj (kupac) bio u dobroj vjeri a/ u trenutku sklapanja pravnog posla (prodaje) i b/ u trenutku predaje stvari u neposredan samostalan posjed (čl. 118. st. 1., 2. i 3. ZV-a). Tek kada se kumulativno ispune sve te pretpostavke, kupac će postati vlasnikom, iako je stvar stekao od prodavatelja koji to nije bio. Ali vlasništvo neće steći na temelju pravnog posla jer prodavatelj nije bio vlasnik (*nemo plus iuris...*), već na temelju samog zakona jer zakon štiti povjerenje u pravni promet (čl. 118. st. 1. ZV-a).

Prava trećih koja su postojala na toj stvari prestaju po samom zakonu, neće prestati samo ona za koje je kupac znao ili je morao znati da postoje (čl. 118. st. 5. ZV-a). Dakako, da se u tom slučaju kupac ne može koristiti ni pravima s naslova zaštite od evikcije jer je bio nasavjestan (čl. 510. st. 4. ZOO-a).

Dakle, kupac je u ovom slučaju stekao pravo vlasništva na originalan način, te kao takav ne može biti evinciran, pa će tužitelj (treći) biti odbijen sa svojim zahtjevom da mu stvar preda ili da mu se na stvari prizna neko pravo, jer su njegova prava prestala po samom zakonu (čl. 118. st. 5. ZV-a). Budući da nema evikcije, nema ni primjene pravila o pravnim posljedicama evikcije, no ipak se primjenjuju pravila o evikciji koja se odnose na pozivanje prodavatelja u parnicu (čl. čl. 509. ZOO-a).

Ako bi se pak radilo o tome da je kupac bio nesavjestan (znao je ili je morao znati da postoje prava trećih na prodanoj stvari), u tom slučaju tužitelj bi zasigurno uspio sa svojim zahtjevom, odnosno došlo bi do evikcije, tj. do oduzimanja stvari putem suda (potpuna evikcija), odnosno do priznavanja tužiteljevog prava na kupčevoj stvari (djelomična evikcija). Dakle, ovdje je moguće da dođe do primjene pravila o pravnim posljedicama evikcije, a to su svakako raskid ugovora (*ex lege*) te vraćanje cijene, ali ne i naknade štete od prodavatelja jer je kupac bio nesavjestan (čl. 510. st. 4. ZOO-a). Te svoje zahtjeve kupac bi mogao ostvarivati u novoj parnici protiv prodavatelja, s time da bi na nju djelovao intervencijski efekt ranije parnice. (*supra* 4.6.)

Međutim, kako smo već ranije napomenuli, pravila o tome kada se prosuđuje da li je kupac bio u dobroj vjeri, nisu identična u stvarnom i obveznom pravu. (*supra* 4. 5. 2.) Naime, u stvarnom pravu da bi došlo do primjene pravila o stjecanju od nevlasnika, kupac mora biti u dobroj vjeri u trenutku sklapanja ugovora, ali i u trenutku primanja neposrednog posjeda stvari (čl. 118. st. 3. ZV-a), dok se po obveznopravnim pravilima traži da kupac bude u dobroj vjeri jedino i trenutku sklapanja ugovora o prodaji (čl. 510. st. 4. ZOO-a) da bi ostvario prava s naslova zaštite od evikcije. Iz toga slijedi zaključak da ako je kupac postao nesavjestan u trenutku primanja stvari u neposredan posjed, ne mogu se primijeniti pravila o stjecanju od nevlasnika, ali bi ostala mogućnost da se primijene pravila o zaštiti od evikcije ukoliko je bio savjestan u trenutku sklapanja ugovora o prodaji.

Također, nema mjesta primjene pravila o stjecanju od nevlasnika ako je kupcu predana stvar u samostalni, ali posredni posjed. U tom slučaju stvar će steći u vlasništvo tek kad mu bude predana u neposredni posjed (čl. 118. st. 2. alineja 2. ZV-a), no, i u tom slučaju kupcu preostaje da se koristi pravima s naslova zaštite od evikcije, jer je sklopljen ugovor o prodaji, a uz njegovo sklapanje vezuje se i obveza prodavatelja da štiti kupca od evikcije (čl. 121. st. 2. i čl. 508. st. 1. ZOO-a).

Ako se pak radi o situaciji višestrukog otuđenja pokretnina (čl. 117. ZV-a), kupac kome je stvar prije predana u samostalni posjed, stekao je vlasništvo (*prior tempore, potior iure*), pa ostali s kojima je prodavatelj sklopio ugovore o prodaji a nisu stekli nikakvo pravo na stvari, ne mogu kupca evincirati.

Možemo zaključiti, ako je kupac bio u dobroj vjeri, teško može doći do evikcije, a time i do primjene svih pravila o pravnim posljedicama evikcije, kao što su pravila o naknadi štete koju savjesni kupac može tražiti od prodavatelja (neovisno o njegovoj savjesnosti). Razlog tome je postojanje pravila stvarnog prava o stjecanju prava vlasništva od nevlasnika, a koja pružaju jaču zaštitu nego pravila o evikciji, no ona

ne isključuju pravo kupca da se istodobno posluži i pravima s naslova zaštite od evikcije. Ali možemo reći da su pravila o evikciji na neki način blaža za kupca nego pravila o stjecanju od nevlasnika jer traže da je kupac bio savjestan jedino u trenutku sklapanja ugovora, a ne i u trenutku predaje mu stvari u nesamostalni posjed, kao što to zahtijevaju pravila o zaštiti od nevlasnika. Zatim, pravila o evikciji pružaju zaštitu i kad je kupac stekao samo posredni posjed, dok pravila o stjecanju od nevlasnika traže da je kupcu predana stvar u neposredni posjed. Dakle, iako su pravila o zaštiti od evikcije slabija od stvarnopravnih pravila o zaštiti povjerenja u pravnom prometu, jer ne garantiraju da će kupcu ostati pravo vlasništva, ipak imaju mogućnost šire primjene a time i zaštite kupca.

Međutim, postoji situacija i kada je kupac bio u dobroj vjeri, a neće se moći koristiti pravilima o stjecanju od nevlasnika (zaštiti povjerenja u pravnom prometu), a to je kada prodavatelj prodaje stvar koja je njezinom vlasniku ukradena, koju je izgubio ili zametnuo, a ne radi se o gotovom novcu, o vrijednosnim papirima na donositelja ili o stvari pribavljenoj na javnoj dražbi (čl. 118. st. 4. ZV-a), ili općenito o stvari koja je iz posjeda vlasnika izašla protiv njegove volje. Tada ih vlasnik stvari može oduzeti kupcu, a da stvarno pravo kupcu ne pruža nikakvu zaštitu. U tom slučaju kupcu preostaju jedino pravila o zaštiti od evikcije temeljem kojih može od prodavatelja tih stvari tražiti da ga zaštiti od pravnih zahtjeva vlasnika, a ako ga ne uspije zaštititi, onda mu preostaje da se posluži pravima koja proizlaze iz pravnih posljedica evikcije. (*supra* 5. 4.)

8.2. *Nekretnine*

Ako se radi o nekretninama, moramo razlikovati dvije skupine situacija.

Prva skupina situacija je ta da je prodavatelj koji nije bio upisan u zemljišne knjige, a niti je bio izvanknjižni vlasnik, s kupcem sklopio kupoprodajni ugovor. U tom slučaju radi se o ugovoru o prodaji tuđe stvari (čl. 460 ZOO-a), te ako prodavatelj ne bude u stanju prenijeti vlasništvo kupca, kupac može zahtijevati raskid ugovora i naknadu štete zbog toga što se ne može ispuniti svrha ugovora, odnosno zbog neispunjenja (čl. 124. ZOO-a). Dakle, u tom slučaju nema primjene pravila o zaštite od evikcije (*supra* 4.2.).

Ostale skupine pravnih situacija odnose se na to kada je prodavatelj bio upisan u zemljišne knjige, ali je došlo do povrede načela zaštite povjerenja u zemljišne knjige (čl. 122. ZV-a).⁹⁰ Po tom načelu, smatra se da zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava pravno i činjenično stanje na nekretnini, pa onaj tko se u dobroj vjeri u to načelo pouzdao bit će pravno zaštićen, tj. steći će pravo vlasništva od osobe koja je bila upisana kao vlasnik, iako ona nije zbiljski vlasnik (zaštita povjerenja u istinitost), odnosno steći će pravo vlasništva nekretnine bez onih ograničenih stvarnih prava i tereta trećih koji nisu bili upisani u zemljišne knjige (zaštita povjerenja u potpunost).

Prva takva situacija je ta da je prodavatelj bio neistinito upisan u zemljišne knjige (zbiljski vlasnik je izvanknjižni vlasnik koji nije upisan u zemljišne knjige), no zbog

⁹⁰ O tome načelu opširno Gavella, *Stvarno pravo*, op. cit., str. 343-348. i Josipović, u: Gavella et al., *Stvarno pravo*, op. cit., str. 213.

publicitetne funkcije zemljišnih knjiga djeluje kao da je vlasnik nekretnine (povjerenje u istinitost zemljišnih knjiga). U tom slučaju kupac stječe uknjižbom pravo vlasništva ako je postupao u dobroj vjeri s povjerenjem u istinitost zemljišne knjige, i ako mu upis ne bude izbrisan zbog nevaljanosti (čl. 123. st. 1. ZV-a). Međutim, osoba (izvanknjižni vlasnik)⁹¹ čije je pravo vlasništva povrijeđeno (izbrisano) nevaljanom (neistinitom) prednikovom uknjižbom (u ovom slučaju prednik je prodavatelj koji je neistinito upisan) ima pravo podnijeti brisovnu tužbu (čl. 129. st. 1. ZZK)⁹² u roku od tri godine od kada je zatražen prednikov upis, odnosno ako je o upisu prednika bila obaviještena, tada rok iznosi 60 dana od isteka roka za žalbu protiv rješenja o upisu (koji iznosi 15 dana - čl. 125. st. 1. ZZK, i unutar kojeg je morao zatražiti zabilježbu da je upis prednika sporan - čl. 129. st. 2. toč. 2. ZZK), a kojom može zahtijevati brisanje neistinitog prednikovog upisa i upise svih onih koji su na temelju takvog upisa ishodili daljnje upise (čl. 123. st. 2. ZV-a), kao i uknjižbu u svoju korist. Ako tužiteljjev zahtjev bude usvojen, te bude naloženo da se izbriše prednikov (prodavateljjev) upis kao i upisi osoba koji se izvode iz prednikovog neistinitog upisa (npr. upis prava vlasništva kupca) i da se izvrši upis u korist tužitelja (izvanknjižnog vlasnika), u tom će slučaju kupac biti evinciran od trećega (jer će izgubiti pravo vlasništva) te će moći postaviti određene zahtjeve prema prodavatelju s naslova zaštite od evikcije. (*supra* 5.4.) Treba naglasiti da se u ovom slučaju ne radi o klasičnoj evikciji jer se tužba ne upravlja protiv kupca nego protiv prodavatelja kao neistinitog prednika, ali je u posljedicama izjednačeno s evikcijom - gubitak prava. Međutim, ako isteknu rokovi za podnošenje brisovne tužbe koji su inače prekluzivne naravi,⁹³ treći (izvanknjižni vlasnik) nema mogućnosti izvršiti upis u svoju korist, i tako evincirati kupca. Time je izvanknjižni vlasnik potpuno izgubio mogućnost da zaštiti svoje pravo vlasništva, pa sukladno tome više se i ne smatra nikakvim vlasnikom, a kupac neće moći biti evinciran.

Druga takva situacija je kada je stjecatelj (kupac) postupao u dobroj vjeri s povjerenjem u potpunost zemljišne knjige, jer naime, u takvom slučaju stjecatelj stječe vlasništvo nekretnine kao da na njoj ne postoje tuđa prava (ograničena stvarna prava), tereti i ograničenja koja nisu upisana, niti je iz zemljišnih knjiga vidljivo da je zatražen njihov upis (čl. 124. st. 1. ZV-a). Ta prava, iako su možda postojala izvanknjižno, uknjižbom prava vlasništva kupca definitivno prestaju zbog djelovanja načela zaštite povjerenja u potpunost zemljišnih knjiga (neće prestati samo ona za koje je kupac znao da postoje), a njihovim nositeljima nije čak ni priznato pravo na zemljišnoknjižnu zaštitu u vidu brisovne tužbe (kao što je to priznato izvanknjižnom vlasniku) da bi mogli ishoditi upotpunjavanje zemljišnoknjižnog stanja. Dakle, ako i bude upravljen kakav zahtjev nositelja tih prava za priznavanje njihovih prava prema kupcu, njihov će se zahtjev odbiti pozivanjem na načelo zaštite povjerenja u potpunost zemljišnih knjiga, a kupac neće biti evinciran.

⁹¹ Šire o ovlaštenicima zahtjeva za brisanje upisa prava vlasništva u zemljišnoj knjizi, Simonetti, P., *Rasprave iz stvarnog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2001., str. 123.

⁹² Zakon o zemljišnim knjigama, NN, br. 91/96., 68/98., 137/99. i 114/01.

⁹³ Josipović, op. cit., str. 274.

Zaštita povjerenja u istinitost (čl. 123. ZV-a) i potpunost (čl. 124. ZV-a) zemljišnih knjiga djeluje u korist kupca (stjecatelja) samo ako je on postupao u dobroj vjeri, tj. da nije znao da ono što je upisano nije potpuno ili da je različito od izvanknjižnog stanja (čl. 122. st. 1. ZV-a). Stoga, ako je kupac bio nesavjestan (nije postupao u dobroj vjeri), jer je npr. znao da je treći već stekao pravo vlasništva ili pravo stvarne služnosti izvanknjižno, iako nije bio upisan u zemljišne knjige, neće doći do primjene tih načela, a prava trećega koja su stečena i postojala izvanknjižno, neće prestati, iako se pravo vlasništva na nekretnini upisalo u korist kupca (stjecatelja). Treći će tako moći postaviti određene zahtjeve prema nesavjesnom kupcu za zaštitu svog izvanknjižnog prava, i to bez ikakvih vremenskih ograničenja, jer stečena stvarna prava u načelu ne zastarijevaju, pa stoga to stvarno pravo (izvanknjižno) nije ni prestalo postojati. U tom slučaju može doći do evikcije, a kupac jer je bio nesavjestan, ne bi ni imao prava s naslova zaštite od evikcije (čl. 510. st. 4. ZOO-a). Trebalo bi jedino obratiti pozornost na trenutak kada je kupac bio nesavjestan, ali o tome govorimo nešto kasnije.

Međutim, do evikcije kupca ipak može doći kada se radi o pravima, teretima i ograničenjima trećih koja postoje na temelju zakona, a ne upisuju se u zemljišne knjige. U tom slučaju stjecatelj (kupac) koji je, makar i postupajući s povjerenjem u potpunost zemljišne knjige, stjecao u dobroj vjeri, ne uživa pravnu zaštitu (čl. 124. st. 2. ZV-a). Drugim riječima, prava, tereti i ograničenja trećih ostaju, pa sukladno tome može doći do evikcije, tj. da treći postave određene zahtjeve prema kupcu. Prodavatelj bio bi dužan uzeti kupca u zaštitu, a ne uspje li ga zaštititi, onda kupcu pripadaju određena prava s naslova zaštite od evikcije. (*supra* 5. 4.)

Poseban slučaj evikcije je i slučaj višestrukog ugovaranja otuđenja iste nekretnine (čl. 125. ZV-a). Zakon regulira dvije situacije.⁹⁴ U prvoj situaciji (čl. 125. st. 1. ZV-a) više je kupaca sklopilo ugovore o prodaji s prodavateljem, a pravo vlasništva steći će onaj koji je prvi u (dobroj vjeri) podnio zahtjev za uknjižbu. Ostali nisu ni postali vlasnici, pa prema tome nemaju nikakvo pravo glede predmetne nekretnine, pa ne mogu niti evincirati kupca koji je prvi u (dobroj vjeri) podnio zahtjev za uknjižbu. U drugoj situaciji prodavatelj je prvom kupcu predao nekretninu u samostalni posjed, a drugi se kupac nakon što je prvome već otuđena i predana, upisao u zemljišne knjige (čl. 125. st. 2. ZV-a). U toj situaciji, kupac kome je nekretnina predana u samostalni posjed, ima pravo na tzv. kvazibrisovnu tužbu,⁹⁵ koju može podnijeti u propisanim rokovima,⁹⁶ protiv drugog kupca koji se upisao u zemljišne knjige, ali u parnici mora dokazati da je taj kupac bio *male fidei*, tj. da je znao u trenutku sklapanja pravnog posla da je tužitelju nekretnina već valjano otuđena i predana u samostalni posjed. U ovom slučaju evikciju trpi kupac koji se upisao u zemljišne knjige, a znao je da je drugom kupcu otuđena nekretnina i predana u samostalni posjed. No, iako on trpi evikciju, neće se moći koristiti pravima s naslova zaštite od evikcije jer je bio nesavjestan.

⁹⁴ Opširno o višestrukom otuđenju pokretnih i nepokretnih stvari, kao i o mogućim pravnim situacijama koje se prilikom višestrukog otuđenja javljaju: Simonetti, P., *Rasprave...*, op. cit., str. 65 - 114.

⁹⁵ Gavella, *Stvarno pravo*, op. cit., str. 343.

⁹⁶ Tri godine od upisa čije se brisanje zahtijeva. (čl. 125. st. 2. alineja 2. ZV-a).

Treba još napomenuti da jedna od pretpostavki da može doći do primjene pravila o zaštiti povjerenja u zemljišne knjige (čl. 122-125. ZV-a) jest da je kupac (stjecatelj) bio u dobroj vjeri. Trenutak u kojem kupac nekretnine mora biti u dobroj vjeri nije identičan u stvarnome i obveznom pravu, stoga je od iznimne važnosti utvrditi taj trenutak, jer o njemu ovisi i postojanje prava s naslova zaštite od evikcije, ali i stjecanje od nevlasnika. Po pravilima obveznog prava već smo rekli da to mora biti trenutak sklapanja ugovora o prodaji (čl. 510. st. 4. ZOO-a) da bi se mogao koristiti pravima s naslova zaštite od evikcije. Po pravilima stvarnog prava to mora biti također trenutak sklapanja ugovora o prodaji, ali i trenutak kada je zahtijevao upis u zemljišne knjige (čl. 122. st. 3. ZV-a), a da bi na njega djelovalo načelo zaštite povjerenja u zemljišne knjige i time bio pravno zaštićen. Dakle, može se zaključiti da, ako je kupac bio nesavjestan u trenutku kada je zahtijevao upis u zemljišne knjige, ne bi mogao ostvariti pravnu zaštitu po pravilima stvarnog prava, ali mogao bi se koristiti pravima s naslova zaštite od evikcije pod uvjetom da je bio savjestan u trenutku sklapanja ugovora o prodaji. Dakle, zaštita od evikcije ima doduše slabije djelovanje nego stvarnopravna zaštita, ali je u pogledu uvjeta za ostvarivanje pravne zaštite (posebice dobre vjere stjecatelja - kupca) blaža za kupca (stjecatelja).

9. Zaključak

Ustanova zaštite od evikcije proizlazi iz načela jednake vrijednosti uzajamnih davanja. Tom ustanovom se na neki pojačava obveznopravni odnos, djeluje kao neko dodatno jamstvo da će prodavatelj ili otuđivatelj nekog prava pravilno ispuniti svoju obvezu.

Međutim, čini nam se da će, barem kad je u pitanju stjecanje prava vlasništva na stvarima, prije doći do primjene instituta stvarnog prava o stjecanju prava vlasništva od nevlasnika, odnosno s povjerenjem u zemljišne knjige, jer će kupac (stjecatelj) prije inzistirati na besprijekornosti svoga stvarnoga prava nego postupati po pravilima obveznog prava o odgovornosti za evikciju. To ponajprije zbog toga što na taj način može zadržati pravo vlasništva, a potom, ako se oslanja samo na zaštitu koje mu pruža obvezno pravo, izlaže se riziku da dužnik, tj. prodavatelj, zbog insolventnosti neće biti u stanju ispuniti svoje obveze s naslova zaštite od evikcije.

No, usprkos tome valja zaključiti da se pravila o evikciji i pravila stvarnog prava o stjecanju vlasništva od nevlasnika, izvrsno nadopunjuju, jer može se desiti da kupac unatoč tome što je inzistirao na svom pravu vlasništva, izgubi spor. U tom mu slučaju preostaje ustanova zaštite od evikcije kojom bi mogao ostvariti određena prava prema prodavatelju (ako već ne može biti vlasnik stvari), te na taj način cjelokupni odnos između prodavatelja i kupca dobiva jednu novu dimenziju zaštite.

Literatura

1. Arangio-Ruiz, V., *Instituzioni di diritto romano*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1934., XI.;
2. Galgano, F., *Diritto privato*, nona edizione, CEDAM, Padova, 1996
3. Gavella, N. et al., *Hrvatsko građanskopravno uređenje i kontinentalno europski pravni krug*, 2. nepromijenjeno izdanje, Zagreb, 1994.;

4. Gavella, N., et al., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998.;
5. Gavella, N., *Nasljedno pravo*, Informator, Zagreb, 1990.;
6. Gorenc, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRIF - Pravna biblioteka, Zagreb, 1998.;
7. Horvat, M., *Rimsko pravo*, Školska knjiga, deveto izdanje, Zagreb, 1977.;
8. Jakšić, S., *Obligaciono pravo opšti dio*, izdavačko poduzeće "Veselin Masleša", Sarajevo, 1960.
9. Josipović, Tatjana, *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb, 2001.
10. Jossierand, L., *Cours de droit civil positif français*, 2. Izdanje, Recueil Sirey, Paris, 1939.;
11. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (redakcija Perović, S., - Stojanović, D.), Kulturni centar Gornji Milanovac - Pravni fakultet Kragujevac, 1980.;
12. Momčinović, H., *Odgovornost prodavatelja za pravne nedostatke prodane stvari*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 35., 1996. str. 147-159.;
13. Perić, Ž., *O ugovoru o prodaji i kupovini*, u *Klasici jugoslavenskog prava*, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1986.;
14. Perović, S., *Obligaciono pravo*, knjiga prva, Privredna štampa, Beograd, 1980.;
15. Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1975.;
16. Simonetti, P., *Rasprave iz stvarnog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2001.
17. Simonetti, P., *Učinci pravnoga posla o otuđenju tuđe nekretnine*, *Pravo i porezi*, br. 4., 2001. str. 32-34.;
18. Trabucchi, A., *Istituzioni di diritto civile*, trentesima quinta edizione aggiornata con le riforme e la giurisprudenza, CEDAM, Padova, 1994.;
19. Triva, S., Belajec, V., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1986.;
20. Vedriš, M., Klarić, P., *Građansko pravo*, treće izmijenjeno i prošireno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1998.;
21. Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978.;
22. Volarić, V. R., Zubčić, S., *Odgovornost za pravne nedostatke - pozitivnopravne i praktične implikacije*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 34., 1995., str. 678 -690.

Pravni izvori

1. Ovršni zakon, NN, br. 52/96., 29/99., 42/00. (Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske), 173/03. i 194/03.
2. Zakon o nasljeđivanju, NN, br. 48/03.
3. Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99.
4. Zakon o parničnom postupku, NN, br. 53/91., 91/92., 112/99.
5. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00. i 114/01.
6. Zakon o zemljišnim knjigama, NN, br. 91/96., 68/98., 137/99. i 114/01.

Sudska praksa

1. Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske 1993. -2002.;
2. Pregled sudske prakse - Prilog časopisa "Naša zakonitost", 1-42, (1972.-1989.), PSP, Zagreb;
3. Žuvela, M., *Vlasničkopravni odnosi*, peto prerađeno i izmijenjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 1996.

Summary

PROTECTION FROM EVICTION

This article gives shortened discussion on protection from eviction. At the very beginning, two different notions have to be distinguished: eviction itself and protection from eviction. Eviction consists of legal action of third person directed against acquirer of right (that has been acquired from alienator) with the aim of limiting, decreasing or depriving acquirer of his right. Protection from eviction includes certain subjective rights of acquirer against alienator in case a request (action) for eviction has been laid. Content of these acquirer's subjective rights includes a demand toward alienator for protection against legal actions of the third person, and if this fails, a right to termination of contract (in case termination does not occur on the basis of law), a right to repayment for paid compensation (price) for evicted right (in case of sale, thing), a right for damages and repayment of costs incurred.

Furthermore, it was important to analyze relationship between rules of civil law related to protection of ownership and acquiring of real rights with confidence in legal transactions and rules on protection from eviction.

Key words: *eviction, protection from eviction, good faith, movables, immovables, legal consequences of eviction.*

Zusammenfassung

SCHUTZ VOR EVIKTION

In dieser Arbeit wird versucht, summarisch die Problematik des Schutzes vor Eviktion zu bearbeiten. Gleich zu Anfang müssen zwei Begriffe voneinander abgegrenzt werden: Eviktion und Schutz vor Eviktion. Die Eviktion ist der Rechtsakt eines Dritten, der gegen den Erwerber eines Rechtes (das er vom Veräußerer erworben hat) gerichtet ist und zwar mit dem Ziel, das Recht des Erwerbers zu begrenzen, zu mindern oder zu entziehen. Schutz vor Eviktion bedeutet bestimmte subjektive Rechte des Erwerbers gegenüber dem Veräußerer, wenn gegen ihn eine Eviktionsforderung (Akt) erhoben wird, zu wahren. Diese subjektiven Rechte des Erwerbers beinhalten, dass ihm der Veräußerer Schutz vor den rechtlichen Präventionen Dritter bietet, und falls das nicht gelingt, das Recht, die Lösung des Vertrages zu fordern (falls es nicht schon gesetzlich zur Vertragslösung kommt), außerdem das Recht, die Rückgabe der bezahlten Summe (Preis) für das evinzierte Recht (Sache, wenn es sich um Kauf und Verkauf handelt) sowie Schadensersatz und Ausgaben zu fordern.

Es wird außerdem in Bezug zu den Regeln des Sachenrechts diskutiert, die sich auf den Schutz des Eigentümers beziehen und auf den Erwerb von Sachenrechten mit Vertrauen auf den Rechtsverkehr und die Regeln zum Schutz vor Eviktion.

Schlüsselwörter: *Eviktion, Schutz vor Eviktion, Guter Glaube, bewegliche Sache, unbewegliche Sache, Rechtsfolgen der Eviktion.*

Sommario

TUTELA DALL'EVIZIONE

In questo lavoro è fornita una breve discussione sulla tutela dall'evizione. All'inizio, devono essere distinte due differenti nozioni: evizione in sé e tutela dall'evizione. L'evizione consiste nell'azione legale di una terza persona diretta contro l'acquirente di un diritto (che è stato acquistato da un alienante) con l'obiettivo di limitare, diminuire o privare l'acquirente del suo diritto. La tutela dall'evizione include determinati diritti soggettivi dell'acquirente contro l'alienante nel caso sia stata presentata una richiesta (azione) per evizione. Il contenuto di questi diritti soggettivi dell'acquirente include la domanda verso l'alienante per la tutela contro le azioni legali di terze persone, e se questa non riesce, il diritto a risolvere il contratto (nel caso la risoluzione non avvenga di diritto), al risarcimento per la compensazione pagata (il prezzo) per il diritto oggetto di evizione (nel caso della vendita, il bene), al risarcimento del danno e delle spese.

Inoltre, è importante analizzare la relazione tra le regole del diritto civile connesse alla tutela della proprietà e l'acquisto di diritti reali con fiducia nelle transazioni legali e le regole sulla tutela dall'evizione.

Parole chiave: evizione, tutela dall'evizione, buona fede, beni mobili, beni immobili, conseguenze giuridiche dell'evizione.

OPOZIV ŽIGA I NOVO HRVATSKO ŽIGOVNO PRAVO

Dragan Zlatović, dipl. iur.
Ravnatelj Šibenskog kazališta, Šibenik

UDK: 347.772
Ur.: 7. siječnja 2004.
Pr.: 23. siječnja 2004.
Pregledni znanstveni članak

Žig jest bilo koja riječ, ime, simbol, obličje, slogan, trodimenzionalni oblik ili njihova kombinacija koja identificira i razlikuje robe ili usluge jednog poduzetnika od drugih roba ili usluga drugog poduzetnika.

