PRAVNI FAKULTET
SVEUČILIŠTE U SPLITU

ZBORNIK RADOVA IX. MEĐUNARODNOG SAVJETOVANJA

„AKTUALNOSTI GRAĐANSKOG PROCESNOG PRAVA – NACIONALNA I USPOREDNA PRAVNOTEORIJSKA I PRAKTIČNA DOSTIGNUĆA“

5. i 6. listopada 2023. godine

Zbornik radova IX. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“

Nakladnik
Sveučilište u Splitu
Pravni fakultet
Domovinskog rata 8
21000 Split

Katedra za građansko procesno pravo
Zavod za istraživanje građanskih sudskih postupaka i suradnju s pravosuđem
Zavod za suradnju s gospodarstvom i ustanovama

Zbornik radova međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“ referira se u HeinOnline bazi.

CIP - Katalogizacija u publikaciji
S V E U Č I L I Š N A K N J I Ž N I C A
U S P L I T U

UDK 347.91/.95(062)

MEĐUNARODNO savjetovanje Aktualnosti građanskog procesnog prava - nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća (9 ; 2023 ; Split)
Zbornik radova IX. međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava - nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća : <Split>, 5. i 6. listopada 2023. godine / <glavna urednica Dinka Šago>. - Split : Pravni fakultet Sveučilišta, 2023.

Bibliografija.

ISBN 978-953-8116-43-8

Glavna urednica
izv. prof. dr. sc. Dinka Šago,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska

Tehnička urednica
Sanja Čović Jurčević, mag. iur.,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska

Urednici izdanja
prof. dr. sc. Jozo Čizmić,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska
prof. em. dr. sc. Mihajlo Dika, profesor emeritus
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska
prof. dr. sc. Alan Uzelac,
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska
prof. dr. sc. Eduard Kunštek,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Republika Hrvatska
izv. prof. dr. sc. Dejan Bodul,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Republika Hrvatska
prof. dr. sc. Vesna Rijavec,
Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru, Slovenija, Republika Slovenija
prof. dr. sc. Aleš Galič,
Pravni fakultet Sveučilišta u Ljubljani, Republika Slovenija
prof. dr. sc. Tatjana Zoroska - Kamilovska, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“
Sveučilišta „Sv. Kiril i Metodij” Skopje, Republika Sjeverna Makedonija
prof. dr. sc. Arsen Janevski, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“
Sveučilišta „Sv. Kiril i Metodij” Skopje, Republika Sjeverna Makedonija
prof. dr. sc. Vesna Lazić Smoljanić,
Pravni fakultet, Sveučilišta u Utrechtu, Nizozemska
prof. dr. sc. Regina Garcimartín Montero,
Pravni fakultet, Sveučilišta u Zaragozi, Španjolska
prof. dr. sc. María Ángeles Pérez Marín,
Pravni fakultet Sveučilišta u Sevilli, Španjolska
prof. dr. sc. Alena Huseinbegović,
Pravni fakultet Sveučilišta „Džemal Bijedić“, Mostar, Bosna i Hercegovina
izv. prof. dr. sc. Viktorija Haubrich,
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Bosna i Hercegovina

Recenzenti
prof. dr. sc. Jozo Čizmić, redoviti profesor
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska
prof. dr. sc. Gabrijela Mihelčić, redovita profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Republika Hrvatska

prof. dr. sc. Alena Huseinbegović, redovita profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta „Džemal Bijedić“, Mostar, Bosna i Hercegovina
prof. dr. sc. Suzana Kraljić, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mariboru, Republika Slovenija
prof. dr. sc. Javier Martínez Calvo, redoviti profesor
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zaragozi, Španjolska
prof. dr. sc. Rocío Quintáns-Eiras, redovita profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Coruñi, Španjolska
izv. Prof. dr. sc. Milka Rakočević, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv. Ćiril i Metodij“
u Skoplju, Republika Sjeverna Makedonija
izv. prof. dr. sc. Slađana Aras Kramar, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska
izv. prof. dr. sc. Dejan Bodul, izvanredni profesor
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Republika Hrvatska
izv. prof. dr. sc. Viktorija Haubrich, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Bosna i Hercegovina
izv. prof. dr. sc. Marija Vidić, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Bosna i Hercegovina
izv. prof. dr. sc. Anđelija Tasić, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Nišu, Republika Srbija
izv. prof. dr. sc. Katarina Knol Radoja, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku, Republika Hrvatska

Priprema i tisak
Ustanova DES Split

Naklada
100 primjeraka

Ovaj Zbornik predstavlja rezultat međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“ održanog na Pravnom fakultetu u Splitu 5. i 6. listopada 2023. godine.

Kontakt
izv. prof. dr. sc. Dinka Šago e-mail: dsago@pravst.hr
aktualnosti.gpp@pravst.hr

Radni jezik: hrvatski, slovenski, makedonski, engleski

Mjesto održavanja
Pravni fakultet Split
Domovinskog rata 8, 21000 Split, Hrvatska

ZBORNIK RADOVA IX. MEĐUNARODNOG SAVJETOVANJA
„AKTUALNOSTI GRAĐANSKOG PROCESNOG PRAVA – NACIONALNA I USPOREDNA PRAVNOTEORIJSKA I PRAKTIČNA DOSTIGNUĆA“

Urednici izdanja

izv. prof. dr. sc. Dinka Šago,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska

prof. dr. sc. Jozo Čizmić,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska

prof. em. dr. sc. Mihajlo Dika, profesor emeritus
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska

prof. dr. sc. Alan Uzelac,
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska

prof. dr. sc. Eduard Kunštek,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Republika Hrvatska

izv. prof. dr. sc. Dejan Bodul,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Republika Hrvatska

prof. dr. sc. Vesna Rijavec,
Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru, Republika Slovenija

prof. dr. sc. Aleš Galič,
Pravni fakultet Sveučilišta u Ljubljani, Republika Slovenija

prof. dr. sc. Tatjana Zoroska - Kamilovska, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ Sveučilišta „Sv. Kiril i Metodij” Skopje, Republika Sjeverna Makedonija

prof. dr. sc. Arsen Janevski, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ Sveučilišta „Sv. Kiril i Metodij” Skopje, Republika Sjeverna Makedonija

prof. dr. sc. Vesna Lazić Smoljanić,
Pravni fakultet, Sveučilišta u Utrechtu, Nizozemska

prof. dr. sc. Regina Garcimartín Montero,
Pravni fakultet, Sveučilišta u Zaragozi, Španjolska

prof. dr. sc. María Ángeles Pérez Marín,
Pravni fakultet Sveučilišta u Sevilli, Španjolska

prof. dr. sc. Alena Huseinbegović,
Pravni fakultet Sveučilišta „Džemal Bijedić“, Mostar, Bosna i Hercegovina

izv. prof. dr. sc. Viktorija Haubrich,
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Bosna i Hercegovina

Sanja Čović Jurčević, mag. iur.,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska

Pravni fakultet
Split, 2023.

IX. MEĐUNARODNO SAVJETOVANJE
„AKTUALNOSTI GRAĐANSKOG PROCESNOG PRAVA – NACIONALNA I USPOREDNA PRAVNOTEORIJSKA I PRAKTIČNA DOSTIGNUĆA“

Datum održavanja
5. i 6. listopada 2023. godine

Organizatori
Pravni fakultet u Splitu
Katedra za građansko procesno pravo
Zavod za istraživanje građanskih sudskih postupaka i suradnju s pravosuđem
Zavod za suradnju s gospodarstvom i ustanovama

Predsjednica Organizacijskog odbora
izv. dr. sc. Dinka Šago, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska

Organizacijski odbor
prof. em. dr. sc. Mihajlo Dika, profesor emeritus
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska
prof. dr. sc. Jozo Čizmić, redoviti profesor u trajnom zvanju
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska
prof. dr. sc. Alan Uzelac, redoviti profesor u trajnom zvanju
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska
izv. prof. dr. sc. Ratko Brnabić, dekan
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska
izv. prof. dr. sc. Dejan Bodul, izvanredni profesor
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Republika Hrvatska
izv. prof. dr. sc. Marija Boban, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska
Sanja Čović Jurčević, mag. iur., asistentica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska

Međunarodni Organizacijski odbor
prof. dr. sc. Vesna Rijavec, redovita profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mariboru, Republika Slovenija
prof. dr. sc. Aleš Galič, redoviti profesor
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Ljubljani, Republika Slovenija
prof. dr. sc. Tatjana Zoroska Kamilovska, redovita profesorica
Pravnog fakulteta Univerziteta u Skopju, Republika Sjeverna Makedonija

prof. dr. sc. Regina Garcimartín Montero, redovita profesorica
Pravnog fakulteta u Zaragozi, Španjolska

prof. dr. sc. Alena Huseinbegović, redovita profesorica Pravnog fakulteta
Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Bosna i Hercegovina

izv. prof. dr. sc. Viktorija Haubrich, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta
Sveučilišta u Mostaru, Bosna i Hercegovina

Predsjednica Programskog odbora

izv. dr. sc. Dinka Šago, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska

Programski odbor

prof. em. dr. sc. Mihajlo Dika, profesor emeritus
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska

prof. dr. sc. Jozo Čizmić, redoviti profesor u trajnom zvanju
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska

prof. dr. sc. Eduard Kunštek, redoviti profesor u trajnom zvanju
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Republika Hrvatska

prof. dr. sc. Aleksandra Maganić, redovita profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska

prof. dr. sc. Gabrijela Mihelčić, redovita profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Republika Hrvatska

prof. dr. sc. Jasnica Garašić, redovita profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska

Međunarodni Programski odbor

prof. dr. sc. Arsen Janevski, redoviti profesor u trajnom zvanju
Pravnog fakulteta Univerziteta u Skopju, Republika Sjeverna Makedonija

prof. dr. sc. Suzana Kraljić, redovita profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mariboru, Republika Slovenija

prof. dr. sc. Tomaž Keresteš, redoviti profesor
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mariboru, Republika Slovenija

prof. dr. sc. María Jesús Sánchez Cano, redovita profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zaragozi, Španjolska

prof. dr. sc. María Ángeles Pérez Marín, redovita profesorica
Pravnog fakulterta Sveučilišta u Sevilli, Španjolska

prof. dr. sc. Vesna Lazić Smoljanić, redovita profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Utrechtu, Nizozemska

prof. dr. sc. Alena Huseinbegović, redovita profesorica Pravnog fakulteta
Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Bosna i Hercegovina

izv. prof. dr. sc. Anđelija Tasić, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Nišu, Republika Srbija

Editor in Chief

Dinka Šago, Ph.D., Associate Professor,
Faculty of Law in Split, Croatia

Executive Editor

Sanja Čović Jurčević, mag. iur., assistant,
Faculty of Law in Split, Croatia

Editorial Board

Jozo Čizmić, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Split, Croatia

Mihajlo Dika, Ph.D., Professor emeritus,
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia

Alan Uzelac, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia

Eduard Kunštek, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

Dejan Bodul, Ph.D., Associate Professor,
Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

International Editorial Board

Vesna Rijavec, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Maribor, Slovenia

Aleš Galič, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia

Tatjana Zoroska Kamilovska, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law „Iustinianus Primus“,
University „Sv. Kiril and Metodij” Skopje, North Macedonia

Arsen Janevski, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law „Iustinianus Primus“,
University „Sv. Kiril and Metodij” Skopje, North Macedonia

Vesna Lazić Smoljanić, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, Unversity of Utrecht, Netherlands

Regina Garcimartín Montero, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Zaragoza, Spain

Alena Huseinbegović, Ph.D., Full Professor, Faculty of Law,
University of „Džemal Bijedić“, Mostar, Bosnia and Herzegovina

Viktorija Haubrich, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law,
University of Mostar, Bosnia and Herzegovina

IX. INTERNATIONAL CONFERENCE
ACTUALITIES OF CIVIL PROCEDURAL LAW
"NATIONAL AND COMPARATIVE LEGAL THEORETICAL AND PRACTICAL ACHIEVEMENTS"

5 – 6. October 2023.

Faculty of Law, University of Split

President of the Organizing Committee

Dinka Šago, Ph.D., Associate Professor,
Faculty of Law in Split, Croatia

Organizing Committee

Mihajlo Dika, Ph.D., Professor emeritus,
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia

Jozo Čizmić, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law University of Split, Croatia

Alan Uzelac, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law University of Zagreb, Croatia

Ratko Brnabić, Ph.D., Associate Professor,
Faculty of Law, University of Split, Croatia

Dejan Bodul, Ph.D., Associate Professor,
Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

Marija Boban, Ph.D., Associate Professor,
Faculty of Law, University of Split, Croatia

Sanja Čović Jurčević, mag. iur., Assistant,
Faculty of Law University of Split, Croatia

International Organizing Committee

Vesna Rijavec, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Maribor, Slovenia

Aleš Galič, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia

Tatjana Zoroska Kamilovska, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Skopje, North Macedonia

Regina Garcimartín Montero, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Zaragoza, Spain

Alena Huseinbegović, Ph.D., Full Professor, Faculty of Law,
University „Džemal Bijedić“, Mostar, Bosnia and Herzegovina

Viktorija Haubrich, Ph.D., Associate Professor,
Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina

President of the Scientific Program Committee

Dinka Šago, Ph.D., Associate Professor,
Faculty of Law in Split, Croatia

Scientific Program Committee

Mihajlo Dika, Ph.D., Professor emeritus,
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia

Jozo Čizmić, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law University of Split, Croatia

Eduard Kunštek, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law University of Rijeka, Croatia

Aleksandra Maganić, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law University of Zagreb, Croatia

Gabrijela Mihelčić, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law University of Zagreb, Croatia

Jasnica Garašić, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia

International Scientific Program Committee

Arsen Janevski, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Skopje, North Macedonia

Suzana Kraljić, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Maribor, Slovenia

Tomaž Keresteš, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Maribor, Slovenia

María Jesús Sánchez Cano, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Zaragoza, Spain

María Ángeles Pérez Marín, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Sevilla, Spain

Vesna Lazić Smoljanić, Ph.D., Full Professor,
Faculty of Law, University of Utrecht, Netherlands

Alena Huseinbegović, Ph.D., Full Professor, Faculty of Law,
University of „Džemal Bijedić”, Mostar, Bosnia and Hercegovina

Anđelija Tasić, Ph.D., Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš, Serbia

SADRŽAJ

Prof. dr. sc. Jozo Čizmić
NEKA RAZMATRANJA O UBRZANJU PARNIČNOG POSTUPKA (U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE).....1

Prof. dr. sc. Tatjana Zoroska Kamilovska
Mr. sc. Tea Micevska
DOPUSTIVOST NEZAKONITO PRIBAVLJENIH DOKAZA U PARNIČNOM POSTUPKU: U KOJOJ MJERI CILJ OPRAVDA SREDSTVO?.....39

Prof. dr. sc. Alan Uzelac
Josip Lažeta, mag. iur.
NEGATIVNE INFERENCIJE U HRVATSKOM PARNIČNOM POSTUPKU.....65

Prof. dr. sc. Gabrijela Mihelčić
VJEROVNIČKA SUKCESIJA NA PRIMJERU PRISILNOG ZALOGA PREMA OVRŠNIM PRAVILIMA.....87

Prof. dr. sc. Alena Huseinbegović
Izv. prof. dr. sc. Viktorija Haubrich
dr. sc. Andrea Šoljić
IZVOĐENJE DOKAZA U PARNIČNOM POSTUPKU.....107

Izv. prof. dr. sc. Anđelija Tasić
PRINUDNA HOSPITALIZACIJA DECE.....133

Izv. prof. dr. sc. Slađana Aras Kramar
PRIMJENA ZAKONA O IZVANPARNIČNOM POSTUPKU U OBITELJSKIM PREDMETIMA.....153

Izv. prof. dr. sc. Maja Proso
Fani Milan Ostojić, mag. iur.
ZAŠTITA (KOLEKTIVNIH) INTERESA I PRAVA POTROŠAČA I ALTERNATIVNO RJEŠAVANJE POTROŠAČKIH SPOROVA.....173

Izv. prof. dr. sc. Zvonimir Jelinić
TRANSFORMACIJA STALNIH SLUŽBI U POLIVALENTNE PRAVNE CENTRE KAO POTICAJNA PRAKTIČNA MJERA ZA REFORMU HRVATSKOG GRAĐANSKOG PRAVOSUĐA.....197

Izv. prof. dr. sc. Marija Vidić
POSTUPCI RESTRUKTURIRANJA U PRAVO BOSNE I HERCEGOVINE 213

Izv. prof. dr. sc. Milka Rakočević
POSTUPANJE OVRŠITELJA SA POKRETNINAMA KOJE SE NALAZE NA NEKOPOKRETNOSTI NA KOJOJ JE IZVRŠENA PRODAJA RADI NAPLATE NOVČANE TRAŽBINE 237

Doc. dr. sc. Stojana Petrović
SUVLASNIŠTVO BRAČNOG DRUGA KAO TREĆE OSOBE NA NEKRETNINI IZ BRAČNOG DOBRA KAO NJEGOVO PRAVO KOJE (NE)SPRIJEČAVA OVRHU 253

Doc. dr. sc. Jelena Čuveljak
PRIJEDLOG EUROPSKE DIREKTIVE O USKLAĐIVANJU ODREĐENIH ASPEKATA PRAVA O NESOLVENTNOSTI 277

Ksenija Flack Makitan, dipl. iur.
STEČAJNA I LIKVIDACIJSKA MASA KAO STRANKA U PARNIČNOM POSTUPKU 301

Mr. sc. Zrinka Tironi
OCJENJIVANJE SUDACA U POSTUPKU NAPREDOVANJA NA VIŠI SUD 315

Dr. sc. Trpimir Perkušić
MOGUĆNOSTI ZAŠTITE INDIVIDUALNIH PRAVA RADNIKA U KONTEKSTU POSTUPOVNOG PRAVNOG UREĐENJA NA KOJEG UPUĆUJU ODREDBE ZAKONA O RADU 337

Ivana Jabučanin, mag. iur.
Ana Stojanovski, mag. iur.
UTICAJ KRIVIČNE PRESUDE NA PARNIČNI POSTUPAK 365

Mirna Dajak, mag. iur.
Sanja Čović Jurčević, mag. iur.
POSTUPAK LIŠENJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI - OD RIMSKOG PRAVA PA DO DANAS 385

Doc. dr. sc. Neža Pogorelčnik Vogrinc
ZAHTJEVI ZA IZDAVANJE PRIVREMENOG SUDSKOG NALOGA
U NEDAVNOJ SLOVENSKOJ SUDSKOJ PRAKSI 413

Izv. prof. dr. sc. Dinka Šago
Izv. prof. dr. sc. Marija Boban
PRAVO NA PRISTUP INFORMACIJAMA U VLASNIŠTVU DRŽAVE
U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA.....437

Prof. dr. sc. Regina Garcimartín Montero
DIGITALIZACIJA PRAVOSUĐA: ŠPANJOLSKO ISKUSTVO.....463

Dr. sc. Juraj Brozović
Ivana Zeljko, mag. iur.
OBVEZNI PRETPROCESNI POKUŠAJ MIRNOG RJEŠENJA SPORA.....481

CONTENT

Full Prof. Jozo Čizmić, Ph.D.
SOME CONSIDERATIONS ABOUT SPEED UP OF LITIGATION PROCEDURE (IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA)..... 1

Full Prof. Tatjana Zoroska Kamilovska, Ph.D.
Mr. sc. Tea Micevska
THE ADMISSIBILITY OF ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURE: TO WHAT EXTENT THE END JUSTIFIES THE MEANS?..... 39

Full Prof. Alan Uzelac, Ph.D.
Josip Lažeta, mag. iur.
NEGATIVE INFERENCES IN CROATIAN LITIGATION PROCEDUR..... 65

Full Prof. Gabrijela Mihelčić, Ph.D.
TRANSFER (OF CLAIM) OF FORCED JUDICIAL MORTGAGE RIGHT ON REAL ESTATE ACCORDING TO ENFORCEMENT RULES..... 87

Full Prof. Alena Huseinbegović, Ph.D.
Assoc. Prof. Viktorija Haubrich, Ph.D.
Andrea Šoljić, Ph.D.
PRESENTATION OF EVIDENCE IN CIVIL PROCEEDINGS..... 107

Assoc. Prof. Anđelija Tasić, Ph.D.
INVOLUNTARY HOSPITALIZATION OF CHILDREN..... 133

Assoc. Prof. Slađana Aras Kramar, Ph.D.
APPLICATION OF THE ACT ON NON-CONTENTIOUS PROCEDURE IN FAMILY MATTERS..... 153

Assoc. Prof. Maja Proso, Ph.D.
Fani Milan Ostojić, mag. iur.
PROTECTION OF (COLLECTIVE) CONSUMER RIGHTS AND INTERESTS AND ALTERNATIVE RESOLUTION OF CONSUMER DISPUTES..... 173

Assoc. Prof. Zvonimir Jelinić, Ph.D.
TRANSFORMATION OF PERMANENT COURT DEPARTMENTS INTO JUSTICE ACCESS POINTS AS A PRACTICAL MEASURE AND INCENTIVE FOR REFORMING THE CROATIAN CIVIL JUSTICE SYSTEM 197

Assoc. Prof. Marija Vidić, Ph.D.
RESTRUCTURING PROCEDURES IN THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 213

Assoc. prof. Milka Rakočević, Ph.D.
ENFORECEMENT ACTIONS OF THE ENFORCEMENT AGENT REGARDING MOVABLES LOCATED ON IMMOVABLE PROPERTY SOLD FOR SETTLING OF A MONETARY CLAIM 237

Asst. Prof. Stojana Petrović, Ph.D.
CO-OWNERSHIP OF THE SPOUSE AS A THIRD PARTY ON REAL ESTATE FROM THE MARTIAL PROPERTY AS HIS RIGHT THAT (DOES NOT) PREVENT ENFORCEMENT 253

Jelena Čuveljak, Ph.D.
PROPOSAL OF THE EUROPEAN DIRECTIVE ON THE HARMONIZATION OF CERTAIN ASPECT OF INSOLVENCY LAW 277

Ksenija Flak-Makitan, dipl. iur.
BANKRUPTCY AND LIQUIDATION ESTATE AS A LITIGANT IN CIVIL PROCEDURE 301

Zrinka Tironi, Ph.D.
EVALUATION OF JUDGES IN THE PROCEDURE FOR ADVANCEMENT TO THE HIGHER COURT 315

Trpimir Perkušić, Ph.D.
POSSIBILITIES OF PROTECTING THE INDIVIDUAL RIGHTS OF WORKERS IN THE CONTEXT OF THE PROCEDURAL LEGAL REGULATION REFERRED TO BY THE PROVISIONS OF THE LABOR LAW 337

Ivana Jabučanin, mag.iur.
Ana Stojanovski mag. iur.
THE EFFECT OF A CRIMINAL JUDGMENT ON THE CIVIL PROCEDURE.....365

Mirna Dajak, mag. iur.,
Sanja Čović Jurčević, mag. iur.
THE PROCEDURE OF DEPRIVATION OF BUSINESS CAPACITY - FROM ROMAN LAW TO THE PRESENT.....385

Asst. Prof. Neža Pogorelčnik Vogrinc, Ph.D.
REQUIREMENTS FOR THE ISSUANCE OF AN INTERIM INJUNCTION IN RECENT SLOVENIAN CASE LAW.....413

Assoc. Prof. Dinka Šago, Ph.D.
Assoc. Prof. Marija Boban, Ph.D.
THE RIGHT TO ACCESS STATE-OWNED INFORMATION IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....437

Full Prof. Regina Garcimartín Montero, Ph.D.
DIGITALIZATION OF JUSTICE: THE SPANISH EXPERIENCE 463

Juraj Brozović, Ph.D.
Ivana Zeljko, mag.iur.
MANDATORY PRE-PROCESS ATTEMPT TO RESOLVE THE DISPUTE PEACEFULLY.....481

POZVANO PREDAVANJE

Prof. dr. sc. Jozo Čizmić,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska*

NEKA RAZMATRANJA O UBRZANJU PARNIČNOG POSTUPKA (U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE)

UDK: 347.9 (497.6)
Izvorni znanstveni rad

Ponajveći problem bosanskohercegovačkog parničnog postupka, odnosno sudbene vlasti je dugotrajnost postupaka. Dužnost suda i svih sudionika u parničnom postupku jest nastojati da se postupak provede bez odugovlačenja, u razumnom roku i sa što manje troškova, s tim da je obveza suda onemogućiti svaku zlouporabu prava u postupku. Ubrzavanje postupka sadržajno ostvaruje pravo na suđenje u razumnom roku. Ubrzanje parničnog postupka može se postići zakonskim odredbama; aktivnostima i odlukama sudova; aktivnostima stranaka. Ubrzanje postupka ne mora i ne smije biti u suprotnosti s kvalitetom postupka i donošenjem pravilne odluke.

U radu autor ukazuje na važnost brzog donošenja sudskih odluka, razloge zbog kojih dolazi do dugotrajnog vođenja postupka kao i na moguće mjere za ubrzanje parničnog postupka.

Ključne riječi: *ubrzanje parničnog postupka; razumni rok; efikasnost postupka.*

1. UVOD

1/ Ponajveći problem bosanskohercegovačkog parničnog pravosuđa, odnosno sudbene vlasti je dugotrajnost postupaka. Suvremeni pravni promet traži brzo i djelotvorno rješavanje pravnih sporova. Zbog skupog i dugotrajnog parničenja, odugovlačenje u pružanju pravne zaštite nanosi štetu i pobjedniku u sporu.[1] Ekonomično postupanje korisno je za pravosuđe i za stranke. Sudovi racionalnom upotrebom snaga i sredstava koncentriraju svoju pažnju na rješavanje sporova koji su socijalno značajniji. Stranke imaju više od pravne zaštite do koje dođu brzo i uz neznatno trošenje snaga i sredstava.[2]

* Redoviti profesor u trajnom zvanju na Katedri za građansko procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split, Republika Hrvatska, e-mail: jcizmic@pravst.hr. ORCID: 0000-0002-7753-5152.

[1] Usp. Siniša Triva, „Mjere koje imaju za cilj da građanski sudski postupak bude brži i efikasniji“, Arhiv, 58, br.4 (1972): 421.

[2] Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo* (Zagreb: Narodne novine, 2004.), 26.

Značaj brzine procesa donošenja odluke potiče još iz rimskog perioda a ovakav značaj sažet je u maksimi *bis dat qui cito dat* (dvostruko daje, tko brzo daje) što ukazuje da je najviša forma pravde ona pravda koja je data promptno.[3]

Dugotrajnost postupaka univerzalna je zamjerka na rad sudova čak i u državama gdje se čini da je taj problem pod kontrolom i gdje je, kao u mnogim primjerima, potražnja za uslugama sudova naizgled dosegla svoj vrhunac i posljednjih godina opada.[4]

Svim izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH, br. 53/2003, 73/2005, 19/2006, 98/2015, dalje – **FZPP**) u pravilu se želi ubrzati sudske postupke, parnični postupak učiniti efikasnijim te utvrditi jedinstvena sudska praksa u sličnim predmetima.

Ipak, treba uvijek voditi računa da sam sudski postupak ima određene vremenske sljedove i trajanje i nije moguće taj postupak ubrzati do granice da možemo reći kako će svaki postupak završiti u par dana.[5] Ubrzanje postupka ne mora i ne smije bezuvjetno biti u suprotnosti s kvalitetom postupka i donošenjem pravilne odluke. Suci bi trebali učiniti sve što je u njihovoj moći da postupke provode u što kraćem vremenu, ali pri tom trebaju imati na umu da brzina može utjecati na kvalitetu odluka, a kvaliteta bi trebala biti ispred brzine.[6] Međutim, inzistiranje samo na ekonomičnosti i brzini postupanja, kao osnovnom cilju postupka, ponekad može urušavati pravnu sigurnost, koliko god se tvrdi da je u funkciji pravne sigurnosti.[7]

2/ Na efikasnost pravosuđa i brzinu sudskog postupka negativno utječu: opterećenost velikim brojem predmeta posebno zaostalih, odlaganje i odgoda ročišta, traženje izuzeća, nepostojanje, odnosno izbacivanje iz FZPP-a nekih instituta parničnog postupka koji su pridonosili efikasnosti parničnog postupka (presuda zbog izostanka, djelomična presuda, među-presuda…), nedostatak sudaca, administrativnog osoblja posebno IT stručnjaka, nedostatak informatičke opreme, neprilagođene sudnice, prekid parničnog postupka, povlačenje tužbe, zlouporaba procesnih ovlaštenja (npr., prešutna prorogacija…), predugi zastarni i objektivni rokovi. Složena vještačenja su često vrlo dugotrajna, a i vrlo skupa i u tom smislu ih možemo prepoznati kao jedan od razloga za dugotrajnost vođenja

---

[3] Aron X. Fellmeth, Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law second edition* (New York: Oxford University Press, 2021.), 46.

[4] Ana Garačić, „Efikasnost sudovanja – izgledi za budućnost“, pristup 16. svibnja 2023. https://www.vsrh.hr/a-garacic-efikasnost-sudovanja.aspx.

[5] *Ibid.*

[6] Lidija Bošnjaković, Tijana Kokić, „Kako ubrzati postupak u obiteljskim sporovima“, *Pravosudna akademija,* (2022.) 51.

[7] Antun Šagovac, „Urušavanje pravne zaštite u parničnom postupku“, Informator, broj 6446 (2016): 2, https://informator.hr/strucni-clanci/urusavanje-pravne-zastite-u-parnicnom-postupku.

postupka.[8] Žalba svakako produljuje vrijeme potrebno za konačno rješenje predmeta. Ako se na prvostupanjsku sudsku odluku izjavi pravni lijek, ukupno vrijeme za konačnu odluku bit će dulje.

Kao razlozi zbog kojih je najčešće dolazilo do povreda prava na suđenje u razumnom roku (pred hrvatskim sudovima), navode se i: opetovana ukidanja i vraćanja na ponovno suđenje što se pravno moglo događati i neograničeni broj puta (tzv. ping-pong); duga razdoblja neaktivnosti odnosno dugotrajne odgode zbog teškoća u dostavi, nefunkcioniranja komunikacije između suda i drugih državnih tijela pri pribavljanju određenih podataka ili isprava, spore cirkulacije spisa između samih sudova koji su postupali u pojedinom slučaja, promjena u sastavu suda, zahtjevi i odlučivanja o zahtjevima za izuzeće sudaca ili delegacije suda; sustavni problemi oko odgovarajuće organizacije i upravljanja sudovima, ali i drugim državnim službama i tijelima; postupovna pravila koja omogućavaju namjerna odugovlačenja, posebno s obzirom na nedostatne mogućnosti koje pružaju za koncentraciju postupka, mogućnost da se pravni lijekovi zbog njihovog suspenzivnog djelovanja i čestog kasacijskog rezultata zlorabe radi odgađanja pa i onemogućavanja pružanja pravne zaštite.[9]

Neaktivnost suda(ca) i stranaka u konkretnom predmetu također negativno utječu na brzinu postupka. Već sama sporost u rješavanju predmeta na sudovima također multiplicira njihov broj i pospješuje sveopću nedisciplinu u pravnom prometu. Povećavanjem brzine u rješavanja predmeta, njihovim što kraćim zadržavanjem na sudovima možemo se također značajno utjecati na smanjenje njihova broja.[10]

Brzinu često ometaju same stranke zlouporabom svojih prava/ovlaštenja u postupku, osobito time što vrše nepotrebne i nesvrsishodne parnične radnje (objesno parničenje, izostanak stranaka i drugih sudionika, zakašnjeli dokazni prijedlozi i dr.). Aktivno držanje stranaka u postupku je potreba i cilj čije ispunjenje vodi bržem i kvalitetnijem okončanju postupka i efikasnijoj pravnoj zaštiti.

---

[8] Radi izbjegavanja takvog utjecaja na sudski postupak, određene okolnosti i činjenice sud bi trebao pokušati utvrditi drugim dostupnim dokaznim sredstvima, odnosno trebalo bi razvijati svijest kod sudaca da nisu vezani zahtjevima stranaka za provođenjem vještačenja, koji ponekad i služe upravo za odugovlačenje postupaka. Također bi trebalo jasno odrediti zadatke vještačenja, dati primjeren rok za izradu nalaza i mišljenja i isti kontrolirati te inzistirati na usmenom izlaganju nalaza i mišljenja. Nadalje, treba osigurati da na ročište na kom će vještak usmeno iznijeti nalaz i mišljenje pravodobno budu pozvane stranke kako bi svoju odluku mogao temeljiti na tom dokazu. Bošnjaković, Kokić, *Kako ubrzati postupak u obiteljskim sporovima*, 21.; VSH, Rev-2277/18-2.

[9] Vidi Alan Uzelac, „Na ubrzanje sudskih postupaka mnogo veći učinak od postavljenih rokova imat će plan upravljanja parnicom“, Lider, 9. veljače 2022., https://lidermedia.hr/poslovna-scena/hrvatska/uzelac-na-ubrzanje-sudskih-postupaka-mnogo-veci-ucinak-od-postavljenih-rokova-imat-ce-plan-upravljanja-parnicom-141016.

[10] Garačić, *Efikasnost sudovanja – izgledi za budućnost.*

Do odugovlačenja postupka dolazi posredno i zbog ne donošenja provedbenih propisa u propisanom roku i nepristupanja reformi zakona na prijedlog relevantne stručne javnosti.

2. UREĐENJE ZAKONODAVNOG OKVIRA KAO MJERA ZA UBRZANJE POSTUPKA

Zakonodavni okvira koji se tiče brzine vođenja parničnog postupka propisan je ponajprije u Zakonu o parničnom postupku, u Zakonu o sudovima, Pravilniku o unutrašnjem sudskom poslovanju i nizu drugih procesnih zakona.

Nastavno ćemo pokušati, prilikom prikaza pojedinih instituta i odredaba FZPP-a koji po svom sadržaju imaju funkciju ubrzavanja postupka u okviru parničnog postupka, pokazati kako njihova primjena utječe na ubrzavanje parničnog postupka.

2.1. Dužnost iznošenja činjenica i predlaganja dokaza

Zbog težnje za ubrzanjem i pojednostavljenjem postupka odredbama zakona kojim se uređuje glavna rasprava ukinuta je **mogućnost iznošenja novih činjenica i dokaza tokom** cijele glavne rasprave jer se iste mogu predlagati samo na pripremnom ročištu.

Stranke su dužne iznijeti sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahtjeve i izvoditi dokaze kojima se utvrđuju te činjenice, a sud je dužan razmotriti i utvrditi samo činjenice koje su stranke iznijele i odrediti izvođenje samo onih dokaza koje su stranke predložile, ako zakonom nije drugačije određeno (FZPP, čl. 7. st. 1.). Zakonodavac je smatrao da će pasivna uloga suda doprinijeti njegovom rasterećenju i da će tako sud biti u mogućnosti pružati pravnu zaštitu brzo i efikasno.[11] Dakle, sada sud nema ovlaštenje da činjeničnu građu prikuplja po službenoj dužnosti, već samo onu koju stranke prezentiraju tako što svojim antagonističkim stavovima sudu daju relevantne informacije o bitnim elementima spora.[12]

---

[11] Ranka Račić, „Primjena Zakona o parničnom postupku“, u: Zbornik radova „II savjetovanje iz građanske oblasti u Bosni i Hercegovini“ (Jahorina, 2007) 114.

[12] Stranke su dužne da iznesu sve činjenice na kojima osnivaju svoje zahtjeve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice, što znači da iznošenje činjenične građe nije prepušteno njihovoj slobodnoj inicijativi, a sud je ovlašten da izvede i dokaze koje stranke nisu predložile, ako su ti dokazi od značaja za odlučivanje. Stranka je ne samo ovlaštena nego i dužna da, radi ubrzanja postupka i smanjenja troškova, poduzima u postupku određene parnične radnje. U protivnom, snosi odgovarajuće posljedice“ (VPSV, Pž-413/74).

2.2. Koncentracija postupka

Koje će činjenice uzeti kao dokazane odlučuje sud na osnovu slobodne ocjene dokaza. Sud je dužan savjesno i brižljivo cijeniti svaki dokaz posebno i sve dokaze zajedno (FZPP, čl.8.). Smatra se da je radi dobivanja cjelovite i organski povezane slike o biti spora potrebno ostvariti jedinstvo mjesta, vremena i radnje u parnici. Težeći za racionalizacijom sredstava i rada, zakon preporuča sudu da predmet spora svestrano raspravi, ali da se zbog toga postupak ipak ne odugovlači, tako da se rasprava po mogućnosti dovrši na jednom ročištu. Od načina ostvarivanja koncentracije raspravljanja zavisi i ekonomičnost zaštite – njezina brzina i jeftinoća.[13]

2.3. Savjesno korištenje procesnih ovlaštenja

Dužnost suda i svih sudionika u parničnom postupku je nastojati da se postupak provede bez odugovlačenja, u razumnom roku i sa što manje troškova, s time da je dužnost suda onemogućiti svaku zlouporabu prava u postupku (čl. 10., st. 1. FZPP-a). Također, stranke su dužne pred sudom govoriti istinu i savjesno se koristiti pravima koja su im priznata zakonom (čl. 9. FZPP-a). Kroz te se dužnosti ogleda jedno od osnovnih načela parničnog postupka: načelo savjesnog korištenja procesnih ovlaštenja. Zlouporabe procesnih ovlaštenja zapreka su brzoj i koncentriranoj provedbi postupka. Brojni su primjeri zlouporaba procesnih prava u praksi - svjesno iznošenje neistinitih činjeničnih navoda, neistinito iskazivanje stranke saslušane u svrhu dokazivanja, predlaganje odgode ročišta zbog izmišljenih razloga spriječenosti, obijesno podnošenje zahtjeva za izuzeće sudaca, svjesno predlaganje dokaza koji se neće moći izvesti, dostava sudu velikog broja nevažnih isprava s ciljem da se rad suda uspori i usmjeri na nebitno, namjerna dostava neurednih podnesaka, čime se nepotrebno produžuje postupak zbog pozivanja na ispravak i/ili dopunu, opetovano podnošenje nedopuštenih pravnih lijekova itd.[14]

2.4. Odlučivanje u razumnom roku

Zaštita stranaka od odugovlačenja u rješavanju predmeta ne ostvaruje se samo putem zakonskih odredbi kojima je razrađeno ustavno pravo na predstavku (u kojem normativnom okviru nema pravnog lijeka protiv odgovora predsjednika suda na predstavku), već je strankama na raspolaganju i efikasniji instrument:

[13] Triva, Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 192.-194.

[14] Matija Stokić, „Sankcioniranje zlouporaba procesnih prava stranaka u parničnom postupku (1. dio)“, *Informator,* Zagreb, br. 5433 (2006).

zaštita prava na suđenje u razumnom roku (kao elementa ustavnog prava na pravično suđenje), zaštita kojeg prava se ostvaruje u dvostupanjskom postupku.[15]

Ubrzavanje postupka sadržajno ostvaruje pravo na suđenje u razumnom roku. Stranka ima pravo da sud odluči o njezinim zahtjevima i prijedlozima u razumnom roku, a sud je dužan provesti postupak bez odugovlačenja i sa što manje troškova, te onemogućiti svaku zloupotrebu prava koja strankama pripadaju u postupku (FZPP, čl. 10.). Sud, stranke i drugi sudionici moraju nastojati da se postupak provede bez odugovlačenja, u razumnom roku. Danas se mnoge države suočavaju s problemom prekomjernog trajanja sudskih (parničnih) postupaka. U tom smislu je i temeljna svrha uvođenja pojma „razumnog roka" u čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje – **Konvencija**) bila ostvariti pravnu sigurnost i omogućiti dovoljnu brzinu rješavanja predmeta pred sudovima, kako bi se stranci omogućilo da ne bude predugo u neizvjesnosti u svezi svoga pravnog statusa, što uz ostalo čini nezaobilazni uvjet za pravično suđenje.[16] Takvo značenje imaju parnične radnje koje vode brzom okončanju parnice kao što su, primjerice materijalne dispozicije - presuda na temelju priznanja, presuda na temelju odricanja i nagodba stranaka, ali i presuda zbog propuštanja (izostanka).

2.5. Održavanje samo dva ročišta

Značajna novina uvedena u (federacijski) parnični postupak jest ta da se provostupanjski postupak u pravilu sastoji od dva ročišta, i to jednog pripremnog ročišta i jednog ročišta za glavnu raspravu (FZPP, čl. 11). Značaj ove odredbe je i u tome što se njezinom striktnom primjenom treba znatno ubrzati sudski postupak, čime će se i postići najvažniji efekt reforme parničnog postupka.[17]

2.6. Veliki broj predmeta

Nakon izvršene pravosudne reforme 2003. godine, pravosuđe u Bosni i Hercegovini suočilo se s enormnim porastom broja neriješenih i veoma starih predmeta. Od tog momenta VSTV BiH poduzimao je različite aktivnosti, od kojih je najučinkovitije bilo uvođenje obveze sačinjavanja planova rješavanja predmeta u sudovima. U pojedinim slučajevima postoji problem neravnomjerne raspodjele predmeta između sudaca, po referatima i starosti pojedine vrste predmeta, što ima izravan utjecaj na brzinu rješavanja predmeta. Uzroci velikog broja zaostalih i

---

[15] Alen Rajko, Predstavke (požurnice) upućene predsjednicima sudova, pristup 16. 05. 2023. https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/28440.

[16] Vidi A. JURAČIĆ, „Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u građanskim stvarima u hrvatskom pravnom sustavu", *magistarski znanstveni rad*, Zagreb, (2012), 5.

[17] Miralem Porobić, Vedran Porobić, Jasmin Porobić, *Zakoni o parničnom postupku (Federacija BiH, Republika Srpska i Brčko Distrikt BiH) sa komentarom i sudskom praksom*, (Sarajevo, 2004.), 435.

neriješenih predmeta su primjerice: zaostaci iz ranijih godina, česte odsutnosti sudaca, nedostupnost stranaka, sudski i poštanski dostavljači ne postupaju pravilno po odredbama ZPP-a o dostavi, česta odgađanja i odlaganja ročišta (na zahtjev stranaka ili zbog potrebe vještačenja), nezadovoljavajuća zakonska rješenja, promjena suca u predmetu kad je već proveden veći dio postupka, veliki priliv novih predmeta, učestalo vraćanje predmeta na ponovno suđenje prvostupanjskom sudu, iako zakon daje mogućnost drugostupanjskom sudu riješiti ih samostalno, nedjelotvorno upravljanje postupkom od strane suca, nedovoljna „uporaba" različitih procesnih instrumenata koji mogu doprinijeti ubrzanju postupka od strane sudaca, nedovoljna angažiranost sudaca u svrhu učinkovitijeg vođenja sudskog postupka, nedovoljno upoznavanje s predmetom u fazi prethodnog ispitivanja tužbe radi pravilnog usmjeravanja tijeka postupka, nepoduzimanje mjera radi sprječavanja zlouporabe procesnih ovlasti, odlaganje ročišta kada za to nema mjesta, nedovoljno poznavanje organizacijskih vještina sudaca, inercija u postupanju u predmetima koja je dijelom „naslijeđena" iz razdoblja primjene „starog" zakona, neujednačena praksa rada dostavljača na terenu, posebno od strane poštanskih operatera, nedovoljno stručno i radno iskustvo sudaca.[18]

Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH (dalje - **VSTV**) je svojim uputstvom za izradu plana rješavanja zaostalih predmeta dalo niz korisnih preporuka koje suci pojedinci mogu koristiti u svrhu ubrzanja postupka. Naime, na temelju čl. 17. toč. 28. Zakona o visokom sudskom i tužilačkom savjetu Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 25/04, 93/05, 48/07 i 15/08), VSTV je na sjednici održanoj dana 1. 12. 2010. godine donio *Uputstvo za izradu plana rješavanja starih predmeta prema starosti inicijalnog akta*. Među ostalim, a imajući u vidu vremenske rokove koji su predviđeni Zakonom o parničnom postupku (ZPP) u svezi sa vremenom za odgovor na tužbu, zakazivanje pripremnog ročišta, zakazivanje glavne rasprave, trajanja glavne rasprave i vremena za izradu sudske odluke, te cijeneći prosječno vrijeme završetka prvostepenih parničnih predmeta u kojima je potrebno poduzeti sve mogućne procesne radnje, moglo bi se uzeti da bi svaki parnični predmet koji nije riješen u roku od jedne godine od dana prijema tužbe u sud trebao biti tretiran pod pojmom starog i zaostalog predmeta.

2.7. Hitni postupci

Postoje predmeti u kojima je postupke potrebno provoditi brže od drugih, u kojima je, iz niza razloga, brzina presudna i u kojima domaći zakoni zahtijevaju hitno postupanje (radni sporovi, smetanje posjeda, izvršenja, stambeni sporovi,

[18] Jozo Čizmić, „Neka razmatranja o nužnosti strukturalnih promjena odredaba Zakona o parničnom postupku FBiH", u *Perspektive reforme parničnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini*, ur. Arben Murtezić, Davor Trlin, JU Centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH (Sarajevo, 2022.), 70-72.

obiteljski odnosi i dr.). Hitnost postupka jedno je od procesnih pravila kojima je cilj ostvarivanje načela ekonomičnosti, prema kojem je dužnost suda provođenje postupka bez odugovlačenja i sa što manje troškova.

Tako, pri određivanju rokova i ročišta po tužbama zbog smetanja posjeda sud je dužan uvijek obraćati osobitu pažnju na potrebu hitnog rješavanja prema prirodi svakoga pojedinog slučaja. Pri tome, sud može odrediti i rokove kraće od onih predviđenih odredbama ovog zakona o redovnom postupku (FZPP, čl. 424.). Naličje ovlaštenja stranke smetane u posjedu da dobije brzu zaštitu manifestira se u njezinoj dužnosti da poduzme hitne mjere radi ostvarenja zaštite koja joj je pružena u parnici.

U postupku u parnicama iz radnih odnosa, a osobito pri određivanju rokova i ročišta, sud će uvijek obraćati osobitu pažnju na potrebu hitnog rješavanja radnih sporova (FZPP, čl. 420.). Temeljna funkcija procesnih odredbi, a naročito odredbi o posebnom postupku u parnicama iz radnih odnosa, jest da se materijalno pravo ostvari brzo i ekonomično, u postupku koji će strankama koje traže ostvarenje svoga prava biti jasniji, brži, efikasniji i racionalniji od onoga koji se primjenjuje u drugim građanskopravnim predmetima. Radni sporovi bi trebali biti rješavani velikom brzinom, a osobito bi pri određivanju rokova i ročišta sud trebao obraćati pažnju na hitnost u rješavanju.

Sporovi male vrijednosti, u smislu odredaba ovog zakona, jesu sporovi u kojima se tužbeni zahtjev odnosi na potraživanje u novcu koje ne prelazi iznos od 5.000 KM (FZP, 429. st. 1.). Člankom 103. Novele2016. izvršila se korekcija u članku 429. FZPP-a, a u cilju ostvarenja brže i efikasnije sudske zaštite. Iznos kojim se određuje vrijednost predmeta kao spora male vrijednosti podigao se na 5.000 KM. Poznato je da ova vrsta sporova ima određene specifičnosti u provođenju postupka koje se ogledaju u rokovima i pravu na pravni lijek, što doprinosi ubrzanju postupka (Prijedlog Novele, Obrazloženje, str. 52). Svrha je postupka u sporovima male vrijednosti da, s obzirom na malu vrijednost predmeta spora, olakša i znatno ubrza sudski postupak u rješavanju takvih sporova, štiteći ujedno prava stranaka jednako kao u redovnom parničnom postupku.[19] U postupcima u sporovima male vrijednosti dokazivanje bi se u najvećoj mjeri trebalo provoditi uvidom u isprave, a tek iznimno saslušanjem stranaka ili svjedoka, sadržaj raspravnog zapisnika ograničava se na ono što je najnužnije.

Iako, za razliku od Zakona o zabrani diskriminacije i Zakona o zaštiti potrošača, FZPP nije izrijekom predvidio da je postupak za zaštitu kolektivnih interesa hitan, svojevrsna obilježja hitnog postupka ogledaju u skraćivanju zakonskih rokova (za

[19] Iva Benzon, Marija Vujeva, „Postupak u sporovima male vrijednosti - Analiza procesnih instituta u teoriji i praksi nakon Novele Zakona o parničnom postupku iz 2013.“, *Pravnik* 48, 1(98) (2015.): 23.

ispunjenje činidbi koje su naložene tužbom) ili nesuspenzivnom učinku pravnih lijekova, i upravo su takva rješenja sadržana u pogledu kolektivnih sporova. Kako FZPP nema odredaba o hitnosti ovoga postupka, pravila o hitnosti postupka ovdje se ne mogu primjenjivati, jer hitnost postupka mora biti eksplicitno predviđena. Kada se uzme u obzir da povrede kolektivnih prava i interesa dovode do brojnih negativnih posljedica, koje se brzo reflektiraju i dovode do teško otklonjivih štetnih situacija, možda bi u nekoj od budućih reformi parničnog postupka trebalo razmisliti i o takvoj mogućnosti.

2.8. Prethodno pitanje

Kad odluka suda zavisi o rješavanju nekog prethodnog pitanja koje se odnosi na to postoji li neko pravo ili pravni odnos, a o tom pitanju još nije donio odluku sud ili drugi nadležni organ (prethodno pitanje), sud može sam riješiti to pitanje, ako posebnim propisima nije drugačije određeno (FZPP, čl. 12.). Brzini vođenja parničnog postupka značajno bi pridonijelo kada bi parnični sud iskoristi ovo zakonsko ovlaštenje i sam rješavao prethodna pitanja, a ne da čeka da o njima odluči prvenstveno nadležni sud ili organ, posebno ako mu je poznato da on još nije započeo postupak o tom pitanju/predmetu ili da o njemu ne mora odlučivati po službenoj dužnosti.

2.9. Monokratsko suđenje

Brzini postupka svakako pridonosi i zamjenjivanje kolegijalnog suđenja monokratskim u svim slučajevima u kojima se zbog toga neće povrijediti neki drugi pretežniji pravo-zaštitni interesi. Tako je odredbom čl. 13. st. 1. FZPP-a propisano da u prvostupanjskom postupku i postupku po prijedlogu za ponavljanje postupka, sudi sudac pojedinac (koji nije sudjelovao u donošenju drugostepene odluke u prijašnjem postupku, FZPP, čl. 258.).

Bržem vođenju pridonosi i mogućnost da u prvostupanjskom postupku, u sporovima male vrijednosti, može postupati i odlučivati stručni suradnik (FZPP, čl. 13. st. 2.).

2.10. Nenadležnost, ustupanje predmeta nadležnom sudu

Brzinu vođenja parničnog postupka osigurava i odredba čl. 20. st. 1. FZPP-a prema kojoj, nakon pravomoćnosti rješenja kojim se oglasio nenadležnim, sud treba bez odlaganja, a najkasnije u roku od tri dana, ustupiti predmet nadležnom sudu. Sukob o nadležnosti u svakom slučaju je nepoželjan pa je potrebno poduzeti mjere za njegovo brzo i efikasno otklanjanje u zakonom predviđenom posebnom incidentalnom postupku za rješavanje sukoba o nadležnosti.

Također ubrzavanju postupka pridonosi odredba čl. 20. st. 2. FZPP-a prema kojoj sud predmet ustupljen kao nadležnom u naprijed navedenom slučaju, treba nastaviti voditi kao da je kod njega bio pokrenut. Ukoliko dođe do isticanja prigovora mjesne nenadležnosti u parničnom postupku od strane tuženika ili po službenoj dužnosti ili do ustupa sud je dužan o istom odlučiti rješenjem. U tom slučaju radi ubrzavanja postupka moguće je izreku rješenja pročitati i protumačiti odmah na ročištu i pokušati da se stranke odreknu prava žalbe kako bi pravomoćnost bila iskazana što prije. Ako je odluka o nenadležnosti bila donesena na ročištu, sud kome je predmet ustupljen zakazat će novu glavnu raspravu i postupiti kao da se rasprava održava pred izmijenjenim sudom.[20]

2.11. Izvršenje radnji na području drugog suda

Svaki sud obavlja radnje u postupku na svom području, ali ako postoji opasnost od odgode, sud treba poduzeti izvršenje pojedinačnih radnji i na području drugog suda, a o tome je dužan obavijestiti sud na čijem se području treba poduzeti radnja (FZPP, čl. 24.). Jasno je da ova odredba pridonosi ubrzanju postupka jer poduzimanje ove radnje na drugi način (primjerice zamolnicom) duže bi trajalo ili se tu parničnu radnju uopće ne bi moglo provesti (primjerice, zbog smrti svjedoka).

2.12. Rješavanje spornog pravnog pitanja

Ako u postupku pred prvostepenim sudom u većem broju predmeta postoji potreba da se zauzme stav o spornom pravnom pitanju koje je od značaja za odlučivanje o predmetu postupka pred prvostepenim sudovima, prvostepeni sud će po službenoj dužnosti ili na prijedlog stranke zahtjevom pokrenuti postupak pred Vrhovnim sudom Federacije radi rješavanja spornog pravnog pitanja FZPP, čl. 61.a st 1.). Time se je omogućilo Vrhovnom sudu da u ranom stadiju postupka, praktično odmah nakon podnošenja tužbe, zauzme određeno pravno stajalište osiguravajući jedinstvenu primjenu prava u cijeloj državi. Svrha jeste da se mogućnost donošenja različitih presuda u većem broju predmeta koji imaju isti pravni i činjenični osnov, odnosno kada se radi o istovjetnom tužbenom zahtjevu s identičnom procesnom građom svede na najmanju moguću mjeru. Nesumnjivo je da ovaj institut, osim ujednačavanja sudske prakse, značajno pridonosi i ubrzanju postupka jer se preveniraju dugotrajni postupci pred prvostupanjskim sudovima, donošenje različitih odluka i ulaganje pravnih lijekova, odnosno vođenje žalbenih postupaka.

[20] Bošnjaković, Kokić, *Kako ubrzati postupak u obiteljskim sporovima*, 9.

2.13. Pripremanje glavne rasprave

Sud odmah nakon primitka tužbe počinje pripreme za glavnu raspravu (FZPP, čl. 62. st. 1.). Nakon primitka tužbe obavljaju se pripreme za glavnu raspravu. Odgovarajuća priprema jamstvo je za brzo, efikasno i pravilno rješavanje u parnici. Suprotno, nedostatak pripreme ili neodgovarajuća priprema parnice najčešće dovodi do odgađanja rasprave i odugovlačenja parnice. Načelo ekonomičnosti parničnog postupka zahtijeva da se rasprava održi na što je manje mogućem broju ročišta. Ovaj se zahtjev može ostvariti ako je glavna rasprava tako pripremljena da se na njoj raspravlja samo o pitanjima koja se neposredno tiču zahtjeva stranaka. Zato bi prije glavne rasprave trebalo poduzeti mjere da se na njoj ne pojave sporna pitanja procesne naravi koja spriječavaju vođenje postupka ili u velikoj mjeri utječu na odgađanje odlučivanja o glavnoj stvari.[21] Upravo zbog toga i postoji stadij pripremanja glavne rasprave.

2.14. Odluke o upravljanju postupkom

Sudsko upravljanje postupkom može bitno utjecati na aktivnost stranaka u postupku. Pokrenuti postupak vodi se brzinom koja zavisi od radnji stranaka, ali i od radnji suda, jer on odlučuje koja će se pitanja rješavati kao bitna i hitna.

Sud u toku pripremanja glavne rasprave donosi odluke (rješenje) o upravljanju postupkom u skladu s odredbama FZPP-a, a protiv tih rješenja nije dopuštena posebna žalba (FZPP, čl. 64. st. 1. i 2.). Na pripremnom ročištu sud ima u pogledu upravljanja postupkom sva ovlaštenja koja ima i na glavnoj raspravi (FZPP, čl. 85.).[22] Pravo na samostalnu suspenzivnu žalbu protiv tih odluka negativno bi moglo djelovati na tijek i brzinu rada, pa se rješenja koja se odnose na rukovođenje glavnom raspravom mogu pobijati samo u žalbi protiv odluke o glavnoj stvari.

I odredba član 109. st. 1. FZPP-a prema kojoj sud nije vezan za svoje rješenje koje se odnosi na rukovođenje raspravom, pridonosi bržem provođenju parničnog postupka. U tom smislu sud je ovlašten odustati od provođenja odluka koje se u novim uvjetima pokažu nesvrsishodnima pa poduzeti druge mjere za postizavanje

[21] Srećko Zuglia, Siniša Triva, *Zakon o parničnom postupku*, knjiga I – II, (Zagreb:Narodne novine,1957), 5.

[22] *Ibid.* 72.

cilja. Tijekom raspravljanja situacija se mijenja, pa odluke donesene s obzirom na rezultate određenih stadija raspravljanja imaju relativnu vrijednost.[23]

2.15. Nedopuštenost posebne žalbe

Protiv rješenja koja se odnose na rukovođenje raspravom u pravilu nije dopuštena posebna žalba (FZPP, čl. 64.). Kako bi pravo na samostalnu žalbu sa suspenzivnim učinkom negativno utjecalo na potrebnu brzinu sudskog rada, a s obzirom na to da povrede pravila o rukovođenju glavnom raspravom u pravilu imaju značenje samo relativno bitnih povreda odredaba parničnog postupka), rješenja koja se odnose na rukovođenje glavnom raspravom mogu se pobijati samo u žalbi protiv odluke o glavnoj stvari.[24]

Svrha propisivanja da žalba protiv takvih rješenja ne odlaže njihovu ovršnost, u skladu je s težnjom da se rješenje brzo i efikasno izvrši. Rješenje protiv kojeg nije dopuštena posebna žalba može se odmah izvršiti (FZPP, čl. 124. st. 2.).

Tako žalba protiv rješenja nije dopuštena: protiv rješenja suda o izricanju odgovarajuće kazne propisane odredbama poglavlja XXV FZPP-a (FZPP, čl. 413. st. 1.); protiv rješenja kojim se usvaja ili odbija preinaka tužbe (FZPP, čl. 56. st. 5.); protiv odluke da ne usvoji prigovor da postoji koja od smetnji za vođenje postupka (FZPP, čl. 79. st. 4.); protiv odluke kojom sud odbija prijedloge koje ne smatra bitnim za donošenje odluke (FZPP, čl. 81. st. 3.); protiv rješenja o spajanju ili odvajanju parnica (FZPP, čl. 83. st. 4.); protiv rješenja kojim se odbija prigovor stranaka o (ne)postojanju procesnih smetnji za daljnje postupanje (FZPP, čl. 98.); protiv rješenja koja se odnose na rukovođenje raspravom (FZPP, čl. 109. st. 2.); protiv rješenja suda kojim se odgađa ili odlaže ročište ili rješenja kojim se odbijaju prijedlozi stranaka za odgodu, odnosno odlaganje ročišta (FZPP, čl. 115. st. 5.); protiv rješenja o isključenju javnosti (FZPP, čl. 121. st. 2.); protiv rješenja suda kojim se određuje izvođenje dokaza pred zamoljenim sudom (FZPP, čl. 128. st. 6.); protiv odluke suda kojom se poziva druga stranka da podnese ispravu (FZPP,

---

[23] Novelom hrvatskoga ZPP-a iz 2022. uvodi se plan upravljanja postupkom odnosno procesni kalendar kojeg će sud izraditi ako ocijeni da nije moguće na istom ročištu zaključiti prethodni postupak te održati i zaključiti glavnu raspravu. Sud će, naime, na prvom ročištu definirati hodogram aktivnosti u postupku s utvrđenim i spornim činjenicama i pravnim pitanjima. Uvodi se i plan upravljanja postupkom. Plan upravljanja postupkom treba sadržavati: sažetak spornih činjeničnih i pravnih pitanja; dokazna sredstva za utvrđivanje spornih činjenica (koje će svjedoke morati ispitati, u koje dokumente, ugovore, spise treba izvršiti uvid i sl.); rok za pribavljanje dokaznih sredstava koja je tek potrebno pribaviti (izvadak iz nekog registra i sl.); rok za podnošenje pisanih očitovanja stranaka na navode protivne stranke te nalaz i mišljenje vještaka; datum i vrijeme održavanja ročišta za glavnu raspravu. U prilog njegova uvođenja u parnično postupanje naglašava se općenito povećanje učinkovitosti pravosuđa, koncentracija i ubrzanje postupka. Šire kod Uzelac, *Na ubrzanje sudskih postupaka mnogo veći učinak od postavljenih rokova imat će plan upravljanja parnicom*

[24] Jozo Čizmić, "Preinaka tužbe", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 28 No. 1 (2007): 10.; Vidi i Zuglia, Triva, 72.

čl. 135. st. 6.); protiv rješenja kojim se usvaja ili odbija zahtjev za izuzeće (FZPP, čl. 153. st. 5.); protiv rješenja kojim se priznaje svojstvo stranke u parnici (FZPP, čl. 291. st. 4.); protiv rješenja kojim sud određuje vrijednost predmeta spora (FZPP, čl. 321. st. 4.); protiv rješenja kojim se odbija nepravovremen, nepotpun i nedozvoljen zahtjev za isključenje ili izuzeće (FZPP, čl. 358a. st. 4.); protiv rješenja kojim se usvaja zahtjev za isključenje ili izuzeće nije dozvoljena žalba, a protiv rješenja kojim se zahtjev odbija nije dozvoljena posebna žalba (FZPP, čl. 359. st. 5.); protiv odluke suda kojom se usvaja sudjelovanje umješača (FZPP, čl. 370. st. 3.); protiv rješenja odbija ili prihvaća izmijeniti prijepis tonskog snimka (FZPP, čl. 375c. st. 6.); protiv rješenja kojim je sud odbio prijedlog za prekid postupka i odlučio da se postupak odmah nastavi (FZPP, čl. 382. st. 2.); protiv rješenja o zastoju postupka (FZPP, čl. 382a. st. 3.).

2.16. Dostavljanje tužbe na odgovor

Tužba sa prilozima se dostavlja tuženom na odgovor u roku od 30 dana od dana prijema ispravne i potpune tužbe u sudu (FZPP, čl. 69.). U cilju ažurnosti i ubrzanja postupka određuje se da tužba, poslije prethodnog ispitivanja, mora biti dostavljena tuženiku na odgovor u roku od 30 dana od dana prijema ispravne i potpune tužbe u sudu.[25]

2.17. Spajanje i razdvajanje parnica

Ako pred istim sudom teče više parnica između istih osoba ili u kojima je ista osoba protivnik raznih tužilaca ili raznih tuženih, sud može, na prijedlog stranaka ili po službenoj dužnosti, rješenjem spojiti sve te parnice radi zajedničkog raspravljanja, ako bi se time ubrzalo raspravljanje ili smanjili troškovi, a sud može, na prijedlog stranaka ili po službenoj dužnosti, odrediti da se odvojeno raspravlja o pojedinim zahtjevima iz iste tužbe (FZPP, čl. 83. st. 1. i 2.). Suština odredbe jest u tome da se postigne ubrzavanje raspravljanja i smanjenje troškova, a davanje saglasnosti stranaka u velikoj mjeri smanjuje značaj ovog instituta. Naime, praksa je pokazala da stranke koristeći mogućnost dispozicije vrlo često opstruiraju i zloupotrebljavaju isti kako bi odugovlačile postupak pa se dešava da jedno stranka pristane na spajanje, a drugo ne iz potpuno irelevantnih razloga. Stoga se određuje da se mogućnost davanja saglasnosti stranke ukine, te da sud prema opravdanosti konkretnog slučaja cijeni hoće li vršiti spajanje, odnosno razdvajanje postupka

[25] Tako Ljubo Todorović, Mensur Hadžimusić, *Parnični postupak*, (Sarajevo:Feniks, 2003.) 27.

(Prijedlog Novele, Obrazloženje, str. 41).[26] Intencija zakonodavca u propisivanju spajanja parnica radi zajedničkog raspravljanja je ubrzavanje raspravljanja i smanjenje troškova.

2.18. Presumpcije – povlačenje tužbe

Presumpcija ili predmnjeva (lat. *praesumptio:* pretpostavka), zakonsko je pravilo koje uz utvrđenje o postojanju jedne (u pravilu neposredno irelevantne) činjenice (tzv. presumptivne baze) nalaže zaključak o postojanju druge (neposredno relevantne) činjenice (činjenična predmnjeva; *praesumptio facti*) ili pravnoga stanja (pravna predmnjeva; *praesumptio iuris*). Umjesto da izravno dokazuje presumiranu neposredno relevantnu činjenicu ili pravno stanje, stranka treba dokazati samo presumptivnu bazu.[27] Nedvojbeno je da se time ubrzava parnični postupak jer se sud ne mora upustiti u (dugotrajno) dokazivanje o postojanju činjenice ili pravnog stanja. Primjerice, ako na pripremno ročište ne dođe tužitelj, a bio je uredno obaviješten, smatrat će se da je tužba povučena, osim ako tuženik ne zahtijeva da se ročište održi (FZPP, čl. 84. st. 1.). Ili, ako tužiteljc bez opravdanog razloga ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a bio je uredno pozvan, smatrat će se da je povukao tužbu, osim ako se tuženik na tom ročištu upusti u raspravljanje (FZPP, čl. 97. st. 3.). Napuštena je prijašnja mogućnost nastupanja mirovanja postupka. Ovo je također učinjeno u cilju bržeg okončavanja postupka, u slučaju kada tužitelj izgubi interes da se isti vodi.[28]

2.19. Medijacija

Najkasnije na pripremnom ročištu sud može, ukoliko ocijeni da je to svrhovito s obzirom na prirodu spora i druge okolnosti, predložiti strankama da spor riješe u postupku medijacije, kako je predviđeno posebnim zakonom (FZPP, čl. 86.). Medijacija je brza i efikasna metoda rješavanja sporova pa je spor moguće riješiti vrlo brzo, u toku nekoliko dana ili sedmica. Svakako prije nego li da se nastavio voditi parnični postupak.

---

[26] U toku javne rasprave primjedbe i sugestije u pismenom obliku uputio je Kantonalni sud Mostar i iste se odnose na čl. 18. i 44. Nacrta zakona. U članu 18. Nacrta zakona predloženo je da se stavom 2. normira da protiv rješenja iz stava 1. ovog člana žalba nije dopuštena. Ocijenjeno je da navedena odredba nije potrebna u smislu važeće odredbe člana 64. stav 2. koja propisuje da Sud u toku pripremanja glavne rasprave donosi odluke o upravljanju postupkom u skladu s odredbama ovog zakona, te da protiv rješenja iz stava 1. ovog člana nije dopuštena posebna žalba. Prijedlog Novele, str. 54.

[27] *Presumpcija. Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje.* Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021. Pristup 25. lipnja 2023. <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=50224>.

[28] Dabić-Jovičić, Bogdanka., Jašarspahić, Šida., Početna obuka – Modul 2, Građanska oblast, Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine - Javna ustanova Centar za edukaciju sudija i tužilaca u FBiH i RS, (Sarajevo, 2009.), 104.

2.20. Sudska nagodba

Stranke mogu zaključiti nagodbu o predmetu spora u toku cijelog postupka do njegovog pravomoćnog okončanja (sudska nagodba) (FZPP, čl. 87. st. 1.). Sudska nagodba drži se najboljim i najefikasnijim načinom ubrzavanja parničnog postupka. Sudska nagodba dovodi do okončanja parnice, a nakon sudske nagodbe stranke gube pravni interes za traženje pravne zaštite. Sud mora, na način koji ne ugrožava njegovu nepristranost, na pripremnom ročištu, kao i u toku cijelog postupka, nastojati da stranke zaključe sudsku nagodbu (FZPP, čl. 88. st. 1).[29]

2.21. Održavanje glavne rasprave odmah nakon pripremnog ročišta

Sud može odrediti da se glavna rasprava održi odmah nakon pripremnoga ročišta (FZPP, čl. 94. st. 3).

Analizom zakonskog teksta može se zapaziti da se u odredbama st. 2. i 3. čl. 94. FZPP-a koristi imperativni izraz („sud će“) za određivanje krajnjeg roka za održavanje glavne rasprave i dispozitivni izraz („sud može“) kada određuje da se glavna rasprava održi mimo propisanog pravila, imajući u vidu interes stranaka za brzim okončanjem postupka (sud ne može postupati na štetu stranaka, ali može u njihovu korist).[30] Ako se ima u vidu da istovremeno provođenje pripremnog ročišta i ročišta za glavnu raspravu nesumnjivo pojednostavljuje i ubrzava postupak, postoji mišljenje da je intencija zakonodavca bila da ovoj odredbi dade još širu primjenu, pod uvjetom da strankama ne bude uskraćena mogućnost raspravljanja, a posebno da imaju mogućnost odmah raspraviti o svim pitanjima o kojima je određeno da će se raspravljati i provesti sve dokaze čije je provođenje predviđeno.[31] *De lege ferenda*, trebalo bi s aspekta bosanskohercegovačkog prava razmotriti mogućnost da se radi efikasnosti (ubrzanja, pojeftinjenja) procedure prihvate na uštrb neposrednosti neka relativno nova rješenja iz poredbenog prava, kao što je mogućnost da se u postupcima koriste (posredno) dokazi koji su radi utvrđivanja istih činjenica izvedeni u nekom drugom postupku i to tako što bi se zapisnici o njihovu izvođenju, odnosno nalaz i mišljenje vještaka upotrijebili kao dokazno sredstvo.

---

[29] Vidi Jozo Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, (Sarajevo: Privredna štampa, 2016.) 311-316.

[30] Usp. Senad Mulabdić, *„Ročište za glavnu raspravu“, Pravni savjetnik*, broj 9/04: 23.

[31] Zlatko Kulenović, et.al ., *Komentari zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i u Republici Srpskoj*, (Sarajevo: Evropska komisija, 2005.), 177.

2.22. Odgađanje i odlaganje ročišta

U odredbama FZPP-a o odgodi, odlaganju i nastavku ročišta za glavnu raspravu sadržane su značajne novine, koje se svakako moraju reflektirati na ubrzanje postupka i veću ekonomičnost postupka. Sud može odgoditi zakazano ročište za glavnu raspravu prije njegova održavanja, ako ustanovi da nisu ispunjene zakonske predmnijeve za njegovo održavanje ili da dokazi čije je izvođenje određeno neće biti pribavljeni do ročišta (odgoda ročišta) (FZPP, čl. 111. st. 1.).

I odredba čl. 111. st. 3. FZPP-a, prema kojoj kad odgodi ročište sud je dužan o vremenu održavanja novog ročišta odmah obavijestiti sve pozvane, pridonosi brzini vođenja postupka jer se izbjegava kasnija dostava obavijesti strankama. Isto tako, kad se ročište odloži, sud je dužan prisutnima odmah saopćiti mjesto i vrijeme novog ročišta. Sud nije dužan o mjestu i vremenu novog ročišta obavijestiti stranku koja nije bila prisutna na odloženom ročištu, a bila je uredno obaviještena, osim ako su na tom ročištu iznesene nove činjenice (FZPP, čl. 112. st. 3.).

Bržem odvijanju postupka pridonosi i odredba prema kojoj na novom ročištu zakazanom nakon odlaganja rasprave, radnje koje su već provedene ponovo se provode samo ako se ročište drži pred novim sucem ili ako sud smatra da je to neophodno za pravilno donošenje presude, a i u tom slučaju, ako se ročište drži pred novim sucem, sud može, uz suglasnost stranaka, odlučiti da se ponovo ne saslušavaju svjedoci i vještaci i da se ne obavlja novi uviđaj, već da se pročitaju zapisnici o izvođenju tih dokaza (FZPP, čl. 114.)

Značajno je za brzinu postupka i da se ročište za glavnu raspravu ne može odgoditi niti odložiti na neodređeno vrijeme, odnosno u pravilu ne duže od 30 dana (FZPP, čl. 115.).

2.23. Presuda zbog propuštanja

Umjesto presude zbog izostanka u FZPP-u je predviđena presuda zbog propuštanja.[32] Kad tuženik, kome je uredno dostavljena tužba u kojoj je tužilac predložio donošenje presude zbog propuštanja, ne dostavi pismeni odgovor na tužbu u zakonskom roku, sud će donijeti presudu kojom se usvaja tužbeni zahtjev (presuda zbog propuštanja), osim ako je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan (FZPP, čl. 182. st. 1.). Pretpostavlja se da će mogućnost donošenja presude zbog ogluhe poticati tuženike da podnesu odgovor na tužbu i da na taj način pridonose pripremanju glavne rasprave, ubrzanju i koncentraciji u postupanju. Time bi se povećala opća efikasnost parničnog postupka. *Ratio legis* ove vrste presude je jačanje procesne discipline parničnih stranaka i ubrzanje postupka, tako da ona

[32] Prijedlog zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, kolovoz 2003, *Obrazloženje*, str. 102.

stranka koja pokušava propuštanjem rokova ili propuštanjem poštivanja procesnih obveza polučiti koristi pretrpi negativne posljedice.[33]

Odredbama FZPP-a derogirana je mogućnost donošenja presude zbog izostanka. Bez obzira na argumente zakonodavca, držimo da bi ipak iznimno moralo biti moguće, čak i potrebno, moći donijeti presudu zbog izostanka, jer samo na taj bi se način mogao u potpunosti ostvariti sustav afirmativne litiskontestacije i *ratio legis* uvođenja presude zbog propuštanja.

2.24. Dopunska presuda

Ako je uz prijedlog za dopunu presude podnesena i žalba protiv presude, prvostupanjski će sud zastati s dostavom te žalbe drugostupanjskom sudu dok se ne donese odluka o prijedlogu za dopunu presude i dok ne protekne rok za žalbu protiv te odluke (FZPP, čl. 194. st. 1.). S druge strane, postoji mišljenje da rješenje po kojemu je sud u slučaju kada je uz prijedlog za dopunu presude podnesena i žalba protiv presude dužan zastati sa dostavom te žalbe drugostupanjskom sudu dok se ne donese odluka o prijedlogu za dopunu presude i dok ne protekne rok za žalbu protiv te odluke, odgovara tehnološki prevladanim uvjetima u kojima je bilo teško umnažati sudske spise. Drži se da u današnjim uvjetima nema za to opravdanog razloga pa bi, radi ubrzanja postupka i općeg povećanja učinkovitosti pravosuđenja i pravne sigurnosti, trebalo predvidjeti rješenje o razdvajanju postupka u povodu prijedloga i žalbe. Drugim riječima, ako je uz prijedlog za dopunu presude podnesena i žalba protiv presude, prvostupanjski bi sud trebao dostaviti prijepis spisa sa žalbom drugostupanjskom sudu, a sam nastaviti postupak u povodu prijedloga za dopunsku presudu.[34]

Na žalost, u FZPP-u ne postoje više ni instituti djelomična presuda niti međupresuda. Očito je zakonodavac držao da će na taj način povećati efikasnost postupka, a među ostalim je držao i da mogućnost izjavljivanja pravnih lijekova protiv ovih presuda utječe na odugovlačenje postupka,[35] te da se radi o institutima koji ne nalaze svoje racionalno pravno uporište u koncepciji novog zakonskog teksta.[36] Ovakovo rješenje i eventualno razmišljanje zakonodavca držimo pogrešnim i, u najmanju ruku, ishitrenim. Naime, upravo su navedeni instituti u postupcima gdje postoje uvedeni radi veće efikasnosti i brzine postupka.

---

[33] Zlatko Kulenović, et.al., 326.

[34] Dika, Mihajlo., Jozo, Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, (Sarajevo: Privredna štampa, 2000.), 602.

[35] Prijedlog zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, kolovoz 2003, *Obrazloženje*, str. 102; vidi i Tako Todorović, Hadžimusić, 54.

[36] Sanjin Omanović, *Draft novog zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine s komentarom*, (Sarajevo:Magistrat, 2003.), 77.

2.25. Ispravljanje pogrešaka

Pogreške u imenima i brojevima, i druge očite pogreške u pisanju i računanju, nedostatke u obliku i nesuglasnost prijepisa presude s izvornikom ispravit će sud u svako doba (FZPP, čl. 195. st. 1.). Odredbom čl. 324. st. 1. prethodnog FZPP-a bilo je određeno da ispravak vrši sudac (predsjednik vijeća) koji je presudu donio. Zakonodavac je međutim smatrao da bi preuzimanje ovoga uvjeta moglo biti otežavajuća okolnost za brzo i efikasno odvijanje postupka ispravka presuda, pa je u FZPP-u propisao da ispravak može izvršiti bilo koji sudac toga suda.

2.26. Vezanost suda za donesenu presudu

FZPP je znatno pojednostavio proceduru donošenja presude u cilju ubrzanja ovog dijela postupka. Odredbama članka 197. FZPP-a utvrđena su dva stadija u postizavanju relevantnosti presude - stadij vezanosti suda za vlastitu odluku i stadij početka djelovanja odluke prema strankama. Sud je vezan za svoju presudu čim je donesena (FZPP, čl. 197. st. 1) i nakon toga ne može je više povući niti preinačiti.

2.27. Odricanje od prava na žalbu i odustanak od žalbe

Stranka se može odreći prava na žalbu od trenutka prijema presude, a do donošenja odluke drugostepenog suda stranka može odustati od već podnesene žalbe. Odricanje ili odustanak od žalbe ne može se opozvati (FZPP, čl. 204.). Stranke su ovlaštene odricanjem od prava na podnošenje redovnih pravnih lijekova ubrzati nastupanje pravomoćnosti sudskih odluka, a time i ubrzati postupak. Odricanje ubrzava nastupanje pravomoćnosti.

2.28. Iznošenje novih činjenica i predlganje novih dokaza

Vjerojatno najznačajnija izmjena u pogledu materije glavne rasprave jeste ukidanje mogućnosti iznošenja novih činjenica i predlaganja dokaza tokom cijele glavne rasprave. Upravo ova mogućnost se često koristila od strane parničnih stranaka u situacijama kada im je bilo u interesu da se postupak unedogled odugovlači.[37]

Odredbama članka 207. FZPP-a uređeno je pravo na iznošenje novih činjenica i novih dokaza, uključujući i nove prigovore, u žalbi (*beneficium novorum*) protiv kontradiktorne presude donesene u redovnom parničnom postupku. U pravilu, u žalbi se ne mogu iznositi nove činjenice i predlagati novi dokazi. Tako je i odredbom čl. 207. st. 1. FZPP-a propisano da se u žalbi ne mogu iznositi nove

[37] Dabić-Jovičić, Jašarspahić, 104.

činjenice i predlagati novi dokazi, osim iznimno ako žalitelj pruži dokaze da ih bez svoje krivnje nije mogao iznijeti, odnosno predložiti do zaključenja glavne rasprave (FZPP, čl. 207. st. 1).[38] Zakonodavac je smatrao da će se ovo ograničenje pozitivno odraziti na efikasnost, kako prvostupanjskog, tako i drugostupanjskog postupka,[39] odnosno da će se time postupak ubrzati, pojačati disciplina stranaka i onemogućiti zloupotrebu procesnih ovlaštenja.[40]

Pri tom će se postupak znatno ubrzati i ako se detektiraju nesporne činjenice ili činjenice čije postojanje zakon pretpostavlja, kao i općepoznate činjenice.[41]

2.29. Pravila o teretu dokazivanja

Parnično pravo, prebacujući odgovornost za uspjeh dokaznih nastojanja na stranke, daje sudovima moćno oružje za ubrzanje postupka i suzbijanje procesnih zlouporaba.

Nadležni sud dužan je koristiti svoja procesna ovlaštenja primjenom pravila o teretu dokazivanja jer navedena ovlaštenja zakonom su ustanovljena upravo u svrhu racionalizacije i ubrzanja rada sudova, te kao protuteža neograničenoj dispoziciji parničnih stranaka i zlouporabi procesnih prava.[42]

Sud se u dovoljnoj mjeri treba koncentrirati na glavnu raspravu i nastojati je dovršiti na što manje ročišta, bez odugovlačenja i sa što manje troškova, odnosno u dovoljnoj mjeri koristiti procesna ovlaštenja koja su ZPP-om ustanovljena upravo u svrhu racionalizacije i ubrzanja rada sudova. Tako sud koji je održao 13 ročišta bez ikakvih rezultata ispravnom primjenom pravila o teretu dokazivanja trebao je sankcionirati ponašanja stranaka u postupku i time poticati procesnu disciplinu stranaka.[43]

---

[38] Zapaža se razlika u mogućnosti iznošenja novih činjenica, odnosno predlaganja novih dokaza na glavnoj raspravi i u žalbi. Naime, za ove novine na glavnoj raspravi je dovoljno da stranka učini vjerojatnim da ih bez svoje krivice nije mogla iznijeti, odnosno predložiti na pripremnom ročištu dok kod iznošenja novina u žalbi, da bi ih drugostupanjski sud uzeo u razmatranje, potrebno je da žalitelj pruži dokaze kojim će drugostupanjski sud uvjeriti da ih nije mogao iznijeti do zaključenja glavne rasprave. Ervin Zečević, Komentar Zakona o parničnom postupku, (Sarajevo: Logos, 2004.), 204.

[39] Prijedlog zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, kolovoz 2003., *Obrazloženje*, str. 102.

[40] Očita je tendencija da se, s jedne strane, povećava odgovornost stranaka te da se od njih pod prijetnjom prekluzije zahtijeva da doprinesu koncentraciji i ubrzanju postupka, ali da se, s druge strane, baš zbog mogućnosti primjene sankcije prekluzije povećava odgovornost i uloga suda u fazi meritorne pripreme glavne rasprave. Može se, dakle, tvrditi da se zahtijeva veća odgovornost i brižljiva priprema svih subjekata postupka. To nije posljedica ideoloških argumenata nego spoznaje da je tako najbolje i s aspekta postizanja sadržajno kvalitetne sudske odluke i s aspekta racionalizacije i ubrzanja postupka. ALEŠ GALIČ: Ograničenje mogućnosti iznošenja novota i cilj građanskoga parničnog postupka, Zbornik PFZ, 63, (3-4) 799-820 (2013), str. 816.

[41] Bošnjaković, Kokić, *Kako ubrzati postupak u obiteljskim sporovima*, 20.

[42] Ustavni sud RH, Broj: U-IIIA-1032/2003 od 3. 11. 2004.

[43] VSH, Gžzp 410/08-2 od 18. 03. 2009.

2.30. Dostava žalbe protustranci

Radi ubrzanja postupka FZPP-om, u čl. 214., je određeno da prvostupanjski sud protivnoj stranci odmah dostavlja primjerak pravodobne, potpune i dopuštene žalbe, a najkasnije u roku od osam dana od dana primitka žalbe. Ovo je pravilo izraz načela da je žalba dvostrani pravni lijek, odnosno da svaka stranka ima pravo izjasniti se o prijedlozima i zahtjevima protivne stranke (v. FZPP, član 5).[44]

2.31. Zabrana dvostrukog ukidanja presude

Ako drugostepeni sud ocijeni da bi prvostepenu presudu trebalo ponovo ukinuti nakon što je ona već jednom ukinuta povodom žalbe, dužan je zakazati raspravu, osim ako se radi o presudi na osnovu priznanja, presudi na osnovu odricanja i presudi zbog propuštanja (FZPP, čl. 217. st. 3.). Novi stav 3. u čl. 217. FZPP-a uvodi zabranu višestrukog ukidanja prvostepene presude. Zbog zabrane dvostrukog ukidanja prvostepene presude značajno je ubrzan rad drugostupanjskih sudova do donošenja odgovarajuće odluke.

Dosadašnja primjena zakona o parničnom postupku pokazala je da drugostupanjski sudovi vrlo često ukidaju prvostupanjsku presudu pa i onda kad za takvo postupanje nemaju baš uporište u zakonu. Na taj način parnični postupak se odugovlači i strankama se uskraćuje pravna zaštita u razumnom roku. Da bi parnični postupak bio efikasaniji i da bi pravna zaštita bila djelotvorna nužno je ograničiti drugostupanjski sud u pogledu ukidanja prvostupanjske presude. Prije svega, FZPP je redigiran na način da drugostupanjski sud samo iznimno ima ovlaštenje ukinuti prvostupanjsku odluku. Naime, intencija zakonodavca je bila da se ubrza parnični postupak. Stoga drugostupanjski sud prema dosadašnjim pravilima nije bio u mogućnosti ukinuti prvostupanjsku presudu kada je činjenično stanje nepotpuno utvrđeno.

U cilju veće efikasnosti i ubrzanja postupka zakonodavac je propisao i rokove unutar kojih drugostupanjski sud mora održati sjednicu vijeća, odnosno raspravu te donijeti odluku o žalbi.

2.32. Preinačenje prvostupanjske presude

Određenjem čl. 229. FZPP-a, prema kojemu drugostupanjski sud zbog povreda odredaba parničnog postupka preinačuje prvostupanjsku odluku, znatno se ubrzava parnični postupak u odnosu na onaj koji je bio uređen pravilima prethodnog FZPP-a, prema kojima je zbog tzv. apsolutno bitnih povreda odredaba postupka drugostupanjski sud uvijek ukidao prvostupanjsku presudu i predmet vraćao

[44] Zečević, 207.

na ponovno suđenje, kao i zbog relativno bitnih povreda odredaba parničnog postupka ako se na njih u žalbi ukazivalo. Novim rješenjima omogućuje se da drugostupanjski sud pored ostalog, otkloni vrlo čestu povredu pravila postupka kada izreka presude ima nedostatke (da je proturječna sama sebi i razlozima presude), kada nema razloga o odlučnim činjenicama ili kada postoji proturječnost sadržaja isprave i zapisnika s onim što o njima navodi sud u presudi.[45]

2.33. Dostava odluke revizijskog suda strankama

Odluka revizijskog suda dostavlja se prvostupanjskom sudu putem drugostupanjskog suda sa dovoljnim brojem ovjerenih prijepisa svoje odluke za sud, stranke i druge zainteresirane osobe, a prvostupanjski sud je dužan odluku dostaviti strankama u roku osam dana od dana prijema (FZPP, čl. 252.). Članom 56. Novele2016. mijenja se članak 252. FZPP-a na način da se, radi brzine i efikasnosti u postupanju, odluka revizijskog suda dostavlja prvostupanjskom sudu preko drugostupanjskog suda (Prijedlog Novele, Obrazloženje, str. 46). Konkretno, revizijski sud dužan je svoju odluku dostaviti prvostupanjskom sudu putem drugostupanjskog suda sa dovoljnim brojem ovjerenih prijepisa svoje odluke za sud, stranke i druge zainteresirane osobe, a prvostupanjski sud je dužan odluku dostaviti strankama u roku osam dana od dana prijema. Drugim riječima, ovakav prijedlog je u skladu sa činjenicom da je bolji učinak dostavljanja putem sudskog dostavljača (koje ima većina prvostupanjskih sudova) u odnosu na dostavljanje putem pošte. Ovom izmjenom bi se trebao ubrzati postupak i smanjiti troškovi dostavljanja u odnosu na dosadašnju situaciju kada je revizijski sud putem pošte dostavljao svoje odluke.[46]

2.34. Postavljanje privremenog zastupnika

Ako se tokom postupka pred prvostepenim sudom pokaže da bi redovan postupak oko postavljanja zakonskog zastupnika tuženom trajao dugo, tako da bi zbog toga za jednu ili obje stranke mogle nastati štetne posljedice, sud će tuženom postaviti privremenog zastupnika (FZPP, čl. 296. st. 1.). Pod jednakim uvjetima sud treba privremenog zastupnika postaviti i tužitelju. Postavljanje privremenog zastupnika je posebna mjera u postupku koja je utemeljena na načelima ekonomičnosti i efikasnosti u postupku. U uporednom pravu postoje rješenja prema kojima je izbor osobe privremenog zastupnika uređen na način da se on postavlja po redoslijedu sa popisa advokata koji sudu dostavlja nadležna advokatska komora, a sud je dužan poštivati redoslijed sa popisa kada postavlja privremenog zastupnika. Na taj je način omogućena kvalitetna zaštita interesa

[45] Zečević, 220.

[46] *Procjena zakona o parničnom postupku u Bosni i Hercegovini,* OSCE, 2011, str. 60.

stranke kojoj se postavlja privremeni zastupnik, a usto se znatno ubrzava postupak oko postavljanja privremenog zastupnika jer se u sudu već nalazi popis advokata.[47]

2.35. Zastupanje od strane kvalificiranih osoba

Zastupanje po kvalificiranom punomoćniku doprinosi kakvoći pravne usluge, ubrzava rad sudova, te smanjuje troškove postupka.

Ako u parnicama o imovinskopravnim zahtjevima vrijednost predmeta spora prelazi iznos 50.000 konvertibilnih maraka, punomoćnici pravnih osoba mogu biti samo osobe koje imaju položen pravosudni ispit (FZPP, čl. 301a.). Stranka može podnijeti reviziju putem punomoćnika koji je advokat, a iznimno stranka može sama podnijeti reviziju ako ima položen pravosudni ispit, odnosno za nju može reviziju podnijeti kao punomoćnik osoba koja je prema odredbama ovog ili kojeg drugog zakona ovlaštena zastupati je u tom svojstvu iako nije advokat, ako ima položen pravosudni ispit (FZPP, čl. 301b.). Ovim novim odredbama unaprijedilo se provođenje parničnog postupka na način da u parnicama u kojima se kao stranka u postupku pojavljuje privredni subjekt, odnosno privredno društvo, a vrijednost predmeta spora prelazi 50.000 KM, ono mora biti zastupano od strane stručne osobe. Prihvaćena je sugestija da privredne subjekte zastupaju korporacijski pravnici (odnosno pravnici sa položenim pravosudnim ispitom), jer kvalitetno zastupanje doprinosi poboljšanju rada pravosuđa u cjelini, ubrzava i pojeftinjuje postupak.

2.36. Određivanje vrijednosti predmeta spora

Ako u slučajevima u kojima se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, tužitelj vrijednost predmeta spora naznači suviše visoko ili suviše nisko, sud je dužan najkasnije na pripremnom ročištu, a ako pripremno ročište nije održano, onda na glavnoj raspravi prije početka rasprave o glavnoj stvari, brzo i na prikladan način provjeriti točnost naznačene vrijednosti, te rješenjem odrediti vrijednost predmeta spora (FZPP, čl. 321. st. 3). Time se svakako ubrzava postupak.

Sud je ne samo ovlašten, nego i „dužan provjeriti točnost tako naznačene vrijednosti".[48]

2.37. Pravila o dostavi

Prepreke koje često onemogućuju poštivanje zakonom propisanih rokova i brzo djelovanje suda predstavljaju problemi u dostavi pismena.

---

[47] Vidi Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, *prva sveska, parnično procesno pravo*, (Niš:Pravni fakultet Niš, 2010.) 188.

[48] VSBiH, Gž-2410/74 od 23. siječnja 1975.

Dostava je jedna od najčešće navedenih razloga za dugotrajnost sudskih postupaka. Gotovo svaka izmjena ZPP-a bavi se i izmjenama odredaba o dostavi, a sve u svrhu skraćivanja postupaka i poboljšanja učinkovitosti, budući da nemogućnost dostave i neuredna dostava značajno produljuje sudski postupak.

Pooštravanje pravila o dostavi, između ostaloga uspostavljenjem dužnosti stranaka i njihovih zastupnika s registriranom djelatnošću da omogućuju dostavu na adresi iz registra, proširenjem mogućnosti da se dostava obavlja isticanjem pismena na oglasnu ploču suda, uvođenjem institucije zastupnika za primanje pismena i za tužitelja itd., u krajnjoj liniji trebalo bi pridonijeti povećanju opće efikasnosti, procesnoj disciplini i ekonomičnosti u suđenju. Obvezatna (uz nebitne iznimke) dostava tužbe na odgovor i sankcioniranje propuštanja pravodobnog podnošenja odgovora,[49] pridonose ostvarenju procesne ekonomije.

Odredbom članka 79. Novele2016. iza članka 337. dodani su novi čl. 337a. i 337b, a članak 337a. glasi: „(1) Ako se tuženik prije podnošenja tužbe sudu u pisanom sporazumu sklopljenom sa tužiteljom suglasio da mu se dostava u sporovima na koje se sporazum odnosi vrši na određenoj adresi u Federaciji ili putem određene osobe u Federaciji, tužba i druga pismena u postupku tuženiku će se, na prijedlog tužitelja, dostavljati na tu adresu ili toj osobi. Smatrat će se da je dostava tuženiku obavljena kada je pismeno dostavljeno osobi naznačenoj u sporazumu. Sporazum stranaka o ovakvom upućivanju podnesaka i drugih pismena nije nužan ako u parnici obje stranke zastupaju odvjetnici. Kako u velikom broju parnica obje stranke zastupaju odvjetnici, treba se nadati da će sudovi koristiti ovu zakonsku odredbu ne samo zbog ubrzanja postupka, već i zbog uštede budžetskih sredstava suda, budući da troškovi sudske dostave zauzimaju značajno mjesto.[50] Ako se dostava na ugovorenoj adresi ili u sporazumu predviđenoj osobi ne uspije obaviti, sud je dužan odrediti da se daljnje dostave tuženiku obavljaju putem oglasne ploče suda. Ovaj institut bi bio u službi povećanja sigurnosti i efikasnosti dostave, a posebno bi došao do izražaja u komunalnim sporovima, privrednim sporovima, sporovima iz ugovora o kreditu i sl. (Prijedlog2012, str. 55). Temeljni *ratio* ove nove mogućnosti jest u posljedicama koje nastaju za tuženika ako se dostava na adresi iz sporazuma, ili osobi preko koje se dostava ima obaviti, nije mogla obaviti. U takvom slučaju za tuženika nastaju vrlo ozbiljne posljedice jer će se svaka daljnja dostava, budući da je dostava temeljem sporazuma bila neuspješna, obavljati isticanjem pismena na oglasnu ploču suda.

---

[49] Triva, Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 542.

[50] Sessa, Đuro. „Dostava“, u Zbornik „Novote u parničnom postupku“, ur. Ivica Crnić i dr., (Zagreb: Organizator, 2003.), 158.

Ako se određenim osobama na osnovu njihovog zahtjeva i odobrenja predsjednika suda dostava vrši u sudu, pismena koja im upućuje sud, osim prvostupanjske presude, polažu se za njih u posebne pretince u za to određenoj prostoriji suda. Dostavu vrši službena osoba suda (FZPP, čl. 337b. st. 1.). Odredbama FZPP-a 337b. proširila se mogućnost dostave u pretince suda.[51] Uvođenje ovoga oblika dostave motivirano je nastojanjem da se što više smanje troškovi dostave preko drugih dostavnih službi, u prvom redu pošte, ali i da se što više poveća efikasnost i sigurnost u dostavi i time općenito ubrza postupak i osnaži njegova pravozaštitna djelotvornost.[52]

Odredbama članka 355. FZPP-a uređuje se postupak dostave od strane stranaka.[53] Dostavu podneska protivnoj strani, osim tužbe, protutužbe i pravnih lijekova, može obaviti i sama stranka (FZPP, čl. 355. st. 1.), a u tom slučaju će jedan primjerak dostaviti osobno protivnoj stranci, odnosno njenom zakonskom zastupniku, odnosno punomoćniku, a jedan primjerak će predati sudu uz napomenu i dokaz da je dostava drugoj strani već izvršena. U odnosu na odredbe prethodnog FZPP-a o dostavi, ova odredba predstavlja novinu uvedenu u FZPP sa ciljem postizanja veće ekonomičnosti i ubrzanja postupka, odnosno da se postupak provede što racionalnije, brže i jeftinije. Svakako, ovaj način dostave trebao bi pojednostavniti dostavu, pospješiti njezinu efikasnost i sigurnost te povezano sa time općenito ubrzati i pojeftiniti pružanje pravne zaštite.[54]

---

[51] Vanja Bilić, „Razlozi za donošenje Novele Zakona o parničnom postupku i novine u dostavi". u: Novela Zakona o parničnom postupku iz 2013, ur. Vanja Bilić i dr., (Zagreb: Novi informator, 2013.), 25.

[52] Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, parnične radnje*, V. knjiga, (Zgreb: Narodne novine, 2008.),227-228.

[53] U hrvatskom parničnom postupku sud može naložiti strankama da jedna drugoj izravno upućuju pismena preporučeno poštom s povratnicom ili na drugi način koji omogućava dokaz o obavljenoj predaji, osim ako su obje stranke ili njihovi punomoćnici ili zakonski zastupnici uvijek dužni podneske podnositi u elektroničkom obliku. Također treba voditi računa da sva pismena ne podliježu pravilima o osobnoj dostavi. Ako se fizička osoba koja ne obavlja registriranu djelatnost te fizička osoba koja obavlja registriranu djelatnost u sporovima koji se ne tiču te djelatnosti ne zatekne u svom stanu, dostava se obavlja predajom pismena nekome od njezinih poslovno sposobnih članova kućanstva, koji je dužan primiti pismeno. Bošnjaković, Kokić, *Kako ubrzati postupak u obiteljskim sporovima*, 14-19. Ubrzavanju postupka dostave također može doprinijeti i dostava putem javnog bilježnika/notara. Naime prema odredbi čl. 133a hrvatskog ZPP-a propisano je da na zahtjev stranke koja izjavi da je spremna snositi troškove time izazvane, sud može rješenjem protiv kojega nije dopuštena žalba odrediti da se dostava nekoga pismena povjeri javnome bilježniku. U tom će slučaju sud pismeno koje treba dostaviti zajedno sa svojim rješenjem staviti u posebnu omotnicu koju će predati toj stranci.

[54] Tako naprimjer Uredba broj 2020/1784 od 25. 11. 2020. godine o dostavi u državama članicama, sudskih i izvansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima unificira jedan aspekt građanske procedure sa prekograničnim implikacijama, koja se odnosi na dostavljanje pismena. Ovom se Uredbom nastoji poboljšati učinkovitost i brzina sudskih postupaka njihovim pojednostavljenjem i racionalizacijom kada je riječ o dostavi sudskih i izvansudskih pismena u EU, uz istodobno pružanje pomoći u smanjenju kašnjenja i troškova za pojedince i poduzeća. Ona normira sistem dostavljanja koji je nezavisan od postupaka u državama članicama. Adis Poljić, „Uloga suda u pogledu tereta dokazivanja u parničnom postupku Bosne i Hercegovine i evropske unije", pristup, 25. 06. 2023. https://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Anali31god15/15_31_5.pdf,.

2.38. Punomoćnik za primanje pismena

Tužitelj ili njegov zastupnik koji se nalaze u inozemstvu, a nemaju punomoćnika u Bosni i Hercegovini, dužni su već prigodom podnošenja tužbe imenovati punomoćnika za primanje pismena u Bosni i Hercegovini. Ako oni tako ne postupe, sud će ih pozvati da u određenom roku imenuju punomoćnika za primanje pismena, uz upozorenje da će u suprotnom sud tužbu odbaciti (FZPP, čl. 353. st. 1). Dikcija ove odredbe ukazuje na odbacivanje tužbe i bez prethodnog upozorenja i pozivanja na otklanjanje ove procesne zapreke.[55] Drži se kako će ovo rješenje, osim ubrzanju postupka, pridonijeti i smanjenju samog broja postupaka koji su još u tijeku zbog nemogućnosti suda da ostvari kontakt sa tužiteljem.[56]

Punomoćnika za primanje pismena također je instrument kojim se ubrzava postupak budući da se njime izbjegava situacija da se dostava vrši u inozemstvu što značajno produljuje postupak.[57] Uz prvu dostavu tuženiku ili protu-stranci u inozemstvo, sud bi trebao dostaviti i rješenje kojim se stranka poziva u roku od 30 dana imenovati punomoćnika za primanje pismena u BiH, a ukoliko ne postupi po tom rješenju u danom roku, sud treba postaviti istog stranci jer se na taj način skraćuje vrijeme dostave, odnosno ubrzava se postupak.[58]

2.39. Tonsko snimanje ročišta

Jedan od koraka koji se trebaju poduzeti kada je riječ o vječnom pitanju kako ubrzati sudske postupke trebala bi biti i najavljena digitalizacija procesa u pravosuđu. Novine idu u tri smjera: korištenje e-komunikacije među strankama, uvođenje tonskog zapisa na raspravama i audiovizualne veze u pripremnim ročištima.

Primjenom informacijsko-komunikacijske tehnologije u parničnom postupku ostvaruju se brojne prednosti od kojih su najvažnije povećanje transparentnosti, brža dostupnost informacijama, olakšani pristup pravosuđu i ubrzanje postupka. Cilj ove nove mogućnosti je ubrzanje postupka na način da se sud rastereti od unošenja izjava datih na ročištu na zapisnik, te ujedno da se omogući što točnije

---

[55] Tako Šumanović, Miroslav, „Punomoćnici, U: Novote u parničnom postupku, ur. Ivica Crnić, Mihajlo Dika, Ivo Grbin, Branko Hrvatin, Olga Jelčić, Đuro Sessa, Miroslav Šumanović, (Zagreb: Organizator, 2003.) 146., Sessa, 163-164. Suprotno, Ivica Crnić drži kako bi sud prije odbacivanja tužbe trebao postupiti po čl. 109. ZPP-a, tj. podnositelja poučiti i pomoći mu da podnesak dopuni tako da u određenom roku imenuje punomoćnika za primanje pismena. Da je zakonodavac htio ovlastiti sud da to učini bez prethodnog pozivanja stranke na dopunu tužbe, tada bi to izričito propisao kao što je to učinio u odredbi noveliranog čl. 386. st. 2. ZPP-a u odnosu na reviziju. Ivica Crnić, „Bitne novote u parničnom postupku“, *Hrvatska pravna revija*, god. III, br.11 (2003): 93.

[56] Vidi Nagy, „Izmjene i dopune Zakona o parničnom postupku“, Informator, god. L, broj 5078, (2003): 25.

[57] Bošnjaković, Kokić, *Kako ubrzati postupak u obiteljskim sporovima*, 14-19.

[58] *Ibid.* 47.

bilježenje onoga što je rečeno na ročištu, što doprinosi vjerodostojnosti dokaznog postupka.[59] Drži se da tonsko snimanje bitno ubrzava odvijanje ročišta zbog otpadanja potrebe za ponavljanjem - diktiranjem pa je moguća učinkovitija koncentracija raspravnog gradiva, odnosno moguće je smanjiti broj ročišta.[60] [61]

Prema odredbi čl. 375a. FZPP-a ročišta pred sudom mogu se tonski snimati. Člankom 98. Novele2016. dopunnjen je zakonski tekst novim članovima 375a, 375b. i 375c. kojima se uvodi mogućnost tonskog snimanja ročišta. Predloženim članovima se regulira način postupanja suda prilikom provođenja tonskog snimanja, a svrha je unapređenje sudskog postupka i veća vjerodostojnost dokaznog postupka (Prijedlog Novele, Obrazloženje, str. 51).

2.40. Nepoštivanje suda

Sud je dužan u toku postupka kazniti novčanom kaznom od 100 do 1.000 KM stranku, zakonskog zastupnika, punomoćnika ili umješača koji su svojim parničnim radnjama teže zloupotrijebili prava priznata ovim zakonom (FZPP, čl. 406.). Ovom odredbom sudu je dato ovlaštenje i dužnost da može sankcionirati svako teže zlorabljenje prava priznatih FZPP-om od strane sudionika u postupku (stranaka, zakonskoga zastupnika, punomoćnika ili umješača). Stoga je i cilj odredaba ove glave osigurati brzo i efikasno provođenje postupka, na način da se onemogući zlouporaba procesnih ovlaštenja, da se podigne autoriteta suda uopće.

2.41. Strogi režim rokova

Radi osiguranja režima vremenskog niza parničnih radnja strankama se ne dopušta da svojim dispozicijama utječu na određivanje rokova i ročišta.

Priroda parničnog postupka i načelo ekonomičnosti zahtijevaju da se parnične radnje odvijaju određenim vremenskim redoslijedom i u određenom vremenskom razmaku. FZPP-om je određeno da se procesne radnje poduzimaju u određenim rokovima i na ročištima. Rokovi su procesna sredstva kojima se osigurava koncentracija postupka, procesna disciplina, efikasnost i ekonomičnost postupka, te pravna sigurnost u pružanju pravne zaštite. Suvremeni procesni sustavi pokazuju tendenciju općeg skraćivanja vremena za poduzimanje procesnih radnji.

---

[59] Tako *Prijedlog izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku*, Radna grupa za izmjene i dopune ZPP U BiH, RS, FBiH i BRČKO DISTRIKTU BiH, Ilidža – 4. i 5. 2012. godine, dalje – Prijedlog2012., 68.

[60] Vidi Vanja Bilić, „Troškovi postupka, dostava i tonsko snimanje glavne rasprave prema Zakonu o izmjenama i dopunama ZPP-a 2011." U: Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011, Vanja Bilić i dr., (Zagreb, Novi informator, 2011.,), 80.

[61] Tako i više o tome kod Jozo Čizmić, Marija Boban. „Tonsko snimanje ročišta pred sudovima Federacije Bosne i Hercegovine", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* , vol. 40, br. 1 (2019): 59-80.

Vremensko ograničavanje prava na poduzimanje procesnih radnja osigurava relativnu brzinu pružanja pravne zaštite i pridonosi ostvarenju pravne sigurnosti.[62]

Vremensko ograničavanje prava na poduzimanje procesnih radnja osigurava relativnu brzinu pružanja pravne zaštite i pridonosi ostvarenju pravne sigurnosti. Suvremeni procesni sistemi pokazuju tendenciju općeg skraćivanja vremena za poduzimanje procesnih radnja. Ta tendencija rezultat je sve većeg ubrzavanja pravnog prometa na svim područjima društvenog života.

Prema odredbi čl. 323. FZPP-a, ako rok nije određen zakonom, određuje ga sud s obzirom na okolnosti slučaja, a rok koji sud odredi iznimno se može produžiti na prijedlog zainteresirane osobe ako za to postoje opravdani razlozi, ali se prijedlog za produžetak roka mora podnijeti prije proteka roka čiji se produžetak traži.

2.42. Požurnica

Požurnica je molba stranke za brže rješavanje postupka, a mora imati valjani razlog da bi bila prihvaćena. U skladu sa Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku („Službeni glasnik RS“ br. 99/20), zahtjev za ubrzanje postupka predstavlja pravno sredstvo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Zahtjev za ubrzanje postupka se podnosi sudu pred kojim se vodi postupak i mora sadržavati: ime i prezime podnositelja zahtjeva za ubrzanje postupka, adresu njegovog prebivališta ili boravišta, odnosno naziv i sjedište ukoliko je riječ o pravnom licu; ime i prezime zakonskog zastupnika odnosno punomoćnika podnosioca zahtjeva i adresu njegovog prebivališta ili boravišta, odnosno naziv i sjedište, poslovni broj predmeta na koji se odnosi zahtjev za ubrzanje postupka; podatke i okolnosti u vezi sa predmetom na koji se odnosi zahtjev za ubrzanje postupka. O zahtjevu za ubrzanje postupka odlučuje predsjednik suda, a ako se radi o predmetu predsjednika suda, o zahtjevu za ubrzanje postupka odlučuje zamjenik predsjednika suda. Podnosilac zahtjeva za ubrzanje postupka, čiji je zahtjev odbijen, može podnijeti novi zahtjev za ubrzanje postupka kada istekne 6 mjeseci od dana prijema rješenja o odbijanju zahtjeva za ubrzanje postupka (ako nije podnio žalbu), odnosno od dana prijema rješenja o odbijanju žalbe (ako je podnio žalbu).

Upućivanje predstavke – požurnice kojom se traži ubrzavanje rješavanja pojedinog predmeta sâmo se sebi ne čini razlog za prekoredno rješavanje predmeta, već predstavlja podlogu za provjeru odgovara li dotadašnja dinamika rješavanja predmeta propisanom redoslijedu rješavanja predmeta te uobičajenoj i realno mogućoj dinamici, imajući u vidu da bi prihvaćanje utjecaja pukog podnošenja požurnice (neovisno o osnovanosti njenog sadržaja) na dinamiku rješavanja spora

[62] Triva, Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 379.

neosnovano u nepovoljniji položaj stavilo druge stranke, čiji predmeti su prije na redoslijedu za rješavanje.[63]

2.43. Sustav afirmativne litiskontestacije

Stranke mogu slobodno raspolagati zahtjevima koje su stavile tijekom postupka (FZPP, čl. 3. st. 1.).

Teza afirmativne litiskontestacije polazi sa stajališta da pasivnost stranaka ne smije spriječiti rad suda i zaštitu protivnika. Nastojeći izmiriti neprihvatljivost prisile s potrebom sprečavanja zloupotrebe ovlaštenja, formira se pravilo po kojemu stranka koja zauzima pasivan stav samim time priznaje istinitost protivnikovih navoda (o kojima zbog toga ne treba izvoditi dokazivanje), a ponekad i osnovanost njegovih zahtjeva – po načelu *qui tacet consentire videtur.* Ako se ova teza ne prihvati, njezini zagovornici smatraju da se time podilazi nelojalnom uskraćivanju suradnje stranaka sa sudom, da se time omogućuje odugovlačenje i poskupljenje postupka; a njezinim prihvaćanjem se omogućuje brzina i efikasnost postupka.[64]

3. ZAKLJUČAK

1/ Svakako, problematika ubrzanja parničnog postupka najbolje bi se mogla riješiti na način da se spor riješi prije, odnosno bez pokretanja parničnog postupka (dobrovoljno ispunjenje obveze, samopomoć, arbitraža i medijacija, kompenzacija, oprost duga, konfuzija, nemogućnost ispunjenja tražbine, rješavanje spora pred sudom časti komora, i sl.). U situaciji kad su sudovi preopterećeni brojem predmeta, što znatno utječe na brzinu njihova rješavanja, posve je prirodno da se nastoji postići da u što većoj mjeri stranke same, bez angažiranja suda razriješe svoj sporni odnos ili da njegovo rješavanje povjere nekom drugom tijelu, a ne državnom sudu.

2/ Međutim, svojevrsni pred-stadij parničnog postupka je skoro u potpunosti nereguliran odredbama FZPP-a (jedna od iznimki je, primjerice, naknada parničnih troškova nastalih prije ili u svezi s parnicom). Pitanje spornog građanskopravnog odnosa neposredno prije podnošenja tužbe moguće je urediti na više načina: ograničenjem subjekata spornog građansko pravnog odnosa na podnošenje tužbe neposredno prije nego se obrate sa zahtjevom za sporazumno rješavanje spornog odnosa i mogućeg zaključenja sudske nagodbe pravo i mogućnost

[63] Upravni sud u Rijeci, Obraćanje stranaka Uredu predsjednika suda, podatak na stranici: https://sudovi.hr/hr/usri/o-sudovima/obracanje-stranaka-uredu-predsjednika-suda, pristup 16. 05. 2023.

[64] Triva, Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 153.

parničnih stranaka da prije podnošenja tužbe pokušaju spor riješiti mirnim putem; reguliranjem/uvođenjem instituta opomene pred tužbu (koji se u praksi koristi), poticanjem zaključenja izvan sudskih nagodbi kojima bi se priznavao status ovršne isprave, što bi potencijalnom tuženiku dalo vremena i mogućnosti da ispuni svoju obvezu i riješi se nepotrebnih parničnih troškova, gubitka vremena i sl.[65]

Ubrzavanju postupka bi doprinijelo da se koriste već ranije provedena **vještačenja prije i izvan sudskog postupka ili ona koja su provedena u drugom sudskom postupku**, međutim važno je za napomenuti da je za isto potrebna suglasnosti stranaka u postupku.[66]

Osiguranje dokaza je procesni institut pomoću kojeg se određeni dokazi izvode u kratkom vremenskom roku, prije početka parničnog postupka ili u toku postupka, ali prije nego što se dokaz može provesti na glavnoj raspravi, a iz razloga što bi kasnije izvođenje ovog dokaza moglo biti nemoguće ili otežano. I ovakvo novo rješenje ukazuje na tendenciju za ubrzavanje postupka pred sudom. Naime, pretpostavlja se da u prijedlogu za osiguranje dokaza treba učiniti vjerojatnim postojanje određene vjerojatnoće osnovanosti zahtjeva koji se temelji na činjenicama, koje s mogu dokazati dokazima čije se osiguranje predlaže.[67]

Izvansudskom nagodbom drži se nagodba koja nije zaključena sudjelovanjem nadležnog suda, već izravno od stranaka. Upravo zbog toga što se izvansudska nagodba zaključuje bez sudjelovanja suda, takva nagodba ne predstavlja parničnu radnju i nema utjecaja na tijek parnice, odnosno izvansudska nagodba nema pravni učinak sudske nagodbe.[68] Naime, ako je tijekom parnice zaključena izvansudska nagodba parnica se nastavlja i ne gasi se po sili zakona. Sud treba zaključenu izvansudsku nagodbu uzeti u razmatranje samo po prigovoru stranke i o njoj odlučiti kao o materijalno-pravnom pitanju. Stranke izvansudskom nagodbom mogu ugovoriti da će nakon njezina zaključenja tužitelj povući tužbu (v. FZPP, čl. 59).[69]

Radi veće efikasnosti, uštede vremena i troškova, u praksi je preporučljivo prije upuštanja u sudski spor dužnika upozoriti o postojanju duga i namjeri da se pokrene sudski postupak u slučaju da on ne izvrši svoju obvezu, a to se uobičajeno radi upravo slanjem opomene pred tužbu (utuženje). **Opomena pred tužbu** je

---

[65] Čizmić, 36.

[66] Bošnjaković, Kokić, *Kako ubrzati postupak u obiteljskim sporovima*, 21.; VSH, Rev-2277/18-2.

[67] Dabić-Jovičić, Jašarspahić, 135.

[68] Potanje kod Dušan Radoman, „Uloga i značaj sudske i vansudske nagodbe“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, god. LIII, br. 4 (1981), 1-9.

[69] Usp. Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, (Beograd:Savremena administracija, 2010.), 336. i Veroljub Rajović, Milorad Živanović, Radoslav Momčilović, *Građansko procesno pravo,* (Banja Luka: Apeiron, 2001.), 112.

pred-procesno sredstvo pokušaja mirnog rješenja spora koje nije izrijekom propisano našim parničnim zakonima. Najčešće se upućuje kod novčanih obveza ili u stvarno-pravnim odnosima (uključujući i pitanje posjeda), ona nije ograničena samo na te slučajeve. Upućivanje opomene pred tužbu nije obvezna radnja u cilju rješenja spora, već upravo kako je rečeno – pokušaj upozorenja ili mirnog rješenja nastalog spora. Kako služi i kao sredstvo upozorenja, dužnik koji primi opomenu pred tužbu, u slučaju kasnijeg podnošenja tužbe neće biti u značajno nepovoljnijem položaju u odnosu na tužitelja, bar u pogledu činjenice da je mogao i prije pokretanja parničnog postupka pripremiti svoju obranu.[70] Opomenu pred tužbu ovlaštena je sastaviti svaka osoba.

3/ Ubrzanje parničnog postupka može se postići: a**/zakonskim odredbama** (promjenom onih koje odugovlače postupak ili donošenjem novih efikasnijih); b**/ aktivnostima i odlukama sudova**; c**/ aktivnostima stranaka** (primjerice, zainteresirana parnična stranka može sudu uputiti obrazloženu požurnicu).[71] Usto, moguće su i postoje **javne aktivnosti** pojedinih interesnih skupina i medija kojima se javno traži ubrzanje konkretnog parničnog postupka (pojedinci iznose svoj predmet u medijima). Indirektno, tijekom **redovitog ili izvanrednog nadzora** rada pojedinih sudaca od strane nadležnih tijela (viši sudovi, ministarstvo pravde, VTSV) prema uvidu u stanje pojedinog predmeta može se sucu naložiti da predmet dovrši u primjerenom/razumnom roku. Nadalje, osim aktivnostima zakonodavca, suda i stranaka, do ubrzanja parničnog postupka može posredno doći i **aktivnostima zainteresirane znanstvene, stručne i opće javnosti** koja na razne načine može predložiti i potaknuti reformu parničnog zakonodavstva pa i odredbi koje pogoduju ubrzanju i većoj efikasnosti parničnog postupka (savjetovanja, radionice, znanstveni i stručni radovi, javne tribine i javni skupovi, aktivnosti raznih udruga i interesnih skupina, medija i sl.). Radi se svakako o aktivnostima koje nisu usmjerene na ubrzanje pojedinog, konkretnog parničnog postupka, odnosno konkretnog predmeta/spora.

Primjeri dobre prakse i postojeća iskustva jasno pokazuju da izmjena zakona (što je naizgled najbrže i najjednostavnije rješenje) nije dovoljna. Za postizanje namjeravanih učinaka važnije su **sudska praksa** i dosljedna provedba rješenja

---

[70] Bojan Maksimović, *Opomena pred tužbu (sredstvo upozorenja i mirnog rješenja sporne stvari),* pristup 25. lipnja 2023. https://advokaticvijanovic.com/sloboda-izrazavanja-advokata-slucaj-ceferin-protiv-slovenije-2/

Potanje kod Radoman. 1-9.

[71] Stranka je ne samo ovlaštena nego i dužna da, radi ubrzanja postupka i smanjenja troškova, poduzima u postupku određene parnične radnje. U protivnom, snosi odgovarajuće posljedice“ (VPSV, Pž-413/74).

razvijenih na temelju informiranih odluka potpomognutih detaljnim analizama, preciznim empirijskim podacima i pažljivim praćenjem učinaka.[72]

Mjere koje bi sud pred kojim je postupak u tijeku mogao poduzeti u svrhu ubrzanja postupka obuhvaćale bi, npr. donošenje rješenja o izvođenju dokaza, zakazivanje ročišta za raspravljanje o spornoj stvari ili zakazivanje ročišta za usmenu raspravu. Iako je podnositelj žalbe i sam ovlašten predložiti mjere koje bi sud u cilju ubrzanja postupka mogao poduzeti, sud nije vezan prijedlogom podnositelja.[73]

Kako povećanje broja sudaca u pravilu nigdje više nije opcija za rješavanje problema neučinkovitosti sudova, sudbene vlasti sve se više okreću drugim rješenjima: izmještanjem predmeta iz nadležnosti sudova, uklanjanje pojedinih vrsta predmeta/sporova iz nadležnosti sudova, kanaliziranje rješavanja sporova na druga tijela (npr. prema alternativnim načinima rješavanja sporova – ADR ili javnim bilježnicima) i jačanje postupaka inicijalne procjene spora/predmeta u cilju ranog odbacivanja. Sudske pristojbe također se primjenjuju za obeshrabrivanje odgađanja ročišta i drugih načina odugovlačenja postupka, obijesnog parničenja. Ove mjere usmjerene su na ubrzavanje reakcije sudova uvođenjem pojednostavnjenih i ubrzanih postupaka (i tako specijaliziranih sudova); davanjem većih ovlasti sucima u upravljanju i dinamici postupka (a ne strankama); delegiranjem više odgovornosti sudskim savjetnicima i pojedinim kategorijama službenika; osiguravanjem veće učinkovitosti pripremnih/prethodnih postupaka u cilju preciznog definiranja spornih pitanja; ograničavanjem svjedoka i dokazivanja; te poticanjem stranaka prema sporazumnom rješavanju sporova (arbitraža, medijacija, mirenje).[74]

Jedna od mjera za ubrzanje postupka moglo bi biti i održavanje ročišta na daljinu (on line), a posebno u predmetima u kojima je održavanje ročišta neodložno i nužno. Takva je inicijativa već postojala za vrijeme pandemije korona virusom kada je održavanje ročišta sa neposrednim prisustvom stranaka, predstavljalo zdravstveni rizik po učesnike u postupku. Prije toga bi trebalo osigurati tehničke i kadrovske uvjete te provesti određene legislativne intervencije.

U literaturi se navodi niz metoda za ostvarivanje načela ekonomičnosti (efikasnosti i brzine postupka). Tako se navodi da su od primarnog značenja zakonske odredbe koje imaju za cilj koncentraciju postupka tako da se rasprava po mogućnosti dovrši na jednom ročištu. Postupak treba organizirati funkcionalno,

---

[72] Garačić, *Efikasnost sudovanja – izgledi za budućnost*.

[73] Aleksandra Maganić, „Pravna sredstva protiv neučinkovitog suca". Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci Vol. 30, br. 1 (2009): 529.

[74] Garačić, *Efikasnost sudovanja – izgledi za budućnost*.

da se u njemu poduzimaju samo radnje od kojih treba očekivati realne i bitne rezultate. Procesne formalnosti treba svesti na najnužniju mjeru. Režim rokova i ročišta trebao bi biti strog. Pri mogućnosti izbora između više metoda, prednost treba dati onoj koja je brža i jeftinija. Temeljita priprema i prethodna organizacija raspravljanja omogućuje racionalno korištenje radnih kapaciteta suda i ostalih sudionika u postupku. Usmeno raspravljanje skraćuje tehniku dokazivanja, obostranog saslušanja i kontradiktornog raspravljanja. Pri odlučivanju o procesnim pitanjima, koja imaju samo instrumentalni značaj, treba se zadovoljavati vjerojatnošću pri utvrđivanju relevantnih činjenica. Redukcijom razloga apsolutne ništavosti i ograničavanjem mogućnosti ulaganja pravnih lijekova i razloga zbog kojih se mogu podnositi postižu se također ciljevi ekonomičnosti. Nastojanja stranaka usmjerena na odugovlačenje postupka i izvođenje suvišnih procesnih radnja mogu se suzbijati primjenom pravila o nepriznavanju nesvrsishodnih troškova i o dužnosti (promptne) naknade troškova prouzrokovanih skrivljenim ponašanjem stranke tijekom postupka makar i pobijedila u parnici te korištenjem ovlaštenja za izricanje sankcija zbog zloupotrebe prava u postupku. Ekonomičnost se ostvaruje i pravilima o ograničavanju mogućnosti da se sud nakon početnih stadija postupka, po službenoj dužnosti ili na prijedlog stranaka, oglasi relativno nenadležnim); pravilima o ustaljivanju nadležnosti; odredbama o nastavku postupka pred nadležnim sudom; o svrsishodnoj delegaciji;[75] pravilima o atrakciji nadležnosti; pravilima o spajanju i razdvajanju parnica; sugeriranjem strankama da svojim dispozicijama omoguće okončanje spora; izricanjem djelomične presude i međupresude; rješavanjem u svojoj kompetenciji prejudicijelnih pitanja i dr.[76]

Sada je već potpuno jasno da je u prethodnoj reformi parničnog postupka iz 2016. godine (a i prije) iz FZPP-a nepotrebno i ishitreno izostavljeno nekoliko instituta koji su upravo pridonosili brzini i ekonomičnosti parničnog postupka - presuda zbog izostanka, postupak izdavanja platnog naloga, postupak u privrednim sporovima, djelomična presuda, međupresuda i sl., pa je radi efikasnosti parničnog postupka nužno ih vratiti u FZPP.

Da je postojeće odredbe zakona o parničnom postupku neophodno mijenjati i dopunjavati, pokazuju i aktivnosti više sudova u Bosni i Hercegovini (Općinski i Kantonalni sud u Sarajevu, Općinski i Kantonalni sud u Zenici, Općinski i Kantonalni sud u Tuzli te Opštinski i Okružni sud u Banjoj Luci) koji su zbog takvih nedostajućih zakonskih odredbi donijeli smjernice za postupanje u parničnim postupcima, kojim smjernicama su uredili određene stadije parničnog postupka koji uopće zakonski nisu propisani ili su nedostatno uređeni, a kao takvi

[75] Zakonske odredbe o svrsishodnoj delegaciji odraz su načela ekonomičnosti (VSRH Gr 389/93, IO 2/1995-116).

[76] Triva, Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 145-146.

prisutni su u svakodnevnoj praksi sudova. Spomenute smjernice koriste sudovi u svakodnevnom radu i iste predstavljaju jedinstvene stavove usuglašene od strane prvostepenih i drugostepenih sudova. Kao takve smjernice će vjerojatno ostati na snazi s njihovim eventualnim dopunama sve do donošenja novog zakona o parničnom postupku kojim će biti na jedan sveobuhvatan način uređen parnični postupak. Upravo navedene smjernice ukazuju na neophodnost temeljite reforme parničnog postupka u kojem postupku će parničnim strankama biti osiguran jednak i ravnopravan pravni položaj a da pri tom se onemogući svako nepotrebno odugovlačenje toka parničnog postupka.[77]

U procesnopravnoj teoriji i praksi može se naći i niz prijedloga koji se ne odnose izravno na ubrzanje parničnog postupka, ali bi mogli povoljno djelovati i u tom smjeru - preraspodjela predmeta na manje opterećene sudove, prekovremeni rad sudaca i administrativnog osoblja, rješavanje predmeta kako su pristigli, promoviranje izvansudskog načina rješavanja sporova (seminari, edukacija stranaka, donošenje novoga zakona o arbitraži), angažiranje sudaca koji su u mirovini i produženje radnog odnosa nakon 65 godina života, zapošljavanje novih sudaca, digitalizacija sudskog postupka i sudske uprave, nova oprema, zapošljavanje IT stručnjaka

Značajna mjera ubrzanja parničnog postupka bila bi i jest kontinuirana edukacija sudaca i stručnih suradnika na tom području, ali i korištenju sudske prakse, o informatičkoj podršci i bazama podataka, razvijanju sposobnosti prepoznavanja spornih situacija preko analize primjera iz sudske prakse i sl. Posebnu ulogu i zadatak na tom području imaju Centar za edukaciju sudaca i tužitelja, Visoko tužilačko i sudačko vijeće, komore u području pravosuđa, ministarstva pravde, pravni fakulteti.

Za uspjeh svake reforme nužno je osigurati u proračunu/budžetu financijska sredstva potrebna za njezino provođenje pa i za provođenje mjera koje bi vodile ubrzanju parničnog postupka. I ne misli se samo na proračunska sredstva.

[77] Čizmić, 19-20.

LITERATURA

1. Benzon, Iva, Marija Vujeva. „Postupak u sporovima male vrijednosti - Analiza procesnih instituta u teoriji i praksi nakon Novele Zakona o parničnom postupku iz 2013.“. Pravnik : časopis za pravna i društvena pitanja, Vol. 48, No. 98 (2015): 23-52.
2. Bilić, Vanja. „Razlozi za donošenje Novele Zakona o parničnom postupku i novine u dostavi“. U: *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2013*, Vanja Bilić i dr., broj str. Zagreb, Novi informator, 2013.
3. Bilić, Vanja. „Troškovi postupka, dostava i tonsko snimanje glavne rasprave prema Zakonu o izmjenama i dopunama ZPP-a 2011.“ U: *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011*, Vanja Bilić i dr., broj str. Zagreb, Novi informator, 2011.
4. Bošnjaković, Lidija, Kokić, Tijana. „Kako ubrzati postupak u obiteljskim sporovima“. *Pravosudna akademija*, (2022): 1-52.
5. Crnić, Ivica. „Bitne novote u parničnom postupku“. *Hrvatska pravna revija*, god. III, br.11 (2003): 81-107
6. Čizmić, Jozo. “Preinaka tužbe“. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 28 No. 1 (2007): 39-73.
7. Čizmić, Jozo. *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Privredna štampa, 2016.
8. Čizmić, Jozo. „Neka razmatranja o nužnosti strukturalnih promjena odredaba Zakona o parničnom postupku FBiH“ U: *Perspektive reforme parničnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini*, eds. Arben Murtezić, Davor Trlin, JU Centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH, 11-101. Sarajevo, 2022.
9. Čizmić, Jozo., Marija Boban. „Tonsko snimanje ročišta pred sudovima Federacije Bosne i Hercegovine“. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* , vol. 40, br. 1 (2019): 59-80.
10. Dabić-Jovičić, Bogdanka., Jašarspahić, Šida., *Početna obuka – Modul 2, Građanska oblast*, Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine - Javna ustanova Centar za edukaciju sudija i tužilaca u F BiH i RS, Sarajevo, 2009.
11. Dika, Mihajlo., *Građansko parnično pravo, parnične radnje*, V. knjiga, Narodne novine, Zagreb, 2008.,
12. Dika, Mihajlo., Jozo, Čizmić. *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Privredna štampa, 2000.
13. Fellmeth, Aron. X., Maurice Horwitz. *Guide To Latin In International Law. Second edition*. New York: Oxford University Press, 2021,
14. Garačić, Ana. *Efikasnost sudovanja – izgledi za budućnost*, Pristup 16. 05. 2023. https://www.vsrh.hr/a-garacic-efikasnost-sudovanja.aspx
15. Juračić, A., *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u građanskim stvarima u hrvatskom pravnom sustavu, magistarski znanstveni rad*, Zagreb: 2012.

16. Kulenović, Zlatko, Stjepan Mikulić, Svjetlana Milišić-Veličkovski, *Komentari zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i u Republici Srpskoj*, Sarajevo: Evropska komisija, 2005.
17. Maganić, Aleksandra. „Pravna sredstva protiv neučinkovitog suca". *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* Vol. 30, br. 1 (2009): 515-559
18. Maksimović, Bojan, Opomena pred tužbu (sredstvo upozorenja i mirnog rješenja sporne stvari), Pristup 25. lipnja 2023. https://advokaticvijanovic.com/sloboda-izrazavanja-advokata-slucaj-ceferin-protiv-slovenije-2/
19. Mulabdić, Senad. „Ročište za glavnu raspravu" *Pravni savjetnik*, broj 9/04, (2004): 25
20. Nagy, E., *Izmjene i dopune Zakona o parničnom postupku*, „Informator", god. L, broj 5078, od 17. studenoga 2003.
21. Omanović, Sanjin. *Draft novog zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine s komentarom*, Sarajevo: Magistrat, 2003.
22. Poljić, Adis., *Uloga suda u pogledu tereta dokazivanja u parničnom postupku Bosne i Hercegovine i evropske unije*, Pristup 25. 06. 2023. https://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Anali31god15/15_31_5.pdf
23. Porobić, Miralem, Vedran Porobić, Jasmin Porobić. *Zakoni o parničnom postupku (Federacija BiH, Republika Srpska i Brčko Distrikt BiH) sa komentarom i sudskom praksom*, Sarajevo, 2004.
24. Poznić, Berivoj, Vesna Rakić Vodinelić. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Savremena administracija, 2010.
25. Račić, Ranka. Primjena Zakona o parničnom postupku. U: *II. savjetovanje iz građanske oblasti u Bosni i Hercegovini*, str.rada?.Jahorina, 2007.
26. Radoman, Dušan. Uloga i značaj sudske i vansudske nagodbe. Glasnik Advokatske komore Vojvodine, časopis za pravnu teoriju i praksu, volumen 53, broj 4 (1981): 1-9.
27. Rajko, Alen. *Predstavke (požurnice) upućene predsjednicima sudova,* Pristup 16. 05. 2023. https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/28440,.
28. Rajović, Veroljub, Milorad Živanović , Radoslav Momčilović. *Građansko procesno pravo*, Banja Luka: Apeiron, 2001.
29. Sessa, Đuro. „Dostava". *Zbornik „Novote u parničnom postupku*", eds. Ivica Crnić i dr., str? Zagreb: Organizator, 2003.
30. Stanković, Gordana. *Građansko procesno pravo*, *prva sveska, parnično procesno pravo*, Niš:Pravni fakultet Niš, 2010.
31. Stokić, Matija. *Sankcioniranje zlouporaba procesnih prava stranaka u parničnom postupku* (1. dio), Zagreb: Informator, br. 5433, 16-18.

32. Šagovac, Antun. *Urušavanje pravne zaštite u parničnom postupku*, Informator, broj 6446, Pristup: 25. 06. 2023. https://informator.hr/strucni-clanci/urusavanje-pravne-zastite-u-parnicnom-postupku
33. Šumanović, Miroslav, „*Punomoćnici*, U: Novote u parničnom postupku ur. Ivica Crnić, Mihajlo Dika, Ivo Grbin, Branko Hrvatin, Olga Jelčić, Đuro Sessa. Zagreb: Organizator, 2003.
34. Todorović, Ljubo, Mensur Hadžimusić. *Parnični postupak*, Sarajevo: Feniks, 2003.
35. Triva, Siniša, Mihajlo Dika. *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb: Narodne novine, 2004.
36. Triva, Siniša. „Mjere koje imaju za cilj da građanski sudski postupak bude brži i efikasniji". *Arhiv*, 58, br. 4. (1972): 418-428.
37. Uzelac, Alan., *Na ubrzanje sudskih postupaka mnogo veći učinak od postavljenih rokova imat će plan upravljanja parnicom*, LIDER, od 9. veljače 2022. Pristup 25.09.2022. https://lidermedia.hr/poslovna-scena/hrvatska/uzelac-na-ubrzanje-sudskih-postupaka-mnogo-veci-ucinak-od-postavljenih-rokova-imat-ce-plan-upravljanja-parnicom-141016
38. Zečević, Ervin. *Komentar Zakona o parničnom postupku*. Sarajevo: Logos, 2004.
39. Zuglia, Srećko, Siniša Triva. *Zakon o parničnom postupku*, knjiga I – II, Zagreb: Narodne novine, 1958.

SOME CONSIDERATIONS ABOUT SPEED UP OF LITIGATION PROCEDURE (IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA)

The most frequent problem of the Bosnian civil procedure, that is, the judicial authorities, is the long duration of the proceedings. The duty of the court and all participants in the civil proceedings is to try to conduct the proceedings without delay, within a reasonable time and with as few costs as possible, with the obligation of the court to prevent any abuse of rights in the proceedings. Acceleration of the procedure substantively realizes the right to a trial within a reasonable time. Acceleration of the civil procedure can be achieved by legal provisions; activities and decisions of the courts; activities of the parties. Acceleration of the procedure does not have to and must not be in conflict with the quality of the procedure and the making of a correct decision.

In the paper, the author points out the importance of quick court decisions, the reasons for the lengthy proceedings, as well as possible measures to speed up the litigation process.

Key words: *acceleration of civil proceedings; reasonable term; efficiency of proceedings.*

REFERATI

Full Prof. Tatjana Zoroska Kamilovska, Ph.D.,
Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius
University in Skopje, Republic of North Macedonia*
Mr. sc. Tea Micevska, Assistant, Faculty of Law
"Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius
University in Skopje, Republic of North Macedonia**

THE ADMISSIBILITY OF ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURE: TO WHAT EXTENT THE END JUSTIFIES THE MEANS?

UDK: 347.94 (497.7)
Original scientific paper

The process of obtaining evidence in court proceedings, including civil proceedings, is undoubtedly the most complex and demanding procedural activity. The courts are increasingly confronted with the issue of unlawfully obtained evidence, especially due to the rapid expansion of the digitalization in the contemporary society. Most of the countries do not have explicit rules that exclude or admit the use of illegally obtained evidence in civil proceedings. This legislative silence may be a result of the fact that the interests in the civil proceedings generally do not involve public policy. The general impression is that civil courts prioritize giving more weight to obtaining all relevant evidence in pursuit of the truth, rather than excluding evidence solely on the basis that it was improperly obtained. The Republic of North Macedonia is one of the countries whose legislator is silent on the treatment in situations where such evidence forms part of the factual matrix. However, in period of increased implementation of admissibility rules on this matter, the maxim Nullus Commodum Capere Potest De Injuria Sua Propria is put on a test and therefore a question is raised: can someone gain advantage from his or her own wrong?

The aim of the paper is twofold: on the one hand, it presents experiences of several foreign legal systems and makes an overview of case law dealing with the admissibility of illegally obtained evidence. On the other hand, it brings conclusions and formulates certain recommendations that may serve as a guide to a further approach of the admissibility of the illegally obtained evidence in the Republic of North Macedonia.

Key words: *civil procedure, illegally obtained evidence, admissibility of evidence*

* Full professor at the Department of Civil Procedure Law, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University in Skopje, Blvd Goce Delcev, 9b, Skopje, Republic of North Macedonia, t.zoroskakamilovska@pf.ukim.edu.mk, ORCHID ID 0000-0002-1673-7360.

** Asisstant at the Department of Civil Procedure Law, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University in Skopje, Blvd Goce Delcev, 9b, Skopje, Republic of North Macedonia, e-mail: t.micevska@pf.ukim.edu.mk, ORCHID ID 0009-0003-6117-5058.

1. INTRODUCTION

The rules on evidence and evidence-taking have always been one of the most intriguing topics of civil procedure. Being directly connected with the pursuit of truth and the demand of factual accuracy of judgment, on the one hand, but also facing the need for adjudicating disputes in a efficient and cost-effective way, on the other hand, evidence-taking has been consistently under the microscope of legislators, jurisprudence and procedural theory. More recently, among others, the issue of the methods of obtaining evidence in civil proceedings, or more precisely, the issue of the admissibility of illegally obtained evidence is listed in the catalog of emerging and hot topics of litigation.[1] The timelines of the topic is generated by following main reasons: firstly, by the normative silence of the majority of civil procedural legislations worldwide, secondly, by the current human rights concerns, and thirdly, but closely related to the preceding, by the jurisprudence of the highest judicial authorities in different countries which create new and stricter postulates for the actions of the judicial authorities towards the citizens, even when it comes to the protection of rights from their private law sphere. It seems that if until recently the normative silence was considered as a necessary grant to the evidentiary flexibility in civil proceedings, contemporary trends and development emphasises the risk of non-regulation and advocates for setting out the rules on (in)admissibility. The Rule 90 of the ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure (MERCP)[2] and the recent introduction of explicit rules in some national legislation clearly speak in favour of the latter.

This paper is intended to be a contribution to the debate on the admissibility of illegally obtained evidence in civil proceedings. Starting with an explanation of the concept of illegally obtained evidence, through an analysis of evolving trends and tendencies in national laws and practices, derived by case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR) and reflected in the mentioned MERCP, the

[1] It must be emphasized that this topic is not so fresh. It has been a challenge to procedural theory, legislation and practice for many decades. Still, it matters more in recent times than ever before. On debates on this subject matter see for example David H.Taylor, „Should It Take a Thief?: Rethinking the Admission of Illegally Obtained Evidence in Civil Cases", The Review of Litigation 22, No.3 (2003), 625-667, https://ssrn.com/abstract=2866548, Bettina Nunner-Krautgasser and Philipp Anzenberger, Inadmissible Evidence: „Illegally Obtained Evidence and the Limits of the Judicial Establishment of the Truth", in *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure,* V. Rijavec, T. Keresteš and T. Ivanc (eds.) (Wolters Kluwer, 2016.), 195–212; Mihajlo Dika, „O nedopuštenim dokazima u parničnom postupku", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 37, br. 1 (2016): 3-32;, Adrian Keane and Paul McKeown, The Modern Law of Evidence, 14th edition, Oxford University Press, Chapter 11 Evidence obtained by illegal or unfair means, https://doi.org/10.1093/he/9780192855930.003.0011 .

[2] As a result of a joint project of the ELI and UNIDROIT launched in 2014, the Model European Rules of Civil Procedure was formally approved by the relevant bodies of the ELI and UNIDROIT in 2020, and published by Oxford University Press in 2021.

paper attempts to answer the question: to what extent the aim achieved by allowing the illegally obtained evidence justifies the manner in which it was acquired - in violation of a person's rights or the law. Additionally, but no less significantly, the paper aims to present the state of Macedonian civil procedure in regard to the illegaly obtained evidence, in both statutory and practical level, to explore actuality of the topic, and potentially to obtain useful guidelines for further developments.

2. THE CONCEPT OF ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE

The procedural legal interpretation of the concept of „illegally obtained evidence" presupposes an analysis of the two sub-terms of the single functional entity. The notion of obtaining evidence could be defined *stricto sensu* and *lato sensu*. Obtaining evidence *stricto sensu* refers to the methods of gathering evidence that are made available to the court. The broad or *lato sensu* approach of the notion makes reference to the examination of the content, that is, the technique of examining the evidence. Generally, the civil procedural laws exhaustively regulate the procedural forms of examination of separate means of evidence,[3] which, to some extent, determines the method of their obtaining *lato sensu*.[4] Therefore, *prima facie*, there should be no doubt whether the evidence was obtained legally – by complying the legal provisions or illegally – by violating them. However, in regard to *stricto sensu* approach the question which inevitably rises is: when is the evidence considered to have been legally obtained? Or conversely, what types of qualified activities can be subsumed under the notion of „illegally (illicitly) obtained evidence"?

First of all, certain evidence will be considered to have been obtained illegally if it derives from a criminal offense such as theft, illegal search of a home or a private business premises, violation of the secrecy of letters or other correspondence, unauthorized publication of personal records, abuse of personal

[3] For example, the Macedonian Law on Civil Procedure (Macedonian LCP), Official Gazette of RM, No.79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 and 124/2015, regulates the following means of evidence: inspection, document ('isprava' and 'dokument'), witness, expert and hearing of parties. However, the *lato sensu* approach allows other means which are not explicitly stipulated to be regarded as evidence in litigation, but only if they are obtained legally. After all, according to the current legislation, they can be subject to inspection.

[4] For example, in Macedonian civil procedure, the method of obtaining documents ('ispravi') as means of evidence is regulated with the provisions of Art. 215-219 of Macedonian LCP, the method of examining a witness is regulated with the provisions of Art. 220-234, the expertise is regulated with the provisions of Art. 235-248 and the method of hearing of the parties as evidence is regulated with Art. 249-256.

data, unauthorized wiretapping and sound recording, unauthorized recording.[5] However, the evidence will be regarded as illegally obtained if the right to privacy, the inviolability of the person's integrity, private and family life is infringed, regardless whether these violations can simultaneously be qualified as criminal offences. As such, the use of phrases as „secret acquisition", „secret recording" or „recording without consent" implies that the evidence was obtained illegally or in violation of some constitutionally guaranteed rights and freedoms. In theory, evidence obtained in this way is treated as illegal, whereas it is irrelevant whether the evidence was obtained by an official or a private person.

The problem of qualifying certain activities as obtaining evidence in an illegal manner is becoming increasingly relevant in today's contemporary society where the rapid development of the modern technology enables the most subtle intrusions into the sphere of the constitutionally guaranteed rights and freedoms of the citizens. The demand to protect a certain subjective right in the civil proceedings, by a lawful and accurate decision, is opposed by other interests and values of the constitutional and international human rights level. The question is which of them should be given priority, supremacy? Complex to answer, indeed, as the issue of establishing criteria for assessing the (in)admissibility of evidence, especially in litigation, goes beyond procedural aspects and entails legal-political, ethical, and sociological dimensions. It is certain that the pursuit of truth has price, but is the violation of the human rights the cost the judges are willing to accept? Therefore, the procedural theory and jurisprudence face with an age-old dilemma – is the use of illegally obtained evidence allowed in civil proceedings?

Taking into consideration the legislative silence as well as the lack of well established court practice in a number of counties, the subject of illegally obtained evidence and its surrounding issues have undoubtedly generated substantive scholarly output through the years.[6] Given the prominent role of the global court practice,[7] it seems that the civil courts tend to ascribe more weight to the relevant evidence in order to establish the truth, rather than excluding the evidence that was

---

[5] See for example Article 235 as well as Articles 146-152 of the Criminal Code of the Republic of North Macedonia, Official Gazette, 37/1996 од 29.07.1996, 80/1999; 48/2001; 4/2002; 16/2002; 43/2003; 19/2004; 40/2004; 81/2005; 50/2006; 60/2006; 73/2006; 87/2007; 7/2008; 139/2008; 114/2009; 51/2011; 51/2011; 135/2011; 185/2011; 142/2012; 143/2012; 166/2012; 55/2013; 82/2013; 14/2014; 27/2014; 28/2014; 41/2014; 41/2014; 115/2014; 132/2014; 160/2014; 199/2014; 196/2015; 226/2015; 97/2017; 170/2017; 248/2018; 36/2023.

[6] Peter Tomka, Vincent Joël Proulx, „The evidentiary practice of the world court", *Liber Amicorum Gudmundur Eiriksson* (San José, University for Peace Press, 2016): 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2693558 .

[7] See: Point 3 of the paper.

obtained illegally by applying a "mechanistic rule".[8] As it is nearly unachievable to attain a system of justice that produces decisions which always reflect the actual truth,[9] it remains paramount to balance between the pursuit of truth on the one hand and protection of human rights on the other hand. In this context, the main questions which draw the interest of academic discourse are: in which cases will the evidence be qualified as obtained "illegally obtained", and if it is indeed obtained illegally, to what extent can it be used in front of the court?

3. EVOLVING TRENDS AND TENDENCIES IN NATIONAL LAWS AND PRACTICES

The observation of the judicial decision-making processes in different national legislations plays an important role in understanding the position of a certain state in a field as specific as the illegally obtained evidence in civil proceedings, as well as the global trends on the subject.

According to some authors,[10] countries have adopted distinct approaches to such evidence: categorizing it as generally inadmissible, generally admissible, or inadmissible if the interests at stake favor its exclusion. Another approach qualifies evidence inadmissible only if its discovery violated a constitutional right.[11] This approach has characteristics of both the group which treats such evidence as generally inadmissible and the one allows the judge to balance the competing interests.

The observed countries in this paper will be divided into three different categories, treating illegally obtained evidence as:

1. Generally inadmissible (3 countries)[12];

---

[8] Grégoire Bertrou, Sergey Alekhin, „The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence in International Arbitration: Does the End Justify the Means?", Cahiers *de l'Arbitrage, The Paris Journal of International Arbitration (2018), 68*, https://www.academia.edu/38576177/The_Admissibility_of_Unlawfully_Obtained_Evidence_in_International_Arbitration_Does_the_End_Justify_the_Means; Peter Ashford,„The admissibility of illegally obtained evidence", *Arbitration, Issue 4, Chartered Institute of Arbitrators* (2019): 377.

[9] Walther J. Habscheid, „The fundamental principles of the law of civil procedure", in *Towards Justice with a Human Face: The First International Congress on the Law of Civil Procedure*, edited by Marcel Storme and Helene Casman (Antwerp by Kluwer, 1978), 15.

[10] Rijavec, Keresteš, *Restrictions on the admissibility of evidence*, 89, 90, 98; Nunner-Krautgasser, Anzenberger, *Inadmissible Evidence: Illegally Obtained Evidence and the Limits of the Judicial Establishment of the Truth*, 202.

[11] Sara Mansour Fallah, „The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence before International Courts and Tribunals", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 19 (2020), 167.

[12] Croatia, Greece, France.

2. Inadmissible if the balancing of interests favors exclusion of the evidence (6 countries)[13];
3. Generally admissible (4 countries)[14].

Some of the above-listed countries provide absolute prohibition on admissibility, others prescribe restrictions. Certain countries impose their regimes on Constitutional or legislative level and many of them develop their positions through judicial interpretation of the legislation.

3.1. Generally inadmissible

Even though express rules on inadmissibility of illegally obtained evidence are generally uncommon, Croatia and Greece are examples of countries which prohibit its use on Constitutional level. For instance, the amendments of the Croatian Constitution in 2000 introduced the principle of general inadmissibility according to which "*Evidence obtained illegally may not be admitted in court proceedings*".[15] The lack of specification applies that the principle extends to both criminal and civil cases.[16] Moreover, the Supreme Court took standing that a recording made without consent or knowledge of the parties involved – a phone conversation – is inadmissible in civil court.[17] However, the recent Amendments of the Croatian Law on Civil Procedure explicitly prohibit basing court decisions on illegally obtained evidence.[18] Only in exceptional situations, when it is necessary to establish a decisive fact, the court may allow the introduction of such evidence, by applying a proportionality test between the possible violation of the right(s) and the interest in properly establishing the factual situation.[19] With this, the Croatian legislature took a step towards aligning with the MERCP, but still, the questions about the definition of "obtaining evidence" and its repercussions in civil proceedings remain open for discussion. Nonetheless, these amendments incline Croatia towards the second group of countries, which weigh interests when evaluating the admissibility.

---

[13] Slovenia, Austria, Germany, Hungary, Spain, Sweden.

[14] The Netherlands, the United Kingdom, Belgium, Bulgaria.

[15] Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

[16] Rijavec, Keresteš, *Restrictions on the admissibility of evidence*, 89.

[17] Supreme Court of the Republic of Croatia: Rev-x 35/09-2 from 18 of March 2009 (Selection of Decision of the Supreme Court of the RC, 1/09-273); Slađana Aras Kramar, *Evidence in Civil Law - Croatia*, (Maribor: Institute for Local Self Government and Public Procurement, 2015, (Lex localis) (Book series Law & society)), 38.

[18] Law on Amendments to the Law on Civil Procedure of Croatia, No. 80/22, Article 32.

[19] Zakon o parničnom postupku, Narodne novine br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22, čl. 220a.

With that said, Greece steadily keeps its position as a country with one of the strictest regimes regarding illegally obtained evidence. The Greek regime is reflected in the exclusionary rule which is regulated on constitutional level and applied automatically.[20] Historically, the constitutional nature of exclusion developed in the context of the fundamental right to privacy.[21] Article 19(3) of the Greek Constitution prohibits the use of evidence obtained in violation of Articles 9, 9A and 19,[22] which refer to the protection of the home, inviolability of private and family life, personal data and secrecy of letters and correspondence. This exclusionary rule is "*virtually absolute in theory and rigorously applied in practice*"[23] in both criminal and civil cases,[24] even if the evidence plays central role in the case.[25] Nonetheless, in exceptional situations, the court may accept the illegally obtained evidence, but only if a constitutionally higher in rank legal value is put in danger (e.g. human life, human dignity).[26]

On another note, even though the subject of illegally obtained evidence is not regulated on constitutional level, France may be regarded as one of the countries whose legal system tends to be very strict in its assessment.[27] Generally, the French courts do not admit evidence obtained by "unlawful" or "illicit" means.[28] Through their jurisprudence they have developed a practice of general inadmissibility based on the principle *loyauté de la prevue* – loyalty – or fairness – of evidence.[29] However, the judges have only recently started to refer expressly to this principle,

---

[20] Dimitrios Giannoulopoulos, „The Exclusion of Improperly Obtained Evidence in Greece: Putting Constitutional Rights First", *11(3) International Journal of Evidence & Proof (2007)*, 181.

[21] "In particular, the origins of contemporary Hellenic exclusionary rules can be traced back to 19th century Arios Pagos case law developed in the context of the right to secrecy of correspondence." in Giannoulopoulos, *The Exclusion of Improperly Obtained Evidence in Greece: Putting Constitutional Rights First*, 183; Dimitrios Giannoulopoulos, *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*, (Hart Publishing, Great Britain, 2019), 64.

[22] Constitution of Greece, 18 April 2001, https://www.refworld.org/docid/4c52794f2.html .

[23] Giannoulopoulos, *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*, 63.

[24] Athanasios Kaissis, „Exclusion of Illegally Obtained Evidence in Greek Civil and Penal Proceedings - An Outline", *Digesta Online* (2015); Giannoulopoulos, *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*, 49, 50, for example: Arios Pagos 1/2001, Arios Pagos 622/2003, Arios Pagos 1568/2004, Arios Pagos 570/2006, Arios Pagos 1092/2009, Arios Pagos 53/2010.

[25] Michael Madden, The Exclusion of Improperly Obtained Evidence at the International Criminal Court: A Principled Approach to Interpreting Article 69(7) of the Rome Statute (Dalhousie University Halifax, Nova Scotia April 2014), 88.

[26] Nikolaos M. Katiforis, *Evidence in civil law - Greece* ((Maribor, Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society), 23; Giannoulopoulos, *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*, 53.

[27] Nunner-Krautgasser, Anzenberger, *Inadmissible Evidence: Illegally Obtained Evidence and the Limits of the Judicial Establishment of the Truth*, 203.

[28] Ashford, *The admissibility of illegally obtained evidence*, 377.

[29] Martin Oudin, *Evidence in civil law - France* (Maribor: Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society)), 44; Mansour Fallah, *The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence before International Courts and Tribunals*, 169.

which is derived from Article 9 of the French Code on Civil Procedure (French CPC)[30] and Article 6 from the European Convention on Human Rights (ECHR).[31] There are few express provisions regulating the (in)admissibility of evidence, for example Art. 259-1 of CPC, according to which a spouse cannot produce evidence obtained "by violence or fraud" in the divorce proceedings.[32] Nonetheless, the lack of a precise definition of "unfair evidence" leads to varied interpretation in the court practice.[33] Contrary to Croatia and Greece, it is interesting that some intrusions on the right to privacy may be regarded as licit in France[34] if the evidence is essential for exercising the right and if the breach of the privacy is proportionate to the objective pursued. [35]

3.2. Inadmissible if balancing of interests favors exclusion of the evidence

The majority of countries fall under the category which considers the illegally obtained evidence inadmissible if the balance of interests favors exclusion of the evidence.[36] However, the exclusionary rule remains largely discretionary and varies in different countries as the history of each uniquely shaped its development.

The Civil Procedure Act in Slovenia[37] does not contain any special provisions governing the (in)admissibility of evidence in a civil procedure. Consequently, evidence obtained in an unlawful or unconstitutional way is not foreseen as

---

[30] It states that "*Each party must prove, in accordance with the law, the facts on which his claim is grounded*."

[31] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series 005, Council of Europe, 1950.

[32] Oudin, *Evidence in civil law – France*, 45; Nunner-Krautgasser, Anzenberger, *Inadmissible Evidence: Illegally Obtained Evidence and the Limits of the Judicial Establishment of the Truth*, 203.

[33] For example, a recording of a phone call made without the knowledge of the other party is inadmissible, see: Cass. 2e civ., 7 oct. 2004, Cass. Ass. plén., 07-01-2011, n°09-14.316; text messages, emails and voicemails are inadmissible if they are obtained by fraud, see: Cass. com., 10-02-2015, n°12-14779, Cass. soc., 01-06-2017, n°15-23522, Cass. soc., 06-02-2013, n°11-23738; late communication of documents can be unlawful, see: Cass. 2ème civ., 2 déc. 2004, D. 2005 in Oudin, *Evidence in civil law – France*, 6, 45.

[34] "For an illustration, see Cass. 2e civ., 5 juin 1985, Bull. civ. 1985, II, n° 111: recording of adultery ordered by a court and therefore declared admissible as evidence.", Martin Oudin, *Evidence in civil law – France*, 13.

[35] See: Judgment from 7 January 2011., Assemblée plénière, Cour de cassation, No 09-14.316 0914.667; Jane Colston, Olga Bischof, Cameron Moxley, Anna Grishchenkova, „The fruit from a poisoned tree - use of unlawfully obtained evidence", *IBA Litigation Committee Publications*, https://www.kiaplaw.ru/press-centr/public/3003.html .

[36] Mansour Fallah, *The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence before International Courts and Tribunals*, 171.

[37] Civil Procedure Act of Slovenia (Slovenian CPA), Official Gazette of RS, No. 73/2007 – official consolidated text with amendments.

inadmissible.[38] Nevertheless, legal theory and jurisprudence propose that, when two constitutionally protected rights are collided, the court should apply the so-called proportionality principle and assess whether a restriction of a right has a legitimate purpose, whether it is necessary for ensuring some other right, and, whether protection of one right outweighs the other right.[39] In essence, evidence is admissible if it is not contrary to the fundamental principles of civil procedure and the Slovenian legal order.[40] Summarily, there are no explicit rules on exclusion of illegally obtained evidence, but the balancing of interests is applicable.[41] In an interesting case concerning an unlawful search of the suspect's mobile phone, the Higher Court of Ljubljana (I Cp 376/2009) found that polygraph test results are inadmissible in civil proceedings because of their coercive elements, as they are in criminal proceedings.[42] In contrast, the Supreme Court didn't apply the strict exclusionary rules because it considered the evidence „*would have inevitably been discovered*".[43]

Similarly, the German legal system does not recognize any constitutional or legislative provisions which prescribe general exclusionary rule on illegally obtained evidence in civil proceedings. However, with the aim of serving both establishing the truth and committing to due process, the German scholars and jurisprudence have adopted different approaches for exclusion of different types of evidence.[44] The several noteworthy situations exemplify these approaches. First, according to the German Supreme Court and the German Constitutional Court, the possible exclusion of the evidence has to be decided by applying a balancing test on a case-by-case basis, having in regard the protective purpose of the law, whether constitutional rights were infringed and how serious the infringement of

---

[38] Tjaša Ivanc, *Evidence in civil law - Slovenia* (Maribor: Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society)), 72; Judgment from 28 June 2000., Supreme Court RS, No 27/2000: "ZPP does not recognize probative value of evidence and does not provide the exhaustive list of means of evidence that may be used in proceedings. Evidence represents everything that enables sensual perception".

[39] Ivanc, *Evidence in civil law – Slovenia*, 72; Nataša Pirc Musar, Opinion of the Information Commissioner on the protection of personal data in court proceedings (2009), 1; Rijavec, Keresteš, *Restrictions on the admissibility of evidence*, 90. See also: Judgment from 7 October 2004, Constitutional Court of The Republic of Slovenia No. Up-472/02.

[40] Ivanc, *Evidence in civil law – Slovenia*, 72.

See also: Taking of evidence, Slovenia, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?SLOVENIA&member=1#tocHeader2 ; Slovenian CPA, Article 3(3): "The court shall not permit the parties to perform any dispositive act: 1. which is not in conformity with peremptory norms; 2. or which is not in conformity with moral principles."

[41] Rijavec, Keresteš, *Restrictions on the admissibility of evidence*, 90.

[42] Rijavec, Keresteš, *Restrictions on the admissibility of evidence*, 90.

[43] Judgment of 22. May 2018., *Svetina v. Slovenia*, No. 38059/13, para. 47.

[44] Stephen C. Thaman, *Exclusionary Rules in Comparative Law, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, (2013): 114, 115.

the rights was.[45] Second, if the court violates Article 383(2) of the German Code of Civil Procedure according to which the court should instruct the witness about his/her right to refuse to testify, then pursuant to the leading opinion in scholarly writing and case law the court may not use said testimony in its final decision.[46] Thirdly, considerations such as fruit-of-the-poisonous-tree-doctrine do not apply in the German civil procedure, therefore, if the illegal evidence leads to other facts or evidence that can be obtained legally, that subsequent evidence will generally be admissible.[47] In most of the cases, evidence obtained through means like secret sound recordings, mini-transmitters, directional microphones, intercoms, personal diaries, or intimate letters may be regarded as inadmissible by the court.[48]

If the term "illegally obtained evidence" is understood as any evidence which was unlawfully gathered, then Austria has no explicit provisions on how to treat such evidence.[49] Neither the scientific literature nor the jurisprudence has provided a comprehensive solution so far. Recent trends from the judicial practice favor the balance of interests' analysis when evaluating the use of illegally obtained evidence.[50] However, there is a distinction between several situations of exclusion of evidence. The dominant opinion recognizes inadmissibility when the illegal obtainment of the evidence resulted in violation of the core areas of constitutionally granted fundamental rights – such as prohibition of torture (Article 3 ECHR), the right to liberty and security of person (Article 5 ECHR), criminal law (for example, obtaining evidence by assault) or procedural law (for example, prohibition to enforce the hearing of a party).[51] Nonetheless, if a party breaches private law or commits a minor criminal offence in order to obtain evidence, the

---

[45] Mansour Fallah, *The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence before International Courts and Tribunals*, 172.

[46] Christian Wolf, *Evidence in civil law – Germany*, (Maribor : Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society)), 64.

[47] Matthias Schrader et al., „Introduction to German Civil Procedure 3: How Evidence in a German Civil Litigation Works", (2023), 4, https://www.willkie.com/-/media/files/publications/2023/introduction-to-german-civil-procedure-3---how-evidence-in-a-german-civil-litigation-works.pdf .

[48] Taking of evidence, Germany, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?GERMANY&member=1#tocHeader2 .

[49] Bettina Nunner-Krautgasser, Philipp Anzenberger, *Evidence in Civil Law – Austria*, (Maribor : Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society)), 44.

[50] Nunner-Krautgasser, Anzenberger, *Inadmissible Evidence: Illegally Obtained Evidence and the Limits of the Judicial Establishment of the Truth*, 204, 205.

See also: OGH 3 Ob 131/00m; OGH 6 Ob 190/01m; OGH 9 ObA 77/05x; OGH 1 Ob 172/07m; OGH 7 Ob 105/10g; OGH 7 Ob 92/10w; OGH 7 Ob 105/10g; OGH 7 Ob 92/10w; OGH 4 Ob 160/11z in Nunner-Krautgasser, Anzenberger, *Inadmissible Evidence: Illegally Obtained Evidence and the Limits of the Judicial Establishment of the Truth*, 209.

[51] Nunner-Krautgasser, Anzenberger, *Inadmissible Evidence: Illegally Obtained Evidence and the Limits of the Judicial Establishment of the Truth*, 204; Nunner-Krautgasser, Anzenberger, *Evidence in Civil Law – Austria*, 45.

court may accept and evaluate the evidence in question, but the party concerned will be liable to pay compensation.[52] As it can be seen, the Austrian legal system is far from conducting a unified approach on illegally obtained evidence, but it may be concluded that the "balancing of interests" approach prevails.

Regarding non-uniformity, before the adoption of Act CXXX of 2016 on the Code of Civil Procedure in Hungary (Hungarian CCP),[53] the Hungarian legal system did not have generally applicable rules for the use of illegally obtained evidence. Only a few provisions were related to prohibitions, primarily concentrated around witness statements and expert opinions.[54] The new CCP outlines the frames of admissibility of unlawfully obtained evidence, even though it does not prescribe an absolute prohibition concerning them.[55] According to Section 269 of the CCP, a means of evidence, or any separable part of it, shall be unlawful and shall not be used in the action if a) it was obtained or produced by violating or threatening a person's right to life and physical integrity; b) it was produced by any other unlawful method; c) it was obtained in an unlawful manner; or d) its submission to the court would violate personality rights. Nevertheless, the court might use such evidence in exceptional circumstances, under which the burden of proof is reversed.[56]

Regarded as an objective guarantee which derives "*directly from the system of fundamental rights*",[57] the exclusionary rule in Spain has a positive legal base explicitly prescribed in Article 11 of the Organic Law on the Judiciary (OLJ)[58] and Article 287 of the Civil Procedure Act (CPA).[59] The specific mechanism established for exclusion on unconstitutionally obtained evidence entails that if the illegality is determined before the evidence is taken, the court will refuse its admission (Article 283, CPA). Conversely, if the illegality is revealed afterwards, the court will ensure that the evidence will have no effect in the proceedings (Article

---

[52] Nunner-Krautgasser, Anzenberger, *Evidence in Civil Law – Austria*, 44; Taking of evidence, Austria, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?AUSTRIA&member=1 .

[53] Act CXXX of 2016 on the Code of Civil Procedure (as in force on 1 April 2020),.

[54] Viktória Harsági, *Evidence in civil law - Hungary*, (Maribor: Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society)), 39.

[55] Viktória Harsági, „New trends of the civil justice in Hungary", *Bratislava Law Review* 3(1):122-130, 126, http://dx.doi.org/10.46282/blr.2019.3.1.130 .

[56] See: Section 269(4), Hungarian CCP; Taking of Evidence, Hungary, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?HUNGARY&member=1#tocHeader2 .

[57] Judgment from 29 November 1984, Spanish Constitutional Court 114/1984 (JSCC 114/1984).

[58] Organic Law on the Judiciary, Official State Gazette No. 157, 2 July 1985, together with the subsequent modifications up until May 2007, https://www.legal-tools.org/doc/881df4/pdf/ , Article 11(1): "Taking of evidence which has, either directly or indirectly, infringed fundamental rights or freedoms, shall be inadmissible."

[59] Núria Mallandrich Miret, *Evidence in civil law - Spain*, (Maribor: Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society)), 9.

11, OLJ).[60] It is compelling that even though the application of the exclusionary rule is recognized in court practice, the Constitutional Court and the Supreme Court have introduced exceptions through case law over the years.[61] However, due to the strong legislative incorporation as well as the constitutional nature of the exclusionary rule, the Spanish courts suppress the use of the exceptions while balancing between the "*search for the truth in the proceedings or the guaranty … of the legal positions of the citizens*."[62]

On the contrary, in Sweden for example, there is no normative solution and all means of evidence are allowed if it may have an impact on the evidential value.[63] The evidence which has been acquired in a manner that is not permitted does not therefore, in principle, prevent the proof being relied upon during trial; however, its evidentiary value may be limited after the weighing of the evidence.[64] The only limitations arise from Article 6 of the ECHR, and Chapter 2 Section 19 the Instrument of Government where it is stated: "*No act of law or other provision may be adopted which contravenes Sweden's undertakings under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*."[65]

3.3. Generally admissible

Even though it may be said that exclusionary rules are mostly adopted to deter violations of due process, there are examples of countries which allow general admissibility of illegally obtained evidence. The Netherlands is one of the countries where, as a general rule, the judge may use any means of proof in civil litigation.[66] For instance, secretly recorded telephone conversations or photos and film taken when the subject was unaware are admissible, unless these provide information considered as an invasion of privacy; the level of intimacy of the

---

[60] Nunner-Krautgasser, Anzenberger, *Inadmissible Evidence: Illegally Obtained Evidence and the Limits of the Judicial Establishment of the Truth*, 204; Miret, *Evidence in civil law – Spain*, 10.

[61] Christa María MADRID BOQUÍN, „The exclusion of unconstitutionally obtained evidence in civil proceedings: a comparative analysis between the USA and Spain", *Journal of Legal Studies*, Year IX, No. 3-4 (2014): 13-38, 18.

See also in BOQUÍN, „The exclusion of unconstitutionally obtained evidence in civil proceedings: a comparative analysis between the USA and Spain", 19: Judgment of the Spanish Constitutional Court (JSCC) 86/1995 of June 6; Judgment of the Spanish Supreme Court (JSSC) 974/1997 of July 4; JSSC 1313/2000 of July 21; JSCC 22/2003 of February 10

[62] JSCC 114/1984.

[63] Eric Bylander, *Evidence in civil law - Sweden*, (Maribor : Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society)), 32.

[64] Taking of evidence, Sweden, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?SWEDEN&member=1#tocHeader2 .

[65] Bylander, *Evidence in civil law – Sweden*, 32.

[66] C. H. van Rhee, *Evidence in civil law – The Netherlands*, (Maribor: Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society)), 13.

evidence will determine whether the court will admit evidence.[67] The scholars seem to agree that illegally obtained evidence may result to exclusion, but they do not answer the question when it may be excluded.[68]

Guided by the by the over-riding objective of dealing with a case justly, the courts in the United Kingdom have tradition of generally admitting the illegally obtained evidence instead of excluding potentially determinative material.[69] However, the recent amendments of the Civil Procedure Rules gave discretion to the judge to exclude evidence by: "*(a) identifying or limiting the issues to which factual evidence may be directed; (b) identifying the witnesses who may be called or whose evidence may be read; or (c) limiting the length or format of witness statements.*"[70] Nonetheless, since there is still no explicit rule of law that evidence must be automatically excluded if it was obtained illegally, the courts must balance the effects of admitting or rejecting such evidence.[71] In light of this, the United Kingdom also appears to lean towards the group of countries applying the balance of interests test.

Undoubtedly, one of the most intriguing approaches is the Belgian one, especially because the Court of Cassation curtailed the exclusionary rule through the development of the ‚Antigoon theory,' transforming the traditional rule of exclusion of illegally obtained evidence from a rule to an exception.[72] Even though this doctrine was originally applied in criminal proceedings, the Supreme Court has more recently ruled on application of the theory in a purely civil case stating that "*except where expressly provided otherwise by law, the use of illegally obtained evidence in civil matters may only be prohibited if the taking of evidence*

---

[67] Daan Folgering and Niels van der Laan, „Netherlands", Legal Experience Advocaten and De Roos & Pen, Law Business Research Ltd 2014, 112-117, https://deroosenpen.nl/wp-content/uploads/2015/10/Getting_the_deal_through_-_Asset_Recovery-1.pdf .

[68] C. H. van Rhee, *Evidence in civil law – The Netherlands*, 13.

[69] Ashford, *The admissibility of illegally obtained evidence*, 387.

See also: Judgment from 4 February 2003, *Jones v University of Warwick,* PIQR. P23, CA; Judgment from 8 February 2018, *R (Bancoult No 3) v the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, UKSC 3.

[70] Robert Turner, Dimensions of Evidence in European Civil Procedure, (Maribor: Institute for Local Self Government and Public Procurement, 2015, (Lex localis) (Book series Law & society)), 15.

[71] Vito Breda, Matteo Vricella, „Fundamental Rights and the Judicial Search for Truth: a comparative analysis of illegally obtained evidence in civil law proceedings between the Italian and the English & Welsh legal systems", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2013), 8.

[72] Frank Verbruggen, Charlotte Conings, „After zigzagging between extremes, finally common sense? Will Belgium return to reasonable rules on illegally obtained evidence?" Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 7, no. 1, rbdpp.v7i1.500, (2021), https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.500 .

affects the reliability of the evidence or if it jeopardizes the right to a fair trial."[73] In addition, the Supreme Court provides guidelines, stating that the court must take into account all the circumstances of the case; the way in which the evidence was obtained, the circumstances in which the wrongful act was committed, the seriousness of the wrongful act and the extent to which the right of the other party was violated, the lack of proof of the party who committed the unlawful act and the attitude of the other party.[74]

Bulgaria is one of the countries where the concept of illegally obtained evidence is neither acknowledged as a legal rule nor addressed through a normative solution.[75] However, it seems that if the evidence is obtained unlawfully or proved false following a challenge raised against it in accordance with the procedure for contesting written documents, it may be ignored in the deliberation of the judgment or even excluded.[76]

4. THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ITS REFLECTION IN THE MERCP

Given the absence of a clear regional standard, the question emerges as to whether the ECtHR takes a position regarding the treatment of illegally obtained evidence in civil cases. However, it should not be overlooked that the Court's task under the Convention is to ascertain whether the proceedings as a whole are fair, and therefore, it is not competent to reassess the evidence, to determine which evidence is illegal[77] or to conclude that some sort of evidence should be excluded from the proceedings.[78] The admissibility of evidence and its assessment

---

[73] Judgment from 14 June 2021, Supreme Court of Belgium, No. C.20.0418.N, (C.20.0418.N). See also: "According to the Antigone-theory, improperly collected evidence does not have to be discarded by a judge, except in three cases: if a rule of form prescribed under penalty of nullity has been breached; if the reliability of the evidence has been adversely affected by the committed illegality; if the use of the evidence violates the opposing party's right to a fair trial", „Belgium: Supreme Court allows Improperly Collected Evidence in Civil Cases", (2021), https://leglobal.law/2021/09/29/belgium-supreme-court-allows-improperly-collected-evidence-in-civil-cases/ .

[74] C.20.0418.N.

[75] Petar Bonchovski, *Evidence in Civil Law – Bulgaria*, (Maribor : Institute for Local Self Government and Public Procurement, 2015, (Lex localis) (Book series Law & society)), p. 27.

[76] Taking of evidence, Bulgaria, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?BULGARIA&member=1#tocHeader2 .

[77] Judgment from 12 July 1988, *Schenk v* Switzerland, No 10862/84, para 46.

[78] European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (civil limb) Updated, 31 December 2017, 83; Ana María Torres Chedraui, „An analysis of the exclusion of evidence obtained in violation of human rights in light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights", Tilburg Law Review (2010): 205-234, DOI: 10.1163/22112596-90000013, 207.

fall primarily within the jurisdiction of national courts, responsible for weighing the presented evidence.[79] However, the "overall fairness" principle encompasses the way in which evidence was taken,[80] thus it must establish whether the evidence was presented in such a way as to guarantee a fair trial.[81] In the Court's approach, this involves an examination of the unlawfulness in question and, where a violation of another Convention right is concerned, an examination of the nature of the violation found.[82] These violations usually refer to prohibitions on torture (Article 3),[83] the right to a fair trial (Article 6),[84] or the right to respect for private and family life (Article 8).[85]

However, in practice, the case-by-case overall fairness approach taken by the ECtHR can be too complex and unpredictable to provide a principled guidance for dealing with unlawful evidence,[86] as there are cases with similar factual situations in which the ECtHR decided differently *i.e.* that the party's rights were not violated.[87] There have been instances where the ECtHR accepted illegally obtained evidence under the explanation that it was the only way to establish the truth.[88]

---

[79] European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (civil limb*), 53; Judgment from 10 March 2009, *Bykov v. Russia*, App No. 4378/02, para. 88

[80] Judgment from 13 July 2000, *Elsholz v. Germany*, No. 25735/94, para. 66.

[81] Judgment from 11 January 2005, *Blücher v. the Czech Republic*, No. 58580/00, para. 65, European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (civil limb*), 57. See also: Judgment from 11 July 2016, *Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2)* No. 19867/12, para. 83: "*It is not for the Court to deal with alleged errors of law or fact committed by the national courts unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention, for instance where, in exceptional cases, such errors may be said to constitute "unfairness" incompatible with Article 6 of the Convention*".

[82] Torres Chedraui, *An analysis of the exclusion of evidence obtained in violation of human rights in light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 207.

See also: *Bykov v Russia* para. 89; Judgment of 12 July 2000, *Khan v The United Kingdom* (n 6), No. 35394/97, para. 34.

[83] Judgment from 06 January 2016, *Muršić v. Croatia,* No. 7334/13, para. 97Judgment from 25 September 2012, El Haski v. Belgium, No. 649/08, para. 85.

[84] Judgment from 6 March 1984*, Schenk v. Switzerland*, No. 10862/84, para. 45;

See also: Judgment of 20 October 2015, *Dvorski v. Croatia*, No. 25703/11.

[85] Judgment from 12 January 2016, *Bărbulescu v. Romania*, No. 61496/08, para 127; Judgment from 3 March 2016, Prade v. Germany, No. 7215/10.

[86] Unlawful evidence in Europe's courts: principles, practice and remedies (2021), https://www.fairtrials.org/app/uploads/2021/11/DREP-report.pdf .

[87] Judgment from 25 September 2001, *Garcia Ruiz v Spain*, No. 30544/96; Judgment from 17 October 2019, *Lopez Ribalda and others v Spain, No. 1874/13* i *8567/13*; Judgment from 7 September 2021, *M.P. v. Portugal,* No. 27516/14.

[88] See for example: Judgment from 10 October 2006, *L.L. v. France*, No. 7508/02; Judgment of 9 February 2006, *N.N. and T.A. v. Belgium*, No. 65097/01.

Even though it may seem that the approach taken by the ECtHR is multidimensional, it harmonizes with the principles prescribed in the MERCP. Namely, the general rule under Rule 90(1) of the MERCP provides that illegally obtained evidence is inadmissible and should be excluded especially where the illegality arises from an infringement of a party's or a non-party's fundamental rights.[89] Yet, exceptionally, the court may admit illegally obtained evidence if it is the only way to establish the facts. In exercising its discretion to admit such evidence the court must take into account the behaviour of the other party or of non- parties and the gravity of the infringement (Rule 90(2) of the MERCP). The exceptions to the general rule, under Rule 90(2) should be rare and applied after carrying out a careful balancing exercise which takes into consideration all relevant interests: the right of access to evidence, fundamental rights' protection, especially, those connected to privacy, good faith and fair play.[90] In that regard, as it is evident from the ECtHR's practice the different approaches which are applied in certain cases depend on the substantive law of the country's jurisdiction. Therefore, the issue of illegally obtained evidence and the standards which are applied vary from one legal system to another.

5. THE STATE OF MACEDONIAN CIVIL PROCEDURE IN REGARD TO THE ILLEGALY OBTAINED EVIDENCE

In the Republic of North Macedonia, the topic of illegally obtained evidence in civil proceedings is still in its infancy. Not only is it currently not legally regulated, but it is far from a clear line of regulation in the foreseeable future as well. To the best of our knowledge the topic doesn't seem to raise much discussion among the relevant stakeholders – legal scholars, judges and legislators.

Nonetheless, this is not the case in the field of criminal procedure. The Law on Criminal Procedure (Macedonian LCrP)[91] explicitly prohibits the use of illegally obtained evidence in criminal proceedings (Article 12),[92] thereby categorizing its potential use as a substantial violation of the procedural rules (Article 415(1)

[89] ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure from Transnational Principles to Euroepean Rules of Civil Procedure, European Law Institute (ELI) International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit),(Oxford University Press), 139.

[90] ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure from Transnational Principles to Euroepean Rules of Civil Procedure, 139.

[91] Law on Criminal Procedure, Official Gazette No. 100/2012; 142/2016; 193/2016; 198/2018.

[92] Macedonian LCrP, article 12(2): "The evidence obtained in an illegal way or in violation of the freedoms and rights established by the Constitution of the Republic of Macedonia, the law and international agreements, as well as the evidence derived from them, cannot be used and the court decision cannot be based on them."

point 8).[93] For instance, the Supreme Court establishes a standard according to which footage taken by a security camera lawfully positioned on premises (a post office) for security purposes is admissible in criminal proceedings.[94] Nevertheless, the Supreme Court did not address whether this guideline extends to civil or administrative proceedings. Consequently, it remains uncertain whether this strong interpretation applies in civil proceedings as well.

In a misdemeanor case, for example, the Customs Authority disregarded the applicant's request to include video recordings from a border-crossing point's security camera as evidence. Afterwards, the High Administrative Court only held that the request had been unsubstantiated, not addressing the applicant's complaint about the Customs Authority's dismissal of the evidence request. However, when the case reached the ECtHR, the Court couldn't disregard the fact that such request was ignored by Customs Authority and administrative courts as well. Therefore, ECtHR concluded that "*the domestic authorities failed to provide adequate reasons for rejecting the applicant's pleas for an oral hearing and the inclusion of the border crossing video recordings as evidence, thereby falling short of their obligations under Article 6 § 1 of the Convention*."[95] This is one of the rare instances where the ECHR deliberates on evidence admissibility, despite its overall standing that it does not deal with alleged errors of fact committed by the national courts.

The judicial practice regarding the use of illegally obtained evidence in civil proceedings is rather scarce. Our research has discovered a handful of cases, each of which will be briefly discussed below.

In a civil case concerning the question of admissibility of privately recorded audio tapes, the Appellate Court of Skopje stated that the Basic Court properly refused to admit the audio recording under the reasoning that "*the defendant obtained the recording privately, from a natural person, not from an authorized institution for monitoring communications*" and therefore "*it remains in the domain of speculations which the court cannot accept as evidentiary material in its proceedings without exception, because of its potential impact on the legal security of all persons*."[96] It's worth mentioning that the court derives its right to disregard such evidence from the authority for free judicial assessment prescribed

---

[93] Macedonian LCrP, article 415(1) point 8: "when the judgment is based on evidence on which, according to the provisions of this law, the judgment cannot be based, unless, in view of the other evidence, it is obvious that even without that evidence, the same judgment would have been passed"

[94] Judgment of the Supreme Court of the Republic of Macedonia, KZZ br. 18/2008.

[95] Judgment from 2. June 2022., *Kostovski v. North Macedonia*, No. 23773/17, para. 14.

[96] Judgment from 01. September 2016., Appellate Court of Skopje, No. GŽ -758/15, 4.

in Article 8 and the court's duty and power to determine evidentiary relevance set forth in Article 206 of the Macedonian LCP.

In another case, the claimants alleged that their right to privacy was violated by publishing their personal information on a video in a television show, while the defendants claimed that the video was properly anonymized. Both the Basic and the Appellate Court agreed that they could not "*conduct an expert examination and determine what form the voice of the plaintiffs was in, at which location the video was recorded, whether the photos mentioned by the first plaintiff that ran parallel to the audio voice were hers, as well as whether the characters were blurred or darkened*".[97] Therefore, the courts did not admit the video recording as evidence. According to the Macedonian LCP, the court cannot *ex officio* determine the need for appointing an expert witness; it's the party's responsibility to present such evidence to the court if, according to them, it is necessary to prove the factual claims. That was not the situation in the present case. As if it follows, if such expert opinion had been submitted - the court would have accepted the video recording as evidence.

In another interesting case concerning the admissibility of audio recording of a court hearing as evidence, the applicant introduced an audio tape from the mandatory recording of a prior hearing between the same parties.[98] The court admitted the tape as evidence, explaining that "*an audio recording which is an integral part of the files in a certain court case is admissible evidence in another court proceeding equally as all other evidence derived from another court case*."[99]

These cases serve as examples of the various approaches adopted by Macedonian courts regarding the admission of recordings obtained through various means. The different approaches, tailored to the specific circumstances of each case, point to one constant: the absence of consistency on the matter. For example, the case concerning the privately recorded audio tape shows that the court has a reluctant attitude towards admitting evidence which is obtained without knowledge of the other party. In spite of that, the court relies on its free disposition and does not explicitly express against the use of such evidence, neither does it qualify the audio tape as "illegally obtained". All this indicates that the subject of illegally obtained evidence and its admissibility in civil proceedings has been marginalized, although the reasons for this are not fully known. Is it the silence of the legislator or the indolence of the civil judges, in the absence of an express legal rule, to get caught up in such a sensitive issue?

---

[97] Judgment from 08. April 2021., Appellate Court of Skopje, No. GŽ -910/20, 3.

[98] Article 119-a, Macedonian LCP.

[99] Judgment of 20. December 2018., Appelate Court of Skopje, No. GŽ-4996/18.

The absence of legislative direction leaves room for micro-experimenting: the hesitation of the legislator to regulate the immature situation in a certain direction gives freedom to the judiciary to formulate solutions through case outcomes, which could potentially influence the further legislative decisions. However, this heightens the tension between two immense values: the truth as a condition for achieving justice (from which the right to evidence in the procedure derives) and the values that are violated by obtaining the evidence in an illegal manner. In this regard, we ask the question: which of these values is „higher", or in other words, whether the truth is a supreme value to which all other values should be subordinated. And finally, does it justify all the means and ways in which it can be achieved. This exploration dives deeply into what fairness, *bona fide* and truth mean within the legal system.

In lack of explicit regulations in the Macedonian LCP, the solution to this dilemma lies in the Constitution's core principles which provide a solid and irrevocable foundation for protecting individual freedoms and rights. Raised to the status of fundamental values, personal rights, especially the inviolability of private life, constitute a cornerstone of our constitutional framework. However, what will be the meaning of this constitutional guarantee if it is not consistently implemented in all spheres? Hence, in principle, it is challenging to defend the admissibility of illegally obtained evidence in civil proceedings as it seriously threatens the protection of personal rights. This practice also affects the moral norms, which hold equal strength to cogent legal norms. Therefore, we will conclude that the values and requirements of civil law are opposed by higher requirements and values of the constitutional and international law on human rights, as well as moral values.

Ideally, there should be no place for illegally obtained evidence in civil proceedings, especially not for the evidence obtained secretly using the means of modern technology. If a person cannot avoid being eavesdropped or his voice being recorded when he does not want it due to the intrusive nature of modern technology, then he must be guaranteed that the obtained material cannot be used against him. However, the circle does not close here. The question arises: could such *a priori* exclusion of illegally obtained evidence in the civil proceedings, *in concreto*, mean the impossibility of someone (just because of the wrong committed for which he was also criminally responsible) to protect some subjective civil right? Isn't it rational for that reason to carry out the test of weighing the rights and interests that are in conflict?

Although, in principle, we support the exclusion of illegally obtained evidence in civil proceedings, it seems to us that the weighing test that is increasingly

preferred worldwide is an elegant solution. However, the responsibility of the judge who has to carry out that weighing test is significant: he may have performed his task most conscientiously, but any of his evaluations could be extremely loose when facing the question: did he correctly give priority to someone's subjective interest over the injury on the private sphere of the opposite party?

6. CONCLUSION

The production and management of evidence constitute the most crucial points in ensuring a just and well-reasoned outcome of the proceedings.[100] The parties may admit various kinds of evidence before the courts and as it can be seen, the courts in different national legal systems have adopted their own specific margin of appreciation in determining its probative value. The question of the admissibility of illegally obtained evidence in civil proceedings has been "lurking in the shadows" for a while, even though recently, the advanced audio-visual techniques and the rapid digitalization have been raising the question more frequently. The non-uniform practice of the countries may be a call for taking into consideration the regulation of the matter on legislative level more seriously. Balancing between the pursuit of truth and the absolute protection of the human rights is undoubtedly a burdensome process. Therefore, rendering a just and equitable judgment has a price, but what is the price that each court is willing to take *i.e.* to what extent the search of truth justifies the infringement of the fundamental rights and freedoms? That is a question which is yet to be set under a universal approach, especially through extensive scholarly debate and judicial practice.

LITERATURE

1. „Belgium: Supreme Court allows Improperly Collected Evidence in Civil Cases", (2021), https://leglobal.law/2021/09/29/belgium-supreme-court-allows-improperly-collected-evidence-in-civil-cases/
2. Act CXXX of 2016 on the Code of Civil Procedure (as in force on 1 April 2020)
3. Aras Kramar, Slađana. *Evidence in Civil Law - Croatia*, (Maribor: Institute for Local Self Government and Public Procurement, 2015, (Lex localis) (Book series Law & society))
4. Bertrou, Grégoire., Alekhin, Sergey., „The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence in International Arbitration: Does the End Justify the Means?", Cahiers *de l'Arbitrage, The Paris Journal of International Arbitration (2018)*, https://www.

[100] Tomka, Proulx, *The evidentiary practice of the world court*, 1.

academia.edu/38576177/The_Admissibility_of_Unlawfully_Obtained_Evidence_in_International_Arbitration_Does_the_End_Justify_the_Means

5. Bonchovski, Petar. *Evidence in Civil Law – Bulgaria*, (Maribor : Institute for Local Self Government and Public Procurement, 2015, (Lex localis) (Book series Law & society))
6. Breda, Vito., Vricella, Matteo., „Fundamental Rights and the Judicial Search for Truth: a comparative analysis of illegally obtained evidence in civil law proceedings between the Italian and the English & Welsh legal systems", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2013)
7. Bylander, Eric., *Evidence in civil law - Sweden*, (Maribor : Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society))
8. C. H. van Rhee, *Evidence in civil law – The Netherlands*, (Maribor : Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society)
9. Civil Procedure Act of Slovenia, Official Gazette of RS, No. 73/2007 – official consolidated text with amendments
10. Constitution of Greece, 18 April 2001, https://www.refworld.org/docid/4c52794f2.html
11. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series 005, Council of Europe, 1950
12. Criminal Code of the Republic of North Macedonia, Official Gazette, 37/1996 од 29.07.1996, 80/1999; 48/2001; 4/2002; 16/2002; 43/2003; 19/2004; 40/2004; 81/2005; 50/2006; 60/2006; 73/2006; 87/2007; 7/2008; 139/2008; 114/2009; 51/2011; 51/2011; 135/2011; 185/2011; 142/2012; 143/2012; 166/2012; 55/2013; 82/2013; 14/2014; 27/2014; 28/2014; 41/2014; 41/2014; 115/2014; 132/2014; 160/2014; 199/2014; 196/2015; 226/2015; 97/2017; 170/2017; 248/2018; 36/2023
13. Dika, Mihajlo. „O nedopuštenim dokazima u parničnom postupku Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 37, br. 1, 3-32 (2016).
14. Dika, Mihajlo. „O nedopuštenim dokazima u parničnom postupku", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 37, br. 1 (2016): 3-32
15. ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure, From Transnational Principles to European Rules of Civil procedure, Oxford University Press, 2021.
16. European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (civil limb) Updated, 31 December 2017
17. Folgering, Daan., van der Laan, Niels., „Netherlands", Legal Experience Advocaten and De Roos & Pen, Law Business Research Ltd 2014, 112-117, https://deroosenpen.nl/wp-content/uploads/2015/10/Getting_the_deal_through_-_Asset_Recovery-1.pdf

18. Giannoulopoulos, Dimitrios. „The Exclusion of Improperly Obtained Evidence in Greece: Putting Constitutional Rights First", *11(3) International Journal of Evidence & Proof (2007)*
19. Giannoulopoulos, Dimitros. *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*, (Hart Publishing, Great Britain, 2019)
20. H.Taylor, David., „Should It Take a Thief?: Rethinking the Admission of Illegally Obtained Evidence in Civil Cases"**,** The Review of Litigation 22, No.3 (2003), 625-667 https://ssrn.com/abstract=2866548
21. Habscheid, Walther J. „The fundamental principles of the law of civil procedure", in *Towards Justice with a Human Face: The First International Congress on the Law of Civil Procedure*, edited by Marcel Storme and Helene Casman (Antwerp by Kluwer, 1978),
22. Harsági, Viktória., „New trends of the civil justice in Hungary", *Bratislava Law Review* 3(1):122-130, http://dx.doi.org/10.46282/blr.2019.3.1.130
23. Harsági, Viktória., *Evidence in civil law - Hungary*, (Maribor: Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society))
24. Ivanc, Tjaša. *Evidence in civil law - Slovenia* (Maribor : Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society))
25. Jane Colston, Olga Bischof, Cameron Moxley, Anna Grishchenkova, „The fruit from a poisoned tree - use of unlawfully obtained evidence", *IBA Litigation Committee Publications*, https://www.kiaplaw.ru/press-centr/public/3003.html
26. Judgment from 01. September 2016., Appellate Court of Skopje, No. GŽ -758/15
27. Judgment from 06. January 2016., *Muršić v. Croatia,* No. 7334/13
28. Judgment from 08. April 2021., Appellate Court of Skopje, No. GŽ -910/20
29. Judgment from 10. March 2009., *Bykov v. Russia*, No. 4378/02
30. Judgment from 10. October 2006, *L.L. v. France*, No. 7508/02
31. Judgment from 11. January 2005., *Blücher v. the Czech Republic*, No. 58580/00
32. Judgment from 11. July 2016, *Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2)* No. 19867/12
33. Judgment from 12. January 2016., *Bărbulescu v. Romania*, No. 61496/08
34. Judgment from 12. July 1988., *Schenk v* Switzerland, No 10862/84
35. Judgment from 13. July 2000., *Elsholz v. Germany*, No. 25735/94
36. Judgment from 14. June 2021., Supreme Court of Belgium, No. C.20.0418.N.
37. Judgment from 17. October 2019., *Lopez Ribalda and others v Spain, No. 1874/13* i *8567/13*
38. Judgment from 2. June 2022., *Kostovski v. North Macedonia*, No. 23773/17, §14
39. Judgment from 25. September 2001., *Garcia Ruiz v Spain*, No. 30544/96

40. Judgment from 25. September 2012., El Haski v. Belgium, No. 649/08
41. Judgment from 28. June 2000., Supreme Court RS, No 27/2000
42. Judgment from 29. November., Spanish Constitutional Court 114/1984
43. Judgment from 3. March 2016., Prade v. Germany, No. 7215/10
44. Judgment from 4. February 2003., *Jones v University of Warwick,* PIQR. P23, CA
45. Judgment from 6. March 1984., *Schenk v. Switzerland*, No. 10862/84
46. Judgment from 7. January 2011., Assemblée plénière, Cour de cassation, No 09-14.316 0914.667
47. Judgment from 7. January 2011., Assemblée plénière, Cour de cassation, No 09-14.316 0914.667
48. Judgment from 7. October 2004., Constitutional Court of The Republic of Slovenia No. Up-472/02
49. Judgment from 7. September 2021., *M.P. v. Portugal,* No. 27516/14
50. Judgment from 8. February 2018., *R (Bancoult No 3) v the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, UKSC 3
51. Judgment of 12. July 2000., *Khan v The United Kingdom* (n 6), No. 35394/97, para. 34
52. Judgment of 20. December 2018., Appelate Court of Skopje, No. GŽ-4996/18
53. Judgment of 20. October 2015., *Dvorski v. Croatia*, No. 25703/11
54. Judgment of 8. February 2018., *R (Bancoult No 3) v the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, UKSC 3
55. Judgment of 9. February 2006., *N.N. and T.A. v. Belgium*, No. 65097/01
56. Judgment of the Supreme Court of the Republic of Macedonia, KZZ br. 18/2008
57. Kaissis, Athanasios., „Exclusion of Illegally Obtained Evidence in Greek Civil and Penal Proceedings - An Outline", *Digesta Online* (2015)a
58. Katiforis, Nikolaos M., *Evidence in civil law - Greece* ((Maribor, Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society)
59. Keane, Adrian., McKeown, Paul., *The Modern Law of Evidence*, 14th edition, Oxford University Press, 2022, Chapter 11 Evidence obtained by illegal or unfair means, https://doi.org/10.1093/he/9780192855930.003.0011
60. Law on Amendments to the Law on Civil Procedure of Croatia, No. 80/22
61. Law on Criminal Procedure, Official Gazette No. 100/2012; 142/2016; 193/2016; 198/2018
62. Madden, Michael. *The Exclusion of Improperly Obtained Evidence at the International Criminal Court: A Principled Approach to Interpreting Article 69(7) of the Rome Statute* (Dalhousie University Halifax, Nova Scotia April 2014)

63. MADRID BOQUÍN. Christa María., „The exclusion of unconstitutionally obtained evidence in civil proceedings: a comparative analysis between the USA and Spain", *Journal of Legal Studies*, Year IX, No. 3-4 (2014)
64. Mallandrich Miret, Núria. *Evidence in civil law - Spain*, (Maribor: Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society))
65. Mansour Fallah, Sara. „The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence before International Courts and Tribunals", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 19 (2020): 147–176
66. Matthias Schrader, Dr. Johannes Schmidt, Svenja Wachtel, Dr. Harry Nettlau, Fabian Peitzmeier, Dr. Marc Dietrich, „Introduction to German Civil Procedure 3: How Evidence in a German Civil Litigation Works", (2023): https://www.willkie.com/-/media/files/publications/2023/introduction-to-german-civil-procedure-3---how-evidence-in-a-german-civil-litigation-works.pdf
67. Nikolaos, M. Katiforis. *Evidence in civil law - Greece* ((Maribor, Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society)
68. Nunner-Krautgasser, Bettina, Anzenberger, Philipp. *Evidence in Civil Law – Austria*, (Maribor : Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society))
69. Nunner-Krautgasser, Bettina, Anzenberger, Philipp. Inadmissible Evidence: „Illegally Obtained Evidence and the Limits of the Judicial Establishment of the Truth", in *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure,* V. Rijavec, T. Keresteš and T. Ivanc (eds.) (Wolters Kluwer, 2016.), 195–212
70. Organic Law on the Judiciary, Official State Gazette No. 157, 2 July 1985, together with the subsequent modifications up until May 2007, https://www.legal-tools.org/doc/881df4/pdf/
71. Oudin, Martin. *Evidence in civil law - France* (Maribor: Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society))
72. Peter Ashford, Peter. „The admissibility of illegally obtained evidence". *Arbitration, Issue 4, Chartered Institute of Arbitrators* (2019): 377-387.
73. Peter Tomka, Proulx, Vincent Joël Proulx, „The evidentiary practice of the world court", *Liber Amicorum Gudmundur Eiriksson* (San José, University for Peace Press, 2016): 361-381, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2693558
74. Pirc Musar, Nataša. Opinion of the Information Commissioner on the protection of personal data in court proceedings (2009)
75. Rijavec, Vesna., Keresteš, Tomaž., „Restrictions on the admissibility of evidence" in: *Evidence in Contemporary Civil Procedure Fundamental Issues in a Comparative*

Perspective, editors C.H. van Rhee A. Uzelac, (Cambridge – Antwerp – Portland, 2015 Intersentia)

76. Supreme Court of the Republic of Croatia: Rev-x 35/09-2 from 18 of March 2009 (Selection of Decision of the Supreme Court of the RC, 1/09-273)
77. Taking of evidence, Austria, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?AUSTRIA&member=1
78. Taking of evidence, Bulgaria, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?BULGARIA&member=1#tocHeader2
79. Taking of evidence, Germany, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?GERMANY&member=1#tocHeader2
80. Taking of Evidence, Hungary, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?HUNGARY&member=1#tocHeader2
81. Taking of evidence, Slovenia, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?SLOVENIA&member=1#tocHeader2
82. Taking of evidence, Sweden, https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?SWEDEN&member=1#tocHeader2
83. Thaman, Stephen C. *Exclusionary Rules in Comparative Law, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, 2013
84. Torres Chedraui, Ana María., „An analysis of the exclusion of evidence obtained in violation of human rights in light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights", Tilburg Law Review (2010): 205-234, DOI: 10.1163/22112596-90000013
85. Turner, Robert, Dimensions of Evidence in European Civil Procedure, (Maribor : Institute for Local Self Government and Public Procurement, 2015, (Lex localis) (Book series Law & society))
86. Unlawful evidence in Europe's courts: principles, practice and remedies (2021), https://www.fairtrials.org/app/uploads/2021/11/DREP-report.pdf
87. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14
88. Verbruggen, Frank., Conings, Charlotte., „After zigzagging between extremes, finally common sense? Will Belgium return to reasonable rules on illegally obtained evidence?" Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 7, no. 1, rbdpp.v7i1.500, (2021), https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.500
89. Wolf, Christian., *Evidence in civil law – Germany*, (Maribor : Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. - (Lex localis) (Book series Law & society))
90. Zakon o parničnom postupku, Narodne novine br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/2

DOPUSTIVOST NEZAKONITO PRIBAVLJENIH DOKAZA U PARNIČNOM POSTUPKU: U KOJOJ MJERI CILJ OPRAVDA SREDSTVO?

Pribavljanje dokaza u sudskom, pa tako i parničnom postupku, nedvojbeno je najsloženija i najzahtjevnija procesna radnja. Sudovi se sve češće susreću s problemom nezakonito pribavljenih dokaza, posebice zbog ubrzane ekspanzije digitalizacije u suvremenom društvu. Većina zemalja nema eksplicitna pravila koja isključuju ili dopuštaju korištenje nezakonito pribavljenih dokaza u građanskom postupku. Ova šutnja zakonodavca može biti rezultat činjenice da interesi u parničnom postupku općenito ne uključuju javni red. Opći je dojam da građanski sudovi daju veću težinu pribavljanju svih relevantnih dokaza u potrazi za istinom, umjesto da isključuju dokaze samo na temelju toga što su nepropisno pribavljeni. Republika Sjeverna Makedonija je jedna od zemalja čiji zakonodavac šuti o postupanju u situacijama kada su takvi dokazi dio činjenične materije. Međutim, u razdoblju pojačane primjene pravila prihvatljivosti po ovom pitanju, maksima *Nullus Commodum Capere Potest De Injuria Sua Propria* je stavljena na kušnju i stoga se postavlja pitanje: može li se netko okoristiti vlastitom nepravdom?

Cilj rada je dvojak: s jedne strane, prikazuju se iskustva nekoliko stranih pravnih sustava i daje se pregled sudske prakse koja se bavi dopuštenošću nezakonito pribavljenih dokaza. S druge strane, donosi zaključke i formulira određene preporuke koje mogu poslužiti kao putokaz za daljnji pristup prihvatljivosti nezakonito pribavljenih dokaza u Republici Sjevernoj Makedoniji.

Ključne riječi: *parnični postupak, nezakonito pribavljeni dokazi, dopuštenost dokaza*

Prof. dr. sc. Alan Uzelac, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu*
Josip Lažeta, mag. iur., doktorand, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu**

NEGATIVNE INFERENCIJE U HRVATSKOM PARNIČNOM POSTUPKU

UDK: 347.91/.95
Izvorni znanstveni rad

Negativne inferencije su izraz koji opisuje pravo suda da iz nekooperativnosti stranke u dokaznom postupku izvodi po tu stranku nepovoljne zaključke o relevantnim činjenicama. Iako je pojam negativnih inferencija nastao u pravnim poredcima common law zemalja, on je danas sve češći i u procesnoj praksi zemalja civil law tradicije. Teza ovoga rada je da negativne inferencije postoje i u hrvatskom parničnom postupku, iako još uvijek u ponešto reduciranom obliku. Ova se teza najprije potkrjepljuje detaljnom analizom zakonskih odredbi koje sudu daju pravo da „s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju cijeni od kakva je značenja" to što stranka ne surađuje sa sudom u izvođenju pojedinog dokaza. Konkretno, ovlast za izvođenje negativnih inferencija sudu se daje u odnosu na propuštanje predujmljivanja troškova dokazivanja, nepodnošenje isprave čiju je prezentaciju naložio sud, ili neopravdano neodzivanje na ročište za saslušanje stranke.

Rad analizira relevantnu sudsku praksu u primjeni ovlasti za izvođenje negativnih inferencija u tim slučajevima kako bi se prikazalo način na koji se te odredbe tumače u praksi. Zaključno se upućuje na vezu negativnih inferencija s procesnim načelom lojalne suradnje te se pledira za širenje ovlasti za izvođenje negativnih inferencija na sve oblike stranačke nekooperativnosti u dokaznom postupku, ali i za razumnu i fleksibilnu primjenu tih ovlasti.

Ključne riječi: *Negativne inferencije, načelo lojalne suradnje, građanski parnični postupak.*

1. UVOD

Negativna inferencija ili zaključak o protivnom (eng. *adverse or negative inference*) je izraz koji se odnosi na zaključak o postojanju odnosno nepostojanju činjenice izveden iz pasivnosti ili nesuradnje jedne od stranaka. Ovim se izrazom opisuju situacije u kojima sud iz ponašanja one parnične stranke koja je po ocjeni suda onemogućila pribavljanje određenog dokaza, izvodi činjenične zaključke nepovoljne po tu stranku. Riječ je o situacijama u kojima se određena činjenica

* Redoviti profesor u trajnom zvanju na Katedri za građansko procesno pravo Pravnog fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, Zagreb, Republika Hrvatska, e-mail: auzelac@pravo.hr, ORCID ID: 0000-0001-5986-3909.

** Josip Lažeta, mag. iur., odvjetnički vježbenik u Odvjetničkom društvu Matijević, Jakirčevič & Malkoč d.o.o., Zavrtnica 28, Zagreb, Republika Hrvatska, e-mail: josip.lazeta.doz@gmail.com.

ne može utvrditi bez stranačke suradnje, npr. ako je stranka u posjedu isprava ili drugih dokaza koji su potrebni za utvrđenje određene činjenice, a ona te dokaze odbija po pozivu suda prezentirati ili na drugi način, npr. odbijanjem pristupa sudu ili propuštanjem predujmljivanja, onemogućuje izvođenje dokaza.

Pojam negativnih inferencija potječe iz anglo-saksonskog dokaznog prava, no njegovi se funkcionalni ekvivalenti danas nalaze u pravima mnogih zemalja koje pripadaju tzv. *civil law* tradiciji. U kontekstu međunarodne trgovačke arbitraže, dokazivanje izvođenjem negativnih inferencija također je postalo dio standardnog procesnog instrumentarija. U ovom ćemo radu ispitati u kojoj se mjeri i hrvatsko pravo može pridružiti tim trendovima, tj. u kojoj mjeri se može govoriti o negativnim inferencijama u okvirima domaćeg parničnog postupka.

2. NEGATIVNE INFERENCIJE U KONTEKSTU HRVATSKOG DOKAZNOG PRAVA: OPĆI PREGLED

Za bolje razumijevanje negativnih inferencija korisno je dati konkretan primjer. Za ovu priliku posuđujemo ga iz doktrine *common law* dokaznog prava.[1] Tužitelj, čiji se sin nesretnim slučajem utopio, tuži osiguravajuću kuću radi isplate naknade s naslova police životnog osiguranja. Nesporno je da je pokojnik bio osiguran, ali ne i za utapanje uzrokovano bolešću ili fizičkom ozljedom. Osiguravajuće društvo ističe da je pokojnik bio lošeg zdravstvenog stanja, i predlaže da se o toj okolnosti sasluša oca pokojnika. Kada bi otac odbio dati iskaz, to bi samo po sebi moglo poslužiti za utvrđivanje dokazivane činjenice, i to da su izvede negativnu inferenciju tj. donese zaključak da je sin imao zdravstvenih problema.[2] Jednako tako, kada bi osiguravajuća kuća izbrisala iz svojih evidencija podatke o zdravstvenom stanju pokojnog osiguraniku ili odbila predati sudu njegovu medicinsku dokumentaciju, ta bi okolnost mogla dovesti do zaključka da je prigovor tuženika neosnovan.

Pojam negativnih inferencija do sada nije bio korišten u hrvatskom procesnom pravu – no vrijeme je da ga se uvede i počne koristiti. U prošlosti, inkvizitorni pristup dokazivanju te doktrinarno insistiranje na „sigurnosti" u utvrđenju relevantnih činjenica, kao i nasljeđe teorije materijalne istine prilagođene duhu socijalističkog

[1] Primjer iz: Stephen A. Saltzburg, "A Special Aspect of Relevance: Countering Negative Inferences Associated with The Absence of Evidence", *California Law Review* 66, br. 5 (1978): 1041-1043.

[2] Ibid., 1041: „*A jury can reasonably expect that the persons closest to the deceased would have information about his condition; any failure to produce such information might cause the jury to draw negative inferences against the plaintiff.*"

paternalizma[3] uzrokovali su skepsu prema dokazivanju iz negativnih okolnosti. Posljedica je bila kronična nedjelotvornost hrvatskih parničnih postupaka u kojima je trajanje dokaznog postupka – često uzaludna potraga za „sigurnošću" kroz traganje za mogućim „pozitivnim" sredstvima za postizanje konkluzivnih utvrđenja – bilo značajan čimbenik prekomjernog trajanja parnica.

Nastojeći ubrzati postupke i ojačati razinu pravne zaštite, Zakona o parničnom postupku[4] je u reformama s početka 2000-tih ojačao primjenu raspravnog načela, koje je nakon izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku iz 2003. god. (dalje: Novela 2003.) barem na deklaratornoj razini postalo dominantno načelo u odnosu na postupak dokazivanja.[5] Time se otvorio i širi prostor za dokazivanje utemeljeno na negativnim inferencijama. U praktičnom smislu, prihvaćen je stav da parnične stranke imaju obvezu prikupiti procesni materijal i prezentirati ga sudu radi ocjene njegovih pravnih implikacija i donošenja odluke o osnovanosti tužbenog zahtjeva. Izreka *da mihi factum dabo tibi ius,* stavljajući odgovornost za utvrđenje činjenica na stranke, u punom smislu traži i odgovornost stranaka za pribavljanje dokaznog materijala temeljem kojeg sud odlučuje.

Na isti način i procesna teorija pledira za odgovornost i aktivni doprinos stranaka kao temelj kvalitete činjeničnih utvrđenja u postupku: „*antagonistički stavovi stranaka [su] garancija da će sudu biti pružena obostrana, pa zato i svestrana informacija o bitnim elementima spora […] a od njihove volje i zalaganja ovisi stupanj u kojemu će sud moći ispitivati i ocjenjivati iznesene stranačke argumente.*"[6] Nastavno na ideju o svestranom informiranju suda, dokazivanje stranačkih navoda je pravo, ali i teret stranaka[7]. U tom smislu potrebno je danas pristupiti i procesnim mehanizmima iz ZPP-a poput npr. pravila o ediciji isprava. Procesna dužnost stranaka da prezentiraju isprave je i jedna od konkretnih manifestacija novog procesnog načela: načela lojalne suradnje koje traži savjesnu kolaboraciju stranaka i suda kako bi se ostvarila svrha pravne zaštite,[8] o čemu će biti više riječi *infra* u zaključnom poglavlju ovoga rada.

---

[3] Za kritički pristup teoriji materijalne istine v. Alan Uzelac, *Istina u sudskom postupku* (Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 1997.)

[4] Zakon o parničnom postupku, Narodne novine br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22. (dalje u tekstu: ZPP).

[5] Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo* (Zagreb: Narodne novine, 2004.), 174. U tom smislu v. i odluke Županijskog suda u Varaždinu, Gž-955/2006 od 10. travnja 2006. i Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Pž-1203/2022 od 22. ožujka 2022.

[6] Triva, Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, op. cit., 176.

[7] Ibid., 499.

[8] Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, *VII., Utvrđivanje činjenica*, 548. V. i Alan Uzelac, *Coercive Measures Applied to Individuals*, National Report for the XV World Congress of the International Association of Procedural Law, Istanbul, 2015., 3.

Pravila koja stranke obvezuju prezentirati dokaze sudu potrebno je staviti i u kontekst temeljnih odredbi o ocjeni dokaza. Zakon o parničnom postupku utemeljen je na načelu slobodne ocjene dokaza. Slobodna i brižljiva ocjena svih dokaza[9] uključuje još i vrednovanje okolnosti u kojima se dokazivanje izvodi. Ako jedna stranka uskrati prezentirati dokaz ili, protivno uvjerenju suda, poriče da nekim dokazom koji bi morao biti u njenom posjedu ne raspolaže, i takvu je okolnost potrebno vrednovati. Međutim, što bi trebao biti rezultat toga vrednovanja?

Opće je pravilo da u slučaju nemogućnosti da sa sigurnošću utvrdi neku činjenicu, sud o njenom postojanju zaključuje primjenom pravila o teretu dokazivanja.[10] Ako sud ne postigne odgovarajući stupanj uvjerenja o postojanju činjenice, uzet će da je činjenica neutvrđena, te će interpretirajući materijalno pravo izvesti zaključke na štetu one stranke koja je prema normama materijalnog prava bila dužna određenu činjenicu dokazati. Takva će odluka, kao odluka utemeljena na tumačenju materijalnopravnih normi, biti pobojna zbog pogrešne primjene materijalnog prava.

Negativne inferencije se međutim ne poklapaju u cijelosti s odlučivanjem na temelju primjene pravila o teretu dokazivanja. Kako je značenje i važnost određenog stranačkog propusta sud ovlašten slobodno ocijeniti, on uz pomoć negativnih inferencija može formirati dostatno pouzdan zaključak o postojanju pravno relevantne činjenice koristeći svoju ovlast da slobodno, po vlastitom uvjerenju, ocjenjuje dokaze. Takvo tumačenje potvrđuje i ZPP. Prema njegovim odredbama, tako široke ovlasti da izvede zaključke o postojanju ili nepostojanju činjenice sud ima u dokaznom postupku:

- ako stranka ne predujmi iznos za izvođenje dokaza (čl. 153.),
- ako stranka odbije prezentirati ispravu (čl. 233. ZPP), ili
- ako stranka ne dođe na saslušanje (čl. 264. ZPP).

Ovlast suda da slobodno ocjeni određene stranačke radnje, odnosno propuste u ovim je odredbama sadržana u sljedećoj formulaciji:

> „sud će, s obzirom na *sve okolnosti*, po *svom uvjerenju cijeniti* od *kakva je značenja* […]".

Naizgled, ova formulacija reproducira opće pravilo o slobodnoj ocjeni dokaza iz čl. 8. ZPP-a (sud odlučuje koje će činjenice *uzeti za dokazane* „*prema svom uvjerenju* na temelju savjesne i brižljive […] *ocjene svih dokaza zajedno"*), no to nije tako. Naglašavajući upravo ovakve negativne okolnosti kao osnovu da se *po svom uvjerenju* – dakle temeljem subjektivne ocjene raspravnog suda – *cijeni*

[9] Čl. 219. ZPP-a.

[10] Čl. 221.a. ZPP-a.

značenje odbijanja ili propuštanja procesne suradnje u dokaznom postupku od strane jedne od stranaka, sudu se nedvojbeno daju **dopunske ovlasti da po vlastitoj ocjeni** vrednuje i samu okolnost nedostatka procesne suradnje kao konkluzivan dokaz činjenice koju u postupku utvrđuje. Pri tome, prvostupanjski bi sud ne samo zbog utvrđivanja činjenica, nego i zbog održavanja procesne discipline, trebao uživati široku slobodu procjene koja bi se i u pravnim lijekovima mogla jedino pobijati zbog eventualne proizvoljnosti izvedenog zaključka.

Naime, ocjena *svih okolnosti* nije identična *ocjeni svih dokaza* (zajedno i zasebno). Prema našem mišljenju, ključne okolnosti unutar formule *„ocjena svih okolnosti"* su: neopravdanost propuštanja, utjecaj na procesnu ekonomiju te legitimnost zaključka da je stranka odbila surađivati odnosno propustila izvršiti svoju dužnost omogućivanja dokazivanja određene činjenice. Sljedstveno tome, i kontrola viših sudova trebala bi se ograničiti na ispitivanje je li zaista stranka svojim propustima neopravdano onemogućila utvrđivanje činjenice, a ne na spekulaciju je li sud u takvom kontekstu trebao izvoditi i neke druge, potencijalno raspoložive dokaze ne bi li tako postigao „sigurnost" i kompenzirao nedostatak suradljivosti stranke. Negativne inferencije neminovno relativiziraju pravila o standardu dokazivanja, jer – odgovornošću stranke – nameću utvrđenje činjenica koje počiva na reduciranoj dokaznoj osnovi koja je u manjoj mjeri podobna da dovede do izvjesnih činjeničnih utvrđenja.

U ovom ćemo radu pokazati da negativne inferencije, premda nisu poznate pod tim nazivom, u hrvatskom parničnom postupku postoje, iako još uvijek u ponešto reduciranom obliku. Da bismo ovu tezu dokazali, najprije ćemo zasebno propitati odredbe hrvatskog prava u kojima se pojavljuje ovlast suda da izvede negativne inferencije, tj. da s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju cijeni od kakva je značenja što stranka nije poduzela određenu radnju ili udovoljila pozivu suda. Nakon njihove sistemske i teleološke analize, ispitat ćemo i dostupnu sudsku praksu kako bismo utvrdili način na koji ove odredbe tumače hrvatski sudovi.

3. POJEDINI PRIMJERI NEGATIVNIH INFERENCIJA U ZAKONU O PARNIČNOM POSTUPKU

3.1. Nepolaganje predujma za izvođenje dokaza (čl. 153. st. 3.)

U čl. 153. st. 3. ZPP-a propisano je da će sud „ … s obzirom na sve okolnosti, po svojem uvjerenju cijeni(ti) *od kakve je važnosti što stranka nije u roku položila iznos potreban za podmirenje troškova.*"[11]

[11] Čl. 153. st. 3. ZPP-a.

Stranke su naime općenitim pravilom iz st. 1. istoga članka obvezane da po nalogu suda unaprijed podmire troškove koji će nastati u povodu izvođenja dokaza kojeg predlažu.[12] Potonja zakonska odredba je u duhu raspravnog načela, stoga što odgovornost za pribavljanje dokaza stavlja upravo na stranku koja snosi teret dokazivanja određene činjenice. Primarno, stranka bi trebala omogućiti izvođenje određenog dokaza tako da ga sama prezentira sudu. Ako stranka to nije u stanju, ona može sudu predložiti izvođenje tog dokaza, a sud u tom slučaju dokaznim nastojanjima stranke pomaže prvenstveno u interesu pravičnosti i procesne ekonomije. No, okolnost da sud temeljem stranačkog prijedloga određuje izvođenje pojedinog dokaza (npr. određujući saslušanje vještaka ili svjedoka) ne znači da je sud taj dokaz po svaku cijenu dužan izvesti. Prema raspravnom načelu, stranka je u pravilu i dalje odgovorna za omogućavanje izvođenja predloženog dokaza i sukladno tome dužna je poduzeti sve radnje koje su u njenoj moći, npr. snositi troškove izvođenja dokaza ako ga sud doista i odluči izvesti.

Pritom se postavlja pitanje značenja stranačkog odbijanja uplate predujma potrebnog za izvođenje dokaza. U čl. 153. st. 3. ZPP-a propisano je da će sud odustati od izvođenja dokaza ako iznos potreban za podmirenje troškova ne bude položen u roku što ga sud odredi. Upravo u takvim okolnostima, u nastavku istog stavka daje se ovlast sudu da ocijeni važnost činjenice da stranka nije uplatila predujam. Dakle, sudu je dana ovlast da u skladu sa svim okolnostima takvo stranačko ponašanje protumači i, ako ocijeni da nepolaganje predujma nije bilo opravdano drugim objektivnim okolnostima, izvede negativan zaključak u pogledu postojanja činjenice čije je dokazivanje stranka bila predlagala.

Strogost ove odredbe, koja povezuje težnju za djelotvornošću dokaznog postupka i potrebu održavanja procesne discipline, donekle ublažavaju naredne odredbe koje se tiču situacija u kojima se iznimno ipak omogućuje izvođenja dokaza za koji nije položen predujam. Zanimljivo je pratiti njihovu genezu, jer svjedoči o tome da uvođenje raspravnog načela u dokazivanje nije bilo pravocrtno i beziznimno.

Osnovna odredba – ona koja je sudu nalagala da odustane od izvođenja dokaza u slučaju nepolaganja predujma za njegovo izvođenje – postojala je već u izvornom tekstu ZPP-a iz 1976. godine. Za utvrđivanje svih činjenica koje se ne odnose na primjenu prisilnih propisa, čak i ako je izvođenje dokaza odredio sud po službenoj dužnosti (što je do 2003. bilo moguće), sud nije bio ovlašten izvesti ih, ako troškovi izvođenja tog dokaza ne budu predujmljeni od stranaka.[13] Jedini dokazi koje je sud mogao predujmiti iz vlastitih sredstava (dakle, na teret državnog

[12] Čl. 153. st. 1. ZPP-a.

[13] Čl. 153. st. 3. ZPP: "*Sud će odustati od izvođenja dokaza ako iznos potreban za podmirenje troškova ne bude položen u roku što ga sud odredi*."

proračuna) i izvesti ih, bili su dokazi koji se izvode radi kontrole nedopuštenih raspolaganja stranaka (čl. 3. st. 3. ZPP-a).[14]

Čini se da ova odredba sve do 2000-tih nije u praksi bila zaživjela zbog dominacije načela materijalne istine i općeg duha paternalističkog inkvizitorijalizma u parničnoj praksi. Čak i kada je sud postupio sukladno zakonu i odustao od izvođenja nepredujmljenog dokaza, viši su sudovi povodom žalbe znali smatrati da utvrđivanje istine ima prvenstvo, pa bi ukidali donijete odluke zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja. Zato je u noveli ZPP-a iz 1990. god. toj odredbi dodana rečenica kojom je sud ovlašten po svojem uvjerenju (dakle, uz veći stupanj razumne diskrecije) cijeniti od kakve je važnosti što stranka nije u roku predujmila troškove. I dalje se jedina iznimka od pravila da je sud dužan odustati od daljnjeg dokazivanja (dakle da ne može iz vlastitih sredstava predujmiti dokaz) odnosila na slučajeve u kojima sud posumnja da stranke žele postići učinke suprotne prisilnim propisima i pravilima javnog morala (čl. 3. st. 3. ZPP).

Usprkos novoj odredbi, izgleda da se u praksi i dalje pojavljivala stara psihologija i da su zbog nje pojedini suci protivno izričitoj zakonskoj zabrani znali određivati i izvoditi dokaze koje su stranke propustile predujmiti. Znakovito je također da je Novela 2003., usprkos općenitoj namjeri jačanja raspravnog načela na ovom mjestu umjesto osnaženja stranačke obveze i dodatnog potenciranja negativnih inferencija u slučaju propuštanja njihovog izvršavanja, krenula drugim putem te je neizravno ozakonila sudsku praksu da se povremeno ipak izvode i nepredujmljeni dokazi. Naime, dok je preostala odredba o obvezi da se dokaz u slučaju nepredujmljivanja ne izvodi, novelom je ubačen sadašnji stavak 4. koji upravo za slučaj da se (protivno zakonu?) ipak izvede takav dokaz, određuje da će sud naložiti stranci koja je dokaz predložila da u roku od 8 dana izravno plati trošak svjedoku ili vještaku.

Ovu pragmatički motiviranu intervenciju ne bi se trebalo široko tumačiti. Iako je možda dijelom bila korak unatrag, ona nije bila uzrokovana željom da se napusti akuzatornost u dokazivanju – to je uostalom upravo bio sadržaj izmjena čl. 7. ZPP-a u istoj noveli. Ispravno protumačena, ona ima značenje iznimne mogućnosti da se, u dogovoru svih sudionika, ne čeka da sud primi uplatu predujma te ju proslijedi svjedocima i vještacima, nego da se omogući da dokaz odmah bude izveden, uz preuzimanje obveze da se troškovi izravno uplate na njihov račun. U slučajevima u kojima su stranke odvjetnički zastupane, a sud smatra da nema razloga sumnjati u njihovu kooperativnost, ova opcija može doprinijeti brzini i djelotvornosti postupka. Iako može djelovati zbunjujuće, ona nikako ne bi trebala

[14] V. sadašnji čl. 153. st. 5. ZPP-a.

dovesti u pitanje ni obvezu stranaka da podmire troškove dokaza, niti diskrecijsko pravo suda da u slučaju nekooperativnog stava (odbijanja polaganja predujma) izvede negativnu inferenciju u odnosu na postojanje činjenice koju je predloženi, a neizvedeni dokaz trebao dokazati.

3.2. Nepodnošenje isprava u posjedu stranke (čl. 233. st. 5.)

U čl. 233. st. 5. ZPP-a sudu se daje ovlast da s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju cijeni od kakva je značenja:

- *„što stranka koja drži ispravu neće postupiti po rješenju suda kojim joj se nalaže da podnese ispravu“ ili*
- *„protivno uvjerenju suda poriče da se isprava kod nje nalazi.“*[15]

Navedena odredba pojavljuje se u kontekstu pravila o ediciji isprava, i u odnosu na prethodan slučaj je kompleksnija, a k tome i još bliža *common law* razumijevanju negativnih inferencija. U prikupljanju dokaznih sredstava stranke u hrvatskom pravu imaju vrlo ograničena sredstva da bi osigurale pristup ispravama koje nisu u njihovom posjedu. Upravo se pravilima o ediciji isprava strankama omogućava da sud umjesto njih pribavi isprave koje se nalaze kod protivne parnične stranke, treće osobe ili nekog tijela javne vlasti.[16]

U odnosu na nepolaganje predujma za izvođenje dokaza, kod pravila o ediciji isprava izvođenje negativnih zaključaka suočava se s nešto složenijom situacijom. Protivna stranka može odbiti prezentaciju isprave navodeći da ju nije dužna pokazati, a može i poreći njeno posjedovanje. U oba slučaja potrebno je ispitati ima li opravdanih razloga za neudovoljavanje pozivu suda. U ZPP-u je izričito navedeno da sud može izvoditi dokaze radi utvrđivanja raspolaže li protivna stranka zatraženom ispravom, ako ona poriče da se ona nalazi u njenom posjedu.[17]

Što se pak tiče odbijanja prezentacije isprava, potrebno je uzeti u obzir da dužnost prezentacije isprava nije apsolutne naravi. Potrebno je razlučiti je li riječ:

1. o ispravi koju je stranka po zakonu dužna predati ili koja se po svom sadržaju smatra zajedničkom za obje stranke, ili
2. o drugoj ispravi koja bi mogla biti relevantna za utvrđivanje spornih činjenica.

U prvom slučaju, dužnost prezentacije je bezuvjetna[18] te se protivna stranka neće moći pozivati na to da ispravu iz bilo kojeg razloga nije dužna prezentirati. S

[15] Čl. 233 st. 5. ZPP-a.
[16] Čl. 231., 233. i 234. ZPP-a.
[17] Čl. 233. st. 4. ZPP-a.
[18] Čl. 233. st. 2. ZPP-a.

obzirom na to da između stranaka postoji samostalan odnos te prava i obveze koje nadilaze granice konkretne parnice, stranka koja traži prezentaciju isprave može po svom izboru ili zatražiti prezentaciju isprave u parnici po pravilima o ediciji isprava, ili isto pravo ostvarivati na drugi način, zasebnom tužbom[19].

U drugom slučaju, koji je u praksi mnogo češći, zakon propisuje analognu primjenu odredaba čl. 237. i 238. ZPP-a o pravu svjedoka na uskratu svjedočenja i odgovora na pojedina pitanja.[20] Drugim riječima, protivna se stranka može osloboditi dužnosti da po pozivu suda prezentira traženu ispravu „*iz važnih razloga*", a osobito ako učini vjerojatnim da bi njena prezentacija mogla nju ili njoj bliske osobe[21] izložiti „*teškoj sramoti, kaznenom progonu ili znatnoj imovinskoj šteti*".[22] Dodatno je pitanje koje su isprave zajedničke, a također i koje se činjenice i do koje mjere mogu inferirati iz okolnosti da se isprava odbija prezentirati. Potonje je pogotovo problematično ako je potrebno utvrditi visinu novčanog iznosa (kvantum) u odnosu na relevantnu okolnost (npr. visinu štete ili točan iznos sporne tražbine).

Kolikogod bio širok krug iznimaka od obveze prezentacije isprave nepovoljne po stranku koja ju drži, ipak je nužno naglasiti da ove iznimke treba usko tumačiti. One ne smiju dovesti u pitanje glavno pravilo, a ono je da načelo procesne suradnje od stranaka traži da pomognu u dokazivanju čak i onda kada je to u ishodu za njih nepovoljno. Taj je stav svojevrsni kopernikanski obrat u odnosu na nekad standardni pristup kojeg je najbolje izražavala izreka *nemo contra se edere tenetur:* nitko nije dužan sudu prezentirati dokaze koji mu idu na štetu. Dok neupućeni i danas ponekad zazivaju ovu izreku, valja uočiti da je odredba čl. 233. st. 3. ZPP-a bila u zakonu kontinuirano od 1976. godine, vjerojatno kao rezultat recepcije austrijskog ZPO-a, no da je njen pravi potencijal tek moguće ostvariti uz napuštanje inkvizitorne psihologije po kojoj (samo) sud ima obvezu da se pobrine za akuratno i potpuno utvrđenje činjenica u postupku.

Kako će se primjenjivati ovlast za izvođenje negativnih inferencija u odnosu na ediciju isprava uvelike ovisi o sposobnosti suda da na razuman i primjeren način iskoristi široko diskrecijsko pravo koje mu pravila ZPP-a ostavljaju. Negativne inferencije ne počivaju samo na negativnim činjenicama. Sud nije *tabula rasa,* a neki autori zbog toga tvrde da je i dokazivanje tek supsidijaran način utvrđivanja

---

[19] Triva, Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 517.

[20] Ibid., 516.

[21] Krug tih osoba uključuje „*srodnike po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stupnja, a u pobočnoj liniji do trećeg stupnja zaključno, svoga bračnog druga ili srodnike po tazbini do drugog stupnja zaključno i onda kad je brak prestao te svog skrbnika ili štićenika, usvojitelja ili usvojenika".*

[22] Čl. 238. ZPP-a.

činjenica.[23] Sud i u ovom kontekstu treba voditi računa o općepoznatim činjenicama, zakonskim predmnjevama, te o priznatim činjenicama. Npr. među općepoznatim (notornim) činjenicama jest i to da da pravne osobe imaju knjigovodstvene servise, kao i da o mnogim činjenicama redovito vode službene evidencije koje po normalnom tijeku stvari treba pohranjivati i čuvati duže vremensko razdoblje. Sve to čini podlogu – tzv. uvažavanje „svih okolnosti" – temeljem koje sud legitimno može donositi zaključke, a o razumnosti negativnih inferencija suda može se zaključiti iz uvjerljivosti razloga kojima sud svoje dokazne zaključke obrazlaže u presudi. Naime, široka ovlast da sud iz nekooperativnosti u dokaznom postupku donese zaključak o postojanju relevantnih činjenica ne oslobađa sud obveze da u presudi obrazloži zašto je smatrao da je stranka nekooperativna te da ocijeni ima li razloga koji bi opravdali nepodnošenje isprave koja je od stranke zatražena i što bi i zašto iz tog nepodnošenja proizlazilo.

3.3. Neodaziv pozivu na saslušanje (članak 269. st. 2.)

Jedno s nepravom podcijenjenih dokaznih sredstava je i saslušanje stranaka. Nekadašnji stav o supsidijarnoj naravi saslušanja stranaka napušten je novelom ZPP-a iz 2019. godine[24], priznajući tako da stranke kao izvor informacija imaju u praksi važnije mjesto no što su im to davale stara procesna doktrina i odredbe zakona. Zato je još važnija odredba čl. 269. st. 2. ZPP-a koja ovlašćuje sud da „… *s obzirom na sve okolnosti, ocijeni od kakva je značenja što stranka nije došla na saslušanje ili što je uskratila iskaz.*"

Za razliku od svjedoka i vještaka, stranku se ne može prisilno navesti na davanje iskaza,[25] ali to ne znači da sud iz odsutnosti spremnosti stranke da se odazove na saslušanje ne može izvući odgovarajući dokazni zaključak.[26] Pomalo redundantno redigiranu odredbu čl. 265. st. 2. ZPP-a da se „*neće saslušati stranka koja uskrati davanje iskaza ili se bez opravdanog razloga ne odazove pozivu suda*" obilježava paralelizam s uređenjem iz čl. 153. ZPP-a. Svrha je da se sudu jasno naznači da je u slučaju nekooperativnosti stranke oslobođen daljnjeg čekanja i nagovaranja na davanje iskaza, ali i da se jasno ukaže strankama na konzekvencije – svojevrsne sankcije – za uskraćivanje iskaza kojim bi se sudu pomoglo da se razjasni sporno činjenično stanje. Iz ove se odredbe može izvesti zaključak da stranka ne može

---

[23] Mihajlo Dika, „Općepoznate činjenice u parničnom postupku", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 38:1, (2017), 2.

[24] U ZID ZPP 2019 (Narodne novine, br. 70/19) brisan je st. 2. članka 264. koji je saslušanje stranaka omogućavao samo na kraju postupka: „*kad nema drugih dokaza ili kad unatoč izvedenim drugim dokazima ustanovi da je to potrebno za utvrđivanje važnih činjenica*".

[25] U tom smislu još uvijek vrijedi *nemo contra se edere debetur* pravilo. Usp. Dika, *Građansko parnično pravo,* 706.

[26] Čl. 269. st. 1. ZPP-a; Triva, Dika, op. cit., 535.

računati na to da će joj naknadno biti dopušteno da ju se sasluša, iako za sud neće biti nepovoljnih posljedica ako to po svojoj diskreciji i omogući. U prvom planu treba, međutim, biti procesna ekonomija i težnja da se postupak što prije i djelotvornije okonča, a da se pritom koliko je moguće ostvari i cilj svestrane rasprave i što je ispravnije moguće utvrđenog činjeničnog stanja.

Međutim, ako je za dokazivanje neke činjenice potrebno saslušati stranku, a ona to izbjegava, načelo saslušanja stranaka neće biti povrijeđeno ako se saslušanje ne održi. Za pravično suđenje dostatno je da sud na realistički način omogući stanci da dade svoj iskaz o pravno relevantnim činjenicama, što je konzumirano i onda kada je stranka uredno pozvana, a pozivu suda se ne odazove. Utoliko, ovlast suda da slobodno ocijeni takvo ponašanje stranke ili ne dođe na saslušanje ima istodobno i poticajnu ulogu (motiviranje stranke na kooperativnost), kao i ulogu najbolje alternative za ispravno utvrđenje činjenica (jer omogućuje aktiviranje iskustvenih pravila o tome što bi pasivnost i nekooperativnost stranke mogla značiti).

Pritom i u odnosu na ovaj dokaz zakon nalaže sudu da značenje držanja stranke ocijeni „u skladu sa svim okolnostima". I ovdje bi upućivanje na „sve okolnosti" trebalo tražiti u ispitivanju okolnosti u kojima je stranka uskratila davanje iskaza ili izostala sa zakazanog saslušanja. Sud bi trebao stranci dati primjerenu mogućnost da se izjasni o činjenicama, pa ako npr. stranka ima dobrih razloga da zatraži odgodu saslušanja ili joj se dogodi slučaj zbog kojeg zakasni na ročište, sud ne bi trebao iz čistog formalizma odmah izvoditi negativne inferencije. Naravno, za neke je situacije moguće zatražiti povrat u prijašnje stanje, no to može biti i duži i manje primjeren put od razborite primjene diskrecijskog prava suda da ocijeni je li primjereno ili ne izvoditi negativne inferencije po ovlasti iz čl. 269. st. 2. ZPP-a. No, ako se u svjetlu svih okolnosti može zaključiti da stranka zavlači sa davanjem iskaza, npr. ako se ponavljaju njeni zahtjevi za odgodom ili ona višekratno pokaže nekooperativan stav u postupku, takve okolnosti daju sasvim legitiman okvir za izvođenje nepovoljnih zaključaka i formiranje suda o činjenicama (a temeljem njih i o osnovanosti tužbenog zahtjeva) koji se oslanja na negativne inferencije.

4. ANALIZA SUDSKE PRAKSE: KAKO SE KORISTE OVLASTI ZA IZVOĐENJE NEGATIVNIH INFERENCIJA?

Analiza zakonskog okvira upućuje da u hrvatskom pravu postoje raznovrsne situacije u kojima sud može na temelju pasivnosti ili nekooperativnost stranke izvoditi negativne inferencije, tj. zaključke o postojanju činjenica izvedene iz same okolnosti da stranka uskraćuje sudu mogućnost da činjenice potpuno i ispravno utvrdi. U narednom dijelu rada analizirat ćemo sudsku praksu da bismo utvrdili je

li ona sukladna zakonskom tekstu i našem ranije danom sistemskom tumačenju. U središtu pozornosti bit će pitanja:

- u kojoj se mjeri primjenjuje pravila koja sud ovlašćuju na izvođenje negativnih inferencija u praksi?
- koje posljedice („sankcije“) se u praksi izvode kod nekooperativnosti stranaka u odnosu na dokazni postupak, tj. koji je sadržaj izvedenih negativnih inferencija?;
- kako se „cijene sve okolnosti“ tj. jesu li odredbe o izvođenju negativnih inferencija imperativne ili ih treba fleksibilno tumačiti i primjenjivati?, te
- ugrožava li primjena negativnih inferencija pravilnost utvrđenja činjeničnog stanja?

4.1. Učestalost primjene pravila o negativnim inferencijama

Imajući u vidu inkvizitornu tradiciju hrvatskog post-socijalističkog pravosuđa te sporost transformacije pravosudnih struktura, opravdano je početi istraživanje sudske prakse pitanjem jesu li norme koje ovlašćuju sud na izvođenje negativnih inferencija uopće u praksi zaživjele.

Naš pregled dostupne i objavljene sudske prakse može nas ispuniti umjerenim optimizmom. Određeni se pomaci vide, tako da ne bi bilo ispravno tvrditi da su citirana pravila ZPP-a ostala mrtvo slovo na papiru. No, pojedini se problemi neizravno uočavaju čak i u onim odlukama kojima je na kraju potvrđeno pravo suda da kroz negativne inferencije sankcionira nekooperativnost stranaka.

Tako se u revizijskoj odluci Vrhovnog suda iz veljače 2007. godine[27] trebalo ocijeniti postupanje nižestupanjskih sudova koji su iz nepristupanja tužitelja na ročišta zakazana radi njegova saslušanja izveli zaključak o nedokazanosti nematerijalne štete. Predmet spora bio je odštetni zahtjev zbog povrede ugleda uzrokovanih navodnim klevetama i uvredama u jednom dnevnom listu. Znakovito je da je sud radi utvrđenja nematerijalne štete čak šest puta zakazivao ročište radi saslušanja tužitelja, ne primjenjujući ovlast da iz neodziva na saslušanje izvede negativnu inferenciju u odnosu na tužiteljeve navode. Kada je napokon sud ipak smogao snage zaključiti raspravu i odbio tužbeni zahtjev zbog nedokazanosti materijalne štete, tu je okolnost tužitelj koristio u svim pravnim lijekovima, sve do Vrhovnog suda, da bi pobijao postupanje nižih sudova. Vrhovni je sud ipak reviziju odbio, konstatirajući da su niži sudovi činjenično stanje utvrdili ispravno primjenjujući zakon. Zanimljivo je da se u toj odluci veća pozornost primjenjuje pravilima o odlučivanju na temelju primjene pravila o teretu dokazivanja (čl.

[27] VSRH, Rev-88/2007 od 14. veljače 2007.

221.a ZPP-a), negoli tumačenju odredbe čl. 269. st. 2. ZPP-a koja se tek usputno spominje, a koja bi sud ovlastila na izvođenje negativnih inferencija već iz prvog neodazivanja tužitelja na saslušanje.

U nastavku ćemo iznijeti neke druge primjere iz prakse u kojima se pokazuje da su kod pojedinih sudova negativne inferencije, doduše u raznim oblicima, ipak zaživjele.

4.2. Sadržaj negativne inferencije: nepovoljno činjenično utvrđenje ili odluka utemeljena na pravilima o teretu dokazivanja?

Među starijim odlukama Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske (dalje: Visoki trgovački sud) vezanima za nepolaganje predujma za izvođenja dokaza ističe se odluka iz prosinca 2007. godine.[28] Njome je potvrđena odluka Trgovačkog suda u Šibeniku koji je odbio provesti ortopedsko vještačenje jer tužitelj nije prethodno položio traženi iznos predujma za troškove vještačenja. Prvostupanjski je sud, na sličan način kao i u postupku u kojem je donesena već citirana odluka Vrhovnog suda (v. *supra* 4.1), odbio tužbeni zahtjev primjenjujući pravila o teretu dokazivanja jer tužitelj nije dokazao činjenice potrebne za utvrđivanje visine štete, a koje su se mogle dokazati jedino vještačenjem.

Drugostupanjski je sud potvrdio prvostupanjsku odluku uz obrazloženje da „*… zakon ovlašćuje sud da odustane od provođenja odluke o izvođenju dokaza, sukladno načelima ekonomičnosti, makar i na štetu ostvarivanja načela traženja istine.*“[29] Stranačku pasivnost u vidu neosiguravanja sredstava za izvođenje dokaza je potom protumačio kao „ … *pomanjkanje interesa za postizanje pravilne i zakonite zaštite*“[30], zbog čega sud zaključuje da slabi i dužnost suda da brine o pravilnom utvrđivanju činjenica.[31]

Tumačenje suda da određenu činjenicu tužitelj nije dokazao jer nije osigurao izvođenje dokaza kojim bi se ta činjenica dokazala jest svojevrsna negativna inferencija. S obzirom na to da je činjenica bila odlučna, sud je utvrdio da tužitelj nije dokazao svoje činjenične navode te je odbio tužbeni zahtjev. Znakovito je da sud nije krenuo drugim putem, pridajući nepredujmljivanju troškova ortopedskog vještačenja značenje dokaza koji o postojanju činjenice koju je to vještačenje trebalo dokazati izvodi zaključak suprotan od onoga koji sugerira stranka koja vještačenje predlaže – što bi u strogom smislu odgovaralo pojmu negativne inferencije.

---

[28] VTS, Pž-4013/2007 od 4. prosinca 2007.

[29] Ibid., 2.

[30] Ibid., 3.

[31] Ibid.

U recentnijim odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske dano je slično tumačenje, no ovoga puta bez izričitog upućivanja na primjenu pravila o teretu dokazivanja. U odluci iz ožujka 2019. godine[32] Vrhovni je sud pozitivno ocijenio postupanje prvostupanjskog suda koji je prihvatio prijedlog tužitelja za izvođenje sudskomedicinskog vještačenja te je tužiteljima ostavio rok za polaganje predujma uz upozorenje na posljedice ako iznos ne predujme. Kako tužitelji nisu položili naloženu svotu, sud je odbio izvesti dokaz, utvrdio da tužitelji nisu dokazali svoje činjenične navode te odbio tužbeni zahtjev. Vrhovni je sud u svom obrazloženju pozitivno ocijenio takvo postupanje suda te dodatno upozorio revidente na čl. 10. ZPP-a, tj. dužnost suda da postupak provede u razumnom roku i sa što manje troškova.[33]

Za razliku od prethodno opisanog pristupa u kojem je odluka bila obrazložena nemogućnošću utvrđenja činjenica te primjenom pravila o teretu dokazivanja, „prave" negativne inferencije nižeg suda podržane su u odluci Visokog trgovačkog suda iz prosinca 2010. Za nedostavljanje dokumentacije vještaku navedeno je da je *„prvostupanjski sud pravilno zaključio da izostanak tuženikovog pokoravanja nalogu suda, a kako bi se utvrdila činjenica je li primio utuženu robu i je li ju platio, upućuje na zaključak da je primio utuženu robu i da je nije platio te da je, posljedično tome, dužan tužitelju utuženi iznos.* "[34]

Isto tumačenje, tj. priklanjanje tezi o utvrđenju sporne činjenice *per negationem* kao posljedici negativne inferencije iz čl. 233. st. 5. ZPP-a – doduše, u kontekstu drugih dokaza i izjava stranaka – nalazimo i u recentnoj praksi županijskih sudova. U odluci Županijskog suda u Splitu iz srpnja 2022. godine navodi se da stranka „*…nedostavljanjem kartice po prometu riskira da će tužitelj u svom iskazu navesti novčani iznos za kojeg smatra da mu je tuženik dužan platiti zbog ništetnih ugovornih odredaba, a sud će onda u takvoj situaciji moći priklanjajući vjeru iskazu tužitelja i donijeti odluku i o visini tužbenog zahtjeva.*"[35] Ista odluka također općenito iznosi tezu da je „*… odredbu članka 233. stavak 5. ZPP-a sudska praksa protumačila na način kako je u biti stranka koja ne dostavlja ispravu sebe*

---

[32] VSRH, Rev-946/2019 od 6. ožujka 2019.

[33] Ibid. „*Osim toga, za navesti je revidentima da je prema odredbi čl. 10. st. 1. ZPP sud dužan postupak provesti bez odugovlačenja, u razumnom roku, i za što manje troškova te onemogućiti svaku zloupotrebu prava u postupku iz tog razloga, pa zato sud prvog stupnja nije mogao produžiti rok za plaćanje predujma*."

[34] VTS, Pž-909/2008 od 7. prosinca 2010. „*Uzevši u obzir sve izvedene dokaze, kako otpremnice, tako i nalaz i mišljenje sudskog vještaka knjigovodstveno-financijske struke te posebno činjenicu da tuženik nije htio postupiti po rješenju suda kojim mu je naloženo dostaviti sudskom vještaku traženu dokumentaciju, ovaj sud je zaključio da je prvostupanjski sud pravilno utvrdio činjenično stanje kada je zaključio da tuženik duguje tužitelju utuženi iznos od 140.000,00 kn*."

[35] ŽS Split, Gž-780/2022 od 1. srpnja 2022. (pozivajući se na odluke Vrhovnog suda Revr-632/14, Revx-587/14, Revr-1243/09).

dovela u položaj da sud može upravo na temelju onog činjeničnog supstrata kojeg nudi protivna stranka donijeti odluku.“[36]

U recentnoj odluci Trgovačkog suda u Zagrebu[37] ocjena svih okolnosti ipak nije dovela do automatske primjene negativne inferencije iako tražene isprave nisu bile u cijelosti prezentirane sudu. Naime, u nedostatku svih potrebnih isprava sud nije odustao od izvođenja dokaza te je ipak naložio provođenje financijskog vještačenja na temelju jednog računa i dvadesetak otpremnica kako bi barem približno utvrdio obujam povrede autorskog prava tužitelja. To je bio alternativni način za utvrđivanje sporne činjenice – tako se, naime, pokušalo utvrditi koliko je knjiga tuženik tiskao i prodao neovlašteno koristeći fotografiju tužitelja, splitskog umjetnika. Sud se u konkretnom slučaju zadovoljio djelomično dostavljenom dokumentacijom te je vještačenjem želio osvijetliti spornu činjenicu.

4.3. Ocjena svih okolnosti i fleksibilnost u izvođenju konzekvencija u slučaju propuštanja rokova

Jedna presuda dodatno produbljuje tumačenje rokova iz čl. 153. ZPP-a. Dok bi se iz dikcije zakona i prethodnih odluka mogao steći dojam da sud uvijek mora odustati od izvođenja nepredujmljenog dokaza, Vrhovni je sud jednom odlukom ponudio rješenje koje potvrđuje potrebu da prvostupanjski sud na primjereni način ocijeni sve okolnosti i primjereno reagira na konkretnu situaciju. Naime, pred Općinskim sudom u Bjelovaru tužitelj je predujam za izvođenje dokaza uplatio naknadno, pet dana nakon proteka roka koji mu je sud odredio. Prvostupanjski je sud, iako je bio svjestan naknadne uplate, odustao od provođenja vještačenja te je odlučio u sporu. Vještačenje je bilo potrebno radi utvrđivanja trajanja i intenziteta straha nakon pretrpljenog vršnjačkog nasilja. U takvim je okolnostima, koje se tiču i prisilnih propisa i pitanja od općeg značenja, od iznimne važnosti provođenje psihijatrijskog vještačenja.[38] Stoga je postupanje prvostupanjskog i drugostupanjskog suda Vrhovni sud ocijenio nepravilnim navodeći da rok za polaganje predujma i posljedica iz čl. 153. ZPP-a imaju opravdanu svrhu jačanje procesne discipline radi ostvarivanja načela ekonomičnosti, no u konkretnom slučaju „*ta svrha, […] budući je predujam uplaćen prije donošenja sudske odluke*

---

[36] ŽS Split, Gž-780/2022 od 1. srpnja 2022., 3.

[37] TSZg, P-590/2022 od 13. lipnja 2022.

[38] VSRH, Rev-2802/2015 od 22. veljače 2017. „*Na osnovu ukupnog rezultata provedenog dokazivanja, a posebice nalaza i mišljenja sudske vještakinje za defektologiju V. H.-N., ocijenjeno je da je vršnjačkim nasiljem povrijeđeno pravo osobnosti tužitelja tako što duševni bolovi u vidu smanjenja životne aktivnosti kod mlljt. tužitelja iznose 6% te nisu trajne naravi, već traju od jeseni 2008. pa sve do lipnja 2012., kao vremena tužiteljeve adaptacije u novoj srednjoškolskoj sredini. Nadalje, u svom nalazu i mišljenju vještakinja je izričito navela da nije kompetentna i ovlaštena procjenjivati trajanje i intenzitet straha kod tužitelja, već to može samo vještak psihijatar, time da je vještakinja istakla i potrebu obrade tužitelja po vještaku psihijatru.*“

o odustanku, nije ostvarena već se pretvorila u nepotrebno penaliziranje stranke te u sputavanje njene raspravne slobode za traženjem istine."[39]

Još jedan slučaj na tragu navedenog u kojem je također sadržan stav da se okolnosti propuštanja treba pažljivo cijeniti te da ne treba izvoditi mehanički negativne zaključke može se naći u odluci Visokog trgovačkog suda iz rujna 2005. Trgovački sud u Zagrebu je utvrđujući činjenicu jesu li izvedeni ugovoreni građevinski radovi najprije zatražio dostavu dokumentacije kako bi se potom moglo provesti vještačenje.[40] Zbog propuštanja dostavljanja tražene dokumentacije u roku, sud je izveo zaključak da se vještačenje ne može provesti te je od vještačenja odustao i utvrdio činjenicu na štetu tužitelja. Visoki trgovački sud je navedenu odluku ukinuo i predmet vratio na ponovno suđenje[41] nalažući prvostupanjskom sudu da ponovno zatraži dostavu isprava radi provođenja građevinskog vještačenja te da tek onda, ako isprava ne bude podnesena, sud postupi sukladno odredbama čl. 233. st. 5. ZPP-a.

4.4. Negativne inferencije i pravilnost utvrđenja činjeničnog stanja

U pravnim lijekovima negativne su se inferencije nerijetko pobijale uz navođenje da njihova primjena dovodi do nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Ovaj je prigovor na tragu stare inkvizitorne psihologije koja je tražila da sud aktivno traga (da „preokrene svaki kamen") ne bi li se s apsolutnom sigurnošću utvrdila „prava" tj. „materijalna" istina. Ako to po shvaćanju viših sudova nije bio slučaj, odluke bi se ukidale uz poruku nižim sudovima da se „više potrude" ne bi li se izveli dodatni dokazi. Sve je to u praksi rijetko postizalo deklarirani cilj – kvalitetnija činjenična utvrđenja – no zato je i te kako doprinosilo prekomjernom trajanju sudskih postupaka.

Ova se psihologija, čini se, ipak promijenila. Već i u nešto starijim odlukama prigovor usmjeren na to da izvođenje negativnih inferencija dovodi do nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja s pravom je bio otklonjen. Tako je Visoki trgovački sud u odluci iz veljače 2008.[42] ocijenio pravilnim postupanje prvostupanjskog suda kada je činjenicu utvrdio na način nepovoljan za tuženika jer je izostao s ročišta za saslušanje. Žalbene navode prema kojima je zbog toga činjenično stanje nepotpuno utvrđeno, VTS je utvrdio neosnovanima. Naime, prvostupanjski je sud prihvatio prijedlog tuženika (pravne osobe) da bude saslušan njen zastupnik po zakonu radi utvrđivanja za nju povoljne činjenice. Kako zastupnik po zakonu nije

[39] VSRH, Rev-x-510/2012 od 9. siječnja 2013.

[40] TSZg, P-3928/2002 od 27. listopada 2004.

[41] VTS, Pž-469/2005 od 28. rujna 2005.

[42] VTS, Pž-4469/2008 od 26. veljače 2008.

opravdao svoj nedolazak, prvostupanjski je sud izveo preostale dokaze, zaključio glavnu raspravu i „*…zaključio da tuženik nije dokazao postojanje činjenica koje je iznio u prigovoru…*“.[43] Odbijajući prigovor koji se odnosio na nepotpuno utvrđeno činjenično stanje Visoki trgovački sud je išao i korak dalje, napominjući da je tuženik kao trgovačko društvo svoj navod o isplati novčanog iznosa mogao dokazivati drugim dokaznim sredstvima npr. ispravama od banke.[44] Dodao je i da bi jedno trgovačko društvo u obveznim odnosima trebalo postupati s pažnjom dobrog stručnjaka te za svoje uplate imati pisani trag kako bi ih kasnije moglo dokazivati.[45]

Među novijim odlukama vezanim uz isto pitanje nalazi se odluka iz studenog 2020.[46] kojom Županijski sud u Zagrebu potvrđuje presudu Općinskog suda u Zadru koji je zaključio glavnu raspravu i donio odluku nakon što je stranka neopravdano izostala s ročišta za saslušanje. Kao i u ranije navedenom predmetu stranka se žalila na nepotpuno utvrđeno činjenično stanje. Žalba je odbijena uz konstataciju da je sud u takvim okolnostima pravilno postupio kada je zaključio glavnu raspravu. Eventualni daljnji navodi koji se iznose u žalbi ne mogu utjecati na pravilnost i potpunost utvrđenja činjeničnog stanja jer se odnose na „*činjenica koje nisu bile iznesene tijekom postupka pred sudom prvog stupnja tako da u smislu odredbe članka 352. stavak 1. ZPP-a ne utječu na ocjenu zakonitosti i pravilnosti prvostupanjske presude*.“[47]

4.5. Opseg stranačke nekooperativnosti kao osnova za negativne inferencije

U odluci Županijskog suda u Varaždinu iz 2012.[48] raspravljalo se o pitanju je li Općinski sud u Varaždinu postupio ispravno kada je iz posvemašnje pasivnosti tuženika, o čijoj se obvezi uzdržavanja vodila parnica, izveo zaključak o utvrđenju

---

[43] Ibid. „*Sud prvog stupnja je pravilno zaključio da tuženik nije dokazao postojanje činjenica koje je iznio u prigovoru (odgovoru na tužbu) da je iznos od 80.000,00 kn gotovinski plaćen tužitelju te da su stranke postigle sporazum o obročnoj otplati duga odnosno o plaćanju u ratama. Naime, … žalbeni navod tuženika da sud prvog stupnja nije utvrdio sve relevantne činjenice jer je trebao saslušati tuženikova zastupnika po zakonu, ovaj sud napominje da je sud prvog stupnja pravilno tuženikov nedolazak na ročište za glavnu raspravu od 25. svibnja 2005. godine ocijenio sukladno odredbi članka 269. stavak 2. Zakona o parničnom postupku.“* U prilogu takvom postupanju govori i odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Pž-7666/2004 od 19. srpnja 2007.

[44] Ibid.

[45] Ibid. „*… tuženik bi kao pažljiv stručnjak postupajući s povećanom pažnjom prilikom ispunjenja svoje obveze isplate cijene tužitelju upravo ovjerenim uplatnicama banke odnosno tužiteljevim priznanicama koje je mogao zatražiti od tužitelja prilikom djelomičnog podmirenja duga mogao dokazati iznesenu činjenicu da je tužitelju djelomično podmirio utuženo potraživanje.*“

[46] ŽS Zagreb, Gž-569/2020 od 3. studenog 2020.

[47] Ibid., 2.

[48] ŽS Varaždin, Gž-202/2012 od 4. rujna 2012.

činjenice da tuženik u predmetno vrijeme nije ništa doprinosio za uzdržavanje svoje djece. Odbijajući žalbu, sud je nastojao povući granicu između dopuštenih i nedopuštenih negativnih inferencija nižega suda. Naime, navedeno je da je „*doista pasivno držanje tuženika bilo, između ostaloga, temelj za utvrđenje činjenice o izostanku obveze uzdržavanja",* te da je „*prvostupanjski … sud, međutim, uzimajući odlučnim pasivno držanje tuženika u čitavom postupku, isuviše ekstenzivno tumačio svoje ovlaštenje za ocjenu takvoga držanja."* S druge strane, kako je prvostupanjski sud imao ovlaštenje ocijeniti konzekvencije pasivnosti vezano uz nedolazak tuženika na raspravu radi davanja iskaza kao stranke, on u cjelini nije pogrešno ocijenio držanje tuženika, posebno zato što je u odnosu na ponašanje tuženika *in concreto* bio odlučan iskaz majke koji je ispravno ocijenjen.[49]

Ova odluka je po nekim elementima specifična jer je donesena u kontekstu obiteljskog postupka u kojem nije dopušteno donošenje kontumacijskih presuda, tako da je ovdje zapravo posrijedi pokušaj da se na ponešto restriktivan način razgraniči što može biti temelj za negativne inferencije u postupku u kojem zbog društvenog interesa da se zaštiti dobrobit djece jesu ojačana inkvizitorna ovlaštenja suda. U svakom slučaju, ona svjedoči o nesklonosti da se izvođenje negativnih inferencija proširi izvan zakonskih slučajeva u kojima je ovlast da se cijeni nekooperativnost stranke izričito propisana.

5. ZAKLJUČAK

U ovome radu pokazali smo da i u hrvatskom pravu ima mjesta za uporabu termina „negativne inferencije" kao izraza koji označava pravo suda da iz nesuradljivosti stranke u dokaznom postupku izvodi po tu stranku nepovoljne zaključke. Prostor za primjenu ovog koncepta još uvijek je u hrvatskom pravu relativno uzak te se ograničava na samo neke dokazne aktivnosti: (ne)spremnost stranke da bude saslušana kao izvor informacija, da predoči sudu isprave kojima raspolaže odnosno da predujmi trošak dokazivanja, redovito u odnosu na saslušanje svjedoka ili vještaka čije saslušanje predlaže radi dokazivanja okolnosti koje su po nju povoljne.

Trendovi razvoja u budućnosti mogli bi dovesti do veće praktičke važnosti negativnih inferencija i širenja prostora za primjenu zaključivanja o činjenicama utemeljenog na nekooperativnosti stranaka. Naša analiza pokazuje da koncept negativnih inferencija pomalo prodire u domaću sudsku praksu, premda ponekad ponešto stidljivo, i pomiješan s drugim strategijama pravne argumentacije kao što

[49] Ibid., 3.

su odlučivanje na temelju primjene pravila o teretu dokazivanja. No, s daljnjim slabljenjem nekad prevladavajuće inkvizitorne svijesti u sudovima, množit će se prilike za pribjegavanje negativnim inferencijama.

Nakon što je izmjenama i dopunama ZPP-a iz 2019. godine u hrvatsko procesno pravo kao ekstenzija dosadašnjeg načela zabrane zlouporabe procesnih ovlaštenja uvedeno novo procesno načelo – načelo lojalne kooperacije[50] – negativne inferencije dobivaju i važan opći okvir za njihovo tumačenje i primjenu. Upravo se u načelu lojalne kooperacije, koje transcendira i raspravno i ispravno načelu, nalazi najbolja podloga za razumijevanje negativnih inferencija.

Naime, načelo lojalne kooperacije traži aktivnu suradnju stranaka (a posebno i njihovih odvjetnika) sa sudom u postizanju glavnog cilja postupka koji bi trebao biti zajednički za sve procesne sudionike, a to je ispravno i zakonito suđenje u primjerenom roku i uz razmjeran utrošak truda i novca. Time se transcendira i raspravno i istražno načelo te otklanjaju glavni prigovori negativnim inferencijama bilo iz akuzatorne bilo iz inkvizitorne perspektive. Naime, svrha postupka nije ni u tome da sud samostalno istražuje činjeničnu podlogu spora, neovisno o trudu i zalaganju stranaka (što bi bila koncepcija inkvizitornog postupka), ni u tome da se u radikalno raspravnom duhu stranke samo sagledava kao izvor aktivnosti koje idu u prilog njihovim vlastitim tvrdnjama i zahtjevima. S obzirom da su stranke suodgovorne sa sudom za ostvarenje postupka koji će se provesti bez odugovlačenja, u razumnom roku i sa što manje troškova,[51] važan element njihove procesne dužnosti jest i da aktivno surađuju sa sudom u pribavljanju i omogućavanju izvođenja dokaza koji pomažu da se utvrdi objektivno stanje stvari te tako na pravičan način formira ispravna i istinita činjenična podloga za odlučivanje suda.

Dužnost procesne kooperacije u odnosu na dokazivanje može se manifestirati bilo tako da stranka sama prezentira sudu dokaze kojima raspolaže, bilo tako da (ako sama stranka nije u mogućnosti pribaviti ga) sud pravodobno obavijesti o dokazu i načinu na koji ga se može pribaviti te da po pozivu suda pomognu dokazivanju (npr. osiguravajući podmirenje troškova dokazivanja). Pri tome, procesna obveza da se surađuje sa sudom radi ostvarenja postupka koji će biti razmjerno brz, pravičan i jeftin implicira i dužnost da se pomogne utvrđivanju svih relevantnih činjenica, bez obzira jesu li one povoljne ili nepovoljne po stranku. U tome se može naći i šire doktrinarno opravdanje za negativne inferencije u slučaju

[50] Načelo lojalne kooperacije sadržano je kao jedno od temeljnih načela u Europskim pravilima građanskog postupka Europskog pravnog instituta (ELI) i UNIDROIT-a iz 2020. – v. čl. 2.-3. ERCP, u: ELI/UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure,* Oxford, 2021, 28-34.

[51] V. tekst čl. 10. st. 1. ZPP-a nakon Novele 2019.

da stranka odbija vlastito saslušanje, ili ne podnosi isprave koje su u njenom posjedu, premda joj te isprave ne idu u korist.

Šira konstrukcija negativnih inferencija u kontekstu procesne obveze lojalne suradnje mogla bi poslužiti i za to da se ovaj koncept primijeni i na (ne) kooperativnost stranaka u odnosu na korištenje drugih dokaznih sredstava. Već je sada sudska praksa negativne inferencije posredno proširila i na izvođenje dokaza vještačenjem, jer se naime od vještačenja ne odustaje samo onda kada ga stranka koja ga predlaže ne predujmi, nego i onda kada stranka ne podnese isprave (npr. relevantnu knjigovodstvenu dokumentaciju) potrebnu za izvođenje vještačenja.

Sličan bi se pravac razmišljanja mogao primijeniti i na dokazivanje svjedocima. Naime, iako ZPP formalno ne razlikuje „tužiteljeve" i „tuženikove" svjedoke, u praksi je nedvojbeno da upravo stranke – možda i u znatno većoj mjeri no što prisilnim sredstvima to može postići sud – motiviraju svjedoke da pristupe ročištu i daju svoj iskaz sudu. Zato se širom interpretacijom *per analogiam* otvara i prostor za negativne inferencije kod neodazivanja svjedoka na ročište zakazano radi njegova saslušanja. Naime, ako sud uoči da stranka od koje bi se to očekivalo ne surađuje u nastojanjima da se „njen" svjedok (a iznimno i svjedok kojeg predlaže parnični protivnik) odazove pozivu na saslušanje[52] također bi u odgovarajućim okolnostima mogao odustati od izvođenja tog dokaza i pribjeći negativnim inferencijama. Na isti bi se način mogle izvesti i negativne konzekvencije iz nekooperativnosti stranke u odnosu na izvođenje dokaza uviđajem (npr. u slučaju da stranka ne preda sudu predmet uviđaja, odnosno onemogući pristup mjestu na kojem se uviđaj treba provesti). Takav bi pravac razvoja negativnih inferencija bio ne samo poželjan *de lege ferenda,* nego bi se već i sada u općoj dužnosti procesne suradnje i u teleološkom tumačenju uređenja pojedinih dokaznih instituta moglo naći dovoljno argumenata da se negativne inferencije prošire na cjelokupno područje dokazivanja te dodatno razrade u sudskoj praksi.

Završno i riječ opreza: negativne inferencije su moćno oružje koje treba razumno koristiti. One nisu same sebi svrha, niti trebaju biti korištene isključivo radi toga da bi si sud skratio i olakšao posao u utvrđivanju činjenica. Glavni pozitivni učinak negativnih inferencija trebao bi biti pedagoški: već iz jasno postavljenog pravila da je sud ovlašten izvesti zaključke nepovoljne po nekooperativnu stranku trebao bi slijediti viši stupanj suradnje i osiguranje procesne atmosfere u kojoj se kroz procesnu suradnju svih sudionika optimalno ostvaruju glavni ciljevi postupka. Dobro upravljanje postupkom traži stoga da se negativne inferencije ne izvode mehanički, već da im se pribjegava onda kada je izvjesno da su nužne da bi se

[52] Npr. ako kao poslodavac umjesto poticanja odvraća zaposlenika koji bi trebao dati iskaz o činjenicama koje su mu poznate.

postupak proveo i okončao na primjereniji i djelotvorniji način. Na takav način (a za što već postoji i potvrda u sudskoj praksi) trebali bi ocjeni ispravnosti primjene negativnih inferencija pristupati i viši sudovi u postupcima povodom pravnih lijekova, jer su njihova podrška i vodstvo ključni za razumno korištenje ovog snažnog, ali delikatnog procesnog instrumenta.

LITERATURA

1. Dika, Mihajlo. „Općepoznate činjenice u parničnom postupku“. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 38, br.1. (2017): 1-22.
2. Dika, Mihajlo. *Građansko parnično pravo, VII, Utvrđivanje činjenica*. Zagreb: Narodne novine, 2018.
3. ELI/UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure,* Oxford, 2021
4. Saltzburg, Stephen A. “A Special Aspect of Relevance: Countering Negative Inferences Associated with The Absence of Evidence”. *California Law Review* 66, br. 5. (1978): 1011-1060.
5. Triva, Siniša, Mihajlo Dika. *Građansko parnično procesno pravo*. Sedmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb: Narodne novine, 2004.
6. Uzelac, Alan. *Istina u sudskom postupku*, Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 1997.
7. Uzelac, Alan. *Coercive Measures Applied to Individuals*, National Report for the XV World Congress of the International Association of Procedural Law, Istanbul: 2015.
8. Trgovački sud Zagreb, P-3928/2002 od 27. listopada 2004.
9. Trgovački sud Zagreb, P-590/2022 od 13. lipnja 2022.
10. Visoki trgovački sud, Pž-1203/2022 od 22. ožujka 2022.
11. Visoki trgovački sud, Pž-4013/2007 od 4. prosinca 2007.
12. Visoki trgovački sud, Pž-4469/2008 od 26. veljače 2008.
13. Visoki trgovački sud, Pž-469/2005 od 28. rujna 2005.
14. Visoki trgovački sud, Pž-7666/2004 od 19. srpnja 2007.
15. Visoki trgovački sud, Pž-909/2008 od 7. prosinca 2010.
16. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-2802/2015 od 22. veljače 2017.
17. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-88/2007 od 14. veljače 2007.
18. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-946/2019 od 6. ožujka 2019.
19. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-x-510/2012 od 9. siječnja 2013.
20. Županijski sud Split, Gž-780/2022 od 1. srpnja 2022.
21. Županijski sud Varaždin, Gž-202/2012 od 4. rujna 2012.
22. Županijski sud Varaždin, Gž-955/2006 od 10. travnja 2006.
23. Županijski sud Zagreb, Gž-569/2020 od 3. studenog 2020.

NEGATIVE INFERENCES IN CROATIAN LITIGATION PROCEDURE

The notion of negative inferences pertains to factual inferences drawn by the court that are unfavourable to the party failing to collaborate with the court during the process of presenting evidence. While the term and concept of negative inferences originates from the *common law* tradition, it has also gained prominence in numerous *civil law* jurisdictions. This paper argues that negative inferences are also present within the Croatian civil procedure, albeit in a somewhat reduced form. This assertion is demonstrated by a detailed analysis of the civil procedural rules that empower the court to draw conclusions from parties' refusal to cooperate in the collection of evidence. The court possesses the authority to draw such conclusions "*according to its own conviction*, *by assessing the totality of circumstances*". Specifically, the authority to draw negative inferences is given to the court in relation to unjustified failure to provide advance for costs of evidence collection; failure to produce a court-ordered document, or non-appearance at a court hearing and failure to provide party testimony.

Moreover, the paper scrutinizes pertinent case law to illustrate how negative inferences are practically applied and how the aforementioned procedural provisions are construed in practice. In conclusion, the paper underscores the relationship between negative inferences and the principle of loyal cooperation, advocating for a broader scope of the court's authority to draw negative inferences whenever a party declines to cooperate and assist the court in its efforts to gather evidence. Simultaneously, the authors emphasize the importance of judicious and flexible utilization of negative inferences.

Key words: *Adverse or negative inferences, principle of loyal cooperation, civil procedure*

Prof. dr. sc. Gabrijela Mihelčić,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Republika Hrvatska*

VJEROVNIČKA SUKCESIJA NA PRIMJERU PRISILNOG ZALOGA PREMA OVRŠNIM PRAVILIMA

UDK: 347.466
Izvorni znanstveni rad

U radu se analiziraju pretpostavke iz članka 32. Ovršnog zakona kojima treba udovoljiti cesionar kako bi s uspjehom pokrenuo postupak osiguranja prisilnom hipotekom svoje cedirane tražbine odnosno stupio u postupak nedobrovoljnog osiguranja u svrhu osiguranja takve tražbine. Prikazana su posebna obilježja tri podvrste prisilnih hipoteka predviđenih u Ovršnom zakonu te analizirane posebnosti pretpostavki iz ovršnih pravila (pravila osiguranja) vezanih u materijalnu (singularnu) sukcesiju cesijom spram općih rješenja iz obveznih i stvarnih pravila, a koje su osobito važne cesionaru namjerava li pro futuro zahtijevati procesnu sukcesiju. Potvrdno je odgovoreno na mogućnost sukcesije zadovolje li se te pretpostavke.

Ključne riječi: *prisilna hipoteka, cesija, procesna sukcesija, članak 32. Ovršnog zakona.*

1. UVOD

Prisilno sudsko založno pravo na nekretnini za koje se u radu koristi naziv prisilna (sudska) hipoteka, kao podvrstu založnog prava, uređuju članci 295. do 298. Ovršnog zakona.[1, 2] Njihova je primjena ishod upute iz članka 311. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.[3] Prvi stavak odredbe određuje da se prisilne

* Redovita profesorica na Katedri za građansko pravo, Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, e-mail: gabrijela.mihelcic@pravri.uniri.hr, Republika Hrvatska ORCID ID: 0000-0002-8441-2277

[1] Narodne novine, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 - Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 73/17, 131/20 i 114/22, dalje: OZ.

[2] Pored njih, osnivanje prisilnih hipoteka predviđa se člankom 102. stavkom 6. OZ u slučaju kada u ovrsi na nekretnini druga elektronička javna dražba ostane bezuspješna te člankom 335. stavkom 1. točkom 1. *et seq*. OZ kada se prisilne hipoteke osnivaju na temelju rješenja o osiguranju prethodnom mjerom predbilježbom u zemljišnoj knjizi kada, zadovoljenjem posebnih pretpostavki, predbilježba bude opravdana.

[3] Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15 - pročišćeni tekst i 94/17, dalje: ZV. ZV-e, kao opći propis, uređuje založno pravo člancima 297. do 353. ZV. Između ostalog, i obilježja zaloga od kojih su neka za ovaj rad posebno, primjerice: akcesornost osiguranoj tražbini, neodvojivost od zaloga, nedjeljivost, prometnost, i dr. Detaljnije kod Nikola Gavella, et. al., *Stvarno pravo*, Svezak II., Zagreb (Zagreb, Narodne novine, 2007), 722. do 738. Jednom osnovana prisilna hipoteka ima obilježja i vjerovniku daje slične ovlasti kao i druge hipoteke. Gabrijela, Mihelčić, „Dobrovoljno založnopravno osiguranje tražbina," u: *Bankovni i financijski ugovori,* ur. Maja Bukovac Puvača, Gabrijela Mihelčić, Slakoper Slakoper, Zvonimir (Zagreb: Narodne novine, 2017.), 293. *et seq*.

hipoteke osnivaju na temelju sudske odluke donese u postupku prisilnog osiguranja tražbine. S tim što su pretpostavke za osnivanje uređene zakonskim odredbama o sudskom postupku osiguranja novčanih tražbina - prisilne hipoteke osnivaju se na način kako određuju zakonske odredbe o ovrsi i prisilnom osiguranju (članak 311. stavak 2. ZV).[4] To što pravila stvarnog prava upućuju na primjenu ovršnih pravila/pravila osiguranja, ne isključuje njihovu primjenu i citirana odredba predstavlja temelj za uređenje međusobnog odnosa stvarnih pravila i ovršnih pravila/pravila osiguranja. Ovršna pravila imaju prednost, a primjena općih pravila ZV-a dolazi u obzir supsidijarno kada posebna pravila pojedino pitanje ne uređuju i ako ne sadrže kakvo posebno uređenje. Za odnos pravila ZV-a i pravila iz OZ-a u vidu treba imati i stavak 2., članka 21. OZ koji kaže da se na materijalnopravne pretpostavke i posljedice provedbe ovršnoga postupka i postupka osiguranja odgovarajuće primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuju stvarna prava[5] odnosno obvezni odnosi.[6, 7]

Nije rijetkost da vjerovnik svoju stvarnopravno osiguranu novčanu tražbinu „prenese" na novog vjerovnika. U nekoj varijanti može se pojaviti pitanje prijenosa novčane tražbine osigurane prisilnom hipotekom. Može se pojaviti i pitanje budućeg osiguranja prisilnom hipotekom (kao vrstom osiguranja) prenesene neosigurane novčane tražbine.

Pri tom valja razlikovati pitanje sredstava materijalne sukcesije temeljem kojih dolazi do promjene subjekata u obveznom odnosu na strani vjerovnika, [8] s jedne strane, od „prijenosa" samog zaloga, s druge strane. Predmet istraživanja nisu sva sredstva materijalne sukcesije, zapravo, pažnja je usmjerena samo jednom sredstvu, ugovoru o ustupu (cesiji) koja se u praksi i najčešće pojavljuje kao sredstvo materijalne sukcesije. I to u mjeri kako bi se analiziralo sukcesiju koju uređuje jedna ovršna odredba, članak 32. OZ, kao autonomno ovršno pravilo

---

[4] Onaj tko stekne zalog na nekretnini na temelju odluke suda ovlašten je ishoditi njegov upis u zemljišnoj knjizi (članak 311. stavak 3. ZV).

[5] Dakle, i po ovoj se osnovi za prisilne hipoteke za pitanja materijalne naravi primjenjuje ZV-a odnosno, Zakon o zemljišnim knjigama, NN, br. 63/19 i 128/22, dalje: ZZK. Naravno, pod pretpostavkom da nema posebnih rješenja.

[6] Kao opći propis za pitanja obvezne naravi primjenjuje se Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22 i 156/22, dalje: ZOO. Najprije se primjenjuju pravila osiguranja, zatim ovršna pravila, pa pravila ZV-a odnosno ZOO-a.

[7] Što se tiče prvog stavka ove odredbe, ona određuje da se u ovršnom postupku i postupku osiguranja odgovarajuće primjenjuju pravila Zakon o parničnom postupku, NN, 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 - pročišćeni tekst, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22 i 114/22, dalje: ZPP, ako zakonom nije drukčije određeno, pa redoslijed glasi: najprije se primjenjuju procesna pravila osiguranja, zatim, ovršna procesna pravila, pa pravila ZPP-a.

[8] Starović naglašava da su „pravila materijalnog prava relevantna u za nastupanje pravne sukcesije, nasljeđivanje, statusne promjene pravnih osoba, cesiju, subrogaciju, preuzimanje duga, asignaciju i druga sredstva." Borivoj Starović, *Komentar Zakona o izvršnom postupku* (Beograd: Naučna knjiga, 1987.), 75.

o tzv. prijenos tražbine ili obveze u ovršnom postupku (postupku osiguranja). Promatraju li se s obzirom na vrst sukcesije, pojednostavljeno se može reći da pravila ZOO-a uređuju materijalnu sukcesiju (ovdje zanimljivu, personalnu singularnu sukcesiju), a članak 32. OZ, procesnu sukcesiju u ovršni postupak, odnosno postupak osiguranja:[9] prilikom pokretanja i, u noveliranoj varijanti, u tijeku postupku. Tek kao napomenu treba kazati da do personalne sukcesije koja je predmet uređenja članka 32. OZ može doći singularnom i univerzalnom sukcesijom u položaj subjekta (stranke).[10] No, kao što predmet istraživanja nisu druga sredstva singularne sukcesije na strani vjerovnika izvan ustupa/cesije, tako se u radu ne istražuju, ni sredstva singularne sukcesije u ulogu dužnika, niti sredstva univerzalne sukcesije, na bilo kojoj strani.

Istraživanje provedeno u radu usmjereno je na analizu pretpostavki koje se tiču prijenosa tražbine na temelju ugovora o ustupu (cesiji) s obzirom na zahtjeve iz ovršnog pravila članka 32. OZ. Od svog izvornog uređenja do danas on je dopunjen s dva nova stavka stupanjem na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona iz 2014. godine,[11] pa se uređenja razlikuju i mogu promatrati prije i poslije Novele. Važnu ulogu polučile su još dvije novele: Novela iz 2017.[12] i Novela iz 2020. godine.[13] Unatoč tomu što nisu izravno intervenirale u članak 32. OZ donijele su novine u općim i posebnim pravilima o ograničenju i isključenju od ovrhe/nedobrovoljnog osiguranja na nekretninama

Očekuje se da istraživanje pokaže kako je sukcesija cesionara cedirane tražbine u postupak osiguranja prisilnom hipotekom odnosno, za pokretanje postupka osiguranja prisilnom hipotekom moguća uz zahtjev da su ostvarene pretpostavke iz OZ-a. Zapravo, da ostvarenje pretpostavki iz pravila obveznog i stvarnog prava neće dostajati za sukcesiju.

---

[9] Josipović kaže: „U Ovršnom zakonu je izričito određeno kako se dokazuju legitimacija stranaka, postojanje tražbine i sve druge činjenice koje su relevantne za odlučivanje o tome jesu li ispunjene pretpostavke za dopuštenje ovrhe (npr. u vezi s potvrdom o ovršnosti/čl. 36. OZ opsegom ili vremenom ispunjenja/čl. 29/5 OZ, prijenosom tražbine ili obveze/ čl. 32. OZ, uvjetnom i uzajamnom obvezom/čl. 33. OZ, čl. 54/4 ZJB i dr)." Tatjana Josipović, *Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi* (Zagreb: Narodne novine, 2018.) 547.

[10] Borivoj Starović, *Komentar Zakona o izvršnom postupku* (Beograd: Naučna knjiga, 1987.), 75.

[11] Narodne novine, br. 93/14, dalje: Novela OZ/14 ili ZIDOZ/14.

[12] Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, Narodne novine, br. 73/17, dalje: ZIDOZ/17 ili Novela OZ/17.

[13] Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, Narodne novine, br. 131/20, dalje: Novela OZ/20 ili ZIDOZ/20.

2. OVRŠNE PRETPOSTAVKE ZA OSNIVANJE PRISILNIH SUDSKIH HIPOTEKA

2.1. Općenito

Pravila osiguranja (pa i već spomenuti članci 295. do 298. OZ) nalaze se u trećem dijelu Zakona koji započinje općim odredbama o osiguranjima iz OZ-a (dobrovoljnim i nedobrovoljnim), tj. člancima 290. do 294. OZ. Članak 290. OZ u stavku 1. predviđa da se na osiguranja odgovarajuće primjenjuju odredbe o ovrsi što omogućuje primijeniti pravila iz drugog dijela Zakona (članke 22. do 289. OZ). Taj (drugi) dio podijeljen na tri razdjela, prvi započinje zajedničkim odredbama iz članaka 22. do 73. OZ, drugi, o ovrsi radi naplate novčanih tražbina sadrži članke 74. do 245. OZ,[14] a treći, o ovrsi radi radi ostvarenja nenovčane tražbine, članke 246. do 277. OZ).[15] Među tim odredbama nalazi se i članak 32. OZ o kojem se nastavno detaljnije govoriti. Prije toga treba kazati nekoliko riječi o pravilima obveznog i stvarnog prava relevantnim za istraživanje.[16]

2.2. Temeljno o uređenju ustupa i prijenosa zaloga prema pravilima obveznog i stvarnog prava

Kako je rečeno, na razini općeg propisa, sredstva kojima se ostvaruje materijalna sukcesija uređuje ZOO-o. Postoje i posebna uređenja, a među njima

[14] Ovdje treba obratiti pažnju da se među pravilima o ovrsi radi naplate novčane tražbine iz članaka 74. do 245. OZ nalaze „Opće odredbe“ (članci 74. do 78. OZ). I one se mogu pokazati relevantnima za osiguranje, dođe li u obzir njihova primjena.

[15] Prvi dio Ovršnog zakona sadrži osnovne odredbe iz članaka 1. do 21. OZ koje vrijede u oba postupka.

[16] Samo napomena da u vidu treba imati pravila koja se tiču zaštite potrošača i pitanja valjanosti materijalne personalne singularne sukcesije. A ponekad i širi krug pravila. V. u ovom kontekstu u jednom posebnom području, za mišljenje Agencije za zaštitu osobnih podataka (dalje: AZOP) povodom upita „vezanog za obradu osobnih podataka u svrhu naplate dospjelih, a nenaplaćenih tražbina od strane društava/ agencija za naplatu potraživanja,“ objavljeno 5. lipnja 2019. na mrežnim stranicama AZOP-a, https://azop.hr/obrada-osobnih-podataka-od-strane-agencije-za-naplatu-potrazivanja/ (pristup 26. kolovoza 2023.). U posljednje vrijeme u interesu javnosti nalaze se instrumenti prijenosa tražbine na jednu posebnu skupinu vjerovnika. Vlada Republike Hrvatske višekratno je najavila potrebu redefiniranja regulatornog okvira vezanog uz djelovanja agencija za naplatu i otkup potraživanja, v. npr. o najavi tzv. zakona o kupoprodaji dugova dužnika, https://vijesti.hrt.hr/gospodarstvo/priprema-se-zakon-o-kupoprodaji-dugova-duznika-10927437, v. o radu Hrvatske udruge agencija za naplatu potraživanja (dalje: HUANP), https://huan.hr/o-udruzi/ U jednom važnom segmentu traje javno savjetovanje, v. za Nacrt Prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o stambenom potrošačkom kreditiranju, https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=24770 te Nacrt Prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o stambenom potrošačkom kreditiranju, https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=24774, (pristup 25. kolovoza 2023.).

su osobito važna ona iz potrošačkog prava. Dokaz su za to rješenje o prijenosu tražbine u svjetlu tzv. nepoštenih ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima.[17]

2.2.1. Ugovor o ustupu (cesiju) uređuju članci 80. do 89. ZOO. Prema članku 80. stavku 1. ZOO, vjerovnik (cedent) ugovorom sklopljenim s trećim (cesionarom) može prenijeti svoju tražbinu, osim one čiji je prijenos zakonom zabranjen ili je riječ o tražbini strogo osobne naravi ili se, po svojoj naravi, protivi prenošenju na drugoga.[18] Osobito važno opće pravilo kaže da s tražbinom na primatelja prelaze i sporedna prava, između ostalih, i hipoteka odnosno založno pravo (članak 81. stavak 1. ZOO).[19] Ovaj članak treba zapamtiti kada je riječ o sukcesiji u položaj vjerovnika cedirane tražbine osigurane prisilnom hipotekom.

Prema članku 82. stavku 1. ZOO, za ustup tražbine nije potreban pristanak dužnika (cesusa), ali je ustupitelj dužan obavijestiti dužnika o ustupanju. Dakle vjerovnik činjenicu ustupa tražbine novom vjerovniku treba notificirati svom dužniku. Opće pravilo obveznog prava ovu dužnost naglašava zahtjevom da stranke u obveznopravnim odnosima postupaju u skladu s jednim od temeljnih načela, načelom savjesnosti i poštenja. U posebnim vrstama odnosa koji se temelje na obveznim pravilima kakvi su, primjerice, potrošački odnosi osobito je naglašen taj zahtjev i osnažen posebnim pravilima. Tako se, npr. u *članku 54. Zakona o zaštiti potrošača*[20] gdje se primjerično navode „ugovorne odredbe koje se mogu smatrati nepoštenima," u točki 18. baš kao primjer takve odredbe navodi „odredba kojom bi trgovcu bilo dopušteno da, bez prethodnog pristanka potrošača, prenese prava i obveze iz ugovora na treću osobu, ako se potrošač time dovodi u nepovoljniji položaj." Posljedice odnosno pravne učinke nepoštenosti ugovorne odredbe uređuje članak 59. ZZP određujući da je takva ugovorna odredba ništetna (članak 59. stavak 1. ZZP). Ništetnost pojedine odredbe nužno ne mora značiti i ništetnost samog ugovora, ako on može opstati bez ništetne odredbe (članak 59. stavak 2. ZZP). Ovaj važan segment cedent i cesionar neizostavno trebaju imati u vidu radi li se o cesusu potrošaču. Pažnju valja upraviti i na pitanja o pravnom položaju u koji protivnik osiguranja može doći uslijed prijenosa tražbine na novog vjerovnika koji npr. više nije banka ili kreditna institucija, a koja je s

[17] V. detaljno kod Tatjana Josipović, *Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi* (Zagreb: Narodne novine, 2018.) v. dio „3.4. Indikativna lista nepoštenih ugovornih odredbi (Prilog Direktive 93/13/EEZ)," str. 216 *et seq*.

[18] Prema članku 80. stavku 2. ZOO, ugovor o ustupanju nema učinak prema dužniku ako su on i vjerovnik ugovorili da ovaj neće moći prenijeti tražbinu na drugoga ili da je neće moći prenijeti bez dužnikova pristanka. Za vrijeme, v. kod. Belanić, Loris, et al., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, *Zagreb* (Zagreb: Narodne novine, Zagreb, 2014.), 147.

[19] Ipak, ustupitelj može predati založenu stvar primatelju samo ako zalogodavac pristane na to, inače ona ostaje kod ustupitelja da je čuva za račun primatelja (članak 81. stavak 2. ZOO). Smatra se da su dospjele a neisplaćene kamate ustupljene s glavnom tražbinom (članak 81. stavak 3. ZOO).

[20] Narodne novine, br. 19/22, dalje: ZZP.

naslova zaštite potrošača ima (imala je) neke posebne dužnosti.[21] Vidjeti će se što će donijeti najavljene izmjene u ovoj materiji *de lege ferenda*.

2.2.2. U pravnoj teoriji cesija se definira kao „konsenzualan ugovor koji postaje perfektan u trenutku suglasnosti volja cedenta i cesionara, pa tražbina u imovinu cesionara prelazi bez poduzimanja neke daljnje radnje za valjanost ustupa.“[22] Osobito se naglašava njezina akcesornost i kaže da je „ustup akcesoran jer mu uvijek prethodi neki drugi pravni posao koji je razlog cesije (*causa cessionis*).“[23] Ustup je i „apstraktni pravni posao, jer njegova pravna osnova ne mora biti vidljiva prema vani.“ [24] Konačno, Gorenc kaže da je riječ o „imenovanom, dvostranoobveznom i neformalnom poslu.“[25] U obveznim pravilima ne govori se podrobnije o eventualnom (budućem) prisilnom namirenju (ili osiguranju) ustupljene tražbine u smislu da bi se cesija uvjetovala time da tražbina ima određena svojstva u svijetlu tih zahtjeva. Rijetko se uopće govori o dospjelosti i ovršivosti cedirane tražbine, a naglašava se da je određene zaključke, neizravno, moguće steći analizirajući pravila o odgovornosti cedenta za postojanje tražbine (članak 86. ZOO[26]) i naplativost tražbine (članak 87. ZOO[27]). Komentirajući članak 87. ZOO i naglašavajući da „u njemu nije rečeno koji je trenutak odlučan kod odgovornosti za naplativost ustupljene tražbine“ Gorenc kaže: „Ustupitelj odgovara samo ako je nenaplativost dospjele tražbine postojala u trenutku kada je učinjen ustup/cesija.“[28] Navedeni autor ne vidi zapreke da se ustupi dospjela tražbina.

---

[21] V. npr. članak 150. stavak 8. Zakona o kreditnim institucijama, NN, br. 159/13, 19/15, 102/15, 15/18, 70/19, 47/20, 146/20 i 151/22, dalje: ZKI, koji kaže: „Ako se kupoprodajom plasmana iz ovoga članka tražbina prenosi cesijom i o tome se obavještava dužnik u skladu sa zakonom kojim se uređuju obvezni odnosi, kreditna institucija dužna je uz obavijest o ustupanju tražbine dužniku dostaviti i izvještaj o ukupnom stanju duga sa stanjem na dan prijenosa tražbine i strukturu dugovanja prema sljedećim stavkama: glavnica, kamata, naknade i drugi troškovi.“

[22] Cit. prema Ćesić, Zlatko, et alt., *Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb* (Zagreb: RRIF, 2005.)129.

[23] Cit. prema Ćesić, Zlatko, et alt., *Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb* (Zagreb: RRIF, 2005.)129.

[24] Cit. prema Ćesić, Zlatko, et alt., *Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb* (Zagreb: RRIF, 2005.)129.

[25] Cit. prema Ćesić, Zlatko, et alt., *Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb* (Zagreb: RRIF, 2005.)129.

[26] Članak 86. ZOO kaže: „Kad je tražbina ustupljena naplatnim ugovorom, ustupitelj odgovara za postojanje tražbine u vrijeme ustupanja.“

[27] Članak 87. ZOO kaže:

(1) Ustupitelj odgovara za naplativost ustupljene tražbine ako je to bilo ugovoreno, ali samo do visine onoga što je primio od primatelja, te za naplativost kamata, troškova oko ustupanja i troškova postupka protiv dužnika.

(2) Veća odgovornost savjesnog ustupitelja ne može se ugovoriti.“

[28] Cit. prema Ćesić, Zlatko, et alt., *Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb* (Zagreb: RRIF, 2005.)129.

138.-139.

2.2.3. Za raspravu o prijenosu zaloga neizostavno treba spomenuti neka stvarnopravna pravila, ponajprije *članke 299., 301. i 319. ZV*. U njima stoji da je založno pravo akcesorno tražbini, pa se može otuđiti i naslijediti samo zajedno s njom.[29] To vrijedi i za prisilne hipoteke. Načelo neodvojivost založnog prava kaže da onaj tko stekne zalog na bilo kojem pravnom temelju, stječe ga opterećenog založnim pravom. I ovo vrijedi i kod prisilnih hipoteka, ako zakonom nije drukčije određeno. Prijenos založnog prava s jednoga zaloga na drugi, načelno, nije moguć, pa tako ni zaloga opterećenog prisilnom hipotekom, ako zakonom nije drukčije određeno.[30]

Vrlo važno pravilo o prijenosu založne tražbine sadrži članak 319. ZV i kaže da, prijeđe li na bilo kojem pravnom temelju (što može biti i ustupom) tražbina osigurana založnim pravom na drugu osobu, na nju je time ujedno prešlo i založno pravo bez posebnoga pravnoga temelja za to i bez posebnoga načina stjecanja, osim ako je što drugo određeno. Nastavno, ne treba zaboraviti članak 320. stavak 2. ZV i njegov posebni zahtjev koji kaže da će novi vjerovnik ovlasti koje ima na temelju hipoteke koja je na njega prešla zajedno s tražbinom koju osigurava moći izvršavati nakon što ona bude upisana u zemljišne knjige kao njegovo pravo.[31] Zapravo, za cesiju hipotekarne tražbine, ovo znači uvođenje posebnog oblika odnosno forme.

Članak 319. ZV pojavljuje se kao temelj trećoj iznimci od načela knjižnog prednika[32] (članak 45. ZZK) predviđenoj u članku 46. ZZK. Člankom 46. stavkom 3. ZZK ovlašten je hipotekarni dužnik po prestanku tražbine tražiti brisanje hipoteke iz zemljišne knjige u slučaju kada je tražbina izvanknjižno prenesena na drugog vjerovnika. Josipović ističe da dođe li do „ustupa založne tražbine i prijelaza hipoteke na novog vjerovnika, dužnik koji ju je namirio može tražiti brisanje hipoteke bez prethodnog upisa izvanknjižnog prijenosa cedirane tražbine odnosno prenesene hipoteke na cesionara. Do brisanja će doći temeljem brisovnog očitovanja cesionara, ako je on ujedno i posljednji hipotekarni vjerovnik kojem je cesus platio tražbinu. I ovdje se (kao i uvijek za primjenu instrumenata iznimki od načela knjižnog prednika) traži da je ispravama dokaziv tzv. neprekinuti slijed: prijenos hipoteke od upisanog cedenta do (neupisanog) cesionara kojem je

[29] Članak 303. stavak 1. ZV.

[30] Članak 299. stavak 1. ZV. Detaljno o neodvojivosti kao načelu založnog prava kod Nikola Gavella, et. al., *Stvarno pravo*, Svezak II., Zagreb (Zagreb, Narodne novine, 2007), 139. *et seq.*

[31] Te, članak 353. stavak 1. ZV koji kaže da, ako nije što drugo određeno zakonom, prisilno založno pravo prestaje pravomoćnošću rješenja kojim se ukidaju provedene radnje i mjere kojima je pravo bilo osnovano, a ako je u tom postupku provedeno namirenje - pravomoćnošću rješenja o namirenju, s time da hipoteka prestaje brisanjem iz zemljišnih knjiga.

[32] Gabrijela Mihelčić, „Uloga iznimki od načela knjižnog prednika u potrazi vjerovnika za imovinom dužnika," *Hrvatski časopis za osiguranje*, 2022., br. 6., 69. *et seq*.

tražbina isplaćena.“[33] Pravila zemljišnoknjižnog prava zahtijevaju da isprave na temelju kojih se dopušta upis u zemljišnu knjigu udovoljavaju tim pravilima, pa to, ponovno, utječe na načelnu neformalnost ustupa/cesije predviđenu u pravilima obveznog prava (jednako kao i spomenuti članak 320. stavak 2. ZV[34] zbog kojeg u praksi cesionari, u pravilu, i traže upis prenesene hipoteke).[35]

2.3. Vrste i pretpostavke prisilnih hipoteka

Kako je rečeno, OZ-e poznaje prisilne hipoteke koje se osnivaju na temelju mjere osiguranja, a koje su uređene člancima 295. do 298. OZ, zatim, prisilne hipoteke koje se osnivaju u ovršnom postupku u slučaju da uspije ovršna prodaja koje uređuje članak 102. stavak 6. OZ te, prisilne hipoteke koje se osnivaju na temelju prethodne mjere (članak 335. stavak 1. točka 1. *et seq*. OZ) predbilježbom hipoteke na nekretnini kada ona *de fact*o nastaje opravdanjem predbilježbe, a obilježava ju iznimna kratkoća trajanja.[36] Posebnost prisilnog založnog prava na temelju mjere osiguranja kao sredstva nedobrovoljnog osiguranja, u prvom je redu to, što dopušteno i moguće samo na nekretninama kao predmetima osiguranja.[37]

2.3.1. Postupajući prema člancima 296. i 297. OZ predlagatelj osiguranja osnivanje prisilne hipoteke može tražiti: ima li perfektnu ovršnu ispravu[38] kojom je utvrđena dospjela i ovršiva novčana tražbina, a, nastavno, i ostvare li se sljedeće pretpostavke: da je protivnik osiguranja vlasnik nekretnine podobne biti predmet osiguranja, da je sam predlagatelj osiguranja sposoban biti nositelj založnog prava (što, najčešće, nije u pitanju, v. npr. članak 354. stavak 2. ZV), da je osiguranje prisilnom hipotekom određeno rješenjem o mjeri osiguranja u kojem je naložena uknjižba hipoteke i zabilježba ovršivosti, a sami upisi provedeni u zemljišnoj knjizi (za upis se ne traži pravomoćnost rješenja). Velika posebnost ove vrste prisilnih

---

[33] U prvom slučaju osnivaju se uknjižbom koja ima konstitutivne učinke, a prati ju zabilježba ovršivosti tražbine. Na temelju prethodne mjere, prisilne hipoteke osnivaju se predbilježbom, pa, ako i kada ona bude opravdana, odgovaraju sadržajem hipotekama koje se osnivaju uknjižbom i imaju jednake pravne učinke, ali vrlo ograničenog trajanja. V. kod Tatjana Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, (Zagreb: Informator, 2001.)187., v. i bilješku 63. Ovako i Renata Marić-Ivanović, Hipoteka i zemljišne knjige - 3. dio, dio: IX. Upis prijenosa hipotekarne tražbine, *IUS INFO, 2012.*, https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2012B522

[34] V. ŽS u Splitu Gž Zk-682/2017 od 4. siječnja 2019.

[35] V. ŽS u Velikoj Gorici Gž Zk-300/2022-2 od 4. srpnja 2022. V. još i odluku istog suda Gž Zk-93/2022-2 od 9. ožujka 2022. te ŽS u Varaždinu, Gž Zk-34/2021-2 od 25. svibnja 2021.)

[36] Tatjana Josipović, „Upis hipoteke u zemljišne knjige,“ *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator*, Godišnjak 6 (1999.), 114. *et seq*.

[37] Tako i ŽS u Rijeci, Gž Ovr-167/2019-2 od 21. veljače 2019. i ŽS u Šibeniku, Gž Ovr-529/2020-2 od 18. siječnja 2021. Drukčije, ŽS u Sisku u odluci Gž Ovr-300/2022-2 od 28. studenog 2022.

[38] V. članke 23. *et seq*. OZ.

hipoteka jest što osiguravaju novčanu tražbinu koja je već dospjela i ovršiva,[39] kao i to što predlagatelj osiguranja raspolaže ovršnim naslovom i, zapravo, pravilo o postojanju „potrebnog" pravnog interesa tražilo bi od vjerovnika pokrenuti ovrhu, a ne osiguranje.[40] Mogućnost da neosigurani vjerovnik traži manje snažno sredstvo, što je iznimka (u ovrsi je inače obrnuto), u pravnoj se teoriji objašnjava razlozima izvanprocesne naravi (kao jedan se navodi i interes da se manje zadiranje u pravni položaj dužnika).[41]

Za raspravu o svojstvima novčane tražbine podobne za osiguranje potrebno je spomenuti značajnu ulogu pravila o ograničenju i izuzeću od ovrhe/osiguranja. Najprije je (od Novele OZ/17 do 2020. godine) i ovdje primjenjivano posebno pravilo o dopuštenost ovrhe na nekretnini samo ako je bila riječ o tražbini glavnice koja nije niža od 20.000,00 kuna.[42] Nalog iz članka 80.b stavak 1. i 2. OZ (da se ne može ovršiti tražbina glavnice niže od 20.000,00/40.000,00[43] kuna na nekretnini, osim za privilegirane tražbine) doveden u vezu s člankom 290. OZ (u njegovu sadržaju iz 2017. godine) i člankom 293. OZ,[44] suspendirao je osiguranje prisilnom hipotekom.[45] Novim rješenjem iz Novele OZ/20 u stavku 2., članku 290. OZ određeno je da se na osiguranja neće primjenjivati posebno pravilo o nedopuštenosti ovrhe iz članka 80.b OZ. Sada je vjerovnik/predlagatelj osiguranja čija je novčana tražbina glavnice i niže od 5.300,00 eura ovlašten zahtijevati osiguranje.[46]

---

[39] Uobičajeno je, naime, da se zalog osniva kako bi se osigurala tražbina koja će tek u budućnosti dospjeti i (eventualno, postati) ovršivom. Osnivanjem hipoteke, u pravilu, tek započinje prvi stadij založnog prava, stadij osiguranja, a do nastupa stadija namirenja dolazi tek ne plati li dužnik dug.

[40] Opstankom ovog sredstva osiguranja omogućeno je neosiguranom vjerovniku da se posegne za slabijim sredstvom, osiguranjem, i to je iznimka od načelnog zahtjeva prema kojem onaj tko može tražiti snažniju zaštitu (npr. ovrhu) nema pravni interes tražiti slabiju (osiguranje). V. u svijetlu zaštite s naslova Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN, MU, br. 18/97, 6/99 - pročišćeni tekst, 8/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10 i 13/17, dalje: Konvencija ili EKLJP, i određenih prava te tamo navedene predmete Europskog suda za ljudska prava, dalje: Europski sud ili ESLJP, kao *Vaskrsić protiv Slovenije*, br. zahtjeva 31371/12, presuda od 25. travnja 2017., § 87, i dr., kod Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini Zrinski, Iva Parenta, „Konvencijski aspekti „zamrzavanja" i privremenog oduzimanja predmeta," *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 44, br. 1 (2023), 139. *et seq*.

[41] Siniša Triva, Vlado Belajec, Mihajlo Dika, *Sudsko izvršno pravo*, (Zagreb: Informator, 1984.) 368.-369.

[42] Novelom OZ/20 povišen je iznos glavnice na 40.000,00 kuna, da bi s početkom primjene Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona iz 2022., NN, br. 114/22, dalje ZIDOZ/22 ili Novela OZ/22, od 1. siječnja 2023. visina tražbine iznosila 5300,00 eura.

[43] V. VS, Revd-1907/2020-2 od 25. kolovoza 2020., VS, Rev-5005/2019-2 od 29. siječnja 2020., te VS, Revd-1907/2020-2 od 25. kolovoza 2020.

[44] Prema njemu, nije dopušteno osiguranje na stvarima i pravima koje ne mogu biti predmet ovrhe, osim ako za osiguranja nije drukčije određeno.

[45] V. VS, Rev-457/18 od 7. ožujka 2018. te VS, Su IV-148/2018 od 29. ožujka 2018. Prema, Kontrec, Damir, Pregled različite prakse Županijskih sudova u građanskim predmetima, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 25, Organizator, Zagreb, 2018., str. 242.-243.

[46] Usp. sa stavkom 3. iste odredbe kojim se, zapravo, ne dopušta ovrha radi namirenja (jednom osigurane) tražbine, što otvara brojna pitanja.

Što se tiče pretpostavki vezanih uz vlasništvo nekretnine protivnika osiguranja i njezinu sposobnost za osiguranje, ovršno uređenje u bitnom slijedi pravila stvarnog prava. Posebnost još jedanput dolazi iz pravila o ograničenju i isključenju od ovrhe i uvjetuje ovrhu na jedinoj (nužnoj) nekretnini ovršenika postojanjem suglasnosti za zalaganje (*što je moguće* kod dobrovoljnih zaloga, članak 75. stavak 5. OZ). Pravilo je uvedeno Novelom OZ/17 i, za razliku od članka 290. OZ, nije pretrpjelo izmjene, tako da je i nadalje (nedobrovoljno) osiguranje dopušteno na nekretnini koja može biti predmetom ovrhe[47] u vlasništvu protivnika osiguranja.[48] Suspendirano je[49] radi li se o nekretnini u kojoj stanuje ovršenik koji ne obavlja registriranu djelatnost odnosno, smatra li se nužnom njemu i s njim povezanim osobama.[50]

Kao i druga osiguranja, i osiguranje prisilnom hipotekom određuje se rješenjem o osiguranju koje svojim sadržajem (osobito nalozima iz izreke) treba udovoljiti zahtjevima zemljišnoknjižnog prava za dopuštenost upisa.[51] [52] Već je rečeno da je provedba upisa osiguranja moguća prije pravomoćnosti rješenja o osiguranju i time je otklonjena dvojba koja se pojavila u praksi o provedbi upisa na temelju nepravomoćne odluke.[53]

2.3.2. Uz slične se pretpostavke osniva još jedna prisilna hipoteka, ona predviđena u članku 102. stavku 6. OZ za slučaj kada Financijska agencija (dalje: Agencija ili FINA) u ovršnom postupku ne uspije s prodajom nekretnine na drugoj elektroničkoj javnoj dražbi i o toj činjenici izvijesti sud kako bi se odredila obustava ovrhe.[54] Zakonodavac ovlašćuje neosiguranog ovrhovoditelj[55] da u roku od tri dana zatraži osnivanje prisilne hipoteke. Čini se to na temelju rješenja o osiguranju kojim se nalaže uknjižba prisilne hipoteke u zemljišnu knjigu i zabilježba ovršivosti. Sud, zapravo, odgovarajuće primjenjuje **član**ke 295. do 298. OZ, iako u samom tekstu odredbe više tako ne stoji. [56] Osobitost je uređenja

---

[47] V. članak 81. pozivom na članak 290. stavak 1. OZ

[48] V. članak 82. pozivom na članak 290. stavak 1. OZ.

[49] Usp. svakako s člankom 80.b stavkom 3. alinejom 3. OZ.

[50] Inače, i takva nekretnina može biti predmet ovrhe ako dužnik u trenutku sklapanja pravnog posla dade odgovarajuću suglasnost, ali je takvi suglasnost za očekivati kod hipoteka koje ne nastaju na nedobrovoljnom pravnom temelju kao prisilna hipoteka. Detaljnije, Mihelčić, Gabrijela, O „nužnosti" jedine nekretnine za ovrhu (nekoliko praktičnih pitanja), Pravo i porezi, 2022., br. 4., str. 49. *et seq*.

[51] V. članak 11. stavak 3. ZZK.

[52] V. članak 117. stavak 2. ZZK.

[53] V. pravno shvaćanje u predmetu VS, Su IV-148/2018 od 29. ožujka 2018. godine.

[54] Članak 102. stavak 4. OZ.

[55] Može to biti i onaj koji je pristupio ovrsi na nekretnini (članak 85. OZ).

[56] Stupanjem na snagu Novele OZ/14 izmijenjena je prva rečenica članka 102. stavka 6. OZ iz izvornog uređenja. Za primjenu navedenih pravila, v. ŽS u Varaždinu, 27 Gž Ovr-530/2020-2 od 9. rujna 2020. V. još, ŽS u Zagrebu, 12 Gž Ovr-950/2021-3 od 15. rujna 2021.

ove prisilne hipoteke u načinu računanja njezina prvenstvenog reda[57] - od dana stjecanja prava na namirenje u ovršnom postupku (zabilježbe ovrhe).[58] [59]

2.3.3. Prisilna hipoteka na temelju prethodne mjere najposebnija je, a osniva se predbilježbom zaloga na nekretnini u zemljišnu knjigu u korist predlagatelja osiguranja čija novčana tražbina nije dospjela, niti je ovršiva i dolazi iz imperfektne ovršne isprave (određene vrste), uz još neke pretpostavke.[60] Moguće ju je osnovati na nekretnini protivnika osiguranja, ako ona uopće može doći u obzir za osiguranje. Na temelju prethodne mjere prisilna se hipoteka predbilježuje, a tek se uknjižbom (do koje dolazi opravdanjem predbilježbe) ostvaruju pravni učinci prethodne mjere predviđeni člankom 335. stavkom 3. OZ (o osnivanju založnog prava na predmetu osiguranja). Opravdanje predbilježbe moguće je postane li osigurana tražbina dospjela i ovršiva, a ovršna isprava iz imperfektne prijeđe u perfektnu. Trajanje prisilne hipoteke u ovom slučaju vezano je uz kogentna pravila o najduljem trajanju prethodne mjere (članak 337. stavka 2. OZ).[61] Pravilima ZZK-a iz 2019. godine izmijenjeno je dotadašnje uređenje i sada se predviđa kako predbilježbu kao mjeru osiguranja više nije moguće opravdati primjeno pravila ZZK-a (pravila iz odjeljka B., članci 65. do 74. ZZK), već sukladno pravilima posebnog propisa koji ju predviđa.[62]

---

[57] Usp. članak 302. stavak 3. ZV.

[58] Misli na pravo iz članka 84. OZ - zabilježbom ovrhe ovrhovoditelj stječe pravo namiriti svoju tražbinu iz nekretnine (pravo na namirenje) ako i neko treći stekne nekretninu (članak 84. stavak 2. OZ).

[59] Ovršno pravo na namirenje neosiguranom vjerovniku daje određene ovlasti, npr. nakon zabilježbe ovrhe nije dopušten upis promjene vlasništva ili drugoga stvarnog prava na nekretnini utemeljen na raspoložbi ovršenika neovisno kada je poduzeta (članak 84. stavak 3. OZ, v. i članak 84. stavak 6. OZ), ali su one ograničene na trajanje ovršnog postupka (obustavom prestaju) i uže su od ovlasti hipotekarnog vjerovnika gdje pravo na namirenje predstavlja važnu, ali samo jedinu od njegovih ovlasti.

[60] Siniša Triva, Vlado Belajec, Mihajlo Dika, *Sudsko izvršno pravo*, (Zagreb: Informator, 1984.) 374. *Što znači da ovršna isprava nema još uvijek ona svojstva koja su potrebna kako bi se na temelju nje odredila ovrha, a nema ih ni sam novčana tražbina.*

[61] V. za stajališta da „ovršni sud nema daljnjih ovlaštenja u smislu opravdanja predbilježbe založnog prava te da je njegovo daljnje postupanje ograničeno samo u svezi obustave postupka osiguranja kako to i određuju odredbe čl. 290. i 291. OZ," u: ŽS u Varaždinu, Gž Ovr-1208/16-2 24. veljače 2017. godine. U bitnom jednako, ŽS u Varaždinu, Stalna služba u Koprivnici, Gž Ovr-1209/16-2 od 12. lipnja 2017.

[62] V. članak 297. stavak 3. OZ za koji se u literaturi navodi da se odnosi baš na ovaj slučaj. Istodobno je naglašeno da istu funkciju ima opravdanje predbilježbe. Borivoj Starović, *Komentar Zakona o izvršnom postupku* (Beograd: Naučna knjiga, 1987.), 618. *et seq.*

3. PROCESNA SUKCESIJA U OSIGURANJU PRISILNIM HIPOTEKAMA

3.1. Općenito

O procesnoj sukcesiji moguće je govoriti s obzirom pretpostavke koje se traže za: pokretanje postupka osiguranja prisilnom hipotekom, za stupanja u postupak osiguranja prisilnom hipotekom te, u jednom specifičnom slučaju kada će se raditi o sukcesiji cesionara na kojeg je izvansudski prenesena tražbina osigurana prisilnom hipotekom. U pravnoj se teoriji smatra se da je prijenos tražbine osigurane prisilnom hipotekom moguć i dopušten.[63]

U nastavku se detaljnije govori o članku 32. OZ čije se uređenje promatrano kroz dva relevantna intervala i gdje će se pokazati postojanje kvalificiranih ovršnih zahtjeva u usporedbi s općim uređenjem.

3.2. Izvorno uređenje

3.2.1. U svom izvornom uređenju (dakle, od stupanja na snagu OZ-a do Novele OZ/14) *članak 32.* OZ sadržavao je dva stavka (stavak 1. i 2. OZ). Bio je jednak prijašnjem *članku* 29. Ovršnog zakona iz 1996. godine.[64] Ovrha se određivala na prijedlog i u korist osobe koja nije bila vjerovnik iz ovršne isprave, ako je ta osoba (novi vjerovnik) mogla javnom ili ovjerovljenom privatnom ispravom dokazati da je tražbina na nju prenesena ili da je prešla na drugi način. Novi vjerovnik prijenos tražbine mogao je dokazivati odgovarajućom (pravomoćnom) parničnom odlukom.[65] Dika je o pravnoj naravi ove tužbe (tzv. purifikacijske tužbe) istaknuo da se njome „traži utvrđenje da je tužitelj ovlašten protiv tuženika tražiti ovrhu radi ostvarenja tražbine utvrđene određenom ovršnom ispravom.“[66] Starović kaže da je „deklaratorna sudska presuda kojom je utvrđen prijenos … izdvojena kao svojevrsni dokaz, iako nema sumnje da je i ona javna isprava i da se može upotrijebiti kao dopuna ovršne isprave (i nastavlja) da je takvo uređenje

---

[63] Nikola Gavella, et. al., *Stvarno pravo*, Svezak II., Zagreb (Zagreb, Narodne novine, 2007), 367.-368.

[64] Narodne novine, br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 i 67/08, dalje: OZ/96, v. članak 29. OZ/96.

[65] Pravila o procesnoj personalnoj sukcesiji na vjerovničkoj strani odgovarajuće su vrijedila i za sukcesiju na dužničkoj strani odnosno za ovrhu protiv ovršenika koji nije bio izvorni dužnik iz ovršne isprave.

[66] Mihajlo, Dika, *Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Opće građansko ovršno pravo* (Zagreb: Narodne novine, 2007.)112.-113. Vidi u bilješkama 159., 160. i 161. argumente koje proučavajući austrijsku pravnu teoriju autor ističe kao i tamo navedenu literaturu.

i stilizacija … znak da je vjerovnik po ZIP-u ovlašten tužiti i ne mora posebno dokazivati svoj pravni interes…".[67]

Postojeće uređenje vrijedilo je samo ako je do sukcesije došlo prije početka ovršnog postupka (postupka osiguranja). Dakle, cesionar je primjenom ovih pravila mogao pokrenuti postupak osiguranja tražbine koja mu je cedirana prisilnom hipotekom.

3.2.2. Pogleda li se ovo uređenje (prije Novele OZ/14) uočljivo je da se kao prvi ovršni zahtjev koji je drukčiji od onog što predviđaju opća pravila može izdvojiti zahtjev da ugovor o ustupu/cesiji (svaki drugi instrument materijalne sukcesije) bude sačinjen u obliku javne ili ovjerovljene privatne isprave. Samo onaj cesionar koji je imao takvu ispravu mogao je s uspjehom tražiti sukcesiju prema članku 32. OZ, a ona se u ovom uređenju iscrpljivala podnošenjem prijedloga za pokretanje postupka osiguranja. Ovim je ovršni zakonodavac odstupio od načelne obveznopravne neformalnosti cesije[68] [69] (usp. članak 320. stavak 2. ZV). Drugi važni zahtjev odnosio se na to da je ugovor o ustupu sačinjen prije pokretanja ovršnog postupka (*alias*, postupka osiguranja).

Prema članku 32. OZ, osiguranje se moglo odrediti na prijedlog novog vjerovnika/protivnika osiguranja (kojem je ustupljena tražbina iz ovršne isprave), ako je imao ovršnu ispravu (dakle, novčana je tražbina trebala potjecati iz ovršne isprave) kojom se utvrđivala dospjela i ovršiva novčana tražbina.

3.3. Uređenje nakon Novele OZ/14

Stupanjem na snagu Novele OZ/14 članku 32. OZ dodana su dva nova stavka (stavci 3. i 4.). Tek napomena da postojeći stavci 1. i 2. nisu mijenjani ni tada, niti poslije i da su i danas na snazi. Novim stavcima uređena je sukcesija do koje dolazi u tijeku ovršnog postupka (postupka osiguranja), pa promijeni li se vjerovnik (zapravo, ovrhovoditelj ili predlagatelj osiguranja) i na njegovo mjesto stupi novi, može nastaviti postupak u aktivnoj ulozi ako svoju legitimaciju može dokazati javnom ili ovjerovljenom privatnom ispravom. Prijenos tražbine (kao i u slučaju kada je prenesena prije pokretanja ovršnog postupka) može se dokazivati i pravomoćnom parničnom odlukom donesenom u postupku iniciranom purifikacijskom tužbom. Novi ovrhovoditelj/predlagatelj osiguranja prima postupak u onom stanju u kojem se nalazi u trenutku njegova stupanja, a za

---

[67] Borivoj Starović, *Komentar Zakona o izvršnom postupku* (Beograd: Naučna knjiga, 1987.), 75.

[68] Gorenc kaže da je ugovor o ustupu načelno neformalan, ali da njegov oblik ipak ovisi o obliku glavnog ugovora. S tim što se „paritet oblika ne odnosi na notifikaciju cessusu." Cit. prema Ćesić, Zlatko, et alt., *Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb* (Zagreb: RRIF, 2005.)129.

[69] Tek napomena o mogućnosti dokazivanja sukcesije pravomoćnom odlukom iz parnice.

promjenu nositelja aktivne legitimacije ne traži se pristanak ovršenika/protivnika osiguranja.[70]

Dakle, od redakcije 2014. godine, člankom 32. OZ pored mogućnosti sukcesije prije pokretanja ovršnog postupka, predviđena je takva mogućnost i u tijeku postupka (stavak 3.), nakon što je pokrenut i kada je već doneseno rješenje o osiguranju, a samo prisilna hipoteka (na temelju mjere osiguranja) uknjižena i zabilježena je ovršivost. Uvijek je u „podlozi" materijalna personalna sukcesija koja se dogodila izvan postupka (i dokaziva je odgovarajućim ispravama), a sada se njezini učinci „prelijevaju" i u postupak osiguranja. Tek napomena da novi ovrhovoditelj mora moći (na odgovarajući način) dokazati da je nakon pokretanja postupka na njega prenesena ovršna tražbina javnom ili ovjerovljenom privatnom ispravom (pravomoćnom parničnom odlukom). Postupak prima u stanju u kojem ga je zatekao i za promjenu nositelja aktivne legitimacije ne traži se pristanak ovršenika/protivnika osiguranja.

3.4. Primjena parničnih pravila o subjektivnoj preinaci tužbe

3.4.1. U jednom trenutku za važenja uređenja članak 32. OZ prije noveliranja u praksi se javilo pitanje primjene pravila o subjektivnoj preinaci tužbe iz članka 192. stavka 3. ZPP za prijenos tražbine u ovršnim postupcima temeljem članka 21. stavka 1. OZ. Prema njemu, nakon što se tuženik upustio u raspravljanje o glavnoj stvar, umjesto tužitelja u parnicu mogao je stupiti novi tužitelj samo ako je tuženik na to pristao. Članak 192. stavak 3. ZPP *ratione tempore* (od stupanja na snagu OZ-a do Novele OZ/14) glasio je: „Tužitelj može sve do zaključenja (glavne rasprave) prethodnog postupka[71] svoju tužbu preinačiti i tako da umjesto prvobitnog tuženika tuži drugu osobu (članak 192. stavak 2. ZPP). Za preinaku tužbe prema stavku 1. ovog članka potreban je pristanak osobe koja treba da stupi u parnicu umjesto tuženika, a ako se tuženik već upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, potreban je i pristanak tuženika (članak 192. stavak 3. ZPP)."[72]

Događalo se da se od suda traži dopuštenje za procesnu sukcesiju koju sam članak 32. OZ *ratione tempore* nije predviđao (tj. stupanje novog ovrhovoditelja

[70] Odgovarajuća primjena ovih pravila predviđena je u slučaju ako u tijeku ovršnog postupka dođe do promjene dužnika, pa na mjesto starog dužnika stupi novi.

[71] Riječ je o tekstu odredbe prema pročišćenom tekstu ZPP-a, NN, br. 148/11 odnosno, nakon stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2013., NN, br. 25/13, dalje: ZIDZPP/13 kada su riječi „glavna rasprava" zamijenjene.

[72] Nakon što se tuženik upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, umjesto tužitelja može u parnicu stupiti novi tužitelj samo ako tuženik na to pristane (članak 192. stavak 1. ZPP). Osoba koja stupa u parnicu umjesto stranke mora primiti parnicu u onom stanju u kakvu se ona nalazi u trenutku kad u nju stupa (članak 192. stavak 4. ZPP).

u ovršni postupak/postupak osiguranja u tijeku).[73] U jednoj odluci riječ je bila baš o osiguranju prisilnom hipotekom i zato je posebno zanimljiva.[74] Osiguranje je određeno 2011. godine (što znači da su se primjenjivala pravila iz OZ/96 podudarna uređenju prije Novele OZ/14). Sud je, otklanjajući primjenu noveliranog članaka 32. OZ (iako je ugovor o ustupu zaključen 2017. godine), relevantnim ocijenio vrijeme kada je određeno osiguranje[75] i, sljedstveno, primijenio članak 21. stavak 1. OZ i pravilo o subjektivnoj preinaci tužbe te, odlučio da „nije dopuštena subjektivna preinaka na strani predlagatelja osiguranja, jer protivnik osiguranja na nju nije pristao.“[76] Samo kao napomenu treba pozvati na usporedbi s člancima 319. i 320. stavkom 2. ZV.[77]

3.4.2. Pravila ZPP-a o subjektivnoj preinaci tužbe prestala su se koristiti nakon što je Novelom OZ/14 u OZ-u izvorno riješeno pitanje sukcesije u ovršni postupak/postupak osiguranja) za njegova trajanja. Vidjeti se to može u odluci Županijskog suda u Zagrebu, Gž Ovr-694/2021-2 od 3. svibnja 2021. u kojoj se povodom suspenzije članka 192. stavak 3. ZPP kaže: „Nisu osnovani žalbeni navodi ovršenice da je sud u konkretnom slučaju trebao primijeniti odredbu članka 192. stavka 3. ZPP koji regulira subjektivnu preinaku tužbe. Naime, promjenu vjerovnika tijekom ovršnog postupka i stupanje novog vjerovnika u ovršni postupak na mjesto dosadašnjeg ovrhovoditelja regulira odredba članka 32. stavka 3. OZ, a ne odredba članka 192. stavka 3. ZPP, koju odredbu OZ je sud prvog stupnja pravilno primijenio tako da i ti žalbeni navodi ovršenice nisu osnovani.“[78]

---

[73] ŽS u Rijeci, Gž-Ovr-673/2020 od 4. svibnja 2021.

[74] *Ibidem.*

[75] Drugostupanjski sud kaže: „Odredba članka 32. stavka 3. OZ/20 kojom je propisana mogućnost nastavka ovršnog postupka od strane vjerovnika na kojeg je tražbina prenijeta tijekom trajanja postupka unijeta je u tekst OZ/20 tek odredbom članka 18. ZIDOZ/14 te se sukladno odredbi članka 82. stavak 1. ZIDOZ/14 ne primjenjuje na postupke pokrenute prije stupanja na snagu tog Zakona (1. rujna 2014.). Stoga je sud prvog stupnja o prijedlogu žalitelja primjenom odredbe članka 19. stavak 1. OZ/96 (sada je riječ o članku 21. stavku 1. OZ - op. aut.) pravilno odlučio o preinaci tužbe. Nastavno, budući da protivnik osiguranja na predloženu subjektivnu preinaku nije pristao, pravilno je sud prvog stupnja primjenom odredbe članka 192. stavak 3. ZPP u vezi s člankom 19. stavak 1. OZ/96, odlučio da se predložena subjektivna preinaka ne dopušta.“ *Ibidem.*.

[76] U bitnom jednako, ali u ovršnom postupku, v. ŽS u Zagrebu, 7 Gž Ovr-1338/2022-2 od 27. rujna 2022. - ovršni postupak u ovom predmetu pokrenut je podnošenjem ovršnog prijedloga dana 19. ožujka 2014.

[77] Prisjetiti se treba i članka 81. stavak 1. ZOO (iznimka iz članka 81. stavka 2. ZOO odnosi se i na *pignus*).

[78] V. još i ŽS u Osijeku, Gž Ovr-214/2020-5 od 21. lipnja 2022. - ovršni postupak u ovom predmetu pokrenut je podnošenjem ovršnog prijedloga dana 4. studenog 2019., a radilo se o promjeni vjerovnika prije ovrhe, ŽS u Splitu, Gž Ovr-18/2021-2 od 28. siječnja 2021. - ovršni postupak pokrenut 15. ožujka 2016. a radilo se o promjeni vjerovnika za vrijeme ovrhe.

3.5. Nekoliko riječi o „kvaliteti“ isprava u smislu kvalifikacija iz članka 32. OZ

Nakon što je Novelom OZ/14 omogućena procesna sukcesija tijekom postupka u praksi se često promatralo jesu li u konkretnom slučaju pojedine isprave podobne za dokazivanje sukcesije onako kako to traži članak 32. OZ. Pogledajmo na dva predmeta.

3.5.1. Vrhovni sud u predmetu Rev 2595/2018-2 od 10. prosinca 2019. potvrdno je odgovorio je na revizijsko pitanje predstavlja li ugovor na kojem je javni bilježnik ovjerio samo potpise stranaka privatnu ispravu koja udovoljava pretpostavkama iz članka 32. stavka 1. OZ.[79]

3.5.2. U predmetu Rev 2278/16-3 od 14. prosinca 2016. Vrhovni sud odgovorio je revidentu na pitanje je li ovjereni preslik ugovora o cesiji (potpisan od strane direktora - zakonskih zastupnika uz pečat) ovjerovljena isprava u smislu članka 32. OZ i dao za pravo drugostupanjskom sudu.[80] [81]

3.5.3. Iako se u radu ne govori o sukcesiji u ulogu dužnika treba upozoriti na stajalište izraženo po Vrhovnom sudu o odgovarajućoj ispravi kojom se dokazuje prijenos, ali više ne tražbine, već obveze. Odnosno, promjena na pasivnoj (dužničkoj) strani do koje je došlo prije pokretanja postupka. Vrhovni sud kaže: „Kada je dužnik iz ovršne isprave umro prije pokretanja ovršnog postupka i ako u trenutku pokretanja tog postupka u odnosu na preminulog dužnika nije doneseno pravomoćno rješenje o nasljeđivanju, ovršni sud ne može odrediti ovrhu protiv nasljednika umrlog dužnika bez postojanja pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju

---

[79] U predmetu su analizirane dvije odluke drugostupanjskih sudova, pobijana odluka bila je odluka ŽS u Osijeku Gž Ovr-1338/2019-3 od 4. ožujka 2020., a druga, odluka ŽS u Zagrebu, Gž Ovr-554/16-2 od 23. veljače 2016. u kojoj je smatrano da „ovrhovoditelj nije odgovarajućom ispravom dokazao prijenos tražbine iz ovršne isprave u smislu članka 32. stavka 1. OZ jer je dostavio dopunske isprave (ugovor o prijenosu tražbine i izjavu o prijenosu) na kojima je javni bilježnik ovjerovio potpise stranaka i suglasnost prijepisa i izvornika ali pritom te isprave nisu potvrđene (solemnizirane) u smislu odredbe čl. 59. Zakona o javnom bilježništvu, NN; br. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07 i 75/09 … Odredbom članka 2. točke 13. OZ je propisano da izrazi 'javno ovjerovljena isprava'“ ili 'ovjerovljena isprava' označavaju ispravu na kojoj je potpis neke osobe ovjerovio javni bilježnik ili koja druga osoba ili tijelo s javnim ovlastima.“ *Ibidem.*

[80] Kazano je: „U konkretnom slučaju drugostupanjski sud je prihvatio žalbu ovršenika i preinačio rješenje o ovrsi na način da je isto ukinuto i odbijen je prijedlog za ovrhu, te su ukinute sve ovršne radnje. Do takve odluke drugostupanjski sud je došao zaključivši da ugovor o cesiji, na koji se poziva ovrhovoditelj, nije javna ili javnoovjerovljena isprava u smislu članka 32. stavka 1. OZ, kojom bi se dokazalo da je tražbina prešla na ovrhovoditelja. Prema shvaćanju revizijskog suda od postavljenih pitanja ne ovisi odluka u ovom predmetu, a to iz razloga što se niti jedno pitanje ne odnosi na to je li sporni ugovor o cesiji javnoovjerovljena isprava ili ne, već se pitanje odnosi na preslik navedenog ugovora, na pitanje nadležnosti, upućivanja na parnicu, te je li takvo postupanje pretjerani formalizam.“

[81] U jednom predmetu Vrhovni sud smatrao je da vodi pretjeranom formalizmu inzistiranje na precizaciji imena ovršenika (Ivan ili Ivica istog OIB-a i na istoj adresi); u predmetu Rev 1584/2016-2 od 13. srpnja 2021. rekao: „U slučaju kada pogrešna oznaka imena ovršenika ne dovodi u pitanje identitet ovršenika, kao što je to u predmetnom slučaju, ta okolnost ne može predstavljati razlog za odbijanje ovršnog zahtjeva na temelju odredbe članka 32. stavka 1. OZ.“

(kao tzv. „dopunske“ ovršne isprave).“[82] [83] U starijoj je praksi postojalo stajalište da se „može uvidom u sudski registar utvrditi da je u prijedlogu za izvršenje označen novi dužnik pravni slijednik dužnika iz izvršne isprave, a da se ne poziva vjerovnika da dostavi ispravu iz članka 22. ZIP.“[84] Mogućnost je obrazlagana da „ako se u interesu ekonomičnosti postupka smatra da je svrsishodno, ali da se o tome mora ostaviti trag u spisu, npr. presliku isprave, tako da drugostupanjski sud može kontrolirati pravilnost i točnost upisa u sudski registar.“[85] [86]

4. ZAKLJUČAK

Primjenjujući uputu iz članka 311. stavka 1. ZV moguće je kazati da su prisilne hipoteke kao sredstvo nedobrovoljnog osiguranja izvorno uređene u člancima 295. do 298. OZ, a primjena ovih pravila (uz određenu prilagodbu) dolazi u obzir i za prisilne hipoteke koje se osnivaju na nekretnini nakon bezuspješne ovršne prodaje nekretnine uređene člankom 102. stavkom 6. OZ te prethodnom mjerom predbilježbom hipoteke ako i bude li ona opravdana s limitiranim trajanjem (članak 335. stavak 1. točka 1. OZ).

U ove je postupke (prije i za njihova trajanja) zamisliva sukcesija novog vjerovnika kojem je ustupljena neosigurana novčana tražbina. Ovršni zakon sadržava svoje autonomno pravilo o sukcesiji - članak 32. OZ koji uređuje procesnu sukcesiju u stadiju pokretanje postupka osiguranja prisilnom hipotekom te za stupanje u već pokrenuti postupak osiguranja prisilnom hipotekom nakon provedeno upisa osiguranja, ali prije pravomoćnosti rješenja kojim je određeno. U specifičnom slučaju može se promatrati i pretpostavke za sukcesiju u postupak osiguranja cesionara na kojeg je izvansudski prenesena prisilna hipoteka što bi bilo dovoljno za njezino stjecanje prema obveznim pravilima, dok za izvršavanje ovlasti na temelju hipoteke stvarnopravna pravila traže da se cesionar upiše u zemljišnu knjigu kao nositelj zaloga, a za sukcesiju ovršna pravila traže svoje pretpostavke.

---

[82] VS, predmet Su-IV-16/2021-11 od 24. svibnja 2021., v. zapisnik s četvrte sjednice Građanskog odjela Vrhovnog suda (4/21) održane 24. svibnja 2021.

[83] Pitanjem kvalitete sukcesijske isprave na dužničkoj strani Vrhovni sud bavio se i u odluci u predmetu Rev- 539/2016-2 od 1. srpnja 2020.

[84] Stajalište privrednih sudova (XVIII) od 5. do 7. lipnja 1985. Izv., cit. prema: Crnić, Ivica, uz suradnju Grubić, Vesne, Izvršni postupak u praksi, Informator, Zagreb, 1994., Treće izdanje, str. 40.-41.

[85] *Ibidem.*

[86] V. na stranicama AZOP-a, mišljenje o obradi osobnih podataka dostupnih u javnim registrima od 22. prosinca 2022., https://azop.hr/obrada-osobnih-podataka-dostupnih-u-javnim-registrima/ (pristup 26. kolovoza 2023.).

Uređenje iz članka 32. OZ promatrano je u intervalu kada je sadržavao samo dva stavka u kojim se određivalo da se ovrha/osiguranje određuje na prijedlog i u korist osobe koja nije vjerovnik iz ovršne isprave ako može javnom ili ovjerovljenom privatnom ispravom (pravomoćnom parničnom odlukom) dokazati da je tražbina na njega prenesena ili da je prešla na drugi način. Odnosilo samo na slučajeve kada je do sukcesije došlo prije započinjanja postupka. Novelirani članak 32. OZ sadržava četiri stavka i omogućuje sukcesiju u tijeku ovršnog postupka/postupka osiguranja. Tako, promijeni li se vjerovnik, pa na njegovo mjesto stupi novi, može nastaviti ovršni postupak u ulozi ovrhovoditelja/predlagatelja osiguranja ako svoju ulogu dokaže javnom ili ovjerovljenom privatnom ispravom (pravomoćnom parničnom odlukom). Dužan je postupak primiti u stanju u kojem se nalazio u trenutku stupanja u njega i za promjenu nositelja aktivne legitimacije ovršna pravila ne traže pristanak ovršenika/protivnika osiguranja.

Fokusirajući se na pravilo članka 32. OZ u svjetlu materijalne personalne singularne sukcesije na vjerovničkoj strani uslijed ustupa novčane tražbine (cesije), usporedba s uređenjem iz obveznih pravila pokazala je da se ovršni zakonodavac odlučio apstrahirati neformalnosti ugovora o ustupu i traži da je cesija sačinjen u obliku javne isprave ili ovjerovljene privatne isprave. „Ovršna valjanost" materijalne sukcesije na temelju cesije (kako bi bila relevantna s naslova članak 32. OZ), neovisno je li u pitanju njegovo uređenje prije noveliranja ili poslije, rezultira da procesnu legitimaciju ima samo ovrhovoditelj/predlagatelj osiguranja koji raspolaže ispravom koja udovoljava pretpostavkama vezanim uz oblik (formu) isprave o sukcesiji. K tome, relevantna je (materijalna sukcesija), prema uređenju prije noveliranja, ako je poduzeta prije pokretanja postupka. Nakon redakcije članka 32. OZ omogućeno je da se učinci materijalne sukcesije pojave kao „ovršno relevantni" i kada do njih dođe u tijeku ovršnog postupka, a jednako kao i u prethodnom slučaju, aktivnu legitimaciju novi predlagatelj osiguranja ima samo kada udovolji pretpostavkama iz članka 32. OZ vezanim uz oblik (formu) isprava o sukcesiji. Razvojno gledajući, brzo je završila primjena pravila povezanih s dopuštenost sukcesije u postroženom režimu i primjenom parničnih pravila o subjektivnoj preinaci tužbe (članak 192. stavak 3. ZPP, prije Novele OZ/14 kada nije bila dopuštena tijekom postupka). Odnosno, kada je predmet regulacije bio samo slučaj u kojem je novi vjerovnik (koji u ovršnoj ispravi nije bio označena kao vjerovnik), a na kojeg je tražbina prenesena prije pokretanja postupka osiguranja mogao pokrenuti postupak i kada su ovršna pravila upu*ćivala* na supsidijarnu primjenu pravila o subjektivnoj preinaci tužbe (***čl***anak 192. stavak 3. ZPP).

Kao jedno opće opažanje na kraju se može reći da se uz članak 32. OZ u praksi ozbiljnije problematizira pitanje dokazivanja prijenos tražbine (materijalne

sukcesije) odgovarajućim ispravama u smislu kvalifikacije iz članka 32. OZ, a manje se raspravlja o pravnim učincima prijenosa tražbine po protivnika osiguranja.

LITERATURA

1. Belanić, Loris, Vilim Gorenc, Hrvoje Momčinović (…) Branko Vukmir. *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, opća redakcija: Gorenc, Vilim. Zagreb: Narodne novne, 2014.
2. Bukovac Puvača, Maja, Gabrijela Mihelčić i Zvonimir Slakoper (ur.). *Bankovni i financijski ugovori*. Zagreb: Narodne novine, 2017.
3. Ćesić, Zlatko, Vilim Gorenc (…) Branko Vukmir. *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb: RRIF, 2005.
4. Dika, Mihajlo. *Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Opće građansko ovršno pravo*, Zagreb: Narodne novine: 2007.
5. Gavella, Nikola, Tatjana Josipović (…) i Zlatan Stipković. *Stvarno pravo, Svezak II.*.Zagreb: Narodne novine, 2007.
6. Josipović, Tatjana. „Upis hipoteke u zemljišne knjige.“ *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Godišnjak 6, Zagreb: Organizator, 1999.
7. Josipović, Tatjana. *Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi*. Zagreb: Narodne novine, 2018.
8. Josipović, Tatjana. *Zemljišnoknjižno pravo*. Zagreb: Informator, 2001.
9. Kontrec, Damir, Pregled različite prakse Županijskih sudova u građanskim predmetima, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 25, Zagreb: Organizator, 2018.
10. Marić-Ivanović, Renata, *Hipoteka i zemljišne knjige*, 25.08.2023. IUS INFO, 2012., https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2012B522
11. Mihelčić, Gabrijela, Maša Marochini Zrinski i Iva Parenta. „Konvencijski aspekti „zamrzavanja“ i privremenog oduzimanja predmeta.“ *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 44, br. 1. (2023): 133-159.
12. Mihelčić, Gabrijela. „Dobrovoljno založnopravno osiguranje tražbina“. U: *Bankovni i financijski ugovori* Bukovac Puvača, Maja; Mihelčić, Gabrijela; Slakoper, Zvonimir (ur.), 283.-379. Zagreb: Narodne novine, 2017.,
13. Mihelčić, Gabrijela. „O „nužnosti“ jedine nekretnine za ovrhu (nekoliko praktičnih pitanja).“ *Pravo i porezi*, br. 4. (2022): 49-58.
14. Mihelčić, Gabrijela. „Uloga iznimki od načela knjižnog prednika u potrazi vjerovnika za imovinom dužnika.“ *Hrvatski časopis za osiguranje*, br. 6. (2022): 65.-91.
15. Starović, Borivoj, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Beograd: Naučna knjiga, 1987.

16. Triva, Siniša, Vlado Belajec i Mihajlo Dika, *Sudsko izvršno pravo*, Zagreb: Informator, 1984.

TRANSFER (OF CLAIM) OF FORCED JUDICIAL MORTGAGE RIGHT ON REAL ESTATE ACCORDING TO ENFORCEMENT RULES

The paper analyses the assumptions from Article 32 of the Enforcement Act that a cessionary must meet in order to successfully initiate the procedure of securing their assigned claim with a forced mortgage, or to enter the procedure of involuntary security for the purpose of securing such a claim. The specific characteristics of three subtypes of forced mortgages provided for in the Enforcement Act are discussed, as well as analysed the particularities of the assumptions from the enforcement rules (security rules) related to the material (singular) succession through assignment compared to the general solutions from obligatory and property rules, which are especially important for the cessionary if they intend to demand procedural succession pro futuro. The possibility of succession is affirmed if these assumptions are satisfied.

Key words: *forced mortgage, cession, procedural succession, Article 32 of the Enforcement Act.*

Full Prof. Alena Huseinbegović, Ph.D., University „Džemal Bijedić“, Mostar, Federation of Bosnia and Herzegovina
Assoc. Prof. Viktorija Haubrich, Ph.D., Faculty of Law, University of Mostar, Federation of Bosnia and Herzegovina
Andrea Šoljić, Ph.D., expert associate, Municipal court in Livno, Federation of Bosnia and Herzegovina

PRESENTATION OF EVIDENCE IN CIVIL PROCEEDINGS

UDK: 3347.94 (497.6)
Original scientific paper

The court can base its decision only on the evidence that was directly presented at the main hearing, with exceptions related to the presentation of evidence before the requested court. According to the civil laws in Bosnia and Herzegovina, parties present the evidence, which means that the absence of a party from the hearing entails the consequence of not presenting the evidence proposed by the party who is absent from the hearing. In the paper, the authors consider the provisions related to the presentation of evidence and their influence on the final outcome of the procedure, that is, the (un)justification of such regulations. The comparative analysis tries to answer the question about the necessary changes to the Law on Civil Procedure when it comes to presenting evidence. In order to achieve the procedural equality of the parties in the proceedings, made possible by the principle of hearing the parties, it is necessary for the court to take into consideration what both parties presented, i.e. to present the evidence that both parties have proposed, and which the court accepted to prove legal relevance of the facts. The aim of the paper is to determine the impact of the provisions on the presentation of evidence on the final goal of the procedure, that is, its impact on the principle of free assessment of evidence.

Key words: *presentation of evidence, consequences of a party's passiveness, principle of hearing parties, principle of free assessment of evidence*

1. INTRODUCTION

For the procedure to result in a correct and legal verdict, it is necessary to determine the rules on the duties of each individual participants in the procedure.

* Full Prof. Alena Huseinbegović, Ph.D., University „Džemal Bijedić“, Mostar, Federation of Bosnia and Herzegovina, e-mail: alena.huseinbegovic@unmo.ba

** Assoc. Prof. Viktorija Haubrich, Ph.D., Faculty of Law, University of Mostar, Federation of Bosnia and Herzegovina, e-mail: viktorija.haubrich@pf.sum.ba

*** Expert Associate, Municipal court in Livno, division of the court in Tomislavgrad, Trg branitelja 2, Livno, Federation of Bosnia and Herzegovina e-mail: andrea.soljic@pravosudje.ba

Under the laws that regulate civil proceedings in Bosnia and Herzegovina[1], parties present the evidence. The actions of the court can only refer to the management of the procedure and not at all to the merits of the dispute[2]. The court, in terms of the procedure law, only directs the presentation of evidence[3] at the main hearing, which implies that the court determines the order of presentation of evidence, asks general questions to witnesses, experts and parties, warns them of the duty to tell the truth and the provisions of the law relating to the right to compensation, the possibility to withhold the testimony, etc., it does not allow questions that are not essential for making of a decision or that have already been answered, as well as the suggestive and captious questions, etc.[4] If the plaintiff does not come to the hearing for the main hearing without a valid reason, and was duly invited, it will be considered that he/she has withdrawn the lawsuit, unless the defendant engages in discussion at that hearing. If the defendant does not come to the hearing for the main hearing without a valid reason, and he was duly invited, the hearing will be held without his presence.[5] From the aforementioned provisions of the law, it can be concluded that the court cannot present the evidence proposed by the plaintiff at the preliminary hearing on his behalf, if the plaintiff did not attend the main hearing, and the defendant requests that it should be held. Likewise, the court cannot present the evidence proposed by the defendant at the preliminary hearing if he/she does not proceed to the main hearing.

In this paper, the authors consider the (un)justification of the aforementioned provisions of the law. The question is whether it is justified that the consequence of a party's non-appearance at the hearing is the denial of evidence, that is, whether the right to evidence is violated as part of the right to be heard before the court.

---

[1] This paper will analyse the provisions of the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina (Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina No. 53/03, 73/05, 19/06 and 98/15, hereinafter referred to as the LCP of the Federation of Bosnia and Herzegovina). Provisions of the Law on Civil Procedure of the Republic of Srpska (Official Gazette of the RS No. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 - US decision, 45/09 - US decision, 49/09 and 61/13) and the Law on Civil Procedure of Brčko District of Bosnia and Herzegovina (Official Gazette of BD 28/18 and 6/21).

[2] Srdić, Mladen, *Main Hearing and Decisions of the Court*, Module 2 – Civil area, (Sarajevo: VSTV, 2006.), 26.

[3] See Čizmić, Jozo, Huseinbegović, Alena, Haubrich, Viktorija, *Evidence in Civil Proceedings*, (Mostar: IC Štamparija, 2021.), 13.-26.

[4] Kulenović, Zlatko et. al., *Comments on the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska,*, (Sarajevo; Council of Europe and European Commission, 2005.), 191.

[5] Article. 97. Law on Civil Procedure of Federation of Bosnia and Herzegovina

2. PRESENTATION OF THE EVIDENCE

Presentation of evidence is central to the process of proof. The term evidence has different meanings. According to one meaning, evidence is data of a certain probative value that is obtained by examining the so-called means of evidence on which basis the court concludes about the facts to be established, while according to the second meaning – evidence are those means themselves, and under the third they are successful result of the evidence itself. Examining the evidence leads to information about the facts that need to be established, and by evaluating that information, an opinion is reached about their power, their ability to convince of the existence of the facts to which they refer.[6] Producing evidence in a broader meaning includes proposing evidence, deciding on presenting evidence and the very act of presenting evidence. In a narrower meaning, the presentation of evidence is the procedural legal activity of using the evidence that the court has decided to present.[7] The procedural principle[8] is represented in the procedural legislation of Bosnia and Herzegovina.

Under the mentioned provisions of the law, the parties are obligated to state all the facts on which they base their claims and to produce evidence that establishes these facts. The court will consider and determine only the facts presented by the parties and determine the presentation only of those evidence proposed by the parties, unless otherwise stipulated by law. Procedural systems based on the consistent application of the principle of discussion recognize only the initiative of the parties[9] to gather the procedural material. The court is only a passive observer of their discussion. The court can make its conclusions only based on the material collected and presented by the parties. However, even in the trial system, the court is not bound by the disposition of the parties regarding the determination of the content of the rules of experience and legal rules and their application to the determined state of facts.[10] Presenting the facts and proposing evidence is not the duty of the parties, but the possibility available to them to protect their

[6] Dika, Mihajlo, Čizmić, Jozo, *Comments on the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina,* (Sarajevo: OSCE-Office for democratization, 2000.), 387. See Triva, Siniša, Dika, Mihajlo *Civil procedural law*, (Zagreb: Official Gazzette, 2004.), 482. See Starović, Borivoj, Keča, Ranko, *Civil procedural law* (Novi Sad: Faculty of Law, Centre for publishing, 2004.), 277. See Čalija, Branko, Omanović, Sanjin, *Civil procedural law*, (Sarajevo, University of Sarajevo, Faculty of Law, 2000.), 221. Tako and Poznić, Borivoje, Rakić-Vodinelić, Vesna, *Civil procedural law*, (Beograd: Modern administration, Beograd, 1999.), 395.

[7] Čalija, Omanović, *Civil Procedural law*, 234-235.

[8] Article. 7. paragraphs. 1. i 2. Law on Civil Procedure of Federation of Bosnia and Herzegovina

[9] Dika, M., „Determining state of facts in reformed civil procedure*"*, Law in economy, Zagreb, (2003.), 64. - 65.

[10] Čizmić, Jozo, *Comments on the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina*, second revised edition, (Sarajevo: Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, 2016.), 381.

interests. Given that litigation is always about two conflicting interests, the party should be active and use all the procedural possibilities that the law recognizes to protect his/her interest and refute the allegations of the opposing party. However, the court's role is not completely passive, the court decides which evidence will be presented at the main hearing, the court will reject proposals that it does not consider essential for deciding, and the judge can ask questions to the parties, witnesses and experts at each stage of the hearing. The court's initiative to propose evidence exists only in cases in which the parties dispose of a non-dispositive claim, when it comes to dispositions that are contrary to compulsory regulations.

Compulsory regulations are legal norms that bind to certain behavior, e.g. rules on real estate transactions (regarding form of contract, right of pre-emption, etc.), rules on personal and family relationships (conditions for entering into and ending marriage, protection of children, etc.) and other mandatory regulations.[11] Therefore, the court, when acting, must not question its impartiality, that is, it must not assume the role of the parties in the process of presenting evidence. The activity of the court in the procedure of proposing evidence should only be aimed at clarifying certain ambiguities regarding the evidence proposed by the party and should by no means go in the direction of proposing evidence instead of the party or encouraging the party to propose certain evidence.[12] After the parties propose the evidence that, in their opinion, needs to be presented to establish the facts, the court should decide which of the proposed evidence will be presented at the main hearing. The role of the court in this part of the procedure is determined by the principle of discussion and the principle of disposition, which are represented in our civil procedure. The court selects the evidence that will be presented, but only among those evidence proposed by the parties. The authority of the court to ex officio order the presentation of evidence, as we have already stated, exists only exceptionally. This will be the case when the parties dispose of of a non-dispositive claim. The court also has the possibility to reject the presentation of certain evidence proposed by the parties. The court will reject the presentation of evidence proposed by the parties if the facts to be established with the help of that evidence are not important for the decision or if, based on the results of the conducted procedure, the court is convinced of decisive facts and it has assessed that according to all the circumstances of the specific case, new evidence could

[11] Zečević, Enver, *Comments on the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina*, (Sarajevo, Logos, 2009.), 9.

[12] Poljić, A., "*Opposition and symbiosis of the principle of discussion and the principle of free assessment of evidence in civil proceedings*", *Annals of the Faculty of Law*, University of Zenica, no. 27, (2021) 143 – 162. Available at https://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Anali27god14/7.pdf (10.8.2023)

not influence that decision and lead to its change.[13] The court should reject the presentation of evidence even when the proposal of evidence does not contain the topic of evidence. Here we refer to the fact that the applicant does not state an important fact regarding the evidence that should be presented, but on the contrary, he/she states a series of facts from which it should be possible to find out which fact would be important for his/her claims. However, a general statement of facts without a precise topic of proof should not be confused with a situation in which the court prejudges the result of the evidentiary hearing. The court is obligated to determine the production of all those evidence from which it can derive knowledge about the truth of disputed and important facts.[14] When deciding on disputed facts, the court can only use evidence that has been presented. When presenting evidence, the emphasis is on a procedural legal form. In terms of procedure, the main hearing is a legal form of presenting evidence. The principle of immediacy requires that the court that decides on a claim obtains its knowledge of all the elements that are the basis for its decision without an intermediary, by direct observation. Only those judges who participated in the deliberations at the main hearing[15] can take part in the decision making. The evidence is presented directly before of the court. Exception from the principle of immediacy[16] is allowed when the court, upon a party's proposal, decides that certain evidence is to be presented before the requested court. In that case, the minutes of the presented evidence will be read at the main hearing (Art. 128, paragraph 2, of the Law on Civil procedure of Federation of Bosnia and Herzegovina.)[17] Immediacy

[13] Kulenović, *Comments on the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina and Republic of Srpska*,19.

[14] More in Jakšić, Aleksandar, *Civil procedure law,* (Belgrade: Centre for publishing of the Faculty of Law in Belgrade, 2006.), 363 – 364.

[15] Čalija, Omanović, *Civil procedure law*, 61.

[16] „ The principle of immediacy is a rule on the way of presenting evidence. The fact that certain evidence - witness statements that were given before the second judge in this case, was read by the first instance court at the main hearing, is not by its nature a violation of the principle of immediacy, as the revision claims. Such behaviour did not affect the legality and regularity of the disputed verdict in the circumstances that the parties were given the opportunity to argue before the court, and the revision does not claim that the second defendant was prevented from arguing before the court due to illegal actions." Taken from the judgment of the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina, number 51 0 P 002788 10 Rev of 10.3.2011. taken from Blagojević, Milan, Tajić, Haso, *Civil and commercial law in the practice of courts in Bosnia and Herzegovina*, (Sarajevo: Privredna štampa, 2013), 681 - 682..

[17] When the securing of evidence is requested before the initiation of the procedure and in exceptional cases if the procedure is in progress, the first instance court in whose territory the things to be seen are located, i.e. the court in whose territory the person to be heard resides has the jurisdiction (Art. 170, paragraph 2 Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina and Law on Civil Procedure of Republic of Srpska) An exception to the principle of immediacy is foreseen in the event of a hearing before a new judge, when the court can decide, with the consent of the parties, not to re-examine witnesses and experts and not to conduct a new investigation, but to read the records of the presentation of that evidence (Art. 114 (paragraph 2 of the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina and Law on Civil Procedure of Republic of Srpska and Article 237, paragraph 2 of the Law on Civil Procedure of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina)

in discussion is also important for the implementation of other principles of civil proceedings: the principle of free evaluation of evidence, the principle of the hearing of the parties, the principle of open justice, the principle of conscientious use of procedural powers, etc.[18] The principle of immediacy should enable parties to address the court directly, the possibility of presenting proposals and allegations, direct examination of witnesses, experts and the opposing party. By applying the aforementioned principle, the court learns first-hand about decisive facts, which makes it easier for the court to make a decision on the dispute. Therefore, the purpose of form of presentation of evidence, first, aims at the implementation of the principle of immediacy and then the principle of hearing of the parties and the principle of the right to be heard. If the court presents the evidence proposed by the parties in the absence of properly notified parties, what consequences occur in relation to the final goal of the procedure and are the provisions in the Bosnia and Herzegovina legislation regarding the presentation of evidence justified if we take the importance of the form of presentation of evidence into account? To answer that question, first, it is necessary to consider the consequences that can be caused by the party's passive behaviour in the proceedings.

The parties can have different positions towards the subject of the dispute, that is, they can have an active and passive procedural legitimacy, because the law gives the parties freedom when deciding to undertake procedural activities. In the theory of procedure law, there are three stands when it comes to interpretations of the passiveness of the party.

3. THE CONSEQUENCES OF THE PASSIVENESS OF THE PARTY

There are three theories developed as a response to the passiveness of the party in the proceedings. Under the theory of affirmative or positive litiscontestation, the party that takes a passive position accepts the truth of the allegations of its opponent - *qui tacet consentire videtur*. Proponents of this theory believe that it prevents the prolongation the procedure and affects the costs of the procedure. Therefore, the results of the procedure are ultimately acceptable to the society. The theory of negative litiscontestation takes the opposite view - a party that does not plead the claims of the opponent thereby denies his/her claims. This system starts from the fiction that silence means denial, so it accepts the fiction that there

[18] Dika, Mihajlo, *On the principle of immediacy in civil proceedings de lege lata with some projections of de lege ferenda*, Collection of papers of the Faculty of Law in Zagreb, no. 4., (Zagreb: 2008), 904..

is no harm to the passiveness of the party.[19] There is also a third system of an undecisive position towards the passiveness of the parties - omission or passiveness does not mean recognition or challenge. The will of the party is unknown and is therefore procedurally irrelevant. The court should assess the significance of the party's passive behaviour based on all the evidence presented.[20] According to older and newer, domestic and foreign legal literature, the system of affirmative litigation is accepted.[21] There is no general provision in the Civil Code of Federation of Bosnia and Herzegovina on the consequences of omission, but the effect of the passiveness od the party is determined by the provisions of the law in relation to taking or omitting certain litigation actions. The most severe consequence that can befall a passive party is a default judgment. Thus, under the provisions of the Civil Code of Federation of Bosnia and Herzegovina, in the case when the defendant does not take advantage of the opportunity to submit an answer the lawsuit, provided that the plaintiff has proposed for the court to reach a default judgement, the court will pass a judgment for failure to accept the claim,[22] unless the claim is clearly unfounded.[23] The legislator prioritizes the principle of economy and urgency of the procedure, so the legislator has sanctioned the defendant's passiveness at that stage of the procedure in a way that the court was left with only two options, either passing a verdict due to omission or rejecting the claim. There is no provision for the possibility of further proceedings and discussion in the case of an obvious unfounded claim.[24] The parties can show a passive position towards the dispute and unjustified absence from the hearing. There are different legal consequences if the party does not come to the hearing. If the plaintiff does not come to the preliminary hearing, and was properly notified, it is considered that he/she has withdrawn the lawsuit, unless the defendant demands for the hearing be held.[25] The absence of the plaintiff entails the

[19] More in Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Civil procedure law*, (Zagreb, Official Gazette, 2004.), 155.

[20] Janevski, A., Rakočević, Milka, „The authority or duty of the parties to argue before the court: the consequences of the parties' passivness in civil proceedings", *Collection of papers „The rule of law and the legal state in the region"*, (Sarajevo: Faculty of Law Istočno Sarajevo, 2014), 344.

[21] Cimirotić, Muhamed, „The concept and legal nature of contumacy", Annals of the Faculty of Law, University of Zenica, vol. 10, no. 20. available at: https://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Analibr20god10/4.pdf (July 5, 2023), 86 - 87.

[22] Article 182. Law on Civil Procedure of Federation of Bosnia and Herzegovina.

[23] See decision of the Supreme Court of Federation of Bosnia and Herzegovina, number 55 0 Rs 005251 21 Rev from 8.3.2022, published in Sudska praksa, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, number 94, (Sarajevo: 2022.), 242. – 243.

[24] More in Šabić, Smajo, „„Legal consequences of the defendant's passive position after filing a lawsuit with special reference to legal solutions in Bosnia and Herzegovina", available at: https://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Anali25god13/3.pdf (1.8.2023.), 81. - 82.

[25] Article. 84. paragraph. 1. Law on Civil Procedure of Federation of Bosnia and Herzegovina

presumption of withdrawal of the claim.[26] There is no need for a opposing party to propose the withdrawal, the consequences occur by force of the law. The same consequences are foreseen for the main hearing.[27] The defendant has the possibility to demand for the hearing to be held. Therefore, it is possible for the court to discuss only with the defendant party. In that case, the plaintiff suffers certain negative consequences. Thus, if the plaintiff does not come to the preliminary hearing and the defendant demands for the hearing to be held, the plaintiff no longer has the possibility of unlimited presentation of facts and the presentation of evidence, precluded in terms of amending the lawsuit, contradictory discussions regarding the facts stated by the defendant and the evidence proposed by the defendant. Under the provisions of the law, at the preliminary hearing, the court will determine the day and time of the main hearing, the issues to be discussed at the main hearing, the evidence to be presented and the persons that are to be invited.[28] Even though the plaintiff did not attend the preliminary hearing, which can be held at the request of the defendant, the court should, in the decision on scheduling the main hearing, also state the evidence that the plaintiff proposed in the lawsuit and that he/she has attached to the lawsuit, because the court cannot ignore the facts that the plaintiff stated as well as the evidence he/she proposed. Now the question arises of presenting the aforementioned evidence in the event that the plaintiff does not come to the main hearing and the defendant demands for the main hearing be held. This does not mean that there will be no evidentiary hearing. It means that only the evidence proposed by defendant at the preliminary hearing and adopted by the court adopted in its decision will be presented. The plaintiff's allegations about the facts he stated in the lawsuit are still subject to proof, but only with the evidence proposed by the defendant. Therefore, the court will only discuss the merits of the claim with the defendant, and after the end of the procedure, it will issue a verdict. Deciding on the merits is also the reason why the defendant could demand for the hearing to be held even though the plaintiff is not present. Such cases are rare in practice, but under the principle of equality, each party has the right to terminate the proceedings on merits. While in the case of the defendant's absence, the conduct of the proceedings and the passing of the verdict are performed according to the law itself, in the case of the plaintiff's absence from the hearing, the court cannot hold the hearing ex officio without the defendant's request. If the duly summoned defendant does not come to the

[26] See the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, number AP 2532/14 od 10.11.2016., available: http://www.ccbh.ba/odluke/# (11.7.2023.).

[27] Article. 97. paragraph. 3. Law on Civil Procedure of Federation of Bosnia and Herzegovina

[28] Article. 94. paragraph 1. Law on Civil Procedure of Federation of Bosnia and Herzegovina

preliminary hearing, the hearing will be held without his presence.[29] The court will discuss only with the plaintiff the facts stated by both parties, and the decision will determine the presentation of the evidence proposed by both parties, if it is evidence that is essential for the decision on the dispute. If the defendant does not attend the main hearing, the court should, just as in the case of plaintiff's absence, issue a decision that suspends the part of the decision that determines the presentation of evidence proposed by the defendant.[30] Before we start analysing the justification of such a legal arrangement, we will consider the court's actions regarding the presentation of new facts at a hearing held in the presence of only one of the parties. The question is how pleadings made by one party should be treated at a hearing where the opposing party was not present, even though it was duly invited. Should the party be given the opportunity to state the facts that were presented at the hearing where he/she was not present, and how can the court decide on these facts? In procedural theory, there are different positions in relation to the above question. According to one opinion, the facts should be considered disputed and therefore evidence should be presented to establish the truth or falsity of such pleadings. Since the party was duly summoned to the hearing, the principle of hearing cannot be compromised. According to another opinion, a certain position cannot be imposed on the party regarding the pleadings of the opposing party if it was not previously informed about them. For this reason, the opinion that the party disputes the opponents' statements is not accepted, therefore their veracity[31] should be determined. In accordance with the principles of civil procedure, above all the adversarial principle, principle of the procedural economy and prevention of abuse of procedural powers, we favour the first opinion. The

[29] Article 84. paragraph. 2 of the Law on Civil Procedure of Federation of Bosnia and Herzegovina stipulated that the main hearing will be held without the presence of the defendant if there is no valid reason for his/her absence and he/she was duly summoned..

[30] Likewise, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in case number AP 286/07 emphasizes that in civil proceedings almost everything depends on the parties, from the claim lodged to the presentation of evidence. The disposition of the parties is very large, and the participation of the court is limited. In the decision made in the aforementioned case, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina concluded that the appellant's right to a fair trial from Article II/3.(e) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and Article 6, paragraph 1 of the European Convention was violated in the case when the appellant was not given the opportunity to dispute the opinion and the findings of the expert at the main hearing, because the expert refused to attend the hearing due to the fact that the plaintiff, at whose request the expert's hearing was conducted, did not pay in advance his costs of the appearance, and the appellant did not want to assume this obligation of the prosecutor, nor was the payment of the costs of the expert's arrival at the hearing for the purpose of answering to objections provided for by law. The Constitutional Court observes that with this position of the courts, the appellant was put in the position of „providing" the evidence of the opposing party, to create an opportunity for himself to oppose the prosecutor's arguments with his own arguments. From the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, number AP 286/07 of July 3, 2009, available at: http://www.ccbh.ba/odluke/# (August 17, 2023).

[31] Janevski, Rakočević, *„Authority or duty of the parties to argue before the court: the consequences of the parties' passivness in civil proceedings*",354.

basics of the adversarial principle are expressed in Art. 5 of the Law on civil procedure of Federation of Bosnia and Herzegovina. The law determines that each party has the right to express its views on the proposals and demands of the opposing party. Only when it is determined by law, the court is authorized to decide on a request on which the opposing party was not given the opportunity to make a statement. This principle establishes the court's duty to enable each party to express its views on the demands and allegations of the opposing party to achieve the equality of the parties in the proceedings and the correct rendering of the verdict. The adversarial principle is an integral part of the broadly conceived principle of hearing of the parties as a fundamental human right (Article 6/1 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms). Parties can exercise their right to be heard both orally and in writing. The implementation of the principle of hearing of the parties implies duly serving of the submissions of the opposing party and court summonses and decisions, allowing the parties to make demands at the hearings, make assertions about important facts, to propose evidence for this and present their legal opinions.[32] The very fact that the party has been duly summoned, the party has been given the opportunity to argue before the court. The party should respond to the court's summons and attend the hearing if it wants to present a certain position regarding the allegations of its opponent. If it wants to prove certain facts, the party must also attend the hearing in the way that enables the presenting of evidence. Finally, he/she has to go to the hearing to proceed with the presentation of the evidence that he/she proposed, and the court accepted. As we have already stated, holding a hearing with only one party present results in the presentation of evidence only by the party that is present at the hearing, because the court cannot present evidence instead of the party that did not attend the hearing. The principles civil proceedings are based on can be subject to restrictions, including the right to be heard (as well as the right to evidence as part of that principle).[33] It is necessary to determine the relationship between the

[32] Čizmić, Jozo, *Comments on the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina*, second revised edition, 42. - 44. As well as Triva, Dika, *Civil procedural law,* 147. – 158.

The adversarial principle or the principle of mutual hearing of the parties should give the parties the opportunity to express themselves on all decision-making elements. This request is in the service of the equality of the parties and proper adjudication in the dispute. The goal is to provide the parties with the same procedural legal position in the proceedings. Read more in Čalija, Omanović, *Civil procedural law*, 56..

[33] The Constitutional Court points out that the right to access to the court, guaranteed in Article 6, paragraph 1 of the European Convention, is not and cannot be an absolute right and it can be subject to restrictions. However, these restrictions cannot be so extensive that the very essence of the right is diminished (see European Court, Guerin v. France, judgment of 29.6.1998, 1998-V). Furthermore, the restriction will not be in accordance with Article 6, paragraph 1 of the European Convention if it does not serve a legitimate aim and if there is no reasonable relationship of proportionality between the means used and the aim to be achieved (see European Court, Bellet v. France, judgment of 20.11. 1995, Series A, volume 333). From the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, number AP 2532/14 of 10 November 2016, available at: http://www.ccbh.ba/odluke/# (11 July 2022).

proportionality of the mentioned restrictions and the goal that is to be achieved. If the goal of the litigation is to determine the facts that are in dispute between the parties and they are relevant for the court's decision on the merits of the claim, within a reasonable time and with as few costs as possible, then the aforementioned legal regulation is justified. In this way, the parties are not denied access to the court. The emphasis is placed on the need for active participation of the parties in the proceedings, which aims to preserve the objectivity and impartiality of the court and influence the efficiency and economy of the proceedings. It is a logical conclusion that the party that did not attend the hearing is not interested in active participation in the proceedings. This implies not only the presentation of evidence but also its presentation. In accordance with the abovementioned, we believe that in this way the goal of the procedure is not threatened. This kind of a solution provides the greater objectivity of the court in making decisions and the parties are not deprived of their rights to hearing and evidence.

4. PRESENTING EVIDENCE IN CROATIAN CIVIL PROCEDURE

Under the provisions of the Civil Procedure Act of Croatia[34], plaintiff initiates the litigation is by lodging the claim.[35] The party that initiated the procedure is obliged to determine the subject of the discussion, and the court decides within the limits of the requests made in the procedure.[36] The parties can freely dispose of the requests they made during the procedure. They can give up their claim, acknowledge the opponent's claim and settle.[37] The principle of disposition is limited in such a way that the court will not respect dispositions of the parties that are in conflict with mandatory regulations and rules of public morality.[38] With regard to the evidence procedure, the parties are obliged to present the facts on which they base their claim and the evidence used to establish these facts already when lodging the lawsuit i.e. when they respond to the lawsuit, or at the preliminary hearing, the latest.[39] The court cannot ex officio establish facts that

[34] Law on civil procedure of the Republic of Croatia (Official Gazette of Socialistic Federative Republic of Yugoslavia 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91; Official Gazette of the Republic of Crostia 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22 hereinafter LCP of RC).

[35] Article. 185. LCP of RC.

[36] Article 2. paragraph. 1. LCP of RC.

[37] Article. 3. paragraph 1. i 2. LCP of RC.

[38] Article. 3. paragraph. 3. LCP of RC.

[39] „ The parties are obligated already in the lawsuit and the response to the lawsuit, and at the latest at the preliminary hearing, to present all the facts on which they base their claims, to propose the evidence necessary to establish the presented facts, and to declare themselves on the allegations and evidence of the opposing party." Art. 299. paragraph 1. LCP of RC.

the parties did not present and present evidence that the parties did not propose, unless it suspects that the parties intend to dispose of a non-dispositive claim.[40] In the Croatian civil procedure, the trial principle is represented both in terms of collecting the factual basis of the dispute and in terms of collecting evidence and presenting evidence.[41] Therefore, the initiative is in the hands of the parties, and the parties are obliged to state the facts on which they base their claims and to propose evidence to establish those facts.[42] The court can order the determination of facts that the parties did not present and the production of evidence that the parties did not propose only if it determines that the parties have a non-dispositive claim. Also, the court may, during the proceedings, when the court assesses it as expedient for the proper resolution of the dispute, warn the parties of their duty to present decisive facts and propose certain evidence, and state the reasons why it considers it necessary.[43] By asking questions and in other expedient ways, the court will try to present all decisive facts during the preliminary hearing, to amend the parties' incomplete statements about important facts, to mark or amend the evidence related to the parties' statements and, in general, to give all the clarifications necessary to determine the factual situation important for the decision or the achievement of a peaceful resolution of the dispute. To the extent deemed necessary to achieve that goal, the court will consider the legal issues of the dispute with the parties.[44] These provisions of the law are the basis of the principle of open justice.[45] As foreseen under the provisions of the civil legislation in Bosnia and Herzegovina and the Law on Civil Procedure of the Republic of Croatia, investigation, documents, witnesses, experts and the hearing of the parties are provided as means of evidence. Provisions on individual means of evidence are arranged in an almost identical manner in both procedural systems. There is a difference in the presentation of evidence. According to the Civil Code of the Republic of Croatia, evidence is presented by the court, while in civil proceedings in Bosnia and Herzegovina, evidence is presented by the parties. Thus, at the main hearing, the presentation of evidence is led by the president of the council, i.e. the single judge, who examines the parties and conducts the evidentiary procedure.

---

[40] Article. 7. paragraph. 2. LCP of RC.

[41] Until the Amendment from 2003, to some extent, but only fictitiously, the inquisitorial authority of the court the limited the trial method. The court could take evidence that the parties did not propose if it found that this evidence could be significant for the decision. Read more Triva, Dika, *Civil procedural law*, 175 - 176.

[42] See Grbin, I., *Complaint*, in the book Crnić, Ivica., et al., (Zagreb: Organizator, 2003.), 227. – 245. Also in Stokić, Matija, *Beneficium novorum at the crossroads,* Hrvatska law review, no. 6., god. IX., (Zagreb: 2009.), 76. – 82.

[43] Article. 219. paragraph. 2. LCP of RC

[44] Article. 288. paragraph 2. LCP of RC.

[45] Article. 288. paragraph. 2. LCP of RC.

When the president of the panel finishes hearing the witnesses, experts, and parties, then the members of the panel can directly ask that person questions. In addition, the parties and their representatives may, with the approval of the judge or the president of the panel, directly asks questions to witness, experts and the opposing party. According to the amendment of the Law on Civil Procedure of the Republic of Croatia from 2022, there is a presumption of withdrawal of the lawsuit if both parties are unjustifiably absent from the preliminary hearing, or if the plaintiff is unjustifiably absent from the hearing, and the defendant does not engage in consideration of facts. The 2022 amendment places emphasis on the necessity of the plaintiff's presence at the preliminary hearing as the party whose initiated the litigation. Unlike the preliminary hearing, the hearing for the main hearing provides an exception to the presumption of withdrawal of the lawsuit, and the acting judge can, evaluating all the circumstances: conclude the main hearing and decide on the lawsuit or claim based on the evidence already presented and the state of the file if he considers that the subject matter discussed sufficiently or for important reasons postpone the hearing for the main hearing, but no more than once during the entire main hearing.

5. PRESENTING THE EVIDENCE IN GERMAN CIVIL PROCEDURE

Under the principle of disposition, the parties are authorized to initiate the procedure, determine the subject of the dispute, submit pleadings during the procedure and end the procedure by admitting or withdrawing the claim, i.e. by peacefully resolving the subject of the dispute.[46] This principle is applied in German civil proceedings under the legal provision according to which the court can award the parties only what the party stated in the claim.[47] In the procedure, it is necessary to prove only those facts that are in dispute between the parties. Facts that the party did not explicitly dispute are considered admitted, unless the intention to dispute arises from other statements of the party.[48] At the oral hearing[49], according to the circumstances of the case, the party is obligated to

[46] Musielak u Musielak Hans-Joachim, Voit Woffgang, *Zivilprozessordnung mit Gerichtverfassungsgesetz*, Verlang Franz Vahlen, Munchen, 2015., Einl. Rz. 35.

[47] Paragraf 308. Njemačkog Zakonika o parničnom postupku (Zivilprozessordnung, objavljen 5.12.2005. godine, Bundesgesetzblatt (BGBI) / str. 3202; 2006. / str.431; 2007. / str. 1781; 2013. / str. 3786; 2017. / str.2745, dalje u tekstu ZPO).

[48] Paragraf 138. st. 3. ZPO.

[49] U skladu s paragrafom 272. st. 1. i 2.spor se treba riješiti na sveobuhvatno pripremljenom usmenom ročištu. Sudac prvog stupnja slobodno odlučuje hoće li izvesti usmeni pripremni postupak (i odrediti tzv. rano prvo ročište, *frühen ersten Termin*) ili pismeni pripremni postupak.

present its defence, especially allegations, objections, rebuttals, evidence and objections to the proposed evidence at the oral hearing. If the party does not present the facts and submit evidence within the stipulated time limits, the court will reject them, unless, based on its free belief, it assesses that this will not affect the delay of the proceedings or if the party's omission cannot be attributed to gross negligence. As a general rule, the law stipulates that rebuttals, objections and evidence can be presented until the end of the oral hearing before the first instance court.[50] The subject of the dispute is in the hands of the parties. In his/her request, the plaintiff determines the scope of judicial decision-making. He/she must particularly specify his/her request in the lawsuit so that the defendant and the court can learn about that request.[51] Under the principle of discussion that is represented in the German civil procedure, the parties are obliged to present the necessary facts and evidence.[52] The court can base its decision only on the facts parties have presented orally at the hearing. There are certain deviations from the trial principle aimed at ensuring a fair trial. Thus, the court can, under certain conditions, order the presentation of certain evidence.[53] The procedural principle affects the parties' duty to tell the truth. Paragraph 138. Law on Civil Procedure obligates them to present the true and complete state of facts. The duty to tell the truth includes the obligation to tell the subjective truth, which does not prevent the party from making statements if he/she is not sure of their veracity, because the party often does not know the truth, but is dependent on information from

[50] Paragraf 282. st. 1. i 296. a ZPO-a. Odredbom paragrafa 529. st. 2. ZPO-a propisano je da stranke mogu iznositi nove činjenice i nove dokaze u žalbi samo ako se propuštanje njihovog iznošenja u prvostupanjskom postupku ne može, po slobodnom uvjerenju suda, pripisati njihovoj namjeri da odugovlače postupak ili gruboj nepažnji.

[51] Langels, H., *Zivilprozessrecht*, , (Bonn, Abels & Langels, 2017.), 23. - 24.

[52] Wolf, C., Zeibig, N., 14.

[53] Paragrafom 142. st. 1. ZPO-a određeno je da sud može naložiti strankama ili trećoj osobi da podnesu isprave ili dokumente kao i drugi materijal koji je u njihovom posjedu, a na koji se jedna od stranaka pozvala. Sud može odrediti rok za podnošenje navedenog materijala te može odlučiti da se takve isprave i dokumenti u periodu koji sud odredi čuvaju na sudu.

Paragrafom 143. ZPO-a određeno je da sud može naložiti strankama da predaju spise koji se nalaze u njihovom posjedu, ako se oni sastoje od dokumenata koji se odnose na predmet spora i odluku suda.

Paragrafom 144. st. 1. ZPO-a propisano je da sud može odrediti uviđaj na licu mjesta uz sudjelovanje vještaka. U ovu svrhu može narediti strankama u postupku ili trećoj osobi da u određenom roku podnesu predmet koji se nalazi u njihovom posjedu.

Paragrafom 273. ZPO-a određene su mjere koje sud može poduzeti u svrhu pripremanja za glavnu raspravu. Sud može usmjeriti stranke da dopune svoje pripremne podneske ili da dostave dodatne informacije te može odrediti rok za podnošenje objašnjenja u vezi s određenim pitanjima; zatražiti od javnih tijela da dostave službene podatke ili isprave; naložiti strankama da se pojave osobno na saslušanju; pozvati svjedoke koje je stranka predložila, i vještake na usmenu raspravu; izdavati naredbe u skladu s paragrafom 142. i 144.

Paragrafom 448. ZPO-a propisano je da sud može, bez prijedloga stranaka, odlučiti da se sasluša jedna ili obje stranke o spornim činjenicama i okolnostima ako nakon ročišta i izvođenja dokaza sud nije stekao uvjerenje o istinitosti ili neistinitosti činjenica ili okolnosti koje su predmet dokazivanja.

third parties, even the opposite party. The judge is obligated, under the paragraph 139 of the Law on Civil Procedure, to ensure that all decisive facts are clarified, that the relevant requests are presented, as well as the necessary evidence. This duty implies that the judge has a significant influence on the proceedings but is limited by the principle of party disposition. If the parties do not comply with the judge's proposal, the judge may not determine the facts that he/she considers to be essential for the decision. Also, the judge must state his legal point of view based on which he wants to make a decision, and which the parties have foreseen. In this way, surprise decisions should be avoided. The judge is limited in his actions by the requirement for judicial neutrality. If it shows bias, then it can, in accordance with paragraph 42 of the Law on Civil Procedure, be excluded.[54] In addition to the aforementioned material management of the procedure, the procedural management of the procedure is in the hands of the judge. The president of the council is obliged to open the hearing and direct the course of the proceedings. He should ensure that the subject matter of the dispute is thoroughly discussed and that the hearing is completed without interruption. The right to be heard is an integral part of the German Law of Civil Procedure. This principle does not only mean that the parties have the right to express their opinion about the dispute, but also that each party has the opportunity to propose evidence and express an opinion on the results obtained after the presentation of evidence. With this aim, it is necessary that the parties have the right to be present during the presentation of evidence.[55] Immediacy in the presentation of evidence is prescribed by paragraph 355 of the Law of Civil Procedure, which foresees that the evidence is presented directly before the court conducting the proceedings.[56] Only a judge who has gained a direct impression of the witness as well as other evidence can evaluate the evidence correctly and judge accordingly. Therefore, the appellate court must directly hear the witness if evaluates that his/her testimony differently from the first instance court. [57] There are two methods of taking evidence in German civil proceedings: the strict way of taking evidence („Strengbeweisverfahren") and the free way

[54] See Koller, Christian, *Civil Justice in Austrian-German Tradition*, The Franz Klein Heritage and Beyond, 35. – 61., u Uzelac, A. (ur.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Springer, vol 34, 2014. Available at: https://www.researchgate.net/publication/321571491_Goals_of_Civil_Justice_and_Civil_Procedure_in_Contemporary_Judicial_Systems (7.7.2023.).

[55] Wolf, Christian, Zeibig, Nicola, *Evidence in Civil Law – Germany*, (Maribor: Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015.), 16.

[56] Article 375 of the Law on Civil Procedure sets out the conditions that must be met in order to deviate from the principle of immediacy when presenting evidence by examining witnesses. Hearing witnesses before another court or before only one panel member is possible only if a proper assessment of the evidence is possible despite the lack of immediacy.

[57] Wolf, Zeibig, *Evidence in Civil Law – Germany,* 17.

of taking evidence („Freibeweisverfahren"). The law stipulates investigation[58], hearing of witnesses[59], experts[60], documents[61] and hearing of parties[62] as means of evidence for a strict way of presenting evidence. The method of the strict way of presenting evidence is applied when it comes to facts that are in dispute between the parties and are therefore subject to proof. The law contains several provisions regarding this way of presenting evidence. The aim is to implement the principle of immediacy and the presence of parties during the presentation of evidence. The free presentation of evidence is not tied to certain means of evidence and does not depend on the proposals of the parties. With the method of free presentation of evidence, the court can also use other means of evidence, including the collection of information by telephone[63]. The law foresees for this method of presenting evidence in the case of gathering information from authorities[64] and in the case of the consent of the parties to such a method of presenting evidence[65]. In proceedings that can be conducted without an oral hearing, in proceedings that provide legal aid and in disputes in which the value of the claim is less than 600 Euros, evidence can be presented in this way. In case-law, there is a rule that the court can act in this way in cases where it decides on facts ex officio, i.e. when deciding on the admissibility of a claim or appeal.[66]

6. PRESENTING EVIDENCE IN ANGLO-AMERICAN PROCEDURAL LAW

This legal system is also referred to as Anglo-Saxon law or the *common law* system.[67] Typical representatives of the Anglo-American legal system are the United States of America (hereinafter referred to as the USA) and England, and in this paper, we will refer to the presentation of evidence in America and England.

---

[58] Article 371. – 372.a Law on Civil Procedure

[59] Article 373. – 401. Law on Civil Procedure

[60] Article 402. – 414. Law on Civil Procedure

[61] Article 415. – 444. Law on Civil Procedure.

[62] Article 445. – 455. Law on Civil Procedure on the way of presenting evidence see Kotz, H., *Civil Justice Systems in Europe, and the United States*. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=471241 (7.7.2019.).

[63] Wolf, Zeibig, *Evidence in Civil Law – Germany* 26.

[64] Article 273. paragraph. 2. and Article 358.a st.2. ZPO-a.

[65] Article f 284. paragraph. 2 ZPO-a.

[66] Wolf, Zeibig, *Evidence in Civil Law – Germany*, 26.

[67] During its history, *common law* was understood as the law and customs common to the entire Kingdom of England, i.e. to all free people in the kingdom, governed by a centralized court system.. Postema, G., *Classical Common Law Jurisprudence* (Part 1), Oxford University Commonwealth Law Journal, v. 2, no. 2, 2003., 157.

In England and Wales, most civil cases are heard in *county courts*[68]. In civil cases, the judge usually hears the case alone. The judge determines the existence of the facts that the parties present to the court. The proceedings before the High Court, the Court of Appeals and the District Courts are conducted in accordance with the Rules of Civil Procedure from 1998 (*Civil Procedure Rules*[69], hereinafter: Rules of Procedure), which pay great attention to the judicial management of the proceedings.[70] The rules of procedure are divided into sections dealing with separate phases of civil procedure. They begin by expressing the rule about the „overriding objective", which enables the court to deal with cases fairly and with proportionate costs. The court's fair and with proportionate costs proceedings include, as far as possible: a) ensuring the equality of the parties; b) cost savings; c) solving the case in a manner that is proportional to: the value of the dispute, the importance of the case, the complexity of the issue, and the financial position of each party; d) ensuring quick and fair handling; e) allocation of the appropriate share of the court's resources; and f) compliance with rules, instructions and procedures.[71] The emphasis in the „overriding objective" rule is placed on the active role of the judge (active case management), which should prevent unnecessary delays, unnecessary costs and unfairness. Empowered by the new approach, the English civil judges soon took up the active management of litigation within the powers granted to them. This includes: a) encouraging the parties to cooperate with each other in conducting the procedure; b) determination of disputed issues at an early stage; c) deciding which issues require a full investigation and trial; d) deciding on the order in which the issues will be resolved; e) encouraging the parties to use the alternative dispute resolution procedure if the court deems it appropriate; f) assisting the parties in solving all or part of the case; g) scheduling or otherwise controlling the progress of the case; h) consideration of the justification of the costs of taking certain steps and the expected benefits; i) dealing with various aspects of the case; j) dealing with the case without the presence of the parties in court; k) use of technology; and l) giving directions to ensure a speedy and efficient trial.[72] There are numerous provisions in the Rules of Procedure that refer to the conduct of the parties before the initiation of court proceedings. These provisions are intended to encourage the parties to act reasonably in the exchange

[68] England and Wales have a single court system, while the court system in Scotland and Northern Ireland is organized in a different way

[69] More in u Andrews, N., *The New English Civil Procedure Rules* (1998), u Van Rhee, C.H. (ur.), *European Traditions in Civil Procedure*, (Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005.), 161. - 166.

[70] Available at: https://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents/made (30. 7. 2023.). The law has been in force since April the 26th 1999.

[71] Rule number 1.1. Rules of procedure.

[72] Rule number 1.4. Rules of procedure.

of information and documents at an early stage and are generally aimed at trying to resolve the dispute without resorting to litigation. The procedure is initiated by filing a lawsuit. In accordance with the principle of discussion, the parties have the main role in determining the subject of the dispute. But the role of the judge in that procedure is not passive. According to the Rules of Procedure, the judge has an active role in determining the issues to be discussed, seeking clarification regarding those issues, deciding which issues require a full trial and which can be resolved in an abbreviated procedure. The judge should decide only on the facts that the parties pointed out in their statements (statements of case) without the possibility of independent research. With the aim of reducing costs and delaying the procedure, the judge was given a more active role in establishing facts and conducting evidence, both in the pre-trial phase (*disclosure*) and during the trial[73]. But the parties are still responsible for gathering evidence and presenting it.[74] The civil procedure of the USA foresees the model of adversarial court procedure. The parties initiate the litigation, and the judge has a relatively passive role. According to Rule 1 of the *Federal Rules of Civil Procedure* (hereinafter referred to as the Federal Rules), the purpose of the civil court procedure is to ensure that the decision will be made fairly, quickly and with as few material costs as possible. The federal rules went into effect on September 16, 1938.[75] The proceedings before the court can be divided into two phases: the pre-trial phase which takes place between the parties with minimal participation of the judge and the phase which takes place in court before the judge and jury. The procedure is initiated by filing a lawsuit before the appropriate court. After the lawsuit is delivered to the defendant, he/she must deliver a response to the lawsuit, after which the parties can exchange motions. After the parties change their motions, they reach a stage in the procedure called the *discovery process*.[76] In this procedure, the parties exchange information regarding the evidence they have or want to obtain from the opposing party, under the legal rules. It is a stage in litigation where each party can

---

[73] Verkerk, R., *Powers of the Judge: England and Wales*, u Van Rhee, C.H. (ur.), *European Traditionsin Civil Procedure*, (Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005.),309. - 316.

[74] More in Turner, R., *Evidence in European Civil Procedure*, u Rijavec, V., Keresteš, T., Ivanc, T. (ur.), *Dimensions of evidence in European civil procedure*, Kluwer Law International, 2016., str. 8-24.

[75] Changes made on 1.12.2007. came into force in 2008, which replaced the existing text of the rules with the aim of conveying the unchanged meaning of the rules more clearly and effectively. The changes were only in the writing style, the restyled rules are clearer, thanks to more efficient organization, sentence structure and word choice. More in Eichhorn Lisa, *Clarity and the Federal Rules of Civil Procedure: A Lesson from the Style Project*, 4 Journal of Association of Legal Writing Directors 1, 2008.

[76] More in Ward T. Burke, Sipior C. Janice, Volonino, Linda, Purwin,, Carolyn, *A United States perspective on electronic discovery rules and electronic evidence*, Transforming Government: People, Process and Policy, v. 5, br. 3, 2011.,268. - 279. More on *discovery procedure* in Hoffman, L., *Access to Information, Access to Justice: The Role of Presuit Investigatory Discovery*, University of Michigan Journal of Law Reform, v. 40, no. 2, 2007. Available at: https://ssrn.com/abstract=885820 (8.7.2023.).

request documents and other evidence from the other parties, or can compel them to produce evidence, using a court order.[77] The research process is increasingly replacing the trial.[78] Functionally, from the litigants' perspective, the litigation system serves two related purposes: examining the facts of the case and deciding legal or factual issues that remain in dispute. Of these functions, according to the rules of procedural law in the USA, the examination and resolution of facts is far more important. This has resulted in the reduction of trials and the termination of proceedings after the investigation phase by reaching settlements.[79] After the end of this procedure, if the case is not resolved in another way, there will be a procedure before the court, before a judge and a jury or without a jury. At the trial, the parties present their evidence, present their requests and defences, and present their closing arguments. In the Anglo-American legal system, the assessment of evidence is an integral part of the *law of evidence*, which does not exist in the *civil law* tradition. *Law of evidence* is a branch of law that applies equally to both criminal and civil proceedings. There is a difference in their application because the law of evidence is taken much more seriously in criminal cases.[80] The main part of that branch of law consists of the rules on the admissibility of evidence (*admissibility rules*), that is, on the exclusion of evidence (*exclusionary rules*).[81] There are very elaborate rules as to what evidence may even be presented to the jury and be subject to evaluation by the jury. The judge has a significant role in this procedure, because at the end of the hearing, he/she repeats to the jury what evidence was presented and what was intended to be proven with it.

This sometimes implies the obligation to give the jury notes on the weight of certain evidence. The issue of evidence evaluation is not as important in Anglo-American judicial proceedings as in European continental proceedings, and the rules of evidentiary law are more focused on the admissibility and exclusion of evidence. Due to different legal traditions and the existence of jury trials, the Anglo-American legal system, unlike the European continental system, pays more attention to the rules procedure rather than „establishing the truth". The judge

[77] In practice, the majority of cases from the area of civil law end with a settlement after the research phase, because both parties are then aware of the arguments of the opposing party. In this way, the cost and risk of a trial is avoided. Bandinter, R. (ur.), *Anglo-American Legal English, Concepts and Terminology*, École de Formation Professionnelle des Barreaux du Ressort de la Cour d'Appel de Paris, (Paris: 2013.-2014.), 78.

[78] More in u Clermont, K. M., *Civil Procedure*, Thomson West, 2004., page. 76. - 83.

[79] More in Langbein, John H., *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, Yale Law School, Public Law Working Paper, Yale Law Journal, 2012., no. 256., 524. - 525.

[80] Cross, S.R., Wilkins, N., *An Outline of the Law of Evidence*, (London: Butterworths, 1975.), 11.

[81] In the *civil law* system, such rules do not exist, and any evidence is admissible, and it is up to the court to assess how much value it will give to that evidence. The presented evidence can be part of the appeal procedure due to errors in the determination of the state of facts. Damaska, Mirjan, *TheFaces of Iustice and State Authonty*, (New Haven: Yale University Press, 1986.), 85.

should make sure that the parties respect the rules of the procedure, and the parties have the obligation to prove their allegations and present evidence. In both legal systems, the role of the judge is not passive, but in the Anglo-American legal system more emphasis is on the active participation of the parties in presenting evidence.

7. CONCLUSIONS

Analysis of the procedure for presenting evidence in Croatia and Germany in relation to Bosnia and Herzegovina's civil legislation, we can see that there are certain differences not only in the way of presenting evidence, but also in the role of judges in the procedure. Not only that in the litigation proceedings of Croatia and Germany, evidence is taken by the court, but in general the judges in the mentioned countries have a more active role. The principle of open justice is represented in Croatian civil proceedings. An open trial presupposes an open discussion of all factual and legal issues, and it is the duty of the court, by applying substantive law ex officio, to encourage the parties to present facts that they consider important, which the parties have not presented, in order to ensure a legal framework for the presentation of evidence at the main hearing to make a correct and legal decision. The application of this principle aims to prevent the parties from committing essential errors during the discussion, which are the result of a different understanding of the nature of the dispute than the court's understanding of the essence of the dispute.[82] In German civil proceedings, the judge is obliged to ensure that all decisive facts are clarified, that the relevant requests are presented as well as the necessary evidence. Case-law should show how the application of the aforementioned provisions can threaten the objectivity of judges, through the case-law should be developed additional rules for the actions of judges. The judge should maintain his impartiality, and the application of the aforementioned provisions can sometimes show partiality to one of the parties. In the civil legislation of Bosnia and Herzegovina, the principle of providing assistance to an ignorant party has been abandoned. Procedural laws in Bosnia and Herzegovina stipulate that the court will warn the party of the need to hire an attorney if the party or its legal representative is unable to express himself clearly and specifically on the subject of discussion, and there is no proxy. It is necessary that the actions of judges are such that their objectivity and impartiality are not questioned. This provision helps an ignorant party without the judge jeopardizing his impartiality and objectivity in his/her actions. The judge should ensure the

[82] Triva, Dika, *Civil procedure law,*152.

implementation of a fair procedure, and not assume the role of legal advisers to the parties. There is also a difference in the method of presenting evidence. The different regulation of the evidence presentation procedure is closely related to the goal of the civil procedure, i.e. the principles of the procedure and the role given to the judge in certain legislations. Different legal systems give a different meaning to economy and efficiency in proceedings and accordingly give a greater or lesser role to the court or the parties and introduce certain exclusions in relation to party proceedings. The procedure cannot be carried out without the cooperation of all participants, both the court and the parties. It is most in the interest of the parties to end the procedure in their favour, the parties should, by their active action, strive to complete the procedure as soon as possible and without unnecessary delays. Therefore, the role of the parties in the evidence presentation procedure should be adapted to the requirements of the entire procedure in such a way that the parties, through their active participation, i.e. the parties, through the presentation of evidence, influence the legal and efficient conclusion of the procedure.

Anglo-American presentation of evidence by the parties appeared in Bosnia and Herzegovina's legislation as early as 2002 in the regulations for the Brčko District[83], while it has been applied in civil proceedings since 2003. As we have already stated, in our legislation the court has the authority to manage the procedure in the meaning of procedural law, which means determining the actions to be taken and in what order. The amendments to the Law on Civil Procedure from 2003 sought to achieve more effective judicial protection.[84] There we also find justification for the provisions on the presentation of evidence, because the intention of the legislator was to make the evidence procedure not only legal, but also economical and effective. For this reason, it is stipulated that the court cannot present evidence on behalf of the party and that the non-appearance of the party at the hearing results in the non-presentation of the evidence proposed by that party. We believe that such restrictions do not in any case affect the parties' right to access the court because the parties should be properly informed about the date of the hearing and about the consequences of not attending the hearing.[85] The court cannot force a party to come to the hearing, but if it holds a hearing with only one party, it is obligated to act in accordance with the law and invalidate the

---

[83] See Karnavas G.Michael, *Creating the Legal Framework of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina*, 97 Am, J. Int"l L 111, 2003.

[84] See more in Šego-Marić, I., Haubrich, V., „ Civil litigation in Bosnia and Herzegovina from 1883 to the present day*", Collection of papers of the Faculty of Law of the University of Mostar*, No. XXI, 2010.. (Mostar: 2010.), 26. – 28.

[85] Brzović, Juraj, „ Did the pre-trial procedure lead to the concentration and shorter duration of the civil procedure?, *Collection of papers of the Faculty of Law in Zagreb*, vol. 71, no. 5, 2021, available at: https://doi.org/10.3935/zpfz.71.5.05 (8.8.2023), 756.

decision on the presentation of evidence proposed by the party absent from the hearing. Sanctions are necessary to influence the participants in the procedure to comply with the legal provisions. The sanctions can be fines, preclusion in terms of the carrying out certain actions, and they can refer to the occurrence of negative consequences that arise for the participants of the procedure if they do not fulfil their obligations. Therefore, if we analyse the different ways of presenting evidence, we can conclude that in both ways of presenting evidence, the parties are not limited in terms of submitting evidence or asking questions to witness or experts. The difference in the systems in which party presentation of evidence is that a greater role is given to the parties, which influences the outcome of the proceedings, with great emphasis on respecting the principles of economy and efficiency. The court must provide the parties with the right to evidence. This implies the obligation of the court to properly inform the parties of the date of the hearing, to warn them of the consequences of their absence, as well as to inform them of the consequences that may arise if the evidence is not presented within the time limit prescribed by law. Also, the court has the task of preserving its impartiality and objectivity, and in its actions, it must show an equal conduct towards all parties in the proceedings. The conduct of the parties must also be such as to promote the efficiency and fair resolution of disputes. The abovementioned implies taking legal action within the deadlines set by the law and the consequences of failing to do so. Thus, even in the presentation of evidence, it cannot be considered that the parties are deprived of their rights if the court does not present the evidence of a party absent from the hearing that was duly informed of the date of the hearing as well as of the consequences of the absence. The evidence procedure should be in the hands of the parties in such a way that the parties should be active in that procedure from the beginning to the end. In this procedure, the court should also be active, but in a way that directs the parties and asks for explanations regarding the means of evidence proposed by the parties, and that during the presentation of evidence, it asks questions to the parties, witnesses and experts if there are certain ambiguities. Civil proceedings must represent a dialogue between the parties and the court, and between the parties. All participants should have the same goal, which is to make a legal and correct judgment within a reasonable time and with as few costs as possible. Thus, in the presentation of evidence, the court and the parties should agree on the evidence that will be presented in the proceedings, i.e., the parties should propose evidence, and it is up to the court to accept or reject such proposals, while the presentation of evidence remains the obligation of the parties, who are obligated to prove their claims about disputed facts. Based on the research, we found out that the procedure principles should be means and not the goal of the procedure, and if some provisions of the law affect the principles of the procedure

in such a way that their application leads to their violation, the importance of the very provisions should be weighed in relation to the final goal of the procedure, which is determination of facts that should be the basis for passing a correct and legal verdict, respecting the principle of economy and the prohibition of abuse of procedural powers.

LITERATURE

1. Andrews, N., *The New English Civil Procedure Rules* (1998), u Van Rhee, C.H. (ur.), *European Traditions in Civil Procedure*, Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005.,
2. Bandinter, R. (ur.), *Anglo-American Legal English, Concepts and Terminology*, École de Formation Professionnelle des Barreaux du Ressort de la Cour d'Appel de Paris,Pariz: 2013.-2014.,
3. Blagojević, Milan, Tajić, Haso, *Civil and commercial law in the practice of courts in Bosnia and Herzegovina*, Sarajevo: Privredna štampa, 2013.
4. Brzović, Juraj, „ Did the pre-trial procedure lead to the concentration and shorter duration of the civil procedure?, *Collection of papers of the Faculty of Law in Zagreb*, vol. 71, no. 5, 2021, available at: https://doi.org/10.3935/zpfz.71.5.05
5. Čalija, Branko, Omanović, Sanjin, *Civil procedural law*, Sarajevo, University of Sarajevo, Faculty of Law, 2000.
6. Cimirotić, Muhamed, „The concept and legal nature of contumacy", Annals of the Faculty of Law, University of Zenica, vol. 10, no. 20. available at: https://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Analibr20god10/4.pdf
7. Civil Procedure Law of Brčko District of Bosnia and Herzegovina (Official Gazette of BD 28/18 and 6/21
8. Civil Procedure Law of the Federation of Bosnia and Herzegovina (Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina No. 53/03, 73/05, 19/06 and 98/15,
9. Civil procedure Law of the Republic of Croatia (Official Gazette of Socialistic Federative Republic of Yugoslavia 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91; Official Gazette of the Republic of Croatia 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22 hereinafter LCP of RC
10. Civil Procedure Law of the Republic of Srpska Official Gazette of the RS No. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 - US decision, 45/09 - US decision, 49/09 and 61/13.,
11. Čizmić, Jozo, *Comments on the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina*, second revised edition, Sarajevo: Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, 2009.
12. Čizmić, Jozo, *Comments on the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina*, second revised edition, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, 2016.,

13. Čizmić, Jozo, Huseinbegović, Alena, Haubrich, Viktorija, *Evidence in Civil Proceedings*, Mostar: IC Štamparija, 2021.
14. Clermont, K. M., *Civil Procedure*, Thomson West, 2004.,
15. Cross, S.R., Wilkins, N., *An Outline of the Law of Evidence*, London, Butterworths, 1975.
16. Damaska, Mirjan, *TheFaces of Iustice and State Authonty*, New Haven, Yale University Press, 1986.
17. Dika, M., „Determining state of facts in reformed civil procedure ", Law in economy, Zagreb, 2003.
18. Dika, Mihajlo, Čizmić, Jozo, *Comments on the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina,* (Sarajevo: OSCE-Office for democratization, 2000.,
19. Dika, Mihajlo, *On the principle of immediacy in civil proceedings de lege lata with some projections of de lege ferenda*, Collection of papers of the Faculty of Law in Zagreb, no. 4., Zagreb: 2008.,
20. Eichhorn Lisa, *Clarity and the Federal Rules of Civil Procedure: A Lesson from the Style Project*, 4 Journal of Association of Legal Writing Directors 1, 2008.
21. Grbin, I., *Complaint*, in the book Crnić, Ivica., et al., Zagreb: Organizator, 2003.,
22. Hoffman, L., *Access to Information, Access to Justice: The Role of Presuit Investigatory Discovery*, University of Michigan Journal of Law Reform, v. 40, br. 2, 2007. Dostupno na: https://ssrn.com/abstract=885820
23. Jakšić, Aleksandar, *Civil procedure law,* Belgrade: Centre for publishing of the Faculty of Law in Belgrade, 2006.,
24. Janevski, A., Rakočević, Milka, „The authority or duty of the parties to argue before the court: the consequences of the parties' passivness in civil proceedings", *Collection of papers „The rule of law and the legal state in the region"*, Sarajevo: Faculty of Law Istočno Sarajevo, 2014.,
25. Karnavas G.Michael, *Creating the Legal Framework of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina*, 97 Am, J. Int"l L 111, 2003.
26. Koller, Christian, *Civil Justice in Austrian-German Tradition*, The Franz Klein Heritage and Beyond, 35. – 61., u Uzelac, A. (ur.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Springer, vol 34, 2014. Dostupno na: https://www.researchgate.net/publication/321571491_Goals_of_Civil_Justice_and_Civil_Procedure_in_Contemporary_Judicial_Systems
27. Kotz, H., *Civil Justice Systems in Europe and the United States*. Dostupno na SSRN: https://ssrn.com/abstract=471241
28. Kulenović, Zlatko et. al., *Comments on the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska,*, Sarajevo; Council of Europe and European Commission, 2005.,

29. Langbein, John H., *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, Yale Law School, Public Law Working Paper, Yale Law Journal, 2012.,
30. Langels, H., *Zivilprozessrecht*, , Bonn, Abels & Langels, 2017.,
31. Musielak u Musielak Hans-Joachim, Voit Woffgang, *Zivilprozessordnung mit Gerichtverfassungsgesetz*, Verlang Franz Vahlen, Munchen, 2015., Einl. Rz. 35.
32. Poljić, A., "*Opposition and symbiosis of the principle of discussion and the principle of free assessment of evidence in civil proceedings*", *Annals of the Faculty of Law*, University of Zenica, no. 27, (2021) 143 – 162. Available at https://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Anali27god14/7.pdf
33. Postema, G., *Classical Common Law Jurisprudence* (Part 1), Oxford University Commonwealth Law Journal, v. 2, br. 2, 2003.,
34. Poznić, Borivoje, Rakić-Vodinelić, Vesna, *Civil procedural law*, Beograd: Modern administration, Beograd, 1999.,
35. Šabić, Smajo, „«Legal consequences of the defendant›s passive position after filing a lawsuit with special reference to legal solutions in Bosnia and Herzegovina», available at: https://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Anali25god13/3.pdf
36. Šego-Marić, I., Haubrich, V., „ Civil litigation in Bosnia and Herzegovina from 1883 to the present day*", Collection of papers of the Faculty of Law of the University of Mostar*, No. XXI, 2010.,
37. Srdić, Mladen, *Main Hearing and Decisions of the Court*, Module 2 – Civil area, Sarajevo: VSTV, 2006.,
38. Starović, Borivoj, Keča, Ranko, *Civil procedural law* Novi Sad: Faculty of Law, Centre for publishing, 2004.,
39. Stokić, Matija, *Beneficium novorum at the crossroads,* Croatia law review, no. 6., god. IX., Zagreb: 2009.,
40. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo *Civil procedural law*, Zagreb: Official Gazzette, 2004.,
41. Turner, R., *Evidence in European Civil Procedure*, u Rijavec, V., Keresteš, T., Ivanc, T. (ur.), *Dimensions of evidence in European civil procedure*, Kluwer Law International, 2016.,
42. Uzelac, Alan: *„Reforming Mediterranean Civil Procedure: is there a need for shock therapy?" „Civil justice between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ* ", Van Rhee, C.H., Uzelac, Alan (ur.)., Antwerpen/Oxford/Portland: Intersentia, 2008.
43. Verkerk, R., *Powers of the Judge: England and Wales*, u Van Rhee, C.H. (ur.), *European Traditionsin Civil Procedure*, Oxford, Intersentia Antwerpen, 2005.
44. Ward T. Burke, Sipior C. Janice, Volonino, Linda, Purwin,, Carolyn, *A United States perspective on electronic discovery rules and electronic evidence*, Transforming Government: People, Process and Policy, v. 5, br. 3, 2011.,

45. Wolf, Christian, Zeibig, Nicola, *Evidence in Civil Law – Germany*, Maribor, Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015.
46. Zečević, Enver, *Comments on the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina*, Sarajevo, Logos, 2009.
47. Zivilprozessordnung, objavljen 5.12.2005. godine, Bundesgesetzblatt (BGBI)

IZNOŠENJE DOKAZA U PARNIČNOM POSTUPKU

Sud svoju odluku može temeljiti samo na dokazima koji su izravno izneseni na glavnoj raspravi, uz iznimke povezane s predočenjem dokaza pred sudom kojem je podnesen zahtjev. Prema građanskim zakonima u Bosni i Hercegovini, stranke iznose dokaze, što znači da izostanak stranke sa rasprave povlači za posljedicu neiznošenje dokaza koje je predložila stranka koja je odsutna sa rasprave. U radu autori razmatraju odredbe koje se odnose na predočenje dokaza i njihov utjecaj na konačni ishod postupka, odnosno (ne)opravdanje takvih propisa. Komparativna analiza pokušava odgovoriti na pitanje o potrebnim izmjenama Zakona o parničnom postupku kada je riječ o predočenju dokaza. Kako bi se postigla postupovna jednakost stranaka u postupku, omogućena načelom saslušanja stranaka, potrebno je da sud uzme u obzir ono što su obje strane iznijele, odnosno da iznese dokaze koje su obje strane predložile, a koje je sud prihvatio kako bi dokazao pravnu relevantnost činjenica. Cilj rada je utvrditi utjecaj odredbi na predočenje dokaza na konačni cilj postupka, odnosno njegov utjecaj na načelo slobodne procjene dokaza.

Ključne riječi: *izvođenje dokaza, posljedice pasivnosti stranke, načelo saslušanja, načelo slobodne procjene dokaza*

Izv. prof. dr. sc. Anđelija Tasić,
Pravni fakultet Sveučilišta u Nišu, Republika Srbija[*, **]

PRINUDNA HOSPITALIZACIJA DECE

UDK: 340.63-053.2(497.11)
616.89-053.2(497.11)
Izvorni znanstveni rad

rezultati različitih istraživanja ukazuju na drastično povećanje broja psihijatrijskih pregleda kod dece (47% za 10 godina, SAD), te na to da će neuropsihijatrijske bolesti biti među pet najčešćih uzročnika morbiditeta, mortaliteta i nesposobnosti dece u svetu. Ova tendencija neminovno vodi ka povećanom broju hospitalizovane dece, od kojih jedan broj njih neće samostalno, niti će umesto njih saglasnost za zadržavanje dati njihov zakonski zastupnik. Predmet ovog rada jeste analiza važećeg zakonskog okvira Republike Srbije u pogledu prinudne hospitalizacije dece, sa naročitim osvrtom na to da li je uopšte moguće govoriti o specifičnostima koje se tiču dece, ili su globalni trendovi u pogledu mentalnog zdravlja dece još uvek ostali ispod radara srpskog zakonodavca. Pod lupom će se naći i predložene izmene Zakona o zdravstvenoj zaštiti lica sa mentalnim smetnjama koje se upravo tiču dece, a koje predstavljaju efikasan, ali da li i delotvoran odgovor na seriju protivpravnih događaja koje su izazvali maloletnici u Republici Srbiji.

Ključne reči: *prinudna hospitalizacija dece, vanparnični postupak, zaštita lica sa mentalnim smetnjama.*

1. O POTREBI I VAŽNOSTI POSTUPKA ZA PRINUDNU HOSPITALIZACIJU DECE

Pojedina istraživanja pokazuju da jedno od sedmoro dece uzrasta 2-8 godina ima dijagnozu mentalnog, ponašajnog ili razvojnog poremećaja[1]. Prema izveštajima roditelja, 11.3% uzrasta od 2 do 17 godina imaju dijagnostifikovan emocionalne, ponašajne ili razvojne smetnje. U navedenom istraživanju, koje je citirano za potrebe izrade Programa o zaštiti mentalnog zdravlja 2019. godine, izraženo je očekivanje da će do 2020. godine prevalenca neuropsihijatrijskih poremećaja u detinjstvu porasti do te mere da će ove bolesti biti među pet najčešćih uzročnika morbiditeta, mortaliteta i nesposobnosti dece u svetu. Kako je nakon sprovođenja

[*] Izvanredna profesorica na Katedri za građansko procesno pravo Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Trg Kralja Aleksandra 11, Niš, Republika Srbija, e-mail: andjelija@prafak.ni.ac.rs, ORCID ID 0000-0002-9146-2088.

[**] Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija RS, prema ugovoru evidencioni broj 451-03-47/2023-1/200120 od 3.2.2023. godine.

[1] Program o zaštiti mentalnog zdravlja u Republici Srbiji za period 2019-2026. godine, Sl. glasnik RS, br. 84/2019.

ovog istraživanja izbila pandemija virusa COVID-19, koja je značajno uticala na mentalno zdravlje odraslih i dece, očekuje se da ovi podaci budu samo drastičniji. Ova predviđanja već su potvrđena rezultatima sprovedenih istraživanja u pojedinim državama. Tako, broj predgleda izvršen kod dece povodom psihičkih problema za deset godina porastao je 47% u Sjedinjenim Američkim Državama, dok je od 2001. do 2004. taj broj u Italiji porastao za 38%[2].

U nedostatku dostupnih regionalnih istraživanja, ograničeni podaci u pogledu učestalosti prinudne hospitalizacije u ukupnom broju hospitalizovane dece, pola i razloga zadržavanja mogu se naći u istraživanjima rađenim za pojedine evropske i svetske države. Prema rezultatima istraživanja[3] rađenog za područje Bavarske (Nemačka), 29.2% svih hospitalizacija dece nije bilo dobrovoljno, što je nešto manji broj u poređenju sa rezultatima slične studije rađene za Holandiju, u kojoj je udeo prinudnih hospitalizacija dece 39.6%. Zloupotreba alkohola, devijantno društveno ponašanje, ispoljena agresija i psihosocijalni teret češće su, dok su školski problemi, depresivna simptomatologija i suicidalni problemi ređe povezivani sa prinudnom hospitalizacijom. Rezultati istraživanja koje je, pak, sprovedeno u 41 kineskoj provinciji pokazuju da je većina dece prinudno zadržana zbog psihotičnih i maničnih simptoma i agresivnog ponašanja[4]. Dok nemačka studija dolazi do zaključka da je više dečaka nego devojčica koji su prinudno zadržani, u kineskoj studiji nema značajnog odstupanja u pogledu pola.

Ne postoji razlog da se pretpostavi da će tendencija rasta broja dece kod kojih postoji određeni mentalni poremećaj zaobići Republiku Srbiju. Stoga je važno blagovremeno reagovati na svaki način, pa i izgradnjom valjanog normativnog okvira koji će prepoznati i uvaživa sve specifičnosti dečje i adolescentske psihijatrije. Ovo prepoznavanje, međutim, ne sme da se završi samo na nivou tretmana i lečenja, već se mora proširiti i na teren koji dovodi do prinudne hospitalizacije kao krajnje mere zaštite deteta sa mentalnim smetnjama.

Predmet ovog rada jeste analiza postojećeg normativnog okvira u pogledu prinudne hospitalizacije dece, kao i sagledavanje predloga izmena Zakona o zaštiti

---

[2] Michela Deolmi, Emanuela Claudia Turco, Pietro Pellegrini, Carlo Marchesi, and Francesco Pisani, „Psychiatric Emergency in Children and Adolescents: A Retrospective Study in Parma Local Health Unit", *Behavioural Neurology*, Vol. 2021, https://doi.org/10.1155/2021/8848387.

[3] Stephanie Kandsperger, Angelika Ecker, Daniel Schleicher, Michael Wirth, Romuald Brunner, Irina Jarvers, „Emergency related inpatient admissions in child and adolescent psychiatry: comparison of clinical characteristics of involuntary and voluntary admissions from a survey in Bavaria, Germany", *European Child & Adolescent Psychiatry*, Springer, 2023, https://doi.org/10.1007/s00787-023-02154-3

[4] Feng Geng, Feng Jiang, Rachel Conrad, Tingfang Liu, Yuanli Liu, Huanzhong Liu and Yi-lang Tang, „Factors Associated With Involuntary Pshychiatric Hospitalization of Youths in China Based on a Nationally Representative Sample", *Front. Psychiatry* 11:2020, https://doi.org/10.3389/fpsyt.2020.607464. Od 63 slučaja, koliko je prinudno zadržano (od 196 ukupno zadržanih) 19 je primljeno zbog psihotičnog ili samopovređujućeg/suicidnog ponašanja, a četvoro i zbog jednog i zbog drugog. Jedno dete prinduno je hospitalizovano jer je odbijalo da pohađa školu.

lica sa mentalnim smetnjama[5], osnovnog propisa u ovoj oblasti, a koji se tiče upravo zadržavanja dece. Cilj rada jeste ukazivanje na eventualne nedorečenosti ZZLMS, naročito imajući u vidu aktuelne međunarodne standarde koji se tiču zaštite prava deteta.

2. KLJUČNI POJMOVI – NA KOGA SE I U KOJIM SLUČAJEVIMA (KOJI) PROPISI ODNOSE?

Na međunarodnom planu, sem dokumenata koja se na opšti način bave zaštitom ljudskih prava, najznačajnije izvore u oblasti zaštite prava lica sa mentalnim smetnjama predstavljaju Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom[6] i Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine: konvencija o ljudskim pravima i biomedici[7].

Na nacionalnom planu, pre donošenja važećeg ZZLMS, postupak prinudne hospitalizacije spovodio se prema pravilima Zakona o vanparničnom postupku[8] koji je sadržao posebna pravila za zadržavanje u zdravstvenoj organizaciji koja obavlja delatnost u oblasti neuropsihijatrije. Međutim, ta pravila nisu pružala neophodne garancije u pogledu materijalnopravne i procesnopravne zakonitosti sudskih odluka, naročito kada su u pitanju uslovi za prinudnu hospitalizaciju i uslovi za ostvarivanje prava na pravično suđenje[9]. Kao razlozi za donošenje ZZLMS navedeni su potreba da se oblast mentalnog zdravlja uredi na potpuniji način, sa osnovnim ciljem da se uspostavi viši nivo kvaliteta zaštite mentalnog zdravlja, u skladu sa savremenim dostignućima u ovoj oblasti, kao i promovisanje dostupnosti i jednakosti, zaštite ljudskih prava i destigmatizacije. Naročito je apostrofirana važnost uređenja postupka (prinudne) hospitalizacije lica sa mentalnim smetnjama[10].

Imajući u vidu predmet i cilj ovog rada, na ovom mestu neće biti razmatrana sva sporna pitanja koja se tiču prinudne hospitalizacije, niti će biti prostora da se pojedine sudske odluke detaljno analiziraju. Fokus će biti na položaju deteta u

[5] Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, Sl. glasnik RS, 45/2013 (dalje i: ZZLMS).

[6] Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom, Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, 42/2009.

[7] Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine: konvencija o ljudskim pravima i biomedici, Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, 12/2010.

[8] Zakon o vanparničnom postupku, Sl. glasnik SRS, br. 25/82 i 48/88 i Sl. glasnik RS, br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015, 106/2015 - dr. zakon i 14/2022 (dalje i: ZVP).

[9] Nevena Petrušić, „Postupak za prinudnu hospitalizaciju osoba sa mentalnim poremećajem u svetlu standarda zaštite ljudskih prava“, *Temida*, Septembar 2007: 36.

[10] Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama – obrazloženje, www.parlament.gov.rs, pristup sajtu 15.8.2023.

procesu prinudne hospitalizacije, iz perspektive vanparničnog postupka koji sud u ovom slučaju sprovodi.

ZZLMS daje uobičajenu negativnu definiciju deteta. Dete je ono lice koje nije navršilo 18 godina (čl. 2. st. 1. t. 12), što je u skladu sa čl. 1. Konvencije o pravima deteta[11]. Međutim, u srpskom Porodičnom pravu postoji mogućnost da jedno lice, koje nije napunilo 18 godina, stekne potpunu poslovnu sposobnost putem zakonske ili sudske emancipacije[12][13]. Zakonska emancipacija ostvaruje se u vanparničnom postupku, davanjem dozvole za stupanje u brak maloletnika. Kroz ovaj postupak poslovnu sposobnost mogu da steknu jedan ili oba supružnika, ukoliko sud proceni da postoji slobodna volja i želja maloletnika da stupi u brak, kao i da je lice dostiglo telesnu i duševnu zrelost za vršenje prava i dužnosti u braku (čl. 82. st. 2. ZVP). U postupku učestvuju i odgovarajuća zdravstvena ustanova, kao i centar za socijalni rad. Postupak za sudsku emancipaciju sprovodi se, takođe, po pravilima vanparničnog postupka, ukoliko je maloletno lice navršilo 16. godinu života i postalo roditelj, te dostiglo telesnu i duševnu zrelost potrebnu za samostalno staranje o sopstvenoj ličnosti, pravima i interesima (čl. 11. Porodičnog zakona[14])[15]. Ovi izuzeci bili su, međutim, predmet kritika Komiteta za prava deteta, koji je u Zaključnim zapažanjima o kombinovanom drugom i trećem periodičnom izveštaju Republike Srbije predložio da Republika Srbija izmeni svoj Porodični zakon i ukloni sve izuzetke koji omogućavaju brak za mlađe od 18 godina (tačka 21)[16]. Za razliku od hrvatskog Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama[17], koji u čl. 3. st. 3. t. 1. dete definiše kao osobu koja nije navršila 18 godina i nije stekla poslovnu sposobnost, ZZLMS nije prepoznao ove izuzetke, te će za potrebe ovog rada detetom biti smatrano svako lice koje nije navršilo 18

---

[11] Konvencija o pravima deteta, Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori, br. 15/90 i Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori, br. 4/96 i 2/97 (dalje i: KPD)

[12] Opširnije: Anđelija Tasić, „Sticanje poslovne sposobnosti u kontekstu prava (deteta) na porodični život", *Zbornik radova Dani Porodičnog prava*, (Mostar: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bjedić" u Mostaru, 2022), 274 - 284.

[13] Prema odredbama hrvatskog Obiteljskog zakona, Narodne novine, 103/15, 98/19, 47/20, 49/23, potpunu poslovnu sposobnost dete stiče punoletstvom ili sklapanjem braka pre punoletstva (čl. 117. st. 2).

[14] Porodični zakon, Sl. glasnik RS, 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015.

[15] Istraživanje sprovedeno u Osnovnom sudu u Nišu pokazuje da je od trenutka donošenja Porodičnog zakona (2005. godina) do trenutka okončanja istraživanja (2020), pred ovim sudom pravnosnažno okončan samo jedan postupak za sudsku emancipaciju, i to povlačenjem predloga maloletne predlagačice (Aleksandra Jovanović, *Postupak za sudsku emancipaciju deteta sa osvrtom na praksu Osnovnog suda u Nišu (master rad)*, Niš, 2020).

[16] Zaključna zapažanja o kombinovanom drugom i trećem periodičnom izveštaju Republike Srbije CRC/C/SRB/CO/2-3, usvojena od strane Komiteta na njegovoj 74. sednici (16. januar - 3. februar 2017. godine).

[17] Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama, Narodne novine, 76/14, (dalje i: ZZODS).

godina, uključujući i lica koja su pre navršenih 18 godina stekla potpunu poslovnu sposobnost[18].

Takvo shvatanje u skladu je i sa stanovištem Evropskog suda za ljudska prava koji je za potrebe odlučivanja povodom povrede čl. 5. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda[19] u presudi Koniarska v. UK[20], stao na stanovište da je „lice imalo manje od 18 godina te je, stoga, maloletnik".

Prema čl. 2. st. 1. t. 11. smeštaj bez pristanka je smeštaj lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu, bez njegovog pristanka, odnosno pristanka njegovog zakonskog zastupnika, koji je dat bez pretnji ili nepriličnog podstrekivanja, i to pošto mu se pruže dovoljne i razumljive informacije o dijagnostičkoj proceni, svrsi, načinu i predviđenom trajanju lečenja i očekivanim koristima od njega, alternativnim načinima lečenja uključujući manje intruzivne metode, mogućim bolovima i nelagodnostima, rizicima i propratnim pojavama predložene terapije.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u čl. 5. reguliše pravo na slobodu i bezbednost. Lice može biti lišeno slobode samo u tačno navedenim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom. Predviđen je i slučaj koji se tiče maloletnika: u slučaju lišenja slobode maloletnog lica na osnovu zakonite odluke u svrhu vaspitnog nadzora[21] ili zakonitog lišenja slobode radi njegovog privođenja nadležnom organu (čl. 5. st. 1. t. d). Dalje, lice može biti lišeno slobode i da bi se sprečilo širenje zarazne bolesti, a dozvoljno je i zakonito lišenje slobode duševno poremećenih lica, alkoholičara ili uživalaca droga ili skitnica (čl. 5. st. 1. t. e). Situaciju prinudne hospitalizacije maloletnika u cilju izrade odgovarajućeg medicinskog i psihijatrijskog izveštaja ESLJP razmatrao je u predmetu X v. Švajcarske[22]. Maloletnik, podnosilac predstavke star 15 godina, bio je smešten u odgovarajuću ustanovu osam meseci radi procene

[18] Zanimljiva je situacija u kojoj Zakon o izboru narodnih poslanika vezuje biračko pravo za punoletstvo. Ovo rešenje je svojevrstan paradoks s obzirom da lice koje ima potpunu poslovnu sposobnost, a nije navršilo 18 godina ne može da glasa, dok lice koje je delimično lišeno poslovne sposobnosti može da bira narodne poslanike i da bude birano za narodnog poslanika ako sud rešenjem o delimičnom lišenju poslovne sposobnosti nije utvrdio da je nesposobno da vrši izborno pravo (čl. 3. st. 2. Zakona o izboru narodnih poslanika, Sl. glasnik RS, 14/2022). Na isti način ovo pitanje reguliše i Zakon o lokalnim izborima, Sl. glasnik RS, 14/2022.

[19] Evropska konvnencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i prateći protokoli, Sl. list SCG - Međunarodni ugovori, 9/2003, 5/2005 i 7/2005 - ispr. i Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori, 12/2010 i 10/2015.

[20] Koniarska v. United Kingdom, Application No. 33670/96.

[21] Pojam "vaspitnog nadzora" razradjen je u praksi Evropskog suda za ljudska prava u kojoj je naglašeno da on ne mora biti strogo shvaćen kao „podučavanje u učionici". Ipak, vaspitna komponenta je neophodna i mora biti sagledana i u onim slučajevima kada je maloletnik smešten u odgovarajuću ustanovu na određeni period vremena, a sve da bi se izbegle „praznine" u obrazovanju, Blokhin v. Russia, Application No. 47152/06.

[22] X. V. Switzerland, Application No. 8500/79.

svog zdravstvenog stanja. Sud je potvrdio da ovaj slučaj potpada pod dozvoljene oblike zadržavanja maloletnika, dok je konkretnu predstavku iz drugih razloga ocenio neprihvatljivom[23].

U kontekstu maloletnika, a pre nego što se pređe na analizu samog postupka prinudne hospitalizacije i procesnopravnih garancija, važno je naglasiti da ZZLMS, u delu koji se odnosi na prava lica sa mentalnim smetnjama koja su smeštena u psihijatrijsku ustanovu, ne navodi pravo na obrazovanje, kao jedno od esencijalnih za lica mlađa od 18 godina. Podsetićemo da je osnovno obrazovanje čl. 71. Ustava Republike Srbije[24], čl. 5. st. 1. Zakona o osnovnom obrazovanju i vaspitanju[25], te čl. 28. st. 1. t. a KPD obavezno i besplatno, a srednje obrazovanje na osnovu istog člana Ustava besplatno. Zakon o osnovnom obrazovanju i vaspitanju (čl. 37) i Zakon o srednjem obrazovanju i obrazovanju (čl. 27)[26] predviđaju mogućnost organizacije obrazovno-vaspitnog rada kao posebnog oblika rada za učenike na dužem kućnom i bolničkom lečenju uz saglasnost Ministarstva[27]. Budući da su ZZLMS navedene različite druge aktivnosti koje potpadaju pod prava lica sa mentalnim smetnjama koja su smeštena u psihijatrijsku ustanovu, od radnog osposobljavanja do praćenja radio i televizijskih programa (čl. 38), u ovom delu svakako postoji prostor za nadograđivanje u vidu obrazovne aktivnosti. Primer može biti ZZODS, koji u čl. 14. st. 1. st. 6. uz pravo na rad predviđa i pravo na obrazovanje po opštem ili posebnom programu.

3. PRINUDNA HOSPITALIZACIJA DECE - RAZLOZI I POSTUPAK

Kod smeštaja lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu treba praviti razliku između dobrovoljne i prinudne hospitalizacije.

Lice sa mentalnim smetnjama koje može da razume svrhu i posledice smeštaja u psihijatrijsku ustanovu i koje je na osnovu toga sposobno da donese odluku o pristanku na smeštaj, može se, uz pismeni pristanak, smestiti u psihijatrijsku

[23] Slučajevi u kojima su maloletnici lišeni slobode da bi bili izvedeni pred nadležnu sudsku vlast potpadaju pod član. 5. s. 1. t. c (Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Right to liberty and security, updated on 31 August 2022).

[24] Ustav Republike Srbije, Sl. glasnik RS, 98/2006 i 115/2021.

[25] Zakon o osnovnom obrazovanju i vaspitanju, Sl glasnik RS, 55/2013, 101/2017, 10/2019, 27/2018 - dr. zakon i 129/2021.

[26] Zakon o srednjem obrazovanju i obrazovanju, Sl. glasnik RS, 55/2013, 101/2017, 27/2018 - dr. zakon, 6/2020, 52/2021, 129/2021 i 129/2021 - dr. zakon.

[27] U Srbiji je jedna škola, „Dr Dragan Hercog" u Beogradu, isključivo specijalizovana za decu koja su zbog bolesti privremeno sprečena da pohađaju redovnu u svojim matičnim školama. O organizaciji i ulozi „bolničkih škola": Dragica Ranković, „Obrazovno-vaspitni rad škola za decu na bolničkom lečenju", *Sinteza*, 15 (2019): 72-73.

ustanovu (čl. 20 ZZLMS). Sposobnost da donese odluku utvrđuje psihijatar koji je dužan da izjavu primi i pridruži je medicinskoj dokumentaciji. Kada je, međutim, u pitanju dete, ono se može smestiti u psihijatrijsku ustanovu uz pisani pristanak zakonskog zastupnika (čl. 20. st. 5. ZZLMS). Ovde, dakle, nema mesta individualnoj proceni psihijatra da li je dete sposobno da donese odluku o pristanku na smeštaj, niti se koncept razvojnih mogućnosti deteta uzima na bilo koji način u obzir[28]. Za dete je, dakle, i dobrovoljna hospitalizacija prinudna jer, prema ZZLMS, odluku o smeštaju ni u jednom slučaju ne donosi ono samo. U slučaju da psihijatar smatra da zakonski zastupnik ne postupa u najboljem interesu deteta, lica sa mentalnim smetnjama ili lica lišenog poslovne sposobnosti, psihijatrijska ustanova je dužna da o tome bez odlaganja obavesti nadležni organ starateljstva.

Postavlja se, međutim, pitanje primenjivosti Zakona o pravima pacijenata[29] u delu koji se tiče prava na pristanak na dobrovoljnu hospitalizaciju deteta. Naime, čl. 19. Zakona o pravima pacijenata predviđeno je da dete koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasuđivanje može samostalno dati pristanak na predloženu medicinsku meru, uz obaveštenje koje mu omogućava da da informisani pristanak[30]. Jednako važno, nadležni zdravstveni radnik, odnosno zdravstveni saradnik dužan je da omogući da dete, odnosno pacijent lišen poslovne sposobnosti i sam bude uključen u donošenje odluke o pristanku na predloženu medicinsku meru, u skladu sa njegovom zrelošću i sposobnošću za rasuđivanje. Zakon o pravima pacijenata, međutim, ne definiše termin „mera", te se ne može sa sigurnošću tvrditi da se ovaj pojam odnosi i na pristanak na hospitalizaciiju u psihijatrijskoj ustanovi. Sa druge strane, pod pojmom „medicinska mera" u ZZLMS podrazumeva se, između ostalog, i prijem i smeštaj u psihijatrijsku ustanovu (čl. 2. st. 1. t. 6). Međutim, kako se terminologija odnosi na svaki zakonski tekst ponaosob, to se značenje osnovnih pojmova odnosi na ovaj, ne nužno i za druge zakone.

Sa druge strane, mogu se javiti i takvi razlozi koji dovode do toga da je neophodna prinudna hospitalizacija deteta. Do toga dolazi ako doktor medicine ili psihijatar proceni da usled mentalnih smetnji, dete ozbiljno i direktno ugrožava sopstveni

---

[28] Koncept razvojnih mogućnosti deteta uzima u obzir individualne sposobnosti deteta, a ne njegov uzrast i bazira se na nekoliko postulata: deca u različitim okruženjima i kulturama, suočena sa različitim životnim iskustvima, stiču pojedine fizičke i kognitivne sposobnosti u različitim uzrastima, pri čemu sticanje tih sposobnosti zavisi od niza različitih okolnosti; b) nivo individualne sposobnosti deteta različit je, u zavisnosti od stepena dostignute zrelosti i prirode prava koje ostvaruje; c) u različitim kontekstima, životnim situacijama i u različitim oblastima društvenog života dete ima potrebu za različitim nivoom zaštite, participacije i stepena autonomije (Nevena Petrušić, „Legal capacity of the child in Serbian legislation", *Facta Universitatis, Series: Law and politics*, 2 (2015): 100).

[29] Zakon o pravima pacijenata, Sl. glasnik RS, 45/2013 i 25/2019 - dr. zakon.

[30] Međutim, čak i da dete uskrati pristanak na medicinsku meru, nadležni zdravstveni radnik dužan je da zatraži saglasnost od detetovog zakonskog zastupnika.

život ili zdravlje ili bezbednost, odnosno život ili zdravlje ili bezbednost drugog lica[31]. Ono se može smestiti u psihijatrihjsku ustanovu bez svog pristanka (bez pristanka zakonskog zastupnika, prim. A. T) samo ako nisu na raspolaganju manje restriktivni načini za pružanje zdravstvene zaštite, po postupku za zadržavanje bez pristanka i smeštaj bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama (čl. 21. ZZLMS). Potrebno je, dakle, da kumulativno budu ispunjeni sledeći uslovi - da dete ima metalne smetnje i da dirktno ugrožava svoj život život ili zdravlje ili život ili zdravlje drugih.

Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, dakle, opisno navodi razloge za prinudnu hospitalizaciju deteta. Ipak, neka strukovna udruženja, poput Američkog društva psihijatara, predviđaju da je prinudna hospitalizacija deteta nužna u slučaju akutne faze kod psihijatrijskih oboljenja, posttraumatskog stresnog poremećaja, intoksikacije ili apstinencije kod pacijenata koji pate od poremećaja zavisnosti, velikog depresivnog poremećaja, onesposobljavajućih stanja kod kompulzivnih i anksioznih poremećaja, teških psihosomatskih poremećaja, poremećaja ishrane opasnih po život, agresivnog ponašanja i hroničnog stanja uznemirenosti, neprilagođenog ponašanje kod poremećaja ličnosti, i u svakom slučaju kada se psihijatrijska bolest prvi put pojavi[32].

Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama opisuje još i situaciju u kojoj zakonski zastupnik lica sa mentalnim smetnjama ili lica lišenog poslovne sposobnosti uskraćuje pristanak na smeštaj u ustanovu, ali za dete je situacija ista jer ono, faktički, ne odlučuju o sopstvenoj hospitalizaciji. Dete će se zadržati bez pristanka ili smestiti bez pristanka u psihijatrijsku ustanovu samo kada je to jedini način da mu se obezbedi neophodna medicinska mera i koja traje samo dok traju zdravstveni razlozi za zadržavanje bez pristanaka ili smeštaj bez pristanka. Treba naglasiti da zakonodavac, međutim, ničim nije učinio ovaj zakon senzitivnim prema detetu, jer koristi samo termine „lice sa mentalnim smetnjama" ili „lice lišeno poslovne sposobnosti", gde maloletno lice ne spada u ovu drugu kategoriju jer poslovnu sposobnost nije ni steklo.

3.1. Pokretanje i tok postupka za prinudnu hospitalizaciju

Postupak za zadržavanje bez pristanka i smeštaj bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama mogu pokrenuti članovi njegove uže porodice[33], organ starateljstva,

[31] Propisi Federacije Bosne i Hercegovine kao jedan od razloga navode i opasnost po imovinu. O ovom postupku u FBiH opširnije: Jozo Čizmić, „Zadržavanje duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi prema pravnom uređenju u Federaciji Bosne i Hercegovine", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, (3-4) 2013, 569-591.

[32] Michela Deolmi et al, *op. cit,* 2.

[33] Iako se sadržina pojma „uža porodica" pretpostavlja, svakako bi bilo bolje da ju je zakonodavac definisao.

poslodavac i zdravstveni radnici, obaveštavanjem ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove i hitne medicinske pomoći o ugrožavajućem ponašanju tog lica (čl. 22. st. 1. ZZLMS). U slučaju deteta deo odredbe o poslodavcu se može primeniti samo ako je reč o detetu starijem od 15 godina jer prema Zakonu o radu samo ono može zasnovati radni odnos (čl. 24. st. 1. Zakona o radu[34]).

Inicijalnu odluku o zadržavanju lica sa mentalnim smetnjama u stacionarnu ustanovu donosi psihijatar bez odlaganja, kada utvrdi da postoje zdravstveni razlozi za stacionarno lečenje i zadržavanje. Službena lica ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove i zdravstveni radnici hitne medicinske pomoći, dužni su da bez odlaganja lice sa mentalnim smetnjama odvedu u najbliži dom zdravlja ili zavod za hitnu medicinsku pomoć. Ukoliko doktor medicine doma zdravlja ili zavoda za hitnu medicinsku pomoć proceni, na osnovu pregleda, da je potrebno stacionarno lečenje, uputiće bez odlaganja lice sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu (čl. 22. ZZLMS). Ne postoje nikakve posebne garancije koje se tiču deteta u smislu obaveštavanja zakonskih zastupnika ili obezbeđivanja pratnje. Iako pravni standard „bez odlaganja" ukazuje na promptno, efikasno i trenutno delovanje, čini se, ipak, da bi ustanovljavanje egzaknog roka, uvođenjem odrednice: „a najkasnije u roku od...sati" pojačalo obavezu nadležnih i stvorilo im vremenski okvir u kome su obavezni da deluju.

Mesno je nadležan stvarno nadležan sud na čijem se području nalazi sedište psihijatrijske ustanove u kojoj je lice sa mentalnim smetnjama zadržano bez svog pristanka. Osim opštih pravila vanparničnog postupka, primenjuju se i posebna pravila predviđena ovim zakonom. Nije predviđena nikakva naročita edukacija sudija, za razliku od, recimo, sudija u Republici Hrvatskoj, koji treba da budu stručni u području forenzičke psihijatrije (čl. 34. st. 2. ZZODS). Njih na period od pet godina bira predsednik Vrhovnog suda, uz mogućnost reizbora. Takođe, za sudije vanparničnog postupka uopšte, pa ni za one koji učestvuju u ovom postupku, nema obaveze da, ukoliko sude u postupcima iz porodičnopravne oblasti ili statusnim stvarima, steknu posebna znanja koja se tiču prava deteta. Slična obaveza postoji za sudije u parničnom postupku (čl. 35. st. 5. Zakona o parničnom postupku[35]).

U ovom postupku je isključena opšta javnost, u skladu sa čl. 9. ZVP prema kome je javnost isključena u postupcima povodom statusnih pitanja. Ročištu, međutim, osim lica koje se prinudno hospitalizuje i njegovog zakonskog zastupnika, mogu

---

[34] Zakon o radu, Sl. glasnik RS, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US, 113/2017 i 95/2018 - autentično tumačenje. Ova odredba je i u skladu sa čl. 3. Konvencije 138 o minimalnim godinama starosti za zasnivanje radnog odnosa iz 1973. godine.

[35] Zakon o parničnom postupku, Sl. glasnik RS 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US, 55/2014, 87/2018, 18/2020 i 10/2023 - dr. zakon (dalje i: ZPP).

da prisustvuju i članovi uže porodice, kao i lice u koje ono ima poverenja ako se ono ili njegov zakonski zastupnik tome ne protive. Naglašava se i da ročištu može da prisustvuje i punomoćnik lica sa mentalnim smetnjama, iako apostrofiranje onog što punomoćniku pripada po ZPP, koji se shodno primenjuje[36], čini da se stekne utisak da je to neko naročito pravo dato tek ZZLMS. U skladu sa opštim pravilima ZPP, ročištu mogu da prisustvuju i naučni radnici, ako je to od interesa za njihovu naučnu delatnost (čl. 323. st. 2. ZPP).

Načelo hitnosti konkretizovano je kroz kratak rok od tri dana koji sud ima da, nakon prijema obaveštenja da je jedno lice zadržano u psihijatrijskoj ustanovi održi ročište u psihijatrijskoj ustanovi i sasluša lice o čijem se zadržavanju odlučuje. Kako se u čl. 29. st. 2. ističe sud je dužan da u istom tom roku od tri dana donese odluku o zadržavanju bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama. Da li se taj rok preklapa sa rokom o održavanju ročišta i saslušanju lica i počinje da teče trenutkom saznanja suda za prinudnu hospitalizaciju, ili na primer trenutkom saslušanja lica, ostaje nedorečeno. Može se samo pretpostaviti da, budući da nije određen drugi početak roka, rok počinje da teče trenutkom saznanja suda, iako bi to sudu, u hipotetičkom slučaju u kome je saslušao lice trećeg dana roka, ostavilo vrlo malo vremena za donošenje i obrazlaganje odluke.

Da bi doneo odluku o prinudnoj hospitalizaciji i otpustu lica iz psihijatrijske ustanove, sud je dužan da pribavi pismeni nalaz i mišljenje jednog od psihijatara sa liste stalnih sudskih veštaka o tome da li je zadržavanje bez pristanka ili otpust iz psihijatrijske ustanove, opravdan. Dakle, da bi se u kratkom roku donela odluka potrebno je da i drugi učesnici u postupku blagovremeno i hitno dostave svoj nalaz i mišljenje. Kada je u pitanju dete, pribavlja se, po pravilu, i mišljenje specijaliste dečje psihijatrije[37]. Radi celovitog uvida u situaciju, sud može da zatražiti obaveštenje i od nadležnog organa starateljstva, članova uže porodice ili od drugih lica koji mogu dati podatke koji su od uticaja na odluku o zadržavanju bez pristanka ili otpustu lica sa mentalnim smetnjama.

---

[36] Pitanje zastupanja od strane voljnog zastupnika nije posebno uređeno ZVP, tako da se, u skladu sa čl. 30. na pitanja koja nisu posebno uređena shodno primenjuje ZPP. Čl. 323. predviđeno je da se isključenje javnosti ne odnosi na punomoćnike, bez pravljenja razlike da li je u pitanju advokat ili drugo lice u skladu sa čl. 85. ZPP.

[37] Ukupan broj specijalista psihijatrije koji se bave decom i mladima i specijalista dečje i adolescentne psihijatrije u Republici Srbiji je 47, od kojih su 24 specijalisti dečje i adolescente psihijatrije. Od pomenutog broja specijalista psihijatrije koji se bave decom i mladima 38 radi u psihijatrijskim ustanovama i još devet specijalista dečje i adolescentne psihijatrije obavlja svoj posao u okviru regionalnih zdravstvenih centara, domova zdravlja, privatnoj praksi. Statistički gledano to je jedan lekar na 27.400 dece/adolescenata, uzrasta do 18. godina (Program o zaštiti mentalnog zdravlja u Republici Srbiji za period 2019-2026. godine, *op. cit*).

Za razliku od hrvatskog ZZODS[38] koji izričito predviđa primenu istražnog načela, ZZLMS ne sadrži takvu odredbu. Shodno se, međutim, primenjuju pravila iz čl. 8. ZVP prema kojima u statusnim stvarima sud može da utvrđuje i činjenice koje učesnici nisu izneli, kao i činjenice koje među učesnicima nisu sporne, ako su važne za donošenje odluke. U ovim postupcima učesnici ne mogu disponirati svojim zahtevima.

ZZLMS ne sadrži nikakva naročita pravila u pogledu zastupanja, što bi se moglo očekivati imajući u vidu specifično stanje u kome se lice prema kome se postupak sprovodi nalazi.

Rešenje koje sud donese mora da sadrži i vremenski period zadržavanja bez pristanka koji ne može biti duži od 30 dana, računajući od dana kada je psihijatar doneo odluku o zadržavanju bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama. Prema važećem zakonskom rešenju ne postoji nikakav izuzetak u pogledu dece što predstavlja jednan od predloga izmena, o čemu će kasnije biti reči.

3.2. Produženje i okončanje zadržavanja u psihijatrijskoj ustanovi lica sa mentalnim smetnjama bez njegovog pristanka

ZZLMS je izričit u tome da je procedura produženja boravka lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijskoj ustanovi bez njegovog pristanka ista kao i procedura zadržavanja. Inicijativu daje ustanova u kojoj se lice sa mentalnim smetnjama nalazi, pet dana pre isteka roka na koji je rešenje doneto. Nejasno je zbog čega je određen ovako precizan rok, kao ni koje su posledice ukoliko se on prekorači i obaveštenje sudu bude poslato četiri ili tri dana pre isteka roka, naročito zbog toga što pri inicijalnom donošenju rešenja o zadržavanju lica sa mentalnim smetnjama sud upravo ima rok od tri dana da sprovede postupak i donese rešenje, a na pravila o produženju primenjuju se ista pravila kao i pri određivanju zadržavanja lica sa mentalnim smetnjama bez njegove saglasnosti u psihijatrijskoj ustanovi. Postupak se mora okončati i odluka doneti pre nego što istekne vreme na koje je prethodno zadržavanje određeno. Inicijativa se daje u skladu sa procenom konzilijuma psihijatrijske ustanove u pogledu ishoda lečenja. Kao i za zadržavanje, i za produženje je potreban nalaz i mišljenje jednog od psihijatara sa liste stalnih sudskih veštaka o tome da li je zadržavanje bez pristanka opravdano. Dakle, iz slova zakona proizilazi da je za produženje zadržavanja potrebna dvostruka medicinska potvrda - najpre konzilijuma, a onda i jednog od psihijatara. Kada je

[38] O postupku prinudne hospitalizacije u Republici Hrvatskoj detaljno: Nina Mišić Radanović, „Postupak prisilne (civilne) hospitalizacije prema Zakonu o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama", *Zbornik radova međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava– nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća,* ur. Dinka Šago (Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2015) 391-415.

o deci reč, to je ponovo, po pravilu, specijalista dečje psihijatrije, dok o sastavu konzilijuma nema posebnih pravila.

Zadržavanje se može produžiti na period do tri meseca od dana isteka vremena određenog rešenjem suda o zadržavanju bez pristanka, a svako naredno zadržavanje na period do šest meseci. Psihijatrijska ustanova, po pravilu, dostavlja sudu redovne tromesečne izveštaje o zdravstvenom stanju lica sa mentalnim smetnjama zadržanog bez njegovog pristanka, a na zahtev suda i češće (čl. 34. st. 5. ZZLMS).

Otpust lica iz psihijatrijske ustanove vrši se, po pravilu, istekom vremena na koji je zadržavanje određeno. Izuzetno, otpust se može odrediti i pre isteka vreme na koje je zadržavanje određeno, ako sud utvrdi ako utvrdi da se zdravstveno stanje tog lica poboljšalo u tolikoj meri da su prestali zdravstveni razlozi za njegovo dalje zadržavanje bez pristanka. Aktivno procesno legitimisani za pokretanje ovog postupka su samo lice, njegov zakonski zastupnik i psihijatrijska ustanova, kao i sam sud, po službenoj dužnosti. Kako sud naznake o tome da se zdravstveno stanje tog lica poboljšalo u toj meri da može da se traži raniji otpust i može da dobije samo od ovih fizičkih ili pravnih lica postavlja se pitanje celishodnosti ove odredbe, mada je, sa druge strane, proširenje kruga aktivno procesno legitimisanih subjekata za otpust dodatna garancija zaštiti lica sa mentalnim smetnjama. Da bi se odluka o ranijem otpustu donela, potrebno je održati ročište i saslušati lice u psihijatrijskoj ustanovi.

Dostavljanje odluke o prinudnom zadržavanju lica dostavlja se širokom krugu subjekata. To su lice čija se prinudna hospitalizacija vrši, njegov zakonski zastupnik ili punomoćnik, jedan od članova uže porodice, nadležni organ starateljstva i psihijatrijska ustanova u koju se prinudno smeštanje vrši. Kriterijum za odabir člana porodice kome se odluka dostavlja nije naveden. Iako u zakonu nije naznačeno, kako se odredbe o postupku shodno primenjuju i na produžavanje zadržavanja i raniji otpust, i ta se odluka treba dostaviti istom krugu lica.

Trenutak dostavljanja važan je, međutim, najviše za lice koje se zadržava u psihijstrijskoj ustanovi i njegovog zakonskog zastupnika, jer su samo oni ovlašćeni na izjavljivanje žalbe. Žalba, osim ako sud drugačije ne odluči, nema suspenzivno dejstvo. Formulacija „lice sa mentalnim smetnjama može izjaviti žalbu bez obzira na stanje svog mentalnog zdravlja" (čl. 37. st. 2. ZZLMS) ukazuje na to da žalbu može izjaviti i lice lišeno poslovne sposobnosti, iako bi svakako bilo preciznije da jeste upotrebljena ta formulacija. To bi, konsekventno, moglo da znači i da žalbu može da izjavi i samo dete, lično, a ne preko zakonskog zastupnika, budući da izjavljivanje žalbe ne zavisi od obima poslovne sposobnosti. Drugostepeni sud o žalbi odlučuje u roku od tri dana od dana dobijanja spisa predmeta.

4. ZZLMS *DE LEGE FERENDA* – NUŽNE IZMENE ILI ZAKON MORALNE PANIKE?

Podstaknuto skorašnjim događajem u OŠ „Vladimir Ribnikar“, u kojima je lice mlađe od 14 godina lišilo života devetoro dece i odraslih[39], Ministarstvo zdravlja Republike Srbije predložilo je izmene Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama i uvođenje četiri nova člana koja se odnose na tretman lica mlađih od 14 godina[40].

Prvi član koji se menja odnosi se na definisanje dece na koju se izmene zakona odnose i na način i uslove njihovog zbrinjavanja. To su ona deca koja nisu krivično odgovorna u vreme izvršenja protivpravnih dela[41] koja su u zakonu previđena kao krivična dela za koja je propisana kazna zatvora od najmanje deset godina, a koja zbog ispoljenih mentalnih smetnji predstavljaju ozbiljnu opasnost za druga lica[42]. Njihova psihijatrijska eksploracija, odnosno dijagnostika toka, dijagnostika praćenja bolesti i lečenje, čije se trajanje ne može unapred predvideti, sprovodi se u posebnom organizacionom delu psihijatrijske ustanove, zatvorenog tipa i sa posebnim obezbeđenjem. Drugi stav ovog člana je upućujući, i odnosi se na pitanja obezbeđenja, uključujući prostorije pod nadzorom, opremu, tehnička i druga sredstva, lica koja održavaju red i bezbednost i druge uslove potrebne za bezbedan rad posebnog organizacionog dela psihijatrijske ustanove koja će se regulisati na isti način na koji se regulišu za zdravstvene ustanove u kojima se sprovodi mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi.

Druga, vrlo značajna izmena tiče se perioda vremena na koje dete može biti zadržano. Odluka o zadržavanju bez pristanka deteta (dakle, bez pristanka njegovog zakonskog zastupnika, *prim. A.T*) definisanog prethodnim članom (deca koja nisu krivično odgovorna u vreme izvršenja protivpravnih dela koja su u zakonu previđena kao krivična dela za koja je propisana kazna zatvora od najmanje deset godina, a koja zbog ispoljenih mentalnih smetnji predstavljaju ozbiljnu opasnost za druga lica, *naglasila A.T*) u psihijatrijskoj ustanovi donosi se bez ograničenja u pogledu trajanja zadržavanja, s tim što je sud dužan da na svakih

---

[39] *„Nakon toga se videlo da zapravo u postojećim zakonskim aktima, u Zakonu o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama koji je iz 2013. godine ne postoji rešeno šta raditi s decom koja nisu krivično odgovorna. Možda čak i kasnimo znajući da, ako se sećate slučaja da je zapaljen čovek, beskućnik, od strane takođe maloletnih lica, da je bilo različitih znakova zlostavljanja i životinja i mlađe dece”*, kaže ministarka zdravlja Danica Grujičić (www.paragraf.rs, pristup sajtu 4.8.2023).

[40] Nacrt dostupan na: www.zdravlje.gov.rs, pristup sajtu 4.8.2023, dalje i: Nacrt.

[41] Jedna od zamerki koja se tokom javne rasprave pojavila jeste i ona koja ukazuje da je umesto „da je dete izvršilac“ ispravnije koristiti termin „postoji osnovana sumnja da je dete izvršilo“, kao nužna prezumcija nevinosti, www.rts.rs, pristup sajtu 25.8.2023.

[42] Čl. 1. Nacrta.

šest meseci vrši proveru ispunjenosti uslova za dalje zadržavanje i lečenje. Ova norma je imperativnog karaktera, budući da nije ostavljen prostor za slobodnu ocenu suda odrednicom „može da se donese". Za razliku od situacije u kojoj je rešenje o zadržavanju deteta doneto za određeni vremenski period, te sud po pravilu, ali ne i nužno pribavlja mišljenje specijaliste dečje psihijatrije o tome da li je zadržavanje opravdano, u slučaju zadržavanja bez definisanog roka trajanja sud je dužan da pribavi pismeni nalaz i mišljenje od konzilijuma psihijatrijske ustanove čiji je obavezni član specijalista dečje ili adolescentne psihijatrije. Na svakih šest meseci ustanova u kojoj se nalazi dete dužna je da dostavlja sudu pismeni nalaz i mišljenje o potrebi daljeg zadržavanja i lečenja deteta.

Naredna izmena odnosi se na nemogućnost dece koja nisu krivično odgovorna u vreme izvršenja dela da se radno osposobljavaju i, posledično, dobijaju naknadu za svoj rad. Inicijalno, ovakva odredba je opravdana, pa čak i izlišna – deca mlađa od 15 godina prema domaćem zakonodavstvu i nisu radno sposobna, ali se postavlja pitanje njene celishodnosti ukoliko dete ostane u ustanovi više godina i tu stekne radnu sposobnost ili čak potpunu poslovnu sposobnost, pod pretpostavkom da se ova odredba uopšte primenjuje na to dete kad navrši 14 godina života.

Najviše pažnje privlači poslednja izmena ZZLMS. Posete i kontakti deteta smeštenog u psihijatrijsku ustanovu sa drugim licima, uključujući članove uže porodice, mogu se privremeno zabraniti u slučaju postojanja osnovane sumnje da dete namerava da pribavi oružje ili psihoaktivne kontrolisane supstance, da se dogovara o bežanju, da planira izvršenje krivičnog dela, kao i kada je to neophodno da bi se zaštitilo zdravlje i bezbednost deteta ili drugih lica ili to nalažu drugi naročito opravdani razlozi.

Odluku o privremenoj zabrani poseta i kontakata iz stava 1. ovog člana donosi sud na čijem se području nalazi sedište psihijatrijske ustanove u koju je dete smešteno, u roku od tri dana od dana prijema obaveštenja od psihijatrijske ustanove o potrebi privremene zabrane poseta i kontakata iz stava 1. ovog člana. Obaveštenje mora da sadrži obrazloženje razloga i predlog u pogledu perioda preispitivanja odluke o zabrani, odnosno trajanja zabrane poseta i kontakata. Za sada, ovo je jedina izmena koja je privukla pažnju javnosti. Opravdano se skreće pažnja da je detetu u tom uzrastu potrebna sva raspoloživa podrška, a uloga roditelja u tom procesu je ključna[43].

[43] Među predlozima je i mogućnost zabrane kontakta deteta sa članovima porodice**.** Njihova podrška je, pak, po rečima stručnjaka, važna tokom lečenja dece sa mentalnim smetnjama. *„Preko 50 odsto mentalnih poremećaja počinje pre 14. godine, a najbitnije je prepoznavanje. Da bi se prepoznali probleme, bitno je da to prepoznaju osobe koje su prve u kontaktu sa mladim ljudima, to znači roditelji, škola, vršnjaci",* navodi psihijatar Željka Košutić (www.paragraf.rs, pristup sajtu 4.8.2023. godine). Sva tri dokumenta predstavljaju dopunu Pekinškim pravilima iz 1985. godine.

Predlog izmena ZZLMS suštinski menja status maloletnika i zavređuje brižljivu analizu i ocenu stručnjaka različitih profesija i specijalizacija. Da bi se analizirali njegovi dometi i usklađenost sa relevantnim međunarodnim propisima, važno je odrediti razloge i prirodu zadržavanja u psihijatrijskoj ustanovi. Treba, najpre, primetiti da se mentalne smetnje, kao jedan od dva uslova koji kumulativno treba da budu ispunjeni za prinudnu hospitalizaciju uopšte, ne pominje kad su u pitanju deca mlađa od 14 godina. Dalje, iako je resorna ministarka izjavila da *„nije reč o restriktivnim merama, već o merama lečenja za osobe koje mogu biti opasne i po sebe i po druge*[44]", vrste mera koje se uvode ostavljaju drugačiji utisak. Naime, uvođenjem izvršenja krivičnog dela kao razloga za zadržavanje potencira se kaznena dimenzija ovog instituta. Međutim, postavlja se, onda, pitanje usklađenosti ovog predloga sa propisima koji se tiču maloletničkog krivičnog pravosuđa. To su, pre svih, Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za maloletničko pravosuđe (tzv. Pekinška pravila)[45]. Ova pravila, doneta pre donošenja KPD, poslužila su kao smernice za koncipiranje dela KPD koji se odnosi na osnovna pravila maloletničkog pravosuđa. KPD, takođe, daje mogućnost da se, u izuzetnim slučajevima, detetu uskrati kontakt sa poprodicom preko pisama i poseta (čl. 37. st. 1. t. c). Izuzetni slučajevi nisu ni pobrojani, ni opisani. Istim članom KPD naloženo je da se dete lišeno slobode odvaja od odraslih, osim ako to nije u njegovom najboljem interesu. Dalje, doneta su Pravila Ujedinjenih nacija o zaštiti maloletnika lišenih slobode[46]. Iako neobavezujućeg karaktera, smatraju se najkompletnijim skupom minimalnih standarda, prava i procedura kojima se treba rukovoditi u svim slučajevima dece lišene slobode[47]. U kontekstu ovog rada, najbitnije su odredbe koje se odnose na kontakt sa članovima porodice. Tačkom 59. predviđeno je da maloletnicima treba dopustiti da komuniciraju sa svojom porodicom, prijateljima i drugim licima ili predstavnicima uglednih organizacija, da napuste ustanovu radi posete kući i porodici, kao i da dobiju posebnu dozvolu za napuštanje ustanove iz obrazovnih, profesionalnih ili drugih važnih razloga. Istim propisom predviđeno je i da svaki maloletnik u uzrastu za obavezno školovanje ima pravo na obrazovanje koje odgovara njegovim potrebama i sposobnostima i koje je osmišljeno tako da da ga pripremi za povratak u društvo (tačka 38).

---

[44] www.paragraf.rs, pristup sajtu 25.8.2023. godine.

[45] Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za maloletničko pravosuđe, A/Rezol/40/33, 29. novembar 1985. godine.

[46] Pravila Ujedinjenih nacija o zaštiti maloletnika lišenih slobode A/Rezol/45/113, 14. decembar 1990. Zajedno sa ovim smernicama usvojene su i Smernice UN za prevenciju maloletničke delinkvencije (A/Rezol/45/112 – Rijadske smernice) i Standardna minimalna pravila UN za mere alternativne institucionalnom tretmanu (A/Rezol/45/110 – Tokijska pravila).

[47] Prava deteta i maloletničko pravosuđe – odabrani međunarodni dokumenti, Pravila Ujedinjenih nacija o zaštiti maloletnika lišenih slobode (sveska 5), Unicef, str. 6 (https://npm.rs/attachments/5%20Pravila%20UNa.pdf, pristup sajtu 13.8.2023).

Takvo obrazovanje treba da se obezbedi izvan ustanove, u redovnim školama, gde god je to moguće, a u svakom slučaju od strane kvalifikovanih nastavnika po programima koji su integrisani u obrazovni sistem zemlje, tako da po otpuštanju maloletnik može bez teškoća nastaviti školovanje. Ni postojeće odredbe ZZLMS, ni predložene izmene ni na koji način ne regulišu pitanje obrazovanja, što je naročito bitno u kontekstu novopredloženoh odredaba koje se odnose na decu mlađu od 14 godina koja su još uvek na obaveznom školovanju. Međutim, nacionalni propisi ne dopuštaju određivanje pritvora, niti priznaju ikakvu krivičnu odgovornost mlađima od 14 godina. Prema čl. 2. Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravoj zaštiti maloletnih lica[48], licu koje u vreme izvršenja protivpravnog dela, u zakonu predviđenog kao krivično delo, nije navršilo četrnaest godina, ne mogu se izreći krivične sankcije ni primeniti druge mere koje predviđa ovaj zakon.

Kaznenoj prirodi predloženih odredaba u prilog ide i stav koji je zauzelo Društvo za dečju i adolescentnu psihijatriju i srodne struke Srbije. U svom saopštenju „Doprinosu javnoj raspravi o Nacrtu promene Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama"[49] oni navode da je jedini kriterijum za smeštaj lica mlađeg od 14 godina pretpostavljena ozbiljna opasnost za druga lica. Ističu da bi bio presedan da se maloletni učinioci krivičnih dela kod kojih nije uočen ozbiljan mentalni poremećaj tretiraju u psihijatrijskoj ustanovi i podsećaju da dete može biti „opasno", ali ne i mentalno poremećno. Ukazuju i na štetnost vremenskog neograničavanja lečenja jer se dovodi u pitanje njegova efikasnost jer svrha lečenja jeste „u što kraćem roku reintegrisati, resocijalizovati i funkcionalno osposobiti dete, odnosno adolescenta". Skreću pažnju da zbrinjavanje krivično neodgovornih učinilaca krivičnih dela koji nemaju mentalni poremećaj u psihijatrijsku uustanovu ne može biti rešenje.

Imajući stav struke u vidu, može se konstatovati da navedeni Nacrt predstavlja tzv. zakon moralne panike[50], čija je svrha da umiri društvo i da sistemski odgovor na usamljen i akutan problem, a da smeštaj u psihijatrijsku ustanovu ne treba da bude pravna konskvenca za kriminogeno ponašanje.

---

[48] Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravoj zaštiti maloletnih lica, Sl. glasnik RS, br. 85/2005.

[49] https://www.deaps.org, pristup sajtu 21.8.2023.

[50] Moralna panika predstavlja društvenu reakciju koja ima sposobnost da aktivira značajan deo društva (Aleksandra Ilić, „Socijalna funkcija moralne panike", *Godišnjak Fakulteta bezbednosti*, 2020, 59-75).

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Aktuelni ZZLMS uređenjuje sudski postupak za prinudnu hospitalizaciju kao poseban vanparnični postupak na koji se shodno primenjuju opšta pravila vanparničnog postupka. ZZLMS sadrži pravila koja se tiču aktivne procesne legitimacije, pojedinih načela, postupka dokazivanja, sadržine odluke i izjavljivanja pravnog leka. Deo ovih pravila ostaje nedorečen i ostavlja dileme u pogledu ispunjenja procesnih garancija za donošenja zakonite odluke, naročito u delu koji se odnosi na zastupanje. U kontekstu prinudne hospitalizacije dece kao teme ovog rada, ove odredbe nisu senzitivisane, ne sagledavaju specifični položaj dece niti od sudija očekuju neka posebna znanja prilikom sprovođenja postupka. Nacrt izmena ZZLMS tiče se upravo dece. Međutim, ove odredbe predstavljaju samo brzi odgovor zakonodavca na tragična dešavanja u Republici Srbiji, bez uočavanja jasne razlike između protivpravnog ponašanja dece koje jeste i onog koje nije indikovano medicinskim stanjem. Usvajanjem ovih odredaba ne bi se rešio problem tretmana maloletnih učinioca krivičnih dela koji nisu krivično odgovorni, a prinudna hospitalizacija poslužila bi kao odgovor na pravno nerešive, a društveno osetljive situacije.

LITERATURA

1. Aleksandra Ilić, „Socijalna funkcija moralne panike", *Godišnjak Fakulteta bezbednosti*, 2020, 59-75.
2. Aleksandra Jovanović, *Postupak za sudsku emancipaciju deteta sa osvrtom na praksu Osnovnog suda u Nišu (master rad)*, Niš, 2020.
3. Anđelija Tasić, „Sticanje poslovne sposobnosti u kontekstu prava (deteta) na porodični život", *Zbornik radova Dani Porodičnog prava*, (Mostar: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bjedić" u Mostaru, 2022), 274 – 284.
4. Dragica Ranković, „Obrazovno-vaspitni rad škola za decu na bolničkom lečenju", *Sinteza*, 15 (2019), 67-78.
5. Feng Geng, Feng Jiang, Rachel Conrad, Tingfang Liu, Yuanli Liu, Huanzhong Liu and Yi-lang Tang, „Factors Associated With Involuntary Pshychiatric Hospitalization of Youths in China Based on a Nationally Representative Sample", *Front. Psychiatry* 11:2020, https://doi.org/10.3389/fpsyt.2020.607464.Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Right to liberty and security, updated on 31 August 2022.
6. Jozo Čizmić, „Zadržavanje duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi prema pravnom uređenju u Federaciji Bosne i Hercegovine", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, (3-4) 2013, 569-591.

7. Michela Deolmi, Emanuela Claudia Turco, Pietro Pellegrini, Carlo Marchesi, and Francesco Pisani, „Psychiatric Emergency in Children and Adolescents: A Retrospective Study in Parma Local Health Unit", *Behavioural Neurology*, Vol. 2021, https://doi.org/10.1155/2021/8848387.
8. Nevena Petrušić, „Legal capacity of the child in Serbian legislation", *Facta Universitatis, Series: Law and politics*, 2 (2015), 99-113.
9. Nevena Petrušić, „Postupak za prinudnu hospitalizaciju osoba sa mentalnim poremećajem u svetlu standarda zaštite ljudskih prava, *Temida*, Septembar 2007, 25-39.
10. Nina Mišić Radanović, „Postupak prisilne (civilne) hospitalizacije prema Zakonu o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama", *Zbornik radova međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava– nacionalna i uporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća,* ur. Dinka Šago (Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2015), 391-415.
11. Prava deteta i maloletničko pravosuđe – odabrani međunarodni dokumenti, Pravila Ujedinjenih nacija o zaštiti maloletnika lišenih slobode (sveska 5), Unicef, https://npm.rs/attachments/5%20Pravila%20UNa.pdf
12. Stephanie Kandsperger, Angelika Ecker, Daniel Schleicher, Michael Wirth, Romuald Brunner, Irina Jarvers, „Emergency related inpatient admissions in child and adolescent psychiatry: comparison of clinical characteristics of involuntary and voluntary admissions from a survey in Bavaria, Germany", *European Child & Adolescent Psychiatry*, Springer, 2023, https://doi.org/10.1007/s00787-023-02154-3.
13. Zaključna zapažanja o kombinovanom drugom i trećem periodičnom izveštaju Republike Srbije CRC/C/SRB/CO/2-3, usvojena od strane Komiteta na njegovoj 74. sednici (16. januar - 3. februar 2017. godine).
14. Evropska konvnencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i prateći protokoli, Sl. list SCG - Međunarodni ugovori", br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 - ispr. i „Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 12/2010 i 10/2015**.**
15. Konvencije MOR 138 o minimalnim godinama starosti za zasnivanje radnog odnosa, "Sl. list SFRJ iz 1973. godine.
16. Konvencija o pravima deteta, „Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 15/90 i „Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori", br. 4/96 i 2/97.
17. Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom, Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, 42/2009.
18. Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine: konvencija o ljudskim pravima i biomedici, Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, 12/2010.
19. Nacrt Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama.
20. Obiteljski zakon, Narodne novine, 103/15, 98/19, 47/20, 49/23.
21. Porodični zakon, Sl. glasnik RS, 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015**.**

22. Pravila Ujedinjenih nacija o zaštiti maloletnika lišenih slobode, A/Rezol/45/113.
23. Program o zaštiti mentalnog zdravlja u Republici Srbiji za period 2019-2026. godine, Sl. glasnik RS, br. 84/2019.
24. Smernice UN za prevenciju maloletničke delinkvencije, A/Rezol/45/112 (Rijadske smernice)
25. Standardna minimalna pravila UN za mere alternativne institucionalnom tretmanu, A/Rezol/45/110 (Tokijska pravila).
26. Ustav Republike Srbije, Sl. glasnik RS, 98/2006 i 115/2021.
27. Zakon o izboru narodnih poslanika, Sl. glasnik RS, 14/2022.
28. Zakon o lokalnim izborima, Sl. glasnik RS, 14/2022.
29. Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravoj zaštiti maloletnih lica, Sl. glasnik RS, 85/2005.
30. Zakon o osnovnom obrazovanju i vaspitanju, Sl glasnik RS, 55/2013, 101/2017, 10/2019, 27/2018 - dr. zakon i 129/2021.
31. Zakon o parničnom postupku, Sl. glasnik RS 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US, 55/2014, 87/2018, 18/2020 i 10/2023 - dr. zakon.
32. Zakon o pravima pacijenata, Sl. glasnik RS, 45/2013 i 25/2019 - dr. zakon.
33. Zakon o radu, Sl. glasnik RS, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US, 113/2017 i 95/2018 - autentično tumačenje.
34. Zakon o srednjem obrazovanju i obrazovanju, Sl. glasnik RS, 55/2013, 101/2017, 27/2018 - dr. zakon, 6/2020, 52/2021, 129/2021 i 129/2021 - dr. zakon.
35. Zakon o vanparničnom postupku, Sl. glasnik SRS, br. 25/82 i 48/88 i Sl. glasnik RS, br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015, 106/2015 - dr. zakon i 14/2022.
36. Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, Sl. glasnik RS, 45/2013.
37. Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama – obrazloženje.
38. Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama, Narodne novine, 76/14.
39. Blokhin v. Russia, Application No. 47152/06.
40. Koniarska v. United Kingdom, Application No. 33670/96
41. X. v. Switzerland, Application No. 8500/79.
42. www.deaps.org Pristup 21.8.2023.
43. www.paragraf.rs Pristup 4.8.2023.
44. www.rts.rs Pristup 25.8.2023.
45. www.zdravlje.gov.rs Pristup 4.8.2023.

INVOLUNTARY HOSPITALIZATION OF CHILDREN

The results of various studies indicate a drastic increase in the number of psychiatric examinations in children (47% in 10 years, USA), and that neuropsychiatric diseases will be among the five most common causes of morbidity, mortality and disability in children worldwide. This tendency inevitably leads to an increased number of hospitalized children, some of whom will not be volunatary, nor will legal representative of children consent to detention instead. The subject of this paper is the analysis of the current legal framework of the Republic of Serbia regarding involuntary hospitalization of children, with particular reference to whether it is even possible to talk about the specifics that concern children, or whether global trends regarding children's mental health have still remained under the radar of the Serbian legislator. The proposed amendments to the Law on the Health Care of Persons with Mental Disorders, which specifically concern children, will also be under scrutiny, and they represent an efficient, but questionable response to a series of illegal events caused by minors in the Republic of Serbia. Keywords: involunatry hospitalization of children, non-litigation procedure, protection of persons with mental disorders.

Key words: *involuntary hospitaliyation of children, extra-judicial proceedings, protection of people with mental illnesses.*

Izv. prof. dr. sc. Slađana Aras Kramar,
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska*

PRIMJENA ZAKONA O IZVANPARNIČNOM POSTUPKU U OBITELJSKIM PREDMETIMA

UDK: 347.919.1 : 347.6 (497.5)
Izvorni znanstveni rad

Cilj rada je analizirati pitanje primjene općih odredaba novog Zakona o izvanparničnom postupku u obiteljskim i statusnim predmetima. U tom smislu raspravlja se o općim odredbama koje vrijede za sve izvanparnične postupke u sklopu ObZ-a 2015. te koje su vremenski starije od onih sadržanih u ZIP-u. Uspoređuju se opća rješenja ObZ-a 2015. te ZIP-a, uzimajući u obzir određene aspekte izvanparničnog postupanja, i to pokretanje postupka, oficijelne ovlasti suda te ostvarivanje načela saslušanja stranka, a povezano s pitanjem pokretanja postupka i pravne posljedice povlačenja prijedloga. Predmet rasprave su i rješenja koja su odraz istražnog načela i obveze stranaka na suradnju u izvanparničnom postupku te ona koja određuju postupanje suda u slučaju spora o činjenicama i pravu. U analizu se uzimaju specifičnosti, novine izvanparničnog postupanja po pitanju privremenih učinaka rješenja, beneficium novorum i roka za podnošenje žalbe te o pravu pristupa Vrhovnom sudu Republike Hrvatske.

U trećem dijelu rada sadržana je analiza pitanja primjenjuju li se opće odredbe ZIP-a u obiteljskim predmetima? Pri razmatranju toga pitanja polazi se od dvije teze: prvo, prijelazne i završne odredbe ZIP-a ne sadrže rješenje kojim bi se propisala primjena njegovih općih odredaba u izvanparničnim postupcima uređenim posebnim propisima; drugo, ObZ 2015. pri propisivanju obiteljskih i statusnih izvanparničnih postupaka koristi više metoda. Analiza ukazuje na okolnost da primjena općeg načela lex posterior derogat legi priori otvara niz pitanja, a time i put pravne nesigurnosti. Zaključni dio rada sadrži sintezu glavnih rezultata istraživanja te određene projekcije pro futuro na području obiteljskih i statusnih izvanparničnih postupaka.

Ključne riječi: *obiteljski predmeti, statusni predmeti, izvanparnični postupak, Obiteljski zakon, Zakon o izvanparničnom postupku.*

1. UVOD

Dana 10. lipnja 2023. godine stupio je na snagu dugo očekivani Zakon o izvanparničnom postupku.[1] Njegovim donošenjem nastojalo se osuvremeniti hrvatsko izvanparnično pravo i postupak, otkloniti heterogenost izvora koja vrijedi

* Izvanredna profesorica na Katedri za građansko procesno pravo, Pravnog fakultetea Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, Zagreb, Republika Hrvatska, e-mail: saras@pravo.unizg.hr, ORCID ID: 0000-0002-8908-775X.

[1] Zakon o izvanparničnom postupku iz 2023. godine, Narodne novine, br. 59/23 (dalje u tekstu: ZIP).

na tom području, a time osigurati kvalitetnu i transparentnu pravnu zaštitu te pravnu sigurnost.[2] Na potrebe modernizacije izvanparničnog postupanja, posebice osiguranja građanima i poslovnim subjektima pravne sigurnosti je teorija i praksa građanskog procesnog prava ukazivala intenzivnije posljednjih petnaestak godina.[3] Pritom su se kao uzori isticala rješenja germanskog pravnog kruga, u prvom redu Austrije,[4] ali i potreba uzimanja u obzir zakona o izvanparničnom postupku susjednih država čiji su sustavi bliski hrvatskom.[5]

O reformi izvanparničnog prava raspravljalo se i u kontekstu novog Obiteljskog zakona[6] čija je namjera donošenja bila u osnaživanju stranačke autonomije te podizanju razine procesnih jamstava sudjelovanja djeteta i (odraslih) osoba s invaliditetom u tom dijelu pravosuđa.[7] To prvo, načelo stranačke autonomije, dobilo je svoj odraz u novim procesnim institutima i rješenjima o obveznom savjetovanju, obiteljskoj medijaciji te cijelom nizu izvanparničnih postupaka

---

[2] Tako v. Vlada Republike Hrvatske, *Nacionalni plan oporavka i otpornosti 2021. – 2026.* (Zagreb, srpanj 2021.), pristup 12. lipnja 2023., chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://planoporavka.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Plan%20oporavka%20i%20otpornosti%2C%20srpanj%202021..pdf?vel=13435491, 733-734. V. i Vlada Republike Hrvatske, *Konačni prijedlog Zakona o izvanparničnom postupku*, drugo čitanje, P.Z. br. 458 (Zagreb, svibanj 2023.), pristup 12. lipnja 2023., https://www.sabor.hr/konacni-prijedlog-zakona-o-izvanparnicnom-postupku-drugo-citanje-pz-br-458-predlagateljica-vlada?t=138692&tid=211679, 1.

[3] Tako v. doktorsku disertaciju obranjenu 2008. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu: Aleksandra Maganić, *Opće institucije izvanparničnog procesnog prava (komparativna analiza hrvatskog, austrijskog i njemačkog izvanparničnog procesnog prava)*, doktorska disertacija (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2008.).

[4] U Austriji je reforma izvanparničnog sustava izvršena donošenjem Saveznog zakona o sudskom postupku u izvanparničnim pravnim stvarima (*Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen*, *Außerstreitgesetz*) od 12. prosinca 2003., BGBl. I 2003/111, s posljednjim izmjenama i dopunama, BGBl. I 2019/38, pristup 12. lipnja 2023., https://www.jusline.at/gesetz/aussstrg (dalje u tekstu: AußStrG). V. više u Walter H. Rechberger, *Kommentar zum Außerstreitgesetz* (Wien: Verlag Österreich, 2013.), XXXV-XLIV. Tomu treba pridodati i reformu njemačkog izvanparničnog prava sadržanu u Zakonu o postupku u obiteljskim stvarima i stvarima dobrovoljne sudbenosti (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*) od 17. prosinca 2008., BGBl. I S. 2586, 2587, s posljednjim izmjenama i dopunama, BGBl. 2023 I Nr. 51, pristup 12. lipnja 2023., https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/BJNR258700008.html (dalje u tekstu: FamFG). V. više u Theodor Keidel, *FamFG: Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 16. izd. (München: C. H. Beck, 2009.), 2-6.

[5] V. više Mihajlo Dika, Aleksandra Maganić, „Nacrt prijedloga zakona o izvanparničnom postupku – neka izabrana pitanja“*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 44, br. 1 (2023), 206. i slj.; v. i Aleksandra Maganić, „Novi pravci reforme izvanparničnog prava u Republici Hrvatskoj“, u: *Zbornik radova s međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, ur. Vesna Rijavec et al. (Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2015.), 151-152.

[6] Obiteljski zakon iz 2015. godine, Narodne novine, br. 103/15, 98/19, 47/20 – v. čl. 35. Zakona o Centru za posebno skrbništvo, 49/23 – v. Odluku i Rješenje USRH, br. U-I-3941/2015 i dr. od 18. travnja 2023. i dva izdvojena mišljenja sudaca (dalje u tekstu: ObZ 2015.).

[7] Usp. Vlada Republike Hrvatske, *Konačni prijedlog Obiteljskog zakona iz 2015. godine,* drugo čitanje, P.Z. br. 847 (Zagreb, rujan 2015.), pristup 12. lipnja 2023., https://sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/080847/PZE_847.pdf, 170, 173-174, 178-179.

koji se temelje na sporazumu stranaka.[8] Jačanje je izvanparnične jurisdikcije u obiteljskim i statusnim predmetima izvršeno (i) modernizacijom općih rješenja ObZ-a 2015. koja vrijede za sve obiteljske i statusne izvanparnične postupke.[9]

Opće odredbe ObZ-a 2015. o izvanparničnom postupku,[10] zajedno s općim odredbama ObZ-a 2015. koje vrijede u svim sudskim (parničnim, izvanparničnim, ovršnim i asekuracijskim) postupcima,[11] predstavljaju relativno samostalan i zaseban pravni okvir koji vrijedi u svim izvanparničnim postupcima u sklopu ObZ-a 2015. ako tim Zakonom, i to njegovim posebnim rješenjima za pojedini postupak nije što drukčije propisano.[12] Stoga se stupanjem na snagu ZIP-a otvara pitanje njegove primjene u obiteljskim i statusnim izvanparničnim postupcima prema ObZ-u 2015.[13]

Pri razmatranju pitanja primjene ZIP-a u obiteljskim i statusnim predmetima polazi se od dvije teze. Prvo, prijelazne i završne odredbe ZIP-a ne sadrže rješenje kojim bi se propisala primjena njegovih općih odredaba u izvanparničnim postupcima uređenim posebnim propisima. Drugo, obiteljski i statusni izvanparnični postupci propisani su na način da je uspostavljen odnos posebnih i općih rješenja ObZ-a 2015. Tako su posebni izvanparnični postupci uređeni odredbama čl. 449. do čl. 508. ObZ-a 2015.[14] Na ona pitanja koja nisu drukčije

---

[8] Usp. Alan Uzelac, „Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka – glavni pravci reforme obiteljskih parničnih postupaka u trećem Obiteljskom zakonu“, u: *Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka*, ur. Jakša Barbić (Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2014.), 31.; Marina Parać Garma, „Plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi – novi pristup razvodu braka s djecom“, u: *Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka*, ur. Jakša Barbić (Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2014.), 79-80.

[9] Kao uzor općih odredaba ObZ-a 2015. o izvanparničnim postupcima ističe se, u prvom redu, austrijski AußStrG. Opće odredbe sadržane su u §§. 1. – 80.a AußStrG-a. Uz to, odredbama §§. 81. – 142. AußStrG-a propisana su posebna pravila za izvanparnični postupak u bračnim predmetima, predmetima o pravnom odnosu djece i roditelja te predmetima skrbništva. O području primjene AußStrG-a v. više u Rechberger, *Kommentar zum Außerstreitgesetz*, 5-12.

[10] V. odredbe čl. 434. do čl. 448. ObZ-a 2015.

[11] V. odredbe čl. 345. do čl. 367. ObZ-a 2015.

[12] ObZ 2015. propisuje posebne izvanparnične postupke radi: (1) davanja dopuštenja za sklapanje braka, (2) sporazumnoga razvoda braka, (3) odobravanja plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, (4) odobravanja sporazuma o uzdržavanju, (5) pojednostavnjenog određivanja uzdržavanja, (6) ostvarivanja pojedinih sadržaja roditeljske skrbi, povjeravanja ostvarivanja roditeljske skrbi zbog smrti roditelja, mirovanja ostvarivanja roditeljske skrbi i ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom, (7) određivanja mjera za zaštitu prava i dobrobiti djeteta, (8) zaštite obiteljskog doma, (9) nadomještanja pristanka za posvojenje djeteta, (10) lišenja i vraćanja poslovne sposobnosti te (11) donošenja odluke o zdravlju štićenika.

[13] To je pitanje relevantno i za druge (posebne) izvanparnične postupke koji su uređeni drugim propisima, primjenom sličnih metoda, među ostalim, upućujući na odgovarajuću primjenu Zakona o parničnom postupku (poput, ostavinskog postupka – v. odredbu čl. 175. st. 2. Zakona o nasljeđivanju iz 2003. godine, Narodne novine, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19 (dalje u tekstu: ZN)).

[14] U teoriji procesnog prava oni se prepoznaju kao izvanparnični postupci koji se temelje na sporazumu stranaka, regulacijski izvanparnični postupci te izvanparnični postupci kojima se nadomještava pristanak, odnosno suglasnost stranke. Usp. Aleksandra Maganić, „Novo uređenje obiteljskih izvanparničnih postupaka“, u: *Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka*, ur. Jakša Barbić (Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2014.), 112.

propisana u tim posebnim odredbama ObZ-a 2015. primjenjuju se opće odredbe o izvanparničnim postupcima, koje su sadržane u posebnom odjeljku ObZ-a 2015.[15] te opće odredbe ObZ-a 2015. o postupku pred sudom.[16] ObZ 2015. izrijekom je određena odgovarajuća primjena Zakona o parničnom postupku[17] na ona pitanja koja nisu drukčije propisana posebnim odredbama za pojedini obiteljski ili statusni izvanparnični postupak, općim odredbama za izvanparnične postupke te općim odredbama ObZ-a 2015. o postupku pred sudom.[18]

U drugom dijelu rada koji slijedi uvod, raspravlja se o općim odredbama o izvanparničnom postupku kako ObZ-a 2015. koje su vremenski starije, tako i ZIP-a. Pritom se uzimaju u obzir određeni aspekti izvanparničnog postupanja, i to pokretanje postupka, oficijelne ovlasti suda te ostvarivanje načela saslušanja stranka, a povezano s pitanjem pokretanja postupka i pravne posljedice povlačenja prijedloga (v. *infra ad* 2.2.). Uz to, predmet rasprave su i rješenja koja su odraz istražnog načela i obveze stranaka na suradnju u izvanparničnom postupku (v. *infra ad* 2.2.) te ona koja određuju postupanje suda u slučaju spora o činjenicama i pravu (v. *infra ad* 2.3.). Tomu treba pridodati specifičnosti, novine izvanparničnog postupanja po pitanju privremenih učinaka rješenja, *beneficium novorum* i roka za podnošenje žalbe te o pravu pristupa Vrhovnom sudu Republike Hrvatske, koje se analiziraju u posebnim dionicama rad (v. *infra ad* 2.4. i 2.5.). Treći dio rada sadrži analizu pitanja primjenjuje li se ZIP u obiteljskim predmetima? U analizi tog pitanja uzima se u obzir primjena općih odredaba ZIP-a (v. *infra ad* 3.). U zaključnom dijelu rada dana je sinteza glavnih rezultata istraživanja te određene projekcije *pro futuro* (v. *infra ad* 4.).

2. OPĆE ODREDBE OBITELJSKOG ZAKONA TE ZAKONA O IZVANPARNIČNOM POSTUPKU

2.1. Općenito

ObZ 2015. sadrži rješenja koja vrijede kao opće odredbe za sve izvanparnične postupke koji se vode prema njegovim odredbama. Riječ je o općim odredbama kojima se popisuju osnovna pitanja izvanparničnog postupka, i to sastav suda

[15] V. odredbe čl. 434. do čl. 448. ObZ-a 2015.

[16] V. odredbe čl. 345. do čl. 367. ObZ-a 2015.

[17] Zakon o parničnom postupku, Službeni list SFRJ, br. 4/77 – 35/91; Narodne novine, br. 26/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 – v. čl. 50. Zakona o arbitraži, 117/03, 88/05 – v. čl. 129. Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, 2/07 – v. Odluku USRH od 20. prosinca 2006., 84/08, 96/08 – v. Odluku USRH od 9. srpnja 08., 123/08 – ispravak, 57/11, 148/11 – pročišćeni tekst, 25/13, 89/14 – v. Odluku USRH od 11. srpnja 2014., 70/19, 80/22, 114/22 (dalje u tekstu: ZPP).

[18] V. odredbu čl. 346. ObZ-a 2015.

(čl. 434.), mjesna nadležnost (čl. 435.), stranke u postupku (čl. 436.), prijedlog (čl. 437.), sporovi o činjenicama i pravu (čl. 438.), usmena rasprava (čl. 439.), dokazni postupak (čl. 440.), prisilna sredstva u postupku (čl. 441.), rješenja (čl. 442.), učinci rješenja (čl. 443.), učinci odluka u statusnim stvarima (čl. 444.), pravni lijekovi (čl. 445.), postupanje suda po žalbi (čl. 446.), revizija (čl. 447.) te prijedlog za preinaku ili ukidanje rješenja (čl. 448. ObZ 2015.). Njima treba pridodati opće odredbe koje vrijede za sve sudske postupke u sklopu ObZ-a 2015., među ostalim, izvanparnične postupke. U tom smislu značajni su odjeljci ObZ-a 2015. o načelima postupka (čl. 347. do čl. 351.), sucima koji odlučuju u statusnim i obiteljskim predmetima prema ObZ-u 2015. (čl. 352.), suradnji suda i Hrvatskog zavoda za socijalni rad (prijašnjeg centra za socijalnu skrb) (čl. 353. do čl. 357.),[19] sudjelovanju djeteta, roditelja i drugih osoba u postupku (čl. 358. do čl. 363.), sudjelovanju osoba lišenih poslovne sposobnosti u postupku (čl. 364.), dostavi (čl. 365.), troškovima postupka (čl. 366.) te objavi sudskih odluka i vođenju očevidnika i dokumentacije (čl. 367. ObZ 2015.).

Donošenjem i stupanjem na snagu ZIP-a dan je opći i osnovni normativni sustav koji bi se trebao primjenjivati u svim izvanparničnim postupcima, ako posebnim odredbama ZIP-a ili drugog zakona koji sadrži odredbe o izvanparničnom postupku nije drukčije propisano (čl. 1. st. 2. ZIP).[20] Inače, ZIP je strukturiran na način da su u prvom dijelu sadržane opće odredbe (čl. 1. do čl. 53. ZIP), dok drugi dio sadrži odredbe relevantne za posebne izvanparnične postupke koji su njime uređeni (čl. 54. do čl. 118. ZIP).[21]

Općim odredbama ZIP-a propisuju se osnovna pitanja bitna za izvanparnični postupak, i to područje primjene ZIP-a (čl. 1.), odgovarajuća primjena odredaba

[19] ObZ 2015. je donesen u vrijeme kad su djelovali centri za socijalnu skrb. 2022. godine Zakonom o socijalnoj skrbi (Narodne novine, br. 18/22, 46/22, 119/22; dalje u tekstu: ZSS 2022.) propisano je ustrojavanje Hrvatskog zavoda za socijalni rad (dalje u tekstu: Zavod). Stoga su centri za socijalnu skrb osnovani prema odredbama Zakona o socijalnoj skrbi iz 2012. godine (Narodne novine, br. 33/12, 46/13) ili Zakona o socijalnoj skrbi iz 2013. godine (Narodne novine, br. 157/13, 152/14, 99/15, 52/16, 16/17, 130/17, 98/19, 64/20, 138/20) prestali s radom istekom 31. prosinca 2022. godine (čl. 317. st. 1. ZSS 2022.).

[20] Primjenom općih odredaba ZIP-a rješavat će se i građanskopravne stvari iz nadležnosti sudova za koje nije izrijekom određeno da će se rješavati po pravilima nekog drugog postupka ako bi to odgovaralo pravnoj prirodi tih stvari (čl. 1. st. 3. ZIP). Opisani kriterij pravne prirode stvari, kojim se dopunjuje legalni kriterij u određivanju izvanparničnog postupka, predstavlja novinu u hrvatskom izvanparničnom pravu. O tome v. više Dika, Maganić, *Nacrt prijedloga zakona o izvanparničnom postupku – neka izabrana pitanja,* 208-210.

[21] ZIP-om su propisani izvanparnični postupci za: (1) proglašenje nestale osobe umrlom i dokazivanje smrti; (2) dobrovoljnu procjenu i prodaju pojedine stvari u vlasništvu, drugih pojedinih dijelova imovine, posebne imovinske cjeline te cjelokupne imovina; (3) osnivanje, upravljanje i likvidaciju sudskog i javnobilježničkog pologa; (4) sudski poništaj (amortizaciju) isprava; te (5) imenovanje, određivanje rokova i druge radnje u slučajevima kad se stranke nisu suglasile o imenovanju te je zakonom propisano da će to učiniti sud, odnosno da će svojom odlukom nadomjestiti izostalu suglasnost stranaka o određivanju nekog roka ili o poduzimanju neke druge radnje.

zakona koji uređuje parnični postupak (čl. 2.), nadležnost i sastav suda (čl. 3. i čl. 4.), stranke i njihovo zastupanje u izvanparničnom postupku (čl. 5. i čl. 7. do čl. 9.)., te učinak radnji i propuštanja jedne stranke za druge stranke u postupku (čl. 6. ZIP). Uz to, rješenja relevantna za prvostupanjski izvanparnični postupak te postupak po pravnim lijekovima sadržana su u odredbama čl. 10. do čl. 53. ZIP-a. Među tim odredbama treba istaknuti opća rješenja koja vrijede za pokretanje izvanparničnog postupka i određenost zahtjeva (čl. 10. i čl. 11.), povlačenje prijedloga (čl. 12.), postojanje postupka (čl. 13.), temeljna načela izvanparničnog postupka (čl. 14. do čl. 20.), dokaze i dokazivanje (čl. 23. do čl. 26.), spor o činjenicama i pravu (čl. 27.) te za odnos izvanparničnog i parničnog postupka (čl. 28. ZIP). Značajne su i odredbe o donošenju odluka (čl. 30.) i sadržaju rješenja u izvanparničnom postupku (čl. 31.), o naknadi troškova postupka (čl. 32.), pravomoćnosti i ovršnosti (čl. 33.) te privremenim učincima rješenja (čl. 34. ZIP). Pri analizi odredaba o pravnim lijekovima u izvanparničnom postupku, treba izdvojiti specifične odredbe o žalbi (čl. 35. do čl. 44.), a među izvanrednim pravnim lijekovima, reviziju (čl. 45.) te prijedlog za preinaku ili ukidanje pravomoćnog rješenja (čl. 46. i čl. 47. ZIP).

Uspoređujući opća rješenja ZIP-a s onima sadržanim među općim odredbama ObZ-a 2015. koja vrijede za sve izvanparnične postupke prema tom Zakonu (ObZ 2015.), vidljivo je da neke odredbe propisuju ista postupovnopravna pitanja. Pritom neke opće odredbe ZIP-a i ObZ-a 2015. to čine na drukčiji način, dok su neke odredbe ZIP-a sustavnije u odnosu na odredbe ObZ-a 2015. Uz to, ZIP sadrži opća rješenja za neka pitanja koja nisu uređena općim odredbama ObZ-a 2015. te bi se u tom smislu, prema izričitom rješenju ObZ-a 2015., trebale na odgovarajući način primjenjivati odredbe ZPP-a (čl. 346. ObZ 2015). U nastavku rada raspravit će se i usporediti opća rješenja ObZ-a 2015. te ZIP-a o pokretanju postupka, oficijelnim ovlastima suda i ostvarivanju načela saslušanja stranka, povezano s pitanjem pokretanja postupka, i pravne posljedice povlačenja prijedloga, o istražnom načelu i obvezi stranaka na suradnju u izvanparničnom postupku, o sporu o činjenicama i pravu, o novim činjenicama i dokazima u žalbenom postupku i roku za podnošenje žalbe te o pravu pristupa Vrhovnom sudu Republike Hrvatske.

2.2. Dispozicijski i oficijelni izvanparnični postupci

Promatrajući pitanje pokretanja izvanparničnih postupaka prema ObZ-u 2015. bitno je odrediti da se oni pokreću prijedlogom. Međutim, neki od njih su mješovite, dispozitivno-oficijelne prirode u smislu da ih je ovlašten pokrenuti i sud po službenoj dužnosti. Primjer toga statusnog izvanparničnog postupka prema ObZ-u 2015. je postupak radi lišenja i vraćanja poslovne sposobnosti (čl. 496. ObZ 2015.). I ZIP, općim rješenjima, određuje izvanparnične postupke

kao dispozicijske i oficijelne postupke. Prema rješenju iz čl. 10. st. 1. ZIP-a, izvanparnični postupak pokreće se prijedlogom stranke, a po službenoj dužnosti kad je to zakonom propisano.

Na području oficijelnih izvanparničnih postupaka bitno je opće pravilo kojim se osnažuje načelo saslušanja stranaka, prema kojemu će sud u oficijelnim postupcima najkasnije u prvoj procesnoj radnji koju poduzme prema stranki naznačiti predmet postupka (čl. 10. st. 3. ZIP).[22] Tomu treba pridodati odredbu čl. 16. st. 2. ZIP-a koja određuje, ako je postupak pokrenut po službenoj dužnosti, da je sud dužan strankama omogućiti da saznaju za predmet postupka, činjenice koje namjerava utvrđivati i dokaze koje će izvesti, kao i da se o tome izjasne.[23] Relevantna je za ostvarivanje načela saslušanja stranaka u izvanparničnim postupcima oficijelne prirode i odredba čl. 12. st. 5. ZIP-a, prema kojoj će sud jasno naznačiti predmet postupka u rješenju o nastavku postupka po službenoj dužnosti i kad tijekom postupka odluči promijeniti predmet postupka. Nadalje, u postupku koji se može pokrenuti po službenoj dužnosti sud pri odlučivanju nije vezan prijedlogom stranke, ali ako odluči odstupiti od prijedloga stranaka dužan je prije donošenja odluke omogućiti strankama da se izjasne o predmetu postupka (čl. 30. st. 3. ZIP). Odgovarajuća rješenja koja bi vrijedila za obiteljske i statusne oficijelne izvanparnične postupke nisu sadržana među općim odredbama ObZ-a 2015.

Određenje pokretanja izvanparničnog postupka relevantno je (i) po pitanju povlačenja prijedloga, posebice u onim postupcima koje je sud ovlašten pokrenuti po službenoj dužnosti. Prema ObZ-u 2015., prijedlog za sporazumni razvod braka bračni drugovi mogu povući dok postupak nije pravomoćno okončan (čl. 459. ObZ 2015.). Uz to, prijedlog se u pojednostavnjenom postupku u stvarima uzdržavanja djeteta može povući bez pristanka protivne stranke samo do podnošenja prigovora (čl. 476. st. 2. ObZ 2015.). Osim navedenih posebnih rješenja koja vrijede za izričito povlačenje prijedloga u određenim izvanparničnim postupcima, ObZ 2015. među općim odredbama ne propisuje (daljnja) postupovnopravna pitanja općenito relevantna za povlačenje prijedloga u izvanparničnom postupku (poput pitanja pristanaka protustranke, trenutka do kojeg se prijedlog može povući i sl.).

Prema čl. 12. st. 1. ZIP-a, prijedlog kojim je pokrenut izvanparnični postupak može se i bez pristanka protustranke povući u cijelosti ili djelomično do donošenja prvostupanjske odluke. Nakon donošenja odluke prvostupanjskog suda prijedlog

---

[22] Očiti je uzor odredbi čl. 10. st. 3. ZIP-a bila odredba §. 8. st. 3. AußStrG-a. O austrijskom rješenju v. više u Rechberger, *Kommentar zum Außerstreitgesetz*, 54.

[23] Normativno isto određenje sadržano je u austrijskom izvanparničnom sustavu. V. odredbu §. 15. AußStrG-a. O postavkama načela saslušanja stranaka u austrijskom izvanparničnom postupku, v. Rechberger, *Kommentar zum Außerstreitgesetz*, 93-95.

se može povući i do donošenja odluke drugostupanjskog suda, ali samo uz izričiti pristanak protustranke (čl. 12. st. 2. ZIP). Za oficijelne izvanparnične postupke interesantno je opće rješenje ZIP-a, prema kojemu u postupku koji se može pokrenuti i po službenoj dužnosti, prijedlog se može povući samo do donošenja prvostupanjske odluke (čl. 12. st. 4. reč. 1. ZIP). U tom slučaju smatrat će se da je postupak dovršen povlačenjem prijedloga, osim ako prvostupanjski sud u roku od 30 dana od davanja izjave o povlačenju ne donese rješenje o nastavku postupka po službenoj dužnosti (čl. 12. st. 4. reč. 2. ZIP). Nakon donošenja rješenja o nastavku postupka po službenoj dužnosti prijedlog se više ne može povući (čl. 12. st. 4. reč. 3. ZIP).[24]

Odredbom čl. 350. ObZ-a 2015. postavljeno je istražno načelo koje vrijedi u (izvanparničnim) postupcima u statusnim stvarima, stvarima u kojima se odlučuje o roditeljskoj skrbi, osobnim odnosima i mjerama za zaštitu prava i dobrobiti djeteta te uzdržavanju djeteta. Ono je dalje razrađeno općim odredbama o izvanparničnom postupku u sklopu ObZ-a 2015. U tim postupcima sud može izvoditi dokaze i prikupljati obavijesti i kad se sve stranke tomu protive, kad posumnja u postojanje činjenice koja se zakonski predmnijeva ili kad postoji dokaz o njezinu postojanju (čl. 440. st. 2. ObZ 2015.). Sud može imenovati vještake iako prije toga nije omogućio strankama da se izjasne o osobi vještaka (čl. 440. st. 3. ObZ 2015.).[25]

Istražno načelo je određeno i u odredbi čl. 17. st. 1. ZIP-a. Međutim, ZIP propisujući prikupljanje osnova za donošenje odluke, ističe i obvezu stranaka na suradnju u postupku.[26] U postupcima koje je sud ovlašten pokrenuti po službenoj dužnosti, u postupcima u kojima nije vezan zahtjevima stranaka te u drugim postupcima u kojima po službenoj dužnosti pazi da se utvrde sve činjenice koje su važne za donošenje odluke stranke su dužne u potpunosti i istinito iznositi sve činjenice koje su im poznate te predlagati sve dokaze važne za donošenje odluke suda, kao i odgovarati na sva pitanja suda (čl. 17. st. 2. ZIP).

2.3. Spor o činjenicama i pravu

ObZ 2015. propisuje postupanje suda ako u izvanparničnom postupku u kojemu sudjeluju dvije ili više stranaka dođe do spora o činjenicama o kojima ovisi odluka

---

[24] U tom smislu sadržajno slično rješenje o utjecaju povlačenja prijedloga na izvanparnični postupak koji se može pokrenuti i po službenoj dužnosti, prisutno je u austrijskom izvanparničnom pravu (v. §. 11. st. 2. AußStrG-a). O tome v. i Rechberger, *Kommentar zum Außerstreitgesetz*, 74.

[25] Usp. rješenja sadržana u §. 31. AußStrG-a.

[26] Riječ je o tzv. *Mitwirkungspflicht*e sadržanoj u odredbi §. 16. st. 2. AußStrG-a. Za austrijsku procesnu doktrinu o obvezi stranaka na suradnju u postupku, v. Rechberger, *Kommentar zum Außerstreitgesetz*, 97.; v. i Peter G. Mayr, Rober Fucik, *Das neue Verfahren außer Streitsachen*, 3. izd. (Wien: Facultas Verlags- und Buchhandels, 2006.), 154.

odnosno ako u tom postupku nema spora o bitnim činjenicama, već o pravu koje se temelji na tim činjenicama (čl. 438. ObZ 2015.). To čini i ZIP u odredbi čl. 27. prema kojoj, ako u postupku u kojemu sudjeluju dvije ili više stranaka dođe do spora o pravu čije rješenje ovisi o utvrđivanju spornih činjenica, sud će prekinuti izvanparnični postupak i uputiti predlagatelja na parnični postupak ili drugi postupak pred nadležnim sudom ili drugim tijelom. Nadalje, ZIP propisuje pravne posljedice u slučaju ako predlagatelj ili druga stranka ne pokrene postupak na koji je upućen u određenom roku.[27]

Dok ObZ 2015. u opisanom slučaju određuje da će sud rješenjem obustaviti izvanparnični postupak i odrediti da se postupak u toj pravnoj stvari pred njime nastavi kao parnični postupak, i to prije pravomoćnosti rješenja o obustavi izvanparničnog postupka (čl. 438. st. 1. ObZ 2015.), ZIP propisuje prekid izvanparničnog postupka i upućivanje predlagatelja odnosno druge stranke na parnični postupak ili drugi postupak pred nadležnim sudom ili drugim tijelom (čl. 27. st. 1. i 2. ZIP). Opće rješenje ZIP-a je interesantno uzimajući u obzir i pravilo prema kojemu u opisanom slučaju sud može spor riješiti u izvanparničnom postupku utvrđivanjem spornih činjenica ako se sve stranke s time suglase (čl. 27. st. 3. ZIP).

Ako među strankama nema spora o bitnim činjenicama, već o pravu koje se temelji na tim činjenicama, i opće odredbe ObZ-a 2015. i one ZIP-a određuju da će sud u izvanparničnom postupku odlučiti o spornom pravu.[28]

2.4. Žalba u izvanparničnom postupku

Odredbama čl. 445. te čl. 446. ObZ-a 2015. određena je žalba u izvanparničnom postupku kao remonstrativno-devolutivni pravni lijek.[29] Uz to, citiranim su odredbama ObZ-a 2015. uređena samo dva pitanja relevantna za žalbu u tim postupcima, i to pitanje roka za podnošenje žalbe te suspenzivnosti odnosno nesuspenzivnosti žalbe po odluci suda u određenim slučajevima. S druge strane, ZIP svojim općim odredbama sustavnije propisuje žalbu u izvanparničnom postupku.[30]

U usporedbi s ObZ-om 2015.,[31] prvo treba istaknuti da ZIP detaljnije uređuje ovlast suda odrediti da žalba nema suspenzivni učinak u izvanparničnom postupku

[27] V. odredbu čl. 27. st. 2. ZIP-a.

[28] V. odredbe čl. 438. st. 3. ObZ-a 2015. te čl. 27. st. 4. ZIP-a.

[29] Za doktrinarno određenje remonstrativno-devolutivnog pravnog lijeka u izvanparničnom postupku, v. više u Mihajlo Dika, „Izvanparnični postupci u obiteljskim odnosima“, u: *Obiteljski zakon – novine, dvojbe i perspektive*, Mira Alinčić et al. (Zagreb: Narodne novine, 2003.), 156-157.

[30] Riječ je o odredbama čl. 35. do čl. 44. ZIP-a.

[31] ObZ 2015. u odredbi čl. 445. st. 4. (samo) propisuje da sud može odlučiti da žalba ne zadržava ovrhu kad se izriču mjere kojima se štite prava i dobrobit djece.

te pravne posljedice takve odluke suda. U tom smislu ZIP-om je određen trenutak kada nastupaju i trenutak do kojeg djeluju privremeni učinci rješenja protiv kojeg je podnesena žalba koja nema suspenzivni učinak, do kojeg se trenutka i na čiju inicijativu može izmijeniti odluka o privremenim učincima rješenja te koji je sud nadležan za donošenje takve odluke.[32] Bitno je naglasiti da se odluka o privremenim učincima rješenja može izmijeniti na prijedlog stranke, osobito ako učini vjerojatnim da bi zbog toga mogla pretrpjeti znatniju štetu koja se ne bi mogla otkloniti prihvaćanjem pravnog lijeka (čl. 34. st. 3. ZIP). Tomu treba pridodati rješenje prema kojemu u postupcima koji se pokreću po službenoj dužnosti i u postupcima u kojima je sud o nekim pitanjima ovlašten odlučiti po službenoj dužnosti, odluku o privremenim učincima rješenja sud koji je donio rješenje može izmijeniti i po službenoj dužnosti (čl. 34. st. 4. ZIP).

Određujući rok za žalbu, ZIP-om je postavljeno da se ona podnosi prvostupanjskom sudu u roku od 15 dana od dostave pisanog otpravka rješenja (čl. 36. st. 1. ZIP). Uspoređujući odnos općih odredaba ObZ-a 2015. te ZIP-a, značajno je istaknuti rješenje prema kojemu osoba koja nije kao stranka sudjelovala u određenom postupku niti je bila naznačena kao stranka tijekom postupka i kojoj rješenje nije bilo dostavljeno, a ispunjava uvjete da se smatra strankom, može podnijeti žalbu sve dok je može podnijeti osoba koja je kao stranka sudjelovala u tom postupku ili je u njemu bila naznačena u tom svojstvu (čl. 36. st. 2. ZIP).[33] Tomu treba pridodati odredbu čl. 37. st. 3. ZIP-a prema kojoj ta osoba koja nije kao stranka sudjelovala u određenom postupku niti je bila naznačena kao stranka tijekom postupka (iz čl. 36. st. 2. ZIP) može podnijeti (i) odgovor na žalbu. Inače, i ObZ 2015. i ZIP svojim općim odredbama određuju pojam stranke u izvanparničnom postupku.[34] Treba istaknuti da upravo područje obiteljskih i statusnih izvanparničnih postupaka obilježava množina stranaka koje u njima sudjeluju.

U kontekstu statusnih i obiteljskih izvanparničnih postupaka, dinamike obiteljskih odnosa, naglašenog oficijelnog i istražnog načela, interesantno je još jedno rješenje sadržano među općim odredbama ZIP-a, i to ono o novim činjenicama i dokazima u postupku povodom žalbe. U postupku u povodu žalbe (u načelu) uzet će se u obzir iznesene nove činjenice i predloženi novi dokazi (čl. 38. st. 1. ZIP). Iznimke predstavljaju izrijekom određeni slučajevi u ZIP-u.

---

[32] V. odredbu čl. 34. ZIP-a. Za slična rješenja sadržana u austrijskom izvanparničnom pravu v. odredbu §. 44. AußStrG-a.

[33] Očiti je uzor odredbi čl. 36. st. 2. ZIP-a bila odredba §. 46. st. 2. AußStrG-a. O austrijskom rješenju v. više u Rechberger, *Kommentar zum Außerstreitgesetz*, 192.

[34] V. odredbu čl. 436. ObZ-a 2015. te čl. 5. ZIP-a. Za određenje stranke prema ObZ-u 2015., v. i Maganić, *Novo uređenje obiteljskih izvanparničnih postupaka*, 106. Usp. i rješenja sadržana u §. 2. AußStrG-a.

Prva iznimka se odnosi na slučaj iz čl. 41. st. 2. ZIP-a, kad žalbeni sud smatra da je radi pravilnog utvrđenja činjeničnoga stanja potrebno neposredno izvesti dokaze, o čemu će obavijestiti stranke i omogućiti im da ih predlože. Tomu treba pridodati pravilo iz čl. 43. st. 2. ZIP-a, prema kojemu u postupcima koji se mogu pokrenuti po službenoj dužnosti te u postupcima u kojima sud može odlučiti neovisno o zahtjevu stranaka, žalbeni sud nije vezan za zahtjev istaknut u žalbi niti za iznesene činjenice i predložene dokaze u žalbi (čl. 43. st. 2. reč. 1. ZIP). U tim postupcima pobijano rješenje može se preinačiti i na štetu stranke koja ga pobija (čl. 43. st. 2. reč. 2. ZIP).[35]

Prema ZIP-u činjenice i dokazi koji su već postojali u vrijeme zaključenja prvostupanjskog postupka neće se uzeti u obzir, osim ako ih je stranka bez svoje krivnje propustila iznijeti odnosno predložiti prije donošenja rješenja (čl. 38. st. 2. ZIP).[36] Činjenice koje nisu postojale u vrijeme donošenja rješenja uzet će se u obzir samo ako bi stranka, koja bi te činjenice mogla iznijeti u prijedlogu kojim bi se pokrenuo novi postupak, zbog toga mogla pretrpjeti znatniju štetu ili ako za to postoje koji drugi važni razlozi (čl. 38. st. 3. ZIP).[37]

2.5. Revizija u izvanparničnom postupku

Među općim odredbama o izvanparničnim postupcima, ObZ 2015. propisuje reviziju po dopuštenju drugostupanjskog suda (čl. 447. ObZ 2015.). Pritom se ObZ-om 2015. određuju ovlasti drugostupanjskog suda da odluči o dopuštenosti revizije, razlogi zbog kojih drugostupanjski sud može dopustiti reviziju, sadržaj obrazloženja rješenja kojim se dopušta revizija, slučajeve kad revizija nije dopuštena te u kojem sastavu o njoj odlučuje Vrhovni sud Republike Hrvatske. Opisana su rješenja donesena u izvornom tekstu ObZ-a iz 2015. godine dok je

---

[35] Normativno slična rješenja o nevezanosti žalbenog suda za zahtjev istaknut u žalbi te o preinaci rješenja na štetu stranke koja ga pobija u oficijelnim izvanparničnim postupcima sadrži odredba §. 55. st. 2. AußStrG-a. V. i Rechberger, *Kommentar zum Außerstreitgesetz*, 205-206.

[36] Riječ je o tzv. *nova reperta.* S druge strane, činjenice koje nisu postojale u vrijeme donošenja odluke doktrinarno se određuju kao *nova producta.* Za doktrinu procesnog prava u određenju novih činjenica v. više Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izd. (Zagreb: Narodne novine, 2004.), 675-676.; v. i Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo; Pravni lijekovi; X. knjiga* (Zagreb: Narodne novine, 2010.), 116-118.

[37] Usp. rješenja sadržana u §. 49. AußStrG-a. U austrijskoj doktrini raspravlja se o pretpostavci „znatne štete" iz §. 49. st. 3. AußStrG-a u slučaju postojanja opasnosti za interese osobe koja se štiti odnosno dobrobiti djeteta. Usp. Mayr, Fucik, *Das neue Verfahren außer Streitsachen*, 103-104. Interesantno je istaknuti da je i novi slovenski Zakon o izvanparničnom postupku (*Zakon o nepravdnem postopku*, Uradni list RS, br. 16/19, pristup 13. lipnja 2023., http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO7879; dalje u tekstu: ZNP) u odredbi čl. 34. propisao mogućnost iznošenja novih činjenica i predlaganja novih dokaza u žalbi. Pritom je to odredbom čl. 34. ZNP-a postavljeno na drukčiji način, odnosno dopušteno je iznošenje novih činjenica i predlaganje novih dokaza ako to ide u korist osoba određenih u čl. 6. ZNP-a. Riječ je o djece i osobama koje zbog mentalne zaostalosti ili smetnji u duševnom zdravlju ili drugih okolnosti nisu sposobne same se brinuti o svojim pravima i interesima (v. čl. 6. ZNP).

u hrvatskom sustavu građanskog parničnog procesnog prava postojala prijašnja tzv. redovna i izvanredna revizija.[38] Uz to, u vrijeme donošenja ObZ-a 2015. drugostupanjsku su nadležnost u predmetima prema ObZ-u 2015. imala samo tri županijska suda u Republici Hrvatskoj.[39]

Izmjenama i dopunama ZPP-a iz 2019. godine[40] izvršena je bitna promjena uvođenjem tzv. revizije po prethodnom dopuštenju Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Polazeći od okolnosti da je revizija po prethodnom dopuštenju Vrhovnog suda potvrđena kao monotip u parničnom postupku njegovim izmjenama i dopunama iz 2022. godine,[41] kao logičan slijed ona je prihvaćena i u općim odredbama izvanparničnog postupka (čl. 45. ZIP).[42]

3. PRIMJENJUJE LI SE ZAKON O IZVANPARNIČNOM POSTUPKU U OBITELJSKIM PREDMETIMA?

Obiteljsko i statusno izvanparnično procesno pravo postavljeno je kao relativno samostalni i zasebni sustav, općim odredbama o izvanparničnim postupcima koje su dopunjene općim odredbama, relevantnim za sve sudske parnične, izvanparnične, ovršne postupke i postupke osiguranja prema ObZ-u 2015. Tomu treba pridodati i posebne odredbe ObZ-a 2015. koje vrijede primarno za pojedine obiteljske i statusne izvanparnične postupke. Pritom je sustav zaokružen, kao što je *supra* već istaknuto, upućivanjem na odgovarajuću primjenu ZPP-a.

Donošenjem i stupanjem na snagu ZIP-a otvorilo se pitanje primjene njegovih općih odredaba u obiteljskim i statusnim predmetima prema ObZ-u 2015. Prvo, treba istaknuti da ZIP u prijelaznim i završnim odredbama ne sadrži rješenje kojim bi se propisala primjena njegovih općih odredaba u izvanparničnim postupcima

---

[38] O prijašnjoj tzv. redovnoj reviziji te izvanrednoj reviziji, v. više u Triva, Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 721-731.

[39] Riječ je bila o Županijskom sudu u Puli – Pola, Županijskom sudu u Splitu i Županijskom sudu u Zagrebu. Tako v. odredbu čl. 4. st. 2. Zakona o područjima i sjedištima sudova (Narodne novine, br. 128/14). Isto je propisivao i Zakon o područjima i sjedištima sudova, u izvornoj verziji teksta objavljenoj u Narodnim novinama, br. 67/18 (v. čl. 4. st. 2.). Do promjena je došlo stupanjem na snagu Zakona o izmjenama i dopunama tog Zakona iz 2022. godine (Narodne novine, br. 21/22).

[40] Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2019. godine, Narodne novine, br. 70/19.

[41] Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2022. godine, Narodne novine, br. 80/22.

[42] O reviziji po prethodnom dopuštenju Vrhovnog suda Republike Hrvatske nakon novela ZPP-a iz 2019. i 2022. godine, v. više u Marko Bratković, „Iznenađujuća presuda i revizija“, *Godišnjak – Društvo za građanskopravne znanosti i praksu Hrvatske* 29, (2022), 53-81; Marko Bratković, „Revizija po dopuštenju: izazovi i dvojbe“, u: *Novine u parničnom procesnom pravu*, ur. Jakša Barbić (Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2020.), 179-209.

uređenim posebnim propisima. U tom smislu ZIP nije izrijekom derogirao određene odredbe ObZ-a 2015.

Odgovor na postavljeno pitanje odnosa ObZ-a 2015. i ZIP-a trebalo bi tražiti među općim načelima. Ako bi se odnos promatrao prema načelu *lex posterior derogat legi priori*,[43] otvara se niz dvojbi, uzimajući u obzir način na koji su obiteljski i statusni postupci propisani ObZ-om 2015. Naime, i sam ObZ 2015., propisujući sudske (izvanparnične) postupke uspostavlja odnos posebnih i općih rješenja. Stoga pitanje je na što bi se točno odnosilo to opće načelo?

(1) Bi li se ZIP-om derogirala samo odredba čl. 346. ObZ-a 2015. o odgovarajućoj primjeni ZPP-a na ona pitanja koja nisu drukčije propisana posebnim odredbama za pojedini obiteljski ili statusni izvanparnični postupak, općim odredbama za izvanparnične postupke te općim odredbama ObZ-a 2015. o postupku pred sudom. Kao posljedica primjene načela *lex posterior derogat legi priori*, u obiteljskim i statusnim izvanparničnim postupcima primjenjivala bi se posebna rješenja ObZ-a 2015., potom opće odredbe o izvanparničnim postupcima ObZ-a 2015., zajedno s općim odredbama koje vrijede za sve sudske postupke u sklopu ObZ-a 2015. te konačno, opće odredbe ZIP-a.

(2) Ili, treba uzeti, da primjena načela *lex posterior derogat legi priori* u obiteljskim i statusnim izvanparničnim postupcima znači da su stupanjem na snagu općih odredaba ZIP-a derogirane opće odredbe koje vrijede za sve izvanparnične postupke prema ObZ-u 2015., posebice uzimajući u obzir okolnost da su određena pitanja drukčije ili sustavnije uređena općim odredbama ZIP-a.[44] U tom smislu u izvanparničnim postupcima prema ObZ-u 2015. sud bi primjenjivao posebna rješenja ObZ-a 2015., potom opće odredbe koje vrijede za sve sudske (parnične, izvanparnične, ovršne i asekuracijske) postupke u sklopu ObZ-a 2015. te konačno, opće odredbe ZIP-a.

(3) Ako se pođe od shvaćanja o derogiranju općih odredaba ObZ-a 2015. koje vrijede za sve izvanparnične predmete prema ObZ-u 2015. (v. *supra ad* **(2)**), otvara se pitanje vrijedi li to i za opće odredbe ObZ-a 2015. koje se primjenjuju u svim sudskim postupcima, među ostalim, izvanparničnim postupcima. Stoga bi prema tom shvaćanju primjenu općeg načela *lex posterior derogat legi priori* u obiteljskim i statusnim izvanparničnim postupcima trebalo tumačiti na način da

[43] Lat. potonji zakon ukida prethodni. Riječ je o općem načelu prava rimske pravne tradicije, prema kojem pravni akt odnosno pravna norma donesena kasnije, ukida pravni akt odnosno normu donesenu ranije ako imaju istu pravnu snagu te propisuju isti pravni sadržaj, ali na različit način. Tako Marko Petrak, *Lex posterior derogate priori*, pristup 13. lipnja 2023., https://informator.hr/strucni-clanci/lex-posterior-derogat-priori-lat-potonji-zakon-ukida-prethodni.

[44] O tome v. *supra ad* 3.

bi sud u tim postupcima primarno postupao prema posebnim rješenjima ObZ-a 2015., a potom primjenjujući opće odredbe ZIP-a.

Polazeći od mogućih tumačenja odnosa ObZ-a 2015. te ZIP-a u obiteljskim i statusnim izvanparničnim postupcima, vidljivo je da primjena općeg načela *lex posterior derogat legi priori* otvara put pravne nesigurnosti. Tomu treba pridodati odredbu čl. 1. st. 2. ZIP-a, prema kojoj se opće odredbe ZIP-a primjenjuju na sve izvanparnične postupke osim ako odredbama ZIP-a koje uređuju posebne postupke ili drugim zakonom koji sadrži odredbe o izvanparničnom postupku (kao *lex specialis*) nije drukčije određeno. Bitno je istaknuti da provedena analiza pojedinih rješenja ObZ-a 2015. te ZIP-a pokazuje ne samo da ZIP sadrži opća rješenja za neka pitanja koja nisu propisana općim odredbama ObZ-a 2015., već i da određene odredbe ObZ-a 2015. i ZIP-a uređuju ista postupovnopravna pitanja. Pritom to ObZ 2015. i ZIP čine na drukčiji način te su određene odredbe ZIP-a sustavnije u odnosu na odredbe ObZ-a 2015.

Izneseni argumenti govore u prilog primjene ObZ-a 2015. kao *lex specialis*[45] i nakon stupanja na snagu ZIP-a. Međutim, bit će interesantno pratiti kako će se sudska praksa, koja se bude javila početkom primjene ZIP-a, odrediti i postaviti prema otvorenim pitanjima ili barem nekima od njih, o odnosu ObZ-a 2015. te općih odredaba ZIP-a. U svakom slučaju, donošenje i stupanje na snagu ZIP-a otvara pitanje reforme obiteljskih i statusnih postupaka uređenih ObZ-om 2015., uzimajući u obzir njegova modernizirana opća rješenja.

4. ZAKLJUČAK

ZIP predstavlja osuvremenjeni opći pravni okvir izvanparničnog postupanja. Međutim, treba primijetiti da ZIP, u odnosu na svoj austrijski uzor, ne uređuje u široj mjeri posebne izvanparnične postupke, tako one u obiteljskim i statusnim predmetima. Za te je predmete relevantan normativi okvir (primarno) određen u ObZ-u 2015. (I) donošenjem ObZ-a 2015. bila je izvršena mini reforma hrvatskog izvanparničnog prava u području obiteljskih i statusnih odnosa, koja je bila nužna

[45] Opće pravno načelo *lex specialis derogat legi generali*, lat. posebni zakon ukida opći zakon. U skladu s tim načelom posebni pravni akt odnosno pravna norma, ukida opći pravni akt odnosno normu, ako imaju istu pravnu snagu te propisuju isti pravni sadržaj, ali na različit način. Tako Marko Petrak, *Lex specialis derogat legi generali,* pristup 13. lipnja 2023., https://informator.hr/strucni-clanci/lex-specialis-derogat-legi-generali-lat-posebni-zakon-ukida-opci-zakon.

s obzirom na okolnost da u to vrijeme Hrvatska nije imala odgovarajući izvor izvanparničnog procesnog prava.[46]

Opće odredbe ObZ-a 2015. o izvanparničnom postupku, zajedno s općim odredbama ObZ-a 2015. koje vrijede u svim sudskim parničnim, izvanparničnim, ovršnim postupcima i postupcima osiguranja, predstavljaju relativno samostalan i zaseban pravni okvir koji vrijedi u svim izvanparničnim postupcima u sklopu ObZ-a 2015. ako tim Zakonom, i to njegovim posebnim rješenjima za pojedini postupak nije što drukčije propisano. Stupanjem na snagu ZIP-a otvorilo se pitanje njegove primjene u obiteljskim i statusnim predmetima prema ObZ-u 2015. Analiza navedenog pitanja koja je sadržana u radu, temelji se na dvije teze. Prvo, prijelazne i završne odredbe ZIP-a ne sadrže rješenje kojim bi se propisala primjena njegovih općih odredaba u izvanparničnim postupcima uređenim posebnim propisima. Drugo, obiteljski i statusni izvanparnični postupci propisani su na način da je uspostavljen odnos posebnih i općih rješenja ObZ-a 2015.

Odgovor na pitanje odnosa ObZ-a 2015. i ZIP-a trebalo bi tražiti među općim načelima. Polazeći od mogućih tumačenja odnosa ObZ-a 2015. te ZIP-a u obiteljskim i statusnim izvanparničnim postupcima, vidljivo je da primjena općeg načela *lex posterior derogat legi priori* otvara put pravne nesigurnosti. Tomu treba pridodati izričitu odredbu čl. 1. st. 2. ZIP-a, prema kojoj se opće odredbe ZIP-a primjenjuju na sve izvanparnične postupke osim ako odredbama ZIP-a koje uređuju posebne postupke ili drugim zakonom koji sadrži odredbe o izvanparničnom postupku kao *lex specialis*, nije drukčije određeno (čl. 1. st. 2. ZIP). Izneseni argumenti u radu govore u prilog primjene ObZ-a 2015. kao *lex specialis* i nakon stupanja na snagu ZIP-a.

Analiza pojedinih rješenja ObZ-a 2015. te ZIP-a pokazuje ne samo da ZIP sadrži opća rješenja za neka pitanja koja nisu uređena općim odredbama ObZ-a 2015., već i da određene odredbe ObZ-a 2015. i ZIP-a propisuju ista postupovnopravna pitanja. Pritom to ObZ 2015. i ZIP čine na drukčiji način te su određene odredbe ZIP-a sustavnije u odnosu na odredbe ObZ-a 2015. U tom kontekstu, među ostalim, treba istaknuti, pitanja pokretanja postupka, oficijelnih ovlasti suda i ostvarivanja načela saslušanja stranka, povezano s pitanjem pokretanja postupka, i pravnih posljedica povlačenja prijedloga, istražnog načela i obveze stranaka na suradnju u izvanparničnom postupku, spora o činjenicama i pravu, privremenih

[46] Izvor hrvatskog izvanparničnog procesnog prava bio je (i) Zakon o sudskom vanparničnom postupku za Kraljevinu Jugoslaviju (vanparnični postupak) s Uvodnim zakonom iz 1934. godine (Službene novine, br. 175-XLV), koji se primjenjivao kao pravno pravilo. V. Zakon o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine, Narodne novine, br. 73/91. O tome v. više Aleksandra Maganić, „Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava", u: *Izvanparnično pravo s komentarom, primjerima obrazaca za praktičnu primjenu, sudskom praskom, bilješkama i zbirkom propisa*, Aleksandra Maganić et al. (Vizura, Pravo u praksi, 2015.), 62-65.

učinaka rješenja, novih činjenica i dokaza u žalbenom postupku i roka za podnošenje žalbe te ona pitanja koja se odnose na pravo pristupa Vrhovnom sudu Republike Hrvatske. Stoga donošenjem i stupanjem na snagu ZIP-a nije završena, već treba uzeti da je započela reforma hrvatskog izvanparničnog prava. U budućim reformskim nastojanjima bit će potrebno revidirati posebna i opća pravila izvanparničnog postupanja u sklopu ObZ-a 2015., uzimajući u obzir modernizirana opća rješenja ZIP-a.

LITERATURA

1. Bratković, Marko. „Iznenađujuća presuda i revizija". *Godišnjak – Društvo za građanskopravne znanosti i praksu Hrvatske* 29, (2022): 53-81.
2. Bratković, Marko. „Revizija po dopuštenju: izazovi i dvojbe". U: *Novine u parničnom procesnom pravu*, ur. Jakša Barbić, 179-209. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2020.
3. Dika, Mihajlo. *Građansko parnično pravo; Pravni lijekovi; X. knjiga.* Zagreb: Narodne novine, 2010.
4. Dika, Mihajlo. „Izvanparnični postupci u obiteljskim odnosima". U: *Obiteljski zakon – novine, dvojbe i perspektive*, Mira Alinčić, Mihajlo Dika, Dubravka Hrabar, Mila Jelavić i Aleksandra Korać, 137-171. Zagreb: Narodne novine, 2003.
5. Dika, Mihajlo i Aleksandra Maganić. „Nacrt prijedloga zakona o izvanparničnom postupku – neka izabrana pitanja". *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 44, br. 1 (2023): 205-223.
6. Keidel, Theodor. *FamFG: Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 16. izd. München: C. H. Beck, 2009.
7. Maganić, Aleksandra. „Novi pravci reforme izvanparničnog prava u Republici Hrvatskoj". U: *Zbornik radova s međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, ur. Vesna Rijavec et al., 147-172. Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2015.
8. Maganić, Aleksandra. „Novo uređenje obiteljskih izvanparničnih postupaka". U: *Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka*, ur. Jakša Barbić, 89-119. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2014.
9. Maganić, Aleksandra. „Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava". U: *Izvanparnično pravo s komentarom, primjerima obrazaca za praktičnu primjenu, sudskom praskom, bilješkama i zbirkom propisa*, Aleksandra Maganić, Dinka Šago, Ana Jurić i Darko Vrljić, 53-91. Vizura, Pravo u praksi, 2015.
10. Maganić, Aleksandra. *Opće institucije izvanparničnog procesnog prava (komparativna analiza hrvatