

HRVATSKA PRAVNA REVIJA

HPR

 inženjerski**biro**

6 | 2018
godina XVIII.

*Sretan Božić i
nova 2019.
godina!*



OBITELJSKO PRAVO

Tena Naumovski

doc. dr. sc. Ivan Šimović

Institut izvanbračne zajednice –
analiza hrvatskih i njemačkih rješenja

KAZNENO PRAVO

dr. sc. Lana Milivojević, dipl. iur.

Međunarodna suradnja u suzbijanju
ekološkog kriminaliteta kroz
Europsku mrežu za suzbijanje ekološkog
kriminaliteta – EnviCrimeNet

PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

mr. sc. Ivan Šprajc

Komentar presude Europskog
suda za ljudska prava
u slučaju *Lovrić protiv Hrvatske*

SADRŽAJ

01 OBITELJSKO PRAVO

Tena Naumovski
doc. dr. sc. Ivan Šimović
Institut izvanbračne zajednice –
analiza hrvatskih i njemačkih rješenja

19 RADNO PRAVO

Alen Bijelić, mag. iur.
Plaćeni dopust između Zakona o radu i
kolektivnog ugovora

22 PRAVO DRUŠTAVA

Matej Trkanjec, mag. iur.
Načela tvrtke kao osnova
identifikacije trgovačkih društava

31 PRAVO OSIGURANJA

izv. prof. dr. sc. Marijan Ćurković
Posrednički posao pomoći pri
rješavanju odštetnih zahtjeva
osiguranika prema osiguratelju

41 STEČAJNO PRAVO

doc. dr. sc. Dejan Bodul
Izmjene Zakona o stečaju potrošača

52 KAZNENO PRAVO

dr. sc. Lana Milivojević, dipl. iur.
Međunarodna suradnja u
suzbijanju ekološkog kriminaliteta
kroz Europsku mrežu za suzbijanje
ekološkog kriminaliteta –
EnviCrimeNet

61 JAVNA NABAVA

dr. sc. Stanka Pejaković
Temeljna načela postupaka
javne nabave

70 PARNIČNI POSTUPAK

Damir Jelušić, dipl. iur.
Pravno shvaćanje Ustavnog suda o
procesnoj pretpostavci normiranoj
odredbom čl. 22/1. Zakona o
medijima

76 PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

mr. sc. Ivan Šprajc
Komentar presude Europskog suda
za ljudska prava u slučaju
Lovrić protiv Hrvatske

80
dr. sc. Sandra Marković
Sanja Trgovac, dipl. iur.
Članak 10. Konvencije za zaštitu
ljudskih prava i temeljnih sloboda
u odnosu na izvještavanje o
sadržajima od ozbiljnog javnog
interesa o sudionicima javne
društveno-političke scene

HRVATSKA PRAVNA REVIJA – CROATIAN LAW REVIEW

No. 6/2018 – Volume 18 – Law journal promoting legal theory and practice

01 FAMILY LAW

Tena Naumovski

Assistant Professor Ivan Šimović, Ph.D.

**The Institute of Informal Relationships
– An Analysis of Croatian and German
Solutions**

19 LABOUR LAW

Alen Bijelić, Master of Laws

**Paid Leave Between the Labour Act and
Collective Agreement**

22 COMPANY LAW

Matej Trkanjec, Master of Laws

**Company Name Principles as a Basis for
Company Identification**

31 INSURANCE LAW

Associate Professor

Marijan Ćurković, Ph.D.

**Brokerage Assistance in Handling
Claims of Insured Persons Towards
Insurers**

41 BANKRUPTCY LAW

Assistant Professor Dejan Bodul, Ph.D.

**Amendments to the Consumer
Bankruptcy Act**

52 CRIMINAL LAW

Lana Milivojević, Ph.D.

**International Cooperation in Fighting
Environmental Crime Through
the European Network for Fighting
Environmental Crime – EnviCrimeNet**

61 PUBLIC PROCUREMENT

Stanka Pejaković, Ph.D.

**Fundamental Principles of Public
Procurement Procedures**

70 CIVIL PROCEDURE

Damir Jelušić, LL.B.

**The Legal Understanding of the
Constitutional Court on the Procedural
Assumption Regulated with the
Provision of Article 22/1 of
the Media Act**

76 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE-LAW

Ivan Šprajc, LL.M.

**Comment on the Judgement of
the European Court of Human Rights
in *Lovrić v Croatia***

80

Sandra Marković, Ph.D.

Sanja Trgovac, LL.B.

**Article 10 of the Convention for
the Protection of Human Rights and
Fundamental Freedoms in Relation to
Reporting on Content of Serious Public
Interest Regarding the Participants of
Public Social and Political Spheres**

HRVATSKA PRAVNA REVIJA br. 6/2018. – godina XVIII.

Časopis za promicanje pravne teorije i prakse

Nakladnik: Inženjerski biro d.d.

Sunakladnik: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

Za nakladnika: glavni direktor **dr. sc. Mladen Mlinarević**

Nakladničko vijeće:

Predsjednik:

dr. sc. Mladen Mlinarević, Inženjerski biro d.d.

Članovi:

Mladen Bajić, dipl. iur., Državno odvjetništvo
Republike Hrvatske

prof. dr. sc. Nada Bodiřoga Vukobrat,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

Branko Hrvatin, dipl. iur., Vrhovni sud
Republike Hrvatske

Josip Šurjak, dipl. iur., Hrvatska odvjetnička komora

prof. dr. sc. Petar Veić, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

Izdavački savjet:

doc. dr. sc. Katarina Bačić, Zagreb

prof. dr. sc. Dorotea Ćorić, Pravni fakultet
Sveučilišta u Rijeci

Damir Kontrec, dipl. iur., Vrhovni sud Republike Hrvatske

Zlata Hrvoj Šipek, dipl. iur., Državno odvjetništvo
Republike Hrvatske

Dražen Tripalo, dipl. iur., Vrhovni sud Republike Hrvatske

prof. dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, Pravni fakultet
Sveučilišta u Rijeci

Glavni urednik:

Alen Bijelić, mag. iur., Inženjerski biro d.d.

Zamjenica glavnog urednika:

Jasminka Hercigonja, dipl. iur., Inženjerski biro d.d.

Urednici:

prof. dr. sc. Edita Ćulinović Herc, Pravni fakultet
Sveučilišta u Rijeci

Krešimir Deban, dipl. iur., Inženjerski biro d.d.

prof. dr. sc. Dario Ćerđa, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

izv. prof. dr. sc. Gabrijela Mihelčić, Pravni fakultet
Sveučilišta u Rijeci

Barbara Šušić, mag. iur., Inženjerski biro d.d.

Jezični redaktor:

Mirna Rudeš, prof., Inženjerski biro d.d.

Prijevod sažetaka:

Zrinka Mlinarević, MA, Inženjerski biro d.d.

Grafička urednica:

Ana-Marija Perić, dipl. ing., Inženjerski biro d.d.

Naslovnica:

Izvor: Fotolia

Tisak:

Sveučilišna tiskara d. o. o.,
Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb

Časopis izlazi dvomjesečno.

Časopis se izdaje u tiskanom i elektroničkom obliku.



adresa: Heinzelova 4a • p. p. 314 • 10000 Zagreb

tel: 01/ 46 00 888 • fax: 01/ 46 00 875

e-mail: pretplata@ingbiro.hr

korporativne stranice: www.ingbiro.hr

pravni portal: www.ingbiro.com

IBAN: HR6723600001101243365

OIB: 84170114747

OBITELJSKO PRAVO

Pregledni znanstveni članak UDK 347.628

Institut izvanbračne zajednice – analiza hrvatskih i njemačkih rješenja

Tena Naumovski*

doc. dr. sc. Ivan Šimović**

Posljednja reforma obiteljskog prava iz 2014. i 2015. godine donijela je određene promjene u vidu proširenja definicije i pravnih učinaka izvanbračne zajednice. Spomenuta dinamika razvoja uređenja instituta izvanbračne zajednice bila je poticaj za izradu detaljnije analize hrvatskoga pravnog sustava u kojoj su autori nastojali prikazati promjene u stajalištu kako pravne teorije, tako i sudske prakse glede pretpostavaka i pravnih učinaka predmetne zajednice. U radu se izvanbračna zajednica sagledava kao institut koji proizvodi pravne učinke ne samo u području obiteljskog prava već i mnogih drugih grana prava (poreznog, nasljednog, mirovinskog itd.) te se u tom smislu ukazuje na nedosljednosti hrvatskoga pravnog uređenja, stalno vodeći računa o korelaciji s uređenjem pravnih učinaka braka. Komparativnom analizom hrvatskog i njemačkog pravnog uređenja otkrivaju se sličnosti i razlike u poimanju smisla i pravnih učinaka izvanbračne zajednice, a koje predstavljaju uporište za donošenje zaključaka o potrebi i načinu daljnjeg uređenja predmetnog instituta.

Ključne riječi: izvanbračna zajednica, izvanbračni drugovi, pretpostavke, pravni učinci.

1. UVOD

Institut izvanbračne zajednice prilično je aktualna tema u Republici Hrvatskoj s obzirom na dinamiku izmjena u vezi s priznavanjem pravnih učinaka izvanbračnih zajednica prije svega u obiteljskom pravu, ali i u drugim područjima domaćega pravnog sustava. Kroz povijest se status izvanbračnih zajednica vrlo sporo mijenjao, od potpunog zakonskog ignoriranja do postupnog zakonskog uređivanja tek u drugoj polovici 20. stoljeća. Svaka država je različito zakonski uredila pretpostavke i pravne učinke izvanbračne zajednice,

a kroz usporedbu zakonskih sustava analiziranih država možemo uočiti ogromne razlike uopće u njihovu poimanju. Kad proučavamo pravni sustav Republike Hrvatske, u različitim zakonskim izvorima nalazimo različite definicije izvanbračne zajednice, dok u pravnom sustavu Savezne Republike Njemačke predmetna definicija uopće ne postoji. Uslijed takvog normativnog okvira nastaju različita tumačenja pravnih teoretičara, odredbu kojeg zakona bi trebalo u praksi poštovati, tj. je li Obiteljski zakon ipak iznad svih ili trebamo, ovisno o pravnom području o kojem se radi, poštovati odredbu onog zakona koji predmetno područje uređuje. Također su zanimljiva različita zakonska rješenja analiziranih država o tome kako uopće definirati izvanbračnu zajednicu i odrediti opseg pravnih učinaka predmetne

* Tena Naumovski, apsolventica na studiju prava na Pravnom fakultetu u Zagrebu.

** Ivan Šimović, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

zajednice. Vječno je pitanje trebaju li izvanbračnim drugovima biti zajamčena jednaka prava kao i bračnim drugovima? S jedne strane postavlja se pitanje, je li pravedno izvanbračnim drugovima ne priznavati neka prava, primjerice, pravo na nasljeđivanje, kao da te zajednice nisu ni postojale samo zato što su neformalne prirode? S druge strane, s obzirom na to da je izvanbračna zajednica neformalna samim odabirom njezinih članova, bi li trebala imati identične pravne učinke kao formalne zajednice, neovisno o tome kakve sve formalne životne zajednice su uređene u pravnom sustavu pojedine države? Odgovor na posljednje pitanje nosi osobitu težinu, a prilikom zauzimanja stajališta trebalo bi voditi računa o tome da ljudi imaju potpunu slobodu glede izbora zajednice u kojoj žele živjeti, te da se iz samog postojanja izvanbračne zajednice dadne zaključiti da se izvanbračni drugovi ipak ne žele podvrgnuti pravnoj regulativi predviđenoj za formalne životne zajednice, odnosno da ne žele da njihova životna zajednica proizvodi sve pravne učinke kao i, primjerice, brak.

Na početku ovog rada ukratko je prikazan povijesni razvoj izvanbračnih zajednica, dok je u nastavku rada napravljena analiza zakonskih rješenja dvaju pravnih sustava - Republike Hrvatske i Savezne Republike Njemačke. Institut izvanbračne zajednice u obje je države obrađen kroz povijesni prikaz, zatim kroz analizu temeljnog i ostalih propisa koji definiraju izvanbračnu zajednicu ili reguliraju neki aspekt predmetne zajednice te u konačnici kroz statističke podatke o izvanbračnim zajednicama u svakoj od navedenih zemalja. Iz provedene analize pravnih sustava navedenih država može se vidjeti raznolikost zakonskog uređenja izvanbračnih zajednica, kako unutar pravnog sustava jedne države, tako i u usporedbi analiziranih pravnih sustava dviju država međusobno. Statistički podaci nam daju parcijalan uvid u postojanje i razvoj instituta izvanbračne zajednice u populaciji analiziranih država. Iz provedene analize propisa i statističkih podataka možemo izvesti zaključak koja od analiziranih država priznaje prava izvanbračnih drugova u većem, odnosno u manjem opsegu te u kojoj je državi izvanbračna zajednica češća pojava.

2. POVIJESNI RAZVOJ INSTITUTA IZVANBRAČNE ZAJEDNICE

Izvanbračne zajednice su kroz povijest, sve do sredine 20. stoljeća, zakonski bile potpuno zanemarivane. U antičko doba bilo je više rješenja i utjecaja na poima-

nje izvanbračne zajednice, ali zajedničko svima bilo je da je žena koja je majka, bez obzira na to je li u braku ili je u konkubinatu, bila jednako zaštićena u odnosu na muža¹. U starom Rimu podjela na brak i konkubinat očitovale se u tome što se za postojanje braka tražila, pored faktične zajednice života muškarca i žene, i njihova trajna namjera (*affectio maritalis*) da budu muž i žena, dok je konkubinat predstavljao životnu zajednicu muškarca i žene, ali bez *affectio maritalis*. Dakle, konkubinat je predstavljao trajnu životnu zajednicu muškarca i žene koja je bila nižeg ranga od braka, ali ipak pravno priznata². Daljnja razlika očitovale se u tome što djeca iz konkubinata nisu dolazila u očevu obitelj i pod njegovu *patriam potestatem* (npr. nisu bila zakonski nasljednici), nego su kao izvanbračna djeca bila u znatno nepovoljnijem položaju te su slijedila majku³.

“U doba europskog feudalizma kršćanska crkva se dugo i uporno borila da suzbije običajno pravo kod Gala, Germana, Slavena i drugih naroda, prema kome nije postojala razlika između braka i izvanbračne zajednice”⁴. U to doba su izvanbračna djeca imala povoljniji status nego prije, ali jačanjem kršćanstva taj je status ponovno bivao sve nepovoljniji iz razloga što se izvanbračna zajednica smatrala nemoralnom pa, sukladno tome, i djeca rođena izvan braka su se smatrala plodom grijeha, a samim time i djecom nižeg ranga⁵.

Napoleon Bonaparte je svojom poznatom krilaticom: “Izvanbračne drugove ne zanima zakon, zakon se ne zanima za njih”⁶ obilježio razdoblje ignoriranja izvanbračnih zajednica. U razdoblju nakon Drugog svjetskog rata, europske države su jako štitele institut braka, čija je vrijednost tada bila iznimno priznata. Brak je bio zakonski vrlo zaštićen, a u isto se vrijeme potpuno zanemarivalo sve druge oblike (neformalnih) zajednica, pa tako i izvanbračne. Sve do polovice 20. stoljeća društveno je uređenje bilo jako patrijarhalno, pa su tako uređivani i odnosi među članovima obitelji. “U građanskim zakonima iz prethodnog stoljeća pravna podređenost žene i ozakonjene ovlasti muža izraže-

¹ Mladenović, M., *Porodično pravo*, Knjiga prva: Porodica brak, Privredna štampa, Beograd, 1981., str. 52.-53.

² Horvat, M., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2002., str. 131.-133.; Romac, A., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1994., str. 104.-105.

³ Horvat, M., *op. cit.*, bilj. 2., str. 131.-133.; Romac, A., *op. cit.*, bilj. 2., str. 105.-106.

⁴ Mladenović, M., *op. cit.*, bilj. 1., str. 53.

⁵ *Ibid.*

⁶ Prema: Lucić, N., *Izvanbračna zajednica i pravna sigurnost*, Doktorski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2015., str. 17.

nije su u odredbama o osobnopravnim učincima nego u imovinskopравnim posljedicama bračnog odnosa⁷. Tek šezdesetih i sedamdesetih godina 20. stoljeća dolazi do poboljšanja položaja izvanbračnih zajednica, a posebice se poboljšava položaj izvanbračno rođene djece. M. Bosanac ističe: "Konkubinatski je uobičajeni naziv za trajnije ili trajne vanbračne zajednice muškarca i žene bez namjere da formalno sklope brak. Razlikuje se od bračne zajednice jedino po tome što partneri nisu svoju zajednicu zasnovali na način propisan zakonom i pred nadležnim organom"⁸. Prva država koja je ozakonila institut izvanbračne zajednice bila je Švedska, i to 1974. godine, a nju su vrlo brzo slijedile republike bivše Jugoslavije i Mađarska. Švedska je tim korakom učinila velik pomak jer su izvanbračna djeca potpuno izjednačena s bračnom⁹. Kod nas te u nama susjednim zemljama izvanbračne zajednice nisu bile česta pojava, ali je Hrvatska zakonski priznala izvanbračne zajednice već 1978. godine¹⁰. Iz ovog primjera možemo izvesti zaključak da nije samo velik broj izvanbračnih zajednica faktor koji utječe na zakonsko uređenje. Mnoge zemlje Europe nisu slijedile Švedsku, nego su sustav uređivale i dalje u smjeru ignoriranja izvanbračnih zajednica, pa je tako sedamdesetih godina prošlog stoljeća u zemljama poput Italije i Španjolske takva zajednica bila zabranjena te su čak postojale kazne, od novčanih do prisilnog razdvajanja partnera od strane države¹¹.

3. UREĐENJE INSTITUTA IZVANBRAČNE ZAJEDNICE U REPUBLICI HRVATSKOJ

3.1. Izvanbračne zajednice u Obiteljskom zakonu

Institut izvanbračne zajednice u Republici Hrvatskoj reguliran je Obiteljskim zakonom¹² (dalje: ObZ). Temelj za uređivanje izvanbračnih zajednica zakonom nalazi se u Ustavu Republike Hrvatske¹³ (dalje: Ustav) koji u članku 62. stavku 3. propisuje da se brak i pravni odnosi

u braku, izvanbračnoj zajednici i obitelji uređuju zakonom. Time je prepušteno zakonodavcu da na zakonskoj razini detaljnije uredi institut izvanbračne zajednice. Također, odredba članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹⁴ (dalje: EKLP) koja određuje pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života se odnosi i na izvanbračne zajednice.

Izvanbračna zajednica prvi je put uređena u hrvatskom zakonodavstvu 1978. godine donošenjem Zakona o braku i porodičnim odnosima (dalje: ZBPO). Tim su zakonom propisana dva pravna učinka: pravo na međusobno uzdržavanje¹⁵ i pravo na zaštitu imovinskih interesa u vezi sa stjecanjem i diobom zajedničke imovine¹⁶. ZBPO je, isto kao i Obiteljski zakon iz 1998. godine¹⁷, određivao izvanbračnu zajednicu kao zajednicu koja traje "dulje vrijeme". Kasnije, 2003. godine, zakonodavac donosi novi Obiteljski zakon¹⁸ kojim se uvodi promjena te se pobliže definira vrijeme trajanja izvanbračne zajednice kao zajednice koja traje najmanje tri godine, a kraće samo ako je u njoj rođeno zajedničko dijete. To određenje roka od tri godine je "nastupilo kao potvrda sudske prakse koja je već prije pravni standard "dulje vrijeme" iskristalizirala određujući da on podrazumijeva vrijeme od tri godine"¹⁹.

Trenutno važeći ObZ u odredbi članka 11. stavka 1. propisuje: "Odredbe ovoga Zakona o učincima izvanbračne zajednice primjenjuju se na životnu zajednicu neudane žene i neoženjenog muškarca koja traje najmanje tri godine, a kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete ili ako je nastavljena sklapanjem braka." Iz ove odredbe možemo iščitati da izvanbračna zajednica mora biti životna zajednica, da je bitna različitost spolova, slobodan bračni status obje osobe te vremensko trajanje od najmanje tri godine²⁰, a kraće ako je u toj

¹⁴ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - MU, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10 i 13/17.

¹⁵ Izvanbračni drugovi imali bi pravo na međusobno uzdržavanje pod uvjetom da je prestao zajednički život.

¹⁶ Izvanbračni drugovi imali bi pravo na zaštitu imovinskih interesa u vezi sa stjecanjem i diobom zajedničke imovine pod uvjetom da je zajednica trajala dulje vrijeme.

¹⁷ Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 162/98.

¹⁸ Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 75/14, 5/15.

¹⁹ Lucić, N., *Dokazivanje izvanbračne zajednice - odgovori na neujednačeno zakonodavstvo i sudsku praksu*, Pravni vjesnik, Osijek, 31, 2015., 3-4, str. 104.

²⁰ Treba istaknuti da pojedini autori ukazuju na nedostatke ovako određenih zakonskih pretpostavaka za nastanak pravnih učinaka izvanbračne zajednice jer fiksno određenje minimalnog vremena trajanja izvanbračne zajednice može dovesti do toga da predmetna zajednica ostane bez pravnih učinaka zato jer je trajala koji dan kraće od vremena propisanog ObZ-om.; *Ibid.*

⁷ Alinčić, M., *Obitelj u obiteljskom zakonodavstvu*, Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 1994., str. 227.

⁸ Bosanac, M., *Vanbračna porodica*, EDOK, Zagreb, 1967., str. 35.

⁹ Mladenović, M., *op. cit.*, bilj. 1., str. 55.; Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 5.

¹⁰ Zakon o braku i porodičnim odnosima, Narodne novine, br. 11/78.

¹¹ Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 21.-22.

¹² Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/15.

¹³ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 5/14.

zajednici rođeno zajedničko dijete ili je ista nastavljena sklapanjem braka. Treba istaknuti da su i brak i izvanbračna zajednica životne zajednice, samo što je brak formalna zajednica, dok je izvanbračna zajednica neformalna. U obje se zajednice ostvaruju slični sadržaji, emocionalne, prokreativne, ekonomske i druge potrebe, uslijed čega se te zajednice sadržajno gotovo ne razlikuju. Razlika je, zapravo, pravne prirode jer ako nema suglasja izvanbračnih drugova glede pitanja postojanja zajednice, onda se postojanje iste mora dokazivati u sudskom postupku za svaki konkretan slučaj²¹. Takav primjer nalazimo u odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje: VSRH) kojom je potvrđena drugostupanjska presuda u kojoj je utvrđeno da je postojala izvanbračna zajednica jer je postojao odnos s visokim stupnjem međusobne povezanosti i namjerom da takva zajednica bude trajna te osim što je trajala dulje od tri godine i bila između neoženjenog muškarca i neudane žene, postojala je emocionalna i egzistencijalna povezanost izvanbračnih drugova koji su se međusobno pomagali i brinuli jedno o drugome²².

U trenutno važećem ObZ-u uvedena je novina prema kojoj izvanbračnu zajednicu predstavlja i ona zajednica koja je trajala kraće od tri godine, ako je postavljena sklapanjem braka. Navedena zakonska novina nastala je pod utjecajem stajališta VSRH-a izraženog u revizijskoj odluci posl. br. Rev 1364/2010-2 od 21. studenoga 2012. u kojem se ističe da promjena oblika životne zajednice iz izvanbračne u bračnu predstavlja "povećanje kvalitete u pogledu pravnog statusa", pa da uslijed toga takvoj životnoj zajednici treba priznati (imovinske) pravne učinke neovisno o činjenici što je trajala nepune tri godine. To bi značilo da se, ako izvanbračni drugovi formaliziraju odnos te sklope brak, priznaju svi pravni učinci izvanbračne zajednice koja je trajala i kraće od tri godine, ali, prema mišljenju autora, jedino pod uvjetom da se radilo o stabilnoj životnoj zajednici u kojoj je postignut viši stupanj emocionalne i ekonomske povezanosti te zajedničkog stanovanja izvanbračnih drugova i prije sklapanja braka, a na što upućuje i relevantna sudska praksa²³. Drugim riječima,

navedena zakonodavna novina ne bi trebala predstavljati poticaj za formalizam u primjeni zakona, koji bi u konačnici mogao rezultirati priznavanjem pravnih učinaka i onim zajednicama života koje nisu imale kvalitetu izvanbračnih. Predmetnu zakonsku novinu trebalo bi tumačiti teleološki jer bi u protivnom moglo doći do kontradiktornog ishoda prema kojem zakonodavac pruža "pravnu zaštitu i kratkotrajnim zajednicama samo zato što je došlo do sklapanja braka, neovisno o tome što izvanbračna zajednica i brak zajedno traju i samo nekoliko mjeseci"²⁴.

Članak 11. stavak 2. trenutno važećeg ObZ-a propisuje: "Izvanbračna zajednica koja ispunjava pretpostavke iz stavka 1. stvara osobne i imovinske učinke kao bračna zajednica te se na nju na odgovarajući način primjenjuju odredbe ovog Zakona o osobnim i imovinskim odnosima bračnih drugova, odnosno odredbe drugih zakona kojima se uređuju odnosi u poreznim stvarima, osobni, imovinski i drugi odnosi bračnih drugova." Konkretno, to znači da je određenje izvanbračne zajednice u ObZ-u relevantno za sve druge grane prava kojima se uređuju neki pravni učinci takve zajednice.

Isto tako, iz citirane odredbe možemo zaključiti da su pravni učinci braka i izvanbračne zajednice u mnogočemu izjednačeni. Tako izvanbračni drugovi imaju pravo na uzdržavanje, stjecanje i podjelu imovine stečene tijekom trajanja izvanbračne zajednice te postoji dužnost izvanbračnog oca da uzdržava djetetovu majku. S obzirom na to da se na izvanbračne drugove protežu i osobnopravni učinci braka, to znači da su i oni u izvanbračnoj zajednici međusobno ravnopravni, da imaju obvezu uzajamnog pomaganja, međusobnog poštovanja, da sporazumno odlučuju o rađanju i podizanju djece, o obavljanju poslova u obiteljskoj zajednici itd. Uvedena je i dodatna zaštita obiteljskog doma i prava na stanovanje kako za bračne tako i za izvanbračne drugove, čime se učinio korak naprijed u podizanju razine pravne zaštite kako formalnih tako i neformalnih životnih zajednica.

Što se tiče posvojenja, odredbom članka 185. propisano je da dijete mogu posvojiti bračni i izvanbračni drugovi zajednički, jedan bračni ili izvanbračni drug ako je drugi bračni ili izvanbračni drug roditelj ili posvojitelj djeteta, jedan bračni, odnosno izvanbračni

²¹ Podrobnije o zajedničkim obilježjima te razlikama između braka i izvanbračne zajednice vidi: Alinčić, M., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać Graovac A., *Obiteljsko pravo*, III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 103.-109.; Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 220.-242.

²² Odluka VSRH, Rev 1881/2012-2 od 25. rujna 2012.

²³ VSRH je u nekoliko odluka isticao važnost postojanja trajnije ekonomske i emotivne zajednice kao pretpostavke za priznavanje pravnih učinaka neformalnim zajednicama. Vidi: Odluke VSRH, Rev

1121/07-2 od 22. studenoga 2007., Rev 1038/2006-2 od 28. ožujka 2007. i Rev 1881/2012-2 od 25. rujna 2012.; O dokazivanju postojanja izvanbračne zajednice u sudskoj praksi podrobnije: Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 19., str. 112.-116.

²⁴ Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 19., str. 105.

drug uz pristanak drugog bračnog odnosno izvanbračnog druga te osoba koja nije u braku ili izvanbračnoj zajednici. Time je omogućeno i izvanbračnim drugovima da zajednički posvoje dijete, a ne samo bračnim drugovima, kao do sada.

Na uzdržavanje izvanbračnih drugova za vrijeme trajanja i nakon prestanka izvanbračne zajednice se na odgovarajući način primjenjuju odredbe ObZ-a koje se odnose na uzdržavanje bračnih drugova. Bitno je istaknuti da su djeca rođena izvan braka u potpunosti izjednačena u svojim pravima s djecom rođenom u braku, što je bio slučaj i do stupanja na snagu važećeg ObZ-a. Pravo na uzdržavanje od svog izvanbračnog druga, ako ovaj za to ima dovoljno sredstava, ima onaj izvanbračni drug koji nema dovoljno sredstava za život ili ih ne može ostvariti iz svoje imovine, a nije sposoban za rad ili se ne može zaposliti (čl. 303. u vezi s čl. 295. ObZ-a). Prestanak izvanbračne zajednice više nije uvjet za ostvarenje predmetnog prava jer bi takvo uređenje predstavljalo diskriminaciju temeljem obiteljskog statusa, u skladu s odredbom članka 11. stavka 3. ObZ-a²⁵. Što se tiče uzdržavanja roditelja izvanbračnog djeteta, jedan roditelj je dužan uzdržavati drugog godinu dana od rođenja zajedničkog djeteta pod uvjetom da se taj skrbi o djetetu, a nema dovoljno sredstava za život (čl. 305. st. 1. ObZ-a). Odredbom stavka 4. istog članka propisuje se da je otac izvanbračnog djeteta dužan uzdržavati djetetovu majku i za vrijeme trajanja trudnoće u slučaju da ista nema dovoljno sredstava za život.

Prema svemu navedenom, možemo izvesti zaključak da su pravni učinci braka i izvanbračne zajednice prema ObZ-u gotovo izjednačeni. Jedine razlike su kod prava na izbor prezimena i presumpcije očinstva, koja pravna rješenja su i dalje rezervirana samo za bračne drugove.

3.2. Izvanbračne zajednice u ostalim propisima Republike Hrvatske

U mnogim propisima Republike Hrvatske su pravni učinci izvanbračnih zajednica izjednačeni s pravnim učincima braka. Primjerice, Zakonom o doplatku za

²⁵ Obiteljski zakon iz 2014. godine (Narodne novine, br. 75/14) sadržavao je upravo takvo rješenje prema kojem su izvanbračni drugovi imali pravo na međusobno uzdržavanje, ali samo nakon prestanka izvanbračne zajednice (vidi čl. 303.). To je zanimljivo zato što je takvo rješenje bilo u suprotnosti sa zahtjevima iz odredbe članka 11. stavka 3. istog Zakona, tj. takvo je rješenje predstavljalo diskriminaciju temeljem obiteljskog statusa.

Dakle, pravno shvaćanje Ustavnog suda je da se “dulje vrijeme” prema ZN-u treba smatrati razdobljem od najmanje tri godine u skladu s ObZ-om.

djecu²⁶, Općim poreznim zakonom²⁷ (dalje: OPZ), Zakonom o mirovinskom osiguranju²⁸ (dalje: ZOMO), Zakonom o obveznom zdravstvenom osiguranju²⁹ (dalje: ZOZO), Zakonom o rodiljnim i roditeljskim potporama³⁰, Zakonom o zaštiti od nasilja u obitelji³¹ itd.

Zakon o nasljeđivanju³² (dalje: ZN), koji je donesen 2003. godine, propisuje da su izvanbračni drugovi po pitanju nasljeđivanja izjednačeni s bračnima, ali uz dodatne pretpostavke koje proizlaze iz definicije izvanbračne zajednice sadržane u predmetnom zakonu, što predstavlja značajnu razliku u odnosu na definiciju sadržanu u ObZ-u. Tako je stupanjem na snagu ZN-a izvanbračni drug ostavitelja uključen u krug njegovih zakonskih nasljednika, ali pod uvjetom da je njihova životna zajednica “trajala dulje vrijeme, a prestala ostaviteljevom smrću, pod uvjetom da su bile ispunjene pretpostavke koje se traže za valjanost braka” (čl. 8. st. 2. ZN-a).

²⁶ Zakon o doplatku za djecu (Narodne novine, br. 94/01, 138/06, 107/07, 37/08, 61/11, 112/12, 82/15 i 58/18) u čl. 2. st. 2. propisuje “Za ostvarivanje prava na doplatku za djecu izvanbračna zajednica, u smislu ovog Zakona, izjednačava se s bračnom zajednicom.”

²⁷ Opći porezni zakon (Narodne novine, br. 115/16) u čl. 15. st. 1. propisuje “Odredbe ovog Zakona i drugih poreznih propisa koje se primjenjuju na bračnog druga primjenjuju se i na izvanbračnog druga, životnog partnera i neformalnog životnog partnera.”

²⁸ Zakon o mirovinskom osiguranju (Narodne novine, br. 157/13, 151/14, 33/15, 93/15, 120/16, 18/18 i 62/18) u čl. 22. st. 3. propisuje “Pod članom obitelji iz stavka 1. točke 1. ovog članka smatra se i izvanbračni drug koji je s osiguranikom ili korisnikom mirovine do njegove smrti živio u zajedničkom kućanstvu najmanje tri godine. Status izvanbračne zajednice se utvrđuje u izvanparničnom postupku.”

²⁹ Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine, br. 80/13, 137/13) u čl. 10. st. 1. toč. 1. propisuje “Prema ovom Zakonu, status osigurane osobe - člana obitelji osiguranika, kao nositelja obveznog osiguranja, mogu steći: supružnik (bračni i izvanbračni), sukladno propisima o obiteljskim odnosima.”

³⁰ Zakon o rodiljnim i roditeljskim potporama (Narodne novine, br. 85/08, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14, 59/17) u čl. 5. propisuje “Odredbe ovog Zakona primjenjuju se pod jednakim uvjetima na roditelje u bračnoj i izvanbračnoj zajednici, kao i na roditelje ili njima izjednačene osobe koje se brinu o djetetu, a koje se ne nalaze u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici.”

³¹ Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji (Narodne novine, br. 70/17) u čl. 8. st. 1. propisuje “Osobe na koje se ovaj Zakon primjenjuje su: bračni drug, izvanbračni drug, njihova zajednička djeca...”, dok u st. 2. propisuje “Odredbe ovog Zakona primjenjuju se i na bivšeg bračnog druga, bivšeg izvanbračnog druga...”

³² Zakon o nasljeđivanju, Narodne novine, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15.

Dakle, prema ZN-u izvanbračna zajednica predstavlja životnu zajednicu neudane žene i neoženjenog muškarca koji u takvoj zajednici ostvaruju "obostrani *animus* za zajedničkim životom u svim onim oblicima i sadržajima koji odgovaraju izvanbračnim drugovima"³³. U tom pogledu nema razlike prema definiciji izvanbračne zajednice u ObZ-u. Razlike se očituju u tome što zakonodavac nije, kao u ObZ-u, fiksno odredio minimalno vrijeme trajanja izvanbračne zajednice, već se poslužio pravnim standardom "dulje vrijeme", čiji je sadržaj sud dužan utvrditi u svakom konkretnom slučaju. Time je stvorena nekoherentnost zakonskih odredaba koje reguliraju istu životnu zajednicu, uslijed čega su u pravnoj teoriji i sudskoj praksi zauzeta oprečna stajališta o pretpostavkama koje moraju biti ispunjene za postojanje izvanbračne zajednice u nasljednopravnom smislu, što zasigurno ne pridonosi pravnoj sigurnosti.

Tako V. Belaj i A. Čulo smatraju da je ObZ *lex specialis* u odnosu na ZN, ali i *lex posterior*, pa je prema oba kriterija ObZ mjerodavan za određivanje nekog odnosa kao izvanbračnog te za prosuđivanje vremenskog kriterija postojanja izvanbračne zajednice. Navedenom stajalištu priklanja se i J. Crnić koji smatra da pojam i učinke izvanbračne zajednice u nasljednopravnom smislu treba tumačiti na temelju relevantnih odredaba ObZ-a³⁴. Navedeni autori smatraju da bi to "trebala biti uputa sudovima, odnosno javnim bilježnicima, kao povjerenicima suda, za ocjenu kad izvanbračni drug može naslijediti ostavitelja čijom je smrću prekinuta zajednica"³⁵. S druge strane, "T. Josipović smatra da kriteriji za procjenu je li postojala izvanbračna zajednica ovise o tome je li riječ, u konkretnom slučaju, o odnosima za koje je mjerodavno obiteljsko zakonodavstvo (npr. imovinskopravni odnosi) ili nasljedno zakonodavstvo (npr. nasljeđivanje izvanbračnog druga)"³⁶. Takvom se stajalištu priklanjaju i H. Kačer, A. Perkušić te N. Lucić koji smatraju da je po pitanju bračne stečevine i stečevine u izvanbračnoj zajednici mjerodavan propis ObZ, a po pitanju kruga zakonskih i nužnih nasljednika ZN³⁷.

U konačnici, pitanje vremenskog kriterija za postojanje izvanbračne zajednice odredila je sudska praksa. Tako je Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud) u jednoj odluci iz 2014. godine³⁸ utvrdio da članak 8. stavak 2. ZN-a treba tumačiti u kombinaciji s odredbom članka 3. ObZ-a iz 2003. godine, koja određuje da izvanbračna zajednica mora trajati najmanje tri godine ako u njoj nije rođeno zajedničko dijete. Ustavni sud zauzeo je stajalište prema kojem je pojam "dulje vrijeme", u smislu trajanja izvanbračne zajednice prema ZN-u, neprihvatljivo tumačiti ispod minimuma od tri godine propisanog prema ObZ-u. Dakle, pravno shvaćanje Ustavnog suda je da se "dulje vrijeme" prema ZN-u treba smatrati razdobljem od najmanje tri godine u skladu s ObZ-om. Komplementarno stajalište zauzeo je i VSRH u odluci u kojoj tužiteljici nije priznao pravo na nasljeđivanje jer je s ostaviteljem bila u zajednici dvije godine, pa prema ObZ-u nije bio ispunjen kriterij od najmanje tri godine s obzirom na to da nisu imali zajedničko dijete. Dakle, VSRH također smatra da se pojam "dulje vrijeme" prema ZN-u treba tumačiti u kombinaciji s ObZ-om te da se ne smije ići ispod minimuma od tri godine. Također, VSRH ističe da je neprihvatljivo da se prava u odnosu na bračnu stečevinu tumače po jednom kriteriju, a pravo na nasljeđivanje po drugom³⁹.

Daljnja razlika u poimanju izvanbračne zajednice u ObZ-u i ZN-u očituje se u tome što nastanak nasljednopravnih učinaka zakonodavac uvjetuje ispunjenjem pretpostavaka koje se traže za valjanost braka. Tako izvanbračna zajednica neće imati nasljednopravni učinak ako je, primjerice, jedan od izvanbračnih drugova maloljetan, nesposoban za rasuđivanje ili u nedopuštenom stupnju srodstva. Uslijed toga, može se izvesti zaključak da su za nastanak nasljednopravnih učinaka propisani stroži zahtjevi nego što su pretpostavke za priznavanje obiteljskopравnih učinaka⁴⁰.

Prema ZOMO-u izvanbračni drug, isto kao i bračni, može steći pravo na obiteljsku mirovinu nakon smrti osigurane osobe ili korisnika mirovine, pod uvjetom da su do smrti osiguranika ili korisnika mirovine živjeli u zajedničkom kućanstvu najmanje tri godine. Predmetno proširenje kruga članova obitelji koji imaju pravo na obiteljsku mirovinu potaknuo je Ustavni sud Izvješćem posl. br. U-X/1457/2007 od 18. travnja 2007. u kojem je

³³ Hrabar, D., *Obiteljskopравni osvrt na Zakon o nasljeđivanju*, Hrvatska pravna revija, 3, 2003., 6, str. 78.

³⁴ Crnić, J., *Što je donio novi Zakon o nasljeđivanju*, Pravo u gospodarstvu, 42, 2003., 6, str. 249.

³⁵ Belaj, V., Čulo, A., *Nasljedno pravo izvanbračnog druga*, Pravni vjesnik, Osijek, 23, 2007., 1-2., str. 126.

³⁶ Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 19., str. 106.

³⁷ Kačer, H., Perkušić, A., *Pretvorba prava vlasništva nad športskim građevinama temeljem Zakona o športu i upis tako izvanknjižno stečenog prava vlasništva u zemljišne knjige - neke dvojbe proizišle iz sudske prakse*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 47, 2010., 2, str. 460.; Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 277.-279.

³⁸ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj U-III-2468/2011 od 30. listopada 2014.

³⁹ Odluka VSRH, broj Rev 783/2010-2 od 25. srpnja 2012.

⁴⁰ Alinčić, M. *et al.*, *op. cit.*, bilj. 21., str. 108.

Hrvatski sabor upozorio na "nejednak pravni položaj u ostvarivanju prava na obiteljsku mirovinu članova obitelji - izvanbračnih udovica i udovaca u odnosu na bračne udovice i udovce" te na taj način ukazao na pojavu neustavnosti u sustavu mirovinskog osiguranja⁴¹. Nadalje, treba istaknuti da ZOMO određuje da se postojanje izvanbračne zajednice dokazuje u izvanparničnom sudskom postupku, što nedvojbeno pridonosi pravnoj sigurnosti jer se pravo na obiteljsku mirovinu, zbog neformalnog karaktera izvanbračne zajednice, može zlopotrebljavati⁴². Zanimljivo, istim se zakonom u članku 75. propisuje da pravo na mirovinu gube taksativno navedeni članovi obitelji stupanjem u brak, odnosno postojanjem nove izvanbračne zajednice. Tu se postavlja pitanje na koji će način država kao zainteresirana strana dokazivati "sklapanje" te nove izvanbračne zajednice od strane osobe koja ostvaruje obiteljsku mirovinu. Tako N. Lucić ističe da se nameće dodatno pitanje što u slučaju ako osobe nisu živjele zajedno tri godine, ali imaju zajedničko dijete?⁴³ Vremenski kriterij u važećem ZOMO-u jednak je kao u ObZ-u (tri godine), pa u praksi ne dolazi do poteškoća pri određivanju postojanja izvanbračne zajednice po vremenskom kriteriju.

ZOZO propisuje pravo na zdravstvenu zaštitu članovima obitelji osiguranika te to isto pravo omogućuje i izvanbračnom drugu, ali kao u mnogim propisima, ovdje također nije definirana izvanbračna zajednica. Mišljenje je autora da bi se nedostatak definicije izvanbračne zajednice za potrebe predmetnog zakona mogao nadomjestiti uputom zakonodavca na "propise o obiteljskim odnosima" kako je i učinjeno odredbom članka 10. stavka 1. ZOZO-a, jer na taj način pretpostavke za postojanje izvanbračne zajednice iz ObZ-a postaju relevantne za nastanak pravnih učinaka i u ovom pravnom području. Ipak, značajnu razliku u odnosu na ObZ predstavlja odredba članka 12. Pravilnika o uvjetima i načinu ostvarivanja prava iz obveznog

zdravstvenog osiguranja⁴⁴ kojom je kao jedan od uvjeta za stjecanje statusa osigurane osobe određeno da su oba izvanbračna druga dala pisanu izjavu ovjerenu kod javnog bilježnika da žive u izvanbračnoj zajednici, da nisu u braku s trećom osobom te da prebivaju na istoj adresi najmanje godinu dana.

Osobito zanimljivo je normativno uređenje Zakona o medicinski pomognutoj oplodnji⁴⁵ koji izjednačava izvanbračne drugove s bračnima u članku 10., u kojem je propisano da pravo na medicinski pomognutu oplodnju imaju punoljetni i poslovno sposobni žena i muškarac koji su u braku, odnosno u izvanbračnoj zajednici i koji su s obzirom na životnu dob i opće zdravstveno stanje sposobni za roditeljsku skrb o djetetu. D. Hrabar ističe da je i u ovom slučaju neformalnost izvanbračnih zajednica problem s obzirom na dokazivanje tih zajednica. "Da bi se to donekle izbjeglo, zakonodavac je u ZMPO-u smatrao potrebnim stvoriti sigurnosni mehanizam dokazivanja njihova statusa izvanbračnosti"⁴⁶. Stoga u odredbi članka 11. stavka 3. zakonodavac propisuje da se postojanje izvanbračne zajednice dokazuje izjavom ovjerenom kod javnog bilježnika. "Taj put znatno je kraći i nekonfliktniji u odnosu na sudske postupke kako bi se izvanbračnim drugovima olakšalo dokazivanje prava na medicinsku oplodnju. Izjava se daje pred bilo kojim javnim bilježnikom, no strogo je formalizirana jer je ZMPO predvidio donošenje posebnog obrasca"⁴⁷. Nadalje, u odredbi članka 11. stavka 5. izvanbračna zajednica definira se kao ona koju čine muškarac i žena koji ne žive u braku, u drugoj izvanbračnoj ili istospolnoj zajednici te koji ispunjavaju pretpostavke za valjano sklapanje braka. Dakle, uvjet je slobodan bračni status, ali nema vremenskog kriterija kao u ObZ-u (najmanje tri godine). Zaključujemo da je razlog takvog zakonskog uređenja činjenica "da je vrijeme čekanja i starenje žene u pravilu obrnuto proporcionalno njenoj plodnosti", pa je s time na umu zakonodavac ovako jasno definirao izvanbračnu zajednicu i njeno dokazivanje u ovako osjetljivim pravnim područjima.

Suprotno navedenim zakonima, postoje i zakoni u kojima pravni učinci izvanbračne zajednice nisu izjed-

⁴¹ Izvješće Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-X/1457/2007 od 18. travnja 2007.; Marušić, Lj., *Izmjene i dopune Zakona o mirovinskom osiguranju*, Financije i porezi, 2008., 5, str. 10.; Treba istaknuti da su, primjerice, u njemačkom pravnom sustavu izvanbračne zajednice potpuno zanemarene u području mirovinskih prava pa tako izvanbračni drug umrlog osiguranika ne može naslijediti njegovu mirovinu čak i ako s njim ima zajedničku djecu. Zanimljivo je da se u njemačkom pravnom sustavu ne dovodi u pitanje ustavnost takvog pravnog uređenja, jer je stajalište zakonodavca da se na taj način zapravo uvažava slobodna volja izvanbračnih drugova koji su odlučili ne formalizirati svoju životnu zajednicu, a samim time i ne podvrgnuti svoje imovinske odnose zakonskoj regulativi. Prema: Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 196.-197. i 207.-208.

⁴² Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 288.

⁴³ Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 19., str. 108.

⁴⁴ Pravilnik o uvjetima i načinu ostvarivanja prava iz obveznog zdravstvenog osiguranja, Narodne novine, br. 49/14, 51/14, 11/15, 17/15, 123/16 i 129/17.

⁴⁵ Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji, Narodne novine, br. 86/12.

⁴⁶ Hrabar, D., *Pravni dosezi medicinske oplodnje u Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60, 2010., 2, str. 417.

⁴⁷ *Ibid.*, str. 418.

načeni s pravnim učincima koji nastaju sklapanjem braka. Zanimljiv primjer je Zakon o hrvatskom državljanstvu⁴⁸ koji svojim člankom 10. propisuje da stranac koji je u braku s hrvatskim državljaninom i kojem je odobren stalni boravak i živi na području Republike Hrvatske, može prirođenjem steći hrvatsko državljanstvo. Iz ove je odredbe jasno da mogućnost stjecanja državljanstva nije proširena i na izvanbračne drugove hrvatskih državljana. Bilo bi prilično neprihvatljivo da stranci stječu hrvatsko državljanstvo na temelju neformalne životne zajednice koja je sama po sebi teško dokaziva pa je jasno da je ovdje zakonodavac ciljano izostavio izvanbračne zajednice jer bi u suprotnom stranci lakše, češće i bez adekvatnog nadzora stjecali hrvatsko državljanstvo⁴⁹. "Rigidnost ovog propisa je potpuno jasna, jer bi suprotno gledište otvorilo širom vrata drugim pogodnostima i pravima stranaca"⁵⁰. U prilog svemu navedenome govori sudska praksa. Jednom odlukom Ustavnog suda⁵¹ je odbijena ustavna tužba podnositeljice koju je podnijela jer je Upravni sud svojom odlukom odbio njezin zahtjev za primitak u hrvatsko državljanstvo, s obzirom na to da nije u braku s hrvatskim državljaninom, već žive u izvanbračnoj zajednici⁵².

3.3. Porezni status izvanbračne zajednice

Porezni status izvanbračne zajednice promijenio se donošenjem važećeg ObZ-a koji je izjednačio imovinske pravne učinke izvanbračne zajednice s učincima braka i u dijelu koji se odnosi na porezne stvari (čl. 11. st. 2.). S obzirom na navedenu zakonodavnu izmjenju,

smatrali smo shodnim proučiti njezin učinak na zakonske propise iz sfere poreznog prava, pa smo u tu svrhu analizirali odredbe Zakona o porezu na promet nekretnina (dalje: ZPPN)⁵³ te Zakona o posebnom porezu na motorna vozila (dalje: ZPPMV)⁵⁴ kojima se bračnim drugovima priznaju različita porezna oslobođenja, odnosno, porezne olakšice. Uzmemo li u obzir odredbu članka 11. stavka 2. ObZ-a, to bi značilo da ta ista prava na porezne olakšice imaju i izvanbračni drugovi, jednako kao bračni, neovisno o tome što u ZPPN-u, odnosno u ZPPMV-u izvanbračni drugovi nisu izrijeком uključeni u taksativno navedeni krug osoba kojima se priznaje pravo na porezne olakšice.

Tako ZPPMV propisuje da fizičke ili pravne osobe s prebivalištem ili sjedištem u Republici Hrvatskoj plaćaju upravnu pristojbu na stjecanje rabljenih motornih vozila na koja je plaćen posebni porez na motorna vozila. Međutim, prema članku 26. oslobođen je plaćanja upravne pristojbe samo bračni drug u slučaju da je stjecatelj motornog vozila temeljem pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju ili ugovora o darovanju. Dakle, ovdje se ne spominje izvanbračni drug kao netko tko bi imao pravo na istu poreznu olakšicu. Ipak, s obzirom na navedenu odredbu ObZ-a (čl. 11. st. 2.), i izvanbračni drug bit će oslobođen plaćanja upravne pristojbe u tim slučajevima na jednak način kao i bračni. "Ukoliko se izvanbračni drug smatra daroprimatelem odnosno nasljednikom u prvom nasljednom redu sukladno Zakonu o nasljeđivanju, isti je također oslobođen plaćanja upravne pristojbe na stjecanje rabljenih motornih vozila, uz primjenu ovoga i Obiteljskog zakona⁵⁵". Shodno navedenom, izvanbračni drugovi mogu koristiti pravo na predmetno porezno oslobođenje od trenutka stjecanja, ali samo na temelju pravnih poslova nastalih nakon 1. studenoga 2015. godine kada je ObZ stupio na snagu.

ZPPN propisuje da je svaki stjecatelj nekretnine u Republici Hrvatskoj obveznik plaćanja poreza na promet nekretnina. Pojedine kategorije stjecatelja (npr. kupac, daroprimateelj, nasljednik itd.) oslobođene su plaćanja tog poreza, a među ostalima, i bračni drug⁵⁶.

⁴⁸ Zakon o hrvatskom državljanstvu, Narodne novine, br. 53/91, 70/91, 28/92, 113/93, 4/94, 130/11, 110/15.

⁴⁹ Treba istaknuti da je hrvatski zakonodavac isti pristup zauzeo i prilikom reguliranja prava osoba koje žive u životnom partnerstvu, odnosno u neformalnom životnom partnerstvu. Tako je u odredbi članka 77. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola (Narodne novine, br. 92/14) mogućnost stjecanja hrvatskog državljanstva prirođenjem rezervirana samo za osobe koje žive u životnom partnerstvu (ne i za osobe koje žive u neformalnom životnom partnerstvu), i to pod istim uvjetima koji su propisani odredbom čl. 10. Zakona o hrvatskom državljanstvu.

⁵⁰ Hrabar, D., *Izvanbračna zajednica - neka otvorena pitanja*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 10, 2010., 2, str. 47.

⁵¹ Odluka Ustavnog suda, broj U-III-1918/00 od 17. prosinca 2003.

⁵² Marković, S., *Pravni odnosi u izvanbračnoj zajednici kroz ustavnosudsku praksu*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, 2006., 13, str. 334.; S tim u vezi vidjeti odluku Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, posl. br. Usž-156/15-2 od 19. ožujka 2015. godine u kojoj se jasno ističe da izvanbračna zajednica s hrvatskim državljaninom nije izjednačena s brakom s hrvatskim državljaninom u smislu članka 10. Zakona o hrvatskom državljanstvu.

⁵³ Zakon o porezu na promet nekretnina, Narodne novine, br. 115/16.

⁵⁴ Zakon o posebnom porezu na motorna vozila, Narodne novine, br. 15/13, 108/13, 115/16, 127/17.

⁵⁵ Fabijančić, Z., Prater, N., *Porezni status izvanbračne zajednice*, Računovodstvo i financije, Zagreb, 62, 2016., 3, str. 55.

⁵⁶ Vidi članke 13. i 15. u kojima se ponovno, kao i u ZPPMV-u, izrijeком navode bračni drugovi kao nositelji poreznih olakšica, dok se izvanbračni drugovi ne spominju.

Shodno tome, plaćanja poreza trebao bi biti oslobođen i izvanbračni drug, uzimajući u obzir porezna oslobođenja predviđena odredbama članka 13. i 15. ZPPN-a u vezi s odredbom članka 11. stavka 2. ObZ-a. Do istog zaključka dolaze i autori iz poreznog područja koji ističu da se pravo na oslobođenje u navedenim slučajevima može koristiti za pravne poslove nastale od 1. studenoga 2015. na dalje, dok svi pravni poslovi koji su nastali ranije, ne bi bili temelj za takvo oslobođenje⁵⁷.

Za sve slučajeve u kojima bi se tražilo porezno oslobođenje, dokazivanje izvanbračne zajednice temeljilo bi se na pravomoćnim sudskim odlukama o utvrđivanju statusa izvanbračne zajednice. Ako nije donesena pravomoćna presuda, u iznimnim slučajevima, kao dokaz u prilog postojanju izvanbračne zajednice mogla bi se koristiti i javna isprava uz ispunjavanje uvjeta propisanih posebnim propisima⁵⁸.

Članak 551. stavak 1. važećeg ObZ-a propisuje: "Odredbe ovog Zakona primjenjuju se i na obiteljske odnose koji su nastali do dana stupanja na snagu ovog Zakona, ako ovim Zakonom nije drugačije određeno." Prema ovoj odredbi oslobođenja od poreza mogu koristiti i izvanbračni drugovi koji su u izvanbračnoj zajednici bili i prije stupanja važećeg ObZ-a na snagu, a ne samo oni koji su u zajednici nastaloj nakon stupanja predmetnog zakona na snagu. Iz navedenog se može zaključiti da se porezna oslobođenja primjenjuju u slučajevima nastalima nakon 1. studenoga 2015. jer se radi o pravnim poslovima, a za njih nije bitan trenutak nastajanja izvanbračne zajednice, već trenutak sklapanja pravnog posla. Zanimljivo za izvanbračne drugove u poreznim stvarima je činjenica da nisu izrijeком spomenuti u poreznim propisima kao nositelji prava na porezne olakšice, ali su izjednačeni s bračnim drugovima na temelju članka 11. stavka 2. ObZ-a. Uslijed opisanih izmjena ObZ-a i nastupa pravnih učinaka izvanbračnih zajednica ne samo u području obiteljskog već i poreznog prava, reagirao je zakonodavac koji je člankom 15. OPZ-a, koji je stupio na snagu u siječnju 2017. godine, izvanbračne drugove izjednačio s bračnim, pa se u praksi osobe koje su odgovorne za pravilno i zakonito utvrđivanje porezne obveze više ne moraju pozivati na odredbe ObZ-a o izvanbračnoj zajednici budući da je to pitanje sada uređeno i OPZ-om.

Bitno je imati na umu da do tada niti jedan zakon iz poreznog područja nije upućivao na posrednu primjenu odredaba ObZ-a. Tome u prilog govore i dvije presude Ustavnog suda⁵⁹. Stajalište Ustavnog suda je da bez obzira na to što, primjerice, odredbe ZPPN-a ne spominju izrijeком izvanbračne drugove, iste treba tumačiti prema ObZ-u koji izjednačava bračne i izvanbračne drugove i u poreznim stvarima. Tako u jednoj presudi iz 2016. godine Ustavni sud ističe da "već godinama uporno ponavlja da su nadležna tijela, uključujući sudove, dužni tumačiti i primjenjivati mjerodavno pravo, uvijek i bez izuzetka, u svjetlu osobitih okolnosti svakog konkretnog slučaja. Ako je u nekom konkretnom slučaju mjerodavan jedan zakon, ali združeni učinci tog i nekog drugog ili više drugih zakona izravno utječu na zakonska prava ili obveze stranaka, onda su nadležna tijela, uključujući sudove, bez iznimke dužni tumačiti sve te mjerodavne propise u njihovoj ukupnosti..."⁶⁰. Dakle, naglašava se da se moraju tumačiti svi zakoni koji utječu na konkretan slučaj da bi se donijela pravilna odluka. Iz tog je razloga bitna nova odredba članka 15. OPZ-a kojom se izjednačava izvanbračne drugove s bračnim u predmetnom području. Time su, u poreznim stvarima, potencijalne poteškoće na koje se nailazi s obzirom na izvanbračne drugove, znatno olakšane. U poreznim stvarima, u predmetima koji se tiču izvanbračnih zajednica, sada postoji propis koji ih izrijeком izjednačava s bračnim pa više nema mjesta dvojbi⁶¹. Može se zaključiti da je zapravo stupanje ObZ-a na snagu pomoglo ovakvom tumačenju Ustavnog suda te potaknulo zakonodavca da OPZ-om potvrdi izjednačenje učinaka izvanbračne zajednice s učincima braka u poreznim stvarima.

3.4. Statistički podaci za Republiku Hrvatsku

Stoga što su izvanbračne zajednice neformalan oblik životnih zajednica, čiji se nastanak i prestanak nigdje ne evidentira, teško je sa sigurnošću utvrditi koliki je točan broj osoba koje žive u takvim zajedni-

⁵⁷ Fabijančić, Z., Pratzner, N., *op. cit.*, bilj. 57., str. 55.

⁵⁸ Kao npr. prema Zakonu o medicinskoj pomognutoj oplodnji, vidi bilj. 47.

⁵⁹ Odluka Ustavnog suda, broj U-III-3034/2012 od 21. veljače 2017. i odluka Ustavnog suda, broj U-III-6045/2016 od 20. travnja 2017.

⁶⁰ Odluka Ustavnog suda, broj U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016.

⁶¹ Treba istaknuti da u njemačkom poreznom pravu izvanbračni drugovi nemaju isti status kao bračni drugovi. Vidi: Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *European Family Law in Action, Volume V: Informal relationships*, Intersentia, 2015., str. 67.; Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 194.-195.

cama. U nedostatku točnih statističkih podataka, često se kao neizravni pokazatelji postojanja izvanbračnih zajednica te povećanja njihova broja uzimaju podaci o padu broja sklopljenih brakova, odnosno povećanju broja djece rođene izvan braka. Tako se iz statističkih podataka za Republiku Hrvatsku, s jedne strane, može primijetiti gotovo kontinuirani pad broja sklopljenih brakova od 1971. do 2016. godine, dok s druge strane postoji trend snažnog porasta broja djece rođene izvan braka⁶². Pritom, treba voditi računa o tome da "nisu sva izvanbračno rođena djeca ujedno i djeca rođena u izvanbračnim zajednicama, te da s druge strane, postoje i izvanbračne zajednice bez djece"⁶³. Iz prikazanih statističkih podataka mogao bi se izvesti posredan zaključak o porastu broja osoba koje u Republici Hrvatskoj žive u izvanbračnoj zajednici⁶⁴. Na isti zaključak nas upućuju i rezultati istraživanja koje je provedeno 2013. godine tijekom provođenja kojeg se više od 13% punoljetnih ispitanika izjasnilo da živi u izvanbračnoj zajednici. Autori provedenog istraživanja ukazuju na to da postotak izvanbračnih zajednica ne odstupa znatno od postotka izvanbračnih rođenja, slijedom čega zaključuju da u Hrvatskoj broj izvanbračnih rođenja doista može biti relevantan pokazatelj pojavnosti izvanbračnih zajednica⁶⁵.

Proučavanjem statističkih podataka o broju izvanbračno rođene djece u svim državama članicama Europske unije, možemo zaključiti kako trend porasta broja izvanbračnih zajednica postoji u cijeloj Europskoj

uniji, ne samo u Republici Hrvatskoj⁶⁶. Na porast broja izvanbračnih zajednica u državama članicama Europske unije ukazuje i relevantna znanstvena literatura koja uporište za takav zaključak pronalazi ne samo u povećanju broja izvanbračno rođene djece već i u konkretnim podacima o samom broju izvanbračnih zajednica⁶⁷. Zbog povećanja broja osoba koje žive u izvanbračnim zajednicama počelo se postavljati pitanje predstavlja li predmetna neformalna životna zajednica alternativu za brak? "U europskoj se poredbenopravnoj literaturi koja se bavi pitanjem potrebe širenja pravnih učinaka braka na izvanbračne zajednice često ističe kako je unatoč povećanom broju izvanbračnih zajednica, ipak vrlo mali broj izvanbračnih zajednica u kojima se parovi odlučuju trajno živjeti umjesto u braku. Mnogo su češće izvanbračne zajednice koje traju određeno kraće vrijeme i to prijebračne ili poslijebračne"⁶⁸. Istraživanje koje je provedeno u Hrvatskoj 2013. godine pokazalo je da mnogi hrvatski građani (73,4%) smatraju dobrim zajednički život prije braka ili čak nakon neuspjelog braka. U skladu s time, autori istraživanja zaključuju da u Hrvatskoj nema mnogo trajnih neformalnih zajednica koje bi predstavljale zamjenu braku, nego da je mnogo parova u zajednicama u kojima žive prije ili nakon braka⁶⁹.

4. UREĐENJE INSTITUTA IZVANBRAČNE ZAJEDNICE U SAVEZNOJ REPUBLICI NJEMAČKOJ

4.1. Izvanbračne zajednice – povijesni prikaz

Njemački propisi ne priznaju mnogo pravnih učinaka izvanbračnim zajednicama, što se vidi i kroz povijest ovog instituta u Njemačkoj⁷⁰. Godine 1949. stupio je na

⁶² Statistički podaci potvrđuju već dulje postojeći trend pada broja sklopljenih brakova. Tako je 1971. godine sklopljen 37 301 brak, 1987. godine 31 395, 2000. godine 22 017, dok je 2016. godine u Republici Hrvatskoj sklopljeno 20 467 brakova. S druge strane, statistički podaci potvrđuju postojanje trenda porasta broja djece rođene izvan braka. Tako je 1970. godine postotak djece rođene izvan braka iznosio svega 5,4%, 1980. 5,1%, 1990. 7%, 2000. 9%, 2010. 13,3%, dok je 2016. godine izvan braka rođeno čak 18,9% djece u Republici Hrvatskoj. Prema: Živić, D., Demografski okvir i razvoj obiteljske strukture stanovništva Hrvatske 1971. - 2001., *Revija za sociologiju*, 34, 2003., 1-2, str. 67.-71.; Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, *Prirodno kretanje stanovništva u 2016. - statistička izvješća*, Zagreb, 2017., str. 14., 17. i 26.; Podaci o broju izvanbračno rođene djece u svim zemljama Europske unije dostupni su na: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Live_births_outside_marriage_selected_years_1960-2016_\(share_of_total_live_births_%25\).png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Live_births_outside_marriage_selected_years_1960-2016_(share_of_total_live_births_%25).png) - posjećeno dana: 12. 5. 2018.

⁶³ Lucić, N., *Pravno uređenje braka i drugih oblika životnih zajednica u: Rešetar, B., Aras Kramar, S., Lucić, N., Medić, I., Šago, D., Tucak, I., Mioč, P., Suvremeno obiteljsko pravo i postupak*, Osijek, 2017., str. 63.

⁶⁴ Do takvog zaključka dolaze i drugi autori iz područja obiteljskog prava. Vidi: *Ibid.*; Alinčić, M., Promjene u propisima o braku i drugim životnim zajednicama, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 55, 2005., 5, str. 1170.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 64.

⁶⁶ Podaci o broju izvanbračno rođene djece u svim zemljama Europske unije dostupni su na: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Live_births_outside_marriage_selected_years_1960-2016_\(share_of_total_live_births_%25\).png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Live_births_outside_marriage_selected_years_1960-2016_(share_of_total_live_births_%25).png) - posjećeno dana: 12. 5. 2018. Na porast broja izvanbračnih zajednica u svim državama članicama Europske unije ukazuju i strani autori. Vidi: Mol, C., *Reasons for Regulating Informal Relationships: A comparison of nine European jurisdictions*, *Utrecht Law Review*, 12, 2016, 2, str. 98. i 106.

⁶⁷ Tako se na povećanje broja izvanbračnih zajednica ukazuje u istraživanjima za Austriju, Češku, Dansku, Ujedinjeno Kraljevstvo, Finsku, Francusku, Saveznu Republiku Njemačku, Mađarsku, Italiju, Latviju, Litvu, Nizozemsku, Norvešku i Švedsku. Vidi: Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 331., 333., 334.-335., 337.-338., 338.-339., 339.-340., 341., 342.-343., 344., 345., 346., 349.

⁶⁸ Lucić, *op. cit.*, bilj. 66., str. 66.

⁶⁹ Lucić, *op. cit.*, bilj. 66., str. 66.

⁷⁰ Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 55.-56., 186.

snagu Temeljni zakon Njemačke, odnosno Ustav, i otada postoji kontinuirana rasprava o neformalnim zajednicama, pa tako i o izvanbračnim zajednicama te njihovoj zaštiti u pravnom sustavu⁷¹. Odredbom članka 6. njemačkog Ustava propisana je osobita zaštita braka i obitelji, s time da izvanbračne zajednice ne ulaze u opseg predmetne zaštite zato što se pod pojmom obitelji podrazumijevaju odnosi između roditelja i djece (bračno i izvanbračno rođene), a brak u smislu predmetne odredbe ne predstavlja ona životna zajednica koja nije formalizirana sudjelovanjem u postupku sklapanja braka⁷². U konačnici je zauzeto načelno stajalište prema kojem predmetna odredba ne sprječava zakonodavca u priznavanju određenih pravnih učinaka izvanbračnim zajednicama, međutim analogna primjena odredaba o pravnim učincima braka i na izvanbračne druge je isključena⁷³.

Tijekom devedesetih godine prošlog stoljeća bilo je mnogo javnih rasprava na temu prava izvanbračnih drugova. Smatralo se da zbog toga što neformalne zajednice nisu priznate prema građanskom pravu, iste samim time niti ne zaslužuju pravnu zaštitu, dok je danas to mišljenje napušteno⁷⁴. Iako u njemačkom pravnom sustavu ne postoje zakonska pravila iz područja obiteljskog prava koja definiraju heteroseksualnu izvanbračnu zajednicu ili pravne učinke iste, danas se ipak izvanbračnim zajednicama jamče određena prava. Opseg prava koja se jamče izvanbračnim zajednicama, kako Ustavom tako i zakonskim propisima, od kojih je najznačajniji Njemački građanski zakonik (Bürgerliches Gesetzbuch, dalje: BGB) u kojem su integrirana i pravila iz područja obiteljskog prava⁷⁵, manji je od opsega prava koja se jamče braku, odnosno bračnim drugovima⁷⁶.

Glavno pitanje koje predstavlja predmet spoticanja jest je li drugačije tretiranje braka i izvanbračne zajednice opravdano?⁷⁷ U prošlosti su se izvanbračne

zajednice ignorirale, dok ih se danas tretira kao svojevrsnu životnu zajednicu koju karakteriziraju unutarnje veze i odgovornosti dvoje ljudi, koja predstavlja više od puke stambene i ekonomske zajednice⁷⁸, ali zajednicu koja ipak uživa minimalnu zaštitu na zakonskoj razini⁷⁹. Godine 1997. u njemačkom parlamentu bio je predložen za raspravu nacrt zakona kojim se nastojalo sveobuhvatno regulirati pravni status neformalnih životnih zajednica, kao i pitanja imovinskih zahtjeva koja se učestalo postavljaju nakon trajnog prestanka predmetnih zajednica, međutim taj nacrt nikada nije bio ni raspravljen u parlamentu⁸⁰.

Što se tiče izvanbračno rođene djece, vrlo brzo došlo je do uređenja prema kojem su sva djeca jednaka. Nakon reforme pravnog uređenja roditelja i djece iz 1998. godine, sva djeca imaju jednaka prava i jednako su zaštićena neovisno o tome jesu li rođena u braku ili izvan braka⁸¹. U skladu s time, jednako se štiti sve roditelje koji imaju roditeljsku skrb, neovisno o tome jesu li djecu dobili u braku ili izvan braka. Ipak, treba istaknuti da su izvanbračni očevi po pitanju mogućnosti stjecanja roditeljske skrbi i prava na osobne odnose sa svojim izvanbračnim djetetom dobili bolji pravni položaj tek zakonodavnim izmjenama iz 2013. godine⁸².

Kad se govori o budućnosti zakonodavnog uređenja izvanbračnih zajednica, ideja o njihovoj registraciji ne uživa veliku podršku u Njemačkoj. Razlog za to ugledni njemački autori vide u tome što već postoji mogućnost da izvanbračni drugovi formaliziraju svoj odnos sklapanjem braka te na taj način prihvate postojeće pravno uređenje, a što evidentno nisu imali namjeru učiniti. Smatraju kako bi se zakonskim uređenjem registracije izvanbračnim drugovima zapravo ponudio paralelni sustav pravnih pravila koji je gotovo identičan prethodno spomenutom pravnom ure-

⁷¹ Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 70., str. 248.

⁷² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, u verziji od 11. srpnja 2012., Bundesgesetzblatt I S. 1478, dostupan na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/ - posjećeno dana 12. 5. 2018.

⁷³ Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 25., 66., 114. i 248.

⁷⁴ Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 66.; Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 186.

⁷⁵ Bürgerliches Gesetzbuch, od 18. kolovoza 1896. godine (prema stanju 2. siječnja 2002. godine), Bundesgesetzblatt 2002 I 42, 2909; 2003 I 738, dostupno na: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf, - posjećeno dana 12. 5. 2018.

⁷⁶ Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 66., 202. i 248.

⁷⁷ Dethloff, N., Martiny, D., Zschoche, M., *National report: Germany, In-*

formal Relationships, Commission on European Family Law, 2015., str. 9., dostupno na: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-IR.pdf> - posjećeno 12. 5. 2018.

⁷⁸ Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 148.; Iako njemačko zakonodavstvo ne nudi jasnu definiciju izvanbračne zajednice, njemačka pravna teorija i sudska praksa postavile su tri preduvjeta za njezino postojanje: određeno trajanje, životno zajedništvo (u smislu zajedničkog stanovanja te seksualnog i ekonomskog zajedništva) i nepostojanje braka. Prema: Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 187.

⁷⁹ Pravni učinci izvanbračne zajednice na zakonskoj razini bit će podrobnije obrađeni u sljedećem poglavlju rada.

⁸⁰ Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 279.

⁸¹ Dethloff, N., Martiny, D., Zschoche, M., *op. cit.*, bilj. 80., str. 9.

⁸² O razlozima koji su doveli do u tekstu spomenutih zakonodavnih izmjena podrobnije u: Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 200.-203.

Tako se u Hrvatskoj odredbe važećeg ObZ-a o ugovornom uređenju imovinskih odnosa bračnih drugova (čl. 40. - 42.) analogno primjenjuju i na izvanbračne drugove koji na taj način mogu prilagoditi zakonsko uređenje svojim željama i potrebama, dok u Njemačkoj to nije slučaj jer se odredbe BGB-a o bračnom ugovoru (čl. 1408. - 1413.) ne primjenjuju na ugovorne odnose izvanbračnih drugova.

đenju braka, zbog čega postoji visok stupanj skepse prema takvim prijedlozima⁸³. Veća je vjerojatnost da će njemački zakonodavac zadržati dosadašnji pristup neopterećenosti pravnim odnosima pojedinaca koji su odlučili da neće formalizirati svoje odnose, smatrajući da su takvim postupanjem pokazali da ne žele državno zadiranje u njihove odnose. U prilog tome govori i njemačka sudska praksa koja se ne opterećuje previše izvanbračnim zajednicama, već se uglavnom priklanja stajalištu "da su među izvanbračnim drugovima vrlo rijetki oni koji žele pravno uređenje međusobnih odnosa te da treba poštovati njihov slobodan izbor"⁸⁴.

4.2. Izvanbračne zajednice u temeljnom i ostalim propisima Savezne Republike Njemačke te usporedba s hrvatskim pravnim sustavom

Njemački Ustav, odnosno Temeljni zakon Njemačke propisuje osobitu zaštitu braka i obitelji, dok izvanbračne zajednice ne spominje. Tako se u članku 6. stavku 1. Ustava navodi: "Brak i obitelj uživaju posebnu zaštitu države". Odredbom članka 2. stavka 1. Ustava, jamči se pravo na samoopredjeljenje, te bi navedene dvije odredbe Ustava trebalo tumačiti povezano i teološki. Kako je u prethodnom poglavlju navedeno, u smislu članka 6. Ustava, pod pojmom obitelji podrazumijevaju se odnosi između roditelja i njihove djeca, neovisno o tome jesu li rođena u braku ili izvan braka⁸⁵. Prema tome, njemački Ustav jamči jednakost bračno i izvanbračno rođene djece, a što izrijeком potvrđuje odredbom članka 6. stavka 5. u kojoj je propisano da

će djeci rođenoj izvan braka zakonski biti zajamčena jednaka prava na području tjelesnog i duševnog razvoja te jednak položaj u društvu, kao i djeci rođenoj u braku⁸⁶. Dakle, već je njemačkim Ustavom zabranjena diskriminacija izvanbračno rođene djece, što predstavlja sličnost s ustavnim uređenjem Republike Hrvatske koje odredbom članka 14. Ustava osigurava bračno i izvanbračno rođenoj djeci ista prava i slobode te jednakost pred zakonom.

Ipak, pored navedene sličnosti, odmah na početku možemo uočiti i jednu veliku razliku u uređenju izvanbračnih zajednica prema hrvatskom i njemačkom pravu. Naime, Ustav u odredbi članka 61. izrijeком propisuje zaštitu izvanbračnih zajednica te postavlja ustavnopravni temelj za daljnje uređenje pretpostavaka i pravnih učinaka izvanbračne zajednice na zakonskoj razini, dok njemački Ustav propisuje samo zaštitu braka, ne spominjući izvanbračne zajednice kao objekt pravnog uređenja na ustavnoj ili zakonskoj razini. Sukladno tome, za pretpostaviti je da ako u njemačkom pravnom sustavu na ustavnoj razini postoji razlika između braka i izvanbračne zajednice, onda te razlike zasigurno postoje i na zakonskoj razini, što će biti predmet obrade u nastavku rada.

Vezano uz pitanje uređenja izvanbračnih zajednica, Savezni ustavni sud Njemačke zauzeo je stajalište prema kojem odredba članka 6. stavka 1. Ustava ne predstavlja zapreku zakonodavcu da izvanbračnim drugovima ipak prizna neka prava na zakonskoj razini⁸⁷. Međutim, pokazalo se da takve zajednice na zakonskoj razini ne mogu dobiti jednaku pravnu zaštitu kao i brak⁸⁸. "D. Bierbauer pojašnjava da prema stajalištu njemačkog zakonodavca brak nema konkurenciju

⁸³ Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 279.; Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 184.

⁸⁴ Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 207.-208.

⁸⁵ Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 201.; Najnovija njemačka pravna teorija sve više raspravlja o tome je li opravdano pravnu zaštitu koja proizlazi iz odredbe članka 6. njemačkog ustava rezervirati samo za brak, odnosno uživaju li i izvanbračne zajednice ustavnopravnu zaštitu obitelji. O tome detaljnije u: Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 185.

⁸⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, bilj. 75.; Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 203.

⁸⁷ Dethloff, N., Martiny, D., Zschoche, M., *op. cit.*, bilj. 80., str. 6.-7.

⁸⁸ Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 202.; O pravnim učincima izvanbračne zajednice, odnosno izostanku istih u pojedinim pravnim područjima poput obiteljskog, nasljednog, obveznog i stanarskog prava, te prava iz područja mirovinskog i zdravstvenog osiguranja i socijalne skrbi, detaljnije u: Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 188.-197.

te da članak 6. njemačkog Ustava nije usmjeren protiv izvanbračnih zajednica niti se njime nekoga stavlja u lošiji pravni položaj, nego da se njime uvažava i odluka onih koji su sklapanjem braka pristali na pravno uređenje međusobnih odnosa, ali i odluka onih koji na to ne pristaju⁸⁹. Komplementarno navedenom stajalištu njemačke pravne teorije je i stajalište Saveznog ustavnog suda Njemačke, prema kojem odredba članka 2. stavka 1. njemačkog Ustava određujući pravo na samoopredjeljenje, jamči svakom pojedincu slobodu pri odabiru u kakvoj će zajednici osoba živjeti te samim time osigurava ograničenu zaštitu izvanbračnih zajednica i na ustavnoj razini⁹⁰.

Jednako kao i u Republici Hrvatskoj, EKLJP imala je utjecaj na uređenje obiteljskog zakonodavstva u Njemačkoj. Već spomenuti članak 8. EKLJP koji propisuje da svatko ima pravo na poštovanje svog privatnog i obiteljskog života svakako je imao utjecaja na donošenje pojedinih odredaba predmetne tematike, osobito prilikom reforme njemačkog zakonodavstva iz 2013. godine kojom su obuhvaćene odredbe kojima se uređuje roditeljska skrb i kontakti očeva i djece čiji roditelji ne žive u bračnoj zajednici⁹¹.

Njemački BGB u četvrtoj knjizi uređuje njemačko obiteljsko pravo, pa tako i pitanje sklapanja braka, te pravnih učinaka takve životne zajednice, međutim predmetni zakonski izvor ne uređuje pitanje izvanbračne zajednice i pravnih učinaka iste⁹². Bez obzira na veliku prihvaćenost izvanbračnih zajednica u njemačkom društvu, na što ukazuju i relevantni statistički podaci, pravni učinci braka koji su određeni BGB-om ne mogu se analogno protegnuti i na izvanbračne zajednice, a zasebnih odredaba zakona koje bi propisivale pravne učinke za neformalne zajednice nema⁹³.

U ovom dijelu rada ukazat ćemo na nekoliko razlika i sličnosti koje postoje između njemačkog i hrvatskog uređenja izvanbračnih zajednica na zakonskoj razini. Tako važeći ObZ izriječno definira izvanbračnu zajednicu, propisujući pretpostavke koje moraju biti ispunjene da bi nastali pravni učinci takve zajednice koji su gotovo u potpunosti izjednačeni s pravnim učincima

braka, dok u Njemačkoj vidimo da ih BGB kao *sedes materiae* obiteljskog prava potpuno ignorira⁹⁴. Usprkos tome što njemačko zakonodavstvo ne nudi definiciju izvanbračne zajednice, njemačka pravna teorija i sudska praksa postavile su tri preduvjeta za njezino postojanje: određeno trajanje, životno zajedništvo (u smislu zajedničkog stanovanja te seksualnog i ekonomskog zajedništva) i nepostojanje braka⁹⁵. Proizlazi da se navedeni preduvjeti koji su postavljeni od strane njemačke pravne teorije i sudske prakse, u najvećem dijelu podudaraju s pretpostavkama koje je hrvatski zakonodavac propisao za nastanak pravnih učinaka takve zajednice: slobodan bračni status, životna zajednica (visokog stupnja emocionalne i ekonomske povezanosti⁹⁶) i točno određeno trajanje⁹⁷.

U njemačkom pravnom sustavu, za razliku od hrvatskog, izvanbračni drugovi nemaju zakonsko pravo i obvezu na međusobno uzdržavanje za vrijeme trajanja, odnosno nakon prestanka izvanbračne zajednice⁹⁸. Dakle, razlika između hrvatskog i njemačkog prava je u tome što važeći ObZ, za razliku od BGB-a, propisuje zakonsko pravo i obvezu uzdržavanja izvanbračnih drugova, kako za vrijeme trajanja, tako i nakon prestanka izvanbračne zajednice, te po tom pitanju ne čini razliku između izvanbračnih i bračnih drugova. U BGB-u izvanbračna zajednica samo predstavlja razlog zbog kojeg se zahtjev za uzdržavanje može odbiti uslijed "očite nepravde" (čl. 1579.). S tim u vezi, uočavamo određenu sličnost njemačkog i hrvatskog sustava uređenja zakonskog uzdržavanja jer prema važećem ObZ-u sud također može, uslijed postojanja izvanbračne zajednice, odbiti zahtjev za uzdržavanje u pojedinim slučajevima⁹⁹. Daljnju sličnost njemačkog i hrvatskog sustava

⁹⁴ Pojedini autori ističu da Njemačka ulazi u krug od 14 država Europske unije koje ne uređuju izvanbračne zajednice kao zaseban institut obiteljskog prava, ali im priznaju pravne učinke iz pojedinih područja prava. Mol, C., *op. cit.*, bilj. 69., str. 98.

⁹⁵ Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 187.

⁹⁶ Sudska praksa svakako je pridonijela razvoju tumačenja koja će se životna zajednica dviju osoba različitog spola i slobodnog bračnog statusa u pravnom prometu poimati kao izvanbračna zajednica. Vidi presudu Vrhovnog suda Republike Hrvatske, posl. br. Rev 1881/2012-2 od 25. rujna 2012.

⁹⁷ Alinčić, M. *et al.*, *op. cit.*, bilj. 21., str. 105.-109.

⁹⁸ Martiny, D., Family Law, u: Zekoll, J., Reimann, M. (ur.), *Introduction to German Law*, Second Edition, Kluwer Law International, 2005, str. 255.; Dethloff, N., Martiny, D., Zschoche, M., *op. cit.*, bilj. 80., str. 14.; Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 192.

⁹⁹ Tako sud može odbiti zahtjev djeteta za uzdržavanje od strane roditelja, pod uvjetom da se dijete nalazi u izvanbračnoj zajednici (čl. 283. st. 2.), dok zasnivanje nove izvanbračne zajednice predstavlja razlog za prestanak uzdržavanja bivšeg bračnog odnosno izvanbračnog druga (čl. 300. st. 2. u vezi s čl. 304.).

⁸⁹ Lucić, *op. cit.*, bilj. 66., str. 92.

⁹⁰ Dethloff, N., Martiny, D., Zschoche, M., *op. cit.*, bilj. 80., str. 6.-8.

⁹¹ Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 200.-203.

⁹² Dethloff, N., Martiny, D., Zschoche, M., *op. cit.*, bilj. 80., str. 1.; Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 55.-56.

⁹³ Dethloff, N., Martiny, D., Zschoche, M., *op. cit.*, bilj. 80., str. 2., 10.-11., 15., 17., 19., 20., 24. i 28.

uređenja instituta uzdržavanja vidimo u mogućnosti izvanbračnih drugova da ugovorno reguliraju obvezu uzdržavanja. Tako izvanbračni drugovi u Njemačkoj mogu ugovorno odrediti uzdržavanje, za vrijeme trajanja zajednice, ali i nakon njezina prestanka. Uvjet je da uzdržavanje nakon trajnog prestanka zajednice mora biti prikladno, odnosno u primjerenom iznosu i nikako se ne smije shvaćati kao vrsta ugovorne kazne¹⁰⁰. U tom smislu postoji sličnost s hrvatskim pravnim uređenjem jer povezujući odredbe članaka 302. i 304. važećeg ObZ-a, dolazi se do zaključka da i izvanbračni drugovi imaju mogućnost sklopiti sporazum o uzdržavanju, tj. sporazumjeti se o visini uzdržavanja, načinu ispunjavanja, trajanju i prestanku obveze uzdržavanja.

Što se tiče uzdržavanja djece rođene izvan braka, u njemačkom pravnom sustavu, kao i u hrvatskom, postoji zakonska obveza roditelja da uzdržavaju svoju djecu, pri čemu bračni odnosno izvanbračni status djetetovih roditelja nije od važnosti (čl. 1601. BGB-a i čl. 288. ObZ-a). Nadalje, u njemačkoj je otac djeteta dužan plaćati majci djeteta uzdržavanje u vremenu od šest tjedana prije i osam tjedana poslije poroda djeteta. Ako majka nije zaposlena zbog trudnoće, bolesti izazvane trudnoćom ili porodom, odnosno ako se ne može zaposliti zbog skrbi o djetetu, onda joj otac djeteta mora plaćati uzdržavanje u razdoblju od najmanje četiri mjeseca prije poroda do najmanje tri godine nakon rođenja djeteta (čl. 1615. I BGB-a)¹⁰¹. Pritom nije bitno žive li roditelji djeteta odvojeno ili zajedno kao izvanbračni drugovi¹⁰². Odredbu komplementarnu odredbi članka 1615. I BGB-a sadrži i hrvatski pravni sustav koji u članku 305. propisuje obvezu oca izvanbračnog djeteta da uzdržava djetetovu majku za vrijeme trajanja trudnoće ako ona nema dovoljno sredstava za život, odnosno da je uzdržava godinu dana od rođenja zajedničkog djeteta pod pretpostavkom da ona skrbi o djetetu, a nema dovoljno sredstava za život. Iz navedenih zakonskih uređenja njemačkog i hrvatskog pravnog sustava, vidljiva je želja zakonodavca da kroz institut uzdržavanja izvanbračnog djeteta, ali i majke tog djeteta, osigura što viši stupanj pravne sigurnosti za navedene kategorije osoba te na taj način zaštititi djecu i majčinstvo kao najviše dobro.

Što se tiče zakonskog uređenja imovinskih odnosa izvanbračnih drugova, između njemačkog i hrvatskog pravnog sustava postoji značajna razlika. Dok se odredbe važećeg ObZ-a o zakonskom uređenju imovinskih odnosa bračnih drugova (čl. 34. - 39. i čl. 43. - 46.) analogno primjenjuju i na izvanbračne drugove (čl. 11. st. 2. ObZ-a), odredbe BGB-a kojima se regulira način stjecanja imovine za vrijeme trajanja braka i podjela imovine nakon njegova prestanka (čl. 1363. - 1390.) "rezervirane su samo za bračne drugove i nema analogne primjene ovih odredbi na imovinske odnose izvanbračnih drugova"¹⁰³. Dakle, iako se u praksi nakon prestanka izvanbračne zajednice postavljaju gotovo identična imovinskopravna pitanja kao i nakon prestanka braka, njemački sudovi o takvim zahtjevima neće odlučivati na istom pravnom temelju¹⁰⁴. Osim navedenih razlika u zakonskom uređenju imovinskih odnosa izvanbračnih drugova, razlike postoje i u području ugovornog uređenja imovinskih odnosa. Tako se u Hrvatskoj odredbe važećeg ObZ-a o ugovornom uređenju imovinskih odnosa bračnih drugova (čl. 40. - 42.) analogno primjenjuju i na izvanbračne drugove koji na taj način mogu prilagoditi zakonsko uređenje svojim željama i potrebama, dok u Njemačkoj to nije slučaj jer se odredbe BGB-a o bračnom ugovoru (čl. 1408. - 1413.) ne primjenjuju na ugovorne odnose izvanbračnih drugova.¹⁰⁵

Još jedna velika razlika njemačkog i hrvatskog pravnog uređenja izvanbračnih zajednica očituje se kod instituta posvojenja. Njemački BGB određuje da samo bračni drugovi mogu zajednički posvojiti dijete, dok osoba koja nije u braku jedino sama može posvojiti dijete (čl. 1741.). Iz predmetne odredbe BGB-a proizlazi da izvanbračni drugovi ne mogu zajednički posvojiti dijete, dok je takva mogućnost izrijekom propisana važećim ObZ-om (čl. 185.). Dapače, u hrvatskom pravnom sustavu izvanbračni su drugovi po tom pitanju u potpunosti izjednačeni s bračnim drugovima, dok se u njemačkom pravnom sustavu izvanbračni drug može naći u ulozi posvojitelja jedino kao samac.

¹⁰³ Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 188.

¹⁰⁴ O imovinskopravnim zahtjevima bračnih drugova njemački će sudovi odlučivati primjenjujući odredbe o zakonskom uređenju imovinskih odnosa bračnih drugova (čl. 1363.-1390. BGB-a), dok će imovinskopravne zahtjeve izvanbračnih drugova rješavati primjenjujući institute građanskog, a ne obiteljskog prava, poput stjecanja bez osnove.; *Ibid.*, str. 189.

¹⁰⁵ Izvanbračni drugovi imaju mogućnost urediti svoje imovinske odnose sklapanjem inominatnog ugovora iz područja građanskog prava.; *Ibid.*, str. 191.

¹⁰⁰ O ugovornom uređenju uzdržavanja izvanbračnih drugova u njemačkom pravnom sustavu detaljnije u: Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 192.-193.

¹⁰¹ Dethloff, N., Martiny, D., Zschoche, M., *op. cit.*, bilj. 80., str. 14.

¹⁰² *Ibid.*; Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 193. i 203.

Glede uređenja pitanja podrijetla djeteta, njemački i hrvatski pravni sustav su u najvećem dijelu podudarni te različito kvalificiraju činjenicu rođenja djeteta u braku i izvan braka. Kad je dijete rođeno u braku, njemački i hrvatski pravni sustav koriste se presumpcijom bračnog očinstva prema kojoj se ocem djeteta smatra "muškarac koji je u trenutku rođenja djeteta s majkom u braku" (čl. 1592. BGB-a), odnosno "majčin muž ako je dijete rođeno za vrijeme trajanja braka ili u razdoblju od tristo dana od prestanka braka" (čl. 61. ObZ-a). Presumpcija očinstva se u navedenim pravnim sustavima ne proteže i na izvanbračnog druga majke djeteta, već se u slučajevima rođenja djeteta izvan braka podrijetlo djeteta utvrđuje ili priznanjem očinstva ili sudskom odlukom (čl. 1592. u vezi s čl. 1600.d BGB-a; čl. 60. ObZ-a).

Posljednja razlika glede uređenja pravnih učinaka izvanbračne zajednice u području njemačkog i hrvatskog obiteljskog prava tiče se instituta roditeljske skrbi. Pitanje roditeljske skrbi izvanbračnih drugova koji su dobili dijete uređeno je odredbom članka 1626.a BGB-a. Predmetnom odredbom propisano je da će roditelji koji u trenutku djetetova rođenja nisu u braku imati zajedničku roditeljsku skrb ako izjave da žele zajedničku roditeljsku skrb, ako sklope brak ili ako obiteljski sud donese odluku o zajedničkoj roditeljskoj skrbi. Ako niti jedan od predmetnih uvjeta nije ispunjen, majka djeteta je ta koja će imati roditeljsku skrb nad izvanbračno rođenim djetetom¹⁰⁶. Za razliku od njemačkog pravnog sustava, u Hrvatskoj oba roditelja *ex lege* imaju roditeljsku skrb u trenutku kad se utvrdi podrijetlo djeteta te imaju pravo i dužnost ravnopravno, zajednički i sporazumno ostvarivati roditeljsku skrb (čl. 104. ObZ-a), neovisno o činjenici jesu li dobili dijete u braku ili izvan braka¹⁰⁷. Razlika je u tome što stjecanje zajedničke roditeljske skrbi, kao preduvjet za ostvarivanje svih

sadržaja iste, prema ObZ-u nije uvjetovano na način kako je propisano njemačkim BGB-om, uslijed čega su izvanbračni očevi u Hrvatskoj u puno boljem položaju. Ipak, treba istaknuti da se najnovijim zakonodavnim promjenama iz 2013. godine poboljšao položaj izvanbračnih očeva u njemačkom pravnom sustavu glede roditeljske skrbi jer je uvedena zakonska mogućnost da od suda traže donošenje sudske odluke o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, što će sud i učiniti ako to nije u suprotnosti s najboljim interesom djeteta¹⁰⁸.

Kad govorimo o zakonskom nasljeđivanju izvanbračnih drugova, također postoji velika razlika njemačkog naspram hrvatskog uređenja pravnih učinaka izvanbračne zajednice. U njemačkom pravnom sustavu izvanbračni drug nema pravo na nasljedstvo iza umrlog izvanbračnog druga jer ne ulazi u krug njegovih zakonskih nasljednika, što nije slučaj u hrvatskom pravnom sustavu koji izvanbračnog druga u pravu nasljeđivanja izjednačuje s bračnim (čl. 8. ZN-a). Ipak, prema odredbi članka 1969. stavka 1. BGB-a zakonski nasljednik je dužan prvih trideset dana nakon donošenja ostavinskog rješenja plaćati uzdržavanje svim članovima obitelji koji su do tada živjeli s ostaviteljem, u istom opsegu u kojem su primali uzdržavanje dok je ostavitelj bio živ. Izvanbračni drug može koristiti ova prava kao i drugi članovi obitelji pod uvjetom da je u trenutku ostaviteljeve smrti s njim živio u istom kućanstvu te da je od njega primao uzdržavanje¹⁰⁹. Kad govorimo o oporučnom nasljeđivanju, ostavitelj je potpuno slobodan u oporuci bilo koga imenovati nasljednikom, pa tako i svog izvanbračnog druga, što predstavlja odraz načela autonomije volje (čl. 1937. BGB-a) te po tom pitanju nema razlike prema hrvatskom uređenju oporučnog nasljeđivanja (čl. 43. ZN-a).

Izvanbračni drugovi ne spominju se ni u području njemačkoga mirovinskog prava, pa tako na izvanbračnog druga umrlog osiguranika ne može prijeći pravo na njegovu mirovinu¹¹⁰. Za razliku od navedenog njemačkog uređenja, u hrvatskom pravnom sustavu izvanbračni drug ima mogućnost, pod zakonom propisanim pretpostavkama, steći pravo na mirovinu nakon smrti osiguranika ili korisnika mirovine (čl. 22. ZOMO-a).

U poreznim stvarima, stupanjem na snagu važećeg ObZ-a (čl. 11. st. 2.) te donošenjem novog OPZ-a

¹⁰⁶ Zanimljiva je konceptualna razlika u uređenju instituta roditeljske skrbi izvanbračnih roditelja u Njemačkoj i Hrvatskoj. U njemačkom pravnom sustavu samo roditelji djeteta koje je rođeno u braku *ex lege* stječu pravo na zajedničku roditeljsku skrb, dok se u hrvatskom pravnom sustavu takvo rješenje primjenjuje i na roditelje izvanbračnog djeteta neovisno o tome žive li zajedno kao izvanbračni drugovi ili ne. Za razliku od roditelja djeteta koje je rođeno u braku, ako je dijete rođeno izvan braka, samo majka *ex lege* stječe roditeljsku skrb u njemačkom pravnom sustavu, dok će oba roditelja imati zajedničku roditeljsku skrb ako izjave da žele zajedničku roditeljsku skrb, ako sklope brak ili ako obiteljski sud donese odluku o zajedničkoj roditeljskoj skrbi (čl. 1626. BGB-a). Takvo zakonsko rješenje hrvatski pravni sustav ne poznaje.; O uređenju roditeljske skrbi izvanbračnih drugova koji su dobili dijete, u njemačkom pravnom sustavu, detaljnije u: Lucić, N., *bilj.* 6., str. 200.-203.

¹⁰⁷ Obrazloženje konačnog prijedloga Obiteljskog zakona iz 2015., str. 175., dostupno na: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/2015/246%20sjednica%20Vlade/246%20-%201.pdf> - posjećeno 12. 5. 2018.

¹⁰⁸ Lucić, N., *bilj.* 6., str. 200.-203.

¹⁰⁹ Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 854. i 870.; Solomon, D., *The Law of Succession*, ur.: Zekoll, J., Reimann, M. (ur.), *Introduction to German Law*, Second Edition, Kluwer Law International, 2005., str. 274.-279.

¹¹⁰ Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 196.

(čl. 15.), postojanje izvanbračne zajednice je po pravnim učincima u potpunosti izjednačeno s postojanjem braka. Za razliku od hrvatskog sustava, u njemačkom poreznom pravu izvanbračni drugovi ne uživaju isti status kao i bračni drugovi, pa samim time nisu imatelji određenih poreznih olakšica¹¹¹.

U hrvatskom pravnom sustavu, pravo na pravičnu novčanu naknadu neimovinske štete može se dosuditi u slučaju smrti ili osobito teškog invaliditeta jednog izvanbračnog druga, drugom izvanbračnom drugu ako je između njih postojala trajnija zajednica života (čl. 1101. Zakona o obveznim odnosima¹¹²). U navedenim slučajevima, njemački BGB izvanbračnim drugovima ne jamči pravo na naknadu štete (čl. 844.)¹¹³.

Njemački zakon u kojem se izvanbračni drugovi ipak izrijekom spominju je Zakon o zaštiti od nasilja (Gewaltschutzgesetz), koji je donesen 2011. godine¹¹⁴. Propisano je da se bračni drugovi, ali i izvanbračni, odnosno oni koji žive u zajedničkom kućanstvu, mogu zaštititi od nasilnog partnera na način da ga se udalji iz njihova zajedničkog doma. U članku 2. predmetnog zakona propisano je da izvanbračni drug može privremeno dobiti pravo da sam koristi dom iz kojeg je udaljen nasilni izvanbračni drug¹¹⁵. Ovdje su bračni drugovi izjednačeni s izvanbračnima kao i prema hrvatskom Zakonu o zaštiti od nasilja u obitelji (čl. 17. u vezi s čl. 8.)¹¹⁶.

Iz svega navedenoga, možemo zaključiti u kojem obujmu izvanbračni drugovi imaju veća prava u Republici Hrvatskoj nego u Saveznoj Republici Njemačkoj.

4.3. Statistički podaci za Saveznu Republiku Njemačku

Statistički podaci u Saveznoj Republici Njemačkoj pokazuju da iz godine u godinu opada broj sklopljenih brakova. Tako je, primjerice, 1960. godine bilo 9,5 sklopljenih brakova na 1000 stanovnika, 1980. godine taj je broj iznosio 6,3, 2000. godine 5,1, dok je 2016. godine sklopljeno svega 5 brakova na 1000 stanovnika¹¹⁷.

Obrnuto proporcionalno tome, očigledan je porast broja osoba koje žive u izvanbračnim zajednicama u Njemačkoj. Ugledni autori iz područja prava zaključuju da "postoji trend formiranja neslužbenih zajednica" koji je počeo već sedamdesetih godina prošlog stoljeća, najprije u Zapadnoj Njemačkoj¹¹⁸. Iako nema službenih podataka o broju izvanbračnih zajednica koje nastaju svake godine, porast broja vidljiv je iz dostupnih statističkih podataka. Tako je 2000. godine 2,083 milijuna heteroseksualnih parova živjelo u izvanbračnoj zajednici, dok ih je deset godina kasnije, 2010. godine, bilo već 2,585 milijuna. U posljednjim godinama bilježi se blagi porast broja izvanbračnih zajednica, tako da prema zadnjim statističkim podacima iz 2013. godine u Saveznoj Republici Njemačkoj ima 2,745 milijuna izvanbračnih zajednica¹¹⁹.

Kad govorimo o dobi prilikom formiranja takvih zajednica, dostupni statistički podaci ukazuju na to da su ljudi mlađe životne dobi skloniji životu u izvanbračnim zajednicama nego što su to ljudi srednje i starije dobi. Tako 66% od ukupnog broja izvanbračnih parova u Njemačkoj čine mladi ispod 25 godina, dok je onih u dobnoj skupini između 25 i 44 bilo 23%, u skupini između 45 i 64 ih je bilo 10%, a u skupini iznad 65 godina samo 4%¹²⁰. Mlađa populacija uglavnom živi u takvim zajednicama koje su u tim slučajevima nešto kao "proba" prije formaliziranja njihova odnosa, tj. prije sklapanja braka. Često je formaliziranje odnosa povezano s rođenjem prvog zajedničkog djeteta. Međutim, relevantni autori ukazuju na to da je "utjecaj rođenja djeteta ipak u opadanju, jer rođenje djeteta više nije toliko povezano s brakom kao prije"¹²¹.

Zanimljiv podatak predstavlja i to da je stabilnost neformalnih životnih zajednica manja negoli je stabilnost braka, ali je ta stabilnost ipak sve veća¹²². "M. Wellenhofer navodi da su u Njemačkoj vrlo rijetke izvanbračne zajednice koje dugo traju. Navodi da oko 20% izvanbračnih zajednica prestaje već nakon dvije godine, 50% nakon šest godina, a tek mali broj izvanbračnih zajednica traje dulje od deset godina"¹²³.

¹¹¹ Vidi: Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 67.; Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 194.-195.

¹¹² Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18.

¹¹³ Lucić, N., *op. cit.*, bilj. 6., str. 196.-197.

¹¹⁴ Dethloff, N., Martiny, D., Zschoche, M., *op. cit.*, bilj. 80., str. 15.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Vidi bilj. 31.

¹¹⁷ Statistički podaci o kretanju stope sklopljenih brakova za sve države članice Europske unije, pa tako i za Njemačku dostupni su

na: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Crude_marriage_rate_selected_years_1960-2016_\(per_1_000_persons\).png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Crude_marriage_rate_selected_years_1960-2016_(per_1_000_persons).png) - posjećeno 12. 5. 2018.

¹¹⁸ Dethloff, N., Martiny, D., Zchoche, M., *op. cit.*, bilj. 80., str. 11.

¹¹⁹ Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 338.-339.

¹²⁰ *Ibid.*, str. 359.

¹²¹ Dethloff, N., Martiny, D., Zchoche, M., *op. cit.*, bilj. 80., str. 11.

¹²² Boele-Woelki, K., Mol, C., Van Gelder, E., *op. cit.*, bilj. 64., str. 393.-394.

¹²³ Lucić, *op. cit.*, bilj. 66., str. 66.

Prema statističkim podacima 2000. godine u Njemačkoj je 23,4% djece rođeno izvan braka, 2010. godine 33,3%, dok je 2016. godine čak 35,5% djece rođeno izvan braka¹²⁴. Zanimljiv je podatak da je u Istočnoj Njemačkoj daleko više izvanbračno rođene djece nego u Zapadnoj, dok je u nekim pokrajinama čak više djece rođene izvan braka negoli u braku. Kao što je navedeno i za Republiku Hrvatsku, postoji problem kod određivanja točnog broja djece u izvanbračnim zajednicama jer nisu sva izvanbračna djeca rođena unutar izvanbračnih zajednica roditelja, s obzirom na to da postoje i djeca koju odgajaju samohrani roditelji. Treba istaknuti da mnogi podaci za Njemačku još ne postoje niti su provedena odgovarajuća istraživanja, ali i iz prikazanih podataka može se vidjeti porast broja izvanbračnih zajednica, posebice u mlađoj životnoj dobi, koje u pravilu predstavljaju stadij zajedničkog života koji prethodi sklapanju braka¹²⁵.

5. ZAKLJUČAK

Iz provedene komparativne analize može se izvesti nedvojben zaključak da postoji značajna konceptualna razlika u pristupu pravnom uređenju instituta izvanbračne zajednice u Saveznoj Republici Njemačkoj i Republici Hrvatskoj, a koja u konačnici dovodi do značajnih razlika u poimanju pretpostavaka i pravnih učinaka predmetne zajednice u svakoj od navedenih država. Ne samo da postoje značajne razlike u definiranju i pravnim učincima izvanbračne zajednice između zakonskih sustava analiziranih država već spomenute razlike izlaze na vidjelo i unutar zakonskih izvora svake države za sebe. Tako se u hrvatskim zakonskim izvorima mogu uočiti značajne razlike u definiranju izvanbračnih zajednica, pa se navedene razlike očituju i u praksi. U hrvatskom pravnom sustavu ObZ, kao temeljni zakonski izvor, jasno određuje što je izvanbračna zajednica u smislu obiteljskog prava te da se na nju jednako primjenjuju odredbe drugih zakona koje se odnose na bračne drugove. Pojedini zakonski izvori u nacionalnom pravnom sustavu uopće ne spominju izvanbračne zajednice kao predmet uređenja, pa se na

njih primjenjuju sva ista prava i obveze kao i za bračne drugove upravo na temelju odredbe ObZ-a, dok pojedini zakonski izvori izrijeком definiraju predmetnu zajednicu za potrebe pravnog područja koje uređuju. Problem nastaje zbog toga što zakonski izvori koji sadrže definiciju izvanbračne zajednice često istu definiraju na način drugačiji od ObZ-a (primjerice ZN), pa se postavlja pitanje koji je od navedenih propisa relevantan za pretpostavke za nastanak pravnih učinaka predmetne zajednice? S obzirom na to da postoje oprečna mišljenja na tu temu, više je nego očita potreba za usklađivanjem definicije izvanbračne zajednice u predmetnim zakonskim izvorima Republike Hrvatske, jer kad postoji takva neujednačenost u pravnim izvorima, onda nije neuobičajeno razilaženje u pravnoj teoriji, ali i sudskoj praksi u pogledu dokazivanja postojanja izvanbračne zajednice, te posljedično i nastanka pravnih učinaka iste.

Republika Hrvatska u usporedbi sa Saveznom Republikom Njemačkom izvanbračnim drugovima daje puno veća prava u svim granama prava te se može reći da su izvanbračni drugovi gotovo izjednačeni s bračnim. U Njemačkoj su ta prava prilično ograničena, a izvanbračne zajednice kao takve nisu zakonski zaštićene kao u Hrvatskoj. Njemački zakonodavac izvanbračnim drugovima ne želi uskratiti određena prava, ali isto tako ne smatra opravdanim pristup koji bi doveo do priznanja svih prava u istom opsegu kao i bračnim drugovima. Naime, stajalište njemačkog zakonodavca je da se postojećim pravnim uređenjem zapravo uvažava slobodna volja izvanbračnih drugova koji su odlučili ne formalizirati svoju životnu zajednicu, a samim time i ne podvrgnuti svoj odnos zakonskoj regulativi, jer se pretpostavlja da oni ne žele da se pravni učinci braka protežu i na njih.

Što se tiče statističkih podataka, možemo zaključiti da u Hrvatskoj manji postotak ljudi živi u izvanbračnim zajednicama negoli u Njemačkoj, uz napomenu da je u svakoj od navedenih država broj izvanbračnih zajednica u porastu. Zanimljiv je podatak prema kojem je veliki postotak izvanbračnih zajednica u analiziranim državama zapravo kratkog vijeka, jer iste najčešće postoje kao "faza" prije sklapanja braka.

Naposlijetku, treba istaknuti kako u hrvatskom pravnom sustavu postoji potreba da se podigne stupanj koherentnosti uređenja izvanbračnih zajednica na način da se u zakonskim izvorima ujednače definicije izvanbračne zajednice te pravni učinci iste uz mogućnost

¹²⁴ Statistički podaci o kretanju stope izvanbračno rođene djece u svim državama članicama Europske unije, pa tako i u Njemačkoj dostupni su na: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Live_births_outside_marriage_selected_years_1960-2016_\(share_of_total_live_births,_%25\).png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Live_births_outside_marriage_selected_years_1960-2016_(share_of_total_live_births,_%25).png) - posjećeno dana: 12. 5. 2018.

¹²⁵ Dethloff, N., Martiny, D., Zchoche, M., op. cit., bilj. 80., str. 11.

odstupanja samo u iznimnim slučajevima kad se zakonom uređuju uistinu specifična pitanja poput medicinski pomognute oplodnje ili prava pristupa hrvatskom državljanstvu. Autori su mišljenja da nema potrebe, u mjeri i na način na koji je to trenutno učinjeno u Republici Hrvatskoj, približiti pravne učinke izvanbračnih zajednica braku zato što svi imaju potpunu slobodu

odabrati u kakvoj zajednici žele živjeti i s kojim pravnim učincima. Jedno je sigurno, izvanbračne zajednice su vrlo zanimljiv institut obiteljskog prava oko kojeg postoji mnogo različitih mišljenja o smislu i pravnim učincima iste, pa se na tu temu mogu očekivati daljnje rasprave o potrebi i načinu uređenja predmetnog instituta u budućnosti.

Literatura:

Curry-Sumner, I., *All's well that ends registered?*, Intersentia, Antwerp; Oxford, 2005.

Soergjer, C., *Reconstructing Marriage*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2012.

Summary

THE INSTITUTE OF INFORMAL RELATIONSHIPS – AN ANALYSIS OF CROATIAN AND GERMAN SOLUTIONS

The latest family law reform from 2014 and 2015 has brought significant changes with regard to expanding the definition and legal effects of informal relationships. The mentioned dynamics of the development of the institute of informal relationships was an incentive to perform a deeper analysis of the Croatian legal system in which the authors tried to show changes in the standpoint of both legal theory and case-law about the assumptions and legal effects of the said relationships. The paper examines informal relationships as an institute that produces legal effects not solely in the field of family law but also in many other fields of law (tax law, inheritance law, pension law, etc.) and in that way shows the inconsistencies of Croatian legal regulation, at the same time paying attention to the correlation with the regulation of the legal effects of marriage. A comparative analysis of the Croatian and German legal regulations reveals the similarities and differences in the understanding of the logic and legal effects of informal relationships, which represent a stronghold for reaching decisions on the need and ways of further regulating the said institute.

Keywords: informal relationship, life companions, assumptions, legal effects.

■ ■ ■

Ponudu knjiga Inženjerskog biroa možete pogledati na:

www.ingbiro.hr

RADNO PRAVO

Stručni članak UDK 331.32

Plaćeni dopust između Zakona o radu i kolektivnog ugovora

Alen Bijelić, mag. iur.*

Autor u članku razmatra specifična pitanja koja se mogu pojaviti u praksi u situacijama kad je pravo na plaćeni dopust uređeno kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu. U tom slučaju se, prema autorovu stajalištu, treba prilikom odlučivanja o utemeljenosti radnikova zahtjeva za pravo na plaćeni dopust najprije poći od jednog od temeljnih načela radnog prava, a to je tumačenje propisa u korist radnika. U praksi se u takvim okolnostima javljaju pojedina pitanja glede tumačenja radnopravnih propisa na koja autor nastoji dati odgovor.

Ključne riječi: plaćeni dopust, Zakon o radu, kolektivni ugovor, pravilnik o radu.

1. UVOD

Plaćeni dopust reguliran je čl. 86. Zakona o radu (Narodne novine, br. 93/14 i 127/17; dalje: ZR). Riječ je o pravu radnika na oslobođenje od obveze rada uz naknadu plaće za važne osobne potrebe, a osobito u vezi sa sklapanjem braka, rođenjem djeteta, težom bolesti ili smrću člana uže obitelji. Iako bi se moglo na prvi pogled govoriti o bliskosti ovog instituta godišnjem odmoru, ipak se dubljom analizom dolazi do drukčijeg zaključka. Naime, ovim se institutima nastoje postići različiti učinci. Cilj prava na godišnji odmor je naknada, odnosno obnova fizičke i umne snage te omogućivanje radnicima potpunijeg fizičkog, umnog i kulturnog razvitka i napretka sa svrhom uspješnijeg i učinkovitijeg rada¹. S druge strane, svrha korištenja prava na plaćeni dopust je drukčija. Cilj tog instituta je zadovoljenje određenih osobnih potreba radnika, a koje su jasno navedene u odredbama čl. 86. ZR-a. Dakle, radnik ne koristi plaćeni dopust radi odmora, već radi zadovoljenja vlastitih potreba. Mislimo da bi se pri

tumačenju odredaba ZR-a o plaćenom dopustu trebalo poći od te premise.

2. PRAVO NA PLAĆENI DOPUST

Pravo na plaćeni dopust radnik može ostvariti u određenim situacijama koje u skladu s odredbom čl. 86. ZR-a možemo podijeliti na:

1. važne osobne potrebe, a osobito u vezi sa sklapanjem braka, rođenjem djeteta, težom bolesti ili smrću člana uže obitelji (čl. 86. st. 1. ZR-a)
2. vrijeme obrazovanja ili stručnog osposobljavanja i usavršavanja te obrazovanja za potrebe radničkog vijeća ili sindikalnog rada, pod uvjetima, u trajanju i uz naknadu određenu kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca ili pravilnikom o radu (čl. 86. st. 4. ZR-a)
3. darivanje krvi (čl. 86. st. 6. ZR-a).

U nastavku članka autor će pažnju pokloniti uvjetima navedenima pod točkom 1.

Smatramo da se točka 1. sadržana u čl. 86. st. 1. ZR-a treba tumačiti na način da se pojam važne osobne potrebe treba tumačiti kao širi pojam, a sklapanje braka,

* Alen Bijelić, Inženjerski biro d.d., Zagreb.

¹ Crnić, Dika, Jelčić et al., Radni odnosi u Republici Hrvatskoj, Pravni fakultet i Organizator, 2007., str. 184.

rođenje djeteta, težu bolest i smrt člana uže obitelji treba tumačiti kao egzemplifikativno nabranje okolnosti koje u svakom slučaju potpadaju pod pojam važne osobne potrebe. Drugim riječima, poslodavac može odobriti plaćeni dopust i za druge okolnosti koje bi spadale u važne osobne potrebe. U pravilu se u praksi kao takva okolnost iskristaliziralo preseljenje radnika, što smatramo prihvatljivim tumačenjem jer je doista riječ o situaciji kada radnik mora biti oslobođen od obveze rada kako bi se mogao preseliti. Ono što je važno uzeti u obzir pri tumačenju ove odredbe je da navođenje pojedinih okolnosti koje se smatraju važnim potrebama ne zatvara popis, već popis ostaje otvoren. U praksi je to dovelo do uvjerenja pojedinih poslodavaca da plaćeni dopust moraju odobriti samo u ovim okolnostima, no s takvim se mišljenjem zbog već obrazloženih razloga ne slažemo. Naravno, poslodavac je dužan omogućiti korištenje plaćenog dopusta u primjerima navedenima u čl. 86. st. 1., ali je dužan omogućiti radniku korištenje plaćenog dopusta i u drugim okolnostima koje smatra važnom osobnom potrebom, ali ga nije dužan omogućiti za neke druge potrebe koje ne bi spadale u doseg primjene pravila iz čl. 86. ZR-a.

Nije li radnik zadovoljan neuvažavanjem njegova zahtjeva za ostvarivanje prava na plaćeni dopust, preostaje mu iskoristiti zakonom propisani pravni put radi zaštite vlastitih prava, što ipak nije čest slučaj u praksi. Osim toga, odbijanje osiguravanja prava na plaćeni dopust predstavlja teži prekršaj poslodavca iz čl. 228. st. 1. t. 16. ZR-a.

3. UREĐIVANJE PLAĆENOG DOPUSTA PRAVILNIKOM O RADU ILI KOLEKTIVNIM UGOVOROM

Plaćeni dopust često je predmet uređenja pravilnikom o radu ili kolektivnim ugovorom. Prilikom primjene tog propisa nužno je krenuti od temeljnog pravila radnog prava sadržanog u čl. 9. st. 3. ZR-a.² Dakle, nužno je pri odlučivanju o uvažavanju radnikova zahtjeva razmotriti sve izvore radnog prava i primijeniti onaj najpovoljniji.

² Članak 9. st. 3. ZR-a glasi:

Ako je neko pravo iz radnog odnosa različito uređeno ugovorom o radu, pravilnikom o radu, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca, kolektivnim ugovorom ili zakonom, primjenjuje se za radnika najpovoljnije pravo, ako ovim ili drugim zakonom nije drukčije određeno.

Ukratko, ako kolektivni ugovor ili pravilnik o radu uređuju uvjete za plaćeni dopust taksativno nabrojajući uvjete za isti, treba primijeniti ZR jer omogućuje radniku korištenje tog prava za puno širi opseg slučajeva s obzirom na to da propisuje mogućnost korištenja plaćenog dopusta ne samo u egzemplifikativno nabrojenim slučajevima već i u bilo kojoj okolnosti koja se smatra važnom osobnom potrebom.

Postavlja se pitanje u kojoj mjeri se može kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu urediti plaćeni dopust. Budući da za to nema zakonske osnove (koju propisuje čl. 9. st. 2. ZR-a), nije moguće plaćeni dopust regulirati na način koji je za radnika nepovoljniji u odnosu na ZR. Štoviše, ZR u čl. 86. st. 2. propisuje da radnik ima pravo na sedam radnih dana plaćenog dopusta godišnje, osim ako to nije drukčije uređeno kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu. Na temelju čl. 86. st. 2. u vezi s čl. 9. st. 2. ZR-a, moguće je samo kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu povisiti broj radnih dana godišnje koje radnik može koristiti kao plaćeni dopust.

U praksi se često kolektivnim ugovorom jednostavno preslika odredba sadržana u čl. 86. st. 1. ZR-a pri čemu se ispušta sintagma "važne osobne potrebe"³. Poslodavci su u tom slučaju skloni odbijati sve zahtjeve za plaćenim dopustom koji nisu obuhvaćeni taksativnim nabrojanjem sadržanim u odredbi kolektivnog ugovora ili pravilnika o radu. Smatramo da je u tom slučaju nužno razmotriti navedenu odredbu kroz prizmu odredbe iz čl. 9. st. 3. ZR-a. Naime, ta odredba upućuje na primjenu pravila koje za radnika osigurava najpovoljnije pravo. Ako kolektivni ugovor taksativno navodi okolnosti koje su osnova za korištenje godišnjeg odmora, smatramo da bi se u tom pogledu trebao primijeniti čl. 86. st. 1. ZR-a jer on propisuje daleko širu lepezu mogućnosti koje su osnova za plaćeni dopust jer dopušta korištenje plaćenog dopusta u bilo kojoj situaciji koja se može smatrati važnom osobnom potrebom. Budući da u

³ U takvim slučajevima odredba kolektivnog ugovora ili pravilnika o radu glasi tako da se taksativno navedu pojedini slučajevi kada radnik ima pravo korištenja plaćenog dopusta bez navođenja sintagme "važni osobni razlozi".

takvim slučajevima ZR uređuje uvjete na povoljniji način, potrebno ga je primijeniti. Ukratko, ako kolektivni ugovor ili pravilnik o radu uređuju uvjete za plaćeni dopust taksativno nabrajajući uvjete za isti, treba primijeniti ZR jer omogućuje radniku korištenje tog prava za puno širi opseg slučajeva s obzirom na to da propisuje mogućnost korištenja plaćenog dopusta ne samo u egzemplifikativno nabrojenim slučajevima već i u bilo kojoj okolnosti koja se smatra važnom osobnom potrebom.

Poslodavci koji primjenjuju kolektivni ugovor ili pravilnik o radu koji na taksativan način uređuje materiju plaćenog dopusta bili bi dužni razmotriti svaki zahtjev za plaćenim dopustom čak i ako se zasniva na okolnostima koje nisu obuhvaćene taksativnim nabranjem jer bi mogla biti riječ o važnim osobnim potrebama na koje upućuje ZR. Naravno, poslodavac zadržava pravo odbiti takav zahtjev radnika, ali ne bi bilo prihvatljivo odbiti zahtjev samo zato što je riječ o okolnostima koje nisu navedene u kolektivnom ugovoru, odnosno pravilniku o radu, već bi poslodavac trebao obrazložiti da nije riječ o važnoj osobnoj potrebi. U protivnom bi se moglo zaključiti da kolektivni ugovor, odnosno pravil-

nik o radu osiguravaju manja prava nego što je propisano ZR-om, a što je protivno pravilu iz čl. 9. st. 3. ZR-a.

4. ZAKLJUČAK

Cilj ovog članka je, na temelju iskustava iz prakse, ponuditi jedno od mogućih tumačenja kolektivnih ugovora, odnosno pravilnika o radu i ZR-a. Budući da neopravdano odbijanje zahtjeva za plaćenim dopustom može dovesti do prekršajne odgovornosti poslodavca, ali i do samog nezadovoljstva radnika i, posljedično, narušavanjem odnosa između radnika i poslodavca, važno je problematiku plaćenog i neplaćenog dopusta i godišnjeg odmora pristupiti s velikom pozornošću. Stoga pri odlučivanju o takvim zahtjevima treba biti vrlo oprezan te svako odbijanje kvalitetno obrazložiti kako bi se poslodavac zaštitio od eventualne prekršajne odgovornosti i narušavanja odnosa s radnikom. Čak i ako radnik ne utemeljuje svoj zahtjev na kolektivnom ugovoru, odnosno pravilniku o radu, poslodavac bi trebao te zahtjeve razmotriti te odlučiti o istima – prihvatiti ili odbiti, a sve na način kako je opisano u ovom članku. Na taj se način osigurava pravilna primjena ZR-a i zaštita prava radnika, ali i samog poslodavca.

Summary

PAID LEAVE BETWEEN THE LABOUR ACT AND COLLECTIVE AGREEMENT

The author studies the specific issues that can arise in practice in situations when the right to paid leave is regulated with a collective agreement or rules of operation. So, the author believes, when determining whether the worker's request has grounds for paid leave, one should start from one of the fundamental principles of labour law which is interpreting regulations for the benefit of the worker. In practice such circumstances lead to certain questions with regard to the interpretation of labour law regulations which the author tries to answer.

Keywords: paid leave, Labour Act, collective agreement, rules of operation.

|||

Pravni portal Inženjerskog biroa pogledajte na:

www.ingbiro.com

PRAVO DRUŠTAVA

Stručni članak UDK 347.715

Načela tvrtke kao osnova identifikacije trgovačkih društava

Matej Trkanjec, mag. iur.*

U radu se prije svega analiziraju načela tvrtke propisana Zakonom o trgovačkim društvima s ciljem uspostave aksiološkog okvira identifikacije trgovačkih društava na mjerodavnom tržištu. Prilikom analize pojedinačnih načela vršena je komparacija i istaknuta je simbiotičnost s pojedinim načelima Zakona o obveznim odnosima, a sve s ciljem uspostave općeg aksiološkog okvira trgovačkog prava *largo sensu*. Također, prilikom analize, pojedini doktrinarni stavovi dopunjeni su postojećom sudskom praksom i komparativnim prikazom.

Ključne riječi: načelo, tvrtka trgovačkog društva, identifikacija, zaštita tvrtke.

1. UVOD

Svaka grana prava ima određene početne postavke, temeljne vrijednosti, tj. načela na kojima se bazira.

Opći je cilj i svrha načela da budu temelj po kojem se postupa u praksi te na kojem se iščitavaju i tumače pojedini članci zakona te zakon u cjelini. Neovisno o tome radi li se o procesnim ili materijalnim zakonima, zakonima privatnopravnog ili javnopravnog karaktera, načela predstavljaju jedan od najvažnijih, temeljnih i početnih elemenata.

U konkretnom slučaju, načela tvrtke predstavljaju skup načela propisanih Zakonom o trgovačkim društvima¹ kojima je jedan od ciljeva uspostaviti opći aksiološki okvir prvog i najvažnijeg identifikatora nekog društva - naziva pod kojim društvo posluje na nekom mjerodavnom tržištu² i kojim se prezentira potrošačima i konkurentima.

Cilj je rada prikazati upravo načela tvrtke propisana ZTD-om (uz dopunu srodnim zakonima i nekim teorijskim stavovima) s ciljem utvrđivanja važnosti tih načela za identifikaciju samog društva te podredno utvrditi od kakve su važnosti za razumijevanje prava društava kao dijela trgovačkog prava *largo sensu*³.

2. NAČELA TVRTKE

Tvrtka je ime pod kojim trgovačko društvo posluje i pod kojim sudjeluje u pravnom prometu (čl. 11. st. 1. ZTD-a). S obzirom na to da je riječ o institutu na temelju

* Matej Trkanjec, Odvjetničko društvo Divjak, Topić & Bahtijarević d.o.o., Zagreb.

¹ Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15 (dalje: ZTD).

² Mjerodavno tržište određuje se kao tržište određene robe i/ili usluga koje su predmet obavljanja djelatnosti poduzetnika na određenom zemljopisnom području. V. čl. 3. st. 1. Uredbe o načinu i kriterijima utvrđivanja mjerodavnog tržišta (Narodne novine, br. 9/11).

³ Trgovačko pravo *largo sensu* moguće je podijeliti na dvije velike skupine: 1) trgovačko ugovorno pravo (tj. trgovačko pravo *stricto sensu*) i 2) trgovačko pravo društava (v. Goldštajn, Aleksandar, *Trgovačko ugovorno pravo*, Zagreb, 1991., str. 2.). Prva se skupina bavi uređivanjem trgovačkih transakcija, poslovanja, ugovornih i predugovornih odnosa te pravima i obvezama stranaka unutar tih odnosa. Jedan od glavnih izvora te grane prava jest Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, dalje: ZOO). S druge strane, trgovačko pravo društava je grana prava koja se primarno bavi ustrojem trgovačkih društava te uređenjem prava i obveza članova trgovačkih društava, ali i odnosima članova kako s društvom tako i među sobom. Jedan od glavnih izvora te grane prava jest ZTD. Dakle, riječ je o dvije različite grane prava, s različitim ciljevima i svrhama te primarnim izvorima. Međutim, njihov međusobni odnos i bliskost, kao i simbiotičnost nekih pravila ZOO-a i ZTD-a ukazuju na neposrednu povezanost te dvije grane prava na način da one zajedno čine tzv. trgovačko pravo *largo sensu*. Stoga, logično je da između te dvije grane prava postoji i neposredna aksiološka povezanost.

kojeg se društvo primarno identificira u pravnom prometu i na tržištu, logično je da ZTD za takav institut propisuje određene vrijednosne postavke (načela). "Neka od njih propisuje neposredno dajući im ime, a neka proizlaze iz načelnih odredaba kojima uređuje tvrtku"⁴. Tako su ZTD-om izrijeком propisana: a) načelo istinitosti (čl. 12.); b) načelo jedinstvenosti (čl. 22.); c) načelo zakonitosti (čl. 28.); d) načelo isključivosti (čl. 29.); e) načelo prvenstva (čl. 30.). Međutim, načela koja proizlaze iz načelnih odredaba ZTD-a kojima se uređuje tvrtka jesu: a) načelo javnosti (čl. 21. st. 1. ZTD-a analogno s čl. 4. Zakona o sudskom registru⁵ te b) načelo stalnosti (čl. 17. st. 1. ZTD-a).

2.1. Načelo istinitosti

Podaci sadržani u tvrtki moraju biti istiniti (čl. 12. ZTD-a). Uz naznaku kojom se pobliže obilježava ime društva, tvrtka mora sadržavati naznaku predmeta poslovanja društva, kao i tip društva o kojem se radi - d.d., d.o.o., j.t.d.; k.d., GIU.^{6,7} Svi ti podaci moraju biti istiniti. Dakle, bitno je da treća osoba vlastitom sviješću i sposobnošću može spoznati podatke tvrtke društva te da ti podaci, u skladu s njezinim saznanjem, ne dovedu ni do kakvog pogrešnog shvaćanja u pogledu samog društva ili da odstupaju od objektivne stvarnosti. Jednostavnije rečeno, podaci u tvrtki društva ne smiju dovesti treću osobu u zabludu u pogledu podataka sadržanih u tvrtki društva. To je bitno jer bi u tvrtki društva trebali biti naznačeni i predmet poslovanja i tip društva. Ta dva elementa višestruko su relevantna zato što će predmet poslovanja biti iznimno važan radi

određivanja na kojem mjerodavnom tržištu to društvo djeluje te konkurira ostalim društvima. S druge strane, tip društva jasno naznačuje odnose unutar društva, odgovornosti za štetu te vođenje društva, ali i vođenje poslova društva. Stoga, ako se treća osoba pouzda u podatke naznačene u tvrtki društva, a ti podaci nisu istiniti, moglo bi doći do pobijanja poduzetih pravnih radnji, ali i do odgovornosti za štetu.⁸ Međutim, potrebno je napomenuti kako načelo istinitosti zahtijeva postojanje samo objektivne mogućnosti dovođenja u zabludu.^{9,10} Dakle, sama činjenica je li ili nije treća osoba dovedena u zabludu relevantna je za tu konkretnu osobu, ali u pogledu samog prava društava i odgovornosti tog društva zbog nepoštivanja načela istinitosti ono postoji već u samoj mogućnosti povrede, neovisno o tome je li do povrede uistinu došlo.

Nadalje, s obzirom na to da tržište i djelovanja na tržištu nisu fiksna i stabilna, već iznimno promjenjiva, sve te promjene moraju se odraziti i na sama društva koja na njima djeluju. Tako, ako neko društvo mijenja tip ili predmet poslovanja, prijeko je potrebno mijenjanje tih podataka u tvrtki društva. Nije dopušteno da neko društvo i dalje u svojoj tvrtki ima naznačen predmet poslovanja kojim se više ne bavi, jer bi se time objektivno i neupitno dovodilo u zabludu ostale sudionike na tom tržištu.¹¹ S druge strane, mijenjanje tipa društva zahtijeva izmjene zato što različiti tipovi društva imaju propisana različita ustrojbeni i funkcionalna pravila. Stoga, ako neko društvo više nije d.d., nego je preoblikovano u d.o.o., nužna je i izmjena tipa društva u tvrtki jer bi treća osoba mogla objektivno biti dovedena u zabludu već na bazičnoj razini (npr. o postojanju dionica).

⁴ Barbić, Jakša, *Pravo društava, Knjiga prva, Opći dio*, Zagreb, 2008., str. 325.

⁵ Narodne novine, br. 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11, 148/13, 93/14, 110/15 (dalje: ZSR).

⁶ Detaljnije v. čl. 13. ZTD-a. Slično pravilo propisano je i u njemačkom Zakonu o društvima s ograničenom odgovornošću (Dio 1. čl. 4. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (dalje: GMBHG): "Tvrtka društva mora sadržavati dodatno određenje s ograničenom odgovornošću (njem. *mit beschränkter Haftung*). Korištenje uobičajene skraćenice *GmbH* dostatno je za tu svrhu." Detaljnije v. Andenas, Mads; Woolridge, Frank, *European Comparative Company Law*, Cambridge, 2009., str. 67.

⁷ Isto tako, u čl. 11. Uredbe Vijeća (EZ) br. 2157/2001 od 8. listopada 2001. o Statutu europskog društva (SE) (SL EU L 294/01, dalje: Uredba), propisano je kako ispred ili iza tvrtke europskog društva treba stajati kratica SE te da tu kraticu mogu u svojoj tvrtki imati samo europska društva. Dakle, iako Uredba ne sadrži odredbe o tvrtki društva, osigurava se da ona bude prepoznatljiva kao pravni oblik društva. Detaljnije v. Horak, Hana; Dumančić Kosjenka; Pecotić Kaufman, Jasminka, *Uvod u europsko pravo društava*, Zagreb, 2010., str. 179; Barbić, Jakša, *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Sv. II. Društvo s ograničenom odgovornošću, Društvo za uzajamno osiguranje, Kreditna unija, Europsko društvo - Societas Europea (SE)*, Zagreb, 2013., str. 721.

⁸ Ova konstatacija proizlazi iz čl. 280. ZOO-a koji propisuje što je bitna zabluda. Tako je propisano da je zabluda bitna ako se odnosi na objekt ugovora, bitna svojstva objekta ugovora, na osobu s kojom se sklapa ugovor ako se sklapa s obzirom na tu osobu, a i na okolnosti koje se po običajima u prometu ili po namjeri strana smatraju odlučnim, a strana koja je u zabludi ne bi inače sklopila takav ugovor. U odnosu na načelo istinitosti te podatke sadržane u tvrtki društva, posebno je važna (bitna) zabluda glede identiteta druge strane (tzv. *error in personae*). Međutim, radit će se o bitnoj zabludi samo "ako se pravni posao poduzima s obzirom na osobu, tj. identitet druge strane (*intuitu personae*), što znači da strana vjeruje kako pravni posao poduzima prema osobi A, a doista ga poduzima prema osobi B..." (detaljnije v. Slakoper, Zvonimir; Gorenc, Vilim, *Obvezno pravo, opći dio, sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, Zagreb, 2009., str. 336.

⁹ Barbić, *Pravo društava, opći dio, op. cit.*, str. 327. (bilj. 4).

¹⁰ Takvo stajalište proizlazi i iz presude Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Pž-1797/07, od 9. srpnja 2007. godine.

¹¹ To je izričito propisano i čl. 49. st. 3. ZSR-a: "Prilikom podnošenja prijave za upis promjene predmeta poslovanja - djelatnosti koja je u dosadašnjoj tvrtki ili nazivu, subjekt upisa treba istodobno podnijeti i prijavu za upis promjene tvrtke ili naziva."

Kao završni element analize načela istinitosti potrebno je osvrnuti se i na jedan kaznenopravni aspekt. Naime, istinitost sadržaja tvrtke toliko je relevantna da je u čl. 261. Kaznenog zakona¹² propisano kazneno djelo neovlaštene uporabe tuđe tvrtke. Iako je ono više primjenjivo kod zaštite tvrtke (čl. 28. - čl. 31. ZTD-a), kod analize načela istinitosti posebice je važan dio zakonskog opisa tog kaznenog djela koji kaže: "... ili u tvrtku unese obilježja koja stvaraju zabunu glede predmeta poslovanja trgovačkog društva, identiteta ili povezanosti s drugim društvom i na taj način pribavi imovinsku korist ili prouzroči štetu, kaznit će se kaznom zatvora do tri godine". Dakle, ne samo da postoji mogućnost pobijanja pravnih radnji i traženja naknade štete prema odredbama ZOO-a, već je propisana i kaznenopravna zaštita¹³ od povrede načela istinitosti tvrtke.

2.2. Načelo jedinstvenosti

Svaki dio trgovačkog društva mora poslovati pod istom tvrtkom, s time da joj se može dodati oznaka koja upućuje na to da se radi o dijelu društva (čl. 22. ZTD-a). Trgovačka društva sastavljena su od više sastavnica: objektivne, subjektivne i ustrojbene. Samo zajedno, ako sva tri sastojka kumulativno funkcioniraju, trgovačko društvo može ostvariti svoj bitak i cilj zbog kojeg je i osnovano. Doktrinarno gledano, riječ je o poduzeću, tj. "organiziranoj gospodarskoj cjelini"¹⁴. Poduzeće može biti samo jedno, a ono se može sastojati od više konstitutivnih dijelova - podružnica,¹⁵ poslovnih jedinica¹⁶ i sl. Međutim, neovisno o broju i vrsti sastojaka poduzeća, svaki sastavni dio poduzeća ujedno je i dio trgovačkog društva kojem to poduzeće pripada. Slijedom navedenog, nužno je da svaki sastavni dio poduzeća na tržištu nastupa pod istom tvrtkom kao i društvo čije je ono dio. Ovaj je postulat rezultat općeprihvaćenoga dok-

trinarnog stajališta u germanskim pravnim krugovima koje glasi: jedno društvo - jedno poduzeće.^{17, 18} Takvim stajalištem i zakonskim uređenjem zaštićeni su poštenu treći, koji ulazeći u pravne i poslovne odnose s određenim dijelovima poduzeća nekog društva (podružnica i sl.) mogu biti sigurni u to da ulaze u poslovno-pravni odnos s društvom kojem taj dio poduzeća pripada.¹⁹

Međutim, prilikom analize načela jedinstvenosti potrebno je napomenuti i jednu kvaziiznimku. Naime, u čl. 26. ZTD-a propisano je kako podružnica može poslovati pod svojom tvrtkom. S obzirom na to da se podružnica upisuje u sudski registar (čl. 8. ZTD-a), logično je da mora imati svoju tvrtku. Međutim, u prijavi za upis podružnice u sudski registar moraju se navesti: 1) tvrtka i sjedište osnivača te tvrtka, sjedište i djelatnost podružnice... (čl. 8. st. 3. ZTD-a). Nadalje, čl. 26. st. 2. ZTD-a propisano je kako tvrtka podružnice mora sadržavati: 1) tvrtku ili skraćenu tvrtku trgovačkoga društva; 2) naznak djelatnosti podružnice; 3) riječi iz kojih je vidljivo da se radi o podružnici. S obzirom na to da mora biti naznačeno kako je riječ o podružnici, kao i da prilikom upisa mora biti naznačen osnivač podružnice, primjenjuju se načela istinitosti i načela jedinstvenosti, a sve u skladu s čl. 27. ZTD-a koji govori o primjeni odredaba o tvrtki trgovačkog društva na tvrtku podružnice. Slijedom svega navedenog, ne možemo govoriti o pravoj iznimci koja u potpunosti odstupa od unaprijed iznesenih teza i stavova, već o kvaziiznimci koja samo modificira predmetno načelo.

2.3. Načelo zakonitosti

Načelo zakonitosti jedno je od triju ZTD-om propisanih načela zaštite tvrtke. Naime, "pravo na tvrtku je apsolutno privatno pravo koje odgovara pravu na ime fizičke osobe. Iz toga proizlazi da povrijeđeni pri neovlaštenoj uporabi tvrtke ima privatno-pravni zahtjev za

¹² Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17 (dalje: KZ).

¹³ I to rigoroznom sankcijom - kaznom zatvora u trajanju do tri godine, s time da je pokušaj kažnjiv (čl. 261. st. 2. KZ-a).

¹⁴ *Op. cit.* u bilj. 4, str. 223. - 224.

¹⁵ "Podružnica je poslovna jedinica trgovca odvojena od njegova sjedišta, s određenom samostalnošću u obavljanju poslova iz predmeta poslovanja; organizacijski i gospodarski vezana uz središnjicu i posluje po uputama središnjice te nema svojstvo pravne osobe." Gorenc, Vilim (ur.) *et alii, Rječnik trgovačkog prava*, Zagreb, 1997., str. 324.

¹⁶ "Poslovna jedinica ili pogon u poslovnom je smislu dio društva koje nema ovlasti u prometu robe i usluga ako nije podružnica. Pod poslovnom jedinicom smatraju se proizvodne jedinice, prodavaonice, stovarišta, radilišta, otkupne stanice, servisi i slične organizacijske jedinice." *Ibid.*, str. 336.

¹⁷ Detaljnije v. Staub, Hermann, *Handelsgesetzbuch - Großkommentar*, Berlin, 2009., str. 953.; Oetker, Hartmut, *Handelsrecht*, Berlin, 2015., str. 100.; Kessen, Stephan, *Die Firma als selbständiges Verkehrsobjekt*, Tübingen 2011., str. 99. Prije nego je potrebno napomenuti kako posebice Kessen često koristi pojam poduzetnik (njem. *Unternehmer*) umjesto trgovačko društvo, međutim to i ne predstavlja toliko problem uzme li se u obzir činjenica da se prema hrvatskom Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, br. 79/09, 80/13, dalje: ZZTN) poduzetnicima, smatraju trgovačka društva, trgovci pojedinci, obrtnici... (čl. 3. st. 1. ZZTN-a).

¹⁸ Takav stav zauzima i Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u presudi PŽ 3008/2004-3 od 20. veljače 2007. godine, navodeći kako se tvrtka ne može prenijeti na drugoga odvojeno od poduzeća.

¹⁹ Iz ovakvog uređenja proizlazi i obveza postupanja sukladno načelu savjesnosti i poštenja iz čl. 4. ZOO-a.

Predmetno načelo nije izrijekom usmjereno na ono što tvrtka treba imati ili koje karakteristike mora imati ispunjene, već je fokus ovog načela na tome što sud mora napraviti ako tvrtka nema sve što je ZTD-om propisano, ili ima nešto što prema ZTD-u ne bi smjela imati.

zaštitu tvrtke”²⁰. Stoga, načelo zakonitosti propisuje da će sud odbiti upis tvrtke u sudski registar koja nije u skladu s odredbama ovog Zakona (čl. 28. ZTD-a). Dakle, predmetno načelo nije izrijekom usmjereno na ono što tvrtka treba imati ili koje karakteristike mora imati ispunjene, već je fokus ovog načela na tome što sud mora napraviti ako tvrtka nema sve što je ZTD-om propisano, ili ima nešto što prema ZTD-u ne bi smjela imati. Slijedom navedenog, temeljne su funkcije ovog načela - zaštita i sankcija.

Zaštita se manifestira u obliku sprečavanja upisa u sudski registar onog društva čija tvrtka nema sve ono što je ZTD-om propisano da tvrtka mora imati. S obzirom na to da je čl. 24. ZSR-a propisano da se za sve subjekte upisa u sudski registar mora upisati tvrtka, skraćena tvrtka i prijevod tvrtke, odnosno naziv, skraćeni naziv i prijevod naziva, logično je da sud prilikom upisa mora provjeriti jesu li ispunjeni svi zakonski kriteriji za upis, a ako jesu, u skladu s čl. 10. ZSR-a, propisana je dužnost upisa takvog društva. Sankcija se manifestira na način da, ako postoje određene manjkavosti, sud upis neće izvršiti. Analogno tome, ZSR u čl. 10. napominje kako je registarski sud dužan obaviti upis u registar bez odgađanja ako utvrdi da je prijava ili zahtjev za upis osnovan. *Argumentum a contrario*, ako zahtjev nije osnovan, registarski sud neće dopustiti upis, tj. zakonom propisana obveza upisa u tom slučaju ne postoji. Naime, ako bi se dopustio upis društva s tvrtkom koja ima određene nedostatke, sud bi tako svojom radnjom dovodio u pitanje sigurnost i povjerenje u poslovnom prometu te (potencijalno) omogućio poslovne prevare ili/i malverzacije. Međutim, upravo s ciljem zaštite poslovnog prometa, načelo zakonitosti ne treba tumačiti usko, “nego treba postupati elastičnije i normu tumačiti u smislu ostvarivanja funkcije tvrtke u poslovnom prometu (ekstenzivno tumačenje)”²¹.

²⁰ Gorenc, Vilim, *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, Zagreb, 2008., str. 45.

²¹ Barbić, *Pravo društava, Opći dio, op. cit.*, str. 330. (bilj. 4.).

2.4. Načelo isključivosti

Načelom isključivosti propisano je kako se u isti sudski registar ne može upisati tvrtka koja je jednaka ranije upisanoj tvrtki ili tvrtka koja se jasno ne razlikuje od ranije upisane tvrtke (čl. 29. st. 1. ZTD-a).²² Sud, naime, na primjenu tog načela pazi po službenoj dužnosti.²³

Logično, nameće se pitanje što točno znači ... *tvrtka koja je jednaka ranije upisanoj tvrtki ili tvrtka koja se jasno ne razlikuje od ranije upisane tvrtke*. Odgovor na to pitanje ZTD je propisao u čl. 14. kojim uređuje problematiku razlikovanja tvrtki. Razumijevanje načela isključivosti bilo bi bitno otežano, ako ne i nemoguće, a da nije jasno što točno podrazumijeva razlikovanje tvrtki. Stoga, za zaključiti je kako čl. 14. ZTD-a i čl. 29. ZTD-a čine određeno jedinstvo.

Tako je propisano da sastojci tvrtke ne smiju stvarati zabunu glede predmeta poslovanja trgovačkoga društva, utiska o identitetu ili povezanosti s drugim društvom, vrijeđati prava intelektualnog i industrijskog vlasništva ni druga prava drugih osoba.²⁴ Ovakvim uređenjem predstavljene su početne točke pri analizi sličnosti/jednakosti tvrtki, tako da sud prilikom ocjene sličnosti tvrtki ima jasne orijentire.

Naime, predmet poslovanja predstavlja ukupnost svih poslovnih aktivnosti nekog trgovačkog društva, tj. skup radnji koje je ono ovlašteno poduzimati na određenom tržištu. Ako tvrtka dovodi do zabune glede predmeta poslovanja, određeni potrošači/klijenti tog društva bivaju dovedeni u zabludu. Nadalje, ako se društvo bavi djelatnošću koja nije upisana u sudski

²² Sličnu odredbu sadrži i njemački *Handelsgesetzbuch* (dalje: HGB) u čl. 30. st. 1. Detaljnije v. Oetker, Hartmut; Bergmann, Andreas; Boesche, Katharina; Busche, Jan; Kamanabrou, Sudabeh; Koch, Robert; Körber, Torsten; Kotzian-Marggraf, Karl; Martinek, Michael; Maultzsch, Felix; Pamp, Rüdiger; Paschke, Marian; Preuß, Nicola; Schlingloff, Jochen; Schubert, Claudia; Vossler, Norbert; Weitemeyer, Birgit, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, 2013., str. 358. - 363. Isto tako, u britanskoj doktrini i sudskoj praksi uspostavljen je sličan koncept. Tako je u presudi *Exxon Corporation v Exxon Insurance Consultants International Ltd* iz 1982. godine tuženiku određena mjera zabrane korištenja pojma *Exxon* zbog visoke vjerojatnosti stvaranja zabune u javnosti o kojem se društvu točno radi (tzv. *passing off* problem). Detaljnije v. Dine, Janet; Koutsias, Marios, *Company law*, Velika Britanija, 2014., str. 7.

²³ Sličnu odredbu sadrži i ZSR u čl. 49. st. 1. “Prije donošenja rješenja o upisu, registarski sud po službenoj dužnosti provjerava je li pod istom tvrtkom ili nazivom upisan ili uredno prijavljen za upis u registar neki drugi subjekt upisa. Tvrtka ili naziv subjekta upisa mora se jasno razlikovati od tvrtke ili naziva drugog subjekta upisa na području istog registarskog suda.”

²⁴ Tako *verbatim* stoji i u presudi Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Pž 2600/05-3, od 3. svibnja 2005. godine.

registar, ono odgovara za eventualno prouzročenu štetu,²⁵ prekršajno pravno,²⁶ a u najozbiljnijim slučajevima može doći i do kaznenopravne odgovornosti.²⁷ Stoga, razvidno je da predmet poslovanja predstavlja jedan od krucijalnih orijentira prilikom analize sličnosti/jednakosti tvrtki. "Što je sličniji predmet poslovanja dvaju društava, to su stroža mjerila prema kojima se ocjenjuje razlikuju li se tvrtke dovoljno jedna od druge."²⁸ S tim u vezi, posebno je zanimljiva i obveza iz čl. 49. st. 4. ZSR-a u kojem je propisano da prilikom podnošenja prijave za upis promjene predmeta poslovanja - djelatnosti koja je u dosadašnjoj tvrtki ili nazivu, subjekt upisa treba istodobno podnijeti i prijavu za upis promjene tvrtke.

Međutim, neovisno o kriterijima koje primjenjuje sud prilikom ocjene sličnosti, posebno je važna percepcija potrošača/klijenata društava o različitosti tvrtki. Naime, ako je potrebna posebna pozornost da bi se utvrdila različitost, više je nego jasno kako tvrtke nisu dovoljno diferencirane jedna u odnosu na drugu. Autor posebno upozorava na potencijalnu problematiku povećane pažnje propisane čl. 10. st. 2. ZOO-a - tzv. pažnje dobrog stručnjaka. Međutim, ta povećana pažnja propisana je za ispunjenje obveza iz profesionalne djelatnosti, a ne za prethodno analiziranje tvrtke određenog trgovačkog društva. Stoga, prilikom percepcije tvrtke društva ne smije biti nikakve sumnje ili dvojbe, neovisno o tome radi li se o trgovcu ili potrošaču kao drugoj (ugovornoj) strani.

²⁵ ZOO je u temeljnim načelima propisao načelo zabrane prouzročenja štete (čl. 8.) koje kaže da je svatko dužan uzdržati se od postupaka kojima se može drugome prouzročiti šteta.

²⁶ Čl. 35. ZTD-a propisano je da trgovačko društvo može obavljati djelatnost upisane u sudskom registru, ali da može obavljati i neke druge djelatnosti koje služe obavljanju djelatnosti koja je upisana u sudskom registru, ako su one u manjem opsegu ili se uobičajeno obavljaju uz upisanu djelatnost. Isto tako, predmet poslovanja sastavni je dio svakog konstitutivnog akta trgovačkog društva (statut (čl. 173. ZTD-a), društveni ugovor (čl. 388. ZTD-a)). Posebno je važno napomenuti i to da ZOO u čl. 13. propisuje da pravne osobe u zasnivanju obveznog odnosa postupaju u skladu sa svojim statutom, društvenim ugovorom, odnosno pravilima, dok je u čl. 274. st. 1. propisano kako pravna osoba može sklapati ugovore u pravnom prometu u okviru svoje pravne sposobnosti. Slijedom svega navedenog, logično je da postupanje protivno ovim pravilima za sobom povlači i određene posljedice; u konkretnom slučaju prekršajno-pravne. Tako je čl. 630. st. 1. t. 5. ZTD-a propisano da prekršaj čini pravna osoba ako obavlja djelatnost koja nije upisana u sudski registar, a ne služi obavljanju djelatnosti upisane u tom registru. Međutim, unatoč prekršajnoj odgovornosti, jasno proizlazi kako su valjani pravni poslovi koje trgovačko društvo sklopi s trećim osobama izvan djelatnosti upisane u sudski registar (čl. 35. st. 3. ZTD-a; analogno čl. 274. st. 2. ZOO-a). Drugačiji stav zauzet je u britanskoj poslovno-pravnoj doktrini u kojoj su takve radnje pobožne. Detaljnije v. Wild, Charles; Weinstein, Stuart, *Smith & Keenan's Company Law*, Harlow, Engleska, 2011. str. 83. - 85.

²⁷ Napose u vidu kaznenog djela prijevare (čl. 236. KZ-a) i prijevare u gospodarskom poslovanju (čl. 247. KZ-a).

²⁸ Barbić, *Pravo društava, Opći dio, op. cit.*, str. 333. (bilj. 4.).

Nadalje, ono što je jedinstveno kako za sud, tako i za potrošače/klijente jest fokus na sličnost. Naime, običan čovjek pozornost usredotočuje na ono što je zajedničko, dok sud ima mogućnost analize kako sličnosti tako i različitosti jer su njemu prilikom donošenja odluke dostupne veće količine podataka. Zato, polazna točka prilikom analize sličnosti/različitosti mora biti ono što je tvrtkama slično/zajedničko, a ne (primarno) ono što ih razlikuje.²⁹

Dakle, uz malo jasniju sliku sličnosti i različitosti tvrtki, kao i činjenicu da sud na to pazi po službenoj dužnosti, može se zaključiti kako je načelo isključivosti zapravo sudska kontrola čl. 14. ZTD-a. "Isključivošću se štiti opravdani interes nositelja poduzeća da štiti svoj položaj u tržišnom natjecanju tako što će se druge sudionike u tom natjecanju spriječiti da upotrijebe istu ili sličnu tvrtku."³⁰ Stoga, sud će, kada utvrdi da se tvrtka ili naziv subjekta upisa jasno ne razlikuje od tvrtke ili naziva drugog subjekta upisa koji je već upisan u registar ili koji je uredno podnio prijavu za upis, a ne radi se o slučaju iz čl. 30. st. 2. ZTD-a, pozvati predlagatelja da u određenom roku promijeni tvrtku ili naziv i podnese izmijenjenu prijavu s odgovarajućim ispravama. Ako predlagatelj ne postupi po zaključku suda, odbit će se zahtjev predlagatelja za upis u registar (čl. 49. st. 3. ZSR-a).

Dodatno, ZTD posebno uređuje pitanje sličnosti tvrtke podružnice. S obzirom na to da i podružnica ima tvrtku, jasno je kako i u tom slučaju mora postojati razlikovanje u odnosu na ostale tvrtke društava upisanih u isti registar. Dakle, ako je u sudskom registru u koji treba upisati tvrtku podružnice takva tvrtka već upisana, tvrtka podružnice mora sadržavati dodatak kojim se osigurava da se ona jasno razlikuje od već upisane tvrtke (čl. 29. st. 2. ZTD-a).

2.5. Načelo prvenstva

*Prior tempore, potior iure*³¹ klasična je latinska sentenca koja najbolje opisuje načelo prvenstva. Naime, ako se sudu radi upisa u sudski registar prijave iste tvrtke ili tvrtke koje se međusobno jasno ne razlikuju, sud će upisati onu tvrtku koja je ranije prijavljena. U odnosu na drugo prijavljeno društvo sud bi trebao, umjesto odbijanja upisa, postupiti u skladu s čl. 49. st. 3. ZSR-a (v. *supra*).

²⁹ *Ibid.*, str. 332.

³⁰ *Ibid.*, str. 335.

³¹ "Raniji u vremenu, jači u pravu." Petrak, Marko, *Traditio iuridica*, vol. I. *Regulae iuris*, Zagreb, 2010., str. 113.

Isto tako, predmetno načelo ne odnosi se samo na slučajeve tvrtki društava čiji je upis već proveden već se odnosi i na tvrtke onih društava koje su se uredno prijavile za upis. Dakle, sud, *ex offio*, mora prije upisa društva provjeriti ne samo istovjetnost/sličnost tvrtki već upisanih društava nego i onih društava koja još nisu upisana, ali su uredno podnijela prijavu za upis.³² S obzirom na navedeno, prije je potrebno spomenuti da Pravilnik o načinu upisa u sudski registar (dalje: Pravilnik)³³ u Glavi IV. propisuje rezervaciju imena ili naziva. Naime, rezervacija imena ili naziva pod kojim subjekt upisa namjerava poslovati i sudjelovati u pravnom prometu obavlja se na temelju prijave koja se podnosi prije podnošenja prijave za upis osnivanja novog subjekta upisa, promjene sjedišta subjekta na područje drugog registarskog suda te promjene imena ili naziva upisanog subjekta. U slučajevima gdje dolazi do promjene tvrtke ili sjedišta ovim se institutom omogućuje dovoljno slobode i prostora da društva analiziraju stanje u registru i preduhitre ostala društva koja su mislila poslovati pod sličnom ili istom tvrtkom. S druge strane, ovaj institut osigurava preddruštva sigurnost da će, nakon obavljanja osnivačkih poslova, društvo poslovati pod onom tvrtkom koju su osnivači prethodno rezervirali. Na taj se način ostvaruje kontinuitet djelovanja i identifikacije društva još od stadija preddruštva. Međutim, višestruko je prijeporno da se institut rezervacije tvrtke uređuje podzakonskim aktom, a ne ZTD-om.³⁴

Posebno je važno upozoriti kako se načelo prvenstva sa svojom pravozaštitnom funkcijom ne odnosi isključivo na upis novih društava. Predmetno načelo svoju funkciju ispunjava i u slučajevima promjene tvrtke. Nerijetko se događa da društva, s obzirom na stanje tržišta, mišljenja određenih fokus grupa, iz određenih marketinških razloga, a katkad i zbog osobnih razloga,³⁵ mijenjaju tvrtku. U tom slučaju može se raditi o promjeni punog naziva društva ili o promjeni skraćene tvrtke. Dakle, čak i u tim slučajevima, registarski sud

posebno pazi na to odgovara li, tj. podudara li se izmijenjena tvrtka s tvrtkom nekog drugog, već upisanog društva. Ako je odgovor pozitivan, upis se ne odobrava. Irelevantna je činjenica da je društvo koje mijenja tvrtku, u odnosu na društvo s čijom bi tvrtkom došlo do koincidiranja, bilo ranije upisano u sudskom registru. U tom slučaju *prior tempore, potior iure* je na strani onog društva koje je prije upisalo određenu tvrtku. Ovakvo je uređenje logično jer, uzme li se u obzir načelo javnosti, kao i opće aksiološke postavke načela tvrtke (detaljnije v. *infra*), radi se o institutu na temelju kojeg se društvo predstavlja na tržištu, na temelju kojeg stječe određenu reputaciju, (subjektivno) pravo industrijskog i intelektualnog vlasništva itd.

Drugi važan segment u pogledu promjena jest promjena sjedišta društva. Naime, promjenom sjedišta društva mijenja se i sud u kojem je društvo upisano. I u ovom slučaju sud postupa u skladu s načelom prvenstva i načelom isključivosti, neovisno o tome što je to društvo na području nekog drugog suda već poslovalo pod tom tvrtkom. Dakako, za razliku od same promjene tvrtke, promjena sjedišta može biti rezultat potrebe proširenja poslovanja i trgovine, potrebe za većim prostorom i sl., pa zahtjev za promjenu tvrtke u tom slučaju dovodi do potrebe dokazivanja ili potvrđivanja kontinuiteta u poslovanju ili u tijeku sudskih postupaka.

S druge strane, načelo prvenstva sadrži i iznimku. Naime, upisat će se kasnije prijavljena tvrtka ako podnositelj kasnije prijave dokaže: 1) da je u vrijeme podnošenja ranije prijave tu tvrtku, odnosno njezine bitne sastojke, upotrebljavao na tržištu kao oznaku svog poduzeća ili kao robni ili uslužni znak za označavanje svojih proizvoda ili usluga; 2) da je to činio prije podnositelja ranije prijave. Dakle, ZTD u čl. 30. st. 2. uzima u obzir i poslovne pothvate i prethodnu egzistenciju na tržištu kao bitnu okosnicu prilikom upisa društva u sudskom registru. Isto tako, zanimljiva je nomotehnika konkretnog stavka jer se nigdje ne spominje društvo, već *poduzeće ili robni i uslužni znak za označavanje proizvoda ili usluga*. Takvim je uređenjem ZTD pridonio ne samo kontinuitetu poslovanja trgovačkih društava već i drugih poslovnih entiteta koji nisu trgovačka društva, a u tijeku svojeg poslovanja to postanu ili žele postati.³⁶

³² *Op. cit.* u bilj. 21, str. 46.

³³ Narodne novine, br. 22/12, 127/14.

³⁴ Naime, "podzakonskim propisnicima smisao i domašaj jest daljnja primjena, stupnjem viših, pravnih propisnika u nekom sustavu prava... Česta su dogmatska uobličjenja u podzakonskim propisnicima, koja su *ultra et extra*, onog dopuštenog višim pravnim propisnicima". Detaljnije v. Miličić, Vjekoslav, *Opća teorija prava i države*, Zagreb, 2008., str. 148.

³⁵ Npr. smrt osobe čije je ime sadržano u tvrtki društva, a ne postoji daljnja želja ili dopuštenje nasljednika da se pokojnikovo ime koristi.

³⁶ Autor je mišljenja kako bi, analogno ovom uređenju, bilo primjereno korištenje pojma *poduzetnik* u smislu i opsegu čl. 3. st. 1. ZZTN-a, ali i u onom smislu koje zauzimaju Europska komisija i Sud EU s naglaskom na ekonomski karakter samog subjekta, uzimajući u obzir činjenicu nudi li subjekt dobra i usluge na tržištu, snosi li rizik i želi li ostvariti profit. Detaljnije, v. Pošćić, Ana, *Europsko pravo tržišnog natjecanja i interesi potrošača*, Zagreb, 2014. str. 68. - 71.

2.6. Načelo javnosti

Načelo javnosti i načelo stalnosti jedina su načela tvrtke koja nisu *verbatim* imenovana u ZTD-u. Međutim, to ne znači da ona kao takva ne postoje.

Određena načela tvrtke namijenjena/usmjerena su na osnivače društava, dok su druga namijenjena/usmjerena na registarski sud. Načelo javnosti namijenjeno/usmjereno je trećima, tj. ono je namijenjeno/usmjereno klijentima i potrošačima tih društava. Taj stav razvidan je iz čl. 21. ZTD-a kojim se propisuje upotreba tvrtke. Tako se tvrtka ili skraćena tvrtka mora istaknuti na poslovnim prostorijama trgovačkoga društva (st. 3.); na poslovnom papiru trgovca (pismima, računima i dr.) moraju se otišnuti tvrtka, sjedište, sud kod kojega je upisan u sudski registar i broj pod kojim je to učinjeno, tvrtka i sjedište pravnih osoba kod kojih se vode njegovi računi i brojevi tih računa, a isto vrijedi i za sadržaj internetske stranice društva (st. 4.).³⁷ Dakle, cilj je da treće osobe budu jasno obaviještene o tome s kim ulaze u potrošačke ili trgovačkopravne odnose, da ne dolazi do konstantnih promjena u pogledu naziva te da, slijedom svega navedenog, dođe do uspostave i održavanja pravno-poslovne sigurnosti.³⁸ ZTD ova pravila shvaća rigorozno, posebno s obzirom na činjenicu da prekršajno odgovara društvo koje u poslovanju ne upotrebljava tvrtku onako kako je upisana u sudskom registru ili na poslovnom papiru, odnosno na internetskoj stranici društva ne navede propisane podatke (čl. 630. st. 1. t. 2. ZTD-a).

Dodatno, načelo javnosti dopunjeno je činjenicom da je sudski registar javan (čl. 4. ZSR-a). Svatko, bez dokazivanja pravnog interesa, ima pravo uvida u podatke upisane u glavnoj knjizi, u isprave na temelju kojih je obavljen upis i u druge isprave i podatke pohranjene u zbirci isprava te zahtijevati da mu se izda izvadak ili ovjerena preslika, odnosno prijepis isprava i podataka pohranjenih u zbirci isprava (naravno, uz iznimke kad je zakonom isključena primjena načela javnosti registra).³⁹

³⁷ U britanskoj doktrini i zakonodavstvu postoje slični stavovi. Tako, u skladu s odredbama 348. i 349. *Company's Acta* proizlazi kako se društvo može kazniti ako ne navodi svoje ime na službenom papiru, obavijestima, računima, čekovima i drugim vrijednosnim papirima koji se koristi za ispunjenje novčanih obveza u ime i za račun društva. Isto tako, kazniti se može i društvo ako tvrtku ne navede na poslovnom prostoru u kojem se nalazi sjedište ili bilo koji oblik ispostave društva iz kojeg društvo obavlja predmet poslovanja. Detaljnije v. Griffin, Stephen, *Company Law, Fundamental Principles*, Harlow, Engleska, 2006., str. 47.

³⁸ *Op. cit.* u bilj. 4, str. 338.

³⁹ Isto tako, sličnu odredbu sadrži i HGB u čl. 9., kao i ZTD u čl. 65.

S obzirom na navedeno, kao i na činjenicu da se radi o temeljnom podatku⁴⁰ koji se upisuje u sudski registar, tvrtka je nešto što je dostupno i mora biti dostupno ne samo potencijalnim potrošačima ili/i klijentima društva već i široj javnosti.

2.7. Načelo stalnosti

Potrebno je napomenuti kako će društvo, prilikom poslovanja, biti izloženo određenim situacijama nakon kojih će doći do određenih promjena ili/i prilagodba. Međutim, neće svaka od tih situacija zahtijevati ujedno i promjenu tvrtke društva. Budući da se pod tvrtkom stječe poslovni ugled, važno je postojanje ovog načela, točnije da stalnost tvrtke predstavlja pravilo, uz postojanje određenih izuzetaka.⁴¹ Tako je u čl. 17. st. 1. ZTD-a propisano da trgovačko društvo nastavlja poslovati bez promjene tvrtke unatoč istupanju nekih članova iz društva ili pristupanju novih članova u društvo.⁴² Isto tako, trgovačko društvo nastavlja poslovati bez promjene tvrtke i ako član društva čiji su ime ili tvrtka sadržani u tvrtki društva, promijeni svoje ime ili tvrtku (st. 2.). Nadalje, promjena sjedišta društva ne zahtijeva ujedno i promjenu tvrtke. Sjedište je za samu tvrtku irelevantno, osim ako se ne mijenja ujedno i registar u kojem je društvo upisano. Tada se, u skladu s načelom prvenstva, tvrtka mora mijenjati (detaljnije v. *supra*). Dakle, ne zahtijeva svaka promjena ujedno i promjenu tvrtke.

Međutim, ova se konstatacija ne bi smjela shvatiti tako da se tvrtka društva ne može uopće, ili ne bi trebala mijenjati. Dapače, određene promjene na tržištu na kojem neko društvo djeluje katkad zahtijevaju određene prilagodbe tvrtke društva (npr. preoblikovanje društva iz d.o.o. u d.d. ili otvaranje stečaja,⁴³ promjena predmeta poslovanja ako je taj predmet poslovanja sastavni dio tvrtke). S druge strane, određene unutardruštvene promjene mogu zahtijevati promjenu tvrtke društva (npr. smrt osobe čije ime stoji u tvrtki društva⁴⁴). Dakle,

⁴⁰ Čl. 19. Pravilnika taksativno su navedeni tzv. temeljni podaci o subjektu upisa među kojima je i tvrtka društva.

⁴¹ Bračun, Maja, *Tvrtka društva*, u: *Financije i pravo*, vol. 5. br. 1, Zagreb, 2017., str. 137.

⁴² Autor ističe kako je prijeko potrebno, prilikom analiziranja ove odredbe, u obzir uzeti razliku između društava kapitala i društava osoba gdje se određene unutardruštvene promjene u pogledu članstva itekako mogu odraziti na tvrtku društva. Detaljnije v. Barbić, op. cit. u bilj. 4, str. 339.

⁴³ Čl. 18. ZTD-a propisano je kako se tvrtki trgovačkoga društva koje je u stečaju ili u likvidaciji dodaje oznaka "u stečaju" ili "u likvidaciji" te se tako upisuje u sudski registar.

⁴⁴ *Argumentum ex* čl. 17. st. 3. ZTD-a.

tvrtka, iako bi trebala biti stalna, mora imati mogućnost promjene kako bi odgovarala konkretnom stanju stvari u skladu s načelom istinitosti.

3. OPĆA AKSIOLŠKA POSTAVKA NAČELA TVRTKE – NAČELO IDENTIFIKACIJE

Kao zaključni dio analize načela tvrtke potrebno je sve izneseno apstrahirati do razine jedinstvene opće vrijednosne postavke.

Općenito, sva načela tvrtke usmjerena su jednom jedinstvenom cilju - identifikaciji društva. Svako od analiziranih načela ima za cilj diferencijaciju društava, i to propisivanjem što tvrtka mora sadržavati, da taj sadržaj mora biti istinit, da se mora prilagođavati promjenama kako bi se održalo prethodno navedeno. Isto tako, načela su usmjerena i prema zaštiti te diferencijacije kako ne bi došlo do štete, zablude ili prijevara. U tom smislu propisane su dužnosti i način postupanja trgovačkih sudova, detaljnije razrađene podzakonskim propisima.

Stoga, kao opću aksiološku postavku načela tvrtke, a ujedno i kao prvu opću vrijednosnu postavku trgovačkog prava *largo sensu*, autor izvodi načelo identifikacije.

Identifikacija bi, jezično, predstavljala radnju utvrđivanja identiteta. Sam pojam identifikacija sadrži pojam identitet, koji predstavlja jezgru pojma identifikacije. Tako identitet predstavlja činjenice o jednoj (u ovom slučaju pravnoj) osobi kojima se ona razlikuje od bilo koje druge osobe (ime i prezime, opis i sl.).⁴⁵

Ta identifikacija, međutim, nema važnost samo u pogledu izbjegavanja zablude, prijave ili štete. Važnost načela identifikacije može se prikazati na dva načina: vrijednost tog načela prema van (prema drugim društvima) i vrijednost prema unutra (prema samom društvu). Tako, vrijednost prema van omogućuje postojanje većeg broja različitih trgovaca, međusobnih konkurenata, na određenom tržištu. Što je veća konkurencija među njima, to je veća količina proizvoda i/ili usluga koje oni plasiraju na to tržište. Shodno tome, doći će i do razlike u cijenama, pojave supstituta,⁴⁶ ali

Važnost načela identifikacije može se prikazati na dva načina: vrijednost tog načela prema van (prema drugim društvima) i vrijednost prema unutra (prema samom društvu).

i određenih inovacija radi opstanka na tržištu. U tom smislu profitirat će i potrošači/klijenti tih društava jer će ponuda proizvoda i usluga koje ta društva nude postati znatno veća, a radi opstanka na tržištu potencijalno i znatno kvalitetnija.

Isto tako, načelo identifikacije nije važno samo za postavljanje određenog društva na nekom tržištu kao konkurenta ostalim društvima već ima i važnost u odnosu prema samom društvu. Tako se uspostavlja vrijednost prema unutra. Naime, društva svojim poslovanjem i djelovanjem na određenom tržištu stječu određeni ugled. Katkad samo naznaka imena, tj. tvrtke može imati utjecaj na percepciju kvalitete proizvoda ili pružene usluge kod potrošača. Nadalje, pod određenom tvrtkom stječe se intelektualno i industrijsko vlasništvo, patent, žigovi i sl. Na temelju svega što je pod tvrtkom društvo postiglo, ono stječe i pravo tražiti naknadu neimovinske štete zbog povrede prava osobnosti te zaštitu prava imatelja ranije prijavljene tvrtke. Tako je čl. 19. st. 3. ZOO-a propisano da pravna osoba ima sva prava osobnosti kao i fizička osoba, osim onih vezanih za biološku bit fizičke osobe, a osobito pravo na ugled, dobar glas, čast, ime, odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja i dr. "Slijedeći navedenu misao ZOO je prihvatio koncepciju neimovinske štete prema kojoj je već sama povreda prava osobnosti neimovinska šteta."⁴⁷ S druge strane, ZTD-om je u čl. 31. propisano kako trgovac kome druga osoba upotrebom ili upisom iste ili slične tvrtke, koja je upisana u sudski registar istoga ili drugoga suda, vrijeđa njegova prava ili ugrožava njegov položaj u tržišnoj utakmici ili postoji opasnost da njegova prava i položaj u tržišnoj utakmici budu povrijeđeni, odnosno ugroženi ili se druga osoba upotrebom tvrtke nepovlasno koristi njegovim poslovnim ugledom ili ga prisvaja, može tužbom zahtijevati da druga osoba prestane upotrebljavati tu tvrtku, da se tvrtka te dru-

⁴⁵ *Argumentum ex* Anić, Vladimir; Goldstein, Ivo, *Rječnik stranih riječi*, Zagreb, 2007., str. 246.

⁴⁶ Određeni proizvodi bit će supstituti ako povećanje cijene jednog dobra poveća potražnju za drugim dobrom koje mu je supstitut (npr. viša cijena govedine povećat će potražnju za supstitutima poput pilettine). Detaljnije v. Samuelson, Paul A.; Nordhaus, William D., *Ekonomija*, Zagreb, 2011., str. 92.

⁴⁷ Klarić, Petar; Vedriš, Martin, *Građansko pravo*, Zagreb, 2012., str. 591.

ge osobe izbriše iz sudskog registra te da je se obveže da nadoknadi štetu pričinjenu upotrebom tvrtke.

Društvo kroz tvrtku gradi kako sebe, tako i svoj položaj na tržištu, a zajedno sa svime time konkurira ostalim društvima na tržištu.

4. ZAKLJUČAK

Načela tvrtke, kao jedna skupina načela ZTD-a, svoju funkciju ostvaruju zajedno kao jedinstvena cjelina, ali i kao svako načelo zasebno. Zaštita subjektivnih prava trgovačkih društava, kao i njihovih pozicija na tržištu bez jasne identifikacije ne bi bila moguća. S druge strane, bez jasne identifikacije potencijalni klijenti i/ili potrošači bili bi dovedeni u (bitnu) zabludu glede osoba s kojima ulaze u konkretne pravne poslove. Bez jasne identifikacije i nužnog razlikovanja sudionika na mjerodavnom tržištu ne bi bila moguća ni kvalitetna tržišna utakmica. Uzme li se tako izneseno cjelokupno stanje, jasno je kako načela tvrtke imaju višestruko relevantan utjecaj kako na trgovačka društva, tako i na

sve s kojima ta društva dolaze u doticaj, a podredno i na tržište na kojem posluju, slijedom čega dolazi i do utjecaja na gospodarstvo u cjelini. Tako, načela tvrtke nepobitno zajedno kreiraju zasebno načelo identifikacije, kao prvo i jedno od najvažnijih načela trgovačkog prava *largo sensu*. Ono je priznato, iako ne i jasno imenovano na taj način, kako u germanskoj i anglosaksonskoj doktrini, tako i u domaćoj i stranoj sudskoj praksi. S obzirom na suštinsku razliku između kontinentalnoga pravnog sustava i anglosaksonskog, postojanje ovakvog (aksiološkog) instituta čije je postojanje priznato i uvaženo u oba sustava ukazuje na njegovu neosporivu važnost za trgovačko pravo u cjelini.

Web-stranice:

1. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gmbhg/englisch_gmbhg.html
2. <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>

Summary

COMPANY NAME PRINCIPLES AS A BASIS FOR COMPANY IDENTIFICATION

The paper analyses company name principles that are explicitly governed by the Croatian Company Act, as well as those that are derived from its provisions. The goal was to establish an original axiological basis that would serve as a general commercial law principle. So, throughout the paper a comparison was drawn with the Croatian Obligations Act, as well as other corresponding acts. Also, in most parts of the paper a similarity between legal systems was drawn, with an emphasis on German and English legal systems. All of the principles analysed in the paper, as well as the comparative doctrine and practice, focused on the necessity for diversification of companies in order for them to serve as healthy competitors, to avoid misleading consumers, to protect all of their intellectual property, personal rights and reputation. So, the author derived from all of the segments analysed one element that was common to all of the principles, doctrines and practices - the need for a correct identification of companies. The end result was an establishment of a general commercial law principle called the principle of identity generally used in everyday legal and business practice.

Keywords: principle, company name, identification, company name protection.

■ ■ ■

Pravni portal Inženjerskog biroa pogledajte na:
www.ingbiro.com

PRAVO OSIGURANJA

Stručni članak UDK 368.1

Posrednički posao pomoći pri rješavanju odštetnih zahtjeva osiguranika prema osiguratelju

izv. prof. dr. sc. Marijan Ćurković*

Direktiva (EU) 2016/97 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. siječnja 2016. o distribuciji osiguranja (dalje u tekstu: IDD) pojavila se nakon burnog razdoblja financijske krize s dva bitna cilja: usklađivanje nacionalnih propisa o distribuciji osigurateljnih proizvoda (s posebnim naglaskom na osiguranje slobodnog pristupa poslovima distribucije na tržištu Europske unije) i uređenje konkurentnosti između distributera osigurateljnih proizvoda, uz osiguranje jednake zaštite potrošača osigurateljnih proizvoda bez obzira na kanal prodaje tih proizvoda. Distribucija osiguranja nezamisliva je bez posrednika u osiguranju (naravno, i u reosiguranju, jer se IDD odnosi i na posredovanje u reosiguranju). Direktiva pod distributerima podrazumijeva širok krug osoba, od klasičnih brokera i agenata u osiguranju, preko banaka, putničkih agencija, poduzeća za iznajmljivanje vozila i sl., pa do samih osiguratelja kada se bave poslovima distribucije. Upravo tako širok krug osoba koje se bave poslovima posredovanja u osiguranju uvjetovao je i promjenu namjeravanog naziva nove direktive o posredovanju (MID II) u direktivu o distribuciji u osiguranju. IDD je stupio na snagu 23. 2. 2016. Implementacija IDD-a u nacionalni pravni sustav država članica trebala je biti dovršena do 23. 2. 2018. i s tim datumom morala se početi primjenjivati. No zbog objektivnih razloga (potreba duljeg vremena za pripremu osigurateljne industrije na nova pravila u distribuciji osigurateljnih proizvoda) Vijeće je donijelo odluku o produljenju roka implementacije do 1. 7. 2018., a roka primjene do 1. 10. 2018.

Iako nova pravila koja sadrži IDD (IDD zadržava niz odredaba prethodne Direktive 2002/92/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 9. prosinca 2002. o posredovanju u osiguranju, dalje u tekstu: MID) izravno ne dotiču posredničke poslove pružanja pomoći ugovaratelju osiguranja, odnosno osiguraniku pri upravljanju ugovorima o osiguranju i njihovu izvršavanju, posebno u slučaju rješavanja odštetnih zahtjeva, nema sumnje da se ona reflektiraju i na taj segment posredničkih poslova: stručnost osoba koje pružaju takvu pomoć, pravo na proviziju, savjetovanje osiguranika, financijska zaštita osiguranika i sl. U ovome članku pokušat ćemo analizirati nova pravila IDD-a i njihovu refleksiju na posrednički posao pomoći osiguraniku kod rješavanja odštetnih zahtjeva upućenih osiguratelju na temelju sklopljenog ugovora o osiguranju.

Ključne riječi: IDD, posredovanje u osiguranju, pomoć kod ostvarenja osiguranog slučaja.

* Marijan Ćurković, Pravni fakultet u Zagrebu.

1. DIREKTIVA (EU) 2016/97 (IDD) O DISTRIBUCIJI OSIGURANJA

Zakonodavstvo Europske unije u zadnja dva desetljeća snažno obilježavaju dvije značajke: usmjerenost k efikasnom funkcioniranju zajedničkog tržišta kroz oživotvorenje načela slobodnog nastana i slobodnog pružanja usluga i podizanje razine zaštite potrošača na cijelom području Europske unije na višu razinu¹. Ni djelatnost osiguranja, koja se svrstava u jednu od značajnijih djelatnosti u zemljama članicama Europske unije, nije od toga izuzeta. A budući da posrednici u re/osiguranju imaju središnju ulogu u distribuciji proizvoda osiguranja u Uniji i čine vrlo važnu kariku u ostvarenju jedinstvenog tržišta i zaštite potrošača osigurateljnih proizvoda², posredovanju u re/osiguranju posvećena je posebna pažnja kroz donošenje tri direktive i jedne preporuke. Posljednja od direktiva, Direktiva (EU) 2016/97 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. siječnja 2016. o distribuciji osiguranja donesena je trinaest godina nakon Direktive 2002/92/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o posredovanju u osiguranju od 9. prosinca 2002. (Prva direktiva o posredovanju, MID). Njezino pojavljivanje posljedica je znatnih promjena koje su se dogodile na EU tržištu osiguranja (velika financijska kriza, pojava novih proizvoda re/osiguranja i novih kanala distribucije tih proizvoda, brisanje jasnih razgraničenja između bankarske i osigurateljne djelatnosti kod osigurateljnih proizvoda koji imaju investicijska obilježja, potreba pojačane zaštite potrošača, izvansudsko rješavanje sporova i sl.). Te su promjene tražile nova rješenja koja je pokušao dati IDD, koji je - znakovito - promijenio i naziv, koji sugerira i promjenu predmeta reguliranja, pa je s posredovanja u osiguranju prešla na distribuciju osiguranja. Budući da se distribucijom osigurateljnih proizvoda mogu baviti "različite vrste osoba ili ustanova, poput brokera u osiguranju, posrednika u osiguranju, prodavatelja bankosiguranja", ali i - što je sasvim prirodno - društva za osiguranje, bilo je potrebno odredbe IDD-a protegnuti i na osiguravajuća društva u poslovima distribucije osiguranja³. To je dovelo do niza novina koje IDD traži da

države članice unesu u nacionalne propise kao obvezu osiguravajućih društava. Protezanje odredaba IDD-a i na osiguravajuća društva motivirano je potrebom da potrošači imaju jednaku razinu zaštite, bez obzira na razlike među distribucijskim kanalima, ali i potrebom da se osiguraju jednaki uvjeti za sve distributere osigurateljnih proizvoda⁴. Stoga bi društva za osiguranje koja izravno prodaju proizvode osiguranja trebala ući u područje primjene ove Direktive na sličan način kao zastupnici i brokeri u osiguranju⁵.

Protezanje odredaba IDD-a i na osiguravajuća društva motivirano je potrebom da potrošači imaju jednaku razinu zaštite, bez obzira na razlike među distribucijskim kanalima, ali i potrebom da se osiguraju jednaki uvjeti za sve distributere osigurateljnih proizvoda.

Nakon dugotrajnog procesa rasprave, koji je od prvog prijedloga do prihvatanja IDD-a trajao pune 4 godine, 30. lipnja 2015. postignut je politički konsenzus o konačnom tekstu između aktera: Europske komisije, Vijeća i Europskog parlamenta, o prihvatanju konačnog teksta prijedloga direktive, koja se konačno neće zvati Direktiva o posredovanju u osiguranju (MID 2), kako je u početku bilo najavljivano, već mijenja naziv u IDD (Insurance Distribution Directive), Direktiva o distribuciji osiguranja⁶. Naziv nove direktive nije slučajno promijenjen: novim nazivom "IDD" htjelo se odmah naglasiti da se ona odnosi na sve subjekte koji sudjeluju u postupku posredovanja odnosno direktne prodaje u osiguranju.

IDD je stupio na snagu 23. veljače 2016. Države članice bile su obvezne prenijeti odredbe Direktive u nacionalna zakonodavstva u roku od 24 mjeseca, dakle do 23. veljače 2018. IDD predviđa stavljanje izvan snage MID-a istekom 24 mjeseca od stupanja na snagu IDD-a, ali poglavlje IIIA MID-a prestaje važiti na dan stupanja na snagu IDD-a, dakle 23. veljače 2016. IDD je u konačnoj verziji poprimio relativno drugačiji oblik od onoga koji se najavljivao kod prvog prijedloga di-

¹ Što ne znači da države članice, u cilju zaštite potrošača, ne mogu propisivati i stroža pravila od onih koje donosi IDD, v. t. 3. preambule IDD-a.

² Usp. t. 4. IDD-a.

³ A što proizlazi i iz praktične primjene MID-a, v. t. 5. preambule IDD-a. U čl. 2. t. 8. IDD-a definira distributera osiguranja kao svakog posrednika u osiguranju, sporednog posrednika i društvo za osiguranje.

⁴ Usp. t. 6. IDD-a.

⁵ Usp. t. 7. IDD-a.

⁶ Službeni prijevod EU na hrvatski jezik. Nijemci: Versicherungsvertriebsrichtlinie; Francuzi: La Directive sur la distribution de produits d'assurance. Srbi preferiraju naziv Direktiva o plasmanu osiguranja, v. Radović, Zoran, Direktiva o plasmanu osiguranja, Tokovi osiguranja, Dunav, Beograd, br. 4/2015, str. 136.-138.

rektive. Izostala je revolucionarna promjena u materiji posredovanja, ali su ipak unesene brojne izmjene u odnosu na MID.

IDD predstavlja okvir u kojemu će se moći kretati države članice pri reguliranju problematike posredovanja u osiguranju, s tim da je IDD ostavio mogućnost državama članicama da svojim propisima donesu ili zadrže i stroža pravila u odnosu na ona što navedena u Direktivi⁷. Ona je, ustvari, kompromisno rješenje između suprotstavljenih interesa raznih skupina (potrošači, posrednici, osiguratelji).

1.1. Na koga se (ne)odnosi IDD

IDD se odnosi na sve subjekte koji se bave, s bilo koje osnovice, distribucijom osigurateljskih proizvoda. Ona se odnosi, za razliku od MID-a, i na posredovanje u reosiguranju. Direktiva se odnosi i na osiguravajuća društva koja izravno prodaju proizvode osiguranja. Time je IDD, u odnosu na MID, znatno proširio broj obuhvaćenih subjekata. Cilj ovog proširenja je dvostruk: s jedne strane osigurati jedinstvenost i uniformnost zaštite potrošača, bez obzira na to tko im pruža uslugu sklapanja ugovora o osiguranju i, s druge strane, zadržati ravnopravnost između raznih kanala prodaje⁸. Kao što vidimo, u djelatnost posredovanja svrstana je i tzv. internetska prodaja, uključivši i tzv. *komparatore-usporednike*,⁹ koji donose prikaz proizvoda, cijena, popusta i sl., ako potrošač može, izravno ili neizravno, na toj stranici sklopiti ugovor o osiguranju. IDD pod "*distributerom osiguranja*" podrazumijeva svakog posrednika u osiguranju, sporednog posrednika u osiguranju i društvo za osiguranje¹⁰.

⁷ V. Maxpool, Die 13 wichtigsten Fragen und Antworten zur Versicherungsvertriebsrichtlinie, <http://maxpool-blog.de/2016/02/22-die-13-wichtigsten-fragen-und-antworten-zur-idd/>, 31. 3. 2016.

⁸ To se posebno navodi u t. 5. preambule: "Proizvode osiguranja mogu distribuirati različite vrste osoba ili ustanova, poput brokera u osiguranju, posrednika u osiguranju, prodavatelja bankoosiguranja, društava za osiguranje, putničkih agencija i poduzeća za iznajmljivanje vozila. Jednakost postupanja prema tim subjektima i zaštita potrošača zahtijevaju da sve te osobe odnosno ustanove budu obuhvaćene ovom Direktivom", te u t. 6.: "Potrošači bi trebali imati jednaku razinu zaštite, bez obzira na razlike među distribucijskim kanalima ... nužno je da uvjeti budu jednaki za sve distributere."

⁹ Radi se o sasvim novim kanalima prodaje, koji su se proširili iz Velike Britanije na cijelu EU, uključivši i Republiku Hrvatsku, v. www.kompare.hr koji tvrdi (posjet 16. 4. 2016.) da se njegovim uslugama već koristilo više od 500.000 korisnika. Takvi distributeri omogućuju potrošačima a) usporedbu proizvoda različitih ponuđača, b) usporedbu iznosa premija osiguranja, c) odabir najpovoljnijeg proizvoda i njegovu e-kupnju.

¹⁰ V. čl. 2. st. 1. t. 8. IDD-a.

1.2. Sporedni posrednik u osiguranju

Iznimno, Direktiva se ne odnosi na tzv. sporedne (uzgredne, akcesorne) posrednike. Sporedni posrednik (čl. 2. st. 1. t. 4. IDD-a), pod čim se podrazumijeva svaka fizička ili pravna osoba, koja za naknadu osniva i obavlja poslove distribucije osiguranja kao sporednu djelatnost, ako ispunjava sljedeće uvjete:

- da glavna poslovna djelatnost dotične fizičke i pravne osobe nije distribucija osiguranja,
- da dotična osoba distribuira samo određene proizvode osiguranja, koji služe kao dopuna nekoj robi ili usluzi,
- da ti proizvodi osiguranja ne spadaju u životno osiguranje ili u osiguranje od odgovornosti, osim ako ono što obuhvaćaju dopunjuje robu ili uslugu koju ta osoba pruža kao glavnu poslovnu djelatnost.

Nadalje, da bi te osobe bile isključene iz primjene IDD-a, potrebno je da su ispunjeni i sljedeći uvjeti (čl. 1. st. 3. IDD-a):

a) da osiguranje koje prodaju predstavlja dopunu robi ili usluzi koja se pruža od strane bilo kojeg dobavljača, ako takvo osiguranje pokriva:

aa) rizik kvara, gubitka, krađe ili oštećenja robe ili nekorištenje usluge dobavljača, ili

ab) oštećenje ili gubitak prtljage i druge rizike vezane uz putovanje rezervirano kod toga dobavljača;

b) da godišnja premija za proizvod osiguranja ne prelazi 600 eura, odnosno iznimka ako osiguranje predstavlja dopunu usluzi iz t. a), a usluga se pruža kroz tri mjeseca i manje - iznos premije ne smije premašivati 200 eura. No bez obzira na to što se IDD ne odnosi na ove osobe, obvezuje države članice da predvide obvezu osiguratelja ili posrednika, koji se služe uslugama sporednih posrednika, da potrošačima u svakom slučaju daju informaciju o svom identitetu, adresu i načinu podnošenja reklamacija; da predvide odgovarajuće mehanizme kako bi se prilagodili obvezama iz čl. 17. IDD-a (obveza postupanja pošteno, pravično i profesionalno s najboljim interesima potrošača; da ne daju krive promidžbene poruke u porukama koje distributer šalje potrošačima; da ne sklapaju nagodbe vezano za naknadu na štetu potrošača), čl. 24. (ponašanje koje se propisuje kod osiguranja koje se prodaje u paketu, vezana prodaja) i čl. 20. st. 5. IDD-a (savjeti i standardi ako se ne daju savjeti potrošaču, obveza predaje informativne note osiguraniku). Osiguravajuća društva su

dužna osigurati visoki stupanj profesionalizma i stručnosti sporednog posrednika u osiguranju.¹¹

2. POSLOVI POMOĆI OSIGURANIKU U SLUČAJU RJEŠAVANJA ODŠTETNIH ZAHTJEVA

U čl. 2. st. 1. t. 1. IDD-a daje se nova, u odnosu na definiciju iz čl. 2. t. 3. MID-a¹², mnogo šira i preciznija definicija distribucije osiguranja, pod čim se podrazumijeva djelatnost predlaganja ugovora o osiguranju, savjetovanje o njima ili obavljanje drugih pripremnih radnji za sklapanje ugovora o osiguranju, ili sklapanje takvih ugovora **ili pružanje pomoći pri upravljanju takvim ugovorima i njihovu izvršavanju, posebno u slučaju rješavanja odštetnog zahtjeva**, uključivši pružanje informacija o jednom ili više ugovora o osiguranju u skladu s kriterijima koje odabiru potrošači putem internetske stranice ili nekog drugog medija i sastavljanje rang liste proizvoda osiguranja, uključujući i usporedbu cijena i proizvoda ili popust na cijenu ugovora o osiguranju, ako potrošač može izravno ili neizravno sklopiti ugovor o osiguranju na internetskoj stranici ili drugom mediju.

Dakle, IDD dijeli posredničke (distribucijske) poslove na a) pripremu (i eventualno sklapanje) ugovora o osiguranju i b) na izvršavanje ugovora o osiguranju, u okviru čega posebno apostrofira slučaj pružanja pomoći klijentu pri rješavanju odštetnog zahtjeva prema osiguratelju. Broker/posrednik prati svojom aktivnošću tijek ugovora, od prikupljanja ponuda, preko sklapanja do njegova izvršavanja, materijaliziranog prije svega u slučaju ostvarenja osiguranog slučaja i eventualnog odštetnog zahtjeva iz tog slučaja.

Hrvatski Zakon o osiguranju (dalje: ZOS)¹³, usuglašen s odredbama MID-a, u čl. 406. definira posredovanje u osiguranju kao "djelatnost pokretanja, predlaganja ili obavljanja poslova pripreme za sklapanje ugovora o osiguranju, odnosno reosiguranju, **pomoć pri izvršavanju prava iz ugovora o osiguranju odnosno ugovora o reosiguranju, a posebno pri rješavanju odštetnog zahtjeva naslovljenog na društvo za osi-**

guranje odnosno društvo za reosiguranje". Dakle, gotovo identično kao i IDD. Pomaganje klijentu (ugovaratelju osiguranja, osiguraniku) kod ostvarivanja prava iz ugovora o osiguranju (a među najvažnijim pravima je pravo na isplatu osigurnine) je posao posredovanja/distribucije, jer se pomoć pri ostvarivanju prava iz ugovora o osiguranju logično nameće kao akcesorij glavnoj posrednikovoj obvezi - pronalaženju najboljeg pokrića za svog klijenta, odnosno najboljeg rješenja u slučaju nastanka osiguranog slučaja i zahtjeva za isplatu osigurnine¹⁴. Proširenje posredničkih poslova i na pomoć pri ostvarenju odštetnog zahtjeva, odnosno inkorporiranje pomoći pri ostvarenju odštetnog zahtjeva u slučaju nastanka osiguranog slučaja u poslove posredovanja, posljedica je odredaba MID-a. Prvi hrvatski Zakon o posredovanju i zastupanju u osiguranju iz 1999. (dalje: ZPZO)¹⁵ u definiciji poslova posredovanja nije imao poslove pomoći kod ostvarivanja odštetnog zahtjeva.¹⁶ Ipak, već je ZPZO (v. čl. 4. st. 2.) posrednicima u osiguranju omogućio da uz jedinu djelatnost posredovanja mogu obavljati i poslove savjetovanja, **pomoći u obradi šteta**, pomoći u procjeni rizika. ZPZO je očito posrednikov posao pomoći pri ostvarivanju odštetnog zahtjeva iz ugovora o osiguranju sveo na pomoć u obradi šteta, slično kao i posao procjene šteta, zbog čega je te poslove tretirao kao akcesorij posredovanja, kojim se posrednik mogao baviti kao jedinom djelatnošću. Zanimljivo je da je ZPZO isto ovlaštenje dao i zastupniku u osiguranju.¹⁷ Poslove pomoći kod obrade šteta ZPZO nije smatrao posredničkim poslom, ali je dopustio posrednicima i zastupnicima da taj posao obavljaju uz glavni posao posredovanja (i zastupanja). Zakon o osiguranju iz 2005.¹⁸ ide korak dalje i poslove *"... pomoć pri izvršavanju prava iz ugovora o osiguranju, odnosno reosiguranju, posebno pri rješavanju odštetnih*

¹¹ V. t. 28. preambule IDD-a.

¹² MID je govorio o *posredovanju u osiguranju* pod čim je označavao "djelatnost pokretanja, predlaganja ili obavljanja drugih pripremnih radnji za zaključivanje ugovora o osiguranju, ili zaključivanje ugovora, ili pružanje pomoći pri vođenju i izvršavanju takvih ugovora, osobito u slučaju podnošenja odštetnog zahtjeva".

¹³ Narodne novine, br. 30/15.

¹⁴ Čl. 407. st. 3. propisuje da se poslovi pomoći pri izvršavanju ugovora o osiguranju, a posebno pri rješavanju odštetnih zahtjeva naslovljenih na društvo za osiguranje, uz poslove nastojanja da se budućem ugovaratelju osiguranja u skladu s njegovim zahtjevima, odnosno potrebama, omogući sklapanje ugovora o re/osiguranju, smatraju poslovima posrednika u osiguranju.

¹⁵ Narodne novine, br. 27/99.

¹⁶ U čl. 3. toga Zakona određeno je da su poslovi posredovanja u osiguranju "... poslovi koji se odnose na sklapanje ugovora o osiguranju ili reosiguranju na temelju pisanog naloga budućeg ugovaratelja osiguranja ili reosiguranja".

¹⁷ Čl. 16.: "Uz djelatnost zastupanja u osiguranju ... zastupnici u osiguranju mogu obavljati još i poslove ... pomoći pri obradi šteta ..."

¹⁸ Narodne novine, br. 151/05 (dalje: ZOS 2005). U čl. 241. st. 3. ZOS 2005. ovlašćuje posrednike u osiguranju da se bave i poslovima pomoći pri izvršavanju prava iz ugovora o osiguranju, a "posebno pri rješavanju odštetnih zahtjeva naslovljenih na društvo za osiguranje".

“Ovakvim odredbama ZOS i IDD *de facto* sprječavaju pružanje pomoći osiguraniku kod nastanka osiguranog slučaja od strane osoba koje su to, prije, vrlo često radile “na crno”.

zahtjeva naslovljenih na društvo za osiguranje” smatra poslom posredovanja¹⁹.

Naime, svrha sklapanja ugovora o osiguranju koju ugovaratelj/osiguranik želi postići jest ostvarenje naknade iz osiguranja za štetu uzrokovanu nastupom osiguranog rizika. Upravo je posrednik idealna osoba koja osiguraniku može pružiti pomoć kod nastanka osiguranog slučaja i zahtjeva za isplatu osigurnine kojega osiguranik upućuje osiguratelju na temelju sklopljenog ugovora o osiguranju. Pomoć kod ostvarenja odštetnog zahtjeva je zadnja radnja u procesu sklapanja i izvršavanja ugovora o osiguranju.

Poslove pomoći kod izvršavanja ugovora o osiguranju, a posebno pomoć kod ostvarenja osiguranog slučaja i naknade (osigurnine) mogu, dakle, obavljati posrednička društva. Konkretno poslove, jasno, obavljaju fizičke osobe - posrednici u posredničkim društvima koje ispunjavaju kriterije i koje imaju ovlaštenje/licencu za obavljanje poslova posredovanja u re/osiguranju. Da bi neka osoba dobila licencu/ovlaštenje za obavljanje posredničkih poslova, prema odredbi čl. 417. st. 2. ZOS-a mora ispuniti propisane uvjete: uspješna provjera stručnih znanja potrebnih za obavljanje poslova posredovanja u osiguranju, znanje hrvatskog jezika, završen preddiplomski i diplomski sveučilišni studij ili stručni studij i specijalistički stručni studij, čijim završetkom se stječe najmanje 300 ECTS bodova, najmanje jednogodišnje iskustvo u području poslova osiguranja, zastupanja i posredovanja ..., da nije pravomoćno osuđena za kaznena djela iz financijsko-gospodarskog poslovanja, itd. U čl. 5. st. 1. t. 1. Pravilnika o uvjetima za stjecanje i provjeru stručnih znanja potrebnih za dobivanje ovlaštenja za obavljanje poslova zastupanja u osiguranju odnosno posredovanju u osiguranju i reosiguranju²⁰ u programu ispita za posrednike nalazi se i materija osnove osiguranja, u okviru koje je i tema

likvidacija šteta, a za neživotna osiguranja u t. 3. istoga članka i stavka predviđeno je utvrđivanje (ispitivanje) znanja o naknadi štete.

U skladu s čl. 426. ZOS-a osiguravajuća društva ne smiju omogućiti da poslove posredovanja u osiguranju, pa prema tome ni poslove pomoći kod ostvarenja prava iz ugovora o osiguranju na isplatu osigurnine, obavljaju druge osobe, osim onih koje navodi ZOS. IDD u Prilogu I. propisuje minimalno stručno znanje i uvjete stručnosti za posrednike. Kod sve tri grupe posredničkih poslova (neživotni rizici, investicijski proizvodi osiguranja i životni rizici) traži se da posrednik posjeduje minimalno potrebno znanje o rješavanju zahtjeva. Ovakvim odredbama ZOS i IDD *de facto* sprječavaju pružanje pomoći osiguraniku kod nastanka osiguranog slučaja od strane osoba koje su to, prije, vrlo često radile “na crno”.

3. KONTINUIRANO PROFESIONALNO OSPOSOBLJAVANJE

Iskustvo je pokazalo da se suvremeni uvjeti poslovanja vrlo brzo mijenjaju. Potrebe tržišta se mijenjaju, zaštita potrošača diže se na višu razinu, novi proizvodi su sve složeniji. Dosadašnji sustav pretpostavljenog stručnog znanja baziran na uspješno provedenom ispitu kao uvjetu dobivanja licence za prodaju osiguranja pokazao se kao neučinkovit i nedostatan. Stoga IDD uvodi obvezu svih osoba koje rade u distribuciji tijekom pripreme, prodaje i nakon prodaje re/osigurateljnih proizvoda da se stalno osposobljavaju i razvijaju. Tu spadaju ne samo posrednici u osiguranju već i sporedni posrednici, ali i zaposlenici društava za osiguranje.²¹ Od njih se očekuje da posjeduju odgovarajuću razinu znanja i stručnosti, uz iznimke za administrativno osoblje koje ne sudjeluje u direktnoj prodaji. Ta se stručnost posebno traži kod prodaje investicijskih proizvoda osiguranja malim potrošačima, kod kojih osoblje zaposleno u direktnoj prodaji mora poznavati takav proizvod. Ulagači se moraju moći pouzdati u informaciju koju im vezano za proizvod daje osoblje osiguratelja. Budući da su ti proizvodi za prosječnog osiguranika kompleksni i podložni stalnoj inovaciji, stručno usavršavanje takvog osoblja moralo bi biti neprekinuto.²² Svi oni trebali bi se konstantno upoznavati s uvjetima ugovora o osigu-

¹⁹ Čl. 241. st. 3. ZOS 2005.: “uz poslove ... poslom posrednika u osiguranju smatraju se i poslovi ... i pomoć ... posebno pri rješavanju odštetnih zahtjeva ...”

²⁰ Narodne novine, br. 16/16.

²¹ Čl. 10. st. 1. IDD-a.

²² T. 33. IDD-a.

ranju koje distribuiraju i, ako je potrebno, s pravilima postupanja pri obradi odštetnih zahtjeva i rješavanju prijedora²³. Stručnost mora odgovarati složenosti poslova pripreme, prodaje i obveza osiguratelja nakon prodaje polica osiguranja, dakle i pomoći kod ostvarenja prava osiguranika iz ugovora o osiguranju. Da bi to bilo moguće, treba im omogućiti kontinuirano učenje i razvoj na razne mogućnosti (tečajevi, učenje preko interneta, mentorstvo). U okviru toga spada i obveza država da urede potrebne dokaze o znanju i stručnosti, uključujući i uspješno polaganje ispita, odnosno provjeru znanja na ispitima.²⁴ To može samo jačati zaštitu potrošača. U tom cilju države članice moraju propisati obvezno stručno osposobljavanje od najmanje 15 sati godišnje²⁵, a broj sati ovisi o svojstvu proizvoda koji prodaju, vrsti distributera, njihovu ulogu i aktivnost u djelatnosti distribucije. IDD nameće obvezu osiguravajućim društvima da za svoje zaposlenike koji sudjeluju u distribuciji osiguranja provjere odgovaraju li njihovo znanje i sposobnost znanju i sposobnosti koje bi bilo primjereno proizvodu. Ako je potrebno - moraju takvim osobama pružiti mogućnost osposobljavanja ili stručnog usavršavanja koji odgovaraju uvjetima vezanim uz proizvod koji te osobe distribuiraju. Upravo je uvjet znanja i stručnosti razlog zabrane osigurateljima da kod posredovanja koriste usluge osoba koje nisu upisane u registar posrednika u osiguranju.²⁶

Jasno je da stručnost i znanje predstavlja preduvjet uspješnog pružanja pomoći ugovaratelju osiguranja kod ostvarivanja prava na isplatu osigurnine. Posrednik koji se bavi tim (dijelom) poslom mora znati sve o proizvodu kojeg distribuirati, u svim fazama ugovora o osiguranju, pa i kod faze izvršavanja ugovora - pomoći u ostvarenju naknade iz ugovora. Zbog toga i to posredničko osoblje podliježe obvezi stalnog stručnog osposobljavanja, čiji intenzitet i obujam ovise o vrsti distribuiranog proizvoda²⁷. Za veće posrednike nužno

je da ustroje posebne službe koje će se baviti poslovima pružanja pomoći kod ostvarenja prava na isplatu osigurnine. U čl. 3. Pravilnika o dodatnim poslovima koje može obavljati društvo za posredovanje u osiguranju i reosiguranju (koji je donijela HANFA) propisuje se da će dodatne poslove posredničko društvo moći obavljati samo ako raspolaže stručnim, organizacijskim i tehničkim kapacitetima za obavljanje tih poslova.²⁸

4. MOŽE LI SE POSLOM POMOĆI POSREDNIK BAVITI KAO SAMOSTALNOM RADNJOM POSREDOVANJA

Jedno od prilično spornih pitanja (bilo) je može li se posrednik u osiguranju baviti poslom pomoći kod ostvarenja prava iz ugovora o osiguranju kao samostalnom radnjom, nevezanom uz konkretan ugovor kod kojega je posrednik posredovao. Iako je bilo različitih mišljenja, iz konteksta pravila koja postavljaju IDD i ZOS može se jasno zaključiti da pravo i obvezu pružanja pomoći kod ostvarivanja prava osiguranika iz ugovora o osiguranju ima posrednik, ali samo za slučajeve vezane uz ugovor o osiguranju, koji ne mora biti sklopljen njegovim posredovanjem.²⁹ Naime, odredbe IDD-a ne odnose se na profesionalne upravljače odštetnim zahtjevima u ime društva za osiguranje i društva za reosiguranja, kao ni na likvidaciju šteta i stručnu procjenu šteta (t. 14. preambule IDD-a; čl. 2. st. 1. t. 2. IDD-a). Pružanje pomoći kod ostvarivanja prava iz ugovora o osiguranju kao samostalna radnja jest dio distribucije osiguranja i, kao takva, vezana je uz ugovor o osiguranju. Posrednik-distributer radi za račun ugovaratelja osiguranja, odnosno kod ostvarivanja prava iz ugovora o osiguranju za račun osiguranika. Profesionalno bavljenje upravljanjem odštetnim zahtjevima u ime osiguravajućih društava, kao i likvidacija šteta za njihov račun - nije distribucija osigurateljskih proizvoda i spada u nadležnost posebnih profesija, koje su regulirane nekim drugim propisima (arg. iz čl. 407. st. 4. ZOS-a), a čija nazočnost na tržištima osiguranja i reosiguranja nije nepoznata (tzv. samostalni *loss adjusteri* na koje se ne primjenjuju propisi o posredovanju, na

²³ T. 28. preambule IDD-a.

²⁴ T. 29. preambule IDD-a.

²⁵ Čl. 10. st. 2. alineja 2. IDD-a. Kao što se vidi, IDD se odlučio za minimalan broj sati, jer su neke zemlje na bazi deontoloških propisa posredničkih udruga već imale puno više minimalnih sati godišnje obuke, primjerice Njemačka - 100/200 sati, Italija - 60 sati itd.

²⁶ Čl. 16. IDD-a.

²⁷ Način stalnog stručnog osposobljavanja propisat će države članice (tečajevi, seminari e-obrazovanje, praksa ...). Budući da se među dodatnim poslovima koje može obavljati društvo za posredovanje spominje i posao (usluga) edukacije u vezi s obavljanjem poslova posredovanja u re/osiguranju, to su posrednička društva u mogućnosti da sama organiziraju stalno stručno osposobljavanje svojih kadrova.

²⁸ Narodne novine, br. 7/16.

²⁹ Čl. 2.1. IDD-a definira distribuciju osiguranja kao djelatnost "... pružanja pomoći pri upravljanju takvim ugovorima i njihovu izvršavanju, posebno u slučaju rješavanja odštetnih zahtjeva", čime jasno pokazuje da pomoć kod šteta vezuje uz ugovor o osiguranju.

pr. Van Ameyde, Coris, Avus, Intereuropa i sl.). To jasno proizlazi i iz točke 14. preambule IDD-a, u kojoj se kaže da se ona ne primjenjuje na osobe koje se profesionalno bave upravljanjem štetama u ime re/osiguratelja kao ni na osobe koje se bave likvidacijom šteta i stručnom procjenom šteta³⁰.

Pravilnik o dodatnim poslovima koje može obavljati društvo za posredovanje u reosiguranju nadzornog tijela (HANFA) ovlašćuje posrednike u re/osiguranju da mogu obavljati i druge intelektualne i tehničke usluge u vezi s poslom osiguranja³¹, a među druge intelektualne usluge svrstava i usluge izrade prijedloga za rješavanje odštetnih zahtjeva. Navedene poslove posrednik može obavljati ako raspolaže stručnim, organizacijskim i tehničkim kapacitetima za obavljanje tih poslova i ako sklopi **pisani** ugovor o obavljanju tih poslova³²

5. U ČEMU SE SASTOJI POMOĆ PRI OSTVARENJU ODŠETNOG ZAHTEVA

Pomoć pri ostvarivanju prava iz ugovora o osiguranju, posebno kod slučaja ostvarenja naplate osigurnine, sastoji se u savjetovanju klijenta koje sve dokumente i druge dokaze mora ili može imati i koje mora predati osiguratelju, prikupljanje tih dokumenata i drugih dokaza, kontaktiranje s osigurateljem u vezi sa zahtjevom i informiranje klijenta o stanju zahtjeva, savjetovanje o konačnom namirenju odštetnog zahtjeva (izjava o namirenju, nagodba). Posrednik je obavezan pružiti pomoć klijentu - ugovaratelju osiguranja, osiguraniku, kako prije nastupa osiguranog slučaja, tako i poslije njegova nastupa, a ponajprije brinući se da ugovaratelj osiguranja/osiguranik poduzme sve pravne radnje koje su bitne za očuvanje odnosno realizaciju prava na temelju ugovora o osiguranju i da ih poduzima u propisanim (ugovorenim) rokovima (čl. 411. st. 7. ZOS-a). U svakom slučaju, pružanje pomoći kod ostvarenja osiguranog slučaja u cilju ostvarenja isplate osigurnine³³ je posao

Posrednik je obavezan pružiti pomoć klijentu - ugovaratelju osiguranja, osiguraniku, kako prije nastupa osiguranog slučaja, tako i poslije njegova nastupa, a ponajprije brinući se da ugovaratelj osiguranja/osiguranik poduzme sve pravne radnje koje su bitne za očuvanje odnosno realizaciju prava na temelju ugovora o osiguranju i da ih poduzima u propisanim (ugovorenim) rokovima.

koji je uglavnom pravničke prirode, zbog čega se s pravom smatra pravnim proizvodom (*Rechtsprodukt*).³⁴ Pružanje pomoći kod ostvarenja osiguranog slučaja nije više sporedni posao posrednika, kao što je bio prije MID-a i IDD-a, već integralni³⁵ dio ukupnih obveza i poslova posrednika u osiguranju: kao akcesorij uklopljen je u glavni posao posrednika. Upravo stoga što je to dio glavnog posla posrednika, na taj se dio primjenjuju sve odredbe o obvezama posrednika (savjetovanje klijenta, traženje najboljeg ishoda, odgovornost posrednika za greške, financijska sigurnost ugovaratelja osiguranja kod isplate osigurnine na račun posrednika i sl.). Po prirodi stvari pomoć kod ostvarivanja odštetnog zahtjeva posrednik ne može pružiti osiguratelju. Tu pomoć može pružiti samo ugovaratelj osiguranja odnosno osiguraniku. Zbog toga u tome poslu posrednik u osiguranju ima ulogu kvazizastupnika (agenta) ugovaratelja osiguranja³⁶.

Specifična je situacija kod pružanja pomoći kod osiguranja od odgovornosti: posrednik bi mogao biti pomoćnik osiguratelju kod obrade štete po ugovoru o osiguranju od odgovornosti, jer bi u tom slučaju radio i za račun i interes osiguranika (ugovaratelja osiguranja), s obzirom na prirodu obveze osiguratelja iz ugovora o osiguranju od odgovornosti. Oslobođenje obveze osiguranika događa se kad osiguratelj umjesto njega izvrši obeštećenje treće oštećene osobe³⁷.

Jedno od neriješenih pitanja jest i pitanje osoblja koje posrednik koristi kod pomoći kod ostvarenja osi-

³⁰ Razlika između takvih profesionalaca i posrednika u pomoći kod ostvarivanja odštetnog zahtjeva je u tome što je posredniku glavni cilj sklapanje ugovora o osiguranju i pomoć pri njegovu izvršavanju, uključivši i pomoć kod ostvarivanja odštetnog zahtjeva, dok profesionalni obrađivači-likvidatori šteta nemaju taj cilj, v. M. Beenken / L. Sandkuehler, Das neue Versicherungsvermittlergesetz, VVW, Karlsruhe, 2007., str. 18.

³¹ Čl. 1. st. 4.

³² Čl. 3.

³³ IDD i ZOS rabe izraz "odštetni zahtjev", iako se radi o zahtjevu za isplatu osigurnine na temelju ugovora o osiguranju, a ne o naknadi štete.

³⁴ V. Manfred Weber, Schadensregulierung durch Versicherungsma-kler, Versicherungsrecht, br. 31/2015., str. 1321. Prema njemu pružanje pomoći koju posrednik daje osiguraniku je posao pravne prirode, jer se takvim poslom smatra ona djelatnost u konkretnim slučajevima kod kojih se traži pravno ispitivanje slučaja.

³⁵ Idem, str. 1322.

³⁶ Werber, o. c., str. 1325.

³⁷ Usp. Werber, o. c., str. 1326.

guranog slučaja. S obzirom na to da se radi o pravnom poslu, može li u procesu pomoći posrednik koristiti vanjske suradnike, kao što su to, primjerice odvjetnici i/ili *loss adjusteri*? Odgovor je da posrednik te osobe može koristiti samo kao svoje savjetnike, a nipošto im ne može prepustiti posao pomoći osiguraniku i time navodno izvršiti svoju posredničku obvezu pružanja pomoći osiguraniku kod ostvarivanja naknade iz ugovora o osiguranju. Njihovi savjeti i mišljenja samo su podloga posrednikovu djelovanju.

Za obavljanje poslova pomoći kod ostvarenja odštetnog zahtjeva prema osiguratelju posredniku/brokeru ne treba posebna punomoć, odnosno nalog, jer je u nalogu (punomoći) koji je dobio od klijenta - ugovaratelja osiguranja za posredovanje u re/osiguranju sadržano i ovlaštenje, odnosno nalog za obavljanje poslova pomoći kod likvidacije štete i ostvarenja prava na naplatu osigurnine.

6. IMA LI POSREDNIK PRAVO NAPLATITI OSIGURNINU OD OSIGURATELJA

Da bi imao pravo na naplatu osigurnine od osiguratelja, posrednik/broker za to mora imati posebnu pisanu punomoć. Naime, prema odredbi čl. 837. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18) nalog za posredovanje ne ovlašćuje posrednika da za nalogodavca primi ispunjenje obveze iz ugovora sklopljenog njegovim posredovanjem. Pravo posrednika na naplatu osigurnine zadire u osjetljivo pitanje zaštite ugovaratelja osiguranja, odnosno osiguranika. IDD je u čl. 10. st. 6. preuzeo odredbe čl. 4. st. 4. MID-a o posredovanju u osiguranju, a koji je obvezivao države članice da zaštite potrošače od nemogućnosti posrednika u re/osiguranju da iznos naknade štete proslijedi osiguraniku. Kao jednu od mogućnosti³⁸ zaštite potrošača posredničke usluge u osiguranju države mogu odrediti da se smatra da je osigurnina isplaćena osiguraniku tek kad *sjedne* na njegov račun. ZOS, nažalost, nema slične odredbe, što znači da je rizik ovlaštenja na naplatu osigurnine danog posredniku - na

ugovaratelju osiguranja/osiguraniku. Odnosno, jedino jamstvo osiguraniku za od posrednika naplaćenu osigurninu jest osiguranje posrednika od odgovornosti.

7. PRAVO NA (POSEBNU) PROVIZIJU ZA POSLOVE POMOĆI KOD OSTVARIVANJA PRAVA IZ UGOVORA O OSIGURANJU

Prema odredbi čl. 428. st. 2. ZOS-a posrednik/broker nema pravo od ugovaratelja osiguranja, odnosno ugovaratelja reosiguranja, odnosno od osiguranika, zahtijevati plaćanje provizije ili kakvu drugu naplatu, osim ako nije ugovorom s ugovarateljem osiguranja, odnosno ugovarateljem reosiguranja izričito pismeno drugačije ugovoreno. Dakle, načelno, proviziju posredniku/brokeru za obavljanje poslova posredovanja kod sklapanja i izvršavanja ugovora o osiguranju, što uključuje i pružanje pomoći kod ostvarenja osiguranog slučaja i ostvarenja prava na osigurninu, plaća osiguratelj. U okviru ugovorene provizije posrednika/brokera je i provizija za radnju pomoći kod ostvarivanja prava iz ugovora o osiguranju odnosno reosiguranju. Ugovaratelj osiguranja/osiguranik nije dužan plaćati uslugu pomoći pri ostvarivanju prava na isplatu osigurnine. Međutim, ako se posrednik/broker posebno, izričito i pismeno dogovori s ugovarateljem osiguranja da će mu ugovaratelj osiguranja platiti proviziju, proviziju plaća ugovaratelj, o čemu posrednik/broker mora izvijestiti osiguratelja. I opet, u okviru ugovorene provizije koju plaća ugovaratelj, je i provizija za pružanje pomoći kod ostvarivanja prava na osigurninu.

Je li dopušteno da broker/posrednik ugovori s ugovarateljem osiguranja da će dio provizije naplatiti od osiguratelja, a da će ugovaratelj/osiguranik platiti naknadu za posao pomoći pri ostvarenju prava iz ugovora o osiguranju? Argumentom iz čl. 428. st. 4. ZOS-a ("ako je ugovorom s ugovarateljem osiguranja ... izričito pisano ugovoreno da društvo za posredovanje u osiguranju ... ima pravo na proviziju ili bilo kakvu drugu naplatu ...") branimo stajalište prema kojemu nema zapreke da posrednik/broker dogovori da mu je ugovaratelj dužnik provizije po poslovima pomoći kod ostvarivanja prava na naplatu osigurnine, uz - jasno - uvjet koji postavlja i ZOS u citiranom članku, da o tome posrednik/broker mora izvijestiti osiguratelja, koji će tu činjenicu sigurno uvažiti i uzeti u obzir kod ugovaranja provizije, odnosno

³⁸ Ostale mogućnosti su: da posrednik mora imati financijsku sposobnost u iznosu koji u svakom trenutku čini 4% iznosa godišnje primljenih premija, a minimalno 18.750 eura; da se potrošačeve svote novca prosljeđuju putem strogo odvojenih korisničkih računa i da se ti računi ne koriste za naknadu štete drugim vjerovnicima i, treće, da se uvjetuje postojanje jamstvenog fonda.

Ugovaratelj osiguranja/osiguranik nije dužan plaćati uslugu pomoći pri ostvarivanju prava na isplatu osigurnine.

njezine visine za posredovanje s takvim posrednikom, a o čemu opet posrednik mora izvijestiti svoga klijenta³⁹. Prema čl. 19. st. 2. IDD-a, ako honorar izravno plaća potrošač (osiguranik), posrednik je dužan istoga obavijestiti o iznosu honorara ili, ako to nije moguće, o načinu izračuna honorara. Kod pružanja pomoći kod ostvarivanja prava na naknadu štete, budući da su u tom postupku teško predvidive sve radnje koje će biti potrebno poduzeti, upravo spomenuta odredba IDD-a daje mogućnost posredniku da donese tarifu usluga koja će omogućiti informiranje osiguranika o načinu izračuna honorara za poslove pomoći kod ostvarivanja osigurnine iz ugovora o osiguranju nakon nastanka osiguranog slučaja.

8. OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI – POVEĆANJE OSIGURANIH SVOTA

Posrednici u re/osiguranju imaju obvezu osigurati se od odgovornosti za štete uzrokovane profesionalnim obavljanjem posredništva (ili odgovarajuće jamstvo) uz osiguranu svotu od najmanje 1,250.000 eura po jednom štetnom događaju, odnosno najmanje 1,850.000 eura za sve odštetne zahtjeve u jednoj godini.⁴⁰ Obveza sklapanja ugovora o osiguranju od odgovornosti odnosi se i na sporedne posrednike (ili odgovarajuće jamstvo), ali će visinu osigurane svote za njih odrediti države članice vodeći računa o svojstvu proizvođača osiguranja i djelatnosti koju obavljaju. Potreba osiguranja od profesionalne odgovornosti otpada za one distributere za koje osiguratelj u čije ime djeluje posrednik da osiguranje ili odgovarajuće jamstvo ili je preuzeo punu odgovornost za djelovanje posrednika.⁴¹

Osiguranje od odgovornosti posrednika moralo bi biti osiguranje od profesionalne odgovornosti, koje pokriva štete koje posrednik može, vršeći svoju posredničku profesiju, uzrokovati svojim klijentima (nalogom

avcima). S tim u vezi je i odgovornost posrednika kod pružanja pomoći klijentu kod ostvarivanja naknade (osigurnine) iz ugovora o osiguranju. Nema nikakve sumnje da će se ta pomoć u praksi materijalizirati na način da će klijent uglavnom vođenje postupka naknade iz ugovora o osiguranju prepustiti posredniku, koji - jasno - ne smije zanemariti svoju obvezu stalnog konzultiranja klijenta. Posrednik će sastavljati (odštetni) zahtjev, pregovarati s osigurateljem, pripremati dokumentaciju, pripremati ili analizirati nagodbu ili izjavu o namirenju i sl. Klijent će uvijek moći prigovoriti posredniku loše vođenje postupka ostvarivanja naknade (*mala gestio*) i s tog temelja tražiti naknadu štete od posrednika.

9. ZAKLJUČAK

Posao posrednika koji se sastoji u pomoći ugovaratelju osiguranja odnosno osiguraniku u izvršavanju ugovora o osiguranju, posebno kod ostvarenja osiguranog slučaja, specifičan je posao koji se po prirodi uklapa u osnovnu zadaću posrednika - čuvati interese ugovaratelja osiguranja odnosno osiguranika. No budući da je taj posao pravni posao, koji zahtijeva vrlo veliku razinu stručnosti i znanja u obradi i likvidaciji odštetnih zahtjeva, pravo je taj posao posredniku dopustilo prvo kao akcesorij, drugi ili dopunski posao uz glavni posao posredovanja. Tek su EU direktive o posredovanju u osiguranju i reosiguranju posao pomoći kod obrade šteta odnosno kod ostvarivanja prava osiguranika na isplatu osigurnine od osiguratelja dopustile posredniku kao prirodnu fazu postupka posredovanja, dakle kao djelić posrednikova posla posredovanja u osiguranju.

Posao pomoći kod ostvarivanja odštete posrednik može obavljati i kao samostalnu radnju, jer se i sama radnja pružanja pomoći, prema pozitivnom pravu EU i hrvatskom pravu osiguranja smatra poslom distribucije. Bitno je da se pomoć pruža za odštetne zahtjeve upućene osiguratelju na temelju ugovora o osiguranju. Zahtjevi upućeni osiguratelju izvan ugovora o osiguranju ne smatraju se posredovanjem i njih mogu obrađivati samo profesionalci koji ne podliježu propisima o posredovanju u re/osiguranju.

Posao pomoći kod obrade štete i ostvarivanja prava iz ugovora o osiguranju posrednik može pružati samo ugovaratelju osiguranja, odnosno osiguraniku. Specifična je situacija kod ugovora o osiguranju od odgovornosti kod kojih posrednik može biti angažiran i od

³⁹ Za njemačko pravo teorija smatra dopuštenim razne kombinacije ugovaranja honorara za pomoć osiguraniku pri ostvarivanju naknade iz ugovora o osiguranju, v. Werber, o. c., str. 1323.

⁴⁰ Čl. 10. st. 4. IDD-a.

⁴¹ Čl. 10. st. 4. IDD-a.

strane osiguratelja, s obzirom na to da je obveza osiguratelja prema trećoj oštećenoj osobi - obeštećenje s naslova štete za koju je odgovoran osiguranik, pa se djelatnost posrednika u tom slučaju smatra i djelatnošću u korist osiguranika.

Za posao pomoći kod ostvarivanja odštetnog zahtjeva iz ugovora o osiguranju posrednik ima pravo na

posredničku proviziju, u skladu s odredbama propisa o osiguranju o isplati provizije. U slučajevima u kojima posrednik obavlja pomoć samo kod ostvarivanja prava iz ugovora o osiguranju, posrednik može za tu radnju ugovoriti pravo na proviziju od ugovaratelja osiguranja odnosno osiguranika (uz pismeni ugovor i obvezu da o tome obavijesti osiguratelja).

Summary

BROKERAGE ASSISTANCE IN HANDLING CLAIMS OF INSURED PERSONS TOWARDS INSURERS

An integral part of the insurance brokerage business, in accordance with the EU insurance brokerage directives, is also the job of assisting the insured person in the secured case, in particular the assistance in obtaining remuneration of insurances. This mediator's work has come into the very definition of the term "insurance brokerage", i.e. "distribution of insurance". However, it remains undefined in what is meant by the assistance of the insured person; whether the action is to assist as an independent brokerage activity or as additional intermediary's obligation to find the best solution for the client-insurance contractor; which is the right and obligation of the mediator - as a legal aid - to engage external associates (lawyers, etc.); whether the mediator has the right to charge the fee for the aid to the insured person or the remuneration for that activity is included in the mediation commission contracted for the conclusion of the insurance contract, etc. The author tries to answer the questions posed, in more detail by analysing the EU mediation law and Croatian insurance brokerage law.

Keywords: insurance brokerage, EU brokerage directives, job brokerage assistance to the insured when the secured case arises.

Marijan Ćurković

Ugovor o osiguranju – Komentar odredaba Zakona o obveznim odnosima

Autor Marijan Ćurković apsolutni je broj jedan hrvatskoga prava osiguranja i spada u jako mali broj velikih stručnjaka za koje vrijedi latinska izreka nomen est omen (ime je znak). To nije ni čudno ako se zna da je Marijan Ćurković onaj tko je u svojem radnom vijeku bio u čelništvu dvaju najvećih hrvatskih osiguravatelja i tko je istodobno jedini profesor prava osiguranja kojemu je pravo osiguranja temeljni i jedini interes. Svi, baš svi koji su posljednjih dvadesetak godina stekli doktorat znajući na području prava osiguranja u Republici Hrvatskoj imali su Marijana Ćurkovića za mentora. SAPIENTI SAT!!!

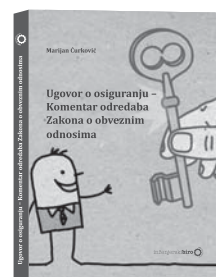
Osim klasičnoga komentara odredaba Zakona o obveznim odnosima (dalje: ZOO) o ugovoru o osiguranju, mnoge odredbe ZOO-a komentirane su i tumačene s aspekta svakodnevnih sporova koji se u vezi s tumačenjem teksta ZOO-a, koji je objektivno zakon iz 1978. (jer ZOO 2005. u ugovoru o osiguranju nije gotovo ništa mijenjao), a koji su proizišli iz činjenice da mnogi osigurateljni instituti koji su danas u uporabi vezano za nove proizvode osiguranja u vrijeme donošenja ZOO-a nisu ni postojali. To se posebno odnosi na materiju informiranja potrošača, nove klauzule u osiguranju od odgovornosti, kao što su ravnopravnost spolova kod određivanja premija, sloboda izbora odvjetnika, klauzula claim's made i sl., te na području osiguranja osoba – investicijsko osiguranje života, sudjelovanje korisnika/ugovaratelja osiguranja u dobiti osiguratelja, korištenje genetike od strane osiguratelja i sl. Nadalje, karakteristika ovoga komentara ZOO-a jest i njegovo povezivanje s odredbama Zakona o osiguranju, koji – silom EU prava – postaje značajan materijalnopravni izvor i za ugovor o osiguranju, posebno u određivanju odnosa između osiguratelja i posrednika, posrednika i ugovaratelja osiguranja itd.

Iz recenzije prof. dr. sc. Hrvoja Kačera

prosinac 2017.

Broj stranica: 284

Cijena: 150,00 kn



STEČAJNO PRAVO

Stručni članak UDK 347.739

Izmjene Zakona o stečaju potrošača

doc. dr. sc. Dejan Bodul*

Reformama starog Stečajnog zakona (njih sedam) kao i implementacijom Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (s pet izmjena), te novim Stečajnim zakonom (s jednom izmjenom), indikatori i dalje pokazuju kako su postupci i dalje skupi, s niskim stupnjem namirenja vjerovnika i s visokim troškovima. Dakle, iako indikativna metoda utvrđivanja činjenica ukazuje kako željeni ciljevi funkcionalizacije stečajnopravne zaštite još nisu ostvareni, pred zakonodavcem je novi/stari zadatak - oživotvorenje instituta potrošačkog stečaja kroz nova rješenja Zakona o stečaju potrošača. Naime, podatci pokazuju kako pravni položaj prezaduženih potrošača nije bitno promijenjen, što ukazuje kako implementacija instituta 2016. nema stvarnih rezultata. Cilj je rada analizom nove pravne regulative i relevantne literature sagledati opravdanost navedenih izmjena postupka potrošačkog stečaja identificirajući pritom potencijalne nedostatke.

Ključne riječi: potrošački stečaj, izmjene Zakona o stečaju potrošača.

1. ZAŠTO IZMJENE POSTUPKA STEČAJA POTROŠAČA

Od 1. siječnja 2016. u pravnom sustavu RH uz klasični stečajni postupak implementiran je postupak stečaja potrošača. Pravila vezana uz postupak stečaja potrošača propisana su odredbama Zakona o stečaju potrošača (dalje u tekstu: ZSP).¹ Ipak, na dan 31. ožujka 2018. u blokadi su bila 325.254 građana s dugom od 43,37 milijardi kn, od toga broj blokiranih građana na dan 31. siječnja 2018. je 324.910 s ukupnim dugom koji iznosi 42,3 milijarde kn, uvećanom za zakonsku zateznu kamatu koja iznosi oko 21,39 milijardi kn. Od ukupnog iznosa duga od 42,3 milijarde kn, 2,3 milijarde kn odnosno 5,5% odnosi se na troškove postupka, a ostalo na glavicu.² Uz navedeno ocijenjeno je kako postojećim

prosječnim tempom postupaka stečaja potrošača koji se godišnje pokreću (oko 500 izvansudskih i oko 350 sudskih postupaka stečaja potrošača godišnje) nije u potpunosti moguće ostvariti opće i posebne ciljeve Zakona.³ Objektivna poteškoća, a ne mala, u provođenju reforme bila je i činjenica da postoji vidljiva proturječnost između načela na kojima počiva moderni postupak potrošačkog stečaja i uvjeta koji su postojali.

Stoga, postavilo se pitanje - je li postojeće normativno rješenje dovoljno, odnosno jesu li postojeće *de lege lata* mjere *post festum* zaštite prezaduženih potrošača dostatne. Kako se pravni instituti ne mogu uspostaviti u kratkom razdoblju, iako naponi za izgradnju i njihovo funkcioniranje moraju biti permanentni i primarni, bilo je razumno i potrebno donijeti izmjene i dopune propisa kako bi se riješili navedeni problemi. Također je shvaćeno da reforma mora biti višestrana, odnosno mora pokrivati reformu više propisa, što je i napravlje-
no implementacijom novog Zakona o otpisu dugova

* Dejan Bodul, Katedra za građansko postupovno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

¹ Narodne novine, br. 100/15 (br. 67/18 stupa na snagu 1. 1. 2019.).
Podrobnije, Bodul, D., Osobni stečaj: globalni trend i hrvatska perspektiva, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, 2011., br. 1., str. 351.-377.

² Izvor: Vlada RH, Rješavanje problema blokiranih građana, 27. 10. 2018.

³ Obrazac prethodne procjene, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o stečaju potrošača, dostupno na mrežnim stranicama: [https://esavjetovanja.gov.hr/Documents/Download?DocumentId\(18.10.2018.\)](https://esavjetovanja.gov.hr/Documents/Download?DocumentId(18.10.2018.)).

fizičkim osobama⁴ te novog Zakona o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima.^{5,6}

2. IZMJENE ZAKONA O STEČAJU POTROŠAČA S NAGLASKOM NA JEDNOSTAVNI POSTUPAK STEČAJA POTROŠAČA

Jedna od mjera iz Programa Vlade RH za mandatno razdoblje 2016. - 2020. jest i rješavanje problema blokiranih računa građana. Navedeno se napravilo i novelom ZSP-a. Naime, sama struktura Zakona promijenjena je tako da se ZSP više ne sastoji od dva dijela i 81 članka, odnosno prvog dijela koji je podijeljen u dvije glave i drugog dijela koji je podijeljen u osam glava. Naime, osim što su nekim člancima dodane slovne oznake, dakle novi članci, dodana je i nova Glava IX.a (jednostavni postupak stečaja potrošača).

2.1. Općenito o izmjenama Zakona o stečaju potrošača

Novela ZSP-a pojašnjava definiciju pojma potrošača s obzirom na dvojbe koje su se javile u sudskoj praksi na način da je za ZSP bitno je li u trenutku pokretanja postupka potrošač fizička osoba koja je obveznik poreza na dohodak od samostalne djelatnosti prema odredbama zakona kojim se uređuje utvrđivanje i plaćanje poreza na dohodak ili poreza na dobit prema odredbama zakona kojim se uređuje utvrđivanje i plaćanje poreza na dobit (čl. 4.).

Ukida se obveza odbacivanja podneska, ako nije podnesen na propisanom obrascu, u slučajevima kada podnesak sadržajno sadržava sve podatke koje predviđa sadržaj obrazaca (čl. 6.).

Nadalje, pokretanje prethodnog postupka pred savjetovalištem radi sklapanja izvansudskog sporazuma između potrošača i vjerovnika postaje opcionalno. Dakle, izvansudski postupak koji provodi posrednik u savjetovalištu s ciljem sklapanja izvansudskog spora-

zuma između potrošača i vjerovnika, prije pokretanja postupka stečaja potrošača više nije obveza (čl. 8.).

Revidirana su i pravila o registru nesolventnosti, dok će ministar nadležan za poslove pravosuđa donijeti pravilnik o sadržaju i načinu vođenja registra nesolventnosti (čl. 28.).

Sud je dobio veća ovlaštenja na način da je ovlašten i za određivanje razdoblja provjere ponašanja, odnosno da provodi postupak radi raspravljanja i glasanja o planu ispunjenja obveza, ako prije pokretanja postupka stečaja potrošača nije vođen izvansudski postupak pred savjetovalištem (čl. 30.).

Također su izmijenjena i pravila o povjerenicima. Naime, jedan od većih problema predstavlja nedostatak povjerenika, tj. osoba koje su voljne biti povjerenicima u postupku stečaja potrošača. Trenutno je na listi povjerenika upisano samo dvoje povjerenika jer ne postoji (ekonomski) interes za obavljanje navedene dužnosti. Naime, dosadašnje rješenje ukazuje kako se na listu povjerenika može upisati fizička osoba: koja ima poslovnu sposobnost, završeni diplomski sveučilišni studij, odnosno završeno visoko obrazovanje s najmanje 300 ECTS bodova, položen stručni ispit za povjerenika i koja je dostojna za obavljanje poslova povjerenika. Tako izabrani povjerenik ima pravo na nagradu za svoj rad te na naknadu stvarnih troškova. Kriteriji i način obračuna i plaćanja nagrade za rad povjerenicima u postupku stečaja potrošača propisani su odredbama Uredbe o kriterijima i načinu obračuna i plaćanja nagrade povjerenicima u postupku stečaja potrošača (dalje u tekstu: Uredba)⁷. Nagrada za rad povjereniku do zaključenja postupka stečaja potrošača iznosi najviše 150.000,00 kuna, od čega s osnove vrijednosti unovčene stečajne mase najviše 120.000,00 kuna, s osnove dodatne nagrade najviše 20.000,00 kuna i s osnove posebne nagrade najviše 10.000,00 kuna. Za razdoblje provjere ponašanja povjereniku pripada pravo na nagradu za svaku godinu nadzora u iznosu od 2.000,00 kuna do 20.000,00 kuna, ovisno o složenosti poslova koje obavlja (sve su bruto iznosi). Naknada troškova određuje se na temelju pisanoga, obrazloženoga i dokumentiranoga izvješća povjerenika. Ipak, Uredba zanemaruje specifične okolnosti u kojima povjerenici obavljaju dužnost. To su broj i kvaliteta povjerenika, način njihova imenovanja, odnos "stečajnih" sudaca i povjerenika, ogroman broj blokiranih subjekata, očekivana prosječna stečajna masa *et seq.* Stoga se novelom

⁴ Narodne novine, br. 62/18.

⁵ Narodne novine, br. 68/18.

⁶ Vidi, Bodul, D., Ružić, D., Modeli postupaka za rješavanje problema osobne prezaduženosti u Europskoj uniji: hrvatska iskustva i rješenja, Zbornik radova s IV. međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog procesnog prava - nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća", Pravni fakultet, Split, 2018., str. 317.-347.

⁷ Narodne novine, br. 13/16.

ZSP-a planira riješiti problem nedostatka osoba koje bi se upisale na listu povjerenika na način da se olakšava upis na listu povjerenika (omogućava se odvjetnicima, stečajnim upraviteljima, ovlaštenim revizorima i poreznim savjetnicima da obavljaju poslove povjerenika bez potrebe polaganja stručnog ispita), ali i propisuje mogućnost imenovanja stečajnih upravitelja umjesto povjerenika, čime se osigurava adekvatna primjena ZSP-a (čl. 33., 35. i 37.).

U viši isplatni red spadale bi sve tražbine vjerovnika koji su osobni vjerovnici potrošača i koji u vrijeme otvaranja postupka stečaja imaju koju imovinskopравnu tražbinu prema njemu (čl. 137. st. 1. SZ-a). Tražbina se sastoji od glavnice, kamata do otvaranja stečajnog postupka te troškova ako se temelji na ovršnoj ispravi.

Također se definira kako je povjerenik dužan upravljati i raspolagati onom imovinom potrošača koja ulazi u stečajnu masu radi namirenja vjerovnika potrošača te se određuje odgovarajuća primjena odredbi o odgovornostima i dužnostima stečajnog upravitelja (čl. 40.). Naime, novim Stečajnim zakonom (dalje u tekstu: SZ)⁸ redefinirana su i pravila o osiguranju od odgovornosti stečajnog upravitelja budući da su se stara pravila pokazala teško provedivima u praksi. Stoga novi SZ uvodi obvezu osiguranja stečajnih upravitelja prema kojoj je aktivni stečajni upravitelj dužan u svoje ime i za svoj račun zaključiti s osiguravajućim društvom ugovor o obveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti odgovarajućom primjenom odredbi o osiguranju od profesionalne odgovornosti za odvjetnike (čl. 81. SZ-a). Novim SZ-om dužnosti stečajnoga upravitelja nisu se mijenjale (čl. 89. SZ-a).

Osim što se ukida obveza prilaganja potvrde da pokušaj sklapanja izvansudskog sporazuma nije uspio,

što je bio uvjet za pokretanje postupka stečaja potrošača, također se propisuje kako se popis imovine i obveza i plan ispunjenja obveza podnose na propisanom obrascu te da se prijedlog za otvaranje postupka stečaja potrošača ne objavljuje na mrežnoj stranici e-oglasna ploča sudova (čl. 44.). Kada se govori o otvaranju postupka stečaja potrošača, ostaje nerazjašnjeno pitanje prava na žalbu odnosno tko ima pravo na žalbu protiv rješenja o otvaranju postupka stečaja potrošača. Prema odredbama SZ-a pravo na žalbu protiv rješenja o otvaranju stečajnog postupka imaju osobe ovlaštene za zastupanje dužnika pravne osobe do dana otvaranja stečajnog postupka i dužnik pojedinac (čl. 128. st. 8. SZ-a). Ovo je razumljivo zbog toga što stečajni postupak nad pravnom osobom i dužnikom pojedincem mogu pokrenuti i druge ovlaštene osobe, a ne samo dužnik. Stečaj potrošača pokreće se samo na prijedlog potrošača pa doktrina postavlja pitanje koje su osobe ovlaštene na podnošenje žalbe protiv rješenja o otvaranju postupka stečaja potrošača? Kada bi sud otvaranjem postupka stečaja potrošača udovoljio zahtjevu potrošača proizlazilo bi da on ne bi imao pravni interes pobijati rješenje o otvaranju postupka stečaja potrošača, ali bi imao pravni interes pobijati to rješenje u dijelu imenovanja povjerenika ili upisa u pojedine upisnike i registre pa bi sud trebao voditi računa koje dijelove rješenja o otvaranju stečaja potrošača, potrošač pobija i iz kojih razloga.⁹

Nadalje, reformiralo se i pravilo o zabrani opstrukcije plana na način da se izričito propisuje tko može podnijeti prijedlog za nadomještanje nedostajućeg pristanka vjerovnika uz detaljnije propisivanje postupka i uvjeta kada sud svojom odlukom ne može nadomjestiti nedostajući pristanak vjerovnika (čl. 51.).

Mijenjana su i pravila o neprihvatanju plana te se mijenja dosadašnje pravilo propisujući da sud može na pripremnom ročištu utvrditi jesu li ispunjeni uvjeti za otvaranje postupka stečaja potrošača kao i da se ovo ročište može iznimno odgoditi ako ocijeni da je radi utvrđenja činjenice postojanja stečajnog razloga potrebno izvesti vještačenje ili iz drugog opravdanog razloga. Također se utvrđuje zakonska presumpcija da plan ispunjenja nije prihvaćen ako iz plana ispunjenja obveza kojeg je potrošač priložio uz prijedlog za otvaranje postupka stečaja potrošača proizlazi da ukupan

⁸ Narodne novine, br. 71/15 i 104/17.

⁹ Marković, N., Baran, N., Zakon o stečaju potrošača, Pravosudna akademija, Zagreb, 2016., str. 41.

iznos obveza koje potrošač planira ispuniti nije jednak ili veći od 25% od ukupnog iznosa potrošačevih obveza određujući kako u tom slučaju sud neće zakazati pripremo ročište ni razmatrati plan ispunjenja obveza (čl. 52. i 52.a). Nadalje, sudu je dana mogućnost da održi ročište radi rasprave o uvjetima za otvaranje postupka stečaja potrošača i u slučaju ako nije održano pripremo ročište (čl. 53.).

Revidirano je i pravilo o slučajevima kada se otvoreni stečajni postupak ne provodi. Naime, ako sud stekne uvjerenje da imovina potrošača nije dovoljna ni za namirenje troškova postupka, pozvat će osobe koje imaju pravni interes za provedbu postupka stečaja potrošača da u roku od 15 dana od dana objave tog poziva na mrežnoj stranici e-oglasna ploča sudova uplate predujam za namirenje troškova postupka. Ako niti jedna od ovih osoba u zakonskom roku ne podmiri traženi iznos, sud će donijeti rješenje o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka te istodobno imenovati povjerenika i odrediti razdoblje provjere ponašanja u trajanju od pet godina. Također, ovim se člankom nadopunjuju odredbe o nastavljaju postupka stečaja potrošača radi naknadne diobe (čl. 58.). Ipak, neka pitanja u navedenom članku ostala su nerazjašnjena. Naime, odredbe SZ-a na odgovarajući način primjenjuju se i u postupku stečaja potrošača. Razlika je u tome što se stečajni postupak pravnih osoba i dužnika pojedinca nastavlja nakon što je on otvoren i zaključen zbog toga što dužnik nema imovine ili je ona neznatne vrijednosti, a kod stečaja potrošača, postupak stečaja se nastavlja nakon što je već određeno razdoblje provjere ponašanja potrošača u trajanju od 5 godina. Dakle, iz razdoblja provjere ponašanja vraćamo se u nastavak postupka stečaja pa se postavlja pitanje što će biti s postupkom oslobođenja od preostalih obveza? Takvo nejasno zakonsko uređenje da se za vrijeme trajanja razdoblja provjere ponašanja treba nastaviti stečajni postupak ako potrošač stekne imovinu iz koje se mogu namiriti vjerovnici, dovodi do pitanja prekida li se ili obustavlja oslobođenje od preostalih obveza? Kako se vraćamo u postupak stečaja potrošača koji, u pravilu prethodi oslobođenju od preostalih obveza, očito je da nemamo više razdoblje provjere ponašanja potrošača. U razdoblju provjere ponašanja predviđeno je da se potrošaču može uskratiti oslobođenje od preostalih obveza u slučaju da se ispune zakonom predviđene pretpostavke (75. ZSP-a). Međutim, nije predviđeno da bi se uskratilo oslobođenje od preostalih obveza ako se postupak

stečaja potrošača istodobno otvori i zaključi zbog toga što potrošač nije imao imovine ili je ona bila neznatne vrijednosti na početku stečaja. Budući da se oslobođenje od preostalih obveza može provoditi samo ako se postupak stečaja zaključi, to bi značilo da u slučaju kada se nastavlja stečajni postupak više nemamo zaključeni stečajni postupak pa bi trebalo razmisliti trebalo li se razdoblje provjere ponašanja obustaviti i o ponovnom oslobođenju od preostalih obveza odlučivati tek nakon što se nastavljeni postupak stečaja zaključi.¹⁰

Također se propisuje da u postupku stečaja potrošača postoje samo dva isplatna reda, i to viši i niži isplatni red. Navedeno proizlazi iz odgovarajuće primjene SZ-a i pravila da potrošač ne može biti fizička osoba koja je obveznik poreza na dohodak od samostalne djelatnosti prema odredbama Zakona o porezu na dohodak ili poreza na dobit prema odredbama Zakona o porezu na dobit ako, među ostalim, ima obveze iz radnih odnosa prema radnicima (čl. 59.). U viši isplatni red spadale bi sve tražbine vjerovnika koji su osobni vjerovnici potrošača i koji u vrijeme otvaranja postupka stečaja imaju koju imovinskopravnu tražbinu prema njemu (čl. 137. st. 1. SZ-a). Tražbina se sastoji od glavnice, kamata do otvaranja stečajnog postupka te troškova ako se temelji na ovršnoj ispravi. U tražbine nižih isplatnih redova spadaju: 1. kamate na tražbine stečajnih vjerovnika od otvaranja stečajnoga postupka, 2. troškovi koji za pojedine vjerovnike nastanu njihovim sudjelovanjem u postupku, 3. novčane kazne izrečene za kazneno ili prekršajno djelo i troškovi kaznenoga ili prekršajnoga postupka, 4. tražbine za besplatnu činidbu dužnika 5. tražbine za povrat zajma kojim se nadomješta kapital nekoga člana društva ili odgovarajuće tražbine (čl. 139. SZ-a). Osnovna su pravila da se vjerovnici kasnijega isplatnoga reda mogu namiriti tek nakon što budu u cijelosti namireni vjerovnici prethodnoga isplatnog reda. Stečajni vjerovnici istoga isplatnog reda namiruju se razmjerno veličini svojih tražbina (čl. 137. st. 2. SZ-a). To bi značilo da se tek nakon namirenja tražbina višeg isplatnog reda (čl. 138. st. 2. SZ-a), namiruju tražbine nižeg isplatnog reda prema redoslijedu iz odredbe čl. 139. st. 1. SZ-a.

Nadalje, rješavaju se i druge dvojbe koje su uočene u praksi. Prva dvojba odnosi se na davanje uzdržavanja iz stečajne mase (čl. 59.a) i situacije ako potrošač premine (čl. 59.b). U prvom slučaju, a za vrijeme trajanja postupka stečaja potrošača i u razdoblju provjere ponašanja, obveze po osnovi zakonske obveze na uzdr-

¹⁰ Ibid., str. 39.-40.

žavanje povjerenik će ispunjavati prema redosljedu po kojem se ispunjavaju ostale obveze stečajne mase, bez obzira na to kada je zakonska obveza na uzdržavanje nastala odnosno kada je utvrđena. U drugom slučaju, u slučaju smrti dužnika potrošača, postoji potreba zakonom propisati stranačku sposobnost za stečajnu masu potrošača. Naime, kako bi nasljednici ostvarili svoje pravo na eventualni ostatak stečajne mase, potrebno je provesti stečajni postupak unovčenjem stečajne mase i namirenjem vjerovnika. U tu svrhu potrebno je stečajnoj masi zakonom priznati stranačku sposobnost te sposobnost biti nositeljem prava i obveza. Pravnu osnovu za priznanje stranačke sposobnosti stečajnoj masi sadrži odredba čl. 77. Zakona o parničnom postupku¹¹ kojom je propisano da stranka u postupku može biti svaka fizička i pravna osoba, odnosno da se posebnim propisima određuje tko može biti stranka u postupku osim fizičkih i pravnih osoba. Ova se odredba primjenjuje na odgovarajući način u postupku stečaja potrošača na temelju odredbe čl. 10. SZ-a i čl. 23. ZSP-a.

Nadalje, ZSP se usklađuje sa Zakonom o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona iz 2017.¹² te se uvažavaju sva pravila ovršnog prava prema kojima određivanje ovrhe na nekretnini nije dopušteno. Tako se prema pravilima ovršnog prava nekretnina potrošača ne može prodati ako se radi o jedinoj nekretnini u kojoj stanuje potrošač koji ne obavlja registriranu djelatnost i koja je nužna za zadovoljenje njegovih osnovnih životnih potreba i osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati. Također, ne može se provoditi ovrha na nekretnini radi namirenja tražbine čija glavnica iznosi do 20.000,00 kuna (čl. 64.). Razrađuju se odredbe koje uređuju postupak završne diobe i završni diobni popis kako bi se otklonile nedoumice koje su se pojavile u sudskoj praksi (čl. 68.).

Također su se revidirale iznimke kada se potrošača neće osloboditi od preostalih obveza te se propisao novi rok od pet godina u kojem se potrošač ne može osloboditi od preostalih obveza ako je oslobođen od preostalih obveza u jednostavnom postupku stečaja potrošača. Ukida se i obveza suda da dostavi rješenje o zaključenju postupka stečaja potrošača po pravomoćnosti Ministarstvu pravosuđa s obzirom na to da su podaci koji su Ministarstvu pravosuđa bitni za vođenje registra dostupni elektroničkim putem (čl. 69.).

Nadalje, osim što se kvalitetnije uredio pravni položaj povjerenika (71.a), potrošač je dužan predati po-

vjereniku jednu polovinu imovine koju stekne nasljeđivanjem, a ne ukupnu naslijeđenu imovinu, kako bi se odredba uskladila sa SZ-om, tj. kako potrošač ne bi bio u nepovoljnijem položaju od dužnika pojedinca nad kojim se provodi stečaj (čl. 73.).

Novi čl. 73.a propisuje pravila postupanja povodom prijedloga stečajnog vjerovnika za uskratu oslobođenja od preostalih obveza.

Članak 77. uređuje tijek zastare za vrijeme trajanja stečajnog postupka i razdoblja provjere ponašanja određujući u kojim se slučajevima zastara prekida.

2.2. Jednostavni postupak stečaja potrošača: u korak s modernim svjetskim rješenjima

Potrošačko stečajni postupak relativno je nova tema komparativnih istraživanja. Naime, nacionalni partikularizam u području stečaja potrošača, u europskom kontekstu, i šire, započeo je ustupati mjesto idejama o harmonizaciji budući da su države suočene s istim problemima u području funkcionalizacije potrošačko stečajno pravne zaštite te sličnim pravno-političkim zahtjevima.

Tako je u pravu SAD-a najzastupljenija procedura u skladu s Glavom 7. Stečajnog zakona SAD-a (*liquidation bankruptcy* ili *straight bankruptcy*). U skladu s predmetnom procedurom, potrošačima je omogućen automatski otpust dugova u zamjenu za distribuciju neizuzete imovine u korist vjerovnika. U velikoj većini slučajeva, stečajni upravitelj utvrdit će da dužnik ne raspolaže neizuzetom imovinom. Slijedom navedenoga, dužnik dobiva otpust dugova i novi financijski početak samo četiri mjeseca nakon podnošenja prijedloga, i najčešće bez predaje bilo kakve imovine i budućih prihoda.

Stečaj je formalni odgovor na insolventnost fizičkih osoba u Engleskoj. Reguliran je dijelom IX Insolvency Acta 1986 (UK) (dalje u tekstu: Insolvency Act 1986).¹³ Radi se o sudskom postupku u kojem rješenje može donijeti engleski Visoki sud (*High Court*) ili nadležni općinski sud (*County Court*). Vlada Velike Britanije pristupila je promjenama *debt relief* zakonodavstva 2004. s ciljem uvođenja jeftinije inačice otpusta dugova za potrošače, koji duguju male iznose, koji su bez stalnih prihoda te bez imovine na kojoj bi se ovrha mogla provesti, tzv.

¹¹ Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 28/13 i 89/14.

¹² Narodne novine, br. 73/17.

¹³ V. Insolvency Act 1986, 1986 c. 45.

NINA (*no income no asset*) dužnici.¹⁴ Rezultat ovakvog konzultativnog procesa¹⁵ je uvođenje *Debt Relief Order* procedure 2007.¹⁶

Francuski model (*surendettement des particuliers*) uključuje dvostruki kolosijek kroz izvansudsku te sudsku fazu. Izvansudsku fazu nadgleda tijelo *Commissions on Individual Over-Indebtedness*. Naime, francuski dužnici pokreću postupak podnošenjem prijedloga jednoj od *commissions* koja je osnovana u svakih od 117 francuskih *departementa*. Svaki se sastoji od šest članova, od predsjednika, rizničara i direktora financijskih usluga kao i predstavnika vjerovnika i dužnika. Zadnji član je pripadnik francuske Narodne centralne banke (*Banque de France*). *Commission* se sastoji i od pravnika i socijalnog radnika koji nemaju pravo glasa. U slučaju da vjerovnici odbiju prihvatiti plan *Commissiona*, slučaj se delegira na sud po prijedlogu vjerovnika, a *Commission* daje preporuku sudu u želji da sud nametne redovne ili izvanredne mjere otpusta dugova. Ipak, zbog velikog broja slučajeva sudovi obavljaju prije svega dvije funkcije, odnosno rješavaju proceduralne probleme koji nastaju u radu *Commissiona*.

Za insolventijski postupak potrošača¹⁷ vrijede opće odredbe Insolventijskog zakonika (dalje u tekstu: InsO) ako nije drugačije određeno.¹⁸ Pojednostavnjeni insolventijski postupak uređen je u §§ 311. *et seq.* InsO-a, a cilj mu je biti fleksibilniji, brži te jeftiniji postupak od klasičnih insolventijskih postupaka. Takva koncepcija postupka trebala bi omogućiti i rasterećenje sudova i manje troškove postupaka. Usporedni cilj pojednostavnjenog postupka, kao i kod redovitog postupka, ravnomjerno je namirenje svih vjerovnika iz insolventijske mase. Osvrćući se na njemački model, koji je poslužio kao translatativni uzor, za istaknuti je kako koristi od oslobođenja od preostalih dugova u Njemačkoj ima tek neznatan broj prezaduženih potrošača.

Iako se autor ograničio na opće konstatacije o navedenim modelima postupka, zasnovane na poredbenim iskustvima, bez detaljnog razmatranja brojnih i razno-

likih konkretnih specifičnih usporednih rješenja, vidljivo je kako je implementiranje jednostavnog postupka stečaja potrošača, kao model, nešto što već postoji. Iz nomotehničke perspektive, to smatramo pozitivnim jer nova rješenja, koja se ne baziraju na homogenom, u praksi ispitano osnovnom modelu, ipak su nužno i rješenja s kojima se ni u drugim pravnim sustavima nema iskustva. Takva iskustva su, međutim, nužna, da bi se pod vremenskim i političkim pritiskom "oživjeli" zakoni. Štoviše, iskustva drugih modernih zemalja, u kojima su propisi o stečaju potrošača više puta promijenjeni, pokazuju da je opasno zauzeti tvrd i neelastičan stav u odnosu na usvojeni propis te da zakonodavac treba biti otvoren za proces prilagodbe potrebama prakse i "finom" usklađivanju zakonskog teksta.

2.2.1. Predmet i cilj jednostavnog postupka stečaja potrošača

Nova Glava IX.a "Jednostavni postupak stečaja potrošača" (čl. 79.a do 79.v) definira uvjete, način i postupak provođenja jednostavnog postupka stečaja potrošača u kojem bi se većem broju osoba koje imaju blokirane račune omogućilo oslobođenje od obveza. Pritom je zakonodavac ocijenio kako postoji legitimni cilj u javnom interesu za implementaciju takvog postupka na način da je isti nužan, prikladan i razmjernan te da se njime ne stavlja prekomjeren teret na njegove adresate (načelo proporcionalnosti).

2.2.2. Pretpostavke za otvaranje postupka

Otvaranje stečajnog postupka moguće je samo ako su ispunjene određene zakonske pretpostavke. Dakle, jednostavan stečajni postupak potrošača će se otvoriti, u osnovi, ako potrošač u Očevidniku redosljeda osnova za plaćanje kojeg vodi FINA ima jednu ili više evidentiranih neizvršenih osnova za plaćanje¹⁹ radi prisilnog ostvarenja tražbina²⁰ u iznosu do 20.000,00

¹⁴ V. Department of Constitutional Affairs A Choice of Paths: Better options to manage over-indebtedness and multiple debt (CP 23/04); The Insolvency Service Relief for the Indebted - An Alternative to Bankruptcy (2005).

¹⁵ Ibid., par. 28.-42.

¹⁶ Section 108. Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, inserting sections 251A to 251X Insolvency Act 1986.

¹⁷ §§ 304.-314. Insolvenzordnung, Bundesgesetzblatt 1994, I, str. 2866, posljednja izmjena Bundesgesetzblatt 2016., I, str. 3147.

¹⁸ § 304., st. 1., reč. 1. InsO-a.

¹⁹ Čl. 79.a Zakona definirano je što se smatra osnovom za plaćanje. Naime, vjerovnici često na temelju iste ovršene isprave traže djelomičnu naplatu, a svaki njihov zahtjev za prisilno namirenje zasebno se evidentira u Očevidniku redosljeda osnova za plaćanje. Stoga, ako je isti vjerovnik na temelju iste ovršne isprave zatražio više djelomičnih namirenja tako da je u Očevidniku redosljeda osnova za plaćanje upisano više osnova za plaćanje, svaka upisana osnova za plaćanje se u smislu ove glave Zakona smatra samostalnom tražbinom vjerovnika.

²⁰ Tražbine vjerovnika koje su upisane u Očevidnik redosljeda osnova

kuna s osnova glavnice²¹ u neprekinutom razdoblju dužem od tri godine te ako je potrošač suglasan da se provede jednostavni postupak stečaja potrošača nad njegovom imovinom odnosno ako se prema ovom Zakonom smatra da je potrošač suglasan da se može provesti jednostavni postupak stečaja potrošača nad njegovom imovinom.

Pritom jednostavni postupak stečaja potrošača je stečajni postupak koji je ograničen samo na "određene skupine" potrošača jer se ne primjenjuje na potrošače koji obavljaju registriranu djelatnost, odnosno jednostavni postupak stečaja potrošača ne primjenjuje se na potrošače koji su obveznici poreza na dohodak od samostalne djelatnosti prema odredbama Zakona o porezu na dohodak ili obveznici poreza na dobit prema odredbama Zakona o porezu na dobit.

Štoviše, Zakon regulira još neke iznimke, pa se tako prva iznimka od osnovnog pravila odnosi na vjerovnike čije osnove za plaćanje na dan otvaranja jednostavnog postupka stečaja nisu evidentirane u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje, i to zato što ih je FINA brisala iz Očevidnika protekom roka prema posebnom zakonu. Dodatni uvjeti su da tražbine iz osnova za plaćanje koje su brisane iz Očevidnika i tražbine iz osnova za plaćanje koje su ostale upisane u Očevidniku s osnova glavnice ne prelaze iznos od 20.000,00 kuna, odnosno da nakon brisanja osnova za plaćanje iz Očevidnika više nije ostalo osnova za plaćanje upisanih u Očevidniku. Druga iznimka od osnovnog pravila odnosi se na vjerovnike koji su povukli osnove za plaćanje iz Očevidnika redoslijeda osnova za plaćanje pod uvjetom da to predloži potrošač. Dodatni uvjet je da se radi o tražbinama s osnove glavnice koja ne prelazi iznos od 20.000,00 kuna. Radi namirenja vjerovnika prema navedene dvije iznimke bitno je da su osnove za plaćanje brisane iz Očevidnika redoslijeda osnova za plaćanje (bilo od strane FINA-e bilo od strane vjerovnika) nakon razdoblja neprekidne blokade koja je morala trajati barem tri godine.²²

za plaćanje koji vodi FINA radi osiguranja ili radi naplate novčane kazne ne uzimaju se u obzir pri utvrđivanju uvjeta za otvaranje jednostavnog postupka stečaja potrošača niti se jednostavni postupak stečaja potrošača na njih primjenjuje.

²¹ Što se u smislu ove glave ZSP-a smatra glavnicom propisano je st. 7. čl. 79.a Zakona pa je tako propisano da se glavnicom smatraju i troškovi i uglavničene kamate ako je njihovo prisilno ostvarenje vjerovnik tražio kao glavnu tražbinu.

²² U slučaju konkurencije više osnova za plaćanje, prednost ima vjerovnik čija osnova za plaćanje je bila ranije upisana u Očevidnik redoslijeda osnova za plaćanje. Tražbine iz osnova za plaćanje koje su brisane iz Očevidnika redoslijeda osnova za plaćanje od strane FINA-e imaju prednost nad osnovama za plaćanje koje su brisane voljom vjerovnika.

2.2.3. Poziv potrošaču

Nakon što FINA utvrdi kako su ispunjene pretpostavke na temelju kojih se može provesti jednostavni postupak stečaja, pozvat će potrošača da se u roku od 15 dana od dana dostave poziva očituje je li suglasan da se provede taj postupak. FINA mora uputiti poziv u roku od 30 dana od dana kada su ispunjeni uvjeti za otvaranje jednostavnog postupka stečaja potrošača, a poziv se dostavlja na adresu na koju je prijavljen potrošač. U tom ga se pozivu obavještava da u roku za davanje suglasnosti mora dostaviti popis svoje imovine te da može podnijeti prijedlog da se postupak provede i u odnosu na vjerovnike koji su povukli osnovu za plaćanje. Uz poziv mu se dostavljaju i svi podaci koji moraju biti sadržani u prijedlogu za otvaranje postupka. Poziv se dostavlja potrošaču na adresu prebivališta u Republici Hrvatskoj prema podacima o prebivalištu iz evidencija Ministarstva unutarnjih poslova (MUP). Iznimno, ako prema podacima iz evidencija MUP-a proizlazi da je potrošač prijavio boravište u kojem drugom mjestu u Republici Hrvatskoj ili da je prijavio koje drugo mjesto ili način na koji mu se dostava može obaviti, dostava se obavlja na adresi boravišta odnosno na drugom prijavljenom mjestu ili na drugi prijavljeni način. Ako dostava ne uspije na prethodnoj adresi, ista će se obaviti na mrežnoj stranici e-oglasna ploča sudova, uz slanje obavijesti potrošaču na prethodnu adresu da je dostava poziva obavljena isticanjem na mrežnoj stranici e-oglasna ploča sudova. Obavijest potrošaču dostavlja se na prethodnu adresu predajom u poštanski sandučić i u njegov korisnički pretinac u sustavu e-Građani. Ako iz evidencije Ministarstva unutarnjih poslova proizlazi da potrošač nema prebivalište u Republici Hrvatskoj odnosno ako potrošač nema boravište u Republici Hrvatskoj, FINA će na mrežnoj stranici e-oglasna ploča sudova pozvati potrošača da dostavi adresu za primanje pismena. Objava poziva mora trajati najmanje 60 dana.

U slučaju da se potrošač ne očituje roku od 15 dana od dana dostave poziva ili dostavi popis imovine, smatrat će se da je suglasan da se provede jednostavni postupak stečaja potrošača. Ako, pak, dostavi očitavanje da je suglasan da se provede postupak, ali ne popiše imovinu, smatrat će se da je izjavio da nema imovine iz koje se mogu namirivati njegovi vjerovnici. Dakle, suglasnost za vođenje postupka i da nema imovine može se presumirati, ali ako potrošač želi da se postu-

pak provede i u odnosu na vjerovnike koji su povukli osnovu za plaćanje, mora izričito staviti takav prijedlog (čl. 79.c).

2.2.4. Aktivna legitimacija za pokretanje postupka

Jednostavni postupak stečaja potrošača *ex offio* pokreće FINA.

Naime, FINA prijedlog s točno specificiranim sadržajem²³ podnosi mjesno nadležnom općinskom sudu u elektroničkom obliku. Ostaje svakako za vidjeti kako će ovaj oblik komunikacije zaživjeti odnosno hoće li se pokazati uspješnim kao elektronička komunikacija koja je u primjeni na svim trgovačkim sudovima (elektroničke komunikacije odvjetnika i javnih bilježnika s trgovačkim sudovima).

Prijedlog za provedbu jednostavnog postupka stečaja potrošača sadrži dva prijedloga sudu. Prvi, da sud provede jednostavni postupak stečaja potrošača nad imovinom potrošača radi namirenja vjerovnika čije osnove za plaćanje su evidentirane u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje. Drugi je prijedlog sudu da provede jednostavni postupak stečaja potrošača nad imovinom potrošača radi namirenja vjerovnika čije osnove za plaćanje nisu evidentirane u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje jer ih je FINA brisala protekom roka prema posebnom propisu. Uz prijedlog za provedbu jednostavnog postupka stečaja potrošača, FINA prilaže i dostavlja sudu u elektroničkom obliku očitovanje i drugu dokumentaciju koju joj je potrošač dostavio, kao i poziv koji je dostavljen potrošaču.

2.2.5. Postupak suda po prijedlogu za pokretanje jednostavnog postupka stečaja potrošača

Sudski savjetnici su ovlašteni, odgovarajućom primjenom odredaba ZSP-a o jednostavnom postupku stečaja potrošača, provoditi jednostavni postupak stečaja potrošača te donositi odluke. Ovo se rješenje može problematizirati iz perspektive ustavnopravnosti. Naime, autor smatra da takva formulacija dovodi

u pitanje ostvarivanje ustavnog prava građana da o njihovim pravima i obvezama građanske naravi odluči zakonom ustanovljeni i nepristrani sud (čl. 6. st. 1. Europske konvencije,²⁴ čl. 29. st. 1. Ustava RH²⁵), odnosno dovodi se u pitanje ostvarivanje i ustavnih načela da u RH sudbenu vlast obavljaju sudovi (čl. 115. st. 1. Ustava RH) te da u suđenju sudjeluju suci porotnici i sudski savjetnici, u skladu sa zakonom (čl. 118. Ustava RH).²⁶ Štoviše, odlukom od 13. prosinca 2016. Ustavni sud RH nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom RH čl. 13. Zakona o parničnom postupku zaključivši da osporenim člankom sudskim savjetnicima nije dano ovlaštenje za donošenje odluke odnosno, kako je to bio pogrešno naveo predlagatelj, ovlaštenje da sude. Naime, isti navodi kako je donošenje odluke isključivo, neovisno o tome je li sudac sam proveo postupak ili ga je proveo sudski savjetnik, u nadležnosti suca.²⁷

U svakom slučaju, nakon zaprimanja prijedloga za provedbu jednostavnog postupka stečaja potrošača, sud će rješenjem odbiti prijedlog za otvaranje jednostavnog postupka stečaja potrošača ako nisu ispunjeni uvjeti za otvaranje jednostavnog postupka stečaja potrošača te će rješenje dostaviti potrošaču i FINA-i.²⁸ S druge strane, rješenjem će odbaciti prijedlog za provedbu jednostavnog postupka stečaja potrošača ako se potrošač očitovao da nije suglasan da se provede jednostavan postupak stečaja potrošača odnosno ako bi se jednostavni postupak stečaja potrošača provodio samo radi namirenja vjerovnika čije su obveze izuzete od oslobođenja (vidi čl. 77. "Obveze izuzete iz oslobođenja"). Štoviše, u slučaju da sud oslobodi potrošača od preostalih obveza u odnosu na obveze iz čl. 77., vjerovnici navedenih obveza mogu u roku od pet godina od pravomoćnosti rješenja kojim se potrošač oslobađa od preostalih obveza predložiti sudu da ukine svoje rješe-

²⁴ Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06 i 2/10.

²⁵ Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 i 5/14.

²⁶ Vidi, Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 188. *et seq.*

²⁷ Odluka Ustavnog suda RH, br. U-I-2191/2005. od 13. prosinca 2016. Maganić i Hraste navode jedan drugi slučaj kada je Ustavni sud RH pozitivno odlučio o ustavnosti sudjelovanja sudskog savjetnika u provedbi ovrhe pravilno zaključivši da bi usvajanje ustavne tužbe u konkretnom slučaju otvorilo Pandorinu kutiju ustavnopravnosti svih odluka donesenih u postupcima koje su provodili sudski savjetnici. Vidi, Maganić, A., Hraste, L., Različiti oblici rasterećenja pravosuđa u Republici Hrvatskoj - trebaju li Hrvatskoj *Rechtspflegeri*?, Pravnik, br. 46,1 (93), 2013., str. 34.-37.

²⁸ Na traženje suda FINA dostavlja sudu u elektroničkom obliku podatke iz Očevidnika redoslijeda osnova za plaćanje.

²³ Izgled prijedloga za provedbu jednostavnog postupka stečaja potrošača pravilnikom će propisati ministar nadležan za poslove pravosuđa kako bi se ujednačilo postupanje i kako bi bilo lakše sudu postupati po prijedlogu.

nje u dijelu u kojem je potrošač oslobođen od preostalih obveza prema tome vjerovniku (čl. 79.r).

Protiv rješenja o odbacivanju i odbijanju prijedloga za provedbu jednostavnog postupka stečaja potrošača potrošač ima pravo na žalbu.

U slučaju da sud nije odbio ili odbacio prijedlog, sud će na mrežnoj stranici e-oglasna ploča sudova objaviti oglas koji sadržava: podatke za identifikaciju potrošača; popis imovine ako ga je potrošač dostavio; poziv vjerovnicima da najkasnije u roku od 45 dana od objave oglasa istaknu prigovor protiv popisa imovine i da obavijeste sud o imovini potrošača koja bi se mogla unovčiti kao stečajna masa u slučaju da stečaj potrošača bude otvoren (79.f). Sud je dužan i ovlašten *ex officio* utvrditi potrošačevu imovinu kao i raspolaganja imovinom koja je potrošač poduzeo unatrag tri godine. Provjeru potrošačeve imovine sud može utvrđivati neposredno elektroničkim putem FINA-e koja će podatke pribavljati od Ministarstva financija, Porezne uprave i od drugih tijela.²⁹

Pritom se postupak može provesti u dvije varijante, ovisno o tomu ima li potrošač vrijedniju imovinu ili ne.

2.2.5.1. Postupanje ako potrošač nema imovine ili ima imovinu neznatne vrijednosti

Ako potrošač nema imovine ili ima neznatnu imovinu, jednostavni postupak stečaja potrošača bit će istovremeno otvoren i zaključen, neće se imenovati povjerenik kao ni odrediti razdoblje provjere ponašanja te će sud osloboditi potrošača od preostalih obveza. Zakonodavac imovinu neznatne vrijednosti definira kao stečajnu masu čija je vrijednost jednaka ili manja iznosu od 10.000,00 kuna (čl. 79.g).

2.2.5.2. Postupanje ako potrošač ima imovinu čija vrijednost nije neznatna – otvaranje jednostavnog stečaja

U slučaju da potrošač ima imovinu čija vrijednost nije neznatna, otvara se jednostavni postupak stečaja

potrošača u kojem se imenuje povjerenik, prodaje imovina potrošača i razmjerno namiruju vjerovnici. Pritom se kao povjerenika može imenovati odvjetnik s liste odvjetnika koju za potrebe vođenja jednostavnog postupka stečaja potrošača za taj sud vodi Hrvatska odvjetnička komora ili stečajnog upravitelja koji je upisan na listi A ili listi B stečajnih upravitelja za područje trgovačkog suda na čijem području je sjedište općinskog suda koji vodi jednostavni postupak stečaja potrošača (čl. 79.h). Naravno, povjerenik ima pravo na jedinstvenu nagradu i naknadu troškova u skladu s uredbom o nagradi i naknadi troškova kojom Vlada Republike Hrvatske planira utvrditi kriterije i način obračuna i plaćanja nagrada i naknada za povjerenike u jednostavnom postupku stečaja potrošača (čl. 79.j).³⁰ Prije oslobođenja potrošača od preostalih obveza, sud je dužan još jednom provjeriti imovinu potrošača odnosno sud će prije donošenja rješenja o zaključenju jednostavnog postupka stečaja potrošača provjeriti imovinsko stanje potrošača u razdoblju od otvaranja jednostavnog postupka stečaja do dana provjere (čl. 79.k).

2.2.5.2.1. Unovčenje potrošačeve imovine

Stečajni upravitelj odnosno odvjetnik koji je imenovan kao povjerenik dužan je u roku od 12 mjeseci od pravomoćnosti rješenja o otvaranju jednostavnog postupka stečaja potrošača unovčiti pokretnine odnosno tražbine, dionice, poslovne udjele, vrijednosne papire i druga imovinska ili materijalna prava koja je potrošač naveo u popisu imovine ili čije je postojanje sud utvrdio. Bitno je naznačiti kako se, načelno, radi namirenja vjerovnika u jednostavnom postupku stečaja potrošača ne mogu unovčiti nekretnine potrošača dok se pokretnine odnosno tražbine potrošača unovčuje neposrednom pogodbom odgovarajućom primjenom pravila ovršnog postupka o prodaji pokretnina (čl. 79.i). Pokretnine i prava koja se ne unovče smatraju se neu novčivom imovinom i ostaju potrošaču.

2.2.6. Neki učinci rješenja o otvaranju jednostavnog postupka stečaja potrošača

Učinci rješenja o otvaranju jednostavnog postupka stečaja potrošača tiču se vjerovnika. Naime, ovršni po-

²⁹ Vrijednost potrošačevih pokretnina odnosno prava sud utvrđuje zaključkom po slobodnoj ocjeni. Sud može procjenu povjeriti sudskom ovršitelju odnosno sudskom procjenitelju ili posebnom vještaku.

³⁰ Odvjetnik odnosno stečajni upravitelj koji je imenovan kao povjerenik dužan je podnijeti sudu izvješće o svim poduzetim radnjama.

stupci koji se na dan otvaranja jednostavnog postupka stečaja potrošača vode protiv potrošača pred sudom u RH neće se prekidati, već će se nastaviti pred sudom pred kojim se vode. Iznimno, sud koji je odredio ovrhu radi naplate novčane tražbine na potrošačevoj novčanoj tražbini po računu će *ex offio* ili na prijedlog potrošača rješenjem prekinuti ovršni postupak do okončanja jednostavnog postupka stečaja potrošača. Vjerovnici iz članka 79.a ZSP-a stupaju u ovršni postupak koji je pokrenuo neki od tih vjerovnika radi namirenja novčane tražbine i namiruju se kao jedan vjerovnik, odgovarajućom primjenom pravila o razmjernom namirenju vjerovnika u stečaju, nakon što se vjerovnik koji je pokrenuo ovršni postupak namiri s osnove troškova koje je imao u tom postupku.³¹ No otvaranje jednostavnog postupka stečaja potrošača bez utjecaja je na ovršne postupke koji se vode protiv potrošača radi nenovčanih tražbina te ovršne postupke u kojima ovrhovoditelj nije vjerovnik koji sudjeluje u jednostavnom postupku stečaja potrošača, s tim da se preostali iznos kupovnine ostvaren u tim ovršnim postupcima, ako ga ima, neće vratiti ovršeniku, nego dostaviti na račun suda koji vodi jednostavni postupak stečaja potrošača (čl. 79.l).

Bitno je spomenuti kako je zakonodavac definirao i postupanja FINA-e s osnovama za plaćanje nakon otvaranja jednostavnog postupka stečaja potrošača (čl. 79.t) te nakon obustave ili zaključenja jednostavnog postupka stečaja potrošača (čl. 79.u). U prvom slučaju, od dana primitka rješenja o otvaranju jednostavnog postupka stečaja potrošača FINA prestaje izvršavati sve osnove za plaćanje evidentirane u Očevidniku redosljeda osnova za plaćanje na teret potrošača, osim osnova za plaćanje koje se odnose na mjere osiguranja iz kaznenog postupka i naplatu izrečenih novčanih kazni. Od dana primitka rješenja o otvaranju jednostavnog postupka stečaja potrošača do dana primitka pravomoćnoga rješenja o obustavi i/ili zaključenju jednostavnog postupka stečaja potrošača FINA će nove osnove za plaćanje upisivati u Očevidnik redosljeda osnova za plaćanje, ali neće po njima postupati, osim ako je riječ o prethodno spomenutim ispravama. U drugom slučaju, od dana primitka pravomoćnoga rješenja o obustavi jednostavnog postupka stečaja potro-

šača FINA će provoditi ovrhu na novčanim sredstvima po računu potrošača na temelju svih osnova za plaćanje, dok će od dana primitka pravomoćnoga rješenja o zaključenju jednostavnog postupka stečaja potrošača FINA provoditi ovrhu na novčanim sredstvima po računu potrošača na temelju svih osnova za plaćanje, osim po osnovama za koje je potrošač pravomoćnom sudskom odlukom oslobođen od preostalih obveza.

2.2.7. Obustava i zaključenje jednostavnog postupka stečaja potrošača – dovršetak postupka

Sud će obustaviti jednostavni postupak stečaja potrošača ako: potrošač povuče očitovanje kojim je dao suglasnost da se jednostavni postupak stečaja potrošača može voditi na njegovoj imovini u roku od 60 dana od dana otvaranja jednostavnog postupka stečaja potrošača; potrošač u roku od 12 mjeseci od pravomoćnosti rješenja o otvaranju jednostavnog postupka stečaja potrošača ne uplati na račun suda iznos koji mu je sud naložio uplatiti; sud utvrdi da je u roku od 12 mjeseci od pravomoćnosti rješenja o otvaranju jednostavnog postupka stečaja potrošača potrošač stekao ili raspolagao imovinom koju nije prijavio sudu; pokretine odnosno prava potrošača koja se trebaju unovčiti propadnu, bitno izgube vrijednost, odnosno ako se ne mogu pronaći ili ako se utvrdi da nisu postojale na dan otvaranja jednostavnog postupka stečaja potrošača te se prema odredbama ZSP-a smatra da je potrošač nepošten (čl. 79.m).

U slučaju da nisu ispunjeni uvjeti za obustavu postupka, sud će nakon unovčenja stvari i prava koja se moraju unovčiti te nakon provođenja jednostavnog postupka stečaja potrošača rješenjem zaključiti jednostavni postupak stečaja potrošača bez određivanja razdoblja provjere ponašanja (čl. 79.n). Iznimka je situacija kada se nakon zaključenja jednostavnog postupka stečaja potrošača pronađe imovina koja se mogla unovčiti u jednostavnom postupku stečaja potrošača da se za nju znalo, u kojem slučaju će se odrediti nastavljanje postupka radi naknadne diobe (čl. 79.p). Također, u slučaju da se vjerovnik naplati na temelju osnove za plaćanje po kojoj je potrošač oslobođen od preostalih obveza u jednostavnom postupku stečaja potrošača, potrošač može tražiti proglašenje ovrhe nedopuštenom i povrat prenesenih novčanih sredstava u posebnoj parnici (čl. 79.v).

³¹ Nakon otvaranja jednostavnog postupka stečaja potrošača vjerovnici koji se razmjerno namiruju ne mogu tražiti promjenu sredstava i predmeta ovrhe u ovršnim postupcima radi namirenja novčane tražbine niti mogu pokretati nove ovršne postupke protiv potrošača, a jednostavni postupak stečaja potrošača može se zaključiti i ako ovršni postupci nisu dovršeni.

3. UMJESTO ZAKLJUČKA

Problematika postupka stečaja potrošača u hrvatskom pravnom sustavu složena je teorijsko pravna i legislativna cjelina pravnih normi. Takav pristup, svakako, afirmira potrošačko stečajno pravo kao samostalnu cjelinu u okviru stečajnog prava u širem smislu. Ipak, kako primjena SZ-a u odnosu na dužnike pojedince još nije utvrdila odgovarajuće standarde za pojedine probleme, tek će se u budućnosti trebati iskristalizirati određena tumačenja. To je bitno jer se pravnim normama ZSP-a subjektima, u pravilu, nalaže određeno činj enje, propuštanje odnosno trpljenje. Time se nerijetko što izravno što neizravno ulazi u sadržaj pravovaljano stečenih, najčešće imovinskih prava, što rezultira konfliktom. Stoga, iako u fazi pisanja rada nije u potpunosti "zaživio" postupak stečaja potrošača, dosadašnja percepcija provedbe postupka otvara mnoga kontroverzna pitanja i postojanje ozbiljnih indicija i dvojbi hoće li postupak ostvariti svoju svrhu - ekonomsku i socijalnu rehabilitaciju insolventnih potrošača kao i razmjerno namirenje vjerovnika. U osnovi, kako moderno potro-

šačko stečajno pravo nema dugu tradiciju, na institucionalnoj razini konflikt će morati rješavati sudovi. Na taj će način judikatura u velikoj mjeri pridonositi oblikovanju novih pogleda na ovaj pravni instrument kolektivno pravne zaštite potrošača.

Jednostavni postupak stečaja potrošača, kao najveća novina novele ZSP-a, također je kompleksan proces odlučivanja o najvažnijim pravima i pravno priznatim interesima potrošača. Međutim, uz visoku nomotehničku razinu i domišljatost pojedinih legislativnih rješenja, kao lošiju stranu treba istaknuti prenormiranost jednostavnog postupka stečaja potrošača čime isti potencijalno postaje disfunkcionalan kako za subjekte na koje se odnosi tako i za one koji ga trebaju primijeniti, općinske sudove, koji inače nisu specijalizirani sudovi za složenu problematiku stečajnog prava. Štoviše, dosadašnje iskustvo pokazuje kako na općinskim sudovima postoje problemi s prihvaćanjem i "manjih reformi". Međutim, stanje potrošačke prezaduženosti je takvo da se u rizik jednostavno mora ući jer će se u suprotnom u potpunosti dezavuirati uloga potrošačkog stečajnog zakonodavstva.

Literatura:

1. Department of Constitutional Affairs, Response paper on the consultation - A choice of paths - Better options to manage over - indebtedness and multiple debt CP(R)

23/04 (2005).

2. Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 188. *et seq.*

Summary

AMENDMENTS TO THE CONSUMER BANKRUPTCY ACT

With the reforms of the old Bankruptcy Act (seven altogether) as well as the implementation of the Act on Financial Operations and Pre-Bankruptcy settlement (five amendments) and the new Bankruptcy Act (one amendment), the indicators show that the procedures are still expensive with a low level of settling creditors and high fees. For that reason, although the indicative method of establishing facts shows that the desired goals of the functionalization of bankruptcy law protection have not yet been realised, the legislator finds itself before a new/old assignment – bringing to life the institute of consumer bankruptcy institute through new solutions of the Consumer Bankruptcy Act. Namely, the data show that the legal position of overdue consumers has not changed significantly which goes to show that the implementation of the institute in 2016 had no effects. The purpose of this paper is to examine the justifiability of the stated amendments to the consumer bankruptcy procedure by identifying potential inadequacies with an analysis of the new legal regulations and relevant literature.

Keywords: consumer bankruptcy, amendments to the Consumer Bankruptcy Act.

KAZNENO PRAVO

Stručni članak UDK 343.98

Međunarodna suradnja u suzbijanju ekološkog kriminaliteta kroz Europsku mrežu za suzbijanje ekološkog kriminaliteta – EnviCrimeNet

dr. sc. Lana Milivojević, dipl. iur.*

Europska mreža za suzbijanje ekološkog kriminaliteta - EnviCrimeNet, osnovana je 2011. godine Rezolucijom Vijeća Europske unije (*EU Council Resolution 10291/11* d.d. 9. - 10. lipnja 2011.). Zamišljena je kao neformalna mreža tijela nadležnih za suzbijanje ekološkog kriminaliteta koju podržava Europol i koja povezuje primarno policijske službenike te uz njih specijalizirane tužitelje, suce, carinu i druga tijela koja se bave suzbijanjem ekološkog kriminaliteta, a radi unapređenja njihove međusobne komunikacije, razmjene iskustava i najbolje prakse. Intencija je bila da se kroz tu mrežu, uz stjecanje što boljeg uvida u razmjere ekološkog kriminaliteta u Europskoj uniji, poradi na jačanju međunarodne suradnje svih tijela koja rade na suzbijanju te vrste kriminaliteta. Na taj se način smjeralo podići efikasnost u suzbijanju ekološkog kriminaliteta, s posebnim naglaskom na suzbijanju transnacionalnoga ekološkog kriminaliteta.

U mrežu međunarodnih partnera EnviCrimeNeta uz Europol, Interpol i Eurojust, uključene su kao partneri i pojedine specijalizirane mreže poput Europske mreže državnih odvjetnika za okoliš (ENPE), EU mreže za implementaciju i provedbu prava okoliša (IMPEL), EU foruma sudaca za okoliš (EUFJE) te mnoga druga tijela, koja predstavljaju različite značajne segmente u sustavnom suzbijanju ekološkog kriminaliteta.

Uz navedeno, treba naglasiti i važnost projekta vezanog uz unapređenje borbe protiv ekološkog kriminaliteta provedenog na području država Europske unije (*The Intelligence Project on Environmental Crime - IPEC*), koji su EnviCrimeNet i Europol pokrenuli u svibnju 2014. godine. Tim su projektom prvi put prikupljeni sveobuhvatni, značajni podaci o najčešćim vrstama ekoloških kaznenih djela u državama članicama Europske unije i njihovim razmjerima, o počiniteljima odnosno organiziranim skupinama koje se bave tom vrstom kriminaliteta te

* Lana Milivojević, Policijska akademija - Visoka policijska škola.

o aktualnim problemima i preprekama u njihovu suzbijanju s kojim se u praksi susreću tijela koja na tome svakodnevno rade. Na temelju analize podataka prikupljenih projektom, predložena su adekvatnija rješenja kojima bi se pridonijelo učinkovitijem suzbijanju ekološkog kriminaliteta ne samo na području država članica Europske unije već i suzbijanju transnacionalnoga ekološkog kriminaliteta.

O EnviCrimeNetu i njegovim ciljevima, spomenutom projektu vezanom na pojavnost ekološkog kriminaliteta u Europskoj uniji i njegovim rezultatima te konkretnim, praktičnim aktivnostima koje se provode putem EnviCrimeNeta (od kojih je u pojedinim sudjelovala i autorica rada), a posebno značajnijih aktivnosti mreže sudaca i državnih odvjetnika kao njegovih međunarodnih partnera, bit će više rečeno u radu.

Ključne riječi: međunarodna suradnja, EnviCrimeNet, ekološki kriminalitet, suzbijanje kriminaliteta, aktivnosti.

1. EUROPSKA MREŽA ZA SUZBIJANJE EKOLOŠKOG KRIMINALITETA (ENVICRIMENET) – OSNIVANJE, SVRHA I CILJEVI

Ekološki kriminalitet izuzetno je značajna i aktualna tema za suvremeno društvo. Radi se o vrlo kompleksnoj, sofisticiranoj i iznimno visoko profitnoj vrsti kriminaliteta. Njegova kompleksnost se, među ostalim, ogleda u širokom području koje zahvaća i mnogobrojnosti kaznenih djela koja se mogu počinuti na štetu okoliša i prirode¹, te u tome što se za tu vrstu kriminaliteta često smatra da ne postoji "žrtva" pa mu se ne pridaje zaslužena pozornost i značaj. Posljednje navedeno, naravno, nije točno jer se uništavanjem i zagađivanjem okoliša i prirode sustavno narušava, prirodna ravnoteža, a time i čovjekova sredina. Posljedice ekološkog kriminaliteta su smanjivanje razine kvalitete života, skraćivanje životnog vijeka, prouzrokovanje bolesti i smrti, pa smo tim posljedicama pogođeni svi, kako ljudi tako i životinje, biljke te općenito cjelokupan ekosustav.² Zbog

takve percepcije ekološkog kriminaliteta kao kriminaliteta "bez žrtve", često je vrlo teško otkriti počinjenje te vrste kaznih djela. Također, zbog toga je i stopa neprijavlivanja visoka pa kod tih kaznenih djela postoji vrlo velika tamna brojka.³ Zbog činjenice da se radi o visoko profitnoj vrsti kriminaliteta, koja je po profitnosti gotovo pri vrhu s drugim visokoprofitnim kriminalnim aktivnostima⁴, te zbog povezanosti s drugim kriminalnim aktivnostima (poput pranja novca, krivotvorenja isprava i raznih drugih kaznenih djela), kao i nužnosti očuvanja okoliša i prirode kao najvažnijeg zajedničkog dobra svih ljudi), izuzetno je važno pristupiti toj neželjenoj pojavnosti krajnje ozbiljno i sustavno raditi na što učinkovitijem suzbijanju te vrste kriminaliteta.

O navedenoj potrebi raspravljalo se i na sastanku Vijeća Europske unije u Luksemburgu od 9. do 10. lipnja 2011. godine, pa se s obzirom na prethodno navedeni značaj zaštite okoliša i prirode te posebno naglašene kompleksnosti istraživanja ekološkog kriminaliteta, posebice transnacionalnog, kao i potrebe sustavnog rada na suzbijanju te negativne društvene pojave, došlo do zaključka o nužnosti unapređenja međunarodne suradnje u tom području.

¹ Prije posljednjih izmjena i dopuna iz 2018. godine Zakona o zaštiti okoliša (Narodne novine, br. 80/13, 153/13, 78/15, 12/18), taj je Zakon u čl. 4. st. 1. t. 30. definirao okoliš kao: "prirodno i svako drugo okruženje organizama i njihovih zajednica uključivo i čovjeka koje omogućuje njihovo postojanje i njihov daljnji razvoj: zrak, more, vode, tlo, zemljina kamena kora, energija te materijalna dobra i kulturna baština kao dio okruženja koje je stvorio čovjek; svi u svojoj raznolikosti ukupnosti uzajamnog djelovanja". Iako je navedena definicija izostavljena iz čl. 4. važećeg teksta zakona kojim se pojašnjavaju zakonski pojmovi, ona je i dalje primjenjiva.

Također, prije posljednjih izmjena i dopuna iz 2018. godine Zakona o zaštiti prirode (Narodne novine, br. 80/13, 15/18), taj je Zakon u čl. 3. st. 1. prirodu definirao kao: "sveukupnu bioraznolikost, kraj-obraznu raznolikost i georaznolikost". Iako je navedena definicija izostavljena iz čl. 9. važećeg teksta zakona kojim se pojašnjavaju zakonski pojmovi, ona je i dalje primjenjiva.

² Milivojević, L., Environmental Crime and Importance Of Its Combating, International Scientific Conference: Macedonia and the

Balkans, A Hundred Years After the World War I - Security and Euro-Atlantic Integrations, 3.-5.6.2014. Ohrid, Republika Makedonija, Zbornik radova s Konferencije, Volume II, Universitet Sv. Kliment Ohridski - Bitola, Skopje, 2014., str. 99.

Objavljeno i na: <http://fb.uklo.edu.mk/faces/PUBLICATIONS/collection.xhtml>.

<http://www.criminalisticassociation.org/projekti/strucni-radovi/environmental-crime-and-importance-of-its-combating>.

³ Primjerice, udio kaznenih djela u cjelokupnom kriminalitetu je ispod 1%; *ibid.*, str. 8.

⁴ Poput nezakonite trgovine drogom i oružjem, v. *infra* str. 9.

Milivojević L., materijali iz gostovanja u radijskoj emisiji Slovo zakona (HRT 1.) 29.5.2017., na temu ekološkog kriminaliteta i nezakonite trgovine životinjskim i biljnim vrstama.

Slijedom toga donesena je Rezolucija kojom je osnovana Europska mreža za suzbijanje ekološkog kriminaliteta (u daljnjem tekstu: EnviCrimeNet⁵), koju u radu podržava Europol. Time je stvorena kvalitetna platforma na bazi uhodane logistike Europol, koja pridonosi razmjeni informacija i iskustava prije svega policijskih službenika koji rade na suzbijanju te vrste kriminaliteta, a potom i državnih odvjetnika, sudaca, carine, inspekcija i svih drugih tijela koja su međusobno povezana i rade na njegovom suzbijanju.

Postavljeni su i ciljevi rada EnviCrimeNeta od kojih treba istaknuti:

- podizanje svjesnosti unutar država članica Europske unije (u daljnjem tekstu: EU) o potrebi suprotstavljanja ekološkom kriminalitetu na strateškoj razini

- prikupljanje podataka o ekološkom kriminalitetu, unapređivanje suradnje i razmjene podataka među državama članicama EU, izrada studija procjene rizika i prijetnji za potrebe razmjene među državama članicama EU

- identificiranje organiziranih zločinačkih skupina i njihovih mreža za koje se sumnja da su uključeni u nezakonitu trgovinu s otpadom, kako bi se utvrdila njihova povezanost s drugim oblicima (organiziranog) kriminala, te utvrdile rute, odredišta, modus operandi, trendovi i vrste kriminalnih aktivnosti

- identificiranje pokazatelja prekogranične i domaće kriminalne aktivnosti koja se odnosi na ekološki kriminalitet

- unapređivanje načina borbe protiv ekološkog kriminaliteta kroz razmjenu dobre prakse između država članica i učenju na iskustvima drugih, uz potporu i poticanje na obuku i školovanje službenika (posebno policija, carina, inspekcije ...),

- uspostava taktičke/operativne analize ekoloških kaznenih djela, razmjena podataka o metodama kriminalističkog istraživanja, razmjena podataka prije pokretanja operativne faze u suzbijanju ekoloških kaznenih djela.⁶

S obzirom na to da je naglašena kompleksnost istraživanja ekološkog kriminaliteta, posebno onog transnacionalnog, u rad EnviCrimeNeta bilo je nužno uključiti i mnoga druga tijela. Tako je stvorena mreža međunarodnih partnera kojom su obuhvaćena razna

tijela od kojih svako ima svoju ulogu u sustavnom radu na suzbijanju te vrste kriminaliteta.

2. MEĐUNARODNA SURADNJA U SUZBIJANJU EKOLOŠKOG KRIMINALITETA – MREŽA PARTNERSTVA

EnviCrimeNet, kao što je već u ranijem tekstu navedeno, uz specijalizirane policijske službenike koji se bave suzbijanjem ekološkog kriminaliteta, povezuje i državne odvjetnike, suce, carinu, inspekciju, agencije i druga tijela koja rade na suzbijanju ekološkog kriminaliteta, te obuhvaća ukupno 33 europska tijela koja se bave istraživanjem i procesuiranjem delikata ekološkog kriminaliteta.⁷

Izuzetno važne međunarodne partnere EnviCrimeNet uz Europol, Interpol i Eurojust čine druge međunarodne mreže s kojima je ostvarena uska suradnja, od kojih ponajprije treba spomenuti:

- Europsku mrežu tužitelja za okoliš (*European Network of Prosecutors for the Environment* - ENPE)

- EU mrežu za implementaciju i provedbu prava okoliša (*European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law* - IMPEL)

- EU forum sudaca za okoliš (*EU Forum of Judges for the Environment* - EUFJE).⁸

Značaj partnerstva s navedenim mrežama je izuzetan zbog toga što je za suzbijanje ekološkog kriminaliteta vrlo značajno postojanje kvalitetnog normativnog okvira za postupanje u praksi, a potom nakon otkrivanja i istraživanja ekoloških kaznenih djela njihovo procesuiranje, odnosno odgovarajuće sankcioniranje počinitelja. Sadašnji trend, nažalost, nije zadovoljavajući s obzirom na prevelik broj odbačaja takvih kaznenih djela i vrlo malo pravomoćnih presuda.⁹ Kroz EnviCrimeNetove aktivnosti, odnosno provođenjem edukacija državnih odvjetnika i sudaca na temu ekološkog kriminaliteta radi se na njihovoj dodatnoj stručnoj specijalizaciji s ciljem povećanja učinkovitosti u procesuiranju i sankcioniranju ekoloških kaznenih djela.

⁷ EnviCrimeNet Report on Environmental Crime in Europe http://www.envicrimenet.eu/images/docs/ipecc_report_on_environmental_crime_in_europe.pdf, 20.11.2017., str. 34. i 35.

⁸ Ibid.

⁹ Više o navedenom na: http://www.envicrimenet.eu/images/docs/ipecc_report_on_environmental_crime_in_europe.pdf, 20.11.2017., str. 14.

⁵ EU Council Resolution 10291/11 d.d. 9. - 10. lipnja 2011. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10291-2011-INIT/en/pdf>, 15.9.2017.

⁶ <http://envicrimenet.eu/EN/>, 20.9.2017.

U odnosu na konkretne mrežne partnere, treba reći da je Europska mreža tužitelja za okoliš (*European Network of Prosecutors for the Environment* - ENPE)¹⁰ osnovana 2012. godine s ciljem povezivanja tužitelja država članica EU koji su specijalizirani za procesuiranje ekoloških kaznenih djela, kako bi se međusobno povezali, podijelili iskustva i informacije vezane uz suzbijanje ekološkog kriminaliteta te kako bi međusobno sagledavali i druge značajne aspekte vezane uz okoliš i zdravlje ljudi.

Nadalje, EU mreža za implementaciju i provedbu prava okoliša (*European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law* - IMPEL)¹¹ osnovana je kao formalna mreža 2008. godine (neformalno djeluje od 1992. godine), s ciljem da se među državama članicama EU promiče usklađenost s Uredbom (EZ) br. 1013/2006 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. lipnja 2006. o pošiljkama otpada (L 190/1) vezanom uz prijevoz otpada i njezinu jedinstvenu provedbu, a radi provođenja zajedničkih projekata u području zaštite okoliša i promicanja razmjene znanja, najbolje prakse i iskustva vezanih uz provedbu navedene Uredbe. Ova je mreža poslužila i kao polazna platforma za osnivanje prethodno spomenute mreže državnih odvjetnika - ENPE. Kroz IMPEL se također razmjenjuju informacije državnih odvjetnika u pogledu slučajeva iz prakse, metoda rada i pristupa slučajevima, podaci o sankcijama za pojedine delikte i drugi korisni podaci te razmjena statističkih podataka o ekološkom kriminalitetu.

EU forum sudaca za okoliš (*EU Forum of Judges for the Environment* - EUFJE)¹² osnovan je 2004. godine s ciljem unapređenja nacionalnog, europskog i međunarodnog prava okoliša na način da kroz razmjenu iskustava u sudskim predmetima i donesenim sudskim odlukama te da se kroz edukacije sudaca u tom specifičnom području učini iskorak u suzbijanju ekološkog kriminaliteta. Također, jedan od ciljeva mreže je i rad na podizanju svjesnosti sudaca o njihovoj iznimno važnoj ulozi u učinkovitosti sustava održivog razvoja.

Spomenute mreže, osim što sudjeluju u aktivnostima kao međunarodni partneri EnviCrimeNeta, su i međusobno povezane u radu. O navedenom će više biti rečeno u dijelu rada u kojem će se razmatrati konkretne

aktivnosti EnviCrimeNeta. No prije navedenoga, potrebno je osvrnuti se na provedeni projekt EnviCrimeNeta vezan uz ekološki kriminalitet i njegove razmjere na području EU te iz projekta proizašle rezultate i preporuke aktivnosti u daljnjem djelovanju na suzbijanju istog (*Intelligence Project on Environmental Crime* - IPEC).

3. ZNAČAJ ENVICRIMENETOVA PROJEKTA VEZANOG UZ EKOLOŠKI KRIMINALITET I NJEGOVE RAZMJERE NA PODRUČJU EU (*INTELLIGENCE PROJECT ON ENVIRONMENTAL CRIME* - IPEC)

U svibnju 2014. godine EnviCrimeNet i Europol pokrenuli su projekt značajan za sagledavanje trenutnog stanja i unapređenje borbe protiv ekološkog kriminaliteta u EU pod nazivom *Intelligence Project on Environmental Crime* (u daljnjem tekstu: IPEC).

Osnovni ciljevi IPEC projekta bili su unaprijediti saznanja o vrstama ekoloških kaznenih djela u okviru država članica EU, utvrditi njihov razmjer i moguće prepreke za njihovo suzbijanje, identificirati sudjelovanje organiziranih kriminalnih skupina u činjenju ekoloških kaznenih djela, identificirati prijetnje za EU koje proizlaze iz ekološkog kriminaliteta te konačno dati preporuke o mogućnostima i načinima poboljšanja zatečenog stanja.

U provođenju projekta sudjelovale su države članice EU (uključujući i Republiku Hrvatsku) te pojedina državna i nedržavna tijela koja su popunjavala pripremljene upitnike vezane uz utvrđivanje razmjera ekološkog kriminaliteta te međusobno funkcioniranje i suradnju tijela koja se bave njegovim suzbijanjem. Radilo se o prvom opsežnom projektu na ovu specifičnu temu, a kojim su prikupljeni dragocjeni podaci vezani uz razmjere ekološkog kriminaliteta i njegovo suzbijanje na području EU, a na temelju kojeg su sastavljene preporuke i daljnji plan djelovanja.¹³ U daljnjem tekstu rada bit će navedeni pojedini najvažniji projektni rezultati.

¹⁰ <https://www.environmentalprosecutors.eu/>, 20.2.2018.

<http://www.basel.int/Default.aspx?tabid=2940>, 21.2.2018.

¹¹ <https://www.impel.eu/>, 21.2.2018.

<http://www.basel.int/Default.aspx?tabid=2932>, 21.2.2018.

¹² <https://www.eufje.org/index.php/en/>, 22.2.2018.

¹³ Više o projektu i njegovu provođenju na:

EnviCrimeNet Report on Environmental Crime in Europe http://www.envicrimenet.eu/EN/images/docs/ipec_report_on_environmental_crime_in_europe.pdf, 15.11.2017.

Jedan od najvažnijih projektnih rezultata je procjena prijetnji koje proizlaze iz ekološkog kriminaliteta za države članice EU. Kao prioritetna područja u kojima treba raditi na suzbijanju te vrste kriminaliteta istaknuta su sljedeća područja:

- nezakonito trgovanje otpadom
- krivolov zaštićenih životinjskih vrsta
- nezakonito trgovanje zaštićenim životinjskim vrstama
- protuzakoniti ribolov
- nezakonita proizvodnja i trgovina pesticidima i kemikalijama
- pustošenje šuma/nezakonita sjeća drva
- nezakonito ubiranje zaštićenih biljnih vrsta
- nezakonito trgovanje zaštićenim biljnim vrstama
- protupravna eksploatacija rudnog blaga.¹⁴

U prioritetnim područjima koja se odnose na nezakonito trgovanje zaštićenim životinjskim vrstama i zaštićenim biljnim vrstama te nezakonitu proizvodnju i trgovinu pesticidima, kemikalijama, uočena je značajna uloga interneta putem kojeg se odvija velik broj nezakonitih aktivnosti, odnosno čine kaznena djela. Također, kod tih kaznenih djela posebno dolazi do izražaja i djelovanje organiziranih kriminalnih skupina, no iz projektnih rezultata proizlazi da je ono na području država članica EU ipak najizraženije u nezakonitom trgovanju otpadom¹⁵. Kaznena djela ekološkog kriminaliteta atraktivna su organiziranim kriminalnim skupinama zato što je rizik od njihova otkrivanja nizak, a profit izuzetno visok, kao što je već navedeno u prethodnom dijelu rada. U prilog tome idu i konkretni podaci koji se iznose u projektnom izvještaju za područje EU, u kojem se navodi kako se tri od ukupno dvanaest nezakonitih aktivnosti povezanih s transnacionalnim organiziranim kriminalitetom odnose na ekološki kriminalitet, i to nezakonito trgovanje zaštićenim životinjskim vrstama s godišnjom zaradom od 7,8 do 10 bilijuna USD¹⁶,

nezakonitu trgovinu drvenom građom s godišnjom zaradom od oko 7 bilijuna USD¹⁷, te nezakonitu trgovinu ribom s godišnjom zaradom između 4,2 do 9,5 bilijuna USD. Ukupno gledano, procjenjuje se da se transnacionalnim ekološkim kriminalitetom godišnje zaradi između 70 i 213 bilijuna USD.¹⁸

Usporedbe radi s prethodno navedenim podacima za područje EU, na svjetskoj razini godišnja zarada od transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta procjenjuje se na novčane iznose od 1,6 trilijuna do 2,2 trilijuna USD, dok od toga između 5 i 23 bilijuna USD otpada na nezakonito trgovanje zaštićenim životinjskim vrstama, na nezakonitu trgovinu ribom od 15,5 do 36,4 bilijuna USD, nezakonitu trgovinu drvenom građom između 52 i 157 bilijuna USD, protupravnu eksploataciju rudnog blaga između 12 i 48 bilijuna, što predstavlja vrlo visoku zaradu u odnosu na druge vrste transnacionalnog kriminaliteta, primjerice nezakonitu trgovinu oružjem sa zaradom od 1,7 do 3,5 bilijuna USD ili nezakonito trgovanje ljudskim organima od 840 do 1,7 bilijuna USD.¹⁹ Globalno se procjenjuje da ukupna godišnja zarada od ekološkog kriminaliteta iznosi između 7,8 i 213 bilijuna USD.²⁰

Također, štetnost ekološkog kriminaliteta, uz onu vezanu za prirodu, okoliš i čovječanstvo u cjelini, te njegovu visoku profitnost, ogleda se i u tome što su mnoga druga kaznena djela povezana upravo s tom vrstom kriminalitetom, kao što je prethodno u radu već naznačeno²¹. Tu se prije svega misli na koruptivna kaznena djela, iz čega proizlazi dodatna važnost njegova suzbijanja.²² U praksi se dosta često primarno procesuiraju i kažnjavaju upravo ta kaznena djela koja su povezana s ekološkim kriminalitetom zbog njihova jednostavnijeg otkrivanja i istraživanja ili visine zapriječenih kazni u

¹⁷ Ibid., najčešće porijeklom iz jugoistočne Azije, središnje Afrike i Južne Amerike.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Global Financial Integrity - Transnational Crime and Developing World.

www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf, 27.2.2018. Executive Summary p. xi.

²⁰ Eurojustov Strateški projekt o ekološkom kriminalitetu – izvještaj. [http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Strategic%20project%20on%20environmental%20crime%20\(November%202014\)/environmental-crime-report_2014-11-21-EN.pdf](http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Strategic%20project%20on%20environmental%20crime%20(November%202014)/environmental-crime-report_2014-11-21-EN.pdf), 27.2.2018.

²¹ *Supra* str. 3.

²² Više o tome u: Milivojević, L., Korupcijska kaznena djela - prikaz, Hrvatska pravna revija, 7 (2007.) 9, str. 101.-111.

Milivojević, L., Kazneno pravo za kriminaliste, Međunarodno kriminalističko udruženje, Zagreb, 2016., str. 234.-242.

¹⁴ <http://www.envicrimenet.eu/images/docs/envicrimenet%20report%20on%20environmental%20crime.pdf>, 22.2.2018.

http://www.envicrimenet.eu/images/docs/ipeec_report_on_environmental_crime_in_europe.pdf, 20.11.2017., str. 11.

Willekens Roel (Programme Manager, Police the Netherlands), PowerPoint prezentacija "Environmental Crime", CEPOL-ov seminar "Wildlife Trafficking", Aranjuez, Španjolska, veljača 2017. godine.

¹⁵ Pri čemu značajnu ulogu igra talijanska mafija <http://www.envicrimenet.eu/images/docs/envicrimenet%20report%20on%20environmental%20crime.pdf>, 22.2.2018., str. 17.

¹⁶ Ibid., str. 7.

odnosu na kaznena djela ekološkog kriminaliteta, koja ponekad ostaju neopravdano neprocesuirana i nekažnjena.²³ Navedeno se pokušava poboljšati kroz suradnju, edukaciju i specijalizaciju članova/međunarodnih partnera EnviCrimeNeta, o čijim konkretnijim aktivnostima će više biti rečeno u nastavku rada.

Nadalje, kroz projektne rezultate došlo se do konkretnijih spoznaja o preprekama u suzbijanju ekološkog kriminaliteta na području EU, od kojih treba istaknuti pojedine značajnije:

- nizak prioritet u istraživanju ekološkog kriminaliteta (s obzirom na poimanje da se radi o kaznenim djelima "bez žrtve"),

- nedostatnost odgovarajućih statistika (presumpcija velike tamne brojke),

- nedostatak međunarodnog ili europskog elektroničkog sustava za praćenje ekološkog kriminaliteta/odgovarajuće baze podataka,

- nedostatak suradnje i razmjene informacija između nadležnih tijela u državama članicama (carina, inspekcije, policija...), dok je postojeća razmjena informacija između nadležnih tijela poprilično spora, birokratska i nedostatna, a jednim dijelom i zbog nepostojanja zakonske regulative ili postojanja određenih ograničenja koja onemogućuju protok informacija,

- postojanje nacionalnog i regionalnog, pa čak i lokalnog zakonodavstva i odvojenih tijela i inspekcija za njegovu provedbu s različitim strukturama (složena organizacijska struktura tijela onemogućava da službenici s jedne strane identificiraju moguće partnere za suradnje iz drugih tijela),

- suradnja između nadležnih tijela događa se samo po pojedinačnim slučajevima, a pojedini aspekti poput međusobne pomoći i potpore mogli bi biti poboljšani,

- problemi u primjeni pravnih propisa (nedovoljno jasne pravne formulacije, neusklađeni zakoni, različitost u primjeni europskih direktiva),

- proračunska ograničenja nadležnih tijela (visoki troškovi provođenja pojedinih istraživačkih tehnika, skupi laboratoriji i oprema, problematika skladištenja prikupljenih dokaza),

- nedostatak iskusnih i specijaliziranih stručnjaka u borbi protiv ekološkog kriminaliteta (nedovoljno obu-

čeni specijalizirani policijski službenici za otkrivanje tih kaznenih djela²⁴; nedovoljno obučeni drugi nadležni službenici za uočavanje sumnjivih i nezakonitih aktivnosti koje prethode počinjenju tih kaznenih djela),

- pravosudna tijela nisu dovoljno upoznata s kompleksnom problematikom ekološkog kriminaliteta i još uvijek tu vrstu kriminaliteta neopravdano smatraju blažom u odnosu na ostali kriminalitet (blaže kažnjavanje, pretežito novčane kazne).²⁵

Kao što je vidljivo iz navedenog, problemi su različiti i ima ih dosta te se samo sustavnim radom na poboljšanju kroz bolju organizaciju nadležnih tijela, njihovu međusobnu suradnju i komunikaciju te edukaciju službenika, može postići napredak u tom području. Prvi koraci učinjeni su kroz prepoznavanje konkretnih prepreka i potom kroz preporuke oko poduzimanja daljnjih aktivnosti za njihovo otklanjanje.

Također, iz provedenog EnviCrimNetova projekta proizašle su i preporuke za daljnje djelovanje u borbi protiv ekološkog kriminaliteta, od kojih su najznačajnije:

- nužno ojačati nacionalnu i međunarodnu suradnju nadležnih tijela u borbi protiv ekološkog kriminaliteta, poboljšati njihovu komunikaciju i razmjenu informacija,

- izvršiti reviziju postojećih zakonodavstava unutra država članica, uz mogućnost revizije Direktive 2008/99/EZ,

- razmotriti potrebu formiranja ureda tužitelja za zaštitu okoliša na razini EU,

²⁴ Većina država članica EU ima specijalizirane policijske službenike i specijalizirana tužiteljstva uz druga tijela koja rade na suzbijanju ekološkog kriminaliteta. U Republici Hrvatskoj nije formirana zasebna policijska jedinica koja bi se bavila ekološkim kriminalitetom, niti zasebno tužiteljstvo specijalizirano za takve slučajeve. U policiji ekološkim kriminalitetom bave se policijski službenici koji rade po tzv. općem kriminalitetu u čiju domenu rada potpadaju kaznena djela protiv okoliša. Navedeno bi se nužno trebalo organizacijski unaprijediti i specijalizirati policijske službenike koji bi se bavili isključivo ekološkim kriminalitetom. Te promjene trebalo bi popratiti i kroz osnivanje specijaliziranog tužiteljstva za ekološki kriminalitet.

Više o sustavima i organizaciji javnih službi koje rade na suzbijanju ekološkog kriminaliteta u državama EU na:

[http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Strategic%20project%20on%20environmental%20crime%20\(November%202014\)/environmental-crime-report_2014-11-21-EN.pdf](http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Strategic%20project%20on%20environmental%20crime%20(November%202014)/environmental-crime-report_2014-11-21-EN.pdf), 28.2.2018.

²⁵ http://www.envicrimenet.eu/images/docs/ipcc_report_on_environmental_crime_in_europe.pdf, 20.11.2017., str. 17-19.

Willekens Roel (Program Manager, Police the Netherlands), PowerPoint prezentacija "Environmental Crime", CEPOL-ov seminar "Wildlife Trafficking", Aranjuez, Španjolska, veljača 2017. godine.

²³ Na navedeni problem ukazuje se i u Izvješću EnviCrimeNeta.

<http://www.envicrimenet.eu/images/docs/envicrimenet%20report%20on%20environmental%20crime.pdf>, 22.2.2018., str. 9.

– osigurati odgovarajuća novčana sredstva iz EU novčanih fondova za borbu protiv ekološkog kriminaliteta,

– potreba kontinuiranog održavanja radnih skupina, sastanaka/seminara na domaćoj i međunarodnoj razini,

– ustrojavanje specijaliziranih jedinica policije za borbu protiv ekološkog kriminaliteta (poput španjolskih SEPRONA iz Madrida²⁶),

– provođenje specijalizirane obuke policije, carine, inspekcija, pravosudnih službenika,

– izrada više agencijskih platformi ili partnerstva sličnih INTERPOL-ovoj nacionalnoj radnoj skupini za zaštitu okoliša (*National Environmental Security Task Force* - NEST),

– intenzivirati provođenje financijskih istraga - praćenje porijekla novca,

– stvaranje međunarodnih istražnih timova,

– jačanje senzibilizacije javnosti na ekološki kriminalitet.²⁷

U skladu s navedenim preporukama, EnviCrimeNet održava brojne aktivnosti od kojih će pojedine biti detaljnije razmotrene u nastavku rada. U pojedinim edukacijama²⁸ imala je prilike sudjelovati i autorica rada te se na taj način i uživo osvjedočila o korisnosti takvih aktivnosti za poboljšavanje međunarodne suradnje u suzbijanju ekološkog kriminaliteta.

4. ZNAČAJNIJE AKTIVNOSTI ENVICRIMENETA

Od 2011. godine održavaju se godišnje skupštine EnviCrimeNeta na temu ekološkog kriminaliteta u EU na kojima se razmatraju aktualnosti iz tog područja, razmjenjuju konkretna, praktična iskustva i na taj način aktivno djeluje na unapređenju međunarodne suradnje. Teme su uvijek aktualne i praktične, a tijekom godina sudionici tih aktivnosti, posebice specijalizirani kriminalistički istražitelji i tužitelji, te suci država članica

EU zajedno s ostalim nadležnim tijelima, imali su prilike posebno se posvetiti i raspravljati o temama vezanima uz nezakonito trgovanje zaštićenim životinjskim i biljnim vrstama, nezakonito trgovanje otpadom i ulogu organiziranih kriminalnih skupina u toj trgovini (posebno talijanske mafije), nezakonitu trgovinu pesticidima i utjecaju pesticida na vode i tlo, nezakonitu trgovinu kavijarom (iz Rusije) za potrebe europskog tržišta te nezakonitu trgovinu drvnom građom.²⁹

Za istaknuti je EnviCrimeNetovu aktivnost iz svibnja 2016. godine, kojom je u Kraljevini Nizozemskoj prvi put na europskoj razini organiziran zajednički sastanak ekoloških i financijskih stručnjaka, koji su tada imali priliku razmjenjivati iskustva te iznalaziti još bolje mogućnosti u načinima prekidanja financijskih tokova nezakonito stečenog novca kojeg su počinitelji stekli činjenjem ekoloških kaznenih djela. Na toj su aktivnosti sudjelovali predstavnici europskih tijela iz ukupno 23 zemlje, te Europol, Interpol, Eurojusta, Europske komisije, nizozemskog Ministarstva sigurnosti i pravde, Inspektorata za zaštitu okoliša i promet (ustrojstvene jedinice tog tijela - obavještajna služba i služba za istrage) i policije. Ta aktivnost pridonijela je daljnjem jačanju međunarodne suradnje u tom području i omogućila je da se istražni resursi iz područja financija, kao kvalitetan alat za borbu protiv raznih kriminalnih aktivnosti, još bolje integriraju i u područje borbe protiv ekološkog kriminaliteta. Učinkovitim prekidanjem financijskog toka nezakonito stečenog novca onemogućava se ne samo da se počinitelji ekoloških kaznenih djela bogate njihovim činjenjem već i da se tako stečen novac koristi u financiranju drugih kriminalnih aktivnosti.³⁰

ENPE, IMPEL, EUFJE i EnviCrimeNet od 2016. godine održavaju zajedničku godišnju konferenciju na teme vezane uz ekološki kriminalitet.³¹ Prva Konferencija održana 2016. godine³² bila je posvećena jačanju međusobne suradnje navedene četiri mreže u borbi protiv ekološkog kriminaliteta i doprinosu jačanju zakonodavstva EU u tom području, a Konferencija iz 2017. godine bila je održana na temu nezakonite trgovine

²⁶ Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil.
<http://www.guardiacivil.es/es/index.html>, 7.3.2018.

²⁷ http://www.envicrimenet.eu/images/docs/ipecc_report_on_environmental_crime_in_europe.pdf, 20.11.2017., str. 2., 25.-28.

Willekens Roel (Programme Manager, Police the Netherlands), PowerPoint prezentacija "Environmental Crime", CEPOL-ov seminar "Wildlife Trafficking", Aranjuez, Španjolska, veljača 2017. godine.

²⁸ CEPOL-ov seminar "Wildlife Trafficking", Aranjuez, Španjolska, veljača 2017. godine.

²⁹ Više o navedenom na: <http://www.envicrimenet.eu/press-archive>, 12.3.2018.

CEPOL-ov materijali sa seminara "Wildlife Trafficking", Aranjuez, Španjolska, veljača 2017. godine.

³⁰ Ibid.

³¹ <https://www.environmentalprosecutors.eu/events>, 10.3.2018.

³² <http://www.impel.eu/first-ever-joint-eu-environmental-enforcement-networks-conference-highlights-need-for-further-strengthening-the-compliance-chain/>, 10.3.2018.

otpadom i nezakonitog trgovanja životinjskim i biljnim svijetom³³.

Također, kroz CEPOL (*The EU Agency for Law Enforcement Training*) svake se godine održavaju seminari za policijske službenike na temu ekološkog kriminaliteta, te posebice na specifičnu temu nezakonitog trgovanja životinjskim i biljnim vrstama kao značajnu sastavnicu tog kriminaliteta. Na jednom od navedenih seminara održanom u Španjolskoj 2017. godine, na kojem su uz specijalizirane policijske službenike sudjelovali i tužitelji, suci i predstavnici EnviCrimeNeta, Interpol, Euro-pola i carine, imala je prilike sudjelovati i autorica ovog rada, a koja ocjenjuje takve vrste edukacija izuzetno korisnima za razmjenu praktičnih iskustava i unapređenje međunarodne suradnje u suzbijanju ekološkog kriminaliteta na svim institucionalnim razinama u državama članicama EU.³⁴ Prema razmjeni iskustava nazočnih policijskih službenika - specijaliziranih kriminalističkih istražitelja koji rade na suzbijanju transnacionalnoga ekološkog kriminaliteta, upravo međusobni kontakti koje su uspostavili putem EnviCrimeNeta pozitivno su se odrazili na brojne konkretne slučajeve kriminalističkih istraživanja ekoloških kaznenih djela, koja su se provodila na područjima više država. Posebno su raspravljani slučajevi iz prakse u kojima je odlučujuća bila kvalitetno uspostavljena suradnja kriminalističkih istražitelja, prikupljeni podaci i kontakti upravo putem EnviCrimeNeta, primjerice, u pogledu nezakonitog uvoza - izvoza otpada i krivotvorenja dokumenata vezanih uz navedeno, nezakonitog trgovanja zaštićenim životinjskim i biljnim vrstama te krivotvorenja dokumenata vezanih uz te vrste, kao i u mnogim drugim slučajevima počinjenja ekoloških kaznenih djela. Također, specijalizirani tužitelji, posebno španjolski i nizozemski, istaknuli su korisnost EnviCrimeNeta za razmjenu njihovih iskustava i praktičan rad na konkretnim slučajevima, a istu korisnost u povezivanju i razmjeni podataka o sudskoj praksi potvrdili su i suci pojedinih država članica prisutnih na seminaru. Navedena aktiv-

nost CEPOL-a s ovogodišnjim aktualnostima na temu ekološkog kriminaliteta održat će se iznova u lipnju 2018. godine.

5. ZAKLJUČAK

Svjesnost o značaju borbe protiv ekološkog kriminaliteta i kompleksnosti njegova istraživanja rezultirala je osnivanjem EnviCrimeNeta 2011. godine. Time je znatno podignuta razina kvalitete međunarodne suradnje u borbi protiv te vrste kriminaliteta.

Projektom EnviCrimeNet prvi su put dobiveni konkretni podaci koji su unaprijedili saznanja o vrstama ekoloških kaznenih djela u okviru država članica EU, o njihovu razmjeru i preprekama za njihovo suzbijanje. Također, prvi su put dobiveni i konkretni podaci o identifikiranju organiziranih kriminalnih skupina u činjenju ekoloških kaznenih djela, kao i prijetnjama za EU koje proizlaze iz ekološkog kriminaliteta, a na temelju čega su dane konkretne preporuke vezane za mogućnosti i načine poboljšanja postojećeg stanja.

Kroz EnviCrimeNet pokrenute su brojne korisne aktivnosti svih tijela/institucija koji se bave suzbijanjem ekološkog kriminaliteta, a što se jasno prepoznaje kroz godišnje održavanje konferencija i drugih edukacija specijaliziranih na temu ekološkog kriminaliteta, tijekom kojih stručnjaci svih tijela koji sudjeluju u lancu suzbijanja ekološkog kriminaliteta razmjenjuju praktična iskustva i rješenja, surađuju i zajedno djeluju s ciljem što učinkovitijeg suzbijanja ekološkog kriminaliteta ne samo na području država članica EU već i globalno.

Za kraj, presudna važnost udruženog djelovanja država, odnosno njihove međunarodne suradnje u suzbijanju ekološkog kriminaliteta kako na razini EU, tako i na globalnoj razini najbolje se oslikava kroz izjavu g. Jana van den Berghea, predsjedavajućeg u sudačkoj mreži EUFJE, udruženoj u EnviCrimeNet, a koji je izjavio: "Provedba zakonodavstva iz područja zaštite okoliša slična je lancu - lancu sastavljenom od onih koji kreiraju politiku, od inspektora, policije, tužitelja i od sudaca. Ako želimo krenuti naprijed, svi partneri moraju raditi zajedno i biti jednako snažni kao i svi drugi."³⁵

³³ <https://www.environmentalprosecutors.eu/sites/default/files/document/EU%20Tri%20Networks%20Conference%20Programme%202017.pdf>, 10.3.2018.

https://app.azavista.com/event_website_pages/view/home/58be9791-fbf0-42f5-81f9-1ac4ac110002/6fef9ad8d7, 10.3.2018.

³⁴ Na seminaru su uz predstavnike nadležnih tijela bili prisutni i predstavnici NGO (BirdLife International i dr.), koji su značajan faktor u pomoći nadležnim tijelima pri suzbijanju ekološkog kriminaliteta.

³⁵ Jan van den Berghe (Chair of EUFJE).

<http://www.impel.eu/wp-content/uploads/2016/01/Press-release-Compliance-Conference-12-13-May-2016.pdf>, 20.9.2017.

Literatura:

1. Pavliček, J., Milivojević, L., Kriminalistička metodologija u funkciji zaštite prirode, Kriminalistička teorija i praksa, ISSN 1849-6164, god. I br. 1., Međunarodno kriminalističko udruženje, Zagreb 2014., str. 55.-80.

Web - stranice:

1. https://app.azavista.com/event_website_pages/view/home/58be9791-fbf0-42f5-81f9-1ac4ac110002/6fef9ad8d710.3.2018.

Summary

INTERNATIONAL COOPERATION IN FIGHTING ENVIRONMENTAL CRIME THROUGH THE EUROPEAN NETWORK FOR FIGHTING ENVIRONMENTAL CRIME – ENVICRIMENET

The European Network for Fighting Environmental Crime – EnviCrimeNet was founded in 2011 with an EU Council Resolution (EU Council Resolution 10291/11 d.d. 9-10 June 2011). It was envisaged as an informal network of bodies in charge of fighting environmental crime that is supported by Europol and which primarily connects police officers and specialized prosecutors, judges, customs and other bodies that fight environmental crime in order to improve their mutual communication, exchange of experience and best practice. The intention was through the network, alongside gaining as good a possible of an insight into the scope of environmental crime in the European Union, to work on the strengthening of international cooperation of all bodies that are working to fight crime. In that way the efficiency in fighting environmental crime was planned with a special take on fighting transnational environmental crime.

The network of international partners of EnviCrimeNet alongside Europol, Interpol and Eurojust, includes as partners certain specialized networks such as the European Network of Prosecutors for the Environment (ENPE), European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law (IMPEL), the European Union Forum of judges for the environment (EUJFE) as well as many other bodies that represent various segments in the systematic fight against environmental crime.

Alongside the mentioned, the importance of the project concerning the improvement of fighting environmental crime which was implemented in the EU Member States (The Intelligence Project on Environmental Crime - IPEC), and started by EnviCrimeNet and Europol in May 2014 should be highlighted. The said project for the first time ever collected all-encompassing, significant data on the most frequent types of environmental crime offences in the EU Member States and their scopes, the perpetrators i.e. organized groups committing these offences and the actual problems and obstacles in fighting them which the bodies that work on them encounter on a daily basis. Based on the analysis of the data collected with the project, more adequate solutions that would contribute to a more efficient fight against environmental crime were proposed, not only in the EU Member States but also transnationally.

The paper examines EnviCrimeNet and its objectives, the mentioned project referring to the emergence of environmental crime in the European Union and its results as well as concrete, practical activities that are implemented through EnviCrimeNet (in some of which the author participated), and in particular the significant activities of the network of judges and state attorneys as well as their international partners.

Keywords: international cooperation, EnviCrimeNet, environmental crime, fighting crime, activities.

JAVNA NABAVA

Stručni članak UDK 35.073.53

Temeljna načela postupaka javne nabave

dr. sc. Stanka Pejaković*

U radu se razmatraju temeljna načela postupaka javne nabave koja predstavljaju standard ponašanja za sve naručitelje. Akcentira se važnost potrebe normativne proklamacije i zastupljenosti temeljnih načela te se naglašava njihov značaj kao pravnih argumenata prilikom popunjavanja praznina i tumačenja brojnih i složenih normi zakonodavstva o javnoj nabavi. U tome kontekstu detektiraju se i mogući normativni nedostaci koji generiraju devijacije u primjeni zakonodavstva o javnoj nabavi na konkretan slučaj. Pritom se uzima u obzir i značaj načela kao regulatornih sredstava u službi postizanja legitimnih ciljeva zakonodavstva o javnoj nabavi.

Ključne riječi: načela javne nabave, normativna proklamacija i zastupljenost načela, praktična primjena načela.

1. UVOD

Temeljna načela postupaka javne nabave sadržana su u prvom dijelu, Glava I., poglavlje I. Zakona o javnoj nabavi (dalje: ZJN),¹ u čl. 4. pod naslovom "Načela javne nabave". Riječ je o specifičnim načelima koja čine normativne temelje postupaka javne nabave. Temeljna načela postupaka javne nabave determinirana su općim temeljnim načelima pravnog sustava Europske unije (dalje: EU), u prvom redu načelima osnivačkih ugovora,² zatim načelima materijalnih direktiva o javnoj nabavi,³ ali i načelima razvijenima kroz praksu

Suda Europske unije (Court of Justice of the European Union; dalje: Sud EU),⁴ odlukama Europske komisije i drugim relevantnim aktima EU-a te međunarodnim ugovorima i drugim međunarodnim aktima.

Namjera ovog članka je utvrditi jesu li načela sadržana u materijalnim direktivama o javnoj nabavi unesena u tekst ZJN-a i na koji način su razrađena, odnosno u kojoj mjeri su zastupljena u tekstu ZJN-a. Potom je cilj utvrditi poštivanje temeljnih načela u praktičnoj primjeni zakonodavstva o javnoj nabavi i analizirati najčešća odstupanja, kao i utvrditi moguće uzroke takvih odstupanja. Polazi se od toga da temeljna načela postupaka javne nabave neće ostvariti svrhu svog postojanja ako se ne potvrde u praktičnoj primjeni. Vrlo je važno osigurati poštivanje načela od strane naručitelja, pri čemu je upravna praksa po žalbi najznačajniji ko-rektor mogućih nepravilnosti odnosno nezakonitosti u postupanju naručitelja.

* Stanka Pejaković, Financijska agencija, Zagreb.

¹ Novi Zakon o javnoj nabavi objavljen je u Narodnim novinama, br. 120/16, a stupio je na snagu 1. 1. 2017.

² Riječ je o Ugovoru o Europskoj uniji (UEU) i Ugovoru o osnivanju Europske zajednice (UFEU), koji su izmijenjeni i dopunjeni Ugovorom iz Lisabona (Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community). Tekst Lisabonskog ugovora objavljen je u Službenom listu EU-a, C 306, od 17. 12. 2007., a stupio je na snagu 1. 12. 2009., nakon njegove ratifikacije u svim državama članicama EU-a.

³ Važeće materijalne direktive iz područja javne nabave objavljene su u Službenom listu EU-a L 94 od 28. 3. 2014., a to su: Direktiva 2014/24/EU od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, te Direktiva 2014/25/EU od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarst-

va, energetske i prometne sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ. Osim navedenih u primjeni je i Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji, a koja je izvan dosega ovog rada.

⁴ Sud Europske unije ovlašten je tumačiti pravo EU-a, a u svrhu osiguranja njegove primjene na isti način u svim državama članicama.

Kontrolu postupaka javne nabave po žalbi provodi Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (dalje: DKOM),⁵ čija praksa je usmjerena ne samo na poštivanje normi zakonodavstva o javnoj nabavi već i na praktičnu usklađenost provedenih postupaka javne nabave s proklamiranim načelima. Da bi se devijacije pri provedbi postupaka javne nabave svele na minimum, osim stvaranja kvalitetne upravne, ali i upravno-sudske prakse,⁶ potrebno je *de lege ferenda* razmisliti i o mogućnosti ozakonjenja pojedinih, a u ovom radu iznesenih rješenja, koja bi trebala olakšati primjenu normi zakonodavstva o javnoj nabavi u skladu s proklamiranim načelima.

2. POJEDINA NAČELA I NJIHOV SADRŽAJ

Pravna stečevina EU-a temelji se na slobodama koja proizlaze iz osnivačkih ugovora. Tri od četiri glavne slobode iz UFEU-a su slobode koje zadiru u područje javne nabave. Riječ je o: slobodi kretanja roba (čl. 28. - 29. UFEU-a), slobodi kretanja osoba (koja sloboda uključuje i pravo poslovnog nastana (čl. 49. - 55. UFEU-a) te slobodi pružanja usluga (čl. 56. - 62. UFEU-a).⁷ Te slobode su, a po uzoru na materijalne direktive o javnoj nabavi, unesene u tekst ZJN-a, odnosno sadržane su u normi ZJN-a označenoj kao načela javne nabave (čl. 4. ZJN-a). Osim na tim slobodama javna nabava temelji se i na načelima koja iz tih sloboda proizlaze. To su: načelo tržišnog natjecanja, jednakog tretmana, zabrane diskriminacije, uzajamnog priznavanja, razmjernosti i transparentnosti. Osim toga, naručitelji su obvezni primjenjivati odredbe ZJN-a na način koji omogućava učinkovitu javnu nabavu te ekonomično i svrhovito trošenje javnih sredstava. Pobrojana temeljna načela postupaka javne nabave su konvergentna po nekim svojstvima, nerijetko se međusobno preklapaju, isprepliću i dopunjavaju, ponekad su i u koliziji, ali ih sve zajedno treba promatrati kroz prizmu minimalnih etičkih standarda koje treba poštivati prilikom provođenja postupaka javne nabave.

⁵ Rad DKOM-a uređuje Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine, br. 18/13, 127/13, 74/14).

⁶ Navedeno zbog toga što se prema čl. 434. st. 1. ZJN-a protiv odluke DKOM-a može pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske.

⁷ Riječ je o tri od četiri slobode iz UFEU-a koje su nastale u vezi sa stvaranjem unutarnjeg tržišta, a koje izvorno nisu bile povezane s javnom nabavom. Četvrta sloboda iz UFEU-a je sloboda kretanja kapitala (čl. 63.-66. UFEU-a).

Temeljna načela postupaka javne nabave prije svega su usmjerena na dužnosti tijela koje vodi postupak (naručitelja), a o čijim postupcima ovisi realizacija načela u praksi. Iz perspektive gospodarskih subjekata poštivanje temeljnih načela od strane naručitelja uvjet je za ostvarenje njihovih prava. S obzirom na to da način realizacije načela utječe u velikoj mjeri na pravilnu primjenu ZJN-a, vrlo je važno postići njihovo razumijevanje i ispravnu primjenu u praksi. To se prije svega odnosi na postupanje naručitelja koji, provodeći postupke javne nabave, primjenjuju pravne norme zakonodavstva o javnoj nabavi na konkretan slučaj. Prilikom konkretizacije pravnih normi naručitelji su dužni popunjavati eventualne praznine i interpretirati relevantne pravne norme u skladu s temeljnim načelima postupaka javne nabave. Pritom naručitelji moraju imati na umu da iako svojim ponašanjem ne krše bilo koju izričitu normu, njihovo ponašanje može biti nezakonito ako svojim postupanjem krše neko od proklamiranih načela.⁸ U ovom radu analiza je usmjerena upravo na u ZJN-u nominalno regulirana načela, a s namjerom da se ukaže na njihovo značenje i pokuša utvrditi i razjasniti sadržaj svakog pojedinog od tih načela.

2.1. Načelo ekonomičnosti, učinkovitosti i svrhovitosti

Postizanje ideje "najbolja vrijednost za novac" (engl. *best value for money*), a koja se smatra jednim od glavnih ciljeva javne nabave, temelji se na realizaciji načela ekonomičnosti, učinkovitosti i svrhovitosti postupanja naručitelja pri provedbi postupaka javne nabave. Riječ je o tri načela objedinjena u dijelu pravne norme koja govori o temeljnim načelima (čl. 4. st. 3. ZJN-a).⁹ Materijalne direktive o javnoj nabavi ove pojmove ne predviđaju eksplicitno kao načela. Ni ZJN, a po uzoru na direktive, također ne određuje ove pojmove kao načela iako ih svrstava u istu normu kao i duga načela, već o njima govori kao o sredstvima u službi ostvarenja određenog cilja. S obzirom na to da se ciljevi niti ne mogu strogo razgraničiti od načela, a kako su i ovi pojmovi svrstani

⁸ Tako Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU and UK*, 3rd edition, Vol. 1, London, Sweet & Maxwell, 2014., str. 613.

⁹ Medvedović ova načela promatra kao jedno kompleksno načelo koje se javlja pod različitim nazivima, a koje je kao takvo u službi ostvarenja određenih ciljeva javne nabave. V. Medvedović, D., *Temeljna načela javne nabave, Savjetovanje o javnoj nabavi*, Narodne novine i Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb, 2004., str. 90.

u odredbu ZJN-a (čl. 4. ZJN-a) pod naslovom "Načela javne nabave", nesumnjivo je riječ o pojmovima koji se trebaju smatrati temeljnim načelima.

Iako je riječ o tri pojma odnosno naziva, ova načela se međusobno uvjetuju i dopunjavaju, a kao što je naprijed rečeno, usmjerena su na postizanje određenog cilja. Međutim, već na prvi pogled se može zaključiti da se radi o nepreciznim jezičnim izrazima koje je u duhu hrvatskog jezika teško razgraničiti. Zbog toga bi svakako bilo od koristi da je zakonodavac, uz eksplicitno navođenje ovih pojmova kao načela, definirao i sadržaj svakog pojedinog od tako proklamiranih načela. Definiranje sadržaja ovih načela prisutno je u zakonodavstvu nekih država članica, kao što je to slučaj primjerice u Sloveniji. Naime, slovenski Zakon o javnoj nabavi¹⁰ ove pojmove prethodno nominalno proklamira kao načela (čl. 3. st. 1.), pa potom, u posebnom članku (čl. 4.), definira sadržaj svakog od njih.

S obzirom na to da ZJN ne određuje sadržaj ovih pojmova, prilikom detektiranja sadržaja ovih načela naručitelji se mogu osloniti na Uredbu EU-a br. 966/2012,¹¹ koja u čl. 30. st. 2. eksplicitno ističe ova načela kao načela dobrog financijskog upravljanja i određuje sadržaj svakog od njih:

- Načelo ekonomičnosti (engl. *the principle of economy*) zahtijeva da su sredstva kojima se institucija koristi u obavljanju svojih djelatnosti pravodobno dostupna, u primjerenoj količini i primjerene kvalitete po najboljoj cijeni.

- Načelo učinkovitosti (engl. *the principle of efficiency*) odnosi se na postizanje najboljeg odnosa između upotrijebljenih sredstava i postignutih rezultata.

- Načelo svrhovitosti (engl. *the principle of effectiveness*) odnosi se na postizanje određenih postavljenih ciljeva i željenih rezultata.

Nadalje, za utvrđenje sadržaja pojmova učinkovitosti i svrhovitosti može poslužiti i odgovarajuća odredba Zakona o općem upravnom postupku (dalje: ZUP),¹² a koji definira sadržaj ovih načela.¹³ Naime, iako

su postupci javne nabave *sui generis* i naručitelji provode postupke koji se ne mogu shvatiti kao klasični upravni postupci, detaljnija analiza bi pokazala da u tim postupcima nije isključena primjena ZUP-a. Međutim, unatoč tome što Uredbu EU-a br. 966/2012 iscrpno definira sadržaj načela ekonomičnosti, učinkovitosti i svrhovitosti, a sadržaj načela učinkovitosti i svrhovitosti definira i ZUP, u cilju olakšanja praktične primjene zakonodavstva o javnoj nabavi bilo bi dobro da je i ZJN definirao sadržaj svakog pojedinog od ovih načela.

U situaciji nedostatnoga normativnog određenja sadržaja ovih načela u ZJN-u njihovu ispravnom shvaćanju u praktičnoj primjeni pridonosi relevantna praksa DKOM-a. Tako je primjerice DKOM u svojoj praksi zauzeo stav da je ZJN-om propisana obveza provođenja postupaka javne nabave, a posebno poštivanja ZJN-om proklamiranih načela ekonomičnosti, učinkovitosti i svrhovitog korištenja sredstava, razlog zbog kojeg je naručitelj u obvezi zatražiti dostavu ažuriranih popratnih dokumenata u skladu s čl. 163. st. 1. ZJN-a, a osobito ako je ponuda o kojoj je riječ cijenom jeftinija.¹⁴

2.2. Načelo tržišnog natjecanja

Nenarušavanje tržišnog natjecanja jedan je od ciljeva unutarnjeg tržišta i instrument je za poticanje gospodarskog razvoja, budući da učinkovita konkurencija može dovesti do nižih cijena ili više kvalitete roba i usluge koji se nude na tržištu. Iako nije izričito navedeno kao načelo materijalne direktive o javnoj nabavi tržišno natjecanje ističu kao cilj, određujući u svojim preambulama da nacionalni sustavi država članica trebaju voditi računa o tome da izričito proklamirana načela služe poticanju tržišnog natjecanja.¹⁵ Ovo načelo zastupljeno je u cijelom tekstu direktiva o javnoj nabavi. Direktive tako npr. određuju da bi se obzirom na štetne učinke za tržišno natjecanje, pregovarački postupci bez prethodne objave obavijesti o nadmetanju trebali koristiti samo u vrlo iznimnim okolnostima.¹⁶ I iz

¹⁰ Zakon o javnem naročanju, Službeni list Republike Slovenije, br. 91/15.

¹¹ Uredba (EU, Euratom) br. 966/12 od 25. listopada 2012. o financijskim pravilima koja se primjenjuju na opći proračun Unije i o stavljanju izvan snage Uredbe Vijeća (EZ, Euratom) br. 1605/02. Obveza naručitelja da uzmu u obzir definicije ovih načela proizlazi iz karaktera uredbi kao pravnih akata u pravu EU-a. Naime, prema čl. 288. st. 2. UFEU-a, uredba je takav pravni akt koji ima opću primjenu i neposredno se primjenjuje u svim državama članicama.

¹² Zakon o općem upravnom postupku (Narodne novine, br. 47/09).

¹³ Smisao načela učinkovitosti i ekonomičnosti sadržan je u čl. 10. ZUP-a s naslovom "Načelo učinkovitosti i ekonomičnosti", a koji glasi: "U

upravnim stvarima postupa se što je moguće jednostavnije, bez odgode i uz što manje troškova, ali tako da se utvrde sve činjenice i okolnosti bitne za rješavanje o upravnoj stvari."

¹⁴ Odluka DKOM-a br. 701 od 31. 10. 2017.

¹⁵ Toč. 1. preambule Direktive 2014/24/EU, odnosno toč. 2. preambule Direktive 2014/25/EU.

¹⁶ Toč. 50. preambule Direktive 2014/24/EU, odnosno toč. 61. preambule Direktive 2014/25/EU. A te okolnosti odnosno uvjeti o kojima je riječ, sadržane su u normativnom dijelu teksta Direktive 2014/24/EU, odnosno u čl. 32. Direktive.

prakse Suda EU-a proizlazi potreba osiguranja tržišnog natjecanja.¹⁷

Tržišno natjecanje jedno je i od ZJN-om proklamiranih načela (čl. 4. st. 1.). Osim normative proklamacije, a u cilju zaštite ovog načela, u ZJN-u su propisane zabrane i ograničenja koje se naručitelji dužni poštivati. Ograničenje načela tržišnog natjecanja u skladu s odredbama ZJN-a postojalo bi primjerice ako bi pri određivanju tehničkih specifikacija naručitelj pogodovao konkretnom ponuditelju ili grupi ponuditelja. Na obvezu poštivanja ovog načela u postupcima javne nabave upućuje i praksa DKOM-a koja jasno naglašava nužnost poštivanja navedenog načela, navodeći da se radi o krovnom načelu postupaka javna nabave.¹⁸

S obzirom na to da je načelo tržišnog natjecanja jedno od proklamiranih načela postupaka javne nabave, naručitelji bi pri provedbi tih postupaka trebali voditi računa i o zakonodavstvu o zaštiti tržišnog natjecanja. Naime, iako je za sankcioniranje povreda iz Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (dalje: ZZTN)¹⁹ nadležna Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: AZZTN), o povredama načela tržišnog natjecanja odlučuje i DKOM.²⁰ Navedeno osobito zbog toga što je s aspekta propisa tržišnog natjecanja od iznimne važnosti u postupcima javne nabave poštovati načelo tržišnog natjecanja jer se tako osigurava pristup i sudjelovanje na tržištu svim gospodarskim subjektima pod jednakim uvjetima. Stoga bi, a da bi odagnao svaku sumnju u primjenu zakonodavstva o tržišnom natjecanju, bilo dobro da je hrvatski zakonodavac predvidio da provedeni postupci javne nabave moraju biti u skladu s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, a kako je to slučaj u nekim drugim državama članicama,²¹ ali i nekim drža-

vama koje još nisu države članice.²² DKOM se u svojim odlukama donesenima u postupku po izjavljenoj žalbi također poziva na sadržaj pojedinih odredaba ZZTN-a,²³ a nerijetko traži i od AZZTN-a očitovanje o tome predstavlja li određena situacija narušavanje tržišnog natjecanja.²⁴

2.3. Načelo jednakog tretmana

Načelo jednakog tretmana je od osobite važnosti s gledišta jednakog pristupa gospodarskih subjekata postupcima javne nabave te zahtijeva nepristran i objektivni tretman svih sudionika, odnosno osigurava da su svi gospodarski subjekti podložni točno istim uvjetima i tretiraju se na isti način. Ovo načelo uključuje glavne elemente transparentnosti,²⁵ a s obzirom na to da svaki uvjet prihvatljivosti podrijetla (nacionalna ili lokalna provenijencija) dovodi do nejednakog tretmana, povreda ovog načela može dovesti i do diskriminacije.²⁶

Sud EU-a je u predmetu *Storebaelt* naveo da poštivanje načela jednakog tretmana proizlazi iz temelja direktiva za javnu nabavu.²⁷ Ovo načelo istaknuto je kao načelo u preambulama direktiva o javnoj nabavi,²⁸ zatim u normativnom dijelu direktiva,²⁹ a elementi ovog načela mogu se uočiti u svakoj fazi formalnog postupka nabavke kako su postavljene u direktivama.³⁰ Zahtjev je da se slučajevi koji se mogu usporediti moraju tretirati jednako, a da se različite situacije ne smiju tretirati jednako, osim ako je takav tretman objektivno opravdan.³¹ Slijedom navedenih zahtjeva, direktiva i

¹⁷ Predmet C-399/98, *Ordine degli Architetti and Others Ordine degli Architetti i drugi protiv Comune di Milano* [2001] ECR I-5409, toč. 52 i 75. Također i predmet C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs GmbH (HI) protiv Stadt Wien* [2002] ECR I-1091, toč. 44.

¹⁸ Prema stavu DKOM-a naručitelji su u obvezi, a u cilju zaštite tržišnog natjecanja kao krovnog načela postupaka javne nabave, zakonito propisati potrebna sredstva dokazivanja bez postavljanja otegotnih uvjeta i pretpostavki za sudjelovanje gospodarskih subjekata u postupcima javne nabave (rješenje DKOM-a br. 993 od 17. 1. 2017.).

¹⁹ Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, br. 79/09, 80/13).

²⁰ Prema praksi DKOM-a ovo je tijelo nadležno za odlučivanje o povredama načela tržišnog natjecanja budući da je to načelo jedno od temeljnih načela ZJN-a - v. rješenje DKOM-a br. 383 do 9. srpnja 2015.

²¹ To npr. slovenski Zakon o javnoj nabavi, *supra*, u bilj. 10., određuje u čl. 5. st. 2. da "provedba javne nabave mora biti u skladu s propisima o zaštiti i sprječavanju ograničavanja konkurencije".

²² Da je zaštitu tržišnog natjecanja među ponuditeljima dužan osigurati naručitelj u skladu sa zakonom propisuje i čl. 6. st. 1. crnogorskog Zakona o javnim nabavkama, Službeni list Crne Gore, br. 42/11, 57/14, 28/15.

²³ Vidi rješenje DKOM-a br. 383 od 9. 7. 2015., u kojem se DKOM poziva na sadržaj čl. 4. ZZTN-a. Međutim, prilikom tumačenja odredbi ZZTN-a, DKOM se oslanja na mišljenje AZZTN-a, što je razvidno iz rješenja DKOM-a br. 243. od 13. 5. 2016.

²⁴ A na koje zahtjeve se AZTN redovito i očituje V. primjerice očitovanje AZTN-a br. 148 od 17. 7. 2015.

²⁵ V. predmet C-275/98, *Unitron Scandinavia i 3-S* [1999] ECR I-8291, toč. 31.

²⁶ Predmet 810/79, *Überschär* [1980] ECR 2747, toč. 16.

²⁷ Predmet C-243/89, *Europska komisija protiv Danske "Storebaelt"* [1993] ECR I-3353, toč. 33.

²⁸ Toč. 1 preambule Direktive 2014/24/EU, odnosno čl. 2. preambule Direktive 2014/25/EU.

²⁹ Čl. 18. st. 1. Direktive 2014/24/EU, odnosno čl. 36. st. 1. Direktive 2014/25/EU.

³⁰ Prema stavu Suda EU-a načelo jednakog tretmana mora biti osigurano u svakoj fazi postupaka javne nabave - Predmet C-87/94, *Europska komisija protiv Belgije* [1996] ECR I-2043, toč. 19.

³¹ Spojeni predmeti C-21/03 i C-34/03, *Fabricom* [2005] ECR I-1559, toč. 27.

prakse Suda EU-a može se zaključiti da se ovo načelo, a kako to navodi i Arrowsmith, ne može primijeniti automatizmom, jer samo postojanje ovog načela i njegova široka proklamacija u direktivama, ali i praksa Suda EU-a, ograničavaju slobodu naručitelja prilikom primjene usklađenog zakonodavstva u svim fazama postupaka javne nabave.³²

Iako ZJN ne određuje sadržaj ovog načela, njegova razradba sadržana je u tekstu ZJN-a. Tako ZJN u odredbi čl. 199. st. 3. određuje da natjecatelj ili ponuditelj koji je prethodno sudjelovao u pripremi postupka, može biti isključen iz postupka samo ako se na drugi način ne može osigurati obvezno poštovanje načela jednakog tretmana. ZJN nadalje daje mogućnost naručitelju da, uz poštivanje ovog načela (ali i načela transparentnosti), zahtijeva dopune, razjašnjenje, upotpune ili dostavu nužne informacije ili dokumentaciju od gospodarskog subjekta koji nije dostavio zahtijevane dokumente, ili je dostavio informacije i dokumentaciju koji su nepotpuni, pogrešni ili se takvima čine (čl. 293. ZJN-a).

Nedostatno sadržajno određenje ovog načela u ZJN-u uvjetuje potrebu njegova preciznijeg određenja u praktičnoj primjeni, što konkretno znači da je na pravnoj praksi izuzetno složena zadaća određivanja pretpostavljenog sadržaja ovog načela. Iako ovo načelo nije u ZJN-u preciznije određeno, definicija ovog načela sadržana je nekim odlukama DKOM-a. DKOM tako navodi da ovo načelo "zahtijeva da se prema svim gospodarskim subjektima postupa jednako te djeluje nepristrano prema svim sudionicima tijekom cijelog postupka kao i da se u usporedivim situacijama (odnosno, u usporedivim nedostacima ili prednostima ponude) mora postupati jednako prema svim ponuditeljima, odnosno da se pri ocjeni ponuda u postupku javne nabave prema svakom ponuditelju postupa na jednak način"³³.

2.4. Načelo zabrane diskriminacije

Načelo zabrane diskriminacije općenito zabranjuje diskriminaciju na temelju državljanstva, pri čemu se ovo načelo ne ograničava na samo očitu diskriminaciju već uključuje i sve prikrivene oblike diskriminacije koji dovode do istog rezultata.³⁴ Načelo nediskriminacije

po osnovi državljanstva podrazumijeva naročito obavezu transparentnosti.³⁵ Ovo načelo je u tijesnoj vezi i s načelom jednakog tretmana, odnosno, specifična je formulacija općenitijeg načela jednakog tretmana.³⁶ Naime, promatrano u europskom kontekstu, u kojem se pojam jednakog tretmana prije svega odnosi na zabranu diskriminacije na temelju nacionalne pripadnosti, diskriminacija uvijek proizvodi i nejednak tretman. Veza između načela zabrane diskriminacije s načelom jednakog tretmana utjecala je na to da se ova načela analiziraju zajedno, kao jedno cjelovito načelo.³⁷ Zbog toga ni zakoni koji uređuju postupke javne nabave ova načela ne razdvajaju.³⁸ Ipak, hrvatski ZJN u čl. 4. st. 1. ova dva načela odvojeno proklamira, a po uzoru na direktive o javnoj nabavi, pa se i u ovom radu ova dva načela odvojeno razmatraju.

Uz njegovu izričitu proklamaciju, ovo načelo zastupljeno je u tekstu ZJN-a koji sadržava više odredaba kojima su normativno uređena prava i obveze naručitelja u cilju realizacije ovog načela. Načelo zabrane diskriminacije je npr. sadržano u odredbi čl. 48. ZJN-a, prema kojoj "Gospodarski subjekt koji ima pravo pružati odgovarajuće usluge prema pravu države članice u kojoj ima poslovni nastan ne smije biti odbijen iz postupka javne nabave ako bi prema pravu Republike Hrvatske morao biti ili fizička ili pravna osoba."³⁹ Suprotno postupanje naručitelja predstavljalo bi diskriminaciju s osnove organizacijskog oblika ponuditelja.

Načelo zabrane diskriminacije razrađeno je i u odredbama ZJN-a kojima su uređena pojedina pitanja postupka i u kojima su predviđene obveze naručitelja, pri čemu se svako drugačije postupanje može okvalificirati kao suprotno načelu zabrane diskriminacije. Tako, primjerice, provodeći natjecateljski postupak uz pregovore, naručitelju ne smiju pružati informacije na diskriminirajući način kojim bi se moglo pogodovati

³² U tom smislu vidi predmet C-275/98, Unitron Scandinavia i 3-S [1999] ECR I-8291, toč. 31.

³³ Usp. Arrowsmith, S., *op. cit.* u bilj. 8, str. 621.

³⁴ Ova dva načela ne razdvaja ni Medvedović, *op. cit.* u bilj. 9, str. 93., ali ova načela ograničava samo na sferu poduzetništva, za razliku od načela ravnopravnosti kao općenitog načela, koje je prisutno u svim sferama društvenog života.

³⁵ Slovenski Zakon o javnoj nabavi, *supra*, u bilj. 10., ne proklamira odvojeno ova načela, već u posebnoj odredbi u kojoj definira sadržaj načela jednakog tretmana, obvezuje naručitelje da osiguraju nediskriminaciju između ponuditelja (čl. 7. st. 2.).

³⁶ Takav sadržaj navedene odredbe ZJN-a proizlazi iz direktiva o javnoj nabavi - čl. 19. st. 1. Direktive 2014/25/EU, odnosno čl. 36. st. 1. Direktive 2014/25/EU.

³² Usp. Arrowsmith, S., *op. cit.* u bilj. 8, str. 620.

³³ V. odluku DKOM-a br. 242 od 8. 5. 2015.

³⁴ Predmet C-330/91, Commerzbank [1993] ECR I-4017, u toč. 14.V. i spojeni predmeti 62/81 i 63/81 Seco protiv EVI [1982] ECR 223, toč. 8.

pojedinih ponuditeljima na štetu drugih (čl. 101. ZJN-a). Naručitelji su također obvezani voditi računa o tome da kriteriji za odabir ponude ne smiju biti diskriminirajući (čl. 285. st. 1. ZJN-a)⁴⁰ i da se mogu odnositi samo na uvjete sposobnosti koji su ZJN-om određeni (sposobnost za obavljanje profesionalne djelatnosti, ekonomsku i financijsku sposobnost te tehničku i stručnu sposobnost - čl. 256. st. 2. ZJN-a). I pravilno određivanje rokova za dostavu ponuda i zahtjeva za sudjelovanje, a koji moraju biti dovoljno dugi da se gospodarskim subjektima iz drugih država članica omogući priprema ponuda,⁴¹ također doprinose suzbijanju diskriminacije.⁴² Poseban oblik diskriminacije može postojati zbog nepoštivanja odredaba ZJN-a o objavljivanju obavijesti javne nabave.⁴³

2.5. Načelo uzajamnog priznanja

Načelo uzajamnog priznanja ili načelo zabrane dvostrukog uvjetovanja uveo je Sud EU-a, koji je ovo načelo prvi put istaknuo u presudi u predmetu *Cassis de Dijon*.⁴⁴ Prema načelu uzajamnog priznavanja država članica načelno ne smije na svojem državnom području zabraniti prodaju proizvoda,⁴⁵ a koji se zakonito stavljaju na tržište u drugoj državi članici, čak i ako su ti proizvodi u skladu s tehničkim propisima različitim od onih koji se primjenjuju na domaće proizvode. Provedbu načela uzajamnog priznanja u praksi pobliže uređuje posebna uredba Europskog parlamenta i Vijeća iz 2008.,⁴⁶ čiji je cilj ojačati funkcioniranje unutar-

njeg tržišta unapređenjem slobode kretanja robe, a što može biti ostvareno samo pod uvjetom predvidivog postupanja naručitelja u državi uvoznici. U protivnom, zainteresirani gospodarski subjekti iz drugih država članica prilagođavaju proizvode nacionalnim tehničkim pravilima države uvoznice, što uvjetuje veće troškove, a u konačnici i višu cijenu ili se, pak, gospodarski subjekti suzdržavaju od njihova stavljanja na tržište u tim državama članicama, čime se također ograničava tržišno natjecanje. U cilju ostvarenja slobode kretanja na razini EU-a doneseni su propisi (uredbe ili direktive) kojima se utvrđuju tehnički zahtjevi kojima određeni proizvodi moraju udovoljavati. Ako takvi harmonizirani propisi ne postoje ili je tim propisima državama članicama ostavljeno da same reguliraju određene zahtjeve za neke proizvode, države članice same donose tehničke propise kojima sa utvrđuju ti zahtjevi.

U cilju njegove uspješnije i šire primjene ovo načelo je izričito uneseno i u tekst direktiva o javnoj nabavi,⁴⁷ a razrađeno je u odredbama direktiva koje se odnose na tehničke specifikacije.⁴⁸ Primjena ovog načela u postupcima javne nabave implicira ispravno formuliranje tehničkih specifikacija sadržanih u dokumentaciji o nabavi, a kojima se utvrđuju tražene karakteristike roba, roba ili usluga koje se nabavljaju, odnosno ispravno upućivanje na tehničke specifikacije uz uvažavanje redoslijeda prioriteta,⁴⁹ a koje upućivanje mora biti popraćeno izrazom "ili jednakovrijedno". Izrazom "ili jednakovrijedno" mora biti popraćeno i svako upućivanje u tehničkim specifikacijama na određenu marku ili izvor i sl., a što je dopušteno samo ako se predmet nabave ne može odrediti precizno i razumljivo opisati (čl. 210. st. 2. ZJN-a).

Povreda ovog načela analizirana je i u praksi DKOM-a, koje tijelo je u razdoblju primjene novog ZJN-a donijelo veći broj odluka u kojima zauzima određene stavove vezano za njegovu praktičnu primjenu. Praksa DKOM-a ukazuje na povrede ovog načela od strane naručitelja, a mogući razlog uvažavanja žalbi je što zbog nedovoljno jasnih i preciznih formulacija pojedinih zahtjeva zakonodavstva o javnoj nabavi, a nerijetko i zbog nesnala-

⁴⁰ Kriteriji za odabir ponude moraju biti formulirani na način da ih dobro informirani i savjesni ponuditelji mogu tumačiti na isti način - predmet C-19/00 SIAC Construction [2001] ECR I-7725.

⁴¹ S druge strane, a kako bi postupci bili brži i učinkovitiji, rokovi za sudjelovanje u postupcima nabave trebali bi biti što kraći i pri određivanju rokova za primanje ponuda i zahtjeva za sudjelovanje naručitelji bi trebali posebno uzeti u obzir složenost predmeta nabave i vrijeme potrebno za sastavljanje ponuda. O potrebi skraćivanja rokova v. toč. 80. preambule Direktive 2014/24/EU, odnosno toč. 89. preambule Direktive 2014/25/EU.

⁴² Prema čl. 228. ZJN-a minimalni rok za dostavu ponuda u otvorenom postupku velike vrijednosti je 35 dana od dana slanja poziva na nadmetanje.

⁴³ O razinama objava obavijesti govori čl. 244. ZJN-a, a o načinu objave obavijesti čl. 245. ZJN-a.

⁴⁴ Predmet 120/78, Rewe-Zentral protiv Bundesmonopolverwaltung für Branntwein "Cassis de Dijon" [1979] ECR 649. U ovom predmetu Sud EU-a uspostavio je princip "jednokratnog uvjetovanja", tj. obvezu zadovoljavanja kriterija samo jedne države, budući da "dvostruko uvjetovanje" ograničava slobodu kretanja proizvoda.

⁴⁵ Ovo se načelo uglavnom odnosi na proizvode, ali utječe i na druge slobode, kao što je sloboda pružanja usluga (primjerice priznavanje diploma na razini EU-a).

⁴⁶ Uredba (EZ) br. 764/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. srpnja 2008. o utvrđivanju postupka koji se odnosi na primjenu određenih

nacionalnih tehničkih propisa na proizvode koji se zakonito stavljaju na tržište u drugoj državi članici i o stavljanju izvan snage Odluke br. 3052/95/EZ.

⁴⁷ Čl. 18. st. 1. Direktive 2014/24/EU, odnosno čl. 36. st. 1. Direktive 2014/25/EU.

⁴⁸ Detaljnije o pravilima o načinu formuliranja tehničkih specifikacija vidjeti čl. 206. - 211. ZJN-a.

⁴⁹ Redoslijed prioriteta sadržan je u čl. 209. st. 2. ZJN-a.

ženja naručitelja u kompleksnim tehničkim propisima. Tako je npr. prema stavu DKOM-a obveza naručitelja da u tehničkoj specifikaciji dokumentacije o nabavi navede kriterije za ocjenu jednakovrijednosti, odnosno obrazloži što se smatra jednakovrijednim u specifikaciji postavljenim tehničkim zahtjevima.⁵⁰ Teret dokazivanja jednakovrijednosti, u skladu sa stavom DKOM-a, je na ponuditelju,⁵¹ pri čemu sredstva kojima će ponuditelj dokazati jednakovrijednost nisu ograničena.

2.6. Načelo razmjernosti

Načelo razmjernosti općenito podrazumijeva da svaka poduzeta radnja mora biti razmjerna postavljenim ciljevima,⁵² što znači da naručitelji u postupcima javne nabave moraju ciljeve normativne regulacije ostvariti za to primjerenim, odnosno razmjernim sredstvima. Načelo razmjernosti je eksplicitno naznačeno kao načelo u normativnom dijelu direktiva o javnoj nabavi,⁵³ a zastupljeno je i u praksi Suda EU-a, kao što je to npr. slučaj u presudi u predmetu *Fabricom*.⁵⁴ Načelo razmjernosti je izričito proklamirano u čl. 4. st. 1. ZJN-a, ali sadržaj ovog načela nije pobliže razrađen, zbog čega prilikom interpretacije treba uzeti u obzir sadržaj istoimenog načela kako je definiran u čl. 6. ZUP-a, pod naslovom "Načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa".⁵⁵

Primjena načela razmjernosti u postupcima javne nabave podrazumijeva odnosno omogućava naručiteljima da samostalno izaberu procesnu mjeru koju u konkretnom slučaju smatraju najpovoljnijom za ponuditelje, dok trebaju izbjegavati donošenje odluka po vlastitom nahođenju. Naručitelji moraju voditi računa da svako postupanje kojim se ograničava pravo gospodarskih subjekata mora biti nužno i razmjerno cilju odnosno ciljevima koji se žele postići, zatim moraju primjenjivati mjere za ispunjenje obveza koje su za gos-

podarske subjekte povoljnije ako se njima postiže svrha propisa, te pri vođenju postupka moraju omogućiti gospodarskim subjektima da što lakše zaštite i ostvare svoja prava, pazeći pritom da ostvarivanje prava jednih gospodarskih subjekata ne ide na štetu drugih niti da bude u protivnosti s javnim interesom.

Ovo načelo zastupljeno je u svim fazama postupka javne nabave kako su postavljene ZJN-om, čime je zakonodavac načelo razmjernosti proširio i izvan načelnog zakonskog određenja. Primjena ovog načela u predraspisnoj fazi postoji kada naručitelj formulira zahtjeve u pogledu sadržaja dokumentacije o nabavi, odnosno pri formuliranju uvjeta i kriterija koji moraju biti u vezi s predmetom nabave i razmjerni predmetu nabave.⁵⁶ U praksi često naručitelji u dokumentaciji o nabavi postavljaju relativno visoke uvjete, određujući čak i uvjete koji nisu u izravnoj vezi s predmetom nabave. Određivanje visokih uvjeta naručitelji pravdaju potrebom osiguranja uvjeta visoke kvalitete, pouzdanosti i stručnosti, ali takvi uvjeti posredno utječu na tržište i pomažu stvaranju monopola ili barem smanjenju broja gospodarskih subjekata.⁵⁷ Zbog toga i DKOM u svojim odlukama sankcionira prekoračenje zahtijevanih minimalnih razina tehničke i stručne sposobnosti.⁵⁸ Prema stavu DKOM-a, također, dopušteno određivanje roka dužeg od 30 dana za donošenje odluke o odabiru (čl. 302. st. 4. ZJN-a), treba biti u skladu s načelom razmjernosti.⁵⁹ I pri primjeni fakultativnih osnova za isključenje,⁶⁰ ali i u slučaju postojanja manjih nepravilnosti u odnosu na informacije i dokumentaciju gospodarskih subjekata,⁶¹ naručitelji bi trebali posvetiti osobitu pozornost načelu razmjernosti.⁶²

2.7. Načelo transparentnosti

Obveza transparentnosti proizlazi iz čl. 15. st. 1. UFEU-a, a sastoji se od osiguravanja određenog stupnja oglašavanja kako bi se omogućilo da se tržište otvori

⁵⁰ Tako i rješenje DKOM-a br. 504 od 21. 8. 2017.

⁵¹ Rješenje DKOM-a br. 340 od 31. 5. 2017.

⁵² Arrowsmith, S., *op. cit.*, u bilj. 8, str. 628.

⁵³ Čl. 18. st. 1. Direktive 2014/24/EU, odnosno čl. 36. st. 1. Direktive 2014/25/EU.

⁵⁴ Spojeni predmeti C-21/03 i C-34/03, *Fabricom SA protiv Belgije* [2005] ECR I-1559, toč. 44.

⁵⁵ U pravnoj literaturi o načelu razmjernosti u upravnom pravu, v. Šikić, M.; Ofak, L., *Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, br. 1, 2011., str. 127.-153.; Đerđa, D., *Načelo razmjernosti u donošenju upravnih odluka*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 37, br. 1, 2016., str. 175.-200.

⁵⁶ U tom smislu ZJN u čl. 256. st. 4. predviđa da "Svi uvjeti sposobnosti moraju biti vezani uz predmet nabave i razmjerni predmetu nabave, odnosno grupi predmeta nabave ako je predmet podijeljen na grupe".

⁵⁷ Određujući visoke uvjete, naručitelji automatski krše i načelo zabrane diskriminacije i jednakog tretmana.

⁵⁸ Odluka DKOM-a br. 632 od 3. 11. 2017.

⁵⁹ Odluka DKOM-a br. 428 od 18. 7. 2017.

⁶⁰ Fakultativne osnove za isključenje sadržane su u čl. 254. ZJN-a.

⁶¹ Postupanje naručitelja u tom slučaju određuje čl. 293. ZJN-a.

⁶² Navedeno je u skladu sa zahtjevom iz toč. 101. zadnji stavak preambule Direktive 2014/24/EU, odnosno toč. 106. zadnji stavak preambule Direktive 2014/25/EU.

Javnost (transparentnost, publicitet) ima u postupcima javne nabave dva cilja: prvo, omogućava široj javnosti uvid u način uporabe proračunskih sredstava, a drugo, omogućava većem broju zainteresiranih gospodarskih subjekata sudjelovanje u postupcima javne nabave.

konkurenciji i da se ispita pravičnost postupaka nabave. Javnost (transparentnost, publicitet) ima u postupcima javne nabave dva cilja: prvo, omogućava široj javnosti uvid u način uporabe proračunskih sredstava, a drugo, omogućava većem broju zainteresiranih gospodarskih subjekata sudjelovanje u postupcima javne nabave.⁶³ Neki autori općenito kritiziraju transparentnost tvrdeći da može dovesti do neočekivanih i neželjenih rezultata u pravnom režimu nabave.⁶⁴ Različiti pristupi načelu transparentnosti otvaraju mogućnost različitih pristupa nacionalnog zakonodavca, što ima za posljedicu nesigurnost uključenih sudionika u postupcima javne nabave, a kojima se ne može uvijek predvidjeti ishod.

Važeće materijalne direktive o javnoj nabavi ističu načelo transparentnosti u preambulama, navodeći da dodjela javnih ugovora od strane ili u ime nadležnih tijela država članica mora biti, među ostalim, i u skladu s načelom transparentnosti.⁶⁵ Javnost postupaka javne nabave mora biti osigurana u svim fazama tih postupaka, iako, s obzirom na zahtjeve direktiva, s različitim intenzitetom, a ovisno i od formalno uključene javnosti (šira ili uža). I Sud EU-a je načelo transparentnosti višekratno isticao u svojoj praksi, tumačeći da tvrtkama moraju biti tijekom cijelog postupka javne nabave dostupne precizne informacije.⁶⁶ Prema stavu Suda EU-a načelo transparentnosti uključuje sprječavanje svakog rizika od favoriziranja ili proizvoljnosti od strane naručitelja te podrazumijeva da svi uvjeti i pravila nabave moraju biti sastavljeni na jasan, precizan i nedvosmišlen način, koji omogućava svim gospodarskim subjektima razumijevanje na isti način.⁶⁷

Transparentnost je zajamčena u odredbama ZJN-a, a ostvaruje se prije svega objavljivanjem obavijesti javne nabave (čl. 243. ZJN-a). Načelo transparentnosti nije iscrpljeno samo odredbama o objavljivanju obavijesti javne nabave već je zastupljeno i u drugim odredbama ZJN-a, kao što je javno otvaranje ponuda,⁶⁸ potpuno ili točno objavljivanje,⁶⁹ zabrana pregovaranja o minimalnim zahtjevima i kriterijima za odabir ponude iz dokumentacije o nabavi (čl. 100. st. 1. ZJN-a), odnosno zabrana primjene kriterija i parametara za odabir koji se razlikuju od kriterija navedenih u objavi odgovarajuće obavijesti javne nabave.⁷⁰ S druge strane, realizaciji načela transparentnosti ne pridonosi odredba ZJN-a o naknadi za objavu obavijesti javne nabave u EOJN RH (čl. 70. st. 1.), jer je dobra praksa država članica besplatna objava obavijesti o javnoj nabavi.⁷¹ Korištenje svih opcija dostupnih na javnom dijelu sustava EOJN-a trebalo bi biti potpuno besplatno, i to kako za gospodarske subjekte, tako i za naručitelje. Navedeno i zbog toga što je besplatno i slanje obavijesti na objavljivanje Uredu za publikacije EU-a, a koje troškove snosi EU.⁷²

3. ZAKLJUČAK

S obzirom na u ovom radu iznesenu analizu, može se zaključiti da unatoč tome što se može smatrati da su ZJN-om proklamirana temeljna načela postupaka javne nabave usklađena s proklamiranim načelima važećih direktiva o javnoj nabavi, pa iako su norme koje se odnose na oživotvorenje proklamiranih načela zastupljene u tekstu ZJN-a, to ne znači istodobno osiguranje poštovanja temeljnih načela. Dosadašnja praksa primjene zakonodavstva o javnoj nabavi pokazala je da

⁶³ Usp. Bovis, Ch., *The Law of EU Public Procurement*, Oxford University Press, 2015., str. 221.

⁶⁴ Tako Treppe, P., *Public Procurement in the EU*, 2nd edition, Oxford: Oxford University Press, 2007., str. 16.

⁶⁵ Toč. 1. preambule Direktive 2014/24/EU, odnosno toč. 2. preambule Direktive 2014/25/EU.

⁶⁶ Predmet T-203/96, *Embassy Limousines i Services protiv Europske komisije* [1996] ECR I-2043, toč. 85.

⁶⁷ Tako predmet C-496/99 P, *Komisija protiv CAS Succhi di Frutta* [2004] ECR I-3801, toč. 108 - 111.

⁶⁸ Formalno javno otvaranje ponuda, a u skladu s čl. 79. st. 1. ZJN-a, provodi se u otvorenom i ograničenom postupku javne nabave.

⁶⁹ Da bi objavljivanje ugovora u cijelosti bilo transparentno, dostupne informacije trebaju biti jasne, precizne i pouzdane. Usp. *Arrowsmith, S.*, op. cit. u bilj. 8, str. 268. I ZJN u čl. 200. st. 1. određuje da "Dokumentacija o nabavi mora biti jasna, precizna, razumljiva i nedvojbeno te izrađena na način da omogući podnošenje usporedivih ponuda."

⁷⁰ Prema stavu DKOM-a u predmetu br. 904 od 14. prosinca 2015., uvođenje novih kriterija i parametara nakon dostave ponuda predstavlja povredu načela transparentnosti.

⁷¹ Takva praksa postoji u drugim državama članicama, primjerice u Sloveniji, gdje sadržaj načela transparentnosti uključuje i normativnu proklamaciju besplatnih objava o javnim nabavama na portalu javne nabave i u Službenom listu EU-a (čl. 6. st. 2. slovenskog Zakona o javnoj nabavi - v. *supra*, u bilj. 10).

⁷² V. čl. 51. st. 2. druga rečenica Direktive 2014/24/EU, odnosno čl. 71. st. 3. druga rečenica Direktive 2014/25/EU.

naručitelji prije svega paze na strogu primjenu brojnih, krutih i nerijetko nejasnih odredaba, dok je primjena načela stavljena u drugi plan.

Razloge tome treba tražiti u nedovoljnoj zakonskoj određenosti načela, koja nisu formulirana na jasan i nedvosmislen način. Iako su i prije stupanja na snagu novog ZJN-a postojali konkretni prijedlozi za definiranje sadržaja načela,⁷³ pa premda ne postoje normativ-

⁷³ Medvedović, D., *op. cit.*, u bilj. 9, str. 96.

ne granice, zakonodavac tu mogućnost nije iskoristio. I doslovna recepcija sadržaja direktiva o javnoj nabavi uvjetuje neodređenost i nepreciznost pravne norme, što je također otežavajuća okolnost pri njezinoj interpretaciji u skladu s proklamiranim načelima. U takvoj situaciji naručitelji, ali i gospodarski subjekti, teško i da mogu predvidjeti posljedice svojeg ponašanja, čime se dovodi u pitanje i načelo pravne sigurnosti kao opće načelo prava.

Summary

FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES

The paper examines the fundamental principles of public procurement procedures that represent a standard of conduct for all contracting entities. The importance of the need for normative proclamation and the representation of fundamental principles is stressed as well as their significance as legal arguments when filling out the blanks and interpreting numerous and complex norms of public procurement legislation. In that context potential normative deficiencies that generate deviations when public procurement legislation is applied to a concrete case are detected. The significance of principles as regulatory means that serve to accomplish legitimate goals of public procurement legislation is taken into consideration too.

Keywords: public procurement principles, normative proclamation and representation of principles, practical application of principles.

Novine i aktualna pitanja iz radnih odnosa – 2017.

Iz sadržaja:

- » **PRIMJENA ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA U RADNIM ODNOSIMA**
Darko Milković, dipl. iur.
- » **AKTUALNOSTI KOD OTKAZIVANJA UGOVORA O RADU VEZANIH UZ PRIVREMENU NESPOSOBNOST ZA RAD**
mr. sc. Iris Gović Penić
- » **UPRAVNE I PREKRŠAJNE MJERE INSPEKTORA RADA PROPISANE ZAKONOM O RADU**
Ilija Tadić, dipl. iur.
- » **PLAĆA I DRUGI PRIMICI ČLANOVA UPRAVE TRGOVAČKIH DRUŠTAVA, IZVRŠNIH DIREKTORA I UPRAVITELJA ZADRUGA**
dr. sc. Marija Zuber



ožujak 2017.

Broj stranica: 207

Cijena: 150,00 kn

Nova cijena: 100,00 kn

Prilog:

- » **PREGLED NOVIH PROPISA IZ PODRUČJA RADNOSOCIJALNOG ZAKONODAVSTVA**
- » **prezentacije autora – CD**
Alen Bijelić, mag. iur.

PARNIČNI POSTUPAK

Stručni članak UDK 347.922.3

Pravno shvaćanje Ustavnog suda o procesnoj pretpostavci normiranoj odredbom čl. 22/1. Zakona o medijima

Damir Jelušić, dipl. iur.*

Zakonom o medijima je medijskopравни institut prava na objavu odnosno publikaciju ispravka uređen na način da je normirano da pravo na tužbu za naknadu neimovinske štete, sukladno općim propisima obveznog prava, ima samo ona osoba koja je prethodno od nakladnika zatražila objavljivanje ispravka informacije odnosno, alternativno, ne *in cumulo*, isprike u slučajevima kada ispravak nije moguće publicirati. *Ergo*, posrijedi je pozitivna procesna pretpostavka ili tzv. *procesna smetnja*, što znači da je parnični sud, ako utvrdi da oštećenik u procesnoj ulozi tužitelja nije ispunio navedenu procesnu pretpostavku odnosno da u pretparničnom svojstvu tražitelja ispravka od nakladnika medija nije zatražio objavu ispravka, ili da ju je zatražio nepravovremeno, tužbu dužan odbaciti kao nedopuštenu procesnom odlukom, rješenjem, bez ulaska u raspravljanje o meritumu stvari. U ovom ćemo, pak, stručnom radu navedenu procesnu pretpostavku sagledati kroz prizmu jedne ustavnosudske odluke u kojoj je Ustavni sud Republike Hrvatske deklarirao ustavnopravni stav prema kojem ako je oštećenik u svojstvu tražitelja ispravka počinio neki manji procesni *faux pas*, ili ako je zahtjev za objavu ispravka na neki način imperfektan, deficitaran ili insuficijentan, navedeni propust ne treba tretirati i vrednovati na pretjerano formalistički ili, čak, ekscesivno formalistički način jer je pravo na ispravak ne samo ustavno i konvencijsko nego i temeljno ljudsko pravo koje nije ograničeno nijednim drugim ljudskim pravom.

Ključne riječi: Ustavni sud, Zakon o medijima, ispravak informacije, povreda prava osobnosti.

1. UVOD

Zakonom o medijima¹ je medijskopравни institut prava na objavu odnosno publikaciju ispravka uređen na način da je normirano da pravo na tužbu za naknadu neimovinske štete, sukladno općim propisima obvez-

nog prava, ima samo ona osoba koja je prethodno od nakladnika zatražila objavljivanje ispravka informacije odnosno, alternativno, ne *in cumulo*, isprike u slučajevima kada ispravak nije moguće publicirati. *Ergo*, posrijedi je pozitivna procesna pretpostavka ili tzv. *procesna smetnja*, što znači da je parnični sud, ako utvrdi da oštećenik² u procesnoj ulozi tužitelja nije ispunio navedenu

* Damir Jelušić, odvjetnik, Odvjetničko društvo Vukić, Jelušić, Šulina, Stanković, Jurcan & Jabuka d.o.o., Rijeka.

¹ Zakon o medijima (Narodne novine, br. 59/04, 84/11 i 81/13, dalje u tekstu: ZM), čl. 22/2.

² Izrazi u ovom radu korišteni u muškom rodu, primjerice *oštećenik*, rodno su neutralni odnosno na jednak način obuhvaćaju muški i ženski rod.

procesnu pretpostavku odnosno da u pretparničnom svojstvu tražitelja ispravka od nakladnika medija nije zatražio objavu ispravka, ili da ju je zatražio nepravovremeno, tužbu dužan odbaciti kao nedopuštenu procesnom odlukom, rješenjem, bez ulaska u raspravljanje o meritumu stvari. U ovom ćemo, pak, stručnom radu navedenu procesnu pretpostavku sagledati kroz prizmu jedne ustavnosudske odluke u kojoj je Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Ustavni sud) deklarirao ustavnopravni stav prema kojem ako je oštećenik u svojstvu tražitelja ispravka počinio neki manji procesni *faux pas*, ili ako je zahtjev za objavu ispravka na neki način imperfektan, deficitaran ili insuficijentan, navedeni propust ne treba tretirati i vrednovati na pretjerano formalistički ili, čak, ekscesivno formalistički način jer je pravo na ispravak ne samo ustavno i konvencijsko nego i temeljno ljudsko pravo koje nije ograničeno nijednim drugim ljudskim pravom.

2. NORMATIVNI OKVIR

Na najvišoj normativnoj razini, u Ustavu Republike Hrvatske³, normirano je temeljno ustavno pravo prema kojem se jamči pravo na ispravak svakomu komu je javnom viješću povrijeđeno Ustavom i zakonom utvrđeno pravo. Drugo, na konvencijskoj razini, Općom deklaracijom o ljudskim pravima⁴ propisano je da nitko ne smije biti podvrgnut samovoljnom miješanju u njegov privatni život, obitelj, dom ili dopisivanje, niti napadima na njegovu čast i ugled, kao i da svatko ima pravo na zakonsku zaštitu protiv takvog miješanja ili napada. Treće, na istoj normativnoj razini, dakle nadzакonskoj, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima⁵ jamči, na identičan način, da nitko ne smije biti podvrgnut samovoljnom ili nezakonitom miješanju u njegov privatni život, obitelj ili dopisivanje, niti nezakonitim napadima na njegovu čast ili ugled, te da svatko ima pravo na pravnu zaštitu protiv takvog miješanja ili napada. Na zakonskoj razini ZM, osim jamčenja samog prava, čitavim nizom procesnih odredaba regulira kako sam institut prava na objavu ispravka odnosno isprike kada ispravak nije moguć, tako i proceduru

objave istog, razloge zbog kojih glavni urednik medija može otkloniti objavu i, *in fine*, sam posebni parnični postupak radi objave ispravka spornih informacija koji je oštećeniku na dispoziciji ako glavni urednik medija ne objavi ispravak ili ga objavi na nezakonit i nedopušten način. Zaključno, na podzakonskoj razini, objava je ispravka u elektroničkim medijima regulirana Pravilima za ostvarivanje prava na ispravak u programima pružatelja audio i audiovizualnih medijskih usluga⁶.

3. *RATIO LEGIS* PRAVA NA OBJAVU ISPRAVKA

Mens legislatoris pri inkorporiranju ovog instituta u ZM ležao je u intenciji da se društveni konflikti i sporovi nastali publikacijom informacija u medijima, primarno, riješe odnosno saniraju na način na koji su i nastali odnosno da oštećenik spornu informaciju i njome eventualno pričinjenu mu štetu promptno ispravi i sanira, ako već nije moguće potpuno, onda barem parcijalno, objavom ispravka sporne informacije. Navedena je zakonodavčeva intencija, uostalom, bjelodana i iz stilizacije zakonske odredbe koja propisuje da se nematerijalna šteta u pravilu naknađuje objavljivanjem ispravka informacije i isprikom nakladnika, te isplatom naknade sukladno općim propisima obveznog prava⁷. Nadalje, gorenavedeni je *ratio legis* detektiran i u vrhovnosudskoj judikaturi - ... *Dakle, prije svega može se uočiti da objava ispravka i isprike u smislu čl. 22. st. 1. ZM predstavlja jedan od vidova naknade pretrpljene štete objavljenom informacijom. Naknada štete isplatom u novcu sukladno općim propisima dolazi u obzir ukoliko objava ispravka ili isprike ne bi predstavljala dovoljnu naknadu odnosno ne bi bila odgovarajuća pretrpljenoj šteti objavom informacije. Iz toga očito proizlazi smisao propisivanja traženja ispravka ili isprike kao procesne pretpostavke za podnošenje tužbe za naknadu štete sukladno općim propisima obveznog prava (isplatom naknade u novcu), a taj je da se najprije pokuša da se objavom ispravka ili isprike otkloni pretrpljena šteta – dakle da to predstavlja odgovarajuću naknadu pretrpljenoj nematerijalnoj šteti – u cilju izbjegavanja daljnjeg nepotrebnog angažiranja pravosudnih institucija*⁸... Zakonodavčeva intencija je,

³ Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01 - ispr., 76/10, 85/10, 147/13, 5/14, dalje u tekstu: Ustav), čl. 38/5.

⁴ Opća deklaracija o ljudskim pravima (Narodne novine - MU, br. 12/09), čl. 12.

⁵ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (Narodne novine - MU, br. 12/93), čl. 17.

⁶ Pravila za ostvarivanje prava na ispravak u programima pružatelja audio i audiovizualnih medijskih usluga (Narodne novine, br. 46/10).

⁷ ZM, čl. 22/1.

⁸ Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje u tekstu: VSRH), Rev 322/2009-2.

međutim, ostala samo intencija jer se zanemariv odnosno bagatelan broj ove vrste društvenih konflikata razriješi nekonfliktnim izvansudskim mirnim putem, saniranjem pričinjene štete promptnom objavom ispravka, ili isprike kada objava ispravka objektivno nije moguća, u roku i formi propisanoj ZM-om. O razlozima smo takvog stanja višekratno pisali pa se nećemo nepotrebno ponavljati upućujući čitatelje koje navedeno eventualno zanima na iščitavanje tih stručnih radova⁹.

4. ČINJENICE I OKOLNOSTI KONKRETNOG SLUČAJA

U konkretnom je ustavnosudskom postupku¹⁰ Ustavni sud ukinuo rješenja revizijskog, drugostupanjskog i prvostupanjskog suda, te predmet vratio potonjem na ponovljeni postupak. Naime, posrijedi je bila medijskoppravna parnica u kojoj je tada maloljetna oštećenica, u procesnom svojstvu tužiteljice, utužila medijskog nakladnika zbog pričinjene joj neimovinske štete povredom prava osobnosti jer je isti u mediju čiji je nakladnik objavio fotografije iz amaterskog pornouratka kojeg je snimio njen tadašnji dečko i učinio ga dostupnim javnosti zbog čega je, uzgred budi rečeno, kasnije pravomoćno osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 2 godine. Po provedbi dokaznog postupka prvostupanjski je sud rješenjem¹¹ odbacio tužbu iz dva formalnopravna razloga, prvo zbog toga što je zauzeo pravno shvaćanje da se tužiteljica zahtjevom za objavu ispravka, umjesto glavnom uredniku, morala obratiti medijskom nakladniku, i drugo, jer je punomoć danu punomoćnicima smatrao neurednom i nepotpunom. Drugostupanjski sud, potom, usvaja tužiteljčinu žalbu i ukida rješenje o odbačaju. U obrazloženju je rješenja¹², u odnosu na prvi žalbeni razlog od odlučnog značaja, deklarirao pravni stav po kojem ... *obaveza oštećenika da zatraži objavu ispravka, predstavlja izraz općeg načela odštetnog prava da oštećenik, sukladno principu zabrane zloupotrebe prava, mora poduzeti sa svoje strane što je u njegovoj mogućnosti da se smanji šteta, odnosno ublaže posljedice štetne radnje...* Pojam

obraćanja nakladniku iz tog propisa zato treba tumačiti u kontekstu čl. 40. - 45. ZM-a kojim se cjelovito regulira materija ispravaka informacija (u postupku kod glavnog urednika). Zbog navedenog, sud prvog stupnja je pogrešno ocijenio da je tužiteljčinu tužbu valjalo odbaciti zbog nedostatka procesne pretpostavke iz čl. 22. st. 2. ZM-a... Na drugi se, pak, žalbeni razlog od odlučnog značaja referirao stavom po kojem je ... *iz priložene punomoći u predmetnom spisu vidljivo je da je tužiteljica ovlastila punomoćnike iz Z. da je zastupaju u postupku radi naknade štete, ovog predmetnog, kako kod suda prvog stupnja, tako i izvan suda i drugih državnih organa, a sve radi zaštite i ostvarenja njenih na zakonu osnovanih prava i interesa. Time je, kako se i u žalbi ističe, tužiteljica priznala sve pravne radnje tih punomoćnika koje su u svezi sa vođenjem predmetnog spora, pa tako i onog koji se odnosi na podnošenje zahtjeva za objavljivanje ispravka sporne informacije, odnosno isprike...* Nastavno, u ponovljenom postupku, prvostupanjski sud opetovano odbacuje tužbu uz obrazloženje po kojem se ... *tužiteljčin zahtjev za ispravak objavljene sporne informacije u konkretnom slučaju ne bi mogao smatrati urednim i potpunim, obzirom na činjenicu što je tuženik istaknuo prigovor da uz isti nije bila dostavljena punomoć za zastupanje tužiteljice, a ona nastavno, s tim u svezi, nije dostavila (niti ponudila) dokaze iz kojih bi proizlazilo suprotno (da je uz taj zahtjev bila priložena punomoć osnovom koje je ona opunomoćila spomenute punomoćnike glede podnošenja toga zahtjeva) tako da se (i) zbog toga ne bi moglo smatrati da je ona prije podnošenja nazočne tužbe ispunila procesne pretpostavke za istu u smislu odredbe iz čl. 22. st. 2. Zakona o medijima. Naime, osoba na koju se odnosi informacija kojom su povrijeđena njezina prava i interesi zahtjev za ispravak informacije mora podnijeti ili osobno i isto potpisati ili putem punomoćnika, time što u tomu slučaju uz zahtjev mora biti priložena i punomoć za podnošenje zahtjeva potpisana od osobe koja traži ispravak. Dakle, prema čl. 22. st. 2. Zakona o medijima prethodni zahtjev za ispravak upućen nakladniku je procesna pretpostavka za nastavno utuženje, obzirom da je zakonodavčeva intencija prigodom inkorporiranja te odredbe u Zakon bila u tomu da se što više sporova nastalih povodom publikacije spornih informacija u medijima riješi izvansudskim putem. Stoga je očito da se radi o prisilnoj (kogentnoj) odredbi lex specialis koja, kao takva, onemogućuje ikakvu nastavnu (nakon proteka zakonskog roka za obraćanje nakladniku ...) konvalidaciju pa tako i glede zatraženog ispravka podnesenog od strane neovlaštene*

⁹ Damir, Jelušić, *Pravo na objavu ispravka i odgovora kao oblici popravljanja neimovinske štete pričinjene objavom dezinformacija u medijima*, *Odvjetnik* broj 7 - 8 za 2014., *Hrvatska pravna revija* broj 7 - 8 za 2014., *Pravnici u gospodarstvu* broj 4 za 2014., *Novi informator* broj 6355 i 6366.

¹⁰ Ustavni sud Republike Hrvatske, broj: U-III-4057/2013.

¹¹ Općinski sud u Puli, P-699/07-49 od 6. srpnja 2011.

¹² Županijski sud u Puli, Gž-2618/11-2 od 24. svibnja 2012.

osobe... Drugostupanjski sud odbija tužiteljčinu žalbu kao neosnovanu potvrđujući ispravnost citiranog procesnog pravnog stava prvostupanjskog suda na kojem se temelji odluka o odbačaju. Konačno, VSRH u svojstvu trećestupanjskog revizijskog suda reviziju odbija kao neosnovanu prihvaćajući ... kao pravilnu pravnu ocjenu sudova prvog i drugog stupnja da je ispravak zatražen od neovlaštene osobe, te da se nisu stekle pretpostavke iz čl. 22. st. 2. ZM za podnošenje tužbe, jer tužiteljica tijekom postupka nije dokazala da je navedenu punomoć uredno dostavila uz zahtjev, pa se ima smatrati kao da zahtjev nije ni podnesen. Stoga su neosnovani revizijski navodi kojima se tumači suprotno, pa tim navodima nije dovedena u sumnju pravilnost i zakonitost pobijane odluke¹³...

5. TUŽITELJIČINA USTAVNOPRAVNA ARGUMENTACIJA

U podnesenoj ustavnoj tužbi, nakon iscrpljenja redovnog pravnog puta, tužiteljica je napala procesno-pravne stavove parničnih sudova svih triju instanci o nedopuštenosti tužbe smatrajući da joj je osporenim rješenjima povrijeđeno pravo na pristup sudu koje je sastavni dio prava na pravično suđenje jer je ... eventualni nedostatak punomoći, kraj nespornog utvrđenja da je nakladnik zaprimio zahtjev za ispriku i ispravak i u odgovoru na tužbu priznao da se tužiteljica obratila sa zahtjevom za ispravak i ispriku putem punomoćnika, i gdje je nesporno tko se kome obraća i zašto, u grubom nesrazmjeru s odlukama sudova da ne sude o meritumu u ovom predmetu ... Zaključuje, naposljetku, da su je sudovi ... opisanim postupanjem stavili u neravnotežan položaj te da su pravo na ugled i čast ograničili pravom na slobodu informiranja te ističe da obzirom da su čast i ugled vrijednosti istog ustavnog ranga kao i sloboda informiranja nema razloga da se tužiteljici stavljaju posebne zakonske prepreke i otežani uvjeti za ostvarivanje njenih prava na naknadu štete...

6. USTAVNOSUDSKA OCJENA I STAVOVI

Ustavni sud je osnovanost tužbe razmotrio i analizirao s aspekta ... ustavnog prava na pravično suđenje propisanog člankom 29. stavkom 1. Ustava koje jamči i zaštitu od arbitrarnosti u odlučivanju sudova i drugih državnih tijela. Obrazloženja sudskih odluka odnosno odluka

drugih nadležnih tijela koja ne sadrže ozbiljne, relevantne i dostatne razloge za ocjenu kakva je odlukom dana, upućuju na zaključak o arbitrarnosti u postupovnom i/ili materijalnom pravnom smislu... navevši dalje da je ... navode podnositeljice o istoj činjeničnoj i pravnoj stvari ispitao s aspekta ranijeg stajališta Vrhovnog suda¹⁴... citirajući nastavno relevantni fragment obrazloženja vrhovnosudske odluke - ... Kad se i ako se citirana odredba (članak 22. stavak 2. ZM-a, op. Ustavnog suda) tumači gramatički, slijedilo bi da uvjet za tužbu nije ispravak nego "zatraženje" objave ispravka od nakladnika bez ikakvog određenja forme ili sadržaja takvog traženja. Ono bi, dakle, bilo moguće i dopustivo (jer nije ničim zabranjeno) i usmenim putem, pa i implicitno... S obzirom da "traženje" nije opisano, nakladnik ga može jednostavno negirati kao takvo, ma kakav sadržaj ono imalo. Logički, pravno i etički: uvjetovati zaštitu postojećega Ustavom zajamčenog prava ostvarivanjem nemogućih uvjeta ne može biti sadržajem i svrhom Zakona ... Odredbom iz čl. 38. st. 4. Ustava RH zajamčeno je pravo na ispravak škodljive informacije, odnosno to se pravo jamči svakome komu je javnom viješću povrijeđeno Ustavom utvrđeno pravo. Zato je u samom temelju zahtjeva za objavu ispravka (pa i kada je taj zahtjev procesna pretpostavka dopustivosti tužbe za naknadu štete) nužno uključeno navedeno subjektivno pravo bazirano na Ustavu... S obzirom da su po ocjeni ovog suda, čast i ugled vrijednosti istog ustavnog ranga kao i sloboda informiranja nema razloga da se oštećeniku stavljaju posebne zakonske zapreke i otežani uvjeti za ostvarenje njegovih prava na naknadu štete. Prema tome, valja naglasiti da pravo na čast, ugled i dostojanstvo (zajamčeno Ustavom, ZM-om, Općom deklaracijom o pravima čovjeka - čl. 12., Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima - čl. 17.) predstavlja temeljno ljudsko pravo koje nikada i nigdje nije ograničeno ikakvim medijskim pravima. S druge strane, medijska prava su uvijek ograničena pravom na zaštitu časti i ugleda, kako to izričito proizlazi iz čl. 3. st. 3. ZM-a, ali i iz čl. 10. st. 2. Europske konvencije o ljudskim pravima... Deklarirajući ustavnopravno shvaćanje, Ustavni sud ustvrdio je da je ... sam Vrhovni sud citiranim rješenjem protumačio cilj i svrhu članka 22. stavka 2. ZM-a. Iz citiranog stajališta Vrhovnog suda proizlazi da je činjenica da je netko zatražio ispravak informacije (premda imperfektan) dostatna osnova za ostvarenje tog prava, odnosno da bi zauzimanje suprotnog stajališta predstavljalo pretjerani formaliz-

¹³ VSRH, Rev-253/13-2 od 12. ožujka 2013.

¹⁴ VSRH, Rev-1553/09 od 24. studenoga 2009.

zam koji stranci/oštećeniku uskraćuje pravo na naknadu štete. Uz navedeno, a u svjetlu specifičnih okolnosti konkretnog slučaja (malodobnost podnositeljice u vrijeme snimanja spornog filma i fotografija, objava informacije tri godine nakon nastanka spornog filma), Ustavni sud ocjenjuje pretjerano formalističkim stajalište Vrhovnog suda i nižestupanijskih sudova prema kojem se, budući da uz podnesak podnesen zahtjevu za ispravak informacije podnositeljica nije dostavila punomoć za zastupanje, ima smatrati da zahtjev nije ni podnesen u smislu članka 22. stavka 2. i članka 40. stavka 3. ZM-a. Ustavnom sudu ne preostaje drugo nego utvrditi da je u konkretnom slučaju riječ o isuviše formalističkom tumačenju mjerodavnih normi ZM-a, koje odstupa od stajališta koje je Vrhovni sud izrazio u svojem ranijem rješenju. Stoga, Ustavni sud utvrđuje da je osporenim rješenjima podnositeljici povrijeđeno ustavno pravo na pravično suđenje zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava ... Nadovezujući se na citirano, nastavno citiramo ustavnopravni stav o ustavnopravnom pravu na čast, ugled i dostojanstvo deklariran u obrazloženju jedne krajnje recentne ustavnosudske odluke - ... Ustavni sud naglašava da Ustav svakom jamči poštovanje i pravnu zaštitu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti. Dostojanstvo čovjeka ključni je čimbenik koncepta prava i dužnosti čovjeka. Svako ljudsko biće ima dostojanstvo već samom činjenicom što pripada ljudskom rodu. U ljudskom dostojanstvu svi su ljudi jednaki u svojim pravima i obvezama koja proizlaze iz ljudske prirode. Dostojanstvo je nepovredivo, jer proizlazi iz ljudske jednakosti. Ono pripada svakome i to svakome jednako. Ugled i čast vanjske su manifestacije ljudskog dostojanstva kao zbir etičkih vrijednosti koje pojedinac ima kao član određene društvene zajed-

nice. Subjektivno se ugled i čast, kao Ustavom zaštićena dobra, iskazuju kroz uvažavanje okoline i osobni osjećaj vrijednosti. Ustav pruža zaštitu i dostojanstvu kao svojstvu svakog čovjeka, ali i njegovoj vanjskoj subjektivnoj manifestaciji. Ova zaštita, stoga, zahvaća i intimnu sferu pojedinca, odnosno i njegov osobni život¹⁵...

7. ZAKLJUČAK

Ustavni sud je predmetnom ustavnosudskom odlukom, a podsjećamo da su njegova ustavnopravna shvaćanja obvezna za sve na temelju odredbe čl. 31. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske¹⁶, postavio smjerokaz parničnim sudovima da u medijskopравnim parnicama koje se vode radi naknade neimovinske štete pričinjene medijskim dezinformacijama uključivo, dakako, izvansudski pretparnični postupak koji im prethodi, zahtjev za objavu ispravka odnosno isprike kada ispravak nije moguć moraju promatrati i sagledavati *cum grano salis*, a ne rigidno i ekscesivno formalistički, što uključuje i toleriranje manjih imperfektnosti i insuficijencija bilo u samom zahtjevu, bilo u cijelom postupku traženja i objave ispravka kao pozitivne procesne pretpostavke. Razlog leži u činjenici što je pravo na ispravak ustavno pravo, a pravo na ugled, čast i dostojanstvo ustavno i konvencijsko temeljno ljudsko pravo neograničeno drugim pravima pa tako i ustavnim i konvencijskim pravima na slobodu medija, slobodu informiranja, slobodu mišljenja i slobodu izražavanja misli.

¹⁵ Ustavni sud, broj: U-III-6791/2014 od 30. svibnja 2018.

¹⁶ Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 99/99, 29/02, 49/02 - pročišćeni tekst).

Novela Ovršnog zakona – 2017.

Autori:

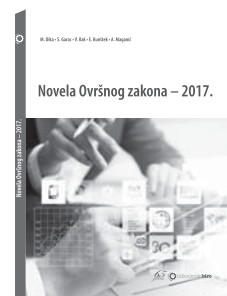
- Mihajlo Dika, professor emeritus
- dr. sc. Aleksandra Maganić
- Slavica Garac, dipl. iur.
- prof. dr. sc. Eduard Kunštek
- Vinka Ilak, dipl. iur.

rujan 2017.

Broj stranica: 189

Cijena: 250,00 kn

Nova cijena: 120,00 kn



Summary

THE LEGAL UNDERSTANDING OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON THE PROCEDURAL ASSUMPTION REGULATED WITH THE PROVISION OF ARTICLE 22/1 OF THE MEDIA ACT

With the Media Act the media law institute of the right to publish corrections of information is regulated in such a way that the right to bring an action for the compensation of non-material damages, pursuant to the general regulations of the law of obligations, has solely that person which previously demanded from the publisher to publish a correction of the information i.e. alternatively, not in cumulo, an apology in those cases in which the correction cannot be published. Therefore this is a positive procedural assumption or so-called impediment to an action which means that the procedural court, if it establishes that the injured party in the procedural role of the prosecutor has not fulfilled the stated procedural assumption i.e. that in the pre-procedural capacity of a seeker of correction from the media publisher has not requested the publication of the correction or has requested one in an untimely manner, is obligated to dismiss the action as inadmissible with a procedural decision, solution, without entering into a discussion on the essence of the matter. This paper examines the stated procedural assumption through the lens of a constitutional law decision in which the Constitutional Court of the Republic of Croatia declared the constitutional law standpoint according to which if the injured party in the capacity of a seeker of correction has committed a minor procedural faux pas or if the request to publish corrections is in some way imperfect, deficient or insufficient, the stated omission should not be treated or assessed in an overly or even excessively formalistic manner because the right to correction is not only a constitutional and Convention right but also a fundamental human right that is not limited by any other human right.

Keywords: Constitutional Court, Media Act, correction of information, violation of the personality right.

UPRAVLJANJE NEKRETNINAMA – NOVI PROPISI I POSTUPANJE U PRAKSI

Iz sadržaja:

NOVELE ZAKONA O GRADNJI, ZAKONA O PROSTORNOM UREĐENJU I ZAKONA O POSTUPANJU S NEZAKONITO IZGRAĐENIM ZGRADAMA

Josip Bienenfeld, dipl. iur.

PROCJENA VRIJEDNOSTI NEKRETNOSTI U POSTUPCIMA IZVLAŠTENJA I PRIJENOSU ZEMLJIŠTA U VLASNIŠTVO JLP(R) SAMOUPRAVE

mr. sc. Željko Uhlir

KONCESIJE NA POMORSKOM DOBRU U SVJETLU NOVOG ZAKONA O KONCESIJAMA

dr. sc. Nina Perko

PRIJAVNI LIST KAO PREDMET ODLUČIVANJA U ZEMLJIŠNOKNJŽNOM POSTUPKU

Ana Marija Končić

listopad 2017.

Broj stranica: 249

Cijena: 250,00 kn

Nova cijena: 150,00 kn



ZAKON O GRADNJI
(Urednički pročišćeni tekst,
Nar. nov., br. 153/13, 20/17)

ZAKON O PROSTORNOM UREĐENJU
(Urednički pročišćeni tekst,
Nar. nov., br. 153/13, 65/17)

PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Stručni članak UDK 347.471

Komentar presude Europskog suda za ljudska prava u slučaju *Lovrić protiv Hrvatske*

mr. sc. Ivan Šprajc*

Presuda Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) u predmetu *Lovrić protiv Hrvatske* (zahtjev br. 38458/15) od 4. travnja 2017. postala je konačna, u skladu s čl. 44. st. 2. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, protekom tri mjeseca od dana donošenja. Navedena presuda predstavlja odluku koja će dovesti do značajnog obrata sudske prakse u Hrvatskoj. Posljedica je to okolnosti da je ESLJP u presudi razriješio pravnu situaciju koja nastaje pri prestanku članstva u udruzi na način koji je dijametralno suprotan od prethodno ustanovljene sudske prakse u Hrvatskoj. Autor ovog rada smatra da se radi o presudi koje će se pravne posljedice tek razviti u našem pravnom poretku pa u radu razmatra inicijalne promjene koje se mogu očekivati u njezinoj provedbi.

Ključne riječi: udruga, ljudska prava, isključenje člana, sudska praksa, Lovrić.

1. UVOD

Presuda Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) u predmetu *Lovrić protiv Hrvatske*¹ (zahtjev br. 38458/15) od 4. travnja 2017. postala je konačna, u skladu s čl. 44. st. 2. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija),² protekom tri mjeseca od dana donošenja. Navedena presuda predstavlja odluku koja će dovesti do značajnog obrata sudske prakse u Hrvatskoj. Posljedica je to okolnosti da je ESLJP u presudi razriješio pravnu situaciju koja nastaje pri prestanku članstva u udruzi na način koji je dija-

metralno suprotan od prethodno ustanovljene sudske prakse u Hrvatskoj. Autor ovog rada smatra da se radi o presudi koje će se pravne posljedice tek razviti u našem pravnom poretku pa u radu razmatra inicijalne promjene koje se mogu očekivati u njezinoj provedbi.

2. ČINJENIČNA I PRAVNA OSNOVA SLUČAJA LOVRIĆ PROTIV HRVATSKE

U konkretnom predmetu uzrok spora nalazi se u isključenju g. Lovrića iz lovačke udruge koje je bio član. Nakon okončanja postupka unutar udruge početkom 2014. g. Lovrić pokreće tužbom postupak pred Županijskim sudom u Požegi pozivajući se na odredbe tada važećeg Zakona o udrugama (Narodne novine, br. 88/01 i 11/02).³ Navedeni sud rješenjem je odbacio

* Ivan Šprajc, viši predavač, isprajc@gmail.com.

¹ Citirana presuda prikazana je prema prijevodu objavljenom na web-stranici Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud) kojoj je pristupljeno dana 5. 2. 2018. Poveznica: [https://sljeme.usud.hr/usud/prakES.nsf/94b579567876f9fcc1256965002d1bf4/bb1a6a33dd86c129c1257eeb00402cd0/\\$FILE/Lovri%C4%87,%20prijevod%20presude%20\(2017.\).pdf](https://sljeme.usud.hr/usud/prakES.nsf/94b579567876f9fcc1256965002d1bf4/bb1a6a33dd86c129c1257eeb00402cd0/$FILE/Lovri%C4%87,%20prijevod%20presude%20(2017.).pdf).

² Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunaroni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 8/09, 2/10 i 13/17.

³ Ključan je u tom pogledu bio čl. 26. st. 1. tada važećeg Zakona o udrugama koji je glasio: "Članovi udruge nadziru rad udruge. Ako

tužbu g. Lovrića uz obrazloženje da predmet tužbe ne spada u sudsku nadležnost. Žalba upućena na Vrhovni sud Republike Hrvatske odbijena je te je potvrđena prvostupanjska sudska odluka. Ni ustavna tužba g. Lovrića - utemeljena na tvrdnji da je odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske povrijedila ustavno pravo podnositelja na pravično suđenje iz čl. 29. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/48, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 147/13 i 5/14, dalje: Ustav RH) kao i na izričitoj tvrdnji da postoji povreda prava iz čl. 6. st. 1. Europske konvencije - nije polučila uspjeh jer ju je Ustavni sud potkraj 2014. odbacio uz obrazloženje da podnositelj nije ustavnom tužbom otvorio niti jedno relevantno ustavnopravno pitanje.

Stoga je g. Lovrić 29. srpnja 2015. podnio ESLJP-u pritužbu u kojoj je naveo da mu je Republika Hrvatska opisanim postupanjem sudova i Ustavnog suda povrijedila pravo na pravično suđenje iz čl. 6. st. 1. Europske konvencije.⁴

3. OBRAZLOŽENJE PRESUDE LOVRIĆ PROTIV HRVATSKE

ESLJP je ponajprije vrlo ekstenzivno citirao do tog trena etabliranu sudsku praksu (koju je prezentirala hrvatska Vlada) uz zaključak da je više nego evidentno da na svim razinama i vrstama sudovanja postoji obrazac odlučivanja koji se upire na tvrdnji da predmeti poput konkretnog ne ulaze u sudsku nadležnost. Nakon toga se prišlo razmatranju mjerodavnih instrumenata Vijeća Europe od kojih posebno ističemo Preporuku Odbora ministara o pravnom statusu nevladinih udruga u Europi (CM/Rec(2007)14.⁵ Potom je nadležno vijeće ESLJP-a prišlo razmatranju navoda stranaka.

Ponajprije je trebalo utvrditi dopuštenost pritužbe g. Lovrića, pri čemu je ključno mjesto zauzela tvrdnja Vlade da je isključenje iz udruge moguće promatrati isključivo kao akt kojim se vrijeđaju članska prava neke

osobe, ali nikako ne pravo priznato Ustavom RH ili nekim drugim propisom odnosno odlukom, pa upravo zbog toga nije došlo do povrede prava priznatih domaćim pravom (građanske naravi), što je osnova za primjenu čl. 6. Europske konvencije (paragraf 44. presude). Iz toga Vlada zaključuje da je pritužba g. Lovrića nedopuštena. Tome nasuprot podnositelj pritužbe ustvrdio je da se ovdje radi i o pravu na udruživanje koje je povrijeđeno postupanjem udruge.

Nadležno vijeće ESLJP-a tvrdnje Vlade nije prihvatilo jer se analizom čl. 26. tada važećeg Zakona o udruzi zaključilo da je u relevantno vrijeme hrvatsko pravo pružalo članovima udruge pravnu zaštitu njihovih prava utemeljenih na statutu udruge pa je stav Vlade o nepostojanju prava priznatih domaćim pravom ocijenilo kao neodrživ (par. 52. presude). Naime, ako država daje prava koja se mogu ostvariti pravnim sredstvom, tako ESLJP, ona se imaju smatrati građanskim pravima u smislu čl. 6. st. 1. Europske konvencije (par. 55. presude). Stoga je stav Suda o dopuštenosti pritužbe g. Lovrića da u konkretnom predmetu postoji istinski i ozbiljan spor oko slobode udruživanja koje je bilo ugroženo odlukom o isključenju iz udruge pa da je ishod tog postupka izravno bitan za pravo na slobodu udruživanja (par. 57. presude)

Nakon eliminacije dvojbe oko dopuštenosti pritužbe ESLJP je razmotrio osnovanost pritužbe. Stranke su i u ovom pogledu imale suprotstavljena gledišta, pri čemu je podnositelj pritužbe, g. Lovrić, tvrdio da i članovima udruge poput članovima trgovačkih društava mora biti omogućeno da korištenjem pravnih sredstava zaštite svoja članska prava koja proizlaze iz konstitutivnog akta ili akta o osnivanju (par. 60. presude). Tome nasuprot, Vlada je tvrdila da je ograničenje prava kao posljedica nepružanja pravne zaštite pred sudovima utemeljeno na važećim propisima a radi potrebe poštovanja autonomije udruge. Ako bi se omogućio potpun ili gotovo potpun pristup redovitim sudovima zbog ovog ili sličnog razloga, to bi, prema Vladi, umanjilo autonomiju udruge, paraliziralo njihov rad i obezvrijedilo ovlast unutarnjeg nadzora od strane članova, pa bi, shodno tome, došlo do prekomjernog uplitanja sudova u unutarnje stvari udruge (par. 65. presude).

ESLJP je, cijeneći navode stranaka, ponajprije ustvrdio da pravo na pristup sudu nije apsolutno te da može biti ograničeno, ali ne na način ili u mjeri zbog koje bi bila narušena sama bit prava. Osim toga, ograničenje ovog prava mora biti razmjerno (par. 69. presude). U primjeni ovih stavova na konkretan slučaj nadležno vijeće ESLJP-a podsjetilo je da je g. Lovrić isključen iz udruge

član udruge utvrdi nepravilnosti u provedbi statuta, ovlašten je na to upozoriti statutom određeno tijelo udruge, odnosno skupštinu ako statutom nije određeno nadležno tijelo. Ako se upozorenje ne razmotri na sjednici statutom određenog tijela udruge, odnosno skupštine u roku od trideset dana od dostavljenoga pisanog upozorenja i nepravilnosti se ne otklone, član ima pravo podnijeti tužbu županijskom sudu nadležnom prema sjedištu udruge radi zaštite svojih prava propisanih statutom udruge."

⁴ U relevantnom dijelu citirana odredba glasi: "Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ... svatko ima pravo da ... sud pravično ... ispita njegov slučaj."

⁵ Navedeni dokument prihvaćen je 10. listopada 2017. Relevantni dio Preporuke glasi:

"C. Članstvo - 23. Članovi nevladinih udruga trebaju biti zaštićeni od isključenja protivnog njihovim statutima."

Naime, ako država daje prava koja se mogu ostvariti pravnim sredstvom, tako ESLJP, ona se imaju smatrati građanskim pravima u smislu čl. 6. st. 1. Europske konvencije.

te da su svi njegovi pokušaji da pred sudbenom vlašću ospori odluku o isključenju ostali neuspješni jer su se sudovi oglasili nenadležnima u tom predmetu. Pritom su obrazloženja sudskih odluka bila utemeljena na takvom tumačenju čl. 26. Zakona o udruzama prema kojem u opseg ove odredbe ne ulazi odluka o isključenju jer se takva odluka odnosi na unutarnje poslove udruge (par. 70. presude). Međutim, ESLJP je ustvrdio da sloboda udruživanja i autonomija udruga nisu apsolutne. Shodno tome, uplitanje države u unutarnje poslove udruge ne može se u potpunosti izbjeći, i to primarno zato što isključenje iz udruge može predstavljati povredu slobode udruživanja člana ako je u suprotnosti s pravilima same udruge ili je proizvoljno (par. 72. presude). Konačno, ESLJP zaključuje: *"Sud prihvaća da u takvim predmetima opseg sudske revizije može biti ograničen, čak i u značajnoj mjeri, kako bi se poštovala organizacijska autonomija udruga. Međutim, u ovome je predmetu podnositelju zahtjeva, koji je pobijao svoje isključenje iz udruge zbog toga što je prekršio njezin statut, u potpunosti uskraćen pristup sudu. Teško je raspoznati je li to bio rezultat nepreciznog ili nepotpunog zakonskog propisa, njegovog tumačenja od strane domaćih sudova ili oboje. Važno je to da je podnositelj zahtjeva trebao imati pristup sudu, ali je lišen tog pristupa. Stoga je došlo do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije"* (par. 73.-74. presude).

4. PRAVNE POSLJEDICE I OČEKIVANI UTJECAJ PRESUDE U SLUČAJU LOVRIĆ PROTIV HRVATSKE

Presuda ELJSP-a u slučaju Lovrić svakako će uzrokovati promjene u domaćoj sudskoj praksi. Dosadašnja sudska praksa - iako nije bilo potpuno monolitna u tom

pogledu⁶ - uglavnom je tumačila odgovarajuće zakonske odredbe o nadzoru članova na način koji članovima udruge odriče mogućnost sudske zaštite u slučaju spora unutar udruge. Osobito je to bilo izraženo u segmentu isključenja iz članstva. Takav pristup relevantnim odredbama ESLJP je označio kao protivan pravu na pravično suđenje, pa je za očekivati da će barem u segmentu isključenja iz udruge članovi udruge doći do otvaranja pravnog puta koji prema trenutnom stanju zakonodavstva počinje na nadležnom općinskom sudu.⁷

Međutim, sadašnja odredba važećeg Zakona o udruzama koja, u osnovi, odgovara odredbi iz prethodnog istovrsnog zakona nešto je šira u obuhvatu, pa će i očekivana promjena sudske prakse morati uzeti to u obzir. Naime, za razliku od svog prethodnika, važeći čl. 42. Zakona o udruzama odnosi se na nepravilnosti u provođenju ne samo statuta već i drugih općih akata udruge. To znači da članovi udruge suočeni s isključenjem iz udruge koje po njihovu mišljenju nije u skladu sa statutom ili drugim općim aktom udruge mogu očekivati da će nadležni sudovi ulaziti u meritum odluke o isključenju, što će, naravno, povećati njihove šanse da takva odluka bude stavljena izvan snage. Sukladno tome, udruge će morati početi obrazlagati odluke o isključenju te znatno više pažnje pokloniti sudskim tužbama jer neće, kao do sada, moći računati na odbijanje sudova da razmatraju takve odluke u meritumu.

Otvaranje sudskog puta zaštite, međutim, suočava nas i s pitanjem daljnjeg razvoja sudske prakse u odnosu na djelovanje udruge. Prethodno uočene promje-

⁶ Potrebno je uočiti i normativno valorizirati da je tadašnji Upravni sud Republike Hrvatske (sada Visoki upravni sud Republike Hrvatske 28. listopada 2011. na sjednici svih sudaca usvojio sljedeći zaključak o pravnom shvaćanju: "Pravo na članstvo u udruzi, a time i pravo na zaštitu od isključenja iz članstva, odnosno prestanka članstva u udruzi je pravo koje se može štititi u postupku ustavom zajamčenog prava i slobode čovjeka i građanina prema članku 66. Zakona o upravnim sporovima, ako je takva sloboda ili pravo povrijeđeno konačnim pojedinačnim aktom." (Broj: 6 Su-1055/2011-3). Poveznica: <http://www.upravnisudrh.hr/frames.php?right=odluke.html> - pristupljeno dana 5. 2. 2018.

⁷ Kao pravna osnova poslužit će čl. 42. važećeg Zakona o udruzama (Narodne novine, br. 74/14, 70/17) koji glasi:

"(1) Članovi udruge sami nadziru rad udruge.

(2) Ako član udruge smatra da je udruga povrijedila statut ili drugi opći akt udruge, ovlašten je na to upozoriti statutom određeno tijelo udruge, odnosno skupštinu ako statutom nije određeno nadležno tijelo, te zahtijevati da se nepravilnosti otklone.

(3) Ako se upozorenje ne razmotri u roku od 30 dana od dana dostavljenog pisanog zahtjeva i po zahtjevu ne postupi, odnosno ako se u tom roku ne sazove nadležno tijelo ili skupština i nepravilnosti ne otklone u daljnjem roku od 30 dana, član može podnijeti tužbu općinskom sudu nadležnom prema sjedištu udruge radi zaštite svojih prava propisanih statutom udruge."

ne u zakonodavstvu otvaraju mogućnosti da i drugi segmenti članske participacije u djelovanju udruge postanu predmetom sudske kontrole. U tom kontekstu izgledno je da pitanja poput odbijanja primanja u članstvo odnosno statusna pitanja članova u budućnosti postanu predmetom sudske zaštite. Naravno, to će jednim dijelom ovisiti o stanju naše regulative i shvaćanjima sudbene vlasti, no presuda u slučaju *Lovrić* ukazuje na okolnost da se ovi faktori moraju stalno iznova preispitivati naspram svakodobnog, pa onda i promjenjivog shvaćanja Europske konvencije. U tom kontekstu su odluke ESLJP-a korektivni faktor koji osigurava, kao u konkretnom slučaju, razumno ograničenje autonomije udruge uz istodobno i ekvivalentnu ekstenziju prava na pravično suđenje.

Ipak, mišljenja smo da će daljnji razvoj sudske prakse ESLJP-a morati uzeti u obzir potrebu razvijanja matičnog prava, dakle prava na slobodno udruživanje. U tom je smislu pravo na pravično suđenje instrumentalnog karaktera, a dimenzioniranje prava na slobodno udruživanje moralo bi biti kritično područje kako regulativnog uređenja tako i sudske primjene relevantne regulative. Bilo kako bilo, našim sudovima predstoji prilagodba na novi normativni impuls iz Strasbourga, a na dobrobit građana koji mogu očekivati lakši pristup sudovima nego što je to do sada bio slučaj.

5. ZAKLJUČAK

Presuda ESLJP-a u slučaju *Lovrić protiv Hrvatske* postala je neizmjenjiva unutar nadzornog sustava Europ-

ske konvencije. U presudi je utvrđena povreda prava na pravično suđenje člana udruge čije izbacivanje iz udruge domaći sudovi nisu razmatrali u meritumu uz obrazloženje da se radi o predmetu izvan sudske nadležnosti. Utemeljena na stavu da je autonomija udruge ograničena pravom na pravično suđenje, presuda *Lovrić protiv Hrvatske* uzrokovat će promjenu domaće sudske prakse te shodno tome širenje prava na pravično suđenje. Na taj će način i pravo na slobodno udruživanje ekspandirati pa je poznavanje presude *Lovrić protiv Hrvatske* nužno radi pripreme na skore promjene u sudskoj praksi.

Prve pravne posljedice prikazane presude već se mogu uočiti u pravnoj praksi naših sudova. Tako se primjerice Vrhovni sud RH u svojem rješenju od 28. studenoga 2017. (donesenom pod brojem: Rev 241/2013-2) izravno pozvao na presudu ESLJP-a u slučaju *Lovrić* te u revizijskom postupku ukinuo rješenje nadležnog županijskog suda kao i rješenje prvostupanjskog, općinskog suda te vratio predmet nadležnom županijskom sudu na ponovni postupak. Obje ukinute sudske odluke označavale su sudove-donositelje kao nenadležne da odlučuju o prestanku članstva u udruzi. Na taj je način presuda ESLJP-a već počela blagotvorno utjecati na promjenu domaće sudske prakse te je omogućila proširenje prava na slobodno udruživanje svim titularima ovog prava. Smatram da se radi o nepovratnom pozitivnom utjecaju te očekujemo dodatno širenje prava na slobodno udruživanje u domaćoj sudskoj praksi koje bi moglo uslijediti i bez presudnog poticaja ESLJP-a.

Summary

COMMENT ON THE JUDGEMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN LOVRIĆ V CROATIA

The judgement of the European Court of Human Rights (hereinafter: ECHR) in *Lovrić v Croatia* (No. 38458/15) of 4 April 2017 became final, in accordance with Article 44 paragraph 2 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms during the three months since it was passed. The stated judgment represents a decision that will lead to a significant shift in Croatia's case-law. This is a consequence of the fact that in this judgment ECHR resolved a legal situation that arises when membership in an association expires in a way that is inconsistent with the previously established case-law in Croatia. The author believes that it is a judgement the legal effects of which are yet to appear in our legal order so the paper analyses initial changes that are to be expected in its implementation.

Keywords: association, human rights, exclusion of a member, case-law, *Lovrić*.

Stručni članak UDK 347.727

Članak 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u odnosu na izvještavanje o sadržajima od ozbiljnog javnog interesa o sudionicima javne društveno-političke scene

dr. sc. Sandra Marković*

Sanja Trgovac, dipl. iur.**

Sloboda mišljenja, sloboda širenja informacija i ideja i sloboda primanja informacija i ideja aspekti su prava sadržanih u članku 10. stavku 1. Konvencije. Slobodu izražavanja misli jamči i članak 38. Ustava Republike Hrvatske. O značaju zaštite ovih prava i razmatranju odnosa ovih aspekata s nekim drugim ustavnim i konvencijskim pravima pišu autorice u ovom radu. Također se ukazuje na razvoj stajališta Europskog suda za ljudska prava, kao na utjecaj tih stajališta na interpretativnu ulogu Ustavnog suda Republike Hrvatske u ovom području ljudskih prava. Praksa ovih sudova usmjerava nacionalni pravni sustav, koji se u skladu s naročito brzim zamahom razvoja ovih područja života razvija prema modernom europskom pravnom razmišljanju i zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Rad prati i komparira tumačenje sadržaja aspekata ovoga pravnog i životnog područja te ukazuje i izdvaja za ovo područje značajnu judikaturu i Ustavnog i Europskog suda za ljudska prava. Ovu zaštitu ljudskih prava rad posebno usmjerava prema izvještavanju o sadržajima od ozbiljnoga javnog interesa o sudionicima javne društveno-političke scene i ukazuje na poteškoće s kojima se sudovi susreću u vaganju interesa i vođenju postupaka u ovom području.

Gljučne riječi: sloboda mišljenja, sloboda širenja informacija i ideja, sloboda primanja informacija i ideja, javni interes, sloboda izražavanja, osobe u politici, društveno-politička scena, Ustav, Konvencija, kvalificirano konvencijsko pravo.

* Sandra Marković, odvjetnica u Zajedničkom odvjetničkom uredu
Dr. sc. Sandra Marković i Sidonija Grbavac.

** Sanja Trgovac, viša ustavnosudska savjetnica-mentorica i voditeljica Centra za evidenciju i dokumentaciju Ustavnog suda Republike Hrvatske.

1. UVODNO

Pravo na slobodu izražavanja, koje Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹ (u daljnjem tekstu: Konvencija) jamči u članku 10.², kvalificirano je konvencijsko pravo³, što znači da je uvjetovano općim ili javnim interesom i drugim ograničenjima⁴. Sloboda mišljenja, sloboda širenja informacija i ideja i sloboda primanja informacija i ideja aspekti su tog prava sadržani u stavku 1. članka 10. Konvencije. Slobodu izražavanja misli jamči i članak 38. Ustava Republike Hrvatske⁵ (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 147/13 i 5/14, u daljnjem tekstu: Ustav). Prof. Smerdel navodi: "Ustavna zaštita slobode govora, koja se danas razvila

¹ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 8/99, 14/02, 1/06 i 13/17.

² Članak 10. Konvencije glasi:

"SLOBODA IZRAŽAVANJA

1. Svatko ima pravo na slobodu izražavanja. To pravo obuhvaća slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ovaj članak ne sprječava države da podvrgnu režimu dozvola ustanove koje obavljaju djelatnosti radija ili televizije te kinematografsku djelatnost.

2. Kako ostvarivanje tih sloboda obuhvaća dužnosti i odgovornosti, ono može biti podvrgnuto formalnostima, uvjetima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom, koji su u demokratskom društvu nužni radi interesa državne sigurnosti, teritorijalne cjelovitosti ili javnog reda i mira, radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala, radi zaštite ugleda ili prava drugih, radi sprječavanja odavanja povjerljivih informacija ili radi očuvanja autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti."

³ Jasna Omejec navodi: "Kvalificirana (qualified) konvencijska prava jesu ona u koja se država smije miješati (zadirati, upletati, nasrtati – eng. to interfere), ali pod propisanim uvjetima. Prepoznaju se po specifičnoj strukturi pravne norme: pravo se prvo priznaje (najčešće u prvom stavku), a nakon toga se mogućnost njegova ograničenja uvjetuje time da su ograničenja propisana domaćim zakonima i da su nužna radi ostvarenja ciljeva koji su taksativno propisani Konvencijom (najčešće u drugom stavku), a koji su u pravilu vezani uz različite opće ili javne interese. U određivanju tih interesa Konvencija se služi neodređenim pravnim pojmovima (primjerice, u interesu "nacionalne sigurnosti", "zaštite morala", "održavanja javnog poretka", itd.). Uz ta se prava često vezuje nacionalno područje slobodne prosudbe (...). Kod tih prava domaći sudovi moraju vagati sukobljene interese pojedinaca/privatnih osoba i zajednice (kad je prikladno, i privatnih osoba međusobno), i donositi tzv. uravnotežujuće akte" (balancing act)." Jasna Omejec, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourg, 2014., str. 852.

⁴ Ibid.

⁵ Članak 38. Ustava glasi:

"Jamči se sloboda mišljenja i izražavanja misli.

Sloboda izražavanja misli obuhvaća osobito slobodu tiska i drugih sredstava priopćavanja, slobodu govora i javnog nastupa i slobodno osnivanje svih ustanova javnog priopćavanja.

Zabranjuje se cenzura. Novinari imaju pravo na slobodu izvještavanja i pristupa informaciji.

Jamči se pravo na ispravak svakomu komu je javnom viješću povrijeđeno Ustavom utvrđeno pravo."

u slobodu mišljenja i izražavanja mišljenja u medijima, nastala je kao jamstvo onima koji misle drukčije od vlasti ili drukčije od većine svojih sugrađana. Ona je temelj demokratskog političkog sustava i zato se mora zaštititi i u slučajevima kada se duboko ne slažemo s govornikom i njegovim mišljenjem (Voltaire). Temeljne demokratske institucije, kao što su izbori i parlamentarizam ne mogu djelovati bez poštovanja slobode izražavanja misli. Sudbina režima koji su onemogućavali slobodu govora i stoga bili nesposobni uvidjeti stanje vlastitih javnih poslova to najbolje pokazuje. Humor, satira i pravo ruganja i izrugivanja vladajućih, prevažan je dio demokracije. Američki sudovi još su polovicom 20. stoljeća uspostavili standard prema kojima dužnosnici uživaju manji stupanj zaštite osobnosti od običnih građana. No, niti sloboda govora nije apsolutna i neograničena. Američki vrhovni sudac Holmes objasnio je to na sljedeći način: "Kao što moje pravo da mašem rukama, prestaje tamo gdje počinje nečiji nos", tako niti sloboda govora ne štiti onoga tko u toku predstave u zamračenom kinu, da bi se zabavio, počne vikati: "Požar!"⁶

Pravo na slobodu izražavanja pronalazimo i u svim drugim važnim međunarodnim dokumentima, kojima moderno društvo jamči ljudska prava.⁷ O aspektima ovog prava dosta je napisanih tekstova⁸, priručnika⁹,

⁶ Branko Smerdel, "O ustavima i ljudima, Uvod u ustavnopravnu kazuistiku", Novi informator, Zagreb, 2012., pogl. "Neukusno i nedopušteno: gdje su granice slobode izražavanja" (4)", str. 27. i 28.

⁷ Zlata Đurđević, "Sloboda izražavanja: čl. 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda", u: "Usklađenost hrvatskog zakonodavstva i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda", ur. Ivana Radačić, Centar za mirovne studije, st. 153., navodi: "Još je Generalna skupština Ujedinjenih naroda na svojoj prvoj sjednici održanoj 1946. godine, usvojila Rezoluciju 59 (1) u kojoj se navodi: "Sloboda informiranja je temeljno ljudsko pravo i kamen temeljac svih sloboda kojima su Ujedinjeni narodi posvećeni." Pravo na slobodu izražavanja sadrži čl. 19. Opće deklaracije Ujedinjenih naroda o ljudskim pravima iz 1948. godine, čl. 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, čl. 13. Međuameričke konvencije o ljudskim pravima iz 1969. godine, čl. 9. Afričke povelje o ljudskim i narodnim pravima iz 1981. godine. Povelja temeljnih prava Europske unije koja je stupila na snagu zajedno s Lisabonskim ugovorom također u čl. 11. štiti slobodu izražavanja i informiranja, dok je pravo na pristup dokumentima tijela Europske unije sadržano u čl. 42. Povelje. Osim toga, pravo na slobodu izražavanja zajednička je ustavna tradicija Europe te ga jamče ustavi europskih država."

⁸ Primjerice: Vesna Alaburić, Sloboda izražavanja u praksi Europskog suda za ljudska prava, Narodne novine, 2002.; dr. sc. Mato Arlović, Pravo na slobodu izražavanja misli (ustavnopravni okvir i ustavnosudska praksa u Republici Hrvatskoj), Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, 2/2016., str. 377-411. (https://www.pravst.unist.hr/dokumenti/zbornik/2016120/zb201602_377.pdf), datum pregleda 11. lipnja 2018.

⁹ Primjerice: Uputnice i priručnik za obuku za Europu, Sloboda izražavanja, zakon o medijima i novinarska kleveta, izrađen pod pokroviteljstvom Media Legal Defence Initiative i International Press Institute, svibanj 2015. (<http://www.medialdefence.org/sites/default/files/resources/files/MLDI.IPI%20defamation%20manual.Croatian.pdf>), datum pregleda 11. lipnja 2018.

održanih tribina¹⁰ i sve više sudske prakse.¹¹ Svjesni sveobuhvatnosti teme "sloboda izražavanja" kao ljudskog prava, prikazat ćemo dio prakse Europskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) koja je vezana uz izvještavanje o sadržajima od ozbiljnog javnog interesa o osobama u politici. Sveobuhvatni su i sami pojmovi "ozbiljnog javnog interesa" i "osobe u politici", koje možemo analizirati s mnogobrojnih društvenih, socijalnih i pravnih aspekata. Pojam "osobe u politici" danas obuhvaća sve širi krug "sudionika javne društvene/političke scene", koji ili direktno sudjeluju u obnašanju političkih dužnosti ili su dijelom društvenih utjecaja na politiku kroz razne udruge, nevladine i druge ili su dio političkih zbivanja kroz široko dostupna "javljanja u otvorenim raspravama o političkim zbivanjima". Sve je više osoba koje danas brzo postaju medijski prepoznatljive u široj javnosti, u području politike te ih, opravdano ili ne, doživljavamo dijelom političke scene. Otvara se pitanje jesu li i te, medijski nametnute osobe, koje hodaju rubom političke, i s politikom povezane društvene pozornice, "osobe u politici"? Danas smo svjesni pozitivnih i negativnih strana koje podatci objavljeni u medijima mogu donijeti, a naročito polemika oko izvještavanja o sadržajima od ozbiljnog javnog interesa o osobama u politici. Tanka je granica između realno potrebnog i profesionalnog izvještavanja o tim temama i opasnosti od medijskog poticanja na fokusiranje javnosti na neku osobu u politici, što može biti i pozitivno i negativno iz raznih razloga. Svjesni širine teme, ukazat ćemo na jedan njezin dio kroz stajališta ESLJP-a i Ustavnog suda.

¹⁰ Primjerice: Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, 212. tribina, Gdje prestaje sloboda izražavanja, a počinje govor mržnje - neke kaznenopravne dileme, voditelj i urednik akademik Jakša Barbić, uvodničarke Andrea Šurina Marton i dr. sc. Maja Munivrana Vajda, 2017. ([https://www.pravo.unizg.hr/images/50018419/212%20Surina%20Marton%20Munivrana%20Vajda%20travanj%20L\(1\).pdf](https://www.pravo.unizg.hr/images/50018419/212%20Surina%20Marton%20Munivrana%20Vajda%20travanj%20L(1).pdf)), datum pregleda 11. lipnja 2018.

¹¹ Primjerice, u 2018. godini Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) donio je 27 presuda koje se odnose na članak 10. Konvencije (samostalno ili u vezi s nekim drugim člankom, primjerice pravom na mirno okupljanje zajamčenog člankom 11. Konvencije - *Zimin protiv Rusije*, zahtjev br. 48613/06, presuda od 6. veljače 2014. (...)). Jednu protiv Hrvatske: *Slava Jurišić*, presuda od 8. veljače 2018., zahtjev br. 79584/12. U 2017. godini donio je 49 presuda (jednu protiv Hrvatske: *Marunić*, presuda od 28. ožujka 2017., zahtjev br. 51706/11), od toga dvije u Velikom vijeću ESLJP-a: *Medžlis islamske zajednice Brčko i drugi protiv Bosne i Hercegovine* (presuda od 27. lipnja 2017., zahtjev br. 17224/11) i *Satakunnan Markkinapörssi Oy i Satamedia Oy protiv Finske* (presuda od 27. lipnja 2017., zahtjev br. 931/13). U predmetu *Delfi AS protiv Estonije* (presuda od 16. lipnja 2015., zahtjev br. 64569/09) riječ je bila o prvom slučaju u kojem je ESLJP bio pozvan ispitati prigovore u odnosu na odgovornost uvredljivih on-line komentara koje su dali čitatelji internetskog portala protiv vlasnika jedne tvrtke.

2. PRIMJERI IZ PRAKSE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Stajalište je ESLJP-a da "objavljivanje činjenica, koje su istinite i opisuju stvarne događaje, može biti zabranjeno pod određenim okolnostima (npr.) zbog obveze poštovanja prava na privatnost" (*Markt Intern Verlag GmbH i Klaus Beermann protiv Njemačke*, 1989.). Pravu na slobodu izražavanja u medijima suprotstavlja se pravo na privatnost koje razvojem tehnologije i dostupnošću podataka u tisućinkama sekunde diljem planeta, ozbiljno može biti narušeno. Objavljivanje privatnih dokumenata u medijima tema je presuda u predmetima *Von Hannover protiv Njemačke*¹² i *Von Hannover protiv Njemačke (br. 2)*¹³, *Axel Springer protiv Njemačke*¹⁴, *MGN Ltd protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁵ i *Mosley protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁶. U ovom radu tema od središnjeg interesa je pravo na slobodu izražavanja o sadržajima koji su od ozbiljnog javnog interesa o osobama u politici.

2.1. Obeshrabrujući učinak (engl. *chilling effect*)

U predmetu *Slava Jurišić protiv Hrvatske*¹⁷ podnositeljica zahtjeva lokalna je političarka u Slavonskom Brodu. Bila je ravnateljica ustanove koje upravlja svim dječjim vrtićima u Slavonskom Brodu, a tijekom nekoliko lokalnih izbora kandidirala se za gradonačelnicu toga grada. Dok je podnositeljica zahtjeva bila na položaju ravnateljice ustanove koja upravlja svim dječjim vrtićima u Slavonskom Brodu, Z. B. je tražila posao i zaposlila se u jednom od dječjih vrtića u Slavonskom Brodu kao odgojiteljica. Jedan od uvjeta za zapošljavanje bio je hrvatsko državljanstvo, a Z. B. je predočila potvrdu kojom je potvrdila to državljanstvo. U određenom je trenutku Z. B., kao djelatnica dječjeg vrtića u Slavonskom Brodu, bila podređena podnositeljici zahtjeva. U veljači 2008. Z. B. je imenovana ravnateljicom ustanove koja upravlja svim dječjim vrtićima u Slavonskom Brodu. Dana 23. listopada 2008. podnosi-

¹² *Von Hannover protiv Njemačke*, zahtjev br. 59320/00, presuda od 24. lipnja 2004.

¹³ *Von Hannover protiv Njemačke (br. 2)*, zahtjev br. 40660/08 i 60641/08, presuda od 7. veljače 2012. (Veliko vijeće).

¹⁴ *Axel Springer AG protiv Njemačke*, zahtjev br. 39954/08, presuda od 7. veljače 2012. (Veliko vijeće).

¹⁵ *MGN Limited protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 39401/04, presuda od 18. siječnja 2011.

¹⁶ *Mosley protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 48009/08, presuda od 10. svibnja 2011.

¹⁷ *Slava Jurišić*, presuda od 8. veljače 2018., zahtjev br. 79584/12.

teljica zahtjeva održala je konferenciju za novinare pod nazivom "Sve žrtve kadrovske politike gradonačelnika Slavonskog Broda, M. D.-a", na kojoj je tvrdila da je gradonačelnik Slavonskog Broda uključen u razne nepravilnosti pri zapošljavanju državnih službenika u lokalnim javnim ustanovama. Podnositeljica zahtjeva također je tvrdila da je gradonačelnik imenovao Z. B. upraviteljom gradskog dječjeg vrtića, iako je koristila nevažeće dokumente i imala samo državljanstvo bivše Jugoslavije te da su gradonačelnik i Z. B. zajedno uskratili zaposlenje kćeri hrvatskog branitelja. Z. B. je podnijela privatnu tužbu zbog kaznenog djela klevete. Općinski sud u Slavonskom Brodu osudio je Jurišić na kaznu zatvora od 60 dana, uz uvjetnu osudu, s rokom kušnje od godine dana. Županijski sud je odbio žalbu, a Ustavni sud je odbacio ustavnu tužbu (tzv. "meritorni odbačaj"), utvrdivši da se razlozi istaknuti u ustavnoj tužbi iscrpljuju u ponavljanju razloga iznesenih tijekom postupka iz kojeg je proizašla osporavajuća odluka, dok se navodno postojanje povreda istaknutih ustavnih prava posebno ne obrazlaže.

Za ESLJP nesporno je da je presuda za klevetu zbog javnih istupa podnositeljice predstavljala miješanje u njezino pravo na slobodu izražavanja, da je presuda za klevetu bila zakonita (na temelju tada važećeg Kaznenog zakona iz 1997.) te da je miješanje u pravo na slobodu izražavanja podnositeljice težilo legitimnom cilju, jer je bilo poduzeto u svrhu zaštite prava i sloboda drugih, konkretno zaštite ugleda Z. B. ESLJP se pozvao na načela u presudi Cumpănă i Mazăre protiv Rumunjske¹⁸. Koncentrirajući se na pitanje sankcije koja je izrečena podnositeljici zahtjeva, ESLJP je utvrdio da su predmetne izjave izrečene u kontekstu političke rasprave te da je moguće prihvatiti da je uloga podnositeljice kao političarke uključivala moralnu dužnost da upozori javnost na moguće nepravilnosti u radu gradonačelnika. ESLJP je zaključio da je vidljiv obeshrabrujući učinak (engl. *chilling effect*), koji strah od takvih sankcija ima na ostvarivanje slobode izražavanja. Taj utjecaj, koji djeluje na štetu društva kao cjeline, također je čimbenik razmjernosti, a time i opravdanosti, sankcija izrečenih podnositeljici zahtjeva u ovom predmetu, koja je, kao lokalna političarka nedvojbeno imala pravo skrenuti pozornost javnosti na pitanje navodne zlorabe ovlasti od strane lokalnog gradonačelnika. ESLJP je istaknuo da iako je izricanje kazne u pravilu stvar odluke nacionalnih sudova, smatra da bi izricanje zatvorske kazne, iako uvjetne, u okolnostima ovoga predmeta, i uzimajući u obzir činjenicu da je podnositeljica zahtjeva bila javna

ličnost u svojoj lokalnoj zajednici i da je izjava za koju je kažnjena bila dana u kontekstu političkog života u Hrvatskoj, samo u iznimnim okolnostima moglo biti u skladu s njezinom slobodom izražavanja zajamčenom člankom 10. Konvencije, a osobito u slučajevima kada su druga temeljna prava ozbiljno narušena. Na primjer, takva kazna može biti sukladna u odnosu na govor mržnje ili poticanje na nasilje ili veličanje nasilja, od čega niti jedno nije bilo značajka ovog predmeta. Okolnosti ovog predmeta – kleveta pojedinca u kontekstu političke rasprave o pitanju od legitimnog javnog interesa – ne predstavljaju, prema stajalištu ESLJP-a, uvjerljivo opravdanje za izricanje kazne zatvora. Takva sankcija, po samoj svojoj prirodi, neizbježno će imati obeshrabrujući učinak, a činjenica da je izrečena uvjetna osuda koju podnositeljica zahtjeva nije morala izdržavati ne mijenja taj zaključak jer je njezina osuda održana na snazi. ESLJP je također ponovio Rezoluciju Vijeća Europe, u kojoj se pozivaju države članice koje i dalje dopuštaju zatvorske kazne za klevetu da ih ukinu bez odgode, čak i ako se te kazne zapravo ne izriču. Prema ocjeni ESLJP-a došlo je do povrede članka 10. Konvencije."

2.2. Novčana kazna parlamentarnim zastupnicima zbog ponašanja tijekom parlamentarnih sjednica

U predmetima *Karácsony i drugi protiv Mađarske* te *Széll i drugi protiv Mađarske*, mađarska Vlada podnijela je zahtjeve za upućivanje predmeta Velikom vijeću¹⁹. Budući da su se obje presude odnosile na slično činjenično stanje te mjerodavno pravo, ESLJP je u skladu s člankom 42. Poslovnika suda, spojio oba zahtjeva te proveo jedinstveni postupak pred Velikim vijećem. Obje presude odnose se na incidente u kojima su članovi oporbenih stranaka izrazili svoje nezadovoljstvo vodećom parlamentarnom strankom tijekom parlamentarnih sjednica u 2013. godini, zbog kojih im je predsjedatelj sjednice bez održavanja rasprave izrekao novčane kazne zbog grubog narušavanja reda i mira.

Činjenice predmeta *Karácsony i drugi*:

Dvojica podnositelja u središtu parlamentarne dvorane postavili su plakat s natpisom "FIDESZ, vi kradete, vi varate i vi lažete". FIDESZ je u tom trenutku bila vodeća politička stranka u mađarskom Parlamentu. Zatim su isti plakat postavili i pored mjesta na kojem je sjedio

¹⁸ *Cumpănă i Mazăre protiv Rumunjske* [VV], br. 33348/96, st. 85, ECHR 2004-XI).

¹⁹ Zahtjevi br. 42461/13 i 44357/13, presuda Velikog vijeća od 17. svibnja 2016.

državni tajnik. Drugi incident dogodio se tijekom glasanja o zakonu koji se odnosio na duhanske proizvode u svibnju 2013. godine, kada su druga dva podnositelja u središtu parlamentarne dvorane postavila plakat s natpisom "Ovdje djeluje nacionalna duhanska mafija".

Činjenice predmeta *Szél i drugi*:

Jedna od podnositeljica prilikom glasanja o Zakonu o prijenosu poljoprivrednog i šumskog zemljišta, ispred premijera je stavila male, zlatne tačke napunjene zemljom, dok su preostale dvije podnositeljice ispred govornice predsjedatelja sjednice, postavile natpis "Raspodjela zemlje umjesto krađe zemlje". Europski sud je obje presude donio 16. rujna 2014. Utvrdio je da je došlo do povrede članka 10. Konvencije te povrede članka 13. u vezi s člankom 10. Konvencije zbog toga što su podnositeljima novčane kazne izrečene odlukom predsjedatelja parlamentarne sjednice, bez obrazloženja koji bi opravdali njihovo izricanje, bez prethodnog upozorenja i bez održavanja rasprave.

Veliko vijeće naglasilo je da prilikom sankcioniranja uvredljivog ponašanja parlamentarnog zastupnika, Parlament mora poštovati načelo razmjernosti iz članka 10. Konvencije i u postupovnom smislu. Usklađenost s navedenim načelom zahtijeva da nametnuta sankcija mora odgovarati težini disciplinske povrede. Uvažavajući široku slobodu procjene koju država potpisnica Konvencije uživa, Veliko vijeće ustanovilo je da pri sankcioniranju parlamentarnih zastupnika nisu ispoštovani osnovni postupovni zaštitni mehanizmi. Domaće zakonodavstvo nije omogućavalo parlamentarnim zastupnicima da sudjeluju u disciplinskom postupku, posebice im nije omogućavalo da budu saslušani. Disciplinski postupak sastojao se od pisanog prijedloga predsjedatelja parlamentarne sjednice da se podnositeljima izreče novčana kazna te od usvajanja navedenog prijedloga na plenarnoj sjednici bez prethodne rasprave. Stoga, podnositeljima u takvom postupku nije omogućena nikakva postupovna zaštita. Štoviše, dva prijedloga za izricanje novčane kazne nisu sadržavala obrazloženje koje bi ukazivalo na ozbiljno remećenje reda i mira tijekom parlamentarne sjednice. Iako su podnositelji imali mogućnost prigovarati izrečenoj novčanoj kazni, Veliko vijeće utvrdilo je da se zapravo radilo o općenitom pravu parlamentarnog zastupnika na obraćanje u Parlamentu ili određenim parlamentarnim odborima nadležnima za tumačenje pravila o funkcioniranju Parlamenta. Međutim, podnositeljima nije bilo zajamčeno da će se njihovi prigovori razmotriti tijekom disciplinskog postupka. Veliko vijeće je, kao značajno, istaknulo izmjene Zakona o Parlamentu koje omogućavaju parla-

mentarnim zastupnicima pravo na prigovor na izrečenu novčanu kaznu i mogućnost obraćanja parlamentarnim odborima. Time je ostvaren nužan minimum zaštite postupovnih prava. Međutim, navedene izmjene nisu utjecale na situaciju podnositelja. Veliko vijeće utvrdilo je da miješanje u pravo na slobodu izražavanja nije bilo razmjerno opravdanom cilju koji se trebao postići jer nije bilo popraćeno odgovarajućim zaštitnim mehanizmima postupovne prirode. Veliko vijeće zaključilo je da miješanje u pravo na slobodu izražavanja nije bilo nužno u demokratskom društvu te da je stoga došlo do povrede članka 10. Konvencije. S obzirom na navedeno, Veliko vijeće je ocijenilo, za razliku od vijeća, da ne postoji potreba za zasebnim ispitivanjem navodne povrede članka 13. Konvencije.

2.3. Naknada štete zbog narušavanja privatnosti princa od Monaka objavljivanjem članka o njegovu izvanbračnom sinu

Zanimljiva u ovom kontekstu je i presuda *Couderc i Hachette Filipacchi Associés protiv Francuske*.²⁰ U ovom slučaju jedan časopis (francuski) objavio je članak o ženi koja je tvrdila da je princ od Monaka otac njezina sina. Informacije su potekle od žene koja je kontaktirala medije kada princ nije htio priznati da je otac njezina djeteta. Uz članak su išle i slike princa s djetetom, a objavljen je i u njemačkom časopisu. I engleske novine su pisale o ovoj priči. Princ je podnio tužbu protiv francuskog časopisa za narušavanje privatnosti i dobio odštetu od 50.000 eura. Sud je također naredio časopisu da objavi detalje presude na cijeloj naslovnoj stranici. Princ je naknadno priznao da je dijete njegovo. Princ je također podnio tužbu zbog narušavanja privatnosti pred njemačkim sudovima, ali je njegov zahtjev odbijen uz obrazloženje da pravo javnosti da bude obaviještena o mogućem muškom nasljedniku Monaka nadmašuje sve interese privatnosti. Njemački sudovi su također smatrali da je majka djeteta, a ne princ, koji (u tom trenutku) nije priznao očinstvo, trebala odlučiti je li objavljivanje djetetova postojanja privatna stvar. ESLJP je utvrdio da je presudom francuskih sudova povrijeđeno pravo časopisa na slobodu izražavanja. ESLJP smatra da je pitanje mogućeg nasljednika stvar od javnog interesa, i kao i njemački sudovi, također je utvrdio da se slučaj nije odnosio samo na princa i časopis već i na majku i dijete,

²⁰ *Couderc i Hachette Filipacchi Associés protiv Francuske*, zahtjev br. 40454/07, presuda od 12. lipnja 2014.

i pravo djeteta da mu identitet bude priznat. Majka je dala informacije novinarima te je odigrala ključnu ulogu u objavi članka. ESLJP je utvrdio da je majka imala legitimno pravo na publicitet, posebno s obzirom na to da princ nije priznao dijete, a princ ne bi trebao biti u mogućnosti to zaustaviti pozivajući se na pravo na privatnost. Fotografije koje su pratile taj članak snimljene su uz prinčev pristanak, u stanu majke djeteta. Dalje, ESLJP je smatrao da se, budući da su i drugi časopisi također prenijeli priču, podatci više ne mogu smatrati povjerljivima. Na kraju je ESLJP uzeo u obzir da nije bilo klevete i da princ nije osporio istinu o očinstvu.

2.4. Osuda za klevetu zbog lažnih optužbi

Presudom *Schuman protiv Poljske*²¹ ESLJP je odlučio u predmetu u kojem je urednik portala koji objavljuje vijesti izvijestio da je lokalni političar, zastupnik, koji je bio i šef lokalnog sportskog kluba, koristio zemljište kluba za svoj privatni biznis, zaradivši na taj način gotovo 68.000 eura. Političar je podnio tužbu za klevetu, rekavši da je on ustvari zaradio veoma mali iznos, samo 68 eura. Domaći sudovi složili su se da se na osnovi izvještaja portala stječe dojam da je počinjen ozbiljan prekršaj, što je bilo netočno i obmanjujuće. Političaru je dosuđena naknada štete. Novinar je podnio zahtjev ESLJP-u. ESLJP je odbio zahtjev kao "očigledno neosnovan", zaključujući da su poljski sudovi ispravno procijenili slučaj. Uvećavanjem iznosa zarade, portal je pogrešno izvijestio o tome što se dogodilo.

2.5. Medijsko izvještavanje i objavljivanje fotografija slavnih ličnosti – prihvatljivo u slučajevima kada se odnosi na pitanja od javnog interesa ili doprinosi nekoj raspravi od općeg interesa

U presudama *Von Hannover protiv Njemačke* (br. 2)²² i *Axel Springer AG protiv Njemačke*²³ radi se o dva predme-

ta, koja su zajedno iznesena pred Veliko vijeće ESLJP-a. Prvi slučaj se (ponovo)²⁴ odnosio na princezu Karolinu od Monaka, a drugi na objavljene fotografije njemačkog glumca. Sud je smatrao da je medijsko izvještavanje i objavljivanje fotografija slavnih ličnosti prihvatljivo u slučajevima kada se odnosi na pitanja od javnog interesa ili doprinosi nekoj raspravi od općeg interesa. U predmetu *Von Hannover protiv Njemačke* (br. 2), ESLJP je jednoglasno odlučio da objavljivanje fotografije princeze Karoline od Monaka, koja je iskorištena za ilustraciju članaka o Kneževini Monako, ne predstavlja kršenje prava na poštovanje privatnog života. Sud je naglasio da je princeza javna ličnost, fotografija je korištena kao ilustracija priče o pitanju od javnog interesa, a fotografija nije snimljena ni tajno, ni na neki drugi nedopušteni način.

²⁴ U presudi *Von Hannover protiv Njemačke* od 24. lipnja 2004., zahtjev br. 59320/00, podnositeljica zahtjeva je Caroline von Hannover, najstarija kći princa Rainiera III od Monaka. Njezina službena rezidencija je u Monaku, ali većinu vremena živi u Parizu. Kao član obitelji princa Rainiera, podnositeljica zahtjeva je predsjednica određenih humanitarnih i kulturnih zaklada, te predstavlja vladajuću obitelj na nekim događajima. Međutim, ona ne obnaša niti jednu funkciju za državu Monako, niti za njezine institucije. Njemački časopisi Bunte, Freizeit Revue i Neue Post objavili su nekoliko fotografija podnositeljice zahtjeva (radi se o tri serije spornih fotografija objavljenih u razdoblju od 1993. do 1997. godine). Te fotografije su prikazivale podnositeljicu zahtjeva: u društvu s glumcem Vincentom Lindonom u zadnjem dijelu dvorišta jednog restorana, dok sjedi na konju, sa njezinom djecom (Pierre, Andrea, Charlotte), u kupovini s tjelohraniteljem, u društvu s princem Ernstom Augustom von Hannoverom na sajmu konja, odnosno dok igraju tenis, te podnositeljicu u Monte Carlo Beach Clubu, obučenu u kupaći kostim i omotanu ručnikom, kako se spotiće na nešto i pada na tlo. Podnositeljica zahtjeva je pred općinskim sudom u Hamburgu zatražila zabranu objavljivanja spornih fotografija jer je time povrijeđeno njezino pravo na zaštitu osobnih prava i njezino pravo na zaštitu privatnog života. Općinski sud je uvažio njezin zahtjev samo u odnosu na daljnju distribuciju časopisa u Francuskoj. U odnosu na distribuciju časopisa u Njemačkoj sud je ponovio da se na ovaj slučaj primjenjuje njemačko pravo, prema kojem podnositeljica zahtjeva, kao istaknuta predstavnica modernog društva "par excellence", mora tolerirati ovu vrstu publiciteta. Nadalje, sud smatra da podnositeljica zahtjeva nije dokazala legitimni interes koji bi opravdao zabranu daljnje publikacije, te da su sve fotografije snimljene isključivo na javnim mjestima. Podnositeljica zahtjeva žalila se na presudu žalbenom sudu u Hamburgu, koji je potvrdio odluku općinskog suda. Na tu presudu žalila se Saveznom sudu pravde, koji je djelomično usvojio njezin zahtjev, u odnosu na zabranu daljnje publikacije fotografija na kojima se nalazi u društvu Vincenta Lindona, uz obrazloženje da je zaštita privatnosti osigurana i izvan nečijeg doma, ako se osoba nalazi na osamljenom mjestu – daleko od očiju javnosti (...). Ostatak zahtjeva je odbijen. Žalbu na ovu presudu podnositeljica je uputila Saveznom ustavnom sudu, koji je djelomično usvojio njezin zahtjev, u odnosu na zabranu daljnje publikacije fotografija na kojima se nalaze ona i njezina djeca.

ESLJP presudio je da je došlo do povrede članka 8. Konvencije u odnosu na dio podnositeljčina zahtjeva koji se odnosi na fotografije i popratne članke objavljene u časopisu Bunte (dok sjedi na konju, u kupovini, s Vincentom Lindonom u restoranu, u vožnji na biciklu, u kupovini s tjelohraniteljem, na skijanju u Austriji, s princem Ernstom Augustom von Hannoverom i sama dok napušta rezidenciju u Parizu, s princem Ernstom Augustom von Hannoverom dok igraju tenis, odnosno dok spuštaju svoje bicikle) te na fotografije i popratne članke objavljene u časopisu Neue Post (podnositeljica kako se spotiće na nešto u Monte Carlo Beach Clubu). U ostalom dijelu podnositeljčina zahtjeva Sud je ponovio svoju odluku iz odluke o dopuštenosti od dana 8. srpnja 2003. godine.

²¹ Presuda *Schuman protiv Poljske* od 3. lipnja 2014., zahtjev br. 52517/13.

²² *Von Hannover protiv Njemačke* (br. 2), zahtjev br. 40660/08 i 60614/08, presuda od 7. veljače 2012. (Veliko vijeće).

²³ *Axel Springer AG protiv Njemačke*, zahtjev br. 39954/08, presuda od 7. veljače 2012. (Veliko vijeće).

U predmetu *Axel Springer AG protiv Njemačke* radilo se o izvještavanju medija o uhićenju i osudi televizijskoga glumca zbog posjedovanja narkotika. Glumac je bio poznat po ulozi policajca u popularnoj TV seriji, pa se njegovo uhićenje zbog posjedovanja narkotika smatralo za vijest vrijednu objavljivanja. Glumac je ishodio sudsku zabranu objavljivanja, a njemački časopis se obratio ESLJP-u smatrajući da mu je time prekršeno pravo na slobodu izražavanja. ESLJP je utvrdio da je medij bio u pravu: postojao je opravdani javni interes za informacijama o uhićenju i osudi glumca. Glumac je u javnosti poistovjećivan sa svojom TV ulogom policajca čija je misija da čuva zakon i sprječava kriminal. Uhićenje se dogodilo u javnosti, u jednom šatoru na festivalu piva u Münchenu. ESLJP je utvrdio i da časopis nije objavio bilo kakve detalje o privatnom životu glumca, kao i da je članak bio zasnovan na činjenicama. Primijećeno je i da su informacije dobivene legalno, a da je sudska zabrana djelovala obeshrabrujuće na slobodu izražavanja. Zbog svega navedenog, utvrđeno je da je sudskom zabranom prekršeno pravo na slobodu izražavanja.

2.6. Povreda slobode izražavanja zbog zabrane članka o bivšem premijeru

U predmetu *Axel Springer AG (br. 2) protiv Njemačke*²⁵ navodi se da je 9. prosinca 2005. objavljeno da je Gerhard Schröder imenovan predsjednikom nadzornog odbora njemačko-ruskog konzorcija Konsortium Norddeutsche Gaspipline (NEGP). Gerhard Schröder je prethodno bio na funkciji kancelara SR Njemačke, no nakon gubitka na prijevremenim parlamentarnim izborima, navedenu funkciju je prestao obavljati. Svrha konzorcija kojeg je vodila ruska kompanija Gazprom bila je izgradnja plinovoda. Dana 11. travnja 2005. potpisan je sporazum o izgradnji plinovoda u prisutnosti tadašnjega njemačkog kancelara Gerharda Schrödera i ruskog predsjednika Vladimira Putina. Ugovor o izgradnji plinovoda potpisan je 8. rujna 2005., također u njihovoj prisutnosti, i to deset dana prije prijevremenih parlamentarnih izbora u SR Njemačkoj. Dana 12. prosinca 2005. objavljen je časopis Bild na čijoj naslovnici je stajalo: "Koliko zapravo zarađuje od izgradnje plinovoda? Schröder mora otkriti svoju rusku plaću."

Časopis je objavljen nakon što je zamjenik predsjednika parlamentarne skupštine Liberalne demokrat-

ske stranke izrazio sumnju kako su prijevremeni izbori raspisani jer je Gerhard Schröder odlučio napustiti premijersku funkciju radi prihvaćanja unosnijeg radnog mjesta u konzorciju. Gerhard Schröder je od nadležnog suda u Hamburgu zatražio zabranu svake buduće objave časopisa Bild u dijelu koji se odnosi na navedeni naslov. Nadležni sud je zabranio daljnju objavu časopisa Bild u spornom dijelu. Podnositelj je u svom zahtjevu prigovarao kako je zbog zabrane objavljivanja časopisa Bild došlo do povrede prava na slobodu izražavanja.

ESLJP je zaključio kako časopis Bild u konkretnom slučaju nije prekoračio granice novinarske slobode. Njemački sudovi nisu dokazali kako je zaštita ugleda bivšeg premijera bila važnija od zaštite podnositeljevog prava na slobodu govora te promoviranja tog prava u službi javnog interesa. Slijedom navedenog, ESLJP je ustanovio kako je došlo do povrede članka 10. Konvencije.

2.7. Presumpcija nedužnosti u kontekstu kaznenog suđenja kad je riječ o publicitetu koji je optužba protiv javnog dužnosnika izazvala u medijima i javnosti

U predmetu *G. C. P. protiv Rumunjske*²⁶ ESLJP se osvrnuo na značenje presumpcije nedužnosti u kontekstu samog kaznenog suđenja kad je riječ o publicitetu koji je optužba protiv javnog dužnosnika izazvala u medijima i javnosti (*pre-trial publicity*). ESLJP je naveo: "Sud ponavlja da zlobna medijska kampanja (*virulent press campaign*) svojim utjecajem na javno mnijenje, a posljedično i na porotnike koji su pozvani da odluče o krivnji optuženika, može negativno utjecati na poštenost suđenja (...). Sud istodobno primjećuje da je medijsko izvještavanje o aktualnim događajima izraz ostvarivanja slobode izražavanja zajamčene člankom 10. Konvencije. Ako suđenje prati zlobna medijska kampanja, odlučujuća neće biti subjektivna bojazan okrivljenika o nedostatku nepristranosti koja se zahtjeva od sudova, koliko god ona bila razumljiva, već mogu li se njegovi strahovi objektivno opravdati u konkretnim okolnostima slučaja. (...) Sud priznaje da je od 19. veljače 1997. rumunjski tisak iznimno ekstenzivno izvještavao o slučaju podnositelja zahtjeva. Neki od novinskih članaka sadržavali su izjave javnih dužnosnika, dok su

²⁵ Presuda *Axel Springer AG (br. 2) protiv Njemačke* od 10. srpnja 2014., zahtjev br. 48311/10.

²⁶ Presuda *G. C. P. protiv Rumunjske* od 20. prosinca 2011., zahtjev br. 20899/03.

preostali članci, za koje je podnositelj dostavio samo naslove, predstavljali kronološki prikaz kaznenog postupka koji se vodio protiv podnosioca zahtjeva. Sud, međutim, primjećuje da je većina članaka, a između njih i oni najzlobniji, objavljena uglavnom između 1997. i 2000. Podnositelj zahtjeva proglašen je krivim i osuđen na Okružnom sudu u Bukureštu 14. studenoga 2002. Prema tome, poprilično je vremena prošlo od objave članaka na koje se podnositelj zahtjeva poziva u prilog svog prigovora na temelju članka 6. stavka 2. Konvencije do njegove osude.(...) Sud također primjećuje da su kaznene optužbe protiv podnosioca zahtjeva utvrdili profesionalni suci, koje su zbog profesionalnog obrazovanja i iskustva manje podložni bilo kakvim vanjskim utjecajima i u manjoj su mjeri od porote mogli biti podložni utjecaju novinske kampanje protiv podnosioca zahtjeva. Štoviše, uzimajući u obzir obrazložene presude koje su donijeli domaći sudovi u tri instancije, u spisu nema dokaza koji bi ukazali da su suci koji su ocjenjivali prigovore podnosioca zahtjeva te ispitivali podignute kaznene optužbe i osnovanost predmeta bili pod utjecajem bilo kojeg članka objavljenog u tisku. (...) Proizlazi da je ovaj dio zahtjeva očito neosnovan i mora biti odbačen u skladu s člankom 35. stavcima 3. i 4. Konvencije.”

3. STAJALIŠTA USTAVNOG SUDA

3.1. Parnični postupak radi naknade štete – sloboda tiska

Prva odluka Ustavnog suda u kojoj je razradio sadržaj članka 38. Ustava u vezi sa slobodom medija jest odluka U-III-2723/2003 od 23. studenoga 2005. donesena u povodu ustavne tužbe Europapress holdinga d.o.o. Stajališta Ustavnog suda iz te odluke “potvrđena” su presudom ESLJP-a od 22. listopada 2009., zahtjev br. 25333/06.

U konkretnom slučaju pravni prednik podnosioca obavezan je pravomoćnom presudom platiti tužitelju iznos od 100.000 kn. U obrazloženju te odluke prvostupanjski sud navodi da je člankom objavljenim u tom tjedniku 2. veljače 1996. pod naslovom “Ministar Š. uperio pištolj u novinarku E. V.!” povrijedio dostojanstvo, čast i ugled tužitelja. Svoju odluku prvostupanjski sud temelji na utvrđenju da su tuženici, objavom neistinite informacije o “incidentu” od 26. siječnja 1996., kad je tužitelj, navodno, prijetio pištoljem novinarki E. V. govoreći joj “sad ću te ubiti”, nanijeli štetu tužitelju te da “tuženi nisu, a kako je propisano odredbom članka

23. stavka 1. točke 3. Zakona, poduzeli sve potrebne mjere za provjeru istinitosti informacija o kojima su pisali, zbog čega nema niti uvjeta za njihovu ekskulpaciju u konkretnom slučaju”. U kaznenom postupku pravomoćnom presudom tužitelj je oslobođen optužbe da bi u odnosu na privatnu tužiteljicu E. V. 26. siječnja 1996. u prostorima Banskih dvora u Zagrebu počinio kaznena djela uvrede i ozbiljne prijetnje.

Ustavni sud odbio je ustavnu tužbu podnosioca utvrdivši da mu nisu povrijeđena ustavna prava zajamčena člankom 38. stavcima 1. i 2. Ustava. Pritom je pošao od stajališta da Ustavom zajamčena sloboda izražavanja misli, koja u sebi sadrži i slobodu tiska, nema značenje apsolutne slobode, već je podložna ograničenjima propisanim Ustavom i zakonom. Ta ograničenja za javna glasila, primjerice, proizlaze iz odredaba članka 13. Zakona o javnom priopćavanju²⁷, kojima je zakonodavac, utvrđujući obveze tih glasila, propisao da su dužna objavljivati točne, cjelovite i pravodobne informacije, poštujući pravo javnosti da bude upoznata o događajima, pojavama, osobama, predmetima ili djelatnostima, kao i druga pravila novinarskog zanimanja i etike (stavak 1.) kao i da su dužna poštovati privatnost, dostojanstvo, ugled i čast građana, a poglavito djece, mladeži i obitelji (stavak 2.). Ustavni sud je nadalje naveo:

“Sloboda izražavanja predstavlja jedan od bitnih temelja svakog demokratskog društva. Njena zaštita je od posebne važnosti kad se radi o tisku jer je zadaća tiska, pored ostaloga, objava informacija od javnog značenja. Međutim, sloboda objavljivanja informacija u tisku ograničena je zaštitom ugleda i prava drugih osoba. Stoga je važno utvrditi okolnosti u kojima državna tijela poduzimaju mjere koje bi mogle utjecati na djelovanje tiska u slučajevima koji su od legitimnog javnog interesa.

Sloboda izražavanja misli ne odnosi se samo na izražavanje i objavljivanje podataka i ideja koje imaju pozitivan stav, već i na objavljivanje informacija koje bi mogle imati negativan odjek u javnosti. Međutim, sloboda izražavanja nije apsolutna, već podliježe određenim ograničenjima, čak i u odnosu na napise u tisku, koji se tiču informacija od javnog interesa. Ustavno jamstvo slobodnog izražavanja sadrži obveze i odgovornosti, koje se odnose i na tisak. Te obveze i odgovornosti dolaze do izražaja i kad, kao u ovom predmetu, dođe do povređivanja ugleda državnog dužnosnika. Upravo radi postojanja tih obveza i odgovornosti od strane onih koji se koriste svojim pravom na slobodu izražavanja, tisak je prilikom iznošenja

²⁷ Zakon o javnom priopćavanju, Narodne novine, br. 83/96, 143/98 i 96/01.

informacija od javnog interesa dužan postupati u dobroj vjeri kako bi pružio vjerodostojne informacije u skladu s novinarskom etikom.

Pri ocjeni je li došlo do povrede slobode izražavanja potrebno je sagledati svaki pojedini slučaj u svjetlu svih okolnosti, uključujući sadržaj spornih navoda, kao i kontekst u kojemu su ti navodi izrečeni. Osobito je potrebno utvrditi jesu li mjere poduzete radi ograničenja slobode izražavanja razmjerne legitimnom cilju koji se tim ograničenjem želi postići. Zaštita državnih dužnosnika od uznemiravanja, međutim, mora uvažavati pravo i interes tiska na slobodno izvještavanje te mu omogućiti slobodno iznošenje informacija od javnog interesa.

Primjenjujući načelna stajališta na konkretan slučaj, Ustavni sud je ocijenio da je članak, zbog kojeg je prednik podnositelja obavezan platiti naknadu štete, po svom sadržaju takve naravi da je predstavljao napad na tužitelja, kao javnu osobu, osobito na njegov ugled te je zasigurno utjecao na povjerenje javnosti u njega, s obzirom na njegovu funkciju tadašnjeg potpredsjednika Vlade Republike Hrvatske. Odnosno da su sudovi pravilno ocijenili da je sporni članak sadržavao navode o ponašanju druge osobe (javne osobe), koji su naštetili ugledu te osobe, a da pritom prednik podnositelja nije udovoljio svojoj obvezi provjere informacija prije njihova objavljivanja. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatrao je da su mjere poduzete radi ograničenja slobode izražavanja prednika podnositelja ustavne tužbe bile potrebne i opravdane.

U odnosu na diskrecijsko pravo sudova pri odlučivanju o visini dosuđene naknade štete Ustavni sud izrazio je stajalište da se i odlukom suda o visini te naknade može narušiti načelo razmjernosti između težine miješanja sudova u slobodu izražavanja i važnosti interesa koji se ograničavanjem te slobode želi postići. No u konkretnom slučaju, visina naknade štete razmjerna je cilju - zaštitu ugleda druge osobe.

3.2. Medijsko praćenje kaznenih predmeta u kojima su optuženici visoki politički dužnosnici

Ustavnu tužbu Ive Sanadera, bivšeg premijera Republike Hrvatske, podnesenu u povodu kaznene presude kojom je proglašen krivim zbog počinjenja dvaju kaznenih djela iz kataloga kaznenih djela protiv službene dužnosti (zlouporabe položaja i ovlasti, i primanja mita) Ustavni sud je usvojio i odlukom U-III-4149/2014 od

24. srpnja 2015.²⁸ ukinuo osporene presude i predmet vratio na ponovni postupak nadležnom županijskom sudu. Riječ je o opsežnoj odluci Ustavnog suda, s puno aspekata ustavnog i konvencijskog prava. U dijelu odluke koji ovdje izdvajamo, Ustavni sud navodi:

“S druge strane, kad je riječ o medijskom praćenju kaznenih predmeta u kojima su optuženici visoki politički dužnosnici, Ustavni sud prvo podsjeća da je u demokratskom društvu neizbježno priopćavati informacije javnosti o ozbiljnim optužbama tijela kaznenog progona protiv dužnosnika za zlouporabu položaja i ovlasti ili za druga korupcijska kaznena djela protiv službene dužnosti.

Slučajevi Hypo i INA-MOL u javnosti su bili popraćeni snažnom medijskom kampanjom. S obzirom na to da je bila riječ o bivšem predsjedniku Vlade, nije bilo neuobičajeno to što je ta kampanja često bila vrlo pakosno i zlobno intonirana kad je riječ o osobi podnositelja, koliko god ona ujedno bila i dokaz nedosljednosti tih istih medija (koji su “do jučer” prema podnositelju imali posve drugačiji odnos). Ta kampanja nije prelazila granice dopuštene slobode izražavanja u demokratskom društvu zajamčene člankom 38. Ustava i člankom 10. Konvencije.”

Ustavni sud je, u odnosu na ovaj aspekt, ponovio ustaljeno stajalište ESLJP-a da članak 10. Konvencije ne jamči potpuno neograničenu slobodu izražavanja čak i kad je riječ o izvješćivanju o sadržajima od ozbiljnog javnog interesa o osobama u politici. Ta sloboda nosi sa sobom “dužnosti i odgovornosti”, koje vrijede i za medije. Međutim, kad je riječ o političarima, smatra se da je riječ o osobama koje se nužno i svjesno izlažu javnom mnijenju (predmet Europapress Holding d.o.o. protiv Hrvatske, presuda, 22. listopada 2009., zahtjev br. 25333/06, § 57.). U toj je presudi ESLJP-a navedeno i sljedeće:

“55. ... Sud je više puta naglasio ključnu ulogu tiskanih medija u demokratskom društvu. Istaknuo je da, iako tiskani mediji ne smiju prekoračiti određene granice, posebice s obzirom na ugled i prava drugih, njihova je dužnost priopćiti - na način koji je u skladu s njihovim obvezama i odgovornostima - informacije i ideje o svim pitanjima od javnoga interesa te ne samo da tiskani mediji imaju zadatak priopćavati takve informacije i ideje, već i javnost također ima pravo da ih dobije. Sloboda procjene državnih tijela stoga je ograničena interesom demokratskog društva da omogući tiskanim medijima njihovu ključnu ulogu “čuvara javnog interesa” (vidjeti Radio France i dru-

²⁸ Odluka je objavljena na www.usud.hr i u Narodnim novinama, br. 89/15.

gi protiv Francuske, br. 53984/00, § 33., ESLJP 2004-II, s dodatnim referencijama)."

Ustavni sud je ponovio stajališta ESLJP-a sadržana u presudi *G. C. P. protiv Rumunjske*: ako suđenje prati zlobna i pakosna medijska kampanja prema okrivljeniku odnosno optuženiku, odlučujuća neće biti njegova subjektivna bojazan o nedostatku nepristranosti koja se zahtijeva od sudova, koliko god ta bojazan bila razumljiva. Odlučujuće će biti pitanje: mogu li se strahovi podnositelja objektivno opravdati u konkretnim okolnostima.

Ustavni sud je u odluci istaknuo da su u slučajevima *Hypo* i *INA-MOL* kaznene optužbe protiv podnositelja utvrdili profesionalni suci, za koje je zbog profesionalnog obrazovanja i iskustva malo vjerojatno da mogu biti podložni utjecaju medijske kampanje koja se vodila protiv podnositelja. Naime, uzimajući u obzir stanje cjelokupnog sudskog spisa, kao i same presude koje su donijeli domaći sudovi, među kojima je riječ i o Vrhovnom sudu, najvišem sudu u državi, prema stajalištu Ustavnog suda, nema dokaza koji bi naznačili da su suci koji su ocjenjivali prigovore odnosno žalbene navode podnositelja te ispitivali kaznene optužbe i osnovanost predmeta bili pod utjecajem bilo kojeg članka objavljenog u tisku ili na internetskim portalima odnosno novinarskog komentara upućenog javnosti preko televizije i radija. Iz navedenih su razloga prigovori podnositelja vezani uz članak 28. Ustava i članak 6. stavak 2. Konvencije, u dijelu koji se odnosi na izjave državnih dužnosnika te novinara i, općenito, medijsku kampanju protiv podnositelja, ocijenjeni neosnovanima.

3.3. Sporna pasivna legitimacija – je li podnositelj nastupao kao fizička osoba ili (kao što je on tvrdio) kao predsjednik političke stranke

Ustavni sud je odlukom U-III-4946/2013 od 10. listopada 2017. usvojio ustavnu tužbu. Osporene presude donesene su u sudskom (parničnom) postupku u kojemu je predmet spora bio tužbeni zahtjev tužitelja (pravne osobe) za naknadu štete zbog toga što su podnositelji, Josip Anton Rupnik - prvotuženik u parničnom postupku, kao fizička osoba i predsjednik političke stranke koja djeluje pod nazivom Zelena stranka - Zelena alternativa, sada politička stranka Zeleni savez i drugotuženik - Zeleni savez, kao politička stranka, vrijeđali tužitelja tako što su putem dostupnih medija (izrečenim ili otvorenim

pismom pod nazivom "Otvoreno pismo Josipa Rupnika javnosti") iznosili neistine o tužitelju, zbog čega je tužitelju nastupila šteta. Pravomoćnom presudom naloženo je podnositeljima da tužitelju na ime naknade nematerijalne štete (zbog povrede časti i ugleda i povrede prava na slobodu privređivanja) isplate iznos od 20.000,00 kuna svaki ili ukupni iznos od 40.000,00 kuna. Također im je naloženo da po pravomoćnosti prvostupanjske presude istu u roku od 15 dana objave na internetskim portalima koji su navedeni u izreci prvostupanjske presude, kao i u tiskanim izdanjima dnevnih listova *Novi list*, *Glas Istre*, *Večernji list*, *Jutarnji list* i *Vjesnik*.

Tijekom parničnog postupka, a i u ustavnoj tužbi, podnositelji su tvrdili da su temeljni ciljevi djelovanja drugopodnositelja kao političke stranke očuvanje prirode i zaštita okoliša i ljudskog zdravlja. Priopćenje za javnost prvopodnositelj nije napisao u svoje ime kao pojedinac, već je riječ o priopćenju političke stranke koje je on, kao predsjednik te stranke, potpisao. Prema mišljenju podnositelja otvorena pisma i priopćenja za javnost uobičajeni su i dopušteni načini političkog djelovanja kojima političke stranke informiraju javnost o određenim problemima i svojem djelovanju. Podnositelji tvrde da su imali razloga vjerovati da tužitelj pri stjecanju nekretnina, izgradnji tvornice i počecima rada nije u cijelosti poštovao pozitivne propise Republike Hrvatske niti se brinuo za očuvanje okoliša na prostoru gdje započinje s radom. Također su tvrdili da je priopćenje usmjereno prije svega protiv županijske i općinske vlasti, a podredno i protiv tužitelja te da tvrdnje navedene u priopćenju nisu ni neistinite ni paušalne, a predstavljaju izraz političke borbe stranke Zeleni savez protiv nezakonitosti i onečišćenja okoliša. Podnositelji su smatrali da im je osporenim presudama povrijeđeno pravo na pravično suđenje (zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava) i pravo na slobodu izražavanja (zajamčeno člankom 38. stavcima 1. i 2. Ustava).

U odnosu na članak 38. stavke 1. i 2. Ustava, Ustavni sud je istaknuo da je pri ocjeni je li došlo do povrede slobode izražavanja potrebno sagledati svaki pojedini slučaj u svjetlu svih okolnosti, uključujući sadržaj spornih navoda, kao i kontekst u kojem su ti navodi izrečeni. Osobito je potrebno utvrditi jesu li mjere poduzete radi ograničenja slobode izražavanja razmjerne legitimnom cilju koji se tim ograničenjem želi postići.

Nakon provedenog parničnog postupka prvostupanjski sud je osporenim prvostupanjskom presudom usvojio tužbeni zahtjev tužitelja utvrdivši da je tužitelju, javnim istupima u medijima koje su prema

mišljenju suda poduzimali prvotuženik i drugotuženik, nastupila nematerijalna šteta.

“Obrazlažući neprihvatanje prigovora I. o promašenoj pasivnoj legitimaciji, prvostupanjski sud je u obrazloženju naveo kako “smatra da je prvotuženik sporna priopćenja za javnost pisao ne samo u svoje ime kao pojedinca - fizičke osobe već i u ime političke stranke”, ali da se “prvotuženik kao predsjednik političke stranke ne može ... u javnim istupima pozivati kada govori i kritizira treće osobe da to radi isključivo i samo u ime političke stranke”, odnosno da “u političkoj borbi na koju se poziva prvotuženik postoje određene granice, a prvotuženik koji je ovdje i predstavnik jedne političke opcije tu je granicu prešao onog momenta kada je za tužitelja izrekao neistinite tvrdnje”. Također u obrazloženju prvostupanjske presude ističe se stajalište da se “prvotuženik ne može skrivati i svoju osobnu odgovornost prebacivati na drugotuženika kao političku stranku prezentirajući sav svoj rad u konkretnom slučaju kao politički istup i političku borbu”.

Polazeći od mjerodavnih odredaba Zakona o političkim strankama²⁹ te nesporno utvrđenih činjenica u provedenom parničnom postupku “da je prvotuženik Josip Anton Rupnik predsjednik i jedina ovlaštena osoba za zastupanje drugotuženika Zelene stranke - Zelena alternativa”, te da je “drugotuženik ... politička stranka, a prvotuženik je njezin predsjednik”, odnosno da je “u svim javnim istupima tuženika sve što je pisano i objavljivano o tužitelju pisano ... na memorandumima drugotuženika uz pečat drugotuženika i potpis prvotuženika kao predsjednika stranke”, Ustavni sud je ocijenio da prvostupanjski sud obrazlažući razloge o neprihvatanju prigovora prvotuženika o promašenoj pasivnoj legitimaciji nije u obrazloženju osporene prvostupanjske presude naveo ozbiljne, relevantne i dostatne razloge za ocjenu njegovog stajališta o neosnovanosti prigovora promašene pasivne legitimacije u odnosu na prvotuženika. Ustavni sud je utvrdio da su podnositeljima zbog svih osobitih okolnosti konkretnog slučaja, osporenim presudama povrijeđena ustavna prava zajamčena člancima 29. stavkom 1. i 38. stavcima 1. i 2. Ustava.

3.4. Postupanje u dobroj vjeri na temelju dovoljno provjerenih informacija

Odlukom U-III-3166/2016 od 8. prosinca 2016. Ustavni sud je odbio ustavnu tužbu. Parnični postupak

koji je prethodio ustavnosudskom pokrenut je tužbom podnositelja, Stjepana Mesića, protiv tuženika Portal dnevno d.o.o. radi isplate zatraženog iznosa na ime naknade neimovinske štete sa zateznim kamatama zbog povrede prava osobnosti objavom članka na internet-skom portalu tuženika. Podnositelj je tužbu temeljio na tvrdnjama da su dana 17. veljače 2015. na internet-skom portalu www.dnevno.hr objavljene informacije o njemu, odnosno niz neistinitih tvrdnji, objavom članka pod naslovom “Cvitan mora optužiti Mesića - ili netko mora dignuti optužnicu protiv njega i Bajića”, autora Marcela Holjevca (u daljnjem tekstu: sporni članak), kojima ga se u široj javnosti prikazuje kao “kriminalca, odnosno osobu koja ne postupa u skladu sa zakonom i koja je sudionik koruptivnih radnji”, što je kod njega izazvalo jaku uznemirenost, napetost i nemir te pojačano stanje stresa.³⁰ Pravomoćnom presudom odbijen je tužbeni zahtjev podnositelja jer su sudovi utvrdili da je tuženik uspio dokazati postojanje pretpostavke za oslobođenje od odgovornosti za štetu propisanu člankom 21. stavkom 4. alinejom 3. Zakona o medijima³¹. Utvrđujući vjerodostojnost i provjerenu informaciju koje je autor spornog teksta iznio u članku, sud je ocijenio kako je isto dokazano sadržajem izjave za tisak finskog državnog odvjetništva, ali isto tako i sadržajem dostavljenog prijevoda presude finskog suda koju je tužitelj priložio u spis, odnosno da je riječ o iznošenju informacija koje su javno objavljene medijima u Finskoj te je autor članka obavljajući novinarski posao, imao pravo takvu informaciju prenijeti, budući da je tužitelj javna osoba te je objavljivanje takvih, provjerenih, informacija od javnog interesa i predstavlja ispunjenje novinarske uloge. Sud je ocijenio da je autor članka postupao u dobroj vjeri na temelju dovoljno provjerenih informacija. U ustavnoj tužbi podnositelj je tvrdio da su osporene odluke neobrazložene te da mu je povrijeđeno ustavno pravo

³⁰ U spornom članku objavljenom na stranicama internetskog portala www.dnevno.hr 17. veljače 2015. (izrijekom navedeno na str. 3 prvostupanjske presude), prvostupanjski sud utvrdio je da su u istom sadržani sljedeći sporni navodi:

“- da se u dokumentima koje je finski javni tužitelj Jukka Rappe poslao i novinarima portala tuženika “jasno navodi da je Stjepan Mesić primio mito od 630.000,00 eura od ljudi koji su za davanje mita upravo osuđeni”

- da su “u međuvremenu manageri Patriae Heikki Hulkkonen i Reijo Niittynen, koje optužnica izravno tereti da su preko austrijskih posrednika dali mito Stjepanu Mesiću i direktoru “Đure Đakovića” Bartolu Jerkoviću osuđeni na godinu i osam mjeseci zbog davanja mita za prodaju oklopnih vozila Hrvatskoj”

- da je “zajednička istraga nedvojbeno utvrdila da su Mesić i Jerković sudjelovali u kriminalnim aktivnostima”

³¹ Zakon o medijima, Narodne novine, br. 59/04, 84/11 i 81/13.

²⁹ Zakon o političkim strankama, Narodne novine, br. 76/93, 111/96, 164/98, 36/01 i 1/07.

na pravično suđenje. Prema ocjeni Ustavnog suda, u osporenim odlukama navedeni su jasni i valjano obrazloženi razlozi za neprihvatanje tužbenog zahtjeva podnositelja, a u primjeni i tumačenju mjerodavnog prava nije utvrđena arbitrarnost ili samovoljnost. Ustavni sud je ocijenio da podnositelju, u konkretnom slučaju, nije povrijeđeno ustavno pravo na pravično suđenje zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava.

3.5. Miješanje u slobodu izražavanja nužno u demokratskom društvu, uz izdvojeno mišljenje dvoje sudaca Ustavnog suda

Pozornost skrećemo na odluku Ustavnog suda, broj U-III-1298/2012 od 6. prosinca 2016., kojom je odbijena ustavna tužba Nevena Pavića iz Zadra, glavnog urednika "Narodnog lista" iz Zadra. Međutim, uz ovu odluku su dva suca Ustavnog suda priložila izdvojeno mišljenje. Suci Kušan i Abramović su istaknuli: "Na žalost, ne možemo se složiti s odlukom većine da u ovom predmetu ustavnu tužbu treba odbiti, jer smatramo da je odlukom sudova došlo do povrede podnositeljevog prava iz članka 38. Ustava odnosno članka 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (sloboda mišljenja i izražavanja misli), kao i do povrede podnositeljevog prava na pravično suđenje iz članka 29. Ustava."

Ustavna tužba podnesena je u povodu presuda kojima je djelomično usvojen tužbeni zahtjev tužiteljice Sanje Prosenice te je "Narodnom listu" d.d. Zadar i podnositelju naloženo da tužiteljici, solidarno, na ime naknade štete zbog povrede ugleda i časti, isplate iznos od 70.000,00 kn zajedno s pripadajućim zakonskim zateznim kamata te iznos od 12.849,00 kn za troškove parničnog postupka. Odbijen je dio tužbenog zahtjeva za iznos naknade štete od 130.000,00 kn te tužbeni zahtjev za objavu presude u "Narodnom listu" bez komentara.

Podnositelj je u ustavnoj tužbi naveo da mu je sudskim odlukama povrijeđeno ustavno pravo iz članka 38. stavaka 1. i 2. Ustava, i to stoga što se presude temelje na vrijednosnom sudu, prema stajalištu podnositelja, a koji je izražen u spornom članku prema kojem "tužiteljica 'vedri i oblači' u zemljišnoknjižnom odjelu Općinskog suda u Zadru", koji nije podoban za počinjenje klevete odnosno za nečije omalovažavanje i povredu ugleda i časti. Smatra da je takav stav u odnosu na javnog dužnosnika dopušten jer se isti ne može dokazati.

U ustavnosudskom postupku Ustavni sud je istaknuo da pri utvrđivanju povreda prava na slobodno izražavanje, to pravo uvijek treba dovesti u vezu s pravom na poštovanje privatnog i obiteljskog života iz članka 8. Konvencije. Ustavni sud je u konkretnom slučaju ocijenio relevantnima, *mutatis mutandis*, pravna stajališta ESLJP-a izražena u predmetima *Europa-press holding d.o.o. protiv Hrvatske* (presuda, 22. listopada 2009., zahtjev br. 25333/06) i *Axel Springer protiv Njemačke* (presuda, Veliko vijeće, 7. veljače 2012., zahtjev br. 39954/08).

Odgovarajući na posljednje pitanje u ustavnosudskoj provjeri, Ustavni sud morao je razmotriti je li prikupljanje informacija koje je "Narodni list" proveo prije objavljivanja spornih tvrdnji bilo provedeno u dobroj vjeri i je li bilo u skladu s uobičajenom novinarskom obavezom provjeravanja činjeničnih navoda. Što je navod ozbiljniji, činjenična osnova (vjerodostojnost) treba biti čvršća. Navodi spornog članka, kako je to istaknuo Ustavni sud u odluci, djeluju prilično ozbiljno. Tužiteljica je bila javno prikazana kao korumpirana te je navedeno da uzima novac za donošenje odgovarajućih odluka u zemljišnoknjižnim postupcima uz naznaku da je tužiteljica "kočijaškog temperamenta", što predstavlja ponašanje nedolično sudskog dužnosnika koje je vrijedno osude. Stoga su ti navodi zahtijevali ozbiljan postupak provjere, posebno s obzirom na to da su bili objavljeni u tiražnom dnevnom listu, koji je čitan na zadarskom području na kojem djeluje tužiteljica kao sutkinja Općinskog suda u Zadru. Ustavni sud je primijetio da ni podnositelj ni nakladnik nisu, ni u postupcima pred sudovima ni u postupku pred Ustavnim sudom, predložili dokaze za to da su novinari pokušali kontaktirati Općinski sud u Zadru. Podnositelj čak nije ni tvrdio da su novinari pokušali takvo što, premda bi to, prema mišljenju Ustavnog suda, bilo logično u konkretnim okolnostima. Umjesto toga, novinar "Narodnog lista" oslonio se samo na neproverene navode odvjetnika Petra Šale. U takvim okolnostima, Ustavni sud se složio s osporenim presudama sudova da podnositelj nije dostatno provjerio podatke prije njihova objavljivanja.

Ustavni sud je istaknuo da je svjestan da je uloga novinara upravo obavijestiti i upozoriti javnost o društvenim pojavama čim dobiju odgovarajuće podatke te okolnosti da su vijesti "prolazna roba" i da ih se odgađanjem njihova objavljivanja, čak i za kratko razdoblje, može lako lišiti njihove vrijednosti i zanimljivosti. Međutim, ako je podnositelj kao glavni urednik "Narodnog lista", koristeći svoju uredničku slobodu odlučiva-

nja, s obzirom na vremenska ograničenja i sredstva raspoloživa za provjeru podataka, odlučio objaviti spornu informaciju, a da nije na odgovarajući način provjerio njezinu istinitost, trebao je, prema stajalištu Ustavnog suda, odabrati oprezniji pristup. Pri ocjenjivanju nužnosti miješanja također je važno razmotriti način na koji su sudovi rješavali slučaj, a posebice jesu li primijenili standarde koji su u skladu s načelima članka 10. Konvencije. Ustavni sud je ocijenio da presude sudova pokazuju da su oni u potpunosti prepoznali da ovaj predmet uključuje sukob između prava na priopćavanje informacija i prava na zaštitu ugleda ili prava drugih, a taj su sukob rješavali vaganjem relevantnih čimbenika. Uzimajući u obzir naprijed navedeno, Ustavni sud je zaključio da su obrazloženja koja su sudovi dali pri izricanju naloga podnositelju da nadoknadi štetu tužiteljici relevantni i dostatni u svjetlu okolnosti konkretnog slučaja. U konkretnom slučaju, tužiteljica obnaša dužnost sutkinje, čiji rad ima temeljnu ulogu u državi vladavine prava. Ustavni sud istaknuo je da zbog takve uloge, rad sudova treba uživati povjerenje javnosti i mora se štititi od neutemeljenih napada.³² Ustavni sud je posebno napomenuo da sudovi, kao i ostale institucije, nisu imuni na kritiku i kontrolu, no ta kritika nikada ne smije prijeći određene granice, a osobito treba jasno razlikovati kritiku i klevetu, o čemu, prema ocjeni Ustavnog suda, podnositelj nije vodio računa kad je objavio sporni članak. Ustavni sud smatra kako su obrazloženja koja su domaći sudovi dali za svoje odluke bila "relevantna i dostatna" te da naknada štete koju je podnositelj obavezan platiti nije nerazmjerna legitimnom cilju koji se htio postići. Stoga je, prema ocjeni Ustavnog suda, miješanje u slobodu izražavanja podnositelja bilo "nužno u demokratskom društvu" te nije došlo do povrede prava iz članka 10. Konvencije i članka 38. Ustava.

Suci Kušan i Abramović, u izdvojenom mišljenju uz odluku navode da je nesporno da presuda kojom se podnositelju nalaže isplatiti tužiteljici naknadu štete od 70.000 kuna predstavlja miješanje u njegovo pravo na slobodu izražavanja, da je to miješanje propisano zakonom te da ima legitimni cilj zaštite ugleda i prava drugih. Međutim, za razliku od većine sudaca, smatraju da takvo miješanje nije bilo nužno u demokratskom društvu. Ističu da se u osporavanoj presudi navodi da nikakva provjera istinitosti objavljenih informacija nije obavljena, iako su svi dokazni prijedlozi podnositelja na tu okolnost odbijeni (bez obrazloženja zašto je

saslušavanje većine predloženih svjedoka suvišno), osim jednog koji je prihvaćen (saslušanje svjedoka P. Š. koji je podnio kaznenu prijavu o kojoj govori sporni tekst), ali je podnositelju naloženo da plati predujam za dolazak tog svjedoka u iznosu od 1.873,00 kune, koji predujam je određen prema odvjetničkoj tarifi. S obzirom na to da veći dio spornog teksta predstavlja iznošenje činjenica, a samo u manjem dijelu vrijednosnih sudova, podnositelj je, prema mišljenju sudaca Kušana i Abramovića, imao pravo dokazivati istinitost svojih činjeničnih navoda. Oni smatraju da je podnositelju opisanim postupanjem sudova to pravo uskraćeno, pa se osporena presuda ne temelji na dokaznom postupku koji bi bio pravično proveden. Oni navode da prema odredbi članka 21. stavka 1. Zakona o medijima (Narodne novine, br. 59/04) principijelno za štetu počinjenu objavom informacije odgovara nakladnik medija u kojem je informacija objavljena. Egzoneracijski razlog je, među ostalim, i ako je informacija objavljena unutar autoriziranog intervjua, kako se navodi u članku 21. stavku 4. točke 2. navedenog Zakona. Prema odredbi članka 7. stavka 1. Zakona o medijima, ako je informacija autorizirana, a pojedini dijelovi sadrže očigledne uvrede ili klevete, autorizacija ne isključuje i solidarnu odgovornost nakladnika i glavnog urednika, ako nisu postupali u dobroj vjeri. Iz navedenih odredaba Zakona o medijima jasno proizlazi da glavni urednik odgovara za štetu nastalu objavljenom informacijom jedino ako je informacija objavljena unutar autoriziranog intervjua, zajedno s izvorom informacije kao primarno odgovornim za štetu, te s nakladnikom, a sve pod uvjetom da objavljena informacija sadrži očigledne uvrede ili klevete. U konkretnom slučaju, prema izdvojenom mišljenju sudaca, sud nije utvrdio je li informacija koja je objavljena dio autoriziranog intervjua ili ne, pa time nisu ispunjeni zakonski uvjeti da se glavnog urednika obveže na naknadu štete. U tom je smislu teret dokaza činjenice autorizacije informacije - u odnosu na tužbu protiv glavnog urednika - bio na tužitelju, a ne na tuženiku, pa je sud pogrešno na plaćanje predujma za pristup svjedoka P. Š. pozvao tuženika, podnositelja ustavne tužbe. Suci su uzeli u obzir odredbu članka 200. stavak 2. Zakona o obveznim odnosima³³ (dalje u tekstu: ZOO), prema kojoj će prilikom odlučivanja o zahtjevu za naknadu nematerijalne štete te o visini njezine naknade sud voditi računa i o cilju kome služi ta naknada, ali i o tome da se njome

³² Vidi: presuda *Prager i Oberschlick protiv Austrije*, vijeće, 26. travnja 1995., zahtjev br. 15974/90.

³³ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 53/91, 73/91, 3/94, 7/96 i 112/99.

ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom prirodom i društvenom svrhom. Ističu da pozivanje na odgovornost glavnog urednika kao podrednog obveznika naknade štete bez istodobnog pozivanja na odgovornost izvora autorizirane informacije upućuje na penalni motiv takvog zahtjeva, što se protivi navedenoj odredbi ZOO-a (dok, kako je gore objašnjeno, ako informacija nije autorizirana, odgovornost glavnog urednika uopće ne dolazi u obzir). Smatraju da je sud olako konstatirao da, iako je objavljen demanti, to nije moglo znatnije promijeniti mišljenje okoline o tužiteljici, što je protivno odredbi članka 22. stavka 1. Zakona o medijima, prema kojoj se nematerijalna šteta u pravilu naknađuje objavom ispravka informacije i isprikom nakladnika. Također je, prema njihovu mišljenju, pogrešno odbijen zahtjev tužitelja za objavu presude kao navodno na zakonu ne-utemeljen, premda isti ima uporište u odredbi članka 199. ZOO-a, te iako bi objava presude dodatno popravila tužitelju nastalu štetu. Zaključno su u izdvojenom mišljenju naveli da su redovni sudovi o visini naknade štete odlučili prema slobodnoj ocjeni i pritom nisu proveli test razmjernosti odnosno nisu dali relevantna i dostatna obrazloženja zašto bi dosuđena naknada štete u konkretnom slučaju bila razmjerna legitimnom cilju koji se njome želio postići. Dosuđena naknada štete u ovom slučaju, s obzirom na sve okolnosti, prema mišljenju sudaca Kušana i Abramovića, nije razmjerna legitimnom cilju koji se htio postići. Tu naknadu smatraju posebno nerazmjernom (visokom) imajući u vidu (znatno manje) naknade koje se u ovakvim predmetima dosuđuju osobama koje ne sudjeluju u vlasti ili javnom životu ili pak naknadama koje se dosuđuju za druge vrste štete.

3.6. Nepostupanje u dobroj vjeri – prikazivanje nepotpunih informacija u cilju diskreditiranja suca

Trgovačko društvo Europapress holding d.o.o. podnijelo je ustavnu tužbu u povodu presuda kojima mu je naloženo platiti tužitelju iznos od 100.000 kn na ime naknade štete. Predmet spora bio je zahtjev tužitelja za naknadu nematerijalne štete u vidu duševnih boli zbog povrede prava osobnosti koja mu je uzrokovana objavom članka u Jutarnjem listu pod naslovom "Sudac Vrhovnog suda izdao lažni dokument" od 3. studenoga 2008. i pod naslovom "Miroslav Šovanj - sudac ilegalno u gradskom stanu" od 23. studenoga 2008., oba članka

autora Drage Hedla. U odnosu na osnovanost zahtjeva za naknadu štete za članak pod naslovom "Miroslav Šovanj - sudac ilegalno u gradskom stanu" prvostupanjski sud je utvrdio da su ispunjene pretpostavke za oslobođenje podnositelja od odgovornosti na temelju članka 21. stavka 4. Zakona o medijima budući da su informacije vezane uz navedeni članak pribavljene od nadležnih državnih institucija i autor članka je poduzeo sve potrebne mjere za provjeru njihove točnosti te su informacije bile točne. Međutim, iz analize naslova, podnaslova i sadržaja drugog članka sudovi su zaključili da isti sadrži uvredljive informacije iz kojih se kod čitatelja može stvoriti logičan zaključak o moralnoj kvaliteti tužitelja te da iste nisu iznesene u javnosti u dobroj vjeri odnosno da u konkretnom slučaju novinar nije postupao kao osoba dobrih namjera. Sudovi su utvrdili da je tužitelj, kao tadašnji sudac Općinskog suda u Vukovaru, na temelju Zakona o dokazivanju stečene školske spreme³⁴, donio rješenje o priznavanju srednje stručne spreme K. S. i da je autor članka, prije njegove objave, imao na raspolaganju cjelokupni sudski spis u kojem su postojali dokazi o provedenom postupku. Ocijenili su stoga da su javnosti morale biti prezentirane i potpune i istinite informacije o tome da je tužitelj proveo zakoniti postupak i donio zakonito rješenje.

Pri određivanju visine naknade štete sudovi su imali u vidu "da je objavljenom informacijom teško povrijeđen ugled, čast, dostojanstvo i profesionalni ugled tužitelja kao suca s trideset godišnjim radnim iskustvom u pravosuđu, da su objavljene informacije prenošene i komentirane putem interneta te da je u sklopu sporog članka objavljena i fotografija tužitelja".

Podnositelj je u ustavnoj tužbi isticao da su mu sudskim odlukama povrijeđena ustavna prava zajamčena člankom 38. stavcima 1. i 2. Ustava, kao i članak 10. Konvencije. Prema stajalištu Ustavnog suda Ustavom zajamčena sloboda mišljenja i izražavanja misli, koja u sebi sadrži i slobodu tiska, nema značenje apsolutne slobode, već je podložna ograničenjima propisanim Ustavom i zakonom. Ustavno jamstvo slobodnog izražavanja sadrži obveze i odgovornosti koje se odnose i na tisak. Upravo zbog postojanja tih obveza i odgovornosti od strane onih koji se koriste svojim pravom na slobodu izražavanja, tisak je prilikom iznošenja informacija od javnog interesa dužan postupati u dobroj vjeri kako bi pružio vjerodostojne informacije u skladu s novinarskom etikom. Pri ocjeni je li došlo do povrede

³⁴ Zakon o dokazivanju stečene školske spreme, Narodne novine, br. 27/76.

slobode izražavanja potrebno je sagledati svaki pojedini slučaj u svjetlu svih okolnosti, uključujući sadržaj spornih navoda, kao i kontekst u kojemu su ti navodi izrečeni. Osobito je potrebno utvrditi jesu li mjere poduzete radi ograničenja slobode izražavanja razmjerne legitimnom cilju koji se tim ograničenjem želi postići.

Odlukom U-III-2886/2011 od 1. lipnja 2016., kojom je odbio ustavnu tužbu, Ustavni sud je ocijenio da u konkretnom slučaju sloboda izražavanja misli i sloboda mišljenja podnositelja nisu povrijeđene. Ustavni sud ocijenio je da su sudovi valjano obrazložili svoje stajalište da su u konkretnom slučaju trebale biti objavljene (i) istinite informacije da je tužitelj proveo zakoniti postupak i donio rješenje o priznavanju stručne spreme na temelju zakona, a što podnositelj nije učinio, čime je javnosti prikazao nepotpune informacije s ciljem diskreditiranja tužitelja kao osobe i kao suca.

3.7. Imunitet neodgovornosti članova predstavničkog tijela za izgovorene riječi na sjednici gradske skupštine (a ne sloboda izražavanja)

Kao primjer koji je interesantan da bi se ukazalo na širinu i razne aspekte ove teme, kao i mnogobrojne poglede na pitanje slobode izražavanja, navodimo ustavnosudski pogled na temu iz odluke Ustavnog suda U-III-2398/2013 od 30. ožujka 2016., kojom je usvojena ustavna tužba. Podnositelj je osuđen za klevetu zbog toga što je: "dana 20. travnja 2011. g. u Zagrebu, na sjednici Gradske skupštine Grada Zagreba, kao gradski zastupnik Socijaldemokratske partije Hrvatske, postavljajući pitanja gradonačelniku Grada Zagreba Milanu Bandiću, znajući da je gradonačelnik Grada Zagreba neosuđivana osoba rekao: "znakovi vremena govore da trebate otići što prije, ja Vas nisam pitao koliko ste se nakrali u zadnjih 10 godina ili kako Vas kao vjernika nije strah, zakona Vas nije strah, kako Vas nije strah Svevišnjeg da toliko kradete, ja sam Vas pitao kada će se građani moći prošetati pješačkim prolazom od Trga Petra Preradovića do Gundulićeve, ništa drugo Vas nisam pitao". Podnositelju je za to izrečena opomena od predsjednika Gradske skupštine Grada Zagreba, a što su građani mogli pratiti u izravnom prijenosu putem interneta na stranici zagreb.hr. i što su u cijelosti prenijeli Dnevnik HTV-a i tiskani mediji."

U prvostupanjskoj presudi izraženo je stajalište da se inkriminirani podnositeljevi navodi ne mogu podvesti "pod navode koji su izrečeni u obavljanju službene dužnosti, političke ili druge javne ili društvene djelatnosti, da bi se eventualno govorilo o razlogu za isključenje protupravnosti, a zbog svega što je već prethodno obrazloženo, jer se ovakvim riječima ne brani nikakav društveni interes, niti se isti štiti, a niti se rješavaju eventualni problemi". Slično tome, u drugostupanjskoj presudi izraženo je stajalište da u podnositeljevu slučaju ne postoji "niti jedan razlog za isključenje protupravnosti sadržan u čl. 203. Kaznenog zakona³⁵ (dalje u tekstu: KZ), a da je ponašanje prvookrivljenika, odnosno riječi koje je uputio drugookrivljeniku, imalo cilj samo naškoditi časti i ugledu drugookrivljenika (l privatnog tužitelja)". Vezano uz navedeno, Ustavni sud je naglasio da članak 203. KZ-a propisuje da kaznenog djela nema, među ostalim, "kad se radi o ... klevetničkom sadržaju iz članka 200. stavka 1. i 2. ... koji je ostvaren ili učinjen dostupnim drugima ... u obavljanju ... političke ... djelatnosti ... osim ako iz načina izražavanja i drugih okolnosti jasno proizlazi da se radi o ponašanju koje je imalo cilj samo škoditi nečijoj časti ili ugledu". Iz navedenoga proizlazi da se citirani razlog isključenja protupravnosti odnosi na političku djelatnost u najširem smislu riječi, to jest neovisno o tome vrši li se ta djelatnost u radu dotičnog predstavničkog tijela ili ne. Kada je riječ o političkoj djelatnosti članova predstavničkog tijela lokalne i područne (regionalne) samouprave, član takvog predstavničkog tijela nije, prema članku 3. stavku 3. Zakona o izboru članova predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave³⁶ (važećem u vrijeme inkriminiranog događaja: 20. travnja 2011.), mogao "biti pozvan na kaznenu i prekršajnu odgovornost za izgovorene riječi, niti za glasovanje u radu predstavničkog tijela". Riječ je o takozvanom imunitetu neodgovornosti članova predstavničkog tijela. Od 29. prosinca 2012. (dakle, nakon inkriminiranog događaja) taj imunitet nije više uređen prethodno citiranom odredbom, nego odredbom članka 30. stavka 2. Zakona o lokalnim izborima³⁷, na način da član takvog predstavničkog ti-

³⁵ Kazneni zakon, Narodne novine, br. 110/97, 27/98 - ispravak, 50/00 - odluka USRH, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03 - odluka USRH, 105/04, 84/05 - ispravak, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11, 77/11 - odluka USRH, 143/12.

³⁶ Zakon o izboru članova predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne samouprave, Narodne novine, br. 33/01, 10/02, 155/02, 45/03, 43/04, 40/05, 44/05, 44/06, 109/07 i 24/11.

³⁷ Zakon o lokalnim izborima, Narodne novine, br. 144/12.

jela "ne može biti kazneno gonjen niti odgovoran na bilo koji drugi način, zbog glasovanja, izjava ili iznesenih mišljenja i stavova na sjednicama predstavničkog tijela". Za razliku od prethodno spominjanog razloga isključenja protupravnosti iz KZ-a iz 1997. godine, koji se odnosi na političku djelatnost u najširem smislu riječi, imunitet neodgovornosti tiče se samo djelatnosti u dotičnom predstavničkom tijelu. U članku 3. stavku 3. Zakona o izboru članova predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave (važećem u vrijeme inkriminiranog događaja) taj se imunitet, među ostalim, odnosi na "kaznenu ... odgovornost za izgovorene riječi ... u radu predstavničkog tijela", a u članku 30. stavku 2. Zakona o lokalnim izborima (važećem nakon inkriminiranog događaja) tiče se "izjava ... iznesenih mišljenja i stavova na sjednicama predstavničkog tijela".

Ustavni sud ocijenio je da je članak 3. stavak 3. Zakona o izboru članova predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave u prvostupanjskoj i drugostupanjskoj presudi proizvoljno tumačen i primijenjen. Prije svega, nedvojbeno je da je tom odredbom uspostavljen imunitet neodgovornosti članova predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave "za izgovorene riječi ... u radu predstavničkog tijela". U tom je smislu bespredmetna činjenica nepostojanja ovlaštenika na oduzimanje imuniteta članovima tih predstavničkih tijela, a što kao problem ističe prvostupanjski sud. Ustavni sud ocijenio je proizvoljnim stajalište prvostupanjskog suda da riječi izrečene na aktualnom satu "nisu izrečene u radu Skupštine". Aktualni sat, prema ocjeni Ustavnog suda, jedna je od aktivnosti Skupštine koja predstavlja njezin rad. Isto je tako arbitrarno i stajalište iz drugostupanjske presude da nije riječ "o izraženom stavu, mišljenju ili diskusiji u radu Gradske skupštine" jer se podnositelj "izričito obratio drugookrivljeniku Milanu Bandiću govoreći mu da se, među ostalim, nakrao u zadnjih 10 godina i kako ga nije strah Svevišnjeg da toliko krade". Naime, članak 3. stavak 3. Zakona o izboru članova predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave uspostavlja imunitet neodgovornosti za, među ostalim, izgovorenu riječ u radu predstavničkog tijela, kao što nakon njega članak 30. stavak 2. Zakona o lokalnim izborima propisuje taj imunitet za, među ostalim, izjave na sjednicama tih predstavničkih tijela.

Ustavni sud utvrdio je povredu članka 29. stavka 1. Ustava. U konkretnom slučaju Ustavni sud nije se bavio

slobodom izražavanja, to podnositelj u ustavnoj tužbi nije ni isticao kao povredu. Ustavni sud ispitivao je jesu li učinci sudske interpretacije mjerodavnih zakona o imunitetu neodgovornosti članova predstavničkog tijela suglasni s Ustavom, odnosno jesu li sudovi postupali arbitrarno.

3.8. Omalovažavanje i nepoštovanje dostojanstva drugog – uvreda

Odlukom U-III-3946/2011 od 11. prosinca 2014. Ustavni sud je odbio ustavnu tužbu. Prvostupanjski sud je, nakon provedenog postupka, utvrdio da je podnositelj u svojem izlaganju, kao sudionik okruglog stola u organizaciji Nacionalnog foruma za prostor, na javnom skupu, pred većim brojem osoba, svjestan uvredljivog sadržaja svoje izjave, za privatnog tužitelja izjavio da je "pravi pravcati žohar" i time ga omalovažio, dakle drugoga uvrijedio na javnom skupu, zbog čega je uvreda postala pristupačna većem broju osoba. Stoga je proglasio podnositelja krivim za počinjenje kaznenog djela uvrede iz članka 199. stavka 2. KZ-a i kaznio ga novčanom kaznom. Istom je presudom podnositelj oslobođen optužbi za počinjenje kaznenog djela klevete jer sud nije našao dokazanim da bi podnositelj objavom spornog članka na svojim internetskim stranicama bio svjestan klevetničkog sadržaja svojih navoda i time počinio kvalificirani oblik klevete iz članka 200. stavka 2. KZ-a. S obzirom na navode ustavne tužbe, Ustavni sud je ustavnu tužbu podnositelja razmatrao s aspekta eventualne povrede ustavnih prava podnositelja zajamčenih člancima 29. stavkom 1. i 38. stavcima 1. i 2. Ustava. Ustavni sud je napomenuo da Ustavom zajamčena sloboda mišljenja i izražavanja misli, koja u sebi sadrži i slobodu govora i javnog nastupa, nema značenje apsolutne slobode, već je podložna ograničenjima propisanim Ustavom i zakonom. Ustavno jamstvo slobodnog izražavanja sadrži obveze i odgovornosti koje se odnose i na javni nastup. Pri ocjeni je li došlo do povrede slobode izražavanja potrebno je sagledati svaki pojedini slučaj u svjetlu svih okolnosti, uključujući sadržaj spornih navoda, kao i kontekst u kojemu su ti navodi izrečeni. Osobito je potrebno utvrditi jesu li mjere poduzete radi ograničenja slobode izražavanja razmjerne legitimnom cilju koji se tim ograničenjem želi postići.

U konkretnom slučaju, sloboda izražavanja misli i sloboda mišljenja podnositelja, prema ocjeni Ustavnog suda, nisu povrijeđene. Naime, podnositelj je u

kaznenom postupku oslobođen optužbi za počinjenje dvaju kaznenih djela klevete, počinjenih na način da je na internetu objavio članak pod nazivom "Croatia spells conflict of interest", što u prijevodu znači "Hrvatska nagovještava sukob interesa". Dakle, podnositelj je napisao i putem široko dostupnog medija objavio članak u kojem je izrazio svoje mišljenje, kojim je javnosti ukazao na mogućnost da je tadašnji načelnik općine u mogućem sukobu interesa u postupku odlučivanja o prodaji zemljišta i izgradnji golf terena u Istri. U vezi s navedenim člankom sud je podnositelja oslobodio optužbe, te je objavljeni članak nastavio posve slobodno i na svakome dostupan način egzistirati u medijskom prostoru te je time ispunio svoju svrhu i cilj. Ustavni sud je prihvatio stajališta nadležnih sudova u odnosu na osuđujući dio presude, kojim je podnositelj oglašen krivim za kazneno djelo uvrede, da sporna izjava koju je podnositelj dao u okviru svojeg javnog izlaganja ne predstavlja vrijednosni sud, koji se temelji na utvrđenim i stvarnim činjenicama, već sadrži verbalno izražavanje koje ima obilježja uvrede, a koje je učinjeno subjektivnim i pristranim shvaćanjem autora teksta. U konkretnom slučaju, tužitelj je u inkriminiranom razdoblju bio općinski načelnik Općine Motovun, dakle javna osoba. Ustavni sud je napomenuo da javne i političke osobe nisu imune na kritiku i kontrolu, no ta kritika nikada ne smije prijeći određene granice, a osobito treba jasno razlikovati kritiku i uvredu, o čemu, prema ocjeni Ustavnog suda, podnositelj nije vodio računa kad je za privatnog tužitelja izjavio da je "pravi pravcati žohar". Neovisno o kontekstu u kojem je takva izjava dana, prema ocjeni Ustavnog suda, ona predstavlja omalovažavanje i nepoštovanje dostojanstva drugog te predstavlja negativni vrijednosni sud o drugoj osobi, a što sve čini obilježje kaznenog djela uvrede. Ustavni sud je ocijenio da podnositelju osporenim odlukama nisu povrijeđena prava iz članka 38. stavaka 1. i 2. Ustava.

3.9. Povreda presumpcije nedužnosti

Ističemo ovdje i odluku Ustavnog suda U-III-2095/2010 od 21. veljače 2012., u kojoj je Ustavni sud utvrdio da je podnositelju, višekratnim izjavama najviših dužnosnika Republike Hrvatske objavljenima u medijima od 17. do 22. lipnja 2007., povrijeđeno jamstvo pretpostavke nedužnosti zajamčeno člankom 28. Ustava. Riječ je bila o kaznenom postupku koji je u javnosti nazvan "afera M". Ustavni sud je u ovoj odluci podsjetio

na presudu *Peša protiv Hrvatske*³⁸, u kojoj je ESLJP utvrdio da je došlo do povrede prava podnositelja zahtjeva da ga se smatra nevinim (članak 6. stavak 2. Konvencije), a riječ je bila o istom kaznenom postupku koji je bio i predmet konkretnog ustavnosudskog postupka. ESLJP se u odnosu na povredu pretpostavke nedužnosti u obrazloženju navedene presude pozvao na svoju dotadašnju praksu, u općim načelima ponavljajući da je predmnjeva nevinosti upisana u članku 6. stavku 2. jedan od elemenata poštenog kaznenog suđenja koje se traži u stavku 1. U svom relevantnom aspektu članak 6. stavak 2. ima za cilj spriječiti podrivanje poštenog suđenja izjavama koje prejudiciraju, a dane su u bliskoj vezi s postupkom. Njime se zabranjuje preuranjeno izražavanje od strane samoga suda mišljenja da je osoba "optužena za kazneno djelo" kriva prije nego joj je to dokazano prema zakonu, ali također obuhvaća i izjave državnih dužnosnika koje ohrabruju javnost da vjeruje da je osumnjičenik kriv i prejudiciraju ocjenu činjenica od strane nadležne sudbene vlasti. Sloboda izražavanja, prema stajalištu ESLJP-a, uključuje slobodu primati i davati informacije. Stoga članak 6. stavak 2. ne može spriječiti vlasti da informiraju javnost o kaznenim istragama koje su u tijeku, ali traži da to čine uz svu potrebnu diskreciju i oprez, ako će biti poštivana predmnjeva nevinosti. ESLJP je ponovio da treba učiniti temeljno razlikovanje između izjave da je netko tek osumnjičen za počinjenje kaznenog djela i jasne izjave, dok nema pravomoćne osude, da je pojedinac počinio kazneno djelo o kojemu je riječ. ESLJP je dosljedno naglašavao važnost biranja riječi od strane javnih dužnosnika u njihovim izjavama prije nego je nekoj osobi suđeno i ona utvrđena krivom za neko određeno kazneno djelo. Isto je tako naglasio važnost poštivanja predmnjeve nevinosti tijekom tiskovne konferencije od strane državnih dužnosnika. Ipak, ESLJP je istaknuo da predstavlja li neka izjava javnog dužnosnika povredu načela predmnjeve nevinosti mora bit utvrđeno u kontekstu konkretnih okolnosti u kojima je dana pobijana izjava. U svakom slučaju, izražena mišljenja ne mogu predstavljati izjave od strane javnog dužnosnika o tome da je podnositelj zahtjeva kriv, što bi ohrabrilo javnost da vjeruje da je on ili ona kriv i prejudiciralo ocjenu činjenica od strane nadležne sudbene.

Utvrđenja ESLJP-a iz navedene presude Ustavni sud je ocijenio primjenjivima i na konkretan slučaj. Izjavama visokih državnih dužnosnika u odnosu na podnositelja

³⁸ Presuda *Peša protiv Hrvatske* od 8. travnja 2010., zahtjev br. 40523/08.

ustavne tužbe narušeno je načelo pravičnog postupka u predmetu, te je "potkopano povjerenje javnosti u pravosuđe" (v. Europski sud u predmetu *Times Newspaper*, § 63.). Ustavni sud je ocijenio da nespominjanje imena podnositelja ustavne tužbe nipošto ne znači da javnosti ne bi bio poznat njegov identitet, tim više što se u javnim medijima opširno pisalo o njegovu uhićenju pod sumnjom da je pomagao ostalim osumnjičenicima u aferi "M.". Ustavni sud je ocijenio da su sporne izjave visokih državnih dužnosnika, objavljene 18. lipnja 2007., jasno implicirale navodne kaznene aktivnosti svih sudionika u okviru njihove kriminalne organizacije, pa prema tome i podnositelja ustavne tužbe. Time je, prema ocjeni Ustavnog suda, nedvojbeno ukazano na njegovu krivnju u postupku koji je tek započeo. To je objektivno moglo utjecati na tijela kaznenog postupka i javnost da u podnositeljevu krivnju vjeruju i prije nego što je dokazana u skladu sa zakonom. Ustavni sud je bio mišljenja da su navedenim izjavama, u svojem uobičajenom kontekstu, navedeni visoki dužnosnici Republike Hrvatske utjecali na nepristranost tijela kaznenog postupka prema podnositelju te da je podnositelju povrijeđeno jamstvo pretpostavke nedužnosti iz članka 28. Ustava i članka 6. stavka 2. Konvencije.³⁹

³⁹ Vidi i odluke Ustavnog suda: U-III-2026/2010 od 30. lipnja 2011. i U-III-1362/2017 od 10. siječnja 2018.

4. ZAKLJUČNO

Iz prikazane prakse razvidno je da ESLJP i Ustavni sud opravdanost miješanja u pravo na slobodu izražavanja ispituju tzv. testom nužnosti u demokratskom društvu. Ako je mjera (primjerice kaznena osuda ili obveza naknađivanja štete) kojom se država miješa u pravo na slobodu izražavanja utemeljena na zakonu i teži legitimnom cilju, ona će biti nužna u demokratskom društvu ako je poduzeta "radi interesa državne sigurnosti, teritorijalne cjelovitosti ili javnog reda i mira, radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala, radi zaštite ugleda ili prava drugih, radi sprečavanja odavanja povjerljivih informacija ili radi očuvanja autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti". Kada je riječ o slobodi tiska, koji ima dužnost pripćiti informacije i ideje javnosti o svim pitanjima od javnog interesa, "sloboda procjene državnih tijela ograničena (je) interesom demokratskog društva da omogući tiskanim medijima njihovu ključnu ulogu" "čuvara javnog interesa".⁴⁰ Javne osobe, kao ni suci, nisu i ne trebaju biti imuni na javnu kritiku i kontrolu, no ona ne smije prijeći određene granice, koje se postavljaju i sudskom praksom, kako u kaznenoj tako i u građanskoj sferi.

⁴⁰ Odluka U-III-1298/2012 od 6. prosinca 2016.

Summary

ARTICLE 10 OF THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS IN RELATION TO REPORTING ON CONTENT OF SERIOUS PUBLIC INTEREST REGARDING THE PARTICIPANTS OF PUBLIC SOCIAL AND POLITICAL SPHERES

Freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas are aspects of the rights held in Article 10 paragraph 1 of the Convention. Freedom of expression is also guaranteed by Article 38 of the Constitution of the Republic of Croatia. The authors examine the significance of protecting these rights and analyse the relation between these aspects and certain other constitutional and Convention rights. Furthermore it is pointed to the development of the viewpoints of the European Court of Human Rights as well as the influence of these viewpoints on the interpretative role of the Constitutional Court in the field of human rights. The practice of these courts serves as a guide light for the national legal system, which in accordance with a particularly accelerated development of these life areas, is developing towards a modern European legal thought and the protection of human rights and fundamental freedoms. The work follows and compares the interpretation of the contents of the aspects of this legal and life area and points and stresses to for this area significant judicature of both the Constitutional Court and European Court of Human rights. The paper analyses this protection of human rights in relation to reporting on content of serious public interest regarding the participants of public social and political spheres and points to the difficulties which the courts encounter in deciding on protecting interests and managing procedures in this area.

Keywords: freedom to hold opinions, freedom to impart information and ideas, freedom to receive information and ideas, public interest, freedom of expression, politicians, social and political spheres, Constitution, Convention, qualified convention law.