Novi zakon na snazi u Republici Hrvatskoj je Zakon o žigu iz 2003. godine, koji regulira sva pitanja upravnopravne, građanskopravne i kaznenopravne zaštite žiga.

Novi zakon je usklađen s europskim žigovnim pravom. Zakon sadrži odredbe o uvjetima opoziva registriranog žiga. Ako, u razdoblju od 5 godina nakon registracije, nositelj žiga stvarno ne uporabi žig za registrirane robe ili usluge, ili suspendira uporabu žiga u neprekidnom razdoblju od 5 godina, žig potpada pod sankcije predviđene zakonom.

Ključne riječi: žig, opoziv, neuporaba, stvarna uporaba.

1. Novo hrvatsko žigovno pravo

Prema čl. 2. Zakona o žigu ("Narodne novine", broj 173/03., dalje: ZOŽ 2003.), žigom se štite znakovi koji se mogu grafički prikazati, pod uvjetom da su prikladni za razlikovanje proizvoda ili usluga jednoga poduzetnika od proizvoda ili usluga drugoga poduzetnika.

Dakle, prema ovoj zakonskoj definiciji žig je subjektivno pravo iz područja industrijskog i intelektualnog vlasništva, koje za predmet zaštite uzima znak kojim nositelj žiga označava svoje robe ili usluge u gospodarskom prometu, čineći ih različitim od iste ili slične robe ili usluga drugog poduzetnika.¹

Žigom se, dakle, mogu štiti znakovi, osobito riječi, uključujući osobna imena, crteže, slova, brojke, oblike proizvoda ili njihova pakiranja, trodimenzijske oblike, boje, pod uvjetom da su razlikovni, kao i kombinacije svih naprijed navedenih znakova. Znak je prikladan za razlikovanje ako određenim proizvodima ili uslugama u usporedbi s istovjetnim ili sličnim proizvodima ili uslugama daje poseban, razlikovni karakter.

¹ Marković S., *Pravo intelektualne svojine*, Službeni glasnik, Beograd, 2000., str. 144.

Nositelj žiga, sukladno odredbi čl. 7. ZOŽ-a 2003., ima isključivo pravo na obilježavanje žigom proizvoda ili usluga za koje je žig priznat i isključivo pravo uporabe žiga za te proizvode ili usluge. Nositelji žiga mogu biti pravne ili fizičke osobe koje se bave registriranom gospodarskom, proizvodnom i/ili uslužnom djelatnošću.²

Žigovno pravo u objektivnom smislu može se odrediti kao skup pravnih pravila kojima se uređuje problematika pravne zaštite žiga, odnosno pravni odnosi u svezi s priznanjem žiga, njegovih učinaka, promjena na žigu, trajanja i održavanja žiga, prestanka vrijednosti žiga, građanskopravne i kaznenopravne zaštite žiga te drugih općih pitanja u svezi žiga. Skup ovih pravila čini izvore žigovnog prava u formalnom smislu.³ Radi se o većem broju propisa nacionalnog (zakonskog, podzakonskog i autonomnog) i međunarodnopravnog ranga. Krug propisa koji uređuju problematiku žigovnog prava ponešto se razlikuju od jednog do drugog pravnog poretka. U nekim pravnim sustavima temeljne odredbe o žigovnom pravu eksplicitno su sadržane u ustavima, u drugima su ove temeljne odrednice implicitno uključene u ustave, dok su u brojnim zemljama glavni i temeljni izvori žigovnog prava posebni zakoni o žigovima.

Žigovno pravo regulira odnose između pravnih subjekata povodom žigova, kao i odnose povodom žigova i drugih oznaka. Odnosi između poduzetnika u gospodarskom prometu⁴ povodom žigova tiču se pitanja pod kojim uvjetima određeni poduzetnik ima pravo robu ili usluge označavati konkretnim žigom, dok se odnosi povodom žigova i drugih oznaka tiču rješavanja kolizije između tih znakova, odnosno pitanja pravne snage tih znakova u međusobnoj konkurenciji. Dakle, radi se o odnosima povodom znakova, a ne povodom roba ili usluga koje su obilježene tim znakovima. Kao takvo, žigovno pravo čini temelj i bit predmeta proučavanja znanosti žigovnog prava, bilo kao posebne grane prava ili u okviru skupne discipline prava intelektualnog vlasništva. Proučavanje ove oblasti u sklopu prava intelektualnog vlasništva ne oduzima žigovnom pravu njegovu posebnost i različitost u odnosu na druge srodne grane prava. Štoviše, ovakvo shvaćanje doprinosi njegovom preciznijem pozicioniranju u pravnom sustavu i kvalitetnijem tumačenju i raščlambi.

Žigovno pravo u subjektivnom smislu može se odrediti kao objektivnim pravom priznato pravo nositelja žiga u pogledu njegovog žiga.⁵ Naime, žig je isključivo pravo koje ovlašćuje svog nositelja da u gospodarskom prometu rabi svoj registrirani znak. Pri tome ova subjektivna isključiva prava mogu biti limitirana određenim zakonom propisanim ograničenjima, trpljenjima uporabe odnosno iscrpljenjima prava.

² Čizmić J. - Zlatović D., *Komentar Zakona o žigu*, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 35.

³ *Ibid.*, str. 40.-51. te 495.-964.

⁴ Odnosi povodom znakova roba i usluga koje se ne nalaze u gospodarskom prometu nisu predmet direktnog interesa žigovnog prava. Npr. označena i deponirana roba kao muzejski eksponat, uz napomenu da i ona može biti predmet interesa žigovnog prava ukoliko je bitna za prikaz povijesnog razvitka žiga, a time i žigovnog prava.

⁵ Vidi odredbe čl. 7.-12. ZOŽ-a 2003. Detaljnije o subjektivnim žigovnim pravima kod Čizmić J. - Zlatović D., *op. cit.*, str. 199.-210.

Predmet žigovnog prava u materijalnom smislu je znak koji je pogodan za zaštitu, odnosno koji ispunjava uvjete zaštite, te koji nije isključen iz zaštite bilo iz apsolutnih ili iz relativnih razloga za odbijanje.⁶ Predmet žigovnog prava u formalnom smislu je upravno-pravni postupak radi stjecanja žiga, kao i sudski postupci radi zaštite od povrede žiga, nelojalne utakmice i sl.⁷

Temeljni izvor žigovnog prava kod nas je novi ZOŽ 2003. Ovaj je zakon Hrvatski sabor donio 15. listopada 2003. godine u paketu tzv. europskih zakona u postupku usklađivanja domaćeg zakonodavstva s pravnim rješenjima Europske unije.⁸ ZOŽ 2003. stupio je na snagu 8. studenoga 2003. godine, a primjenjuje se od 1. siječnja 2004. godine.

Ovim zakonom izvršene su potrebne intervencije u domaće žigovno pravo, a posebice u smislu njegove harmonizacije s međunarodnim ugovorima, sporazumima i konvencijama kojima je Republika Hrvatske pristupila⁹ ili ima namjeru pristupiti.¹⁰

Nadalje, osobit je naglasak dan na potrebu usklađivanja s odredbama temeljnih europskih pravnih dokumenata s područja žigovnog prava. Radi se posebice o prvoj smjernici (direktivi) Vijeća 89/104/EEC, od 21. prosinca 1988., za usklađivanje pravnih propisa država članica koji se odnose na žigove i Uredbe Vijeća (EC) br. 40/94. od 20. prosinca 1993. godine o žigu Zajednice.¹¹ Kod donošenja novog ZOŽ-a

⁶ Zlatović D., *Apsolutni i relativni razlozi za isključenje - uvjeti žigovne zaštite*, Hrvatska pravna revija, god. I., br. 7., 2001., str. 56.-69.

⁷ Elster A., *Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht*, Zweite Auflage, Berlin - Leipzig, 1928., str. 363. i 370.

⁸ Zlatović D., *Pravo intelektualnog vlasništva u kontekstu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju*, Slobodno poduzetništvo, Zagreb, 2001., br. 21.-22., str. 255.-260.

⁹ Republika Hrvatska članica je niza međunarodnih akata s područja žigovnog prava i prava industrijskog odnosno intelektualnog vlasništva koji se odnose na žigove: 1.) Konvencija o osnivanju Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo (WIPO konvencija, 1967., dopunjena 1979.) - **8. listopada 1991.** - tekst Konvencije nije objavljen u "Narodnim novinama". Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je RH stranka na temelju notifikacija o sukcesiji objavljena je u "Narodnim novinama - Međunarodni ugovori" broj 12/93. i 3/99.). 2.) Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva (1883.) - **8. listopada 1991.** - tekst Konvencije nije objavljen u "Narodnim novinama". Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je RH stranka na temelju notifikacija o sukcesiji objavljena u "Narodnim novinama - Međunarodni ugovori" broj 12/93. i 3/99.). 3.) Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova (1891.) - **8. listopada 1991.** - tekst Sporazuma nije objavljen u "Narodnim novinama". Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je RH stranka na temelju notifikacija o sukcesiji objavljena u "Narodnim novinama - Međunarodni ugovori" broj 12/93. i 3/99.). 4) Nicanski sporazum o međunarodnoj klasifikaciji roba i usluga u svrhu registriranja žigova (1957.) - **8. listopada 1991.** - tekst Sporazuma nije objavljen u "Narodnim novinama". Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je RH stranka na temelju notifikacija o sukcesiji objavljena u "Narodnim novinama - Međunarodni ugovori" broj 12/93. i 3/99.). 5) TRIPS - Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva WTO (1994.) - 30. studenoga 2000. Svi navedeni dokumenti dostupni su na hrvatskom jeziku kod Čizmić J. - Zlatović D., *op.cit.*, str. 495.-584.

¹⁰ Tako dana 23. siječnja 2004. godine stupa na snagu Protokol koji se odnosi na Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova ("Narodne novine", br. 13/03.).

¹¹ Smjernica je usvojena 21. prosinca 1988. godine, a objavljena je u Sl. listu EEZ-a br. L 40 i GRUR Int, 4/89. Uredba je donesena 20. prosinca 1993. godine, a objavljena je u Sl. listu EZ-a br. L 11/1-35 od 14. siječnja 1994. godine i "Industrial Property and Copyright", 1995.11.

2003. bilo je nužno uskladiti nazivlja koja odstupaju od nazivlja iz Smjernice Europske unije što je usporavalo ukupni razvoj i harmonizaciju stručnog nazivlja u području žigova, zatim je bilo potrebno precizirati dosadašnja rješenja u odnosu na ranije zakonske tekstove koji nisu bili dovoljno dorečeni, cjeloviti i jasni, te konačno ugraditi pojedine zahtjeve koji proizlaze iz Smjernice Europske unije koja se odnosi na žigove. Time su se stvorile legislativne pretpostavke za adekvatnije i učinkovitije uključivanje Republike Hrvatske u političke, pravne i ekonomske procese u Europi.¹²

Između ostaloga, nužno je bilo u novom zakonodavstvu urediti i pitanja trajanja, produženja i prestanka vrijednosti žiga. U novom hrvatskom ZOŽ-u 2003. žig prestaje vrijediti zbog isteka razdoblja zaštite, neplaćanja pristojbi ili naknade troškova za produženje vrijednosti žiga, odricanja nositelja žiga i opoziva žiga, te smrti, odnosno prestanka postojanja nositelja žiga.¹³ Prestanak vrijednosti žiga u ovim slučajevima ima učinak *ex nunc* (*pro futuro*). Uz ove modalitete prestanka, naše novo žigovno pravo sadrži i institut proglašavanja žiga ništavim. Tu se radi o odluci Zavoda kojom se utvrđuje da žig nije registriran sukladno zakonskim odredbama, odnosno da su postojali razlozi za isključenje toga znaka od zaštite. U tom smislu, može se figurativno kazati da je žig poništen, što ima povratno (retroaktivno) djelovanje (*ex tunc*) od dana podnošenja prijave za registraciju žiga.

U nastavku obradit ćemo opoziv žiga (engl. Revocation)¹⁴ kao oblik prestanka vrijednosti žiga zbog neuporabe iz članaka 46. do 48. ZOŽ-a 2003.¹⁵

2. Opoziv žiga

2.1. Komparativni prikaz u svezi s opozivom žiga

2.1.1. Međunarodnopravna rješenja

Republika Hrvatska pohranila je dana 28. srpnja 1992. godine u Svjetskoj organizaciji za intelektualno vlasništvo (World Intellectual Property Organization - WIPO) instrument kojim iskazuje interes i zahtjev da ju se smatra, što se tiče teritorija Republike Hrvatske i po sukcesiji SFR Jugoslavije, stranom ugovarateljicom određenih međunarodnih konvencija i sporazuma iz područja intelektualnog vlasništva,¹⁶ među kojima posebno mjesto zauzima Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva.¹⁷

¹² Preneseno iz Prijedloga zakona o žigu s konačnim prijedlogom zakona, Ministarstvo znanosti i tehnologije RH, Zagreb, rujna, 2003., str. 1.

¹³ Iako to nije eksplicitno navedeno u ZOŽ-u 2003., žig može prestati i zbog smrti ili prestanka postojanja nositelja žiga.

¹⁴ Marunica F., *English-Croatian and EU Law Dictionary*, Zagreb, 2003., str. 415.

¹⁵ O ostalim vidovima prestanka žigova opširnije kod Zlatović: *Pravna gledišta u svezi prestanka žiga*, Vladavina prava, god. V, br. 3 - 4., 2001., 57-108., te Čizmić - Zlatović: *Komentar Zakona o žigu*, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 296.- 319.

¹⁶ Uz Parišku konvenciju radi se o Konvenciji kojom se osniva Svjetska organizacija za intelektualno vlasništvo, Madridskom sporazumu o međunarodnoj registraciji žigova, Nicanskom sporazumu o međunarodnoj klasifikaciji proizvoda i usluga za registraciju žigova, Locarnskom sporazumu o međunarodnoj klasifikaciji industrijskih uzoraka i modela, te Bernskoj konvenciji o zaštiti književnih i umjetničkih djela.

¹⁷ Pariška konvencija usvojena je na diplomatskoj konferenciji u Parizu 20. ožujka 1883. godine, a stupila je na snagu 7. srpnja 1884. godine.

Pariška konvencija je univerzalni i opći izvor međunarodnog materijalnog i postupovnog prava industrijskog vlasništva kojom se reguliraju temeljna načela međunarodne zaštite svih prava iz područja industrijskog vlasništva,¹⁸ koji između ostalog regulira i minimalna prava glede prestanka prava na žig uslijed nekorištenja.

Naime odredbom članka 5. C-1) Pariške konvencije predviđeno je da ako je u nekoj zemlji upotreba registriranog žiga obvezatna, registracija tog žiga može biti poništena samo nakon jednog pravednog roka i ako zainteresirani ne opravda uzroke svojega nerada. Nadalje je utvrđeno da upotreba tvorničkog ili trgovačkog žiga od vlasnika, u izgledu koji se, po elementima što ne mijenjaju distinktivni karakter žiga, razlikuje od izgleda u kojemu je on bio registriran u jednoj od zemalja ugovarateljica (tzv. zemlje članice Unije), neće imati za posljedicu poništenje njegove registracije, niti će umanjiti zaštitu koja je žigu odobrena.

Prema tome ovaj međunarodnopravni akt nedvojbeno upućuje na mogućnost da se u odgovarajućem upravnom postupku donese rješenje kojim prestaje pravo na žig, ali pod sljedećim uvjetima koji se moraju kumulativno ispuniti:

- a) internim zakonodavstvom zemlje članice Unije upotreba zaštićenog (registriranog) žiga mora biti obvezna;
- b) prestanak se može tražiti po proteku razumnog roka, te
- c) ako vlasnik ne pruži dokaze kojima opravdava pasivnost glede korištenja žiga.

Citirane odredbe Pariške konvencije zaslužuju detaljnije razmatranje. Naime sankcija neuporabe nije do kraja konzekventno propisana, ne radi se o obveznoj uporabi, niti je primjerena riječ "nerad". U ovom slučaju radi se o uporabi radi održavanja prava u važnosti.

U ovo vrijeme svjedoci smo uključivanja Hrvatske u sustav GATT/WTO (World Trade Organization - Svjetska organizacija za trgovinu), u okrilju kojeg posebno mjesto, kada je u pitanju zaštita intelektualnog vlasništva, zauzima Sporazum o trgovinskim aspektima intelektualnog vlasništva (TRIPS).¹⁹

Upravo ovaj dokument dalje doraduje pitanja u svezi s prestankom prava na žig uslijed neuporabe,²⁰ tako da u članku 19. stavak 1. određuje minimalni rok protekom kojeg se može tražiti prestanak žiga zbog nekorištenja, na način da se isti utvrđuje kao trogodišnji rok. Nadalje, kao opravdani razlozi koji ekskulpiraju vlasnika žiga od sankcije prestanka prava radi neuporabe ovdje se navode okolnosti nastale neovisno od volje nositelja žiga, primjerice uvozna ograničenja ili druge mjere državne vlasti glede robe ili usluga zaštićenih žigom. Također, kada žig podliježe kontroli njegova vlasnika, odnosno isti prenese svoje pravo drugoj osobi (prijenos, licenca, distribucija, franchising),²¹ uporaba žiga novog korisnika priznaje se kao uporaba žiga u svrhu održavanja registracije.

¹⁸ O tome detaljnije kod Čizmić: *Temeljna načela Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva*, "Informator", br. 4546, od 1.10.1997. Integralni tekst konvencije objavljen je u Čizmić: *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva*, Split, 1998., str. 234.-249.

¹⁹ Ugovor TRIPS je donesen 15. travnja 1994. godine, a stupio je na snagu 1.1.1995.

²⁰ Integralni tekst ovog ugovora vidi kod Čizmić: *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva*, Split, 1998., str. 146.-164.

²¹ Vidi kod Zlatović: *Raspodaganje pravom na žig, "Pravo i porezi"*, god. VII, br. 11/98., str. 1203. i sl.

TRIPS ne uvodi isključivu nadležnost sudova za sve prijepore glede zaštite žigova, odnosno omogućava se i upravnopravna zaštita s tim da sukladno članku 41. stavak 4. TRIPS-a traži da se strankama u postupku pruži pravo preispitivanja konačnih upravnih odluka od strane suda. U odredbama članaka 41. - 48. TRIPS-a utvrđena su procesnopravna načela postupaka u kojima se odlučuje o građanskopravnoj odgovornosti, koja se moraju poštovati i primijeniti i u pravnim poretcima koji meritorno odlučivanje o predmetnoj zaštiti žiga vezuju uz upravni postupak.

Ovi akti međunarodnog karaktera, kako je i naznačeno, utvrđuju osnovna načela za postupanje u pravnim postupcima radi zaštite žiga, pa su i predstavljali polazište kod izrade novog hrvatskog prava intelektualnog vlasništva, u okviru kojega i žigovnog prava.

Uz ove međunarodne konvencije i sporazume koji obvezuju Republiku Hrvatsku, treba ukazati i na Ugovor o žigovnom pravu,²² koji je imao za cilj harmoniziranje nacionalnih i regionalnih sustava registracije žiga odnosno olakšavanje korištenja. Ovim se Ugovorom pojednostavljaju postupci ostvarivanja zaštite, ujednačava rok trajanja te produženje zaštite žiga. Ugovor je stupio na snagu 1. kolovoza 1996. godine i otvoren je za pristupanje svim zemljama članicama Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo, međutim Republika Hrvatska nije još postala članicom ovog Ugovora.²³

U čl. 13. st. 4. Ugovora navodi se da ugovorne stranke ne smiju zahtijevati pridržavanje bilo kojih drugih uvjeta glede zahtjeva za produženje osim onih koji su navedeni u stavcima 1.-3. istog članka, a posebice ne smije se zahtijevati podnošenje izjave i/ili dokaza u svezi s korištenjem znaka. Također ni pristojbe vezane uz podnošenje izjave i/ili dokaza o korištenju neće se smatrati plaćanjima koja se traže za održavanje registracije. Iz navedenog je razvidno da uporaba žiga po ovom Ugovoru ne utječe na pravo na produženje registracije žiga.

2.1.2. Europsko žigovno pravo

Ovdje se moramo ukratko osvrnuti i na stvaranje jednog nadnacionalnog prava žiga unutar Europske unije, odnosno na tzv. žig Zajednice, koji se dugi niz godina stvarao kroz praksu Europskog suda, zatim pravno inaugurirao prvo kroz Smjernice o ujednačenju pravnih propisa zemalja članica o pravnoj zaštiti žiga, od 21.12.1988. godine,²⁴ te konačno uobličio kroz Uredbu o žigu Zajednice, iz 1993. godine.²⁵

Smjernica je u 8. uvodnoj klauzuli inaugurirala kao jedan od temeljnih ciljeva upravo tendenciju smanjivanja broja registriranih žigova u EEZ-u (sada EU), dok je u odredbi članka 10. uvela prinudu na korištenje žiga. Ukoliko ne postoji opravdan razlog za nekorisćenje žiga, on se može opozvati zbog neuporabe u trajanju od pet godina od registracije žiga ili zbog njegove neuporabe u neprekidnom trajanju od pet godina.²⁶ Dakle, ako u razdoblju od 5 godina nakon što je okončana registracijska

²² Ugovor o žigovnom pravu (Trademark Law Treaty - TLT) usvojen je u Genevi 27. listopada 1994. godine, objavljen je u *Intellectual Property and Copyright*, January 1995., dok je neslužbeni tekst na hrvatskom jeziku objavljen u Čizmić J. - Zlatović D., *op.cit.*, str. 585.-604.

²³ Besarović V. - Žarković B., *Intelektualna svojina*, knjiga druga, Međunarodni ugovori, Dosije, Beograd, 1999., str. 445.

²⁴ Objavljena u Službenom listu EEZ-a br. 40/89, od 11.2.1989. godine.

²⁵ Detaljnije kod Kmeta: *Evropsko pravo intelektualnog vlasništva*, Pravni centar, Sarajevo, 1996., str. 37.

²⁶ Više kod Tritton G., *Intellectual Property in Europe*, sec.ed., Sweet & Maxwell, London, 2002., str. 262.

procedura, nositelj žiga ne stavi žig u redovitu stvarnu uporabu u državi članici u odnosu na robe ili usluge za koje je taj žig registriran, ili ako je uporaba suspendirana kroz neprekidno razdoblje od 5 godina, žig će biti predmet sankcija predviđenih Smjernicom, ako ne postoje opravdani razlozi za neuporabu.

Sukladno odredbi stavka 2. članka 10. Smjernice i sljedeće se situacije smatraju uporabom žiga u smislu odredbe stavka 1. članka 10. Smjernice:

a) uporaba žiga u obliku različitom u pojedinim elementima koji ne mijenjaju distinktivni karakter žiga u obliku u kojem je registriran;

b) obilježavanje žiga na robama ili na pakovanjima u državi članici isključivo u namjeri izvoza.

Ipak ni jedna osoba ne može tražiti da se nositeljeva prava na žigu opozovu kada je, kroz razdoblje prije isteka 5 godina i podnošenja zahtjeva za opoziv, stvarna uporaba žiga započela ili ponovno otpočela odnosno obnovljena u razdoblju od tri mjeseca koji prethode podnošenju zahtjeva za opoziv započetog najranije na isteku kontinuiranog razdoblja od 5 godina od neuporabe.²⁷

Navedena Uredba utvrđuje da žig Zajednice podliježe obvezi iskorištavanja. Ako nositelj prava ozbiljno ne koristi žig uzastopno pet godina od registracije, odnosno ne rabi ga u neprekinutom trajanju od pet godina bez opravdanih razloga, pravo na žig Zajednice prestaje (Verfall, decheance) odlukom Zavoda, na prijedlog ili u povodu protutužbe u postupku radi povrede žiga (čl. 15. i 50. st. 1a. Uredbe). U ovom slučaju valjanost žiga prestaje ex nunc, tj. od trenutka podnošenja zahtjeva ili podizanja protutužbe (čl. 54. st. 1. Uredbe).

Uz ove razloge za opoziv Uredba u odredbi čl. 50. predviđa i još neke razloge:

a) ako žig postane generičko ime u trgovini za proizvode ili usluge u odnosu na koje je registriran, kao konzekvencu aktivnog ili neaktivnog ponašanja nositelja žiga;

b) ako je žig podesan izazvati zabunu u javnosti zbog uporabe od strane samog nositelja ili uz njegov pristanak.²⁸

Tamo gdje razlozi za opoziv postoje u odnosu na samo neke od proizvoda ili usluga, opoziv će biti određen djelomično samo u odnosu na dio proizvoda ili usluga za koje je žig registriran.

Teret dokaza stvarne uporabe žiga nije izričito vezan za nositelja CTM (Community Trade Mark) žiga, ali ako on propusti ukazati takvu uporabu ili opravdane razloge za neuporabu, slijedi opoziv žiga kao sankcija.

Konzekventna provedba obveze korištenja žiga u gospodarskom i pravnom prometu, sukladno citiranoj Uredbi Europske unije i harmoniziranim nacionalnim legislativama zemalja članica Zajednice, utječe na bitno smanjenje broja konflikata između nacionalnih žigova različitih vlasnika.²⁹

²⁷ Vidi čl. 12. Smjernice.

²⁸ Usp. Pagenberg J. - Munzinger P.J.A., *Manual on the European Community Trade Mark*, Carl Heymanns Verlag KG, Koel-Berlin-Bonn-Muenchen, 1996., str. 36.

²⁹ Usp. Schwarz: *Das Markenrecht in der Europäischen Gemeinschaft - Eine Zwischenbilanz*, GRUR int. 1983., str. 3., Beier: *Vereinheitlichung des gewerblichen Rechtsschutzes in Binnenmarkt*, Festschrift fuer Ernst Steindorff, 1990., str. 1100. i dr., te Krneta: *Evropsko pravo žiga*, "Hrvatski patentni glasnik", I, 1994., br. 2-3., str. 231. i sl.

Značenje ove zaštite nije još u cijelosti presudio European Court of Justice.³⁰ U Velikoj Britaniji, sudovi sugeriraju da "genuine use" (stvarna uporaba) nije nužna ako se može dokazati aktualna trgovina pod predmetnim žigom u Velikoj Britaniji.³¹

2.1.3. Stanje prema stranim nacionalnim zakonodavstvima

Analizom zakona koji se primjenjuju u drugim državama razvidno je da većina država koristi za ovaj institut naziv "opoziv", dok manji broj zemalja zadržava termin "prestanak žiga zbog neuporabe".

U Velikoj Britaniji na snazi je Trade Marks Act iz 1994. godine. U čl. 46. st. 1. ovog zakona propisano je da se registracija žiga može opozvati zbog nekog od zakonom predviđenih razloga. Britanski zakonodavac ovdje slijedi one razloge što ih je predvidjelo i europsko žigovno pravo.³²

Tako se žig može opozvati:

a) ako u razdoblju od 5 godina nakon završetka postupka registracije žiga žig ne bude stvarno uporabljen u Velikoj Britaniji, od nositelja ili uz njegovo odobrenje, u odnosu na proizvode ili usluge za koje je registriran, i da ne postoje mjerodavni razlozi za neuporabu;

b) da je takva uporaba prekinuta za neprekidno razdoblje od 5 godina i da ne postoje mjerodavni razlozi za neuporabu;

c) da je ovisno o činjenju ili nečinjenju nositelja žiga žig postao uobičajeni naziv u trgovini za proizvode ili usluge za koje je registriran;

d) da u ovisnosti o uporabi od strane samog nositelja žiga ili uz njegovo odobrenje u odnosu na proizvode ili usluge za koje je registriran, žig može dovesti javnost u zabunu, posebice u odnosu na prirodu, kvalitetu ili zemljopisno podrijetlo tih proizvoda ili usluga.³³

U cilju pojašnjenja ovih zakonskih razloga za opoziv žiga smatra se uporabom žiga korištenje različitosti u elementima koji ne dovode do mijenjanja razlikovnog karaktera žiga u obliku u kojem je registriran, kao i uporaba u Velikoj Britaniji koja uključuje označavanje žigom proizvoda ili njihovih pakovanja u Velikoj Britaniji isključivo u izvozne svrhe.³⁴

Registracija žiga neće biti opozvana poradi navedenih razloga ako je do uporabe žiga doduše došlo nakon isteka 5-godišnjeg razdoblja, ali prije podnošenja prijedloga za opoziv.

Zahtjev za opoziv registracije žiga može podnijeti bilo koja osoba, odnosno ne može ga podnijeti samo osoba lišena osobnih prava ("person aggrieved"). Nije nužno da podnositelj zahtjeva za opoziv prezentira pravni interes glede žiga. Radi se, dakle, o javnom interesu u slučaju ovih postupaka. Predviđena je i mogućnost djelomičnog opoziva u odnosu na samo neke od proizvoda ili usluga za koje je žig registriran.³⁵

³⁰ Vidi Tritton G., *op.cit.*, str. 263.

³¹ Vidi spor *Crate v. Barrel* (2001) F.S.R. 20.

³² Usp. *Comish W.R.*, *Intellectual Property*, Sweet & Maxwell, London, third edition, 1996., str. 606.

³³ Za stariju britansku praksu vidi slučajeve prema čl. 26. Trade Marks Act 1938.: *Lyon's Application* (1959) R.P.C. 120, C.A.; *Carl Zeiss' T.M.* (1970) R.P.C. 139, H.C. (Aust.).

³⁴ Vidi čl. 46. st. 2. Trade Marks Act 1994., kao i slučaj *Fisons v. Norton* (1994) F.S.R. 745.

³⁵ Vidi slučaj *Uniliver v. Johnson Wax* (1989) F.S.R. 145.

Teret dokazivanja propisan je na strani nositelja žiga.³⁶

Slično ovu problematiku regulira i Trade Mark Statute Republike Irske.³⁷ Zahtjev za opoziv žiga može podnijeti bilo koja osoba, i to tako da se može podnijeti bilo posebnom nadzornom organu ili sudu, osim u slučajevima:

a) ako se postupak u svezi s predmetnim žigom već vodi na nadležnom sudu, zahtjev za opoziv se mora podnijeti sudu;

b) ako je u bilo kojem drugom slučaju zahtjev podnesen nadležnom nadzornom organu, isti organ može u bilo kojoj fazi postupka prenijeti zahtjev za opoziv sudu.³⁸

Kad se utvrdi opoziv žiga, prava nositelja žiga prestaju:

c) danom podnošenja zahtjeva za opoziv žiga; ili

d) ako nadzorni organ ili sud utvrde da su razlozi za opoziv postojali i ranije, danom kojeg ovi organi utvrde kao relevantni datum.³⁹

Opoziv žiga upisat će se u irski žigovni registar, te će se objaviti u posebnom službenom glasilu.

Nisu sve zemlje propisale petogodišnje razdoblje neuporabe žiga kao razlog za opoziv žiga. Tako Trade Marks Act Novog Zelanda iz 2002. godine u svom čl. 66. propisuje da se registracija žiga može opozvati zbog sljedećih razloga:

a) ako u neprekidnom razdoblju od 3 godine ili više nakon dana registracije žiga taj žig nije stvarno korišten u trgovini u Novom Zelandu, od strane bilo kojeg titulara u odnosu na proizvode ili usluge u odnosu na koje je žig registriran;

b) ako se žig prestao koristiti u neprekidnom razdoblju od 3 godine;

c) ako ovisno od aktivnosti ili neaktivnosti nositelja žiga takva uporaba žiga postane uobičajen naziv (common name) u općoj javnoj uporabi za proizvode ili usluge za koje je žig registriran;

d) ako žig može izazvati zabunu u javnosti glede nekih karakteristika (priroda, kvaliteta, zemljopisno podrijetlo) proizvoda ili usluga;

e) ako:

- proizvod ili sadržaj je ranije proizveden pod patentom ili usluga je ranije patentirana;

- proteklo razdoblje od 2 godine od isteka patenta;

- riječ ili riječi su samo praktična imena ili opisi proizvoda, sadržaja ili usluga.

Prema čl. 66. st. 4. novozelandskog zakona uz nositelja žiga i stjecatelj licencije žiga ima pravo protiviti se zahtjevu za opoziv žiga, s tim da je u tom slučaju teret dokazivanja stvarne uporabe žiga na tim osobama. I prema ovom zakonu pod određenim uvjetima postupak radi opoziva žiga može se voditi pred nadležnim državnim organom ili pred sudom.⁴⁰

³⁶ Vidi čl. 100. Trade Marks Act 1994.

³⁷ Propis dostupan na internet stranici <http://www.irishstatutebook.ie/ZZA6Y1996S51.htm>, posjećenoj dana 31.12.2003.

³⁸ Isto rješenje sadrži i odredba čl. 46. st. 4. britanskog Trade Mark Act 1994.

³⁹ Isto rješenje sadrži i odredba Part VII, st. 7. Trade Marks Act-a Hong Konga, dostupan na internet stranici <http://www.justice.gov.hk/blis.nsf/0/d6d93819372e4f654825697d0028e37a?OpenDocument>, posjećenoj dana 31.12.2003.

⁴⁰ New Zealand Trade Mark Act 2002., dostupan na web stranici <http://www.piperpat.co.nz/tmlaw/s068.html>, posjećenoj dana 30.12.2003.

Njemački Zakon o žigovima navodi uvjete koji moraju biti kumulativno ispunjeni kako bi se smatralo da se neki žig rabi. Traži se ispunjavanje standardnih pretpostavki, odnosno da se žig rabi sukladno njegovoj funkciji, u obliku u kojem je registriran i za proizvode ili usluge za koje je registriran.

Uz to, potrebno je ispuniti i posebne uvjete kako slijedi:

a) da se žig rabi na domaćem njemačkom tržištu, uz korekciju da se i obilježavanje proizvoda žigom u svrhu izvoza smatra dovoljnom uporabom u smislu održavanja vrijednosti žiga;

b) ozbiljna uporaba bez fingiranja;

c) uporaba od strane nositelja žiga ili uz njegovo odobrenje.

Ukoliko nisu ispunjene ove pretpostavke, može se pokrenuti postupak opoziva žiga.⁴¹

Žigovno pravo SAD-a, odnosno the Lanham Act prilikom izdavanja certifikata o zaštiti, utvrđuje obvezu administracije da obavijesti nositelja žiga o obvezi da, u roku od 5 godina po registraciji žiga, nadležnom zavodu dostavi afdativ kojim dokazuje uporabu žiga u prometu, ili da navede i obrazloži opravdane razloge za neuporabu kojima bi se otklonilo stajalište o napuštenosti žiga. Ako nositelj žiga propusti ovu obvezu učiniti u zakonskom roku, žig se gasi *ex officio* po isteku 6 godina od dana registracije.⁴²

U FYR Makedoniji ako nositelj žiga, bez opravdanog razloga, ne rabi žig za označavanje proizvoda, odnosno usluga za koje se odnosi, u razdoblju od 5 godina od dana upisa žiga u registar, odnosno od dana kad je žig posljednji put bio rabljen, na traženje zainteresirane osobe može se donijeti rješenje za prestanak žiga. Žig u tom slučaju prestaje vrijediti od dana pravomoćnosti rješenja za prestanak žiga, što ga je donio nadležni zavod.⁴³ Dakle, makedonsko zakonodavstvo na ovom području zadržava pojam "prestanak žiga zbog neuporabe/nekorištenja".

Prema Zakonu o žigovima Srbije i Crne Gore iz 1995. godine, koja u osnovi odgovara odredbi iz čl. 112. ZIV-a, do 1991. godine zajedničkog zakona za područje bivše Jugoslavije, više se ne traži "ozbiljno i stvarno korištenje žiga", već je propisano da se korištenjem žiga može smatrati i javno oglašavanje proizvoda, odnosno usluga za koje je žig registriran, i to ili u službenom glasilu nadležnog žigovnog zavoda ili u drugim sredstvima javnog informiranja u SiCG.⁴⁴

Za razliku od oglašavanja ništavim rješenja o priznanju žiga, odnosno međunarodne registracije, postupak za prestanak žiga zbog neuporabe se pokreće na zahtjev zainteresirane osobe. Pri tome pokretač postupka ne mora iskazati pravni interes za takvu svoju akciju. Ako podnositelj zahtjeva odustane u tijeku postupka, donosi se zaključak o obustavi postupka. Kako nije nužan pravni interes na strani legitimirane osobe za pokretanje postupka, nadležni žigovni zavod nije nadležan nastaviti po službenoj dužnosti ili na zahtjev nositelja žiga ovaj postupak u slučaju odustanka podnositelja zahtjeva.⁴⁵

⁴¹ Berlit W., *Das neue Markenrecht*, Verlag C.H. Beck, Muenchen, 1995., str. 121.

⁴² Vidi čl. 1058., st. 8. toč. a. i b. United States Code, Title 15, Chapter 22 - Trademarks, Intellectual Property, July /August 1985, L& T.

⁴³ Usp. Polenak-Ačimovska M. - Dabović-Anastasovska J. - Bučkovski V., *Osnovi na pravoto na industriska sopstvenost, Makedonska riznica, Kumanovo, 2000.*, str. 111.

⁴⁴ Prema Besarović V. - Žarković B., *Intelektualna svojina, knjiga prva, Industrijska svojina i autorsko pravo, Dosije, Beograd, 1998.*, str. 72.

⁴⁵ Vidi čl. 47. Zakona o žigovima ("Službeni list SRJ", br. 15/95).

Citiranim zakonom propisan je teret dokazivanja uporabe žiga na strani nositelja žiga, a žig u ovom slučaju prestaje vrijediti narednog dana od dana pravomoćnosti rješenja o prestanku žiga zbog neuporabe.⁴⁶

2.2. Razlozi za opoziv žiga u hrvatskom pravu

2.2.1. Zakonska rješenja do 2000. godine

Do 1981. godine na našim prostorima zakoni nisu predviđali mogućnost opoziva odnosno prestanka žiga zbog neuporabe, sve do donošenja Zakona o izumima, tehničkim unapređenjima i znacima razlikovanja (kasnije nazvan Zakon o industrijskom vlasništvu - dalje: ZIV).⁴⁷

Tako je čl. 112. ZIV-a bilo predviđeno da ako nositelj žiga bez opravdanog razloga ne koristi žig za označavanje svojih proizvoda, odnosno usluga duže od tri godine od dana upisa žiga u registar, odnosno od dana kada je žig posljednji put korišten, žig se može poništiti na zahtjev zainteresirane osobe. Žig u tom slučaju prema čl. 113. ZIV-a prestaje važiti danom pravomoćnosti rješenja o poništenju žiga, koje donosi Zavod. Dakle, ovdje se je rabio termin "poništenje" upravo u smislu sadašnjeg značenja pojma "opoziv" prema Smjernici Europske unije.

Novelom citiranog zakona iz 1990. godine uvedene su određene promjene u ovu materiju. Tako se više ne govori o poništaju žiga, nego se rabi termin prestanak žiga, sankcija se uvodi za nekorištenje žiga za označavanje proizvoda (šira formulacija, odnosi se na sve proizvode, a ne samo na označavanje titularovih proizvoda kao do tada - *op.aut.*), te se rok neuporabe produžava sa tri na pet godina.

2.2.2. Rješenja po ZOŽ-u 1999.

Prema ZOŽ-u 1999.,⁴⁸ koji predstavlja prvi zakonski tekst u Republici Hrvatskoj koji regulira isključivo materiju pravne zaštite žiga, uporaba žiga bila je utvrđena kao obaveza za nositelja žiga.

Naime, prema odredbi čl. 36. st. 1. ZOŽ-a 1999. nositelj žiga bio je dužan, radi održavanja žiga u vrijednosti, žig rabiti za proizvode ili usluge za koje je priznat, osim ako postoje ozbiljni razlozi za njegovu neuporabu neovisni o volji nositelja žiga.

Ipak utvrđen je izuzetak od navedenog obveznog korištenja žiga na način da je uporaba žiga u neznatno izmijenjenu obliku kojim se ne mijenja razlikovni karakter žiga i uporaba žiga na proizvodima i opremi isključivo u svrhu izvoza bila također tretirana kao uporaba žiga.

I uporaba žiga od strane druge osobe s odobrenjem nositelja smatrala se uporabom od strane samoga nositelja sukladno odredbi st. 3. čl. 36. ZOŽ-a 1999.

Ovaj zakonski tekst zadržao je u uporabi pojam "prestanka žiga zbog neuporabe". Tako je u čl. 37. ZOŽ-a 1999., uz navođenje ostalih slučajeva prestanka vrijednosti žiga, bilo propisano da žig prestaje vrijediti na sve ili u odnosu na neke

⁴⁶ Vidi čl. 48. Zakona o žigovima ("Službeni list SRJ", br. 15/95).

⁴⁷ ZIV je objavljen u Službenom listu SFRJ br. 34/81.

⁴⁸ ZOŽ 1999. objavljen je u "Narodnim novinama" br. 78/99. i 127/99., a primjenjivao se od 1. siječnja 2000. godine.

proizvode i usluge ako nositelj žiga u neprekidnom razdoblju od 5 godina ne rabi žig u smislu čl. 36. ZOŽ-a 1999. Prestanak vrijednosti žiga upisivao se u registar žigova.⁴⁹

2.2.3. Opoziv žiga prema ZOŽ-u 2003.

2.2.3.1. Opoziv žiga zbog neuporabe

Novi ZOŽ 2003. sukladno terminologiji prava Europske unije uvodi pojam "opoziv žiga" umjesto dosadašnjeg pojma "prestanak žiga zbog neuporabe", čime se željelo u cijelosti, kako u sadržajnom tako i u jezičnom smislu, uskladiti naše žigovno pravo sa rješenjima europskog žigovnog prava.

Odredbom članka 13. ZOŽ-a 2003.⁵⁰ predviđeno je ne samo pravo nego i obveza nositelja žiga da žig upotrebljava⁵¹ (obvezna uporaba žiga).

Terminološka dikcija ove kogentne odredbe nije najsretnije riješena, pogotovo kada je pokušamo pomnije analizirati, što se posebice odnosi na spomenutu riječ "rabiti". Frazom "pravo ... rabiti", podrazumijevamo naredbu nositelju da pravno zaštićeni znak stvarno upotrebljava, odnosno isti znak koristi u gospodarskom prometu za obilježavanje njegovih proizvoda ili usluga, pa i na sredstvima za pakiranje, u katalogima, memorandumima i drugim poslovnim dokumentima, prospektima, naputcima, oglasima, fakturama i korespondenciji, ili pak da pravom na isti žig pravno raspoláže bilo prijenosom ili licencnim ugovorom. Naime, prema odredbama članka 13. stavak 2. i 3. ZOŽ-a 2003. ipak je donekle precizirana ova naredba na način da se uporabom žiga smatra i uporaba žiga u neznatno izmijenjenom obliku kojim se ne mijenja razlikovni karakter žiga, te zatim uporaba žiga na proizvodima i opremi isključivo u svrhu izvoza te uporaba žiga od strane druge osobe s odobrenjem nositelja.

Istim člankom nije propisano da se sve robe odnosno usluge u poslovnom prometu moraju obilježiti žigom, nego samo one za koje je žig priznat. Naime, to je ostavljeno na volju samom poduzetniku, koji ovisno o gospodarskim ili subjektivnim okolnostima može svoju robu ili usluge obilježiti znakom kojem nije osigurao žigovnu zaštitu (fakultativna uporaba znaka) ili pak isti registrirati kao žig. Kada se raspravlja o obveznoj ili fakultativnoj uporabi zaštićenog žiga, predmet iste rasprave nije u tome da li se robe ili usluge moraju označiti žigom, nego obveza i sankcije nepoštivanja obveze korištenja registriranog žiga za namjenu koja je utvrđena samom registracijom.⁵²

Usporednopravna rješenja upravo govore o raširenosti navedenog rješenja sadržanog u našem ZOŽ-u 2003.⁵³ To se ne odnosi samo na rješenja anglo-američkog prava,⁵⁴ gdje je uporaba žiga glavni uvjet stjecanja prava na žig, već i na

⁴⁹ Za detaljniji uvid u stanje zakonodavnih rješenja po ZOŽ-u 1999. vidi kod Zlatović D., Neuporaba kao razlog prestanka žiga, Hrvatska pravna revija, Zagreb, god II., 2002., br. 11., str. 89.-96.

⁵⁰ Odredba ovog članka preuzeta je još iz članka 53. ZIV-a.

⁵¹ Za njemačku teoriju i praksu Schmitz: Warenzeichenrecht, Patentrecht, Gebrauchsmusterrecht und Geschmacksmusterrecht, Carl Heymanns Verlag Kg, Koeln, 1988, 20-21.

⁵² Tako i Verona: Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb, 1978., str. 173.

⁵³ Izuzetak je zakonodavstvo Rumunjske koje ne predviđa ovakvu mogućnost prestanka žiga. Navedeno po Dragović: Prestanak žiga zbog nekorištenja, Pravo i privreda, Beograd, br. 5-8/98., str. 898.

⁵⁴ Za američko pravo vidi The Lanham Act, of July 5, 1946, as amended, Matthew Bender & Co., Inc., Rel.37-4/97, Pub.726.

zakonodavstva zemalja europskog kontinentalnog pravnog kruga motivirana gospodarskom funkcijom žiga i praktičkim razlozima kao npr. relativnom limitiranošću mogućih kombinacija riječi,⁵⁵ kao i činjenicom pretrpanosti registara žigovima koji su izvan uporabe (tzv. groblja žigova)⁵⁶.

Razlog za takovo istovjetno pravno rješenje u brojnim zakonima dovoljno je razvidan. Naime velik broj registriranih novih znakova svake godine (npr. u Francuskoj cca 30.000 ili u Japanu cca 150.000) ukazuje na permanentno ograničavanje mogućnosti oblikovanja novih znakova. Tako prema dostupnim podacima na kraju 1999. godine registrirano je 357.688 međunarodnih žigova, a na dan 17. rujna 2002. godine taj broj se popeo na 394.865 međunarodnih žigova.⁵⁷ Kako se tijekom godine pozitivno riješi oko 19.000 prijava, a godišnje prisprije oko 23.000 novih prijava, očekivati je da će taj broj do kraja 2002. godine prijeći 400.000 međunarodno registriranih žigova.⁵⁸ U Republici Hrvatskoj registrirano je, sa stanjem na dan 30. lipnja 2002., ukupno 92.399 žigova, od čega 75.707 međunarodnih žigova registriranih po Madridskom sporazumu, te 4.811 domaćih (rezidentnih) i 11.881 stranih (nerezidentnih) žigova.⁵⁹ Također na takvo zakonodavno rješenje utječe i činjenica da je velik broj zemalja uključen u Uniju za zaštitu industrijskog vlasništva odnosno da su ratificiranjem Pariške konvencije obvezane na odgovarajuću implementaciju članka 5. točka c-1 ove Konvencije u svoje zakone.

Sukladno naznačenim primjerima i naš ZOŽ 2003. u članku 46. stavak 2. propisuje da ako se žig bez opravdanog razloga ne koristi za označavanje proizvoda odnosno usluga na koje se žig odnosi u neprekinutom razdoblju od pet godina, može biti opozvan, što znači da taj žig prestaje vrijediti.⁶⁰ Nadležni organ za odlučivanje o prestanku žiga zbog neuporabe je Državni zavod za intelektualno vlasništvo. U svakom konkretnom upravnom postupku po zahtjevu za opoziv žiga na nositelju žiga je da opovrgne navode iz zahtjeva za opoziv žiga, odnosno mora pružiti Zavodu dokaze da se koristi žigom.⁶¹ Iako se ovdje ne radi o izričitom propisivanju tereta

⁵⁵ O vidicima uporabe kombinacija unutar abecede i o praktičnoj neupotrebljivosti velike većine tih kombinacija kao razloga za prevladavajuće gledište zakonodavaca glede obvezne primjene registriranog žiga opširnije kod Plasseraud: Choisir, *proteger et gerer vos marques*, Paris, Les éditions d'organisation, 1977., 69).

⁵⁶ Tako Franceschelli: *Trattato di Diritto Industriale*, Milano, Giuffrè, 1960., te Spada: *La nullità del marchio*, in AA.VV., *Marchi e modelli: nuova disciplina dei marchi e prospettive comunitarie*, Parma, 1993.

⁵⁷ Podatak koji smo dobili susretljivošću gosp. Henri Spagnoloa, Technical Information Officer-a WIPO.

⁵⁸ Citirano prema podacima objavljenim na www.wipo.int/madrid/en/pub_418/advantage.htm.

⁵⁹ Podaci dostupni na internet stranici Državnog zavoda za intelektualno vlasništvo www.dziv.hr

⁶⁰ Neki teoretičari i u ovim situacijama govore o poništenju žiga. Usp. Besarović: *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, Poslovna politika, Beograd, 1984., str. 100. i sl. Međutim, radi se o bitnim razlikama kod naznačenih pojmova te bi se trebalo držati isključivo zakonske terminologije koja je dovoljno precizna i razlikovna. Naime citirane zakonske odredbe uređuju, u stvari, opoziv žiga, između ostaloga i kao prestanak prava na žig uslijed neupotrebe, a ne poništaj žiga. Ovdje se radi o žigu koji ispunjava sve zakonske uvjete, te kao takav ne može biti poništen, niti mogu nastupiti pravne posljedice ništavosti. I komparativna rješenja govore o opozivu (revocation) žiga.

⁶¹ Ovo rješenje sadržava ZOŽ 2003. u čl. 47. st. 5. i 7.

dokazivanja na strani nositelja žiga,⁶² ipak se i novom stipulacijom iz čl. 47. st. 7. odstupilo od općeg pravila procesnog prava o teretu dokazivanja po kojem je tužitelj dužan dokazati istinitost svojih tvrdnji (*Probatio incubit actori*).

Na ovaj način naše zakonodavstvo prati inozemna rješenja koja također opoziv žiga zbog nekorištenja vezuju uz rok od pet godina,⁶³ iako je moguće bilo akceptirati i kraći rok od tri godine predviđen u TRIPS-u i nekim zakonodavstvima (npr. Japan, Australija, Kina), što može biti predmetom rasprave, ali s obzirom da rok od 5 godina poznaje europsko žigovno pravo, jasno je da se naš zakonodavac strogo držao tog roka ne pokušavajući sagledati razloge za mogući kraći rok.

Međutim u odnosu na ranija rješenja, ZOŽ 2003. nije precizno odredio od kada počinje teći navedeni zakonski rok od pet godina, pa se postavlja pitanje da li isti počinje teći, primjerice, od dana upisa žiga u registar ili pak od dana kada je žig posljednji put upotrijebljen. Kako žig traje 10 godina računajući od datuma podnošenja prijave žiga, i može se obnavljati neograničeno puta za daljnja razdoblja od po 10 godina, postavlja se i pitanje da li se žig treba rabiti od početka svog trajanja za sve vrijeme valjanosti. Držimo da zakonska obveza uporabe ipak počinje teći tek od priznanja prava, a ne od datuma podnošenja prijave, jer u tom trenutku još nije izvjesno da li su zadovoljeni svi uvjeti za zaštitu tog znaka, a i eventualna uporaba znaka prije priznanja mogla bi rezultirati izvanugovornom odgovornošću korisnika. Ovaj zaključak možemo analogijom izvesti iz odredbe čl. 46. st. 3. ZOŽ-a 2003. u kojem se navode slučajevi opoziva žiga iz drugih razloga, ali se eksplicitno traži da ti slučajevi moraju nastupiti nakon dana registracije žiga kako bi se mogla primijeniti sankcija opoziva. Prema tome, neuporaba žiga za svako neprekinuto razdoblje od pet godina unutar vremena njegovog trajanja, računajući od njegovog priznanja, predstavlja ispunjenje kondicija za pokretanje postupka njegovog opoziva. Kod toga svaka, pa i minimalna uporaba žiga osigurava uvjete za održavanje žiga u vrijednosti.

Po ranijem rješenju iz ZIV-a zahtjev za donošenje rješenja o prestanku žiga zbog neuporabe moguće je bilo podnijeti ako nositelj žiga ne upotrebljava žig pet godina po upisu u registar, znači da žig po upisu uopće nije koristio, odnosno pet neprekidnih godina po zadnjoj uporabi, što znači da je isti žig koristio, ali je potom posve napustio njegovu uporabu. Držimo da je upravo tako nužno tumačiti značenje zakonske sintagme "neprekinutog razdoblja".

Za taj zahtjev aktivno su legitimirane sve osobe koje iskažu volju da opozovu žig - pravne i fizičke osobe, posebice trgovačka društva odnosno druge gospodarski subjekti i udruge.⁶⁴ Dakle, zahtjev za opoziv žiga može podnijeti bilo koja fizička ili

⁶² Raniji ZOŽ 1999. izričito je propisivao teret dokaza na strani nositelja žiga, i to u odredbi čl. 37. st. 2. gdje se kaže da za slučaj ako nositelj žiga u neprekidnom razdoblju od 5 godina ne rabi žig, nositelj žiga dužan je dokazati da rabi žig. Ovakva izričita stipulacija napuštena je u novom ZOŽ-u 2003.

⁶³ Najveći broj zemalja traži uporabu žiga u razdoblju od pet godina, npr. Australija, Austrija, Bugarska, Egipat, Filipini, Gana, Indija, Irska, Jamajka, Južnoafrička Republika, Kenija, Kolumbija, Libija, Mađarska, Nigerija, Njemačka, Novi Zeland, Pakistan, Singapur, Sri Lanka, Španjolska, Švedska, Velika Britanija i dr.

⁶⁴ Dakle, ne traži se da podnositelj zahtjeva moraju imati pravni interes za ovakvu akciju, dovoljno je da se radi o osobama s priznatim pravnim statusom i pravima, i da su na odgovarajući zakonom propisan način podnijele zahtjev za opoziv.

pravna osoba koja to želi poradi bilo kojeg razloga. ZOŽ 2003. nije propisao mogućnost pokretanja postupka opoziva žiga ex officio. Za korektnu i konkretnu uporabu robnih i uslužnih žigova nisu zainteresirani samo proizvođači odnosno poduzetnici koji stavljaju robe ili usluge u promet, nego i krajnji korisnici, potrošači i kupci. Razlozi za pokretanje postupka za opoziv žiga ne opravdavaju druge poduzetnike koji po proteku zakonskog roka u kojem je nositelj apstinirao od upotrebe žiga, stavljaju u promet robu ili usluge sa znakom koji je isti ili sličan spornom žigu, dovodeći tako u zabludu korisnike da je to opet proizvod i znak prvotnog nositelja.

Iako na nositelju žiga ne leži eksplicite određen teret dokazivanja uporabe žiga, ipak on u postupku mora dokazati da rabi žig sukladno zakonu, odnosno da ga rabi druga osoba uz njegovo ovlaštenje, ili da postoje opravdani eksculpirajući razlozi za pasivno ponašanje titulara žiga.⁶⁵

Radi održavanja žiga u vrijednosti, nositelj žiga dužan je žig rabiti za proizvode ili usluge za koje je registriran. Ovo načelo žigovnog prava proizlazi iz same funkcije žiga kao znaka razlikovanja u gospodarskom prometu. Iznimka je predviđena u odredbi čl. 46. st. 2. ZOŽ-a 2003., po kojem nositelj nije obvezan rabiti svoj registrirani žig ako postoje opravdani ozbiljni razlozi za njegovu neuporabu, neovisni o volji nositelja žiga. Bitna pravna posljedica neuporabe žiga sukladno zakonskim uvjetima jest prestanak vrijednosti žiga odnosno opoziv žiga.⁶⁶

Kod toga može se tražiti opoziv žiga zbog neuporabe sukladno odredbi čl. 46. st. 2. ZOŽ-a 2003. samo ako ne postoje razlozi koji opravdavaju njegovu neuporabu. ZOŽ ne daje određenje pojma "opravdanih razloga".⁶⁷ Radi objašnjenja ovog standarda možemo se poslužiti odredbom čl. 19. st. 1. TRIPS-a, po kojoj se priznaju kao valjani razlozi za neuporabu one okolnosti nastale neovisno od volje nositelja žiga koje stvaraju zapreku za korištenje žiga, dakle radi se o višoj sili koja je *a priori* uvijek ozbiljni razlog. TRIPS navodi određene situacije koje opravdavaju neuporabu žiga, kao što su uvozna ograničenja ili druge mjere državne vlasti u pogledu proizvoda ili usluga zaštićenih žigom.⁶⁸

Prva smjernica Savjeta EEZ-a, od 21. prosinca 1988., kojom se približavaju propisi država članica o žigovima (89/104/EEZ) u st. 8. obrazloženja navodi da nekorištenje žiga kao isključivog prava predstavlja ustvari njegovu zlouporabu, s razloga što se smatra potrebnim da se zbog rasterećenja registra i samog gospodarskog prometa u registar žigova budu upisani samo oni žigovi koji se stvarno rabe. U čl. 10. Prve smjernice EEZ-a i u čl. 15. st. 1. Uredbe o žigu Zajednice Savjeta EZ-a br. 40/94, od 20. prosinca 1993., također se rabi pojam "opravdanih razloga", u svrhu

⁶⁵ Isto rješenje poznaje i europsko žigovno pravo u čl. 50. Uredbe.

⁶⁶ Čizmić - Zlatović: *op. cit.*, str. 294.

⁶⁷ Naš zakonodavac koristi termin "opravdani razlozi", iako bi isto tako mogli biti korišteni i termini "legitimni razlozi" (španjolsko žigovno pravo), "ozbiljni razlozi", "valjani razlozi" (švicarsko žigovno pravo), "čimbenici izvan kontrole nositelja" (rusko žigovno pravo) i sl.

⁶⁸ Njemačka praksa, kao primjer valjanih razloga za neuporabu žiga, navodi još nedovršeni postupak za dobivanje dozvole za puštanje u promet farmaceutskih proizvoda, kod čega samo navođenje prijedloga žiga za proizvod u registarskom spisu smatra dovoljnom uporabom. Cit. po BERLIT W., *Das neue Markenrecht*, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1999., str. 122.

određivanja izuzetka od sankcionirane situacije nekorištenja žiga u neprekidnom 5-godišnjem razdoblju.⁶⁹ Prema čl. 50. st. 1. t. a. Uredbe o žigu Zajednice pod uporabom žiga smatra se i otpočinjanje s ozbiljnom pripremom ili ponovnom uporabom žiga u vremenu između isteka petogodišnjeg razdoblja neuporabe i podnošenja zahtjeva za opoziv žiga. Međutim, ako do toga dođe u roku od tri mjeseca prije podnošenja prijedloga, koji rok počinje teći najranije po isteku neprekidnog roka od pet godina neuporabe, to neće biti priznato ako su pripreme za početak ili ponovnu uporabu žiga započele tek nakon saznanja nositelja žiga da bi mogao biti podnesen prijedlog za prestanak ili protutužba.

Odredba članka 13. stavak 2. točke 1. i 2. ZOŽ-a 2003. slijedi rješenje iz odredbi čl. 10. st. 2. Prve smjernice Savjeta EEZ-a i čl. 15. st. 2. Uredbe o žigu Zajednice, po kojima se korištenjem žiga smatra i uporaba žiga u obliku koji se razlikuje po elementima koji ne mijenjaju distinktivni karakter žiga u obliku u kojem je priznat i registriran, te stavljanje žiga na proizvode ili njihova pakovanja isključivo u svrhu izvoza.

Odredba st. 3. članka 13. ZOŽ-a 2003. u cijelosti prati rješenje iz odredbe čl. 19. st. 2. TRIPS-a, po kojoj kada žig podliježe kontroli njegova nositelja, uporaba žiga od strane druge osobe priznaje se kao uporaba žiga u svrhu održavanja registracije. Radi se dakle o situaciji kada žig koristi druga osoba po ovlaštenju ili s odobrenjem samog nositelja žiga, što se smatra kao da žig rabi sam nositelj.⁷⁰ Ovdje će se, primjerice, raditi o uporabi žiga od strane stjecatelja temeljem valjanog ugovora o licenciji, franchisingu, know-how-u, merchandisingu i sl. Iz ovoga se *argumentum a contrario* zaključuje da uporaba žiga od strane druge osobe bez dopuštenja nositelja žiga ne predstavlja uporabu žiga.⁷¹ Međutim, ako nositelj žiga naknadno odobri takvu uporabu svog žiga od strane druge osobe, neće se u tom slučaju raditi o uporabi bez ovlaštenja.

Načelo obvezne uporabe odnosi se na sve vrste žigova, neovisno o stupnju njihove razlikovnosti, poznatosti ili čuvenosti, pa tako i na poznate odnosno čuvene žigove.

⁶⁹ Za razliku od europskog žigovnog prava, u američkom žigovnom pravu uporaba ili izjava o namjeri uporabe znaka je uvjet za žigovnu zaštitu tog znaka, a nekorištenje žiga kroz određeno razdoblje također predstavlja razlog za odbijanje daljnjeg održavanja žiga (paragrafi 1. i 9. Lanham Act-a, od 5. srpnja 1946. godine, 15 U.S.C. 1051). Žigovno pravo SAD-a umjesto pojma "ozbiljnih razloga" rabi pojam "uporaba u gospodarskom prometu (use in commerce)". Sukladno paragrafu 45. Lanham Act-a (15 U.S.C. 1127) pod pojmom "uporabe u gospodarskom prometu" podrazumijeva se savjesna uporaba žiga u redovitom gospodarskom prometu koji se ne vrši samo da bi se osiguralo pravo na žig. U tom smislu smatra se da se žig rabi u gospodarskom prometu:

1. na proizvodima kada je

a) stavljen bilo kako na proizvod ili njegovo pakovanje ili opremu s kojom je združen ili na privjeske ili etikete koje su na njega stavljenе ili na dokumentima koji prate proizvode,

b) kada su proizvodi prodavani ili transportirani u gospodarskom prometu, te na

2. uslugama kada je rabljen ili izložen prigodom prodaje ili oglašavanja usluga i kada su usluge pružene u gospodarskom prometu ili su usluge pružene u više od jedne države SAD-a ili u SAD-u i stranom državi, a osoba koja pruža uslugu je sudionik u gospodarskom prometu u svezi s uslugama.

⁷⁰ Ovdje je nužno navesti odredbu čl. 10. st. 3. Prve smjernice EEZ-a po kojoj se smatra uporabom žiga od strane nositelja žiga korištenje žiga uz pristanak osobe koja je ovlaštena koristiti kolektivni žig ili jamstveni žig ili certifikacijski žig. Isto rješenje sada utvrđuje i naš ZOŽ 2003. u svom čl. 13. st. 3.

⁷¹ Isto i u odredbi čl. 15. st. 3. Uredbe o žigu Zajednice.

Da bi se ekskulpirao od sankcije gubitka prava na žig, nositelj prava mora dokazati da žig stvarno rabi u Republici Hrvatskoj u odnosu na proizvode ili usluge za koje je registriran,⁷² ili da je do nekorištenja došlo uslijed opravdanih okolnosti, odnosno da postoje ozbiljni razlozi za neuporabu žiga neovisni o volji nositelja žiga (viša sila, upravne mjere, nedostatak potrebnih sirovina za proizvodnju, i sl.) odnosno da će početi opet upotrebljavati taj žig. Kao poseban opravdavajući slučaj navodi se dugotrajni postupak finalizacije proizvoda i puštanje istog u promet, posebice kod lijekova.⁷³

Kod toga se postavlja pitanje je li za stvarnu upotrebu žiga dovoljno da ponuda korištenja žiga bude objavljena u tisku ili na sajmovima i izložbama odnosno da se rabi u komercijalnoj korespondenciji. Neprijeporno je da svaki oblik upotrebe žiga predstavlja upoznavanje javnosti odnosno potrošača sa žigom, međutim za konačni sud potrebno je ispitati ozbiljnost ponude, značaj sredstava uložениh u reklamu žiga i sl.⁷⁴ Dakle, samo reklamiranje žigom označenog proizvoda bez njegove tržišne nazočnosti imalo bi se smatrati fingiranjem uporabe žiga i ne bi bilo dovoljno kako bi se izbjegao opoziv žiga. Reklama sama po sebi ne može predstavljati uporabu žiga, nego je samo jedan od elemenata koji utječu na ocjenu nazočnosti žigom označenih proizvoda ili usluga na tržištu.⁷⁵

Ratio uvođenja ovog instituta u hrvatsko žigovno pravo je, između ostaloga, sprječavanje zlorabe isključivih monopolskih prava titulara žiga. Naime, nositelj žiga ima pravo na žig i isključiva prava iz žiga bez obzira da li ga određeno vrijeme rabi, da li uopće proizvodi i stavlja u promet proizvode ili pruža usluge pod tim žigom na određenom području. Na ovaj način ta se prava nositelja ograničavaju u svrhu zaštite tržišta i pravne sigurnosti.

Kod rasprave o ovom problemu ne možemo a da ne spomenemo posebne vrste žigova, i to defanzivne (baražne) i rezervne (pričuvne) žigove.⁷⁶

Defanzivni žigovi mogu se definirati kao prijavljeni ili registrirani žigovi koji nisu namijenjeni za označavanje robe ili usluga za koje su zaštićeni, nego isključivo

⁷² Dakle, traži se kumulativno ispunjenje nekoliko pretpostavki za zakonitu uporabu žiga:

- a) da se žig rabi;
- b) da se rabi u zakonom određenom razdoblju;
- c) da se rabi stvarno;
- d) da se rabi u Republici Hrvatskoj;
- e) da se rabi za registrirane robe ili usluge;
- f) te da ne postoje opravdani razlozi za neuporabu.

Izostanak samo jedne od navedenih pretpostavki može dovesti do opoziva žiga.

⁷³ Vidi kod Tritton G, op. cit., str. 263.

⁷⁴ Po stajalištu njemačke pravne prakse reklamiranje samo po sebi, bez ozbiljne nazočnosti na tržištu, ne može se smatrati dovoljnim, poglavito ako se radi o stvaranju privida uporabe. Vidi Berlit: op. cit., str. 121. Inače njemački Zakon o žigovima kao uvjete uporabe žiga navodi uporabu na tuzemnom tržištu, pri čemu je označavanje robe za izvoz s predmetnim žigom dovoljno za njegovo održavanje u vrijednosti, nadalje traži se ozbiljna uporaba bez fingiranja, te uporaba od strane samog nositelja prava ili druge od nositelja ovlaštene osobe.

⁷⁵ Cit. prema Dragović B., op. cit., str. 907.

⁷⁶ Usp. Gorenc i dr.: Rječnik trgovačkog prava, Masmedia, Zagreb, 1997., str. 53. i 440.

služe za sprječavanje konkurenata da se služe sličnim žigovima nositeljevom glavnom žigu.⁷⁷ Dakle, kako su slični odnosno zamjenljivi žigom koji nositelj stvarno koristi, defanzivni žigovi najčešće se upravo zaštićuju kako bi branili glavni žig istog titulara od potencijalnih sličnih žigova njegovih poslovnih suparnika. Tako registracijom više sličnih žigova, izvedenih iz glavnog žiga, uz taj glavni žig koji stvarno upotrebljava odnosno ima ga namjeru koristiti, njihov vlasnik osigurava kvalitetniju i neprjeporniju zaštitu tog nosećeg žiga. Prema tome njihova je ključna osobina da ih vlasnik ne namjerava koristiti u gospodarskom prometu, po čemu se razlikuju od rezervnih žigova, koje titular drži u pričuvu uz namjeru da ih pro futuro koristi. Dok su defanzivni žigovi suprotni ratiu žigovnog prava, dotle su rezervni žigovi dopušteni. Pa ipak vrlo je teško u momentu prijave ili registracije utvrditi defanzivne žigove te odbiti priznanje prava takvim žigovima, što ostavlja samo mogućnost zainteresiranim osobama zahtijevati opoziv defanzivnih žigova zbog nekorištenja odnosno rezervnih žigova u slučaju kada titular namjeru njihova stavljanja u promet ne ostvari u zakonskom roku.⁷⁸

Nositelj žiga koji je zaštitio seriju rezervnih ili defanzivnih žigova ne može neograničeno uživati monopol i stjecati materijalne koristi od takvog ponašanja koje ima za cilj blokiranje konkurencije. Također, s obzirom na navedenu tendenciju porasta broja žigova, žigovi koji nisu u uporabi ne trebaju opterećivati registre i povećavati poslove žigovne administracije, štoviše treba subjektima gospodarskog prometa omogućiti lako pronalaženje znaka koji je nov, odnosno nezaštićen.

Ipak temeljnim pitanjem nameće se ono o slučajevima u kojima postoji upotreba žiga. Možemo zauzeti stanovište da korištenje žiga mora biti stvarno, i to kako glede vremena, tako i opsega i prostora korištenja. I u našem i usporednom pravu kad je u pitanju element vremena korištenja žiga, ne traži se da korištenje bude u svako vrijeme kontinuirano,⁷⁹ ali se inzistira da uporaba bude stvarna i ozbiljna.⁸⁰

Opseg uporabe žiga u korelaciji je s vrstom proizvoda koji su tim žigom obilježeni i za koje je žig priznat te posebnim okolnostima, kao što su broj konkurenata, vrijednost proizvoda, ponuda i potražnja za tim proizvodima ili uslugama i slično. Pri tome treba uzeti u obzir okolnosti da se u pravilu skupi proizvodi proizvode u manjim količinama, dok se proizvodi široke potrošnje proizvode i stavljaju u promet u velikim serijama.

Kada se govori o prostoru upotrebe, napominjemo da se ovdje ne radi o uporabi u svezi s notornošću znaka ili njegovom razlikovnošću, pa je dovoljno da u

⁷⁷ Postoji bogata praksa u svezi s defanzivnim žigovima, posebice ona starijeg datuma, od kojih je najpoznatiji primjer onaj u svezi zaštite poznate vrste kave Franck (FRANCK, VRANK, VRANKOVA KAVA, RANKOVA KAVA, FRANTSCH, FRANKOVIĆ, Glasnik 1937., 86.)

⁷⁸ O tome detaljnije kod Čizmić: *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva*, knjiga druga, Mostar, 1999., str. 294-295.

⁷⁹ Vidi odluku francuskog Kasacijskog suda od 23.2.1976., objavljenu u Manigodić: *Robni i uslužni žigovi*, "Pronalazaštvo", Beograd, 1989., str.100.

⁸⁰ U njemačkoj pravnoj teoriji i odlukama tamošnjih sudova inzistira se da je to korištenje ozbiljno. Za njemačke sudove dužina trajanja iskorištavanja žiga od značenja je za utvrđivanje ozbiljnosti uporabe. Slično i prema čl. 45. Lanham Act-a u SAD-u postoji pretpostavka da je titular napustio žig ako je prestao s njegovim korištenjem u tijeku dvije uzastopne godine.

konkretnom slučaju postoji stvarna uporaba na određenom području. Pri tome se ne traži uporaba na cijelom području jedne, prvenstveno domicilne države, već se pretpostavlja da uporaba žiga postoji kada se rabi na jednom užem državnom području.⁸¹ Drugačije tumačenje imalo bi brojne negativne refleksije, pa se tako onda ne bi smatralo upotrebom žiga obilježavanje znakom proizvoda namijenjenih isključivo izvozu, čime bi bilo negirano pravilo apozicije, ne bi se vodilo računa o posebnim potrebama pučanstva određenih područja ili određenih gospodarskih subjekata.⁸² Međutim, ZOŽ 2003. eksplicitno traži da se radi o uporabi žiga na području Republike Hrvatske, pa bi uporaba žiga isključivo izvan našeg državnog područja mogla predstavljati valjan razlog za podnošenje zahtjeva za opoziv tog žiga. Ovo stajalište nužno je korigirati s izuzetkom navedenim u čl. 13. st. 2. toč. 2. ZOŽ-a 2003., gdje se utvrđuje da se uporabom žiga smatra i obilježavanje žigom proizvoda ili njihovih pakiranja u Republici Hrvatskoj samo u svrhu izvoza. Dakle, obilježavanje proizvoda kao vid uporabe žiga mora se obaviti u Republici Hrvatskoj neovisno da li su ti proizvodi namijenjeni domaćem tržištu ili isključivo izvozu.

Oblici su upotrebe žiga brojni. Temeljni modalitet upotrebe je apozicija žiga na proizvodu, dok su ostali oblici per se sporni.⁸³

2.2.3.2. *Opoziv žiga zbog drugih razloga*

Žig može biti opozvan i u slučaju ako nakon dana registracije:

1. zbog djelovanja ili nedjelovanja nositelja postane u trgovini uobičajeni naziv za proizvode ili usluge u odnosu na koje je registriran;

2. zbog uporabe od strane nositelja žiga ili s njegovim odobrenjem, a u odnosu na proizvode ili usluge za koje je registriran, može javnost dovesti u zabludu, osobito u pogledu vrste, kakvoće ili zemljopisnog podrijetla tih proizvoda ili usluga.⁸⁴

Dakle, žig može biti opozvan ako zbog činjenja ili nečinjenja svog nositelja postane tzv. generičan naziv za određene proizvode ili usluge na koje se registracijom odnosi. Nadalje kao razlog za opoziv žiga može biti situacija zabludjućeg utjecaja žiga na javnost, posebice glede određenih osobina tih proizvoda ili usluga (vrsta, kakvoća, zemljopisno podrijetlo).

Pod sankciju opoziva žiga potpadaju i zajednički žigovi odnosno jamstveni ili certifikacijski žigovi, sukladno odredbi čl. 55. st. 1. ZOŽ-a 2003. Također opozvati se može i međunarodna registracija žiga prema odredbi čl. 67. ZOŽ-a 2003.

⁸¹ Za stariju praksu vidi presudu Vrhovnog privrednog suda br. Sl-1087/73, od 28.5.1973., u svezi s opozivom žiga broj 19655.

⁸² Ovdje postoje različiti stavovi glede uporabe žiga na proizvodima koji se prodaju isključivo u free-shopovima, pa tako njemačka praksa prihvaća takovu upotrebu (BGH "Wurstwaren", GRUR 81,523), dok ima drugačijih gledišta unutar zemalja članica EZ-a s obzirom na manju mrežu tih shopova u tim državama.

⁸³ Za talijansku praksu je karakteristično da token use nije dovoljno za održavanje žiga na snazi (presuda Vrhovnog suda br. 4434, od 17.10.1977.), da *advertising per se* ne predstavlja upotrebu žiga (odluka Apelacijskog suda u Bolonji od 20.12.1956.), a ni upotreba žiga samo na sajmu ne predstavlja ozbiljnu upotrebu. Usp. Vanzetti-Di Cataldo: Manuale di diritto industriale, Milano, 1993.

⁸⁴ Ovakve razloge predviđa i čl. 50. Uredbe o žigu Zajednice (CTM EU).

2.2.4. Postupak radi opoziva žiga

Za razliku od ranije vrijedeće odredbe članka 37. stavak 1. točka 2. ZOŽ-a 1999., prema odredbi čl. 46. st.1. u svezi st. 4. ZOŽ-a 2003. jasno se razabire da se žig ne opoziva automatski poslije isteka zakonskog roka neupotrebe, već je potrebno provesti poseban postupak.

S obzirom na obveznost podnošenja zahtjeva kao inicijalnog akta za opoziv žiga, razvidno je da se o ovom modalitetu prestanka vrijednosti žiga odlučuje u upravnom postupku pred Zavodom.

Upravni postupak za prestanak važenja žiga zbog neupotrebe, pokreće se sukladno s odredbom čl. 46. st. 1. i st. 4. ZOŽ-a u svezi članka 17. Pravilnika o žigu ("Narodne novine", broj 146/99, dalje: Pravilnik)⁸⁵ na pisani zahtjev podnositelja, koji se dostavlja Zavodu u dovoljnom broju primjeraka, i to u najmanje dva primjerka od kojih je jedan za Zavod a drugi za nositelja žiga. Pri tome se slijedi postupak iz Zakona o općem upravnom postupku (dalje: ZUP), jer ZOŽ ne sadrži posebne odredbe u svezi s tim.⁸⁶

Zahtjev za opoziv žiga mora sadržavati:

- a) broj žiga;
- b) tvrtku ili naziv odnosno prezime i ime i sjedište odnosno adresu podnositelja zahtjeva (podatke o podnositelju zahtjeva);
- c) podatke o zastupniku, ako ga podnositelj zahtjeva ima (ime i adresa zastupnika);⁸⁷
- d) tvrtku ili naziv odnosno prezime i ime i sjedište odnosno adresu nositelja žiga opoziv kojeg se traži;
- e) jasnu naznaku da se traži opoziv žiga;
- f) razloge zbog kojih se traži opoziv žiga te dokaze o tim razlozima;
- g) potpis ili pečat podnositelja zahtjeva;
- h) dokaz o uplati pristojbe za zahtjev i naknade troškova postupka.⁸⁸

Opravdano su ispuštene iz citiranog Pravilnika iz 1999. godine odredbe koje bi obvezivale podnositelja zahtjeva da u zahtjevu navede izgled žiga čiji se prestanak traži, a odredbu su sadržavali raniji propisi.⁸⁹ Izgledi žigova nalaze se u registrima Zavoda i u drugim evidencijama, te ih nije potrebno posebno eksplicirati kraj naziva i broja. Tim više što je većina registriranih žigova iz kategorije tzv. verbalnih žigova,

⁸⁵ Kako do završetka pisanja ovog rada nadležni ministar nije donio provedbeni Pravilnik sukladno odredbi čl. 83. ZOŽ-a 2003., to se do donošenja novog Pravilnika imaju primijeniti odredbe još važećeg Pravilnika o žigu iz 1999. godine kao provedbenog propisa uz raniji ZOŽ 1999., ukoliko njegove odredbe nisu u suprotnosti sa odredbama ZOŽ-a 2003.

⁸⁶ Vidi čl. 68. ZOŽ-a 2003.

⁸⁷ Držimo da bi se uz zahtjev trebalo priložiti i isprave o zastupstvu (punomoć, izvod iz sudskog registra, sudsku ili drugu odluku i sl.), ali više ne treba dostaviti dokaz o postojanju pravnog interesa za pokretanje postupka opoziva žiga.

⁸⁸ Obvezu podnositelja zahtjeva da već uz zahtjev predujmi troškove postupka ne smatramo primjerenom, jer predstavlja iznimku u općim postupovnim rješenjima, i dodatno opterećenje pokretaču postupka koje ga može odgovoriti od poduzimanja radnji koje su ne samo od njegovog, nego i od javnog interesa.

⁸⁹ Vidi čl. 22. t. 8. Pravilnika iz 1991. godine.

pa se tu teško može govoriti o njihovom izgledu. Slijedom navedenoga, logičnim se čini potez zakonodavca da ove sastojke isključi s popisa obveznih elemenata zahtjeva za prestanak vrijednosti žiga zbog neuporabe pa je očekivati da se to zadrži i kod donošenja novog provedbenog propisa iz čl. 83. ZOŽ-a 2003.

Zahtjev, kako to određuje ZOŽ 2003., podnosi bilo koja osoba. Radi se o svojevrsnoj *actio popularis*. Komparativna analiza ove problematike ukazuje u prilog šireg tumačenja ovog pojma jer brojni inozemni zakoni i međunarodni akti ne predviđaju dodatne uvjete glede ovlaštenika za pokretanje ovakvog postupka.⁹⁰ Dakle, postupak za opoziv žiga može pokrenuti svaka osoba koja to želi, a ne samo ona koja ima i može dokazati pravni interes (primjerice izvadak iz sudskog registra ili dokaz o vlastitim žigovima u istom razredu). Među osobe koje će biti najčešće motivirane za pokretanje ovog postupka možemo ubrojiti podnositelja kasnije identične ili slične prijave žiga uz isti predmet poslovanja, osobu koju je titular napadanog žiga tužio zbog povrede prava na žig i osobu kojoj titular napadanog žiga osporava pravo na žig u postupku po prijedlogu za poništenje žiga.⁹¹

Prema t. f. cit. članka Pravilnika zahtjev mora sadržavati i razloge zbog kojih se traži opoziv žiga te dokaze o tim razlozima. Ovu odredbu držimo nejasnom i kontradiktornom samom institutu pa je nužno to pojasniti u novom provedbenom propisu. Naime, opoziv žiga se, između ostaloga, traži zbog neuporabe, što je sadržano u naznaci da se opoziv traži upravo radi toga, pa je ova odredba nepotrebna. Također traži se da se razlozi obrazlože odnosno potkrijepe dokazima, što onda teret dokaza o neuporabi prenosi na podnositelja zahtjeva, iako po prirodi stvari negativne se činjenice ne mogu dokazivati te je teret dokaza ipak nedovoljno eksplicitno, ali faktički na nositelju žiga.

Prema odredbi čl. 47. st. 1. ZOŽ-a 2003. Državni zavod za intelektualno vlasništvo (Zavod) ispituje je li zahtjev za opoziv žiga podnesen u skladu s čl. 46. ZOŽ-a 2003.

Ako zahtjev za prestanak vrijednosti žiga nije uredno sastavljen, Zavod bi već prema općim pravilima upravnog postupka trebao pozvati podnositelja zahtjeva da ga uredi u odgovarajućem roku od dana primitka poziva, jer u suprotnom slijedi sankcija u vidu odbacivanja zahtjeva. Ovakvu odredbu nije poznavao ZOŽ 1999.

Novi ZOŽ 2003. ova pitanja detaljizira i razrađuje propisujući posebne radnje glede utvrđivanja urednosti zahtjeva odnosno njegovog ispravljanja i dorade.

⁹⁰ Odredbe o dodatnim uvjetima na strani osobe pokretača postupka prestanka vrijednosti žiga zbog neupotrebe ne predviđaju primjerice Smjernica EEZ-a, TRIPS, Ugovor o pravu žiga (čl. 13., Geneva, 27.10.1994., Intellectual property and Copyright, Jan. 1995.) nacionalna zakonodavstva Švicarske (čl. 12. t. 3. Federal Law on Protection of Trademarks and Indications of Source, Intellectual Property, Oct. 1997., Laws & Treaties), Japana (čl. 50., Trademark Law No. 127 from April 1959., amended by Law No. 116 of 1994, Intellectual Property, June 1997., Laws & Treaties) odnosno Rusije (čl. 22. t. 3., Law on Trademarks, Service Marks and Apelations of Origin of 1992., Intellectual Property, April 1993., Laws & Treaties).

⁹¹ Valjalo bi *de lege ferenda* razmisliti o mogućnosti pokretanja postupka *ex officio*. U SAD-u (čl. 1058., st. 8. t. a. i b. Lanham Act-a, United States Code Title 15, Chapter 22, Trademarks, Intellectual property, July-August 1985., Laws & Treaties) predviđena je obveza nositelja žiga da u roku od 5 godina po registraciji mora Zavodu dostaviti afidativ kojim dokazuje upotrebu žiga u prometu, odnosno navesti opravdane razloge koji su ga u tome sprečavali, jer u protivnom žig se gasi *ex offio* po isteku 6 godina od dana registracije.

Tako u odredbi čl. 47. st. 2. ZOŽ-a 2003. propisano je da u slučaju ako je zahtjev za opoziv žiga podnesen prije isteka razdoblja od 5 godina od registracije čiji se opoziv traži i ako nije podnesen s razloga navedenih u čl. 46. st. 2. i 3. ZOŽ-a 2003., Zavod zaključkom odbacuje zahtjev za opoziv žiga. Ako pak zahtjev za opoziv žiga nije podnesen kako je propisano provedbenim propisom, tada Zavod poziva podnositelja zahtjeva da u roku od 60 dana od dana primitka poziva uredi zahtjev. Na posebnu zamolbu se ovaj rok može produžiti najviše za dodatnih 60 dana. Ukoliko podnositelj zahtjeva u tom roku ne uredi zahtjev prema pozivu Zavoda, zahtjev se zaključkom odbacuje.

U slučaju urednog zahtjeva, Zavod posebnom obaviješću, i to držimo u pismenom obliku, iako to zakon izričito ne utvrđuje, izvješćuje nositelja žiga o podnesenom zahtjevu za opoziv, te mu dostavlja primjerak zahtjeva uz poziv da se u roku od 60 dana od dana primitka obavijesti očituje na zahtjev.⁹² Navedeni rok za očitovanje može se na poseban zahtjev nositelja žiga produžiti za još maksimalno 60 dana. Ukoliko se nositelj žiga ogluši na obavijest i u roku se ne očituje na podneseni zahtjev za opoziv, žig se opoziva u odnosu na one proizvode ili usluge u odnosu na koje je zahtjev podnesen. Iz ove odredbe izvodi se da i dalje egzistira teret dokazivanja uporabe žiga na strani nositelja žiga, jer ukoliko nositelj žiga ne ukaže u svom očitovanju na faktičku uporabu žiga u predmetnom razdoblju, to dovodi *ex lege* do opoziva žiga.

Ako podnositelj zahtjeva odustane od postavljenog zahtjeva za opoziv žiga, postupak se obustavlja, odnosno ne može se nastaviti ni *ex officio* ni na traženje nositelja žiga.

Zavod može po vlastitoj ocjeni u postupku povodom zahtjeva za opoziv žiga po potrebi zakazati usmenu raspravu na koju bi pozivao protivne stranke.⁹³ Ovakva odredba implicirala bi mogućnost nezakazivanja usmene rasprave u slučaju kada nositelj žiga ne bi u ostavljenom roku podnio suvisli i dokazima potkrijepljeni odgovor, što je u suprotnosti s načelima ZUP-a. Naime, prema čl. 149. ZUP-a službena osoba mora odrediti usmenu raspravu u stvarima u kojima sudjeluju dvije ili više stranaka s protivnim interesima. Stoga je ovakva odredba čl. 47. st. 7. i 8. ZOŽ-a 2003. svojevrsni *lex specialis* u odnosu na okvire koje postavlja ZUP kao *lex generalis*.

Naš novi ZOŽ 2003. propisuje poseban postupak ispitivanja zahtjeva za opoziv žiga u odredbi čl. 48.

Ako se nositelj žiga u odnosu na koji se zahtijeva opoziv očituje na zahtjev u propisanome roku, Zavod ispituje opravdanost razloga navedenih u zahtjevu za opoziv žiga. U postupku ispitivanja zahtjeva za opoziv žiga Zavod može pozivati stranke na podnošenje dodatnih dokaza, dokumentacije i očitovanja u roku od 60 dana od dana primitka poziva. Na zahtjev, rok iz stavka 2. ovoga članka može se produžiti najviše za 60 dana.

Ako stranka u postupku ne odgovori na navedeni poziv u propisanom roku, Zavod donosi odluku na temelju raspoloživih činjenica iz prethodno dostavljene dokumentacije.

⁹² Vidi čl. 47. st. 5. ZOŽ-a 2003.

⁹³ Držimo svrhovitim uputiti na konzekventno rješenje iz članka 91. slovenskog Zakona o industrijski lastnini, koji predviđa sudsku nadležnost ukoliko titular žiga podnese odgovor na zahtjev za prestanak žiga odnosno pobija navode iz zahtjeva pružajući dokaze koji svjedoče o korištenju žiga. Sud dostavlja Uredu za patente pravomoćnu presudu radi ovrhe odnosno brisanja žiga iz registra. Na ovaj način kombinirana je upravna i sudbena nadležnost u ovim predmetima što nam se čini kvalitetnijim rješenjem s obzirom na postojanje višestupanjske sudske zaštite.

Ne može se zahtijevati da žig bude opozvan kad stvarna uporaba žiga započne ili se nastavi tijekom vremenskoga razmaka između isteka petogodišnjega razdoblja neuporabe i podnošenja zahtjeva za opoziv. Početak ili nastavak uporabe u razdoblju od tri mjeseca što prethodi podnošenju zahtjeva za opoziv, a koje je započelo najranije nakon isteka neprekinutoga petogodišnjeg razdoblja neuporabe, ne uzima se u obzir ako su pripreme za početak ili nastavak uporabe počele tek nakon što je nositelj saznao da zahtjev za opoziv može biti podnesen. Ovi dodatni uvjeti za opoziv žiga preuzeti su iz čl. 12. europske Smjernice.⁹⁴

Ako Zavod u postupku ispitivanja zahtjeva za opoziv žiga utvrdi da je zahtjev neutemeljen, zahtjev se odbija i o tome se dostavlja rješenje podnositelju zahtjeva i nositelju žiga u odnosu na koji je opoziv zatražen.

U slučaju da Zavod u postupku ispitivanja zahtjeva za opoziv žiga utvrdi da je zahtjev utemeljen, žig se opoziva djelomično ili u cijelosti⁹⁵ i o tome se dostavlja rješenje podnositelju zahtjeva i nositelju žiga u odnosu na koji je opoziv zatražen.

Kad je žig opozvan, smatra se da su njegovi učinci prestali od datuma podnošenja zahtjeva za opoziv (oblik prestanka žiga *ex nunc*).⁹⁶

Opoziv žiga upisuje se u registar žigova i objavljuje se u službenom glasilu Zavoda.

Odluke koje donosi Zavod u postupku opoziva žiga smatraju se upravnim aktima, protiv kojih nije dopuštena žalba, ali se može pokrenuti upravni spor.⁹⁷

Nužno je ukazati i na jednu prijelaznu i završnu odredbu ZOŽ-a 2003. koja se odnosi na problematiku opoziva žiga. Naime, odredbom čl. 82. st. 2. ZOŽ-a 2003. predviđeno je da postupci povodom zahtjeva za prestanak vrijednosti žiga zbog neuporabe koji su podneseni prema ranije vrijedećim propisima, a koji do dana početka primjene ZOŽ-a 2003., odnosno do 1. siječnja 2004., nisu završeni, dovršit će se prema propisima koji su bili na snazi do početka primjene ZOŽ-a.⁹⁸

Potrebno je istaknuti da se problem opoziva žiga može pojaviti kao posebno pitanje u tijeku građanskopravnog postupka koji se vodi radi zaštite zbog povrede žiga, kada se tuženik može koristiti pravom na podnošenje zahtjeva za opoziv žiga. U tom slučaju parnični sud bi trebao prekinuti postupak, iako postoje i druga oprečna mišljenja, po kojima je žig priznat u upravnom postupku pa nema potrebe prekida sudskog postupka, jer se omogućavanjem tog prekida ne bi jamčila brza i kvalitetna

⁹⁴ Usp. Tritton G., *op.cit.*, str. 262.-263.

⁹⁵ Kako se žig može opozvati zbog neuporabe u odnosu na sve ili u odnosu na neke proizvode i usluge za koje je žig priznat, Zavod može, ovisno o okolnostima slučaja, donijeti i rješenje o djelomičnom opozivu žiga samo za neke od pripadajućih roba za koje nositelj žig nije koristio, dok se isti žig tako održava u vrijednosti za preostale robe za koje se isti rabi.

⁹⁶ Postoje i stajališta da u ovom slučaju prestanak nastupa istekom roka od pet godina u kojem žig nije rabljen. Vidi čl. 55. t. 1. španjolskog Zakona o žigovima (Trademark Law No. 32/88 of November 1988, Intellectual Property, June 1989., Laws & Treaties). Za pravnu teoriju koja zastupa ovo gledište opširnije kod Dragović: *op.cit.*, str. 908.-909.

⁹⁷ Vidi čl. 20. st. 2. ZOŽ-a 2003.

⁹⁸ O tim propisima više kod Čizmić J., *Novo hrvatsko žigovno pravo*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21., 2000., br. 1., str. 289.-320.

zaštita titularovih zaštićenih prava s refleksijama u poslovnom i imovinskom pogledu.⁹⁹ Rješenja europskog žigovnog prava sugeriraju i treće rješenje, da sud riješi i pitanje opoziva određenog žiga u slučaju ako se vodi parnica u svezi s tim žigom pred sudom. Međutim, ovo rješenje nije primjenjivo kod nas jer naš ZOŽ 2003. ne poznaje sudsku nadležnost u postupcima opoziva žiga, nego isključivo upravnu nadležnost Zavoda, sukladno odredbi čl. 46. st. 1. ZOŽ-a 2003.

3. Zaključak

Pretrpanost žigovnih registara znacima koji uživaju zaštitu, a ne rabe se u prometu, postaje sve više objektivna smetnja zainteresiranim osobama da ih stvarno rabe u prometu, odnosno sužava se tako prostor i mogućnosti za izabir postojećih nerabljenih izgleda žiga ili verbalizma za novi žig ili novog korisnika.

Može se konstatirati da neuporaba registriranog žiga de facto predstavlja specifičan vid povrede odnosno zlorabe prava na štetu poštenih i savjesnih sudionika u prometu.

To je posebno karakteristično i izraženo kod onih zemalja koje poznaju sustav stjecanja žiga registracijom, dok po prirodi stvari ovaj problem ne postoji u onim zemljama koje priznaju stjecanje žiga samom uporabom, jer tamo izostajanjem uporabe prestaje i pravo.

Uvođenjem u pravni sustav instituta opoziva žiga, u smislu prestanka vrijednosti žiga zbog neuporabe, i njegovom primjenom u praksi postižu se višestruke koristi, prije svega u vidu rasterećenja žigovnih registara, omogućavanja novih prijava za potrebe zainteresiranih osoba, sprečavanja zlorabe monopolističkih prava nositelja žigova i podizanja razine pravne sigurnosti kod sudionika u gospodarskom prometu.

Summary*

REVOCATION OF TRADEMARK AND THE NEW CROATIAN TRADEMARK LAW

A trademark is any word, name, symbol, design, slogan, 3-D form, or combination thereof which identifies and distinguishes the goods or services of one party from those of others.

The new law in force in Croatia is the Trademark Law 2003, which regulates all legal issues related to trademark protection.

The new law is in harmony with intellectual property law in the European Union. The Trademark Law 2003 regulates the grounds for revocation of registered trademarks. If, within a period of five years following the date of the completion of

⁹⁹ Vidi presudu Privrednog suda Hrvatske, Pž-3463/93, od 4. siječnja 1994., *Praxis iuridica mercatoria*, Zagreb, 1994., br. 2., str. 68.

* Translated by the Author.

the registration procedure, the proprietor has not put the trademark to genuine use in connection with goods or services in respect of which it is registered, or if such use has been suspended during an uninterrupted period of five years, the trademark shall be subject to the sanctions provided for in this Trademark Law.

Key words: trademark, revocation, non-use, genuine use.

Zusammenfassung

WIDERRUF DES WARENZEICHENS UND DAS NEUE KROATISCHE WARENZEICHENRECHT

Ein Warenzeichen ist jedes Wort, jeder Name, jedes Symbol, jede Form, jeder Slogan, jede dreidimensionale Form oder deren Kombination, die eine Ware identifiziert oder unterscheidet sowie die Dienstleistung eines Unternehmers von anderen Waren und Dienstleistungen anderer Unternehmer unterscheidet. Ein neues Gesetz, das Gesetz über Warenzeichen von 2003 ist in der Republik Kroatien in Kraft, das alle Fragen des verwaltungsrechtlichen, zivil- und strafrechtlichen Schutzes von Warenzeichen regelt.

Das neue Gesetz stimmt mit dem europäischen Warenzeichenrecht überein. Das Gesetz enthält Bestimmungen über die Bedingungen für die Widerrufung eines registrierten Warenzeichens. Wenn im Laufe von 5 Jahren nach der Registration der Inhaber des Warenzeichens es nicht für die registrierten Waren oder Dienstleistungen benutzt oder die Benutzung des Warenzeichens in einem ununterbrochenen Zeitraum von 5 Jahren suspendiert, fällt das Warenzeichen unter die im Gesetz vorgesehenen Sanktionen.

Schlüsselwörter: Warenzeichen, Widerruf, Nichtbenutzung, wirkliche Benutzung.

Sommario

REVOCA DEL MARCHIO E NUOVA LEGGE SUL MARCHIO CROATA

Un marchio è qualsiasi parola, nome, simbolo, disegno, slogan, forma tridimensionale, o loro combinazione che identifica e distingue i beni o i servizi di una parte da quelli di altre.

La nuova legge in vigore in Croazia è la Legge sul marchio del 2003, che regola tutte le questioni giuridiche relative alla tutela del marchio.

La nuova legge è armonizzata con il diritto di proprietà intellettuale europeo. La legge disciplina il campo della revoca di marchi registrati. Se, nel periodo di cinque anni successivi alla data del completamento della procedura di registrazione, il proprietario non ha utilizzato realmente il marchio in relazione per beni o servizi rispetto ai quali è registrato, o se questo utilizzo è stato sospeso durante un ininterrotto periodo di cinque anni, il marchio deve essere soggetto alle sanzioni previste in questa legge.

Parole chiave: marchio, revoca, inutilizzo, utilizzo reale.

II. Sudska praksa
(Case Law, Gerichtspraxis, Giurisprudenza)

ODLUKE USTAVNOG SUDA RH

1. *Zaštita vlasništva*

Ustavni sud Republike Hrvatske, u Vijeću šestorice za odlučivanje o ustavnim tužbama, u sastavu sudac Jasna Omejec, predsjednik Vijeća, te suci Marijan Hranjski, Mario Kos, Ivan Mrkonjić, Emilija Rajić i Vice Vukojević, članovi Vijeća, odlučujući u postupku povodom ustavne tužbe M. P. iz S., na sjednici Vijeća održanoj dana 1. srpnja 2003. godine, jednoglasno je donio

ODLUKU

I. Ustavna tužba se odbija.

II. Ova odluka objavit će se u "Narodnim novinama".

Obrazloženje

1. Ustavna tužba podnijeta je protiv presude Županijskog suda u Sisku, broj: Gž-38/02-3 od 31. siječnja 2002. godine.

Tom presudom odbijena je žalba podnositelja, kao tužitelja u parničnom postupku i žalba tužene te je potvrđena presuda Općinskog suda u Sisku, broj: P-753/2001-4 od 20. studenoga 2001. godine.

Prvostupanjskom presudom usvojen je tužbeni zahtjev podnositelja ustavne tužbe kojim je tražio da tužena iseli i preda mu u posjed kuću u B. K. 97, slobodnu od ljudi, dok je u preostalom dijelu tužbenog zahtjeva kojim je tražio da mu tužena na ime korištenja kuće - najma, plati iznos od 50,00 DEM mjesečno, u kunskoj protuvrijednosti, počevši od 26. listopada 2000. godine pa do iseljenja, sa zakonskim zateznim kamatama, podnositelj odbijen.

2. Podnositelj smatra da su mu osporenim presudama parničnih sudova povrijeđena ustavna prava zajamčena odredbama članka 14. stavka 2., 26. i 48. Ustava.

Povrede navedenih ustavnih odredaba podnositelj obrazlaže žalbenim razlozima koji se u bitnome svode na tvrdnje o bitnim povredama postupovnog prava, te pogrešnoj primjeni materijalnog prava.

U bitnome ističe kako je donošenjem rješenja Stambene komisije Grada Siska od 26. listopada 2000. godine tuženiku prestalo pravo na korištenje njegove imovine te da je tim rješenjem tuženik postao nezakonitim posjednikom iste.

Suprotno odredbi članka 18. stavka 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96, 137/99, 73/00 i 114/01), navodi dalje podnositelj, sudovi osporenim presudama odbijaju njegov tužbeni zahtjev kojim je od tuženika tražio i naknadu za korištenje imovine.

Predlaže da ovaj Sud usvoji njegov tužbeni zahtjev, ukine osporene presude parničnih sudova i predmet vrati prvostupanjskom sudu na ponovni postupak i odlučivanje.

Ustavna tužba nije osnovana.

3. Prema odredbi članka 62. stavka 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 49/02 - pročišćeni tekst, u daljnjem tekstu: Ustavni zakon), svatko može podnijeti Ustavnom sudu ustavnu tužbu ako smatra da mu je pojedinačnim aktom tijela državne vlasti, tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili pravne osobe s javnim ovlastima, kojim je odlučeno o njegovim pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela, povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda zajamčena Ustavom, odnosno Ustavom zajamčeno pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu (u daljnjem tekstu: ustavno pravo).

Ustavna tužba nije pravno sredstvo u sustavu redovnih ili izvanrednih pravnih lijekova, nego poseban institut za ocjenu pojedinačnih akata tijela državne vlasti i pravnih osoba s javnim ovlastima radi zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom.

Ustavni sud, u postupku povodom ustavne tužbe, ne obnaša nadležnost žalbenog suda već utvrđuje je li u postupku odlučivanja o pravima i obvezama podnositelja došlo do ustavno nedopuštenog zadiranja u temeljne slobode i ljudska prava, tj. je li povrijeđeno ustavno pravo podnositelja.

4. Za potrebe ustavnosudskog postupka pribavljen je spis predmeta Općinskog suda u Sisku, broj: P-753/01.

Iz stanja spisa predmeta, osporenih odluka parničnih sudova i ostale dokumentacije koja mu prileži razvidno je da je podnositelj protiv tuženika A. B., prognanika iz BiH, podigao tužbu radi iseljenja i predaje u posjed njegove kuće u B. K. 97, sagrađene na kč.br. 36/1, upisane u zk.ul. 2 k.o. B. K.

Kako je tuženik umro to je podnositelj kao novog tuženika označio njegovu suprugu M. B.

Osporenom presudom prvostupanjski sud usvojio je dio tužbenog zahtjeva podnositelja kojim se tuženoj nalaže iseljenje i povrat posjeda kuće, a odbio dio njegova zahtjeva koji se je odnosio na plaćanje naknade za korištenje kuće od 26. listopada 2000. godine pa do iseljenja.

Odbijajući podnositelja sa zahtjevom za naknadu zbog korištenja njegove imovine iz obrazloženja osporene prvostupanjske presude proizlazi utvrđenim da je tužena bila korisnik podnositeljeve kuće na temelju valjane pravne osnove (rješenja Komisije za privremeno preuzimanje i korištenje određene imovine Grada Siska), a temeljem članka 164. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, te da u tadašnjim ratnim okolnostima nije bila nikakav štetnik iste imovine već naprotiv poštenu posjednik koji je pridonio očuvanju podnositeljeve imovine.

Utvrdjena i pravna stajališta izražena u prvostupanjskoj presudi, u postupku povodom podnijetih žalbi podnositelja i tuženice, potvrdio je osporenom presudom drugostupanjski sud.

5. Analizom navoda ustavne tužbe, spisa predmeta i osporenih odluka, kao i na temelju odredaba postupovnog i materijalnog prava, primijenjenog u tom postupku, tijekom ustavnosudskog postupka utvrđeno je kako podnositelju, u konkretnom slučaju, nisu povrijeđena ustavna prava na koja u ustavnoj tužbi upućuje.

6. Ocjenjujući razloge ustavne tužbe sa stajališta članka 14. stavka 2. Ustava, Sud je utvrdio da u konkretnom slučaju ustavno pravo jednakosti svih pred zakonom nije povrijeđeno. Podnositelj nije naveo relevantne razloge koji bi ukazivali da je u provedenom sudskom postupku bilo postupovnih povreda koje bi mogle dovesti do povreda njegovih ustavnih prava. Sudovi su obrazložili stajališta iznijeta u osporenim presudama, za koje je nedvojbeno da nisu posljedica proizvoljnog tumačenja i primjene materijalnog prava te da nisu protivne ustaljenoj praksi. U tom postupku i u osporenim presudama o pravima podnositelja nije odlučivano samovoljno.

7. Odredbom članka 26. Ustava propisano je da su svi državljani Republike Hrvatske i stranci jednaki pred sudovima i drugim državnim i inim tijelima koja imaju javne ovlasti. Osporenim odlukama podnositelju nije povrijeđeno navedeno ustavno pravo.

8. Ustavni sud, temeljem članka 48. Ustava, štiti pravo vlasništva na ustavnopravnoj razini na način da priječi tijelima državne vlasti ograničavanje ili oduzimanje tog prava, osim ako je ograničavanje ili oduzimanje zasnovano na zakonu.

U slučaju zadiranja u vlasništvo od strane drugih pravnih subjekata (fizičkih ili pravnih osoba) radi se, u pravilu, o imovinskopravnim sporovima privatnog prava. Ustavni sud ispituje i takvu odluku kada ocijeni da je odluka, prosuđujući je kroz zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom, utemeljena na neprihvatljivom pravnom stajalištu ili je tako pogrešna i bez razboritog pravnog obrazloženja da ju je moguće ocijeniti samovoljnom.

U konkretnom slučaju Ustavni sud nije utvrdio postojanje takvih povreda.

9. Slijedom navedenog, a temeljem odredbi članaka 73. i 75. Ustavnog zakona, odlučeno je kao u izreci.

10. Odluka o objavi temelji se na odredbi članka 29. stavka 1. Ustavnog zakona.

Broj: U-III-3136/2002
Zagreb, 1. srpnja 2003.
NN, br. 111/03

2. Deekspirirana nekretnina koja je uračunata u društveni kapital poduzeća

Ustavni sud Republike Hrvatske u sastavu Mladen Žuvela, dopredsjednik Suda te suci Zdravko Bartovčak, dr. Velimir Belajec, dr. Nikola Filipović, Ante Jelavić Mitrović, mr. Vojislav Kučeković, Jurica Malčić, mr. Hrvoje Momčinović, Ivan Marijan Severinac i Milan Vuković, odlučujući o ustavnim tužbama "Z." d.d. iz Z., zastupanog po punomoćniku M. B., odvjetniku iz Z., na sjednici održanoj dana 5. svibnja 1999. godine, donio je ovu

ODLUKU

I. Ustavne tužbe se odbijaju.

II. Ova odluka bit će objavljena u "Narodnim novinama".

Obrazloženje

Podnositelj je podnio pravodobne i dopuštene ustavne tužbe povodom presuda Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-6051/1996-5, Us-6052/1996-5 te Us-6055/1996-5, od 4. ožujka 1998. godine.

Razmatranjem ustavnih tužbi i pribavljenih spisa predmeta, utvrđeno je kako je tužbe podnio isti podnositelj, u svezi s odlukama istog suda, odnosno istog upravnog tijela, a temelje se na istom činjeničnom i pravnom osnovu. Stoga je Ustavni sud predmete spojio radi zajedničkog razmatranja i donošenja odluke.

Presudom Us-6051/96-5 odbijena je tužba podnositelja podnijeta protiv rješenja Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske, Uprave za građansko pravo, klasa: UP/II-943-04/96-01/0138, urbroj: 514-02-03/1-96-2 od 15. srpnja 1996. godine, kojim je odbijena žalba podnositelja i zainteresiranih osoba izjavljena protiv rješenja Grada Z., Gradskog ureda za graditeljstvo, komunalne i stambene poslove, promet i veze, klasa: UP/I-943-04/96-01/11, urbroj: 251-05-17-96-3 od 7. svibnja 1996. godine. Tim rješenjem poništeno je pravomoćno rješenje Odsjeka za imovinsko-pravne poslove, Sekretarijata za prostorno uređenje i komunalne djelatnosti bivše Općine S., broj: UP/I-06/1-1811/1-1979 od 21. lipnja 1979. godine u odnosu na nekretnine opisane pod točkom I. izreke navedenog rješenja Gradskog ureda za graditeljstvo, komunalne i stambene poslove, promet i veze.

Presudom Us-6052/96-5 odbijena je tužba podnositelja podnijeta protiv rješenja Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske, Uprave za građansko pravo, klasa: UP/II-943-04/96-01/0136, urbroj: 514-02-03/1-96-2 od 15. srpnja 1996. godine, kojim je odbijena žalba podnositelja i zainteresiranih osoba izjavljena protiv rješenja Grada Z., Gradskog ureda za graditeljstvo, komunalne i stambene poslove, promet i veze, klasa: UP/I-943-04/96-01/13, urbroj: 251-05-17-96-3, od 6. svibnja 1996. godine. Tim rješenjem poništeno je pravomoćno rješenje Odsjeka za imovinsko-pravne poslove, Sekretarijata za prostorno uređenje i komunalne djelatnosti bivše Općine S., broj UP/I-06/1-1811/1-1979 od 21. lipnja 1979. godine u odnosu na nekretnine opisane pod točkom I. izreke navedenog rješenja Gradskog ureda za graditeljstvo, komunalne i stambene poslove, promet i veze.

Presudom Us-6055/96 odbijena je tužba podnositelja podnijeta protiv rješenja Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske, Uprave za građansko pravo, klasa: UP/II-943-04/96-01/0137, urbroj: 514-02-03/1-96-2 od 15. srpnja 1996. godine, kojim je odbijena žalba podnositelja i zainteresiranih osoba izjavljena protiv rješenja Grada Z., Gradskog ureda za graditeljstvo, komunalne i stambene poslove, promet i veze, klasa: UP/I-943-04/96-01/9, urbroj: 251-05-17-96-3 od 6. svibnja 1996. godine. Tim rješenjem poništeno je pravomoćno rješenje Odsjeka za imovinsko-pravne poslove, Sekretarijata za prostorno uređenje i komunalne djelatnosti bivše Općine S., broj: UP/I-06/1-1811/1-1979 od 21. lipnja 1979. godine u odnosu na nekretnine opisane pod točkom I. izreke navedenog rješenja Gradskog ureda za graditeljstvo, komunalne i stambene poslove, promet i veze.

Iz pribavljenih spisa Gradskog ureda za imovinsko-pravne poslove, Odjela za upravno-pravne poslove, Sedmog odsjeka, razvidno je kako je pravomoćnim rješenjem tadašnjeg Sekretarijata za prostorno uređenje i komunalne djelatnosti od 21. lipnja 1979. godine usvojen prijedlog prednika podnositelja ustavnih tužbi te je radi izgradnje skladišta, štamparije i parkirališta određena potpuna eksproprijacija i prijenos u društveno vlasništvo uz istovremenu uknjižbu korisnika eksproprijacije Nakladnog zavoda "Z.", kao nosioca prava korištenja, u izreci navedenih nekretnina.

Povodom zahtjeva prijašnjih vlasnika predmetnih nekretnina prvostupanjsko upravno tijelo je poništilo pravomoćno rješenje o eksproprijaciji, budući je očevitom

na licu mjesta utvrdilo kako podnositelj nije ni započeo s građenjem objekata radi kojih su predmetne nekretnine ekspropirane. Drugostupanjsko upravno tijelo i Upravni sud prihvatili su utvrđenja i stajališta tog upravnog tijela, pri čemu su zauzeli stajalište kako okolnost da je u međuvremenu provedena pretvorba prednika podnositelja i da su predmetne nekretnine prešle u režim vlasničkih odnosa nije od utjecaja za donošenje odluke primjenom odredbe članka 48. stavak 3. u svezi sa člankom 31. Zakona o izvlaštenju ("Narodne novine", broj 9/94).

Podnositelj smatra kako su mu osporenim odlukama povrijeđena ustavna prava iz članaka 26., 29., 48., 49. i 50. Ustava Republike Hrvatske. Povredu obrazlaže činjenicom da su predmetne nekretnine prilikom pretvorbe podnositelja u dioničko društvo uračunate u temeljni kapital tog društva, te da je stoga podnositelj postao vlasnikom tih nekretnina. Nadalje, smatra kako nije točno utvrđenje upravnih tijela i Upravnog suda da nije započeo s izgradnjom objekata radi kojih su predmetne nekretnine izvlaštene.

Ustavne tužbe nisu osnovane.

Nepovredivost vlasništva jedna je od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske (članak 3. Ustava Republike Hrvatske). Pravo vlasništva zajamčeno je i člankom 48. stavak 1. Ustava. Međutim, ta Ustavom utvrđena nepovredivost vlasništva odnosno jamstvo prava vlasništva nisu apsolutni. Iznimku, koja je temelj donošenja Zakona o izvlaštenju, utvrđuje sam Ustav u članku 50. stavku 1. kojim je propisano da je zakonom moguće u interesu Republike ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti.

Prema tome, nepovredivost vlasništva te ustavno jamstvo prava vlasništva su pravila, a izvlaštenje je iznimka podvrgnuta vrlo strogim uvjetima pod kojima se vlasništvo može oduzeti ili ograničiti.

Prema odredbi članka 3. Zakona o izvlaštenju izvlaštenjem nekretnina postaje vlasništvo korisnika izvlaštenja, te će se prema odredbi članka 42. potpuno izvlaštena nekretnina uvijek uknjižiti u zemljišnim knjigama kao vlasništvo korisnika izvlaštenja. Međutim, činjenica da je korisnik izvlaštenja upisan u zemljišnim knjigama kao vlasnik ne znači da se rješenje o izvlaštenju ne može poništiti. Prema odredbama članka 31. stavka 1. na zahtjev prijašnjeg vlasnika izvlaštene nekretnine pravomoćno rješenje o izvlaštenju poništiti će se ako korisnik izvlaštenja u roku od dvije godine od dana pravomoćnosti rješenja odnosno od dana stupanja u posjed nije započeo građenjem objekta ili izvođenjem radova radi kojih je nekretnina izvlaštena, ili ako izvlaštenu nekretninu ne koristi u svrhu radi koje je izvlaštenje izvršeno.

Budući je u konkretnom slučaju eksproprijacija izvršena temeljem propisa o eksproprijaciji koji su stupili na snagu poslije 22. ožujka 1978. godine to je u smislu prijelaznih i završnih odredbi Zakona o izvlaštenju na konkretan slučaj primijenjena odredba stavka 3. članka 48. Zakona o izvlaštenju prema kojoj će se na zahtjev prijašnjeg vlasnika poništiti i pravomoćno rješenje o eksproprijaciji i zahtjev riješiti prema odredbama ovog Zakona (članak 31.) ako je eksproprijacija izvršena na temelju propisa o eksproprijaciji koji su stupili na snagu poslije 22. ožujka 1978. godine, te ako korisnik eksproprijacije u roku od dvije godine od dana stupanja na snagu ovog Zakona ne dovrši gradnju objekta ili izvede radove radi kojih je nekretnina ekspropirana.

U smislu odredbi Zakona o izvlaštenju, svrha izvlaštenja je izvođenje radova ili izgradnja određenog objekta u interesu Republike Hrvatske, odnosno u općem interesu prema Zakonu o eksproprijaciji ("Narodne novine", broj 10/78, 5/80, 30/82,

46/82 - pročišćeni tekst, 28/87, 39/88 i 73/91) u koju svrhu su i izvlaštene nekretnine u konkretnom slučaju.

Podnositelj je pravo korištenja, a kasnije vlasništva predmetnih nekretnina stekao u točno određenu svrhu, a do stupanja na snagu Zakona o izvlaštenju, dana 18. veljače 1994. godine, odnosno u roku od dvije godine nakon stupanja na snagu Zakona, nije izgradio objekte radi čije izgradnje su predmetne nekretnine izvlaštene. Stoga su prijašnji vlasnici iskoristili mogućnost podnošenja zahtjeva za poništenje pravomoćnog rješenja o eksproprijaciji, u skladu s odredbama Zakona o izvlaštenju.

Činjenica da su predmetne nekretnine prilikom pretvorbe podnositelja uračunate u društveni kapital podnositelja nije od utjecaja za vođenje postupka deeksproprijacije.

Slijedom navedenog, polazeći od ustavnog načela nepovredivosti vlasništva te ustavnog jamstva prava vlasništva kao pravila, a izvlaštenja kao iznimke podvrgnute strogim uvjetima, Ustavni sud je utvrdio kako podnositelju ustavne tužbe unatoč činjenici da su predmetne nekretnine uračunate u temeljni kapital društva, nisu povrijeđena ustavna prava na koja ukazuje u ustavnoj tužbi.

U svezi s navodima podnositelja o tome što je sve poduzeo radi pripreme za građenje objekata potrebno je navesti kako Ustavni sud, pružajući zaštitu ustavnih prava temeljem odredbi članka 28. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 13/91, nastavno: Ustavni zakon), eventualno postojanje povrede ustavnih prava, u pravilu, cijeni na podlozi činjenica koje su utvrđene u pravomoćno okončanom postupku. Iznimno, u slučaju kada bi postojala sumnja kako je zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja došlo do povrede ustavnih prava, Ustavni sud bi bio ovlašten utvrđivati i odlučne činjenice i zatim postupiti u skladu s odredbama Ustavnog zakona.

Međutim, u konkretnom slučaju Sud je, analizom predmeta, utvrdio kako upravna tijela i Upravni sud, u svezi s utvrđenim činjeničnim stanjem, osporenim odlukama nisu povrijedili ustavna prava podnositelja naznačena u ustavnoj tužbi.

Iz tih razloga je, temeljem odredbe članka 61. Poslovnika Ustavnog suda Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 29/94), odlučeno kao u točki I. izreke.

Odluka iz točke II. izreke temelji se na odredbi članka 20. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske.

Broj: U-III-785/1998.
U-III-786/1998.
U-III-787/1998.
Zagreb, 5. svibnja 1999.
NN, br. 50/99

3. Raspolaganje nekretninama jedinica lokalne samouprave

Ustavni sud Republike Hrvatske, u sastavu Jadranko Crnić, predsjednik Suda te suci Zdravko Bartovčak, dr. Nikola Filipović, Ante Jelavić Mitrović, mr. Vojislav Kučeković, Jurica Malčić, mr. Hrvoje Momčinović, Ivan Marijan Severinac, Milan Vuković i Mladen Žuvela, u povodu prijedloga Hrvatske socijalno liberalne stranke, Ogranak Opatija, za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti Odluke o izmjeni Odluke o poslovnom prostoru u vlasništvu Grada Opatije na sjednici održanoj 26. svibnja 1999. godine, donio je

ODLUKU I RJEŠENJE

I. Pokreće se postupak za ocjenu ustavnosti i zakonitosti odredbe članka 2. Odluke o izmjeni Odluke o poslovnom prostoru u vlasništvu Grada Opatije ("Službene novine Županije primorsko-goranske", broj 7/98) u dijelu koji glasi: "... a primjenjuje se od 1. siječnja 1998. godine" i ukida se u tom dijelu.

II. Ne prihvaća se prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti odredbe članka 1. stavak 5. iste Odluke u dijelu koji glasi: "... kao ni zakupnici koji su ugovor o zakupu zaključili po provedenom natječaju na principu najviše izlicitirane zakupnine".

III. Ova odluka i rješenje objavit će se u "Narodnim novinama" i u "Službenim novinama Županije primorsko-goranske".

Obrazloženje

Hrvatska socijalno liberalna stranka, Ogranak Opatija, podnijela je prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti Odluke o izmjeni Odluke o poslovnom prostoru u vlasništvu Grada Opatije ("Službene novine Županije primorsko-goranske", broj 7/98 - nastavno: Odluka) i to odredbe članka 1. stavak 5. u dijelu koji glasi: "... kao ni zakupnici koji su ugovor o zakupu zaključili po provedenom natječaju na principu najviše izlicitirane zakupnine" i članka 2. iste Odluke u dijelu koji glasi: "... a primjenjuje se od 1. siječnja 1998.".

Predlagatelj smatra da je osporenim dijelom odredbe članka 1. Odluke, dio zakupnika stavljen u nejednak i neravnopravan položaj, što je u suprotnosti s odredbom članka 14. stavak 2. Ustava, prema kojoj su svi pred zakonom jednaki.

Osporeni dio odredbe članka 2., predlagatelj smatra protivnim odredbi članka 90. stavak 1. Ustava koji propisuje iznimnu retroaktivnost pojedinih zakonskih odredaba.

Tijekom postupka, sukladno odredbi članka 40. stavak 1. Poslovnika Ustavnog suda Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 29/94 - nastavno: Poslovnik) prijedlog je dostavljen na odgovor Gradskom vijeću Grada Opatije.

U dostavljenom odgovoru, Grad Opatija poziva se na odredbe članka 130. Ustava i odredbe članaka 13. i 14. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi ("Narodne novine", broj 90/92, 94/93 i 117/93) temeljem kojih općina odnosno grad između ostalog upravlja svojom imovinom. U odnosu na osporeni dio odredbe članka 1. stavka 5. ističe, da je umanjenje koeficijenata na način kako je to propisano, nemoguće za zakupnine koje su izlicitirane. Također iznosi (osporeni dio odredbe članka 2.) da je retroaktivno djelovanje Odluke određeno radi jednostavnije primjene propisa, a i zbog toga što su već ranije umanjene zakupnine za 1997. godinu.

Prijedlog je osnovan u dijelu u kojem se odnosi na osporenu odredbu članka 2. Odluke, dok u ostalom dijelu prijedlog nije osnovan.

Gradsko vijeće Grada Opatije Odluku je donijelo na sjednici održanoj 2. travnja 1998., a objavljena je 9. travnja 1998. Osporenim dijelom odredbe članka 2. te Odluke propisano je da se primjenjuje od 1. siječnja 1998.

Prema odredbi članka 90. stavak 2. Ustava, samo pojedine odredbe zakona mogu imati povratno djelovanje, a ta se ustavna mogućnost ne odnosi na akte nižeg pravnog ranga od zakona.

Budući da je, osporenim dijelom članka 2., propisana primjena Odluke prije njezina donošenja, objavljivanja i stupanja na snagu, to je Sud odlučio kao pod toč. I. izreke.

Odredbom članka 1. Odluke, smanjena je visina zakupnine za 1998., za zakupne poslovne prostore ugovorene do 31. prosinca 1997. te su određeni kriteriji za obračun smanjene zakupnine i način ostvarivanja prava na smanjenu zakupninu. Istom odredbom od smanjenja zakupnine izuzeti su zakupnici koji ne obavljaju djelatnost u poslovnom prostoru, kao i oni zakupnici koji su ugovor o zakupu zaključili po provedenom natječaju na principu najviše izlicitirane zakupnine.

Podnositelj prijedloga ne navodi odredbe Zakona o zakupu poslovnog prostora ("Narodne novine", broj 91/96 i 124/97) za koje smatra da su povrijeđene osporenim dijelom odredbe članka 1. Odluke, a Sud nije našao osnovanim da bi ova odredba bila u suprotnosti s odredbom članka 14. stavak 2. Ustava.

Naime, Zakon o zakupu poslovnog prostora odredbom članka 6. uređuje davanje u zakup poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske i u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i uprave, na način da se poslovni prostor ovih vlasnika daje u zakup u skladu s odlukom, putem javnog natječaja i to najpovoljnijem ponuđaču.

Propisivanjem da se javnim natječajem daje u zakup poslovni prostor u vlasništvu države, jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave svim se poduzetnicima, sukladno zakonu, u okviru uvjeta propisanih natječajem, osigurava jednak pravni položaj.

Zakon o zakupu poslovnog prostora ne sadrži daljnje odredbe koje bi državu, odnosno jedinice lokalne uprave i samouprave, ograničavale u raspolaganju i gospodarenju poslovnim prostorom u njihovom vlasništvu. Stoga, izuzimanje od smanjenja zakupnine zakupnika koji su ugovor o zakupu zaključili temeljem kriterija natječaja koji je objavljen i proveden u skladu s odlukom i zakonom, nije u suprotnosti sa zakonom, kao niti s odredbom članka 14. stavak 2. Ustava.

Imajući u vidu da nepovredivost vlasništva spada u najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske (članak 3. Ustava Republike Hrvatske), zbog čega se odredbom stavka 1. članka 48. Ustava jamči pravo vlasništva, Sud je utvrdio da su jedinice lokalne uprave i samouprave, osim ograničenja koja propisuje Zakon o zakupu poslovnog prostora, sukladno odredbi članka 35. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96) slobodne u daljnjim vlasničkopравnim raspolaganjima poslovnim prostorom u njihovom vlasništvu. Stoga Sud nije prihvatio prijedlog za ocjenu ustavnosti i zakonitosti osporenog dijela odredbe članka 1. Odluke.

Slijedom izloženog, u skladu s odredbama članaka 20. i 22. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 13/91) i odredbom članka 45. stavaka 1. i 2. Poslovnika, odlučeno je kao u izreci.

Broj: U-II-383/1998
Zagreb, 26. svibnja 1999.
NN, br. 65/99

4. Smetanje posjeda zauzimanjem stana na temelju nezakonitog rješenja

Ustavni sud Republike Hrvatske, u Vijeću petorice za odlučivanje o ustavnim tužbama, u sastavu sudac Jasna Omejec, predsjednik Vijeća, te suci Marijan Hranjski, Mario Kos, Ivan Mrkonjić i Vice Vukojević, članovi Vijeća, u postupku

vođenom u povodu ustavne tužbe M. S. iz Karlovca, na sjednici Vijeća održanoj dana 12. ožujka 2002. godine, jednoglasno je donio sljedeću

ODLUKU

I. Ustavna tužba se usvaja.

II. Ukidaju se:

- rješenje Županijskog suda u K., broj: Gž-24/99 od 3. veljače 1999. godine i
 - rješenje Općinskog suda u K., broj: P-410/92-96 od 12. ožujka 1998. godine,
- i predmet se vraća na ponovni postupak Općinskom sudu u K.

Obrazloženje

1. Ustavna tužba podnijeta je protiv rješenja Županijskog suda u K., broj: Gž-24/99 od 3. veljače 1999. godine. Tim rješenjem odbijena je žalba podnositelja izjavljena protiv rješenja Općinskog suda u K., broj: P-410/92-96 od 12. ožujka 1998. godine, kojim je odbijen zahtjev podnositelja ustavne tužbe podnijet u parnici zbog smetanja posjeda stana.

2. Podnositelj ustavne tužbe ne navodi odredbe Ustava koje smatra povrijeđenim osporenim rješenjima. Iz ustavne tužbe, međutim, razvidno je da podnositelj smatra kako su ta rješenja u suprotnosti s ustavnim jamstvom jednakosti (članci 14. i 26. Ustava Republike Hrvatske), s odredbom članka 57. stavka 2. Ustava, temeljem koje država posebnu skrb posvećuje zaštiti invalidnih osoba, te s odredbom članka 48. stavka 1. Ustava, kojom se jamči pravo vlasništva.

U obrazloženju ustavne tužbe podnositelj ističe da je riječ o protupravnom i neovlaštenom smetanju posjeda stana. Navodi da je 100% invalid i da je u trenutku smetanja posjeda (podnositelj tada nositelj stanarskog prava, a od 1996. godine vlasnik stana) bio na bolničkom liječenju, te da se s predmetnim stanom nije moglo raspolagati na način da se njemu oduzme posjed stana.

Predlaže da se osporena rješenja ukinu, da mu se vrati posjed stana i stvari koje su se nalazile u stanu, te da mu se naknadi pretrpljena šteta.

Ustavna tužba je osnovana.

3. Iz ustavne tužbe i spisa predmeta Općinskog suda u K., broj: P-410/92, razvidno je da je predmet raspravljanja pred sudom prvog stupnja bio tužbeni zahtjev podnositelja protiv I. tuženika I. B. i II. tuženika I. S., zbog smetanja posjeda stana u K.

U provedenom sudskom postupku utvrđeno je da je I. tuženik uselio u predmetni stan 1991. godine i koristio ga do kraja siječnja 1992. godine, na temelju rješenja Stambene komisije G. K., odnosno Komisije za privremeno korištenje stanova. U vrijeme donošenja osporenih rješenja predmetni stan koristio je II. tuženik i to na temelju rješenja navedene Komisije od 21. srpnja 1992. godine. U provedenom postupku također je utvrđeno da je podnositelj ustavne tužbe, u vrijeme kada su tuženici uselili u stan, bio na bolničkom liječenju, te da je ugovorom o prodaji stana na kojem postoji stanarsko pravo, broj: 91/96 od 21. svibnja 1996. godine, stekao pravo vlasništva predmetnog stana.

Na temelju ovako utvrđenog činjeničnog stanja sudovi su odbili pružanje posjedovne zaštite podnositelju ustavne tužbe, jer su ocijenili da faktično mijenjanje

posjedovnog stanja, ne predstavlja samovlastan čin tuženika, budući da su oni u predmetni stan uselili na temelju rješenja Komisije za privremeno korištenje stanova, koja je ta rješenja donijela temeljem Zakona o privremenom korištenju stanova ("Narodne novine", broj 66/91, 26/93 i 76/93).

4. Zakonom o privremenom korištenju stanova utvrđeni su uvjeti i način privremenog korištenja stanova koji se nalaze u društvenom vlasništvu, zatim u vlasništvu poduzeća i drugih pravnih osoba ili u vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno na kojima Republika Hrvatska ima pravo korištenja i raspolaganja (članak 1.). Prema odredbi članka 2. stavka 1. istoga Zakona, privremeno korištenje stanova osigurava se:

- u praznim stanovima na kojima nije stečeno stanarsko pravo, odnosno nije zaključen ugovor o najmu;
- u ispraznjenim stanovima na kojima je stečeno stanarsko pravo, a za koje se utvrdi da su ih stanari i članovi njihova kućanstva oslobodili od osoba i stvari;
- u napuštenim stanovima na kojima je stečeno stanarsko pravo, a za koje se utvrdi da su ih stanari i članovi njihova kućanstva trajno napustili.

Prema dokumentaciji spisa predmeta, predmetni stan nije bio trajno napušten niti ispraznjen od stvari, a stanarsko pravo (kasnije pravo vlasništva) podnositelja ustavne tužbe na tom stanu, činjenica je koja tijekom postupka nije niti bila sporna.

Stoga je Ustavni sud utvrdio da navedeno rješnje o privremenom korištenju stana nije ona odluka koja daje zakonsku ovlast tuženima za smetanje podnositelja ustavne tužbe u posjedu stana, odnosno odluka koja takvom postupanju otklanja svojstvo protupravnosti.

5. U svezi s navedenom pravnom situacijom ističe se da prema odredbi članka 78. stavka 1. tada važećeg Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91) sud pruža zaštitu prema posljednjem stanju posjeda i nastalom smetanju, pri čemu nije od utjecaja pravo na posjed, pravna osnova posjeda i savjesnost posjednika.

U osporenim rješenjima sudovi se pozivaju na odredbu članka 20. stavka 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96, 68/98, 137/99, 22/00 i 73/00), prema kojoj nije samovlasno smetanje posjeda ako je čin oduzimanja ili smetanja posjeda dopušten zakonom ili odlukom suda odnosno drugog tijela, donesenom na temelju zakona koji to dopušta. Pri pozivanju na ovu odredbu, sudovi, međutim, ispuštaju iz vida da je istom odredbom propisano da je samovlasno smetanje posjeda i ono kad je čin oduzimanja ili smetanja posjeda učinjen u nekom javnom, društvenom ili sličnom interesu, ako nije dopušten zakonom ili na temelju zakona, kao što je slučaj u konkretnom predmetu.

6. Slijedom navedenog, Ustavni sud je utvrdio da je osporenim rješenjima podnositelju uskraćeno pravo utemeljeno na mjerodavnim propisima, čime su povrijeđene odredbe članka 14. i 26. Ustava.

Naime, opće načelo o jednakosti, zajamčeno odredbom članka 14. Ustava, jamči svakome sva prava i slobode bez ikakve diskriminacije na bilo kojoj osnovi, dakle pruža jamstvo svima da su pred zakonom jednaki i da su svi ovlašteni, bez diskriminacije, na jednaku pravnu zaštitu. Ustavno jamstvo jednakosti iz odredbe članka 26. Ustava, razrada je i primjena općeg načela jednakosti (članak 14. stavak

1. Ustava) na područje sudske i druge pravne zaštite. Radi se o posebnom slučaju načela jednakosti koje svakome jamči jednaku zaštitu prava u postupku pred sudovima, drugim državnim tijelima i tijelima koja imaju javne ovlasti.

7. Temeljem odredbi članaka 69. i 72. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (“Narodne novine”, broj 99/99), odlučeno je kao u izreci.

Broj: U-III-272/1999
Zagreb, 12. ožujka 2002.
NN, br. 35/02

5. Upravljanje seoskim dobrom (komunela) protivno odredbama iz čl. 35. st. 2 ZV-a

Ustavni sud Republike Hrvatske u sustavu Smiljko Sokol, predsjednik Suda te suci Marijan Hranjski, Petar Klarić, Mario Kos, Ivan Mrkonjić, Jasna Omejec, Željko Potočnjak, Agata Račan, Emilija Rajić, Nevenka Šernhorst, Vice Vukojević i Milan Vuković, odlučujući o zahtjevu za ocjenu suglasnosti sa zakonima drugog propisa, na sjednici održanoj 18. rujna 2002., donio je sljedeću

ODLUKU

I. Ukidaju se odredbe članka 37. stavaka 2. i 3. Statuta Općine Lanišće (“Službene novine Općine Lanišće”, broj 6/01).

II. Ova odluka objavit će se u “Narodnim novinama”.

Obrazloženje

1. Na temelju odredbe članka 35. alineje 4. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (“Narodne novine”, broj 49/02 - pročišćeni tekst, dalje: Ustavni zakon), Vlada Republike Hrvatske (dalje: Vlada), podnijela je zahtjev za ocjenu suglasnosti odredaba članka 37. stavaka 2. i 3. Statuta Općine Lanišće (“Službene novine Općine Lanišće, broj 6/01 - dalje: Statut) sa Zakonom o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (“Narodne novine”, broj 33/01 - dalje: ZOLS), Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (“Narodne novine”, broj 91/96, 68/98, 137/99, 22/00 i 73/00 - dalje: ZV) i Zakonom o poljoprivrednom zemljištu (“Narodne novine”, broj 66/01).

Naime, Ministarstvo pravosuđa, uprave i lokalne samouprave je odlukom, klasa: 023-01/01-01/0630, urbroj: 514-11-2-3 od 20. studenoga 2001., temeljem odredbe članka 79. stavka 1. i članka 80. stavka 2. ZOLS-a, obustavilo od primjene naprijed navedene odredbe Statuta te je u skladu s odredbom članka 82. stavka 1. ZOLS-a podnijelo Vladi prijedlog da pokrene postupak za ocjenu ustavnosti i zakonitosti tih odredaba Statuta, nakon čega je Vlada podnijela predmetni zahtjev.

2. Temeljem odredbe članka 40. stavka 1. Ustavnog zakona, zahtjev je dostavljen Općinskom vijeću Općine Lanišće (dalje: općinsko vijeće) na odgovor, no u određenom roku to Općinsko vijeće nije Ustavnom sudu dostavilo odgovor.

Nakon toga, dopisom od 28. ožujka 2002. zatražena je od Općinskog suda u Buzetu, dostava izvadaka iz zemljišnih knjiga s podacima o vlasnicima seoskih dobara (komunela) s područja općine Lanišće za naselja Brest, Brgudac, Dane, Jelovice, Klenovščak, Kropinjak, Lanišće Podgaće, Prapoće, Račja Vas, Rašpor,

Slum, Trstenik i Vodice, za koja su osnovani i mjesni odbori. Općinski sud u Buzetu, Zemljišno-knjižni odjel, udovoljio je tom zahtjevu uz svoj dopis od 4. travnja 2002.

3. Osporene odredbe članka 37. stavaka 2. i 3. Statuta, glase:

“Mjesni odbor je pravna osoba i upravlja seoskim dobrom, zajedničkom imovinom sela (komunelama).

Način upravljanja seoskim dobrom utvrđuje se posebnim aktom.”

4. Vlada smatra da navedene odredbe nisu utemeljene na odredbi članka 35. stavka 2. ZV, koja glasi:

“(2) Stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske raspolaže, i upravlja i koristi se Vlada Republike Hrvatske ili od nje ovlašteno tijelo ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. Stvarima u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave raspolaže, upravlja i koristi se njezino poglavarstvo, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno.”

Nadalje, Vlada smatra da osporavane odredbe nisu utemeljene ni na odredbama članka 391. ZV, koje glase:

“(1) Nekretninu u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave poglavarstva tih jedinica mogu otuđiti ili njom na drugi način raspolagati samo na osnovu javnog natjecaja i uz naknadu utvrđenu po tržišnoj cijeni, ako zakonom nije drukčije određeno.

(2) Pravni poslovi sklopljeni protivno odredbama ovoga članka ništavi su.”

Također, Vlada smatra da osporavane odredbe nisu utemeljene na odredbi članka 48. stavka 1. točke 4. ZOLS-a, koja glasi:

“Poglavarstvo: ...

4. upravlja i raspolaže nekretninama i pokretninama u vlasništvu jedinica lokalne odnosno područne (regionalne) samouprave kao i njezinim prihodima i rashodima u skladu sa zakonom i statutom,”

Konačno, Vlada drži osporavane odredbe nezakonitima u smislu odredbe članka 22. stavka 1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, koja glasi:

“Poljoprivrednim zemljištem čiji je vlasnik, izuzev onoga koje se vraća ranijim vlasnicima po posebnom zakonu, Republika Hrvatska raspolaže prema općim propisima o raspolaganju nekretninama, ako ovim Zakonom nije drugačije određeno.”

Dakle, u bitnom, Vlada smatra da su seoska dobra (komunele), kao poljoprivredno zemljište, u vlasništvu Republike Hrvatske, zbog čega jedinice lokalne samouprave nisu ovlaštene donositi akte glede upravljanja tim zemljištem, niti mogu upravljanje tim zemljištem prepustiti mjesnim odborima.

Zahtjev je osnovan.

5. Prema odredbi članka 8. stavka 2. ZOLS-a, ovlasti jedinice lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave detaljnije se uređuju njezinim statutom, pa i pravo upravljanja nekretninama može za tu jedinicu biti određeno statutom samo glede zemljišta koje je nedvojbeno i samo u njezinu vlasništvu. Iz dostavljenih zemljišnoknjižnih izvadaka ne proizlazi da su to zemljišta u vlasništvu Općine Lanišće.

6. Stoga je temeljem odredbe članka 55. stavka 1. Ustavnog zakona odlučeno kao u izreci.

Broj: U-II-2456/2001

Zagreb, 18. rujna 2002.

NN, br. 86/02

6. Prestanak prava zaštićenog najmprimca (stanara)

Ustavni sud Republike Hrvatske, u Vijeću šestorice za odlučivanje o ustavnim tužbama, u sastavu sudac Petar Klarić, kao predsjednik Vijeća te suci Jurica Malčić, Ivan Matija, Željko Potočnjak, Agata Račan i Milan Vuković, kao članovi Vijeća u postupku vođenom u povodu ustavne tužbe N. A. iz O., koju zastupa D. Š., odvjetnik iz O., na sjednici Vijeća održanoj 10. srpnja 2002. godine, jednoglasno je donio

ODLUKU

- I. Ustavna tužba se odbija.
- II. Ova odluka objavit će se u "Narodnim novinama".

Obrazloženje

1. Ustavna tužba podnesena je protiv presude Županijskog suda u O., broj: GŽ-1267/01-2 od 28. lipnja 2001. i presude Općinskog suda u O., broj: P-2621/00-10 od 9. veljače 2001.

2. Presudom Županijskog suda u O., od 28. lipnja 2001. odbijena je žalba podnositeljice ustavne tužbe protiv presude Općinskog suda u O. od 9. veljače 2001. i ta je presuda potvrđena. Tom prvostupanjskom presudom utvrđeno je da je podnositeljici ustavne tužbe kao tuženici prestao Zakonom o najmu stanova ("Narodne novine", broj 91/96, 48/98 i 66/98) uspostavljeni odnos najmprimca na stanu u O., Š. 2, te da je ona u roku od 15 dana pod prijetnjom ovrhe dužna iseliti iz tog stana i slobodnog od osoba i svojih stvari predati ga na daljnje raspolaganje tužitelju M. C.

3. U ustavnoj tužbi podnositeljica, u bitnom, navodi da je potpuno pogrešno i pravno neutemeljeno pravno shvaćanje prvostupanjskog i drugostupanjskog suda, prema kojem je njezinim odbijanjem kao najmprimca da s vlasnikom stana sklopi ugovor o najmu stana iskazala da nema ozbiljnu volju sklopiti ugovor o najmu pa je stoga dužna snositi posljedice svoje odluke da ne postupi po odredbama članka 33. Zakona o najmu stanova, koje se po pravnom shvaćanju suda sastoje u utvrđenju da joj je prestalo svojstvo najmprimca, odnosno da je raskinut zakonom uspostavljeni najamni odnos stranaka. Smatra da ni Zakon o najmu stanova, ni Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00 i 114/01) ne predviđaju raskid najma stana, a niti prestanak svojstva najmprimca bivšem nositelju stanarskog prava zbog okolnosti da najmprimac ne želi dobrovoljno sklopiti s vlasnikom stana ugovor o najmu stana.

Ukazuje na odredbu članka 33. stavka 3. Zakona o najmu stanova, prema kojoj, ako vlasnik stana u roku od 3 mjeseca od primitka pisanog zahtjeva najmprimca ne sklopi ili odbije sklopiti ugovor o najmu stana najmprimac će zatražiti od suda donošenje presude koja će zamijeniti taj ugovor, pa smatra da i vlasniku stana stoji na raspolaganju takva tužba putem koje bi se u sudskom postupku uredili odnosi najma stana, a nikako pravo da zbog odbijanja najmprimca da sklopi takav ugovor zatraži utvrđenje da je najamni odnos prestao.

Ističe da vlasnik stana osim poziva na sklapanje ugovora, njoj nikada nije ponudio i ugovor u formi i sadržaju određenom u člancima 4. i 5. Zakona o najmu stanova, pa se na njega nije niti mogla očitovati. Navodi također da pravno

shvaćanje sudova nema uporišta ni u jednoj zakonskoj odredbi, tim više što je ona samohrana majka s dvoje malodobne djece, kao nositelj stanarskog prava u predmetnom stanu stanuje od 1989. godine, a nakon stupanja na snagu Zakona o najmu stanova ima u istom stanu status zaštićenog najmoprimca, zbog čega da je pogrešna i primjena odredaba članaka 161. i 162. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

Smatra da su osporavanim presudama povrijeđene odredbe članka 3., članka 19. stavka 1. i članka 117. stavka 3. Ustava.

Predlaže usvojiti ustavnu tužbu, ukinuti osporavane presude i predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovni postupak.

4. Ustavna tužba sadrži formalne sastojke propisane člankom 65. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 49/02 - pročišćeni tekst, dalje: Ustavni zakon), kao i pretpostavke propisane člankom 62. stavcima 2. i 3. i člankom 64. Ustavnog zakona.

5. Ustavni sud, odlučujući o ustavnoj tužbi, prvo ispituje jesu li prava istaknuta u ustavnoj tužbi ustavna prava, u smislu članka 62. stavka 1. Ustavnog zakona. Ako utvrdi da se radi o ustavnim pravima, Ustavni sud ispituje jesu li ustavna prava povrijeđena.

Ustavna tužba nije osnovana.

6. Prema ustavnom određenju nadležnosti Ustavnog suda (članak 128. stavak 1. podstavak 4. Ustava), kao i prema odredbi stavka 1. članka 62. Ustavnog zakona, ustavna tužba je institut ustanovljen radi zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, a može se podnijeti ako podnositelj smatra da je pojedinačnim aktom (i postupkom koji mu je prethodio) povrijeđeno neko od Ustavom utvrđenih ljudskih prava i temeljnih sloboda (ustavno pravo).

7. Sudovi su u postupku u kojem su donesene osporavane presude pravilno iznijeli svoje stajalište prema kojem odredba članka 33. stavka 3. Zakona o najmu stanova ne daje ovlaštenje najmodavcu zahtijevati od suda donošenje presude koja će zamijeniti ugovor o najmu stana, jer se zahtjev za donošenje takve presude može podnijeti samo kad zakon na to izrijeком ovlašćuje, a Zakon o najmu stanova tu ovlast izrijeком daje samo najmoprimcu u spomenutoj odredbi članka 33. stavka 3. Slijedom iznesenog sudovi su zaključili da u slučaju kad najmoprimac ne postavi zahtjev za sklapanje ugovora o najmu stana, odnosno ne želi sklopiti ugovor, najmodavac ga na to ne može prisiliti, pa mu jedino preostaje zahtijevati iseljenje tog najmoprimca. Navedeni zaključak polazi od toga da se najmoprimac odnosno osoba koja je ex lege stekla prava i obveze najmoprimca, a bez opravdanih razloga odbija sklapanje ugovora o najmu, nalazi u stanu bez valjane pravne osnove, iz čega sudovi dalje zaključuju da se sankcije za najmoprimca ne bi ograničavale samo na gubitak posebne zaštite koju uživa kao zaštićeni najmoprimac, već gubi i pravo na daljnje korištenje stanom.

Također, sudovi su stajališta da rokovi iz odredaba članka 33. Zakona o najmu stanova nisu prekluzivni, pa u slučaju kada je vlasnik stana podnio tužbu radi iseljenja (nakon što je prethodno u konkretnom slučaju dva puta postupio prema odredbi članka 33. stavka 1. Zakona o najmu stanova), zaštićeni najmoprimac je mogao podnijeti ili zahtjev, ili tužbu, ili protutužbu radi sklapanja ugovora o najmu, jer bi u suprotnom vlasnik ostao bez ikakve mogućnosti uređivanja odnosa između sebe kao vlasnika stana i zaštićenog najmoprimca u njegovom stanu.

8. Ustavnom tužbom podnositeljica od Ustavnog suda traži donošenje odluke kojom bi se ocijenilo i utvrdilo da su osporavanim presudama povrijeđene odredbe iz članka 3., članka 19. stavka 1. i članka 117. stavka 3. Ustava, označujući ih kao svoja ustavna prava.

U odredbi članka 3. Ustav ne utvrđuje ljudska prava i temeljne slobode (ustavna prava). Naime, u članku 3. Ustav utvrđuje najviše vrednote ustavnog poretka koje se razrađuju i određuju u drugim odredbama Ustava, a posebice u onima kojima se jamče ljudska prava i temeljne slobode. Odredba članka 3. Ustava služi kao osnova za tumačenje Ustava i kao smjernica zakonodavcu pri razradi ustavnih prava građana te je i upućena državnim tijelima, a ne neposredno građanima.

Odredba članka 19. stavka 1. Ustava propisuje temeljne smjernice i obveze državne uprave i tijela s javnim ovlastima kad odlučuju o pravima i dužnostima gradana pa se na toj odredbi ne može temeljiti ustavno pravo, dakle, ni ustavna tužba.

Odredba članka 117. stavka 3. Ustava propisuje načelo zakonitosti za sudbenu vlast, odnosno propisuje temeljne smjernice i dužnost sudova da postupaju i odlučuju zakonito. Navedena ustavna odredba ne sadrži slobode i prava koja su Ustavom zajamčena fizičkoj ili pravnoj osobi (subjektivno ustavno pravo). Stoga, tom odredbom ustavotvorac, u ukupnosti članka 117. Ustava, sudbenoj vlasti samo povjerava da samostalno i neovisno brine o zakonitosti.

9. Stoga je, temeljem odredbe članka 75. Ustavnog zakona, odlučeno kao u izreci.

Broj: U-III-2000/2001
Zagreb, 10. srpnja 2002.
NN, br. 86/02

7. Otkaz ugovora o zakupu poslovnog prostora je građansko pravni akt a ne akt uprave

Ustavni sud Republike Hrvatske u Vijeću petorice za odlučivanje o ustavnim tužbama, u sastavu dopredsjednik Suda Petar Klarić, kao predsjednik Vijeća, te suci Jurica Malčić, Ivan Matija, Emilija Rajić i Milan Vuković, kao članovi Vijeća, u povodu ustavne tužbe V. Š. iz Z., na sjednici Vijeća održanoj 22. ožujka 2001. godine, donio je jednoglasno

ODLUKU

- I. Ustavna tužba se odbija.
- II. Ova odluka objavit će se u "Narodnim novinama".

Obrazloženje

1. Pravodobna i dopuštena ustavna tužba podnijeta je u povodu rješenja Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-9685/95 od 22. svibnja 1997. godine, kojim je odbačena tužba podnositelja podnijeta protiv odluke Komisije za žalbe, Gradskog poglavarstva G. Z., klasa: 372-04/94-01/124, ur. broj: 251-01-05/12-95-9 od 9. lipnja 1995. godine. Tom odlukom potvrđen je zaključak Komisije za poslovni prostor, Gradskog poglavarstva G. Z. od 5. svibnja 1994. godine, kojim je pokrenut

postupak za iseljenje I. Š., oca podnositelja ustavne tužbe, iz poslovnog prostora u Z., D. 14.

U obrazloženju navedenog zaključka navedeno je da je I. Š. promijenio ključ na vratima predmetnog prostora te da je kao bespravni korisnik u posjedu predmetnog prostora.

2. Podnositelj smatra da su navedenim rješenjem, kao i odlukom i zaključkom Gradskog poglavarstva povrijeđena njegova ustavna prava iz članaka 18., 19. i 26. Ustava Republike Hrvatske te odredba iz članka 3. Ustava u svezi s ustavnim pravom iz članka 50. Ustava.

Obrazlažući razloge navedenih povreda, podnositelj navodi da je pravo na žalbu iz članka 18. povrijeđeno, jer da je isto tijelo uprave odlučivalo i u prvom i u drugom stupnju. Smatra da su osporavani akti upravni akti te da je pogrešno riješio Upravni sud kada je odbacio tužbu. Ističe da je on vlasnik predmetnog prostora te da je već uložio sredstva u saniranje tog prostora. To dopunjuje navodima da se u postupku povrata oduzete imovine, postupku denacionalizacije, ne može prijašnjeg vlasnika nekretnine stavljati u nepovoljniji položaj. Podnositelj navodi da je u postupku odlučivanja o najpovoljnijem ponuđaču u natječaju za davanje u zakup predmetnog poslovnog prostora preferiran D. S., a na štetu svih ostalih sudionika natječaja.

3. Ustavna tužba nije osnovana.

Podnositelj ustavne tužbe dijelom se poziva na ustavna prava koja nisu povrijeđena, a dijelom na povredu prava koje nije subjektivno ustavno pravo.

U sudskoj kontroli zakonitosti upravnih akata, Upravni sud je odbacio tužbu podnositelja utvrdivši da nije dopuštena, jer da odlučujući o iseljenju iz predmetnog poslovnog prostora, Poglavarstvo nije rješavalo u upravnom postupku o upravnoj stvari, nego da je upravno tijelo odlučivalo u skladu sa svojim pravom raspolaganja kao vlasnika tog prostora. Stoga da taj akt nema karakter upravnog akta u smislu odredbe članka 6. Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine", broj 53/91, 9/92 i 77/92).

4. Analizom navoda ustavne tužbe te osporenih odluka, Ustavni sud je utvrdio da je rješenje Upravnog suda Republike Hrvatske donijeto u skladu s odgovarajućim odredbama Zakona o upravnim sporovima, te da njime podnositelju nisu povrijeđena navedena ustavna prava.

U skladu s odredbom članka 141. Ustava, međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj snazi su iznad zakona. Tako je, u članku 6. stavka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Rim, 4. studenoga 1950. godine - Republika Hrvatska ratificirala je Konvenciju 17. listopada 1997. godine i objavila u "Narodnim novinama", broj: 18/97 - dodatak Međunarodni ugovori, od 28. listopada 1997. godine, u nastavku: Konvencija), određeno da radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Iz navedene odredbe za osobu o čijem se građanskom pravu ili obvezi odlučuje proizlaze postupovnoppravna jamstva odnosno: pravo da o građanskom pravu ili obvezi odluči zakonom ustanovljeni, neovisni i nepristrani sud, pravo da postupak u kojem se odlučuje o

građanskom pravu odnosno obvezi bude pravičan, pravo da postupak u pravilu bude javan i da odluka obvezatno bude objavljena te pravo na donošenje odluke u razumnom roku. Pretpostavka za primjenu ove odredbe je da se radi o odlučivanju o građanskim pravima i obvezama.

Analizirajući odredbe Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine", broj 53/91, 9/92 i 77/92), Upravni se sud, kada odlučuje po pravilima o upravnom sporu, ne može smatrati sudom pune jurisdikcije u smislu navedene odredbe Konvencije (odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-745/1999 od 8. studenoga 2000. godine, objavljeno u "Narodnim novinama", broj 112/2000).

Zakon o sudovima ("Narodne novine", broj 3/94), u članku 3. stavku 2., razrađujući ustavna načela u autonomnom području djelovanja sudbene vlasti, određuje jurisdikciju sudova u građanskopravnim sporovima, te u članku 16. stavku 2. točki g. određuje nadležnost općinskih sudova u sporovima iz najamnih, zakupnih i stambenih odnosa, a u skladu s općeprihvaćenim načelima o sudbenoj jurisdikciji sadržanim i u međunarodnim konvencijama (stav Ustavnog suda izražen u odluci, broj: U-I-892/1994 od 20. studenoga 1996. godine).

Iz navedenog proizlazi da osporavani zaključak predstavlja očitovanje volje vlasnika stvari usmjereno na otkazivanje zakupnog odnosa. Time je, u konkretnom slučaju, G. Z., kao vlasnik predmetnog poslovnog prostora, manifestirao svoju volju za slobodnim raspolaganjem svojom stvari (praksa u odlukama Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-893/2000 i U-III-894/2000 od 2. veljače 2001. godine).

Prema tome, u konkretnom se slučaju ne radi o upravnoj stvari, jer pravna osoba s javnom ovlašću koja je donijela osporavani zaključak, Komisija za poslovni prostor Gradskog poglavarstva G. Z., nije rješavala ni o kakvom pravu, obvezi ili pravnom interesu legitimiranih stanaka u upravnom postupku.

Stoga je pravilno riješio Upravni sud kada je odbacio tužbu podnositelja uz navedeno obrazloženje.

U odnosu na odredbu članka 3., na koju se podnositelj također poziva u ustavnoj tužbi, Ustav ne utvrđuje slobode i prava čovjeka i građanina. Naime, u članku 3. Ustav utvrđuje najviše vrednote ustavnog poretka koje se razrađuju i određuju u drugim odredbama Ustava, a posebice u onima kojima se jamče slobode i prava čovjeka i građanina.

5. Stoga je, na temelju odredbi članka 69. i 71. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 99/99 - u nastavku: Ustavni zakon), odlučeno kao u izreci.

6. Odluka o objavi ove odluke temelji se na odredbi članka 28. Ustavnog zakona.

Broj: U-III-1288/1997
Zagreb, 22. ožujka 2001.
NN, br. 32/01

8. Žalba podnijeta telegramom

Ustavni sud Republike Hrvatske, u Vijeću šesterice za odlučivanje o ustavnim tužbama, u sastavu sudac Petar Klarić, predsjednik Vijeća, te suci Ivan Matija, Željko Potočnjak, Agata Račan, Nevenka Šernhorst i Milan Vuković, članovi

Vijeća, odlučujući o ustavnoj tužbi V. P. i S. P., oboje iz Z., zastupanih po odvjetnici Z. Z.-B. iz Z., na sjednici Vijeća održanoj dana 28. studenoga 2002. godine, jednoglasno je donio

ODLUKU

- I. Ustavna tužba se usvaja.
- II. Ukida se presuda Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-2441/1997-4 od 3. prosinca 1998. godine.
- III. Predmet se vraća Upravnom sudu Republike Hrvatske na ponovni postupak.

Obrazloženje

1. Podnositelji su podnijeli ustavnu tužbu protiv presude Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-2441/1997-4 od 3. prosinca 1998. godine.

Osporenom presudom odbijena je tužba podnositelja ustavne tužbe, podnijeta protiv rješenja Ministarstva prostornog uređenja, graditeljstva i stanovanja (u daljnjem tekstu: Ministarstvo), klasa: UP/II-350-05/96-05/1162, urbroj: 531-05/2-96-2/JT od 2. siječnja 1997. godine, kojim je odbačena, kao nepravodobna, žalba podnositelja ustavne tužbe, izjavljena protiv rješenja G. Z., Gradskog ureda za graditeljstvo, komunalne i stambene poslove, promet i veze, Područnog ureda S., klasa: UP/I-350-05/96-01/120, urbroj: 251-05-17-96-09 od 23. rujna 1996. godine. Tim rješenjem odbačena je kao nepravodobna žalba podnositelja izjavljena protiv lokacijske dozvole, izdane od istog prvostupanjskog tijela, klasa: UP/I-350-05/96-01/120, urbroj: 251-05-17-96-05 od 21. lipnja 1996. godine.

2. Podnositelji ustavne tužbe ponavljaju razloge iznijete tijekom upravnog spora, smatrajući da su im osporavanom presudom Upravnog suda Republike Hrvatske povrijeđena ustavna prava iz odredbi članka 48. stavka 1. (*Jamči se pravo vlasništva.*) i članka 49. stavka 4. Ustava (*Prava stečena ulaganjem kapitala ne mogu se umanjiti zakonom niti drugim pravnim aktom.*).

Iz sadržaja ustavne tužbe razvidno je da podnositelji povrijeđenim smatraju i ustavno pravo iz odredbe članka 19. stavka 2. Ustava (*Zajamčuje se sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti.*). Podnositelji ističu da je Upravni sud Republike Hrvatske neutemeljeno potvrdio stajalište prvo i drugostupanjskog tijela o nepravodobnosti izjavljene žalbe.

Prema mišljenju podnositelja, njihova žalba protiv lokacijske dozvole, izjavljena dana 10. srpnja 1996. godine u 23 sata i 55 minuta putem telegrama, uložena je u zakonom propisanom roku od 15 dana, od dana primitka tog rješenja.

Podnositelji predlažu usvojiti ustavnu tužbu, ukinuti osporavanu presudu Upravnog suda Republike Hrvatske i predmet vratiti tom sudu na ponovni postupak.

3. Za potrebe ovosudnog postupka pribavljeni su spis Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-2441/97 i spis G. Z., Gradskog ureda za graditeljstvo, komunalne i stambene poslove, promet i veze, Područnog ureda S., klasa: UP/I-350-05/96-01/120.

Ustavna tužba je osnovana.

4. Prema odredbama članka 62. stavka 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 49/02 - pročišćeni tekst), svatko može

podnijeti Ustavnom sudu ustavnu tužbu ako smatra da mu je pojedinačnim aktom tijela državne vlasti, tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili pravne osobe s javnim ovlastima, kojima je odlučeno o njegovim pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela, povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda zajamčena Ustavom, odnosno Ustavom zajamčeno pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu.

Ustavna tužba nije pravno sredstvo u sustavu redovnih ili izvanrednih pravnih lijekova nego poseban institut za ocjenu pojedinačnih akata tijela državne vlasti i pravnih osoba s javnim ovlastima, ustanovljen radi zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda čovjeka, zajamčenih Ustavom.

5. Za ocjenu konkretnog predmeta odlučna je činjenica koja dokazuje trenutak predaje polaznog telegrama poštanskom službeniku, odnosno odlučno je razlikovanje vremena predaje polaznog telegrama od trenutka otpreme istog telegrama, kojim se poruka konačno dostavlja primatelju.

Iz poslovnih oznaka polaznog telegrama slijedi da su podnositelji telegram predali poštanskom službeniku dana 10. srpnja 1996. godine, u 23 sata i 55 minuta, nakon što su bili upozoreni na radno vrijeme. Isti datum i vrijeme predaje telegrama, odnosno njegovog "primitka u službu", potvrđeni su podnositeljima telefaksom Hrvatskih pošta i telekomunikacija, Centralna pošta Z., Z., B. 4, od 25. veljače 1997. godine.

Također, iz poslovnih oznaka polaznog telegrama i zasebnog, otpremljenog telegrama, vidljivo je točno vrijeme otpredavanja telegrama, dana 11. srpnja 1996. godine, u 7 sati i 27 minuta.

6. Rješavajući po žalbi podnositelja ustavne tužbe, Ministarstvo je u cijelosti prihvatilo činjenična utvrđenja prvostupanjskog tijela, prema kojima je posljednji dan za izjavljivanje žalbe bio 10. srpnja 1996. godine.

Prema stajalištu Ministarstva, prvostupanjsko tijelo pravilno je postupilo kada je žalbu podnositelja, predanu, kako se navodi u obrazloženju rješenja Ministarstva, na poštu putem telegrama 11. srpnja 1996. godine, odbacilo kao nepravodobnu.

Ministarstvo je utvrdilo da je telegram predan pošti S., a ujedno i zaprimljen kod prvostupanjskog upravnog tijela dana 11. srpnja 1996. godine.

7. Upravni sud Republike Hrvatske ocijenio je urednim dokazima koji ukazuju na nepravodobnost žalbe podnositelja ustavne tužbe, pozivajući se na "izvornik telegrama kojim je žalba predana pošti, iz kojeg telegrama je vidljivo da je žalba predana 11. srpnja 1996. godine, a ne 10. srpnja te godine (...). Taj datum naveden je ne samo na prijamnoj štambilji brzojava nego i na pečatu koji je otisnut na tekstu brzojava."

8. Slijedom iznijetog, Ustavni sud utvrđuje da je Upravni sud Republike Hrvatske postupio suprotno odredbi članka 19. stavka 2. Ustava, propustivši razlikovati trenutak podnošenja polaznog telegrama od trenutka otpreme telegrama.

Budući da je telegram podnositelja predan pošti dana 10. lipnja 1996. godine, u 23 sata i 55 minuta, odnosno posljednjeg dana roka za izjavljivanje žalbe, Ustavni sud utvrđuje da je udovoljeno zakonom propisanom žalbenom roku.

Osporena presuda Upravnog suda Republike Hrvatske stoga je donijeta suprotno članku 1. Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine", broj 53/91, 9/91 i 77/92), koji glasi: "Radi osiguranja sudske zaštite prava građana te radi

osiguranja zakonitosti, sud u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti akata kojima državni organi i organizacije koje imaju javne ovlasti rješavaju o pravima i obvezama u upravnim stvarima.”

9. Slijedom izloženog, Ustavni sud utvrđuje da je osporenom presudom Upravnog suda Republike Hrvatske podnositeljima povrijeđeno Ustavom zajamčeno pravo na sudsku kontrolu zakonitosti pojedinačnih akata upravnih tijela i tijela s javnim ovlastima, zajamčeno odredbom članka 19. stavka 2. Ustava.

Odluka o usvajanju ustavne tužbe temelji se na odredbama članaka 73. i 76. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske.

Broj: U-III-1089/1999
Zagreb, 28. studenoga 2002.
NN, br. 149/02

9. Neustavna i nezakonita općinska odluka o sufinanciranju gradnje plinske mreže kao uvjeta za priključenje

Ustavni sud Republike Hrvatske, u sastavu Smiljko Sokol, predsjednik Suda, te suci Marijan Hranjski, Petar Klarić, Mario Kos, Ivan Matija, Ivan Mrkonjić, Jasna Omejec, Željko Potočnjak, Agata Račan, Emilija Rajić, Nevenka Šernhorst, Vice Vukojević i Milan Vuković, odlučujući povodom zahtjeva Vlade Republike Hrvatske, kojom se pokreće postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom i zakonom drugog propisa, na sjednici održanoj 21. svibnja 2003. godine, donio je

ODLUKU

I. Ukida se Odluka o uvjetima priključenja na plinsku mrežu (“Glasnik Zagrebačke županije”, broj 7/99), koju je donijelo Općinsko vijeće Općine Brdovec.

II. Ova će se odluka objaviti u “Narodnim novinama” i “Glasniku Zagrebačke županije”.

Obrazloženje

1. Vlada Republike Hrvatske podnijela je zahtjev, zaprimljen 14. listopada 2002., za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom i zakonom Odluke o uvjetima priključenja na plinsku mrežu, navedene pod točkom I. izreke, koju je Općinsko vijeće Općine Brdovec donijelo na sjednici održanoj 28. siječnja 1999. godine, pozivom na članak 19. Statuta Općine Brdovec.

Tom Odlukom utvrđuje se da su građani Općine Brdovec, koji se žele priključiti na plinsku mrežu, dužni sufinancirati njezinu izgradnju te se uređuju uvjeti i način uplate sredstava građana za tu namjenu.

Tako je, pored ostalog, propisano (člankom 3. osporene Odluke) da će se od dijela sredstava za izgradnju plinske mreže, kojeg osiguravaju građani, izvršiti radovi na plinskoj mreži prema sklopljenim ugovorima i osigurati razvoj i proširenje plinske mreže za priključenje budućih korisnika. Utvrđen je (člancima 4. i dalje) iznos učešća po domaćinstvu i mogući načini uplate tog iznosa prije početka izgradnje, u tijeku izgradnje do puštanja plina te nakon puštanja plina, pri čemu su utvrđeni povoljniji uvjeti za plaćanje odjednom i ranije, odnosno nepovoljniji za obročno ili kasnije plaćanje. Propisano je i to da se učešće u izgradnji plinske mreže

plaća Općini Brdovec te da suinvestitor sam plaća stvarni trošak izvođenja kućnog priključka izvođaču, a da će upravitelj uvjete za sklapanje ugovora o priključenju s distributerom steći nakon uplate cjelokupnog iznosa.

2. U zahtjevu Vlade Republike Hrvatske navodi se da je Ministarstvo pravosuđa, uprave i lokalne samouprave izvršilo uvid u osporeni opći akt i utvrdilo da on nije u suglasnosti s odredbama članka 18. stavaka 1. i 3., članka 22. stavka 2. te članka 26a. stavka 3. Zakona o komunalnom gospodarstvu ("Narodne novine", broj 36/95, 109/95, 70/97, 128/99, 57/00, 129/00 i 59/01). Također je utvrdio da je osporena Odluka u suprotnosti s odredbama članaka 5. i 14. Ustava.

3. Ministarstvo pravosuđa, uprave i lokalne samouprave predložilo je Vladi Republike Hrvatske, na temelju članka 82. stavka 1. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi ("Narodne novine", broj 33/01) da pokrene postupak za ocjenu ustavnosti i zakonitosti navedene Odluke pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske.

Zbog sumnje u nesuglasnost osporene Odluke s navedenim odredbama Zakona o komunalnom gospodarstvu te odredbama Ustava Republike Hrvatske, pokrenut je postupak pred Ustavnim sudom, sukladno odredbi članka 35. alineje 4. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 49/02 - pročišćeni tekst, nastavno: Ustavni zakon).

Zahtjev je osnovan.

4. Na temelju analize podnesenog zahtjeva Vlade Republike Hrvatske te mjerodavnih ustavnih i zakonskih odredaba, Ustavni sud Republike Hrvatske je utvrdio da osporena Odluka nije u suglasnosti s odredbama članaka 5. i 14. stavka 2. Ustava Republike Hrvatske.

Osporena Odluka također je u suprotnosti s odredbama članka 18. stavaka 1. i 3., članka 22. stavka 1. te članka 26a stavka 3. Zakona o komunalnom gospodarstvu, kao i članka 68. stavka 3. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi.

5. Člankom 5. Ustava propisano je da u Republici Hrvatskoj zakoni moraju biti u suglasnosti s Ustavom, a ostali propisi i s Ustavom i sa zakonom. Svatko je dužan držati se Ustava i zakona i poštivati pravni poredak Republike Hrvatske.

Člankom 14. stavkom 2. Ustava propisano je da su svi pred zakonom jednaki.

Sukladno toj ustavnoj odredbi, građani imaju pravo na ravnopravan položaj i pri financiranju javnih potreba pa tako i pri financiranju troškova opskrbe plinom. Jednakost građana osigurana je, međutim, samo u slučaju ako sve pravne i fizičke osobe plaćaju one doprinose na koje ih obvezuju zakon ili odluke jedinica lokalne samouprave, koji su, sukladno odredbama članka 5. Ustava, utemeljeni na Ustavu, odnosno zakonu.

6. Zakonom o komunalnom gospodarstvu, člankom 3. stavcima 1. i 4., opskrba plinom uređena je kao komunalna djelatnost.

Prema izričitoj odredbi članka 18. stavka 1. tog Zakona, sredstva za obavljanje komunalne djelatnosti opskrbe plinom osiguravaju se iz cijene komunalne usluge. Odredbom stavka 3. istog članka Zakona propisano je da se cijena komunalne usluge za pruženu komunalnu uslugu plaća isporučitelju usluge.

Člankom 22. stavkom 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu propisano je da se sredstva za financiranje građenja objekata i uređaja komunalne infrastrukture za opskrbu plinom osiguravaju iz komunalnih doprinosa, proračuna jedinice lokalne

samouprave, donacija i drugih izvora utvrđenih posebnim propisima.

Prema odredbi članka 26a. stavka 3. Zakona, vlasnik građevne čestice, odnosno građevine, plaća cijenu stvarnih troškova rada i utrošenog materijala na izvedbi komunalnog priključka neposredno nositelju izvedbe priključka na temelju pisanog ugovora i računa za izvršeni posao.

Člankom 68. stavkom 3. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi određene su vrste prihoda jedinica lokalne samouprave, odnosno područne (regionalne) samouprave. Točkom 8. navedene zakonske odredbe propisano je da, pored taksativno nabrojanih izvora prihoda, te jedinice mogu ostvarivati i druge prihode utvrđene zakonom. Prema tome, općine, gradovi i županije u prikupljanju prihoda ograničene su zakonom.

7. Slijedom izloženog, Ustavni sud je utvrdio da Odluka o uvjetima priključenja na plinsku mrežu, koju je donijelo Općinsko vijeće Općine Brdovec, a kojom se uređuje sufinanciranje izgradnje plinske mreže, nije sukladna navedenim ustavnim i zakonskim odredbama.

8. Zbog toga je, a na temelju odredaba članka 128. alineje 2. Ustava Republike Hrvatske te odredbe članka 55. stavka 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, donesena odluka kao pod točkom I. izreke.

Točka II. izreke ove odluke temelji se na odredbi članka 29. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske.

Broj: U-II-2334/2002
Zagreb, 21. svibnja 2003.
NN, br. 92/03

10. Zaštita prirodnih vrijednosti

Ustavni sud Republike Hrvatske, u sastavu Smiljko Sokol, predsjednik Suda, te suci Marijan Hranjski, Petar Klarić, Mario Kos, Ivan Matija, Ivan Mrkonjić, Jasna Omejec, Željko Potočnjak, Agata Račan, Emilija Rajić, Nevenka Šernhorst, Vice Vukojević i Milan Vuković, odlučujući o prijedlogu Jerka Padovana i dr. iz Vele Luke, za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti drugog propisa sa zakonom, na sjednici održanoj 21. svibnja 2003. godine, donio je

ODLUKU

I. Pokreće se postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom i zakonom te se ukida točka 10. Odluke o ustanovljenju zajedničkih lovišta na području Županije dubrovačko-neretvanske ("Službeni glasnik Županije dubrovačko-neretvanske", broj 3/96) u dijelu koji se odnosi na otočić Ošjak, kao sastavni dio lovišta broj 10. Vela Luka.

II. Ova odluka objavit će se u "Narodnim novinama" i "Službenom glasniku Dubrovačko-neretvanske županije".

Obrazloženje

1. Podnositelji su podnijeli prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti sa zakonom točke 10. Odluke o ustanovljenju zajedničkih lovišta na

području Županije dubrovačko-neretvanske ("Službeni glasnik Županije dubrovačko-neretvanske", broj 3/96 - u daljnjem tekstu: Odluka).

Odluku je donijela Skupština Županije dubrovačko-neretvanske 29. lipnja 1996. godine, te je izmijenjena i dopunjena 1997. ("Službeni glasnik Županije dubrovačko-neretvanske", broj 5/97), kao i 2000. godine ("Službeni glasnik Županije dubrovačko-neretvanske", broj 3/00). Izmjene i dopune nisu obuhvatile Lovište Vela Luka navedeno pod brojem 10. osporene Odluke. Predlagatelj u svom prijedlogu ističu da je otočić Ošjak zaštićen objekt prirode, te da je Odluka kojom se on uključuje u lovište suprotna članku 8. Zakona o lovu ("Narodne novine", broj 10/94, 22/94, 29/99, 76/99 i 14/01).

U prijedlogu prigovaraju Odluci o ustanovljenju lovišta Vela Luka i zbog određivanja granica, jer smatraju da one nisu utvrđene sukladno stručnim procjenama.

2. Temeljem članka 42. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 49/02 - pročišćeni tekst, u daljnjem tekstu: Ustavni zakon), zatražen je odgovor na navode predlagatelja od Ministarstva poljoprivrede i šumarstva, Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave, Ministarstva zaštite okoliša i prostornog uređenja, te od Dubrovačko-neretvanske županije.

Prijedlog je osnovan.

3. U vrijeme donošenja osporene Odluke na snazi je bila odredba članka 8. Zakona o lovu sljedećeg sadržaja:

(1) Lovište se ustanovljuje ovisno o vrsti divljači koja prirodno obitava ili se prvenstveno uzgaja na površinama zemljišta, broju divljači koja se prema mogućnostima staništa može uzgajati na tim površinama i njegovoj namjeni.

(2) Lovište ne obuhvaća:

1. neizgrađeno i izgrađeno građevinsko zemljište te površine do 300 m od naselja,

2. javne prometnice i druge javne površine uključivši i zaštitni pojas,

3. određene dijelove prirode koji su proglašeni posebno zaštićenim objektima prirode po propisima o zaštiti prirode u kojima je aktom o proglašenju ili posebnim aktom zabranjen lov (nacionalni parkovi, strogi rezervati, specijalni zoološki i ornitološki rezervati i drugi posebno zaštićeni objekti prirode) i Park prirode Medvednica,

4. more i privredne ribnjake s obalnim zemljištem koje služi za korištenje ribnjaka,

5. rasadnike, voćne i lozne nasade namijenjene intenzivnoj proizvodnji u površini do 100 ha, ako su ograđeni ogradom koja sprečava prirodnu migraciju sve dlakave divljači,

6. druge površine na kojima je aktom o proglašenju njihove namjene zabranjen lov.

(3) Odredbe ovoga Zakona ne primjenjuju se na zvjerinjak.

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o lovu iz 1999. godine ("Narodne novine", broj 29/99) u članku 3. propisano je da se u članku 8. stavku 2. točka 3. mijenja i glasi:

"3. zaštićene dijelove prirode, ako je posebnim propisima u njima zabranjen lov".

4. Za utvrđenje osnovanosti prijedloga potrebno je, prema tome, dati odgovor na dva pitanja:

- je li otočić Ošjak zaštićeni dio prirode?
- ako je odgovor na prvo pitanje potvrđan, je li posebnim propisom zabranjen lov na njemu?

U odnosu na prvo pitanje Ustavni sud je utvrdio, a prema izvješću Ministarstva zaštite okoliša i prostornog uređenja od 21. siječnja 2003., klasa: 612-07/02-35/0167, urbroj: 531-03/03-3, da je otočić Ošjak proglašen prirodnom ljepotom, pa je danas zaštićen u kategoriji park-šume.

Nadalje, prema podacima Županijske skupštine Dubrovačko-neretvanske županije od 9. svibnja 2002. godine, klasa: 323-01/01-01/16, urbroj: 2117/1-04-02-4 proizlazi da je neprijeporno otočić Ošjak aktom donesenim 1962. godine svrstan u kategoriju park-šume.

Odgovor na drugo pitanje sadržan je u odredbi članka 8. Zakona o zaštiti prirode ("Narodne novine", broj 30/94 i 72/94) koja glasi:

"Park-šuma je prirodna ili sađena šuma, veće pejzažne vrijednosti, a namijenjena je odmoru i rekreaciji. U park-šumi su dopuštene samo one radnje čija je svrha njeno održavanje ili uređenje."

Suprotno navedenoj odredbi Zakona o zaštiti prirode, osporenom Odlukom zaštićena park-šuma je uvrštena u lovište, iako su na tom području sukladno zakonskoj odredbi dopuštene samo one radnje čija svrha je održavanje ili uređenje park-šume, što lov na tom području, po svojoj prirodi, nije.

5. S obzirom da je Ustavni sud ocijenio da je osporena Odluka u dijelu navedenom u izreci, suprotna zakonu, donijeta je odluka, temeljem članka 55. stavka 1. Ustavnog zakona kao u izreci.

6. Objava se temelji na članku 29. Ustavnog zakona.

Broj: U-II-870/2002
Zagreb, 21. svibnja 2003.
NN, br. 102/03

III. Prilog
(Appendix, Appendice)

**PREGLED SADRŽAJA ZBORNICA POSVEĆENIH SAVJETOVANJU
PRAVNIKA U ORGANIZACIJI PRAVNOG FAKULTETA
SVEUČILIŠTA U RIJECI
(1994. - 2004)**

I. "Zaštita vjerovnika"

Opatija, 28.-29. ožujka 1994.

(Zbornik radova, Zagreb, Informator d.d., Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.)

Petar Simonetti, Hipotekarno zalaganje nekretnina i prava građenja; **Mihajlo Dika**, Izvršenje na nekretninama; **Marijan Ruždjak**, Prethodne i privremene mjere osiguranja potraživanja; **Ivo Grabovac**, **Gordan Stanković**, Osiguranje tražbine prema novom pomorskom zakonodavstvu Republike Hrvatske; **Zoran Parać**, Zaštita vjerovnika po Zakonu o trgovačkim društvima; **Andrija Eraković**, Odgovornost prodavatelja za materijalne nedostatke stvari; **Edita Čulinović-Herc**, Zalaganje pokretnih stvari bez gubitka posjeda; **Vlado Belaj**, Ugovorna kazna; **Tatjana Josipović**, Zabilježba pravnih činjenica kao sredstvo zaštite vjerovnika u pravnom prometu nekretnina; **Hrvoje Kačer**, Pravo nazadkupnje kao instrument osiguranja potraživanja; **Miljenko Giunio**, Jedinstvena pravila i običaji za dokumentarne akreditive; **Miljenko Giunio**, Revizija 1993. - UCP 500; **Miljenko Giunio**, Zaštitne valutne klauzule i monetarni nominalizam u noveli Zakona o obveznim odnosima; **Ljiljana Maurović**, Jedinstvena pravila za garancije "na zahtjev" 1991. Međunarodne trgovačke komore u Parizu; **Aldo Radolović**, Odgovornost za nedostatke i stabilnost građevine; **Sonja Zubčić**, **Višnja Rosenberg Volarić**, O nekim aspektima odgovornosti za pravne nedostatke.

II. "Pravni režim građevinskoga zemljišta"

Poreč, 2.-3. listopada 1996.

(Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 17 br. 1, 1996.)

Petar Simonetti, O pravnom režimu građevinskog zemljišta; **Petar Simonetti**, Pravne osnove građenja na tuđoj nekretnini (de lege lata); **Mladen Žuvela**, Građanskopravni režim građevinskog zemljišta u prijelaznom razdoblju; **Vlado Belaj**, Pravo građenja prema Nacrtu Prijedloga Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima; **Tatjana Josipović**, Upis prava na građevinskom zemljištu u zemljišne knjige (de lege lata i de lege ferenda); **Mladen Montana**, Novi prilozi stvaranju sustava gradske rente; **Halid Konjhodžić**, Oporezivanje gradske rente.

III. "Vlasništvo i naknada za oduzetu imovinu"*Umag, 17.-18. travnja 1997.**(Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18 br. 1, 1997.)*

(I.) Petar Simonetti, Naknada za oduzetu imovinu (opće odredbe); **Srećko Jelinić**, Naknada za oduzetu gospodarsku imovinu; **Berislav Pavišić**, **Miomir Matulović**, Povrat imovine oduzete na temelju kaznene odluke, odnosno konfiscirane u političkim procesima; **Aldo Radolović**, Naknada za oduzete stanove i poslovni prostor; **Ivo Borković**, Pravila postupka naknade za oduzetu imovinu; **Olga Jelčić**, Naknada za oduzetu imovinu i sudska nadležnost; **Jasna Brežanski**, Prijelazne i završne odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima; **Tatjana Josipović**, Novo zemljišnoknjižno pravo; **(II.) Petar Simonetti**, Denacionalizacija i pretvorba prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu; **Jasna Brežanski**, Neka pitanja prava stvarnih služnosti i susjedskih prava na građevinskom zemljištu; **Aldo Radolović**, Prava stranaca na građevinskom zemljištu na teritoriju Republike Hrvatske; **Marina Kosović-Marković**, Pretpostavke za izdavanje građevne dozvole u svjetlu sudske prakse; **Jordan Matković**, Pravo na povrat ili odštetu za imovinu optanata; **(III.)** Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine ("Narodne novine" br. 92/96.).

IV. "Vlasništvo - pretvorba - denacionalizacija"*Poreč, 16.-17. travnja 1998.**(Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19 br. 2, 1998.)*

I. Članci: **Nikola Gavella**, Ograničenja prava vlasništva; **Petar Simonetti**, Pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama; **Petar Simonetti**, Pretpostavke, funkcije i pravna priroda prava građenja; **Tatjana Josipović**, Stjecanje stvarnih prava na nekretninama na temelju povjerenja u zemljišne knjige; **Srećko Jelinić**, Naknada u vrijednosnim papirima za oduzetu imovinu i mjerila za utvrđivanje naknade; **Olga Jelčić**, Načela restitucije prava vlasništva i naknade za oduzetu imovinu; **Jasna Brežanski**, Građenje na tuđem zemljištu; **II. Vesna Tomljenović**, Stranci kao stjecatelji prava vlasništva nekretnina prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima; **Tanja Tumbri**, Najam stana i zakup poslovnog prostora; **III. Sudska praksa**; **IV. Pravni izvori.**

V. "Vlasništvo - zaštita vjerovnika - trgovačka društva"*Poreč, 30. rujna - 1. listopada 1999.**(Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20 br. 2, 1999.)*

I. Prilozi za Savjetovanje: **Petar Simonetti**, Trajno pravo korištenja i njegova pretvorba u pravo vlasništva vlasnika zgrade; **Jasna Brežanski**, Dosjelost kao način stjecanja stvarnih prava; **Petar Simonetti**, Osnivanje prava građenja; **Olga Jelčić**, Pravni učinci pregovora i ponude; **Aldo Radolović**, Pobjijanje dužnikovih pravnih radnji; **Ljiljana Maurović**, Standby Letter of Credit - Bankarska garancija u formi

dokumentarnog akreditiva - nova pravila; **Andrija Eraković**, Ostvarivanje tražbina u stečajnom postupku; **Dragutin Ledić**, Položaj vjerovnika prema novelama Stečajnog zakona; **Eduard Kunštek**, Položaj vjerovnika prema Ovršnom zakonu nakon njegova noveliranja 1999. godine; **Dragutin Ledić**, **Edita Čulinović Herc**, Ništavost i pobožnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću; **Zvonimir Slakoper**, Osobna odgovornost članova društava kapitala za obveze tih društava prema njihovim vjerovnicima (čl. 10. st. 3. ZTD); **Branislav Malagurski**, Industrijsko vlasništvo: Iscrpljenje isključivih ovlaštenja nositelja patenta i Nacrt Prijedloga Zakona o patentima. **II. Sudska praksa; III. Pravni izvori; IV. Prikazi; V. Fakultetska kronika; VI. Kazalo Zbornika Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1980.-1998.**

VI. "Vlasništvo - obveze - postupak"

Poreč, 4.-5. svibnja 2000.

(Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21 br. 1, 2000.)

I. Prilozi za Savjetovanje: Mihajlo Dika, Ovrha na pokretninama radi naplate novčane tražbine; **Petar Simonetti**, Stjecanje prava vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla; **Igor Gliha**, Korištenje autorskih djela; **Tatjana Josipović**, Usklađivanje zemljišnoknjižnog s izvanoknjižnim pravnim stanjem nekretnine; **Dragutin Ledić**, Preoblikovanje društava; **Vlado Belaj**, Upravljanje i održavanje nekretnina u etažnom vlasništvu (uvid u praksu); **Aldo Radolović**, Naknada neimovinske štete u teoriji i praksi; **Marinko Đ. Učur**, Prava i obveze subjekata iz radnog odnosa; **Zvonimir Slakoper**, Pravni odnos između akreditivne i druge banke u akreditivnom poslu; **Jozo Čizmić**, Novo hrvatsko žigovno pravo; **Olga Jelčić**, Zaštita prava vlasništva; **Eduard Kunštek**, Transnacionalna pravila građanskog postupka - Nacrt od 1. travnja 1999. godine; **Jasna Brežanski**, Naknada materijalne štete u slučaju smrti, tjelesne povrede i oštećenja zdravlja; **Maja Bukovac**, Uporaba mjenice u međunarodnom dokumentarnom akreditivu. **II. Pravna praksa: Ivan Padjen**, Ustav i sveučilište: Prijedlozi Hrvatskoga pravnog centra u svjetlu Odluke Ustavnog suda od 26.I.2000.

VII. "Vlasništvo - obveze - postupak"

Poreč, 4.-6. travnja 2001.

(Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22 br. 1, 2001.)

Prilozi za Savjetovanje: Mihajlo Dika, Osnovne procesnopravne i materijalno-pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka; **Petar Simonetti**, Višestruko ugovaranje otuđenja; **Tatjana Josipović**, Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo); **Igor Gliha**, Pravo umjetnika izvođača u hrvatskom zakonodavstvu; **Zvonimir Slakoper**, Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore; **Gian Antonio Benacchio**, La protezione del consumatore nella Comunità Europea con particolare riguardo ai contratti; **Dragutin Ledić**, Suodlučivanje zaposlenika u trgovačkim društvima; **Dragan Zlatović**, Opozicijski postupak u novom hrvatskom žigovnom pravu; **Petar Simonetti**, Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige i učinci pravnog

posla o otuđenju tuđe nekretnine; **Vlado Belaj**, Ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla; **Aldo Radolović**, Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda; **Vesna Crnić-Grotić**, Zaštita prava vlasništva u međunarodnom pravu; **Jozo Čizmić**, Ustupanje prava iz područja industrijskog vlasništva - ugovor o licenci žiga i ugovor o know howu; **Marinko Đ. Učur**, Sadržaj i karakter predloženih promjena Zakona o radu; **Miljenko Appio Giunio**, Ugovorne i zatezne kamate (propisi, praksa i problemi); **Jasna Brežanski**, Vode i vodno dobro - neka pitanja pravnog uređenja.

VIII. "Vlasništvo - obveze - postupak"

Poreč, 11.-12. travnja 2002.

(Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23 br. 1, 2002.)

I. Članci: **Mihajlo Dika**, Sudski penali; **Petar Simonetti**, Proturječnosti uspostavljanja prava vlasništva na građevinskom zemljištu; **Silvija Petrić**, Odgovornost države za štetu; **Zvonimir Slakoper**, Odgovornost dužnika za štetu zbog povrede ugovora; **Dragan Zlatović**, Posebna obilježja građanskopravne zaštite žiga; **Vlado Belaj**, Bračna stečevina po Obiteljskom zakonu; **Nada Bodiroga-Vukobrat**, Zaštita prava vlasništva u europskom pravu; **Jozo Čizmić**, Naknada parničnih troškova u postupku pred hrvatskim sudovima; **Olga Jelčić**, Strane osobe kao nositelji prava vlasništva na nekretninama; **Aldo Radolović**, Pripremanje i organizacija glavne rasprave u građanskom sudskom (parničnom) postupku; **Jasna Brežanski**, Zaštita prava vlasništva; **Iva Tuhtan**, Pravno razdvajanje zgrada i drugih građevina od pomorskog dobra; **II. Sudska praksa.**

IX. "Vlasništvo - obveze - postupak"

Poreč, 3.-4. travnja 2003.

(Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol 24. br. 1, 2003.)

Mihajlo Dika, Žalba protiv presude prema Noveli ZPP-a iz 2003.; **Petar Simonetti**, Denacionalizacija - prava i ovlaštenici; **Edita Čulinović Herc**, Prospekt pri javnoj i privatnoj ponudi vrijednosnih papira - Zakon o tržištu vrijednosnih papira i pravci razvoja u europskom pravu; **Silvija Petrić**, Odgovornost države za štete od terorističkih akata s osvrtnom na presudu Europskog Suda za ljudska prava br. 48778/99; **Meliha Powlakić**, Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi; **Dragan Zlatović**, Character Merchandising i žigovnoppravna zaštita; **Marko Bevanda**, Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda; **Maja Bukovac Puvača**, Zaštita kupaca u time-sharing ugovorima prema Smjernici 94/47/EC; **Olga Jelčić**, Fiducijarno vlasništvo u hrvatskom pravu; **Dragutin Ledić**, Vlasništvo u malom i srednjem poduzetništvu; **Nada Bodiroga-Vukobrat**, **Hana Horak**, Radni odnosi kod statusnih promjena u europskom pravu; **Jozo Čizmić**, O dostavi tužbe na odgovor i presudi zbog ogluhe u svjetlu Novele ZPP-a; **Jozo Čizmić**, Uvođenje zakonske zaštite topografije integriranih sklopova u hrvatsko pravo; **Zvonimir Slakoper**, Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem; **Stefan Pürner**, Reforma njemačkog Građanskog zakonika s posebnim osvrtnom na europske aspekte

te reforme; **Marko Baretić**, Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu; **Dario Đerđa**, Pojam i obilježja koncesija; **Andrija Eraković**, Izlučna i razlučna prava u stečaju; **Jasna Brežanski**, Odgovornost države za štetu u slučaju neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja.

X. "Vlasništvo - obveze - postupak"

Poreč, 1.-3. travnja 2004.

(Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25. br. 1, 2004.)

I. Članci: **Mihajlo Dika**, Izmjena pravomoćnih odluka donesenih u parničnom postupku u povodu odluka Ustavnoga suda o neustavnosti odnosno nezakonitosti propisa; **Nevenko Misita**, Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13/EEC o nepravdičnim ugovornim odredbama; **Petar Simonetti**, Denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta; **Nada Bodiroga-Vukobrat**, **Alen Bilić**, Skupno otpuštanje radnika i zbrinjavanje viška radnika pri statusnim promjenama u europskome pravu u svjetlu Smjernice 98/59/EZ, s posebnim osvrtom na harmonizaciju hrvatskoga prava; **Jozo Čizmić**, Punomoćnik u parničnom postupku - novo uređenje; **Edita Čulinović Herc**, Aktualna pitanja financijskog izvještavanja dioničkih društava - odgovornost revizora; **Silvija Petrić**, Problem pravne osnove profesionalne odgovornosti za štetu; **Stefan Pürner**, "Treu und Glauben" in der deutschen Rechtsprechung; **Marko Bevanda**, Odgovornost za štetu izazvanu lijekovima s nedostatkom; **Jasnica Garašić**, Sudsko ispitivanje podobnosti stečajnog plana; **Dionis Jurić**, Uloga revizora u dioničkom društvu; **Marinko Đ. Učur**, Pravna narav prijelaznih odredbi i produžena primjena pravnih pravila sadržanih u kolektivnom ugovoru; **Eduard Kunštek**, Prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina prema novelama Ovršnog zakona 2003.; **Dragutin Ledić**, Prolegomena noveli Zakona o trgovačkim društvima; **Mirko Vasiljević**, Upravljanje korporacijama (modeli i trendovi u uporednom pravu i praksi); **Aldo Radolović**, Odgovornost države za štetu prouzrokovanu nezakonitim ili nepravilnim radom organa uprave; **Zvonimir Slakoper**, Primjena odredbi Zakona o obveznim odnosima o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke na razne vrste ugovora; **Jasna Brežanski**, Najam stana - položaj zaštićenog najmoprimca (s osvrtom na predložene izmjene i dopune Zakona o najmu stana); **Loris Belanić**, Zaštita od evikcije; **Dragan Zlatović**, Opoziv žiga i novo hrvatsko žigovno pravo; **II. Sudska praksa**; **III. Prilog**.

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
- * 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 autorova 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.

Prihvaćanje kategoriziranih članaka za objavljivanje obvezuje autora da isti članak ne smije objaviti na drugomu 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 članci, 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 enfaticamente 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. 24 br. 2 (2003.)*

I. Prilozi s Međunarodnog znanstvenog kolokvija "Stigmatizacija i identitet marginalnih grupa u procesu globalizacije kulture" (Opatija, 10.-11. svibnja 2002.): Srđan Vrcan, O političkim inscenacijama stigmatizacije - Od folklornih do državno-političkih inscenacija stigmatizacije; Ognjen Čaldarović, Marginalizacija i stigmatizacija u pregovaranju o riziku; Velinka Grozdanić, Ute Karlavaris-Bremer, Stigmatizacija osoba devijantnog ponašanja - Istraživanje stavova studenata; Nikola Visković, Unutarvršne (međuljudske) i međuvršne marginalizacije - Prilog neantropocentričnoj bioetici; Mitja Žagar, Enlargement - In Search for European Identity; Robert Blažević, Tribalna stigma i nacionalizam; Maja Štambuk, Stigmatična personalizacija seljaka; Irma Kovčo Vukadin, Stigmatizacija počinitelja seksualnih delikata; Renato Matić, Struktura predrasuda i stigmatizacija; Željko Boneta, Stigmatizacija (ne)religioznosti; Irena Cajner Mraović, Policija i zaštita osjetljivih skupina: djece, žena i manjina; Vidoje Vujić, Stigmatizacija poduzetništva i menadžmenta u Hrvatskoj; Mira Bogdanović, Stigma i kako je steći: tribalna i karakterna stigma u proteklome ratu na prostoru bivše Jugoslavije; Lynette Šikić-Mičanović, Negative Gendered Stereotypes in Samples of Media in Croatia; II. Članci: Mladen Singer, Irena Cajner Mraović, Rat i delinkvencija mladih; Vilim Herman, Socijalna sigurnost u Saveznoj Republici Njemačkoj s osvrtom na socijalnopravnu integraciju hrvatskih radnika; Marija Pospišil-Miler, Atenska konvencija o prijevozu putnika i njihove prtljage morem 2002. godine; Ferenc Kondorosi, Global Human Rights Profile at the Threshold of the XXI Century.

AKCIJSKA PRODAJA ZBORNİKA!

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**
 - Supplement br. 2 (2002.): _____ primjeraka
- po cijeni od **90,00 kn**
 - Vol. 23 br. 2 (2002.): _____ primjeraka
- po cijeni od **110,00 kn**
 - Supplement br. 3 (2003.): _____ primjeraka
- po pretplatničkoj cijeni od **160,00 kn** za:
 - Vol. 24 br. 1 i br. 2. (2003.): _____ primjeraka
 - Vol. 25 br. 1 i br. 2. (2004.): _____ primjeraka
- po pretplatničkoj cijeni od **232,00 kn** za:
 - Vol. 24 br. 1, br. 2. i Suppl. br. 3. (2003.): _____ primjeraka

Ime i prezime/Poduzeće/ Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

MB / JMBG _____

U _____, _____ 2004. godine MP Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci,
broj: 2300007-1100110025 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./fax 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 poretki 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. (unutarnja cijena: 100,00 kn; vanjska cijena: 148,00 kn)*
- Vesna Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora, 2002. (unutarnja cijena: 120,00 kn; vanjska cijena: 70,00 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)*

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 Gordan Stanković, *Pravo zaštite morskog okoliša. Priručnik odabranih propisa, 1997. (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 60,00 kn)*

PRIJEVODI:

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi, 1998. (besplatno izdanje)*
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice, 1999. (besplatno izdanje - nema)*
- R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje, 1999. (besplatno izdanje)*

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.hrmirjanap@pravri.hr**NARUDŽBA**

Tvrтка (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. 2300007-1100110025 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/zkz

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. **(unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 200,00 kn)**
- 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)**

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. 2360000-1101524940 poziv na broj 13
Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

Vol. 25 br. 1 (2004)

Prilozi za Savjetovanje:

“Vlasništvo - obveze - postupak”

(Poreč, 1. - 3. travnja 2004.)

Mihajlo Dika, Izmjena pravomoćnih odluka donesenih u parničnom postupku u povodu odluka Ustavnoga suda o neustavnosti odnosno nezakonitosti propisa; *Nevenko Misita*, Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13/EEC o nepravičnim ugovornim odredbama; *Petar Simonetti*, Denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta; *Nada Bodiroga-Vukobrat*, *Alen Bilić*, Skupno otpuštanje radnika i zbrinjavanje viška radnika pri statusnim promjenama u europskome pravu u svjetlu Smjernice 98/59/EZ, s posebnim osvrtom na harmonizaciju hrvatskoga prava; *Jozo Čizmić*, Punomoćnik u parničnom postupku - novo uređenje; *Edita Čulinović Herc*, Aktualna pitanja financijskog izvještavanja dioničkih društava - odgovornost revizora; *Silvija Petrić*, Problem pravne osnove profesionalne odgovornosti za štetu; *Stefan Pürner*, “Treu und Glauben” in der deutschen Rechtsprechung; *Marko Bevanda*, Odgovornost za štetu izazvanu lijekovima s nedostatkom; *Jasnica Garašić*, Sudsko ispitivanje podobnosti stečajnog plana; *Dionis Jurić*, Uloga revizora u dioničkom društvu; *Marinko Đ. Učur*, Pravna narav prijelaznih odredbi i produžena primjena pravnih pravila sadržanih u kolektivnom ugovoru; *Eduard Kunštek*, Prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina prema novelama Ovršnog zakona 2003.; *Dragutin Ledić*, Prolegomena noveli Zakona o trgovačkim društvima; *Mirko Vasiljević*, Upravljanje korporacijama (modeli i trendovi u uporednom pravu i praksi); *Aldo Radolović*, Odgovornost države za štetu prouzrokovanu nezakonitim ili nepravilnim radom organa uprave; *Zvonimir Slakoper*, Primjena odredbi Zakona o obveznim odnosima o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke na razne vrste ugovora; *Jasna Brežanski*, Najam stana - položaj zaštićenog najmoprimca (s osvrtom na predložene izmjene i dopune Zakona o najmu stana); *Loris Belanić*, Zaštita od evikcije; *Dragan Zlatović*, Opoziv žiga i novo hrvatsko žigovno pravo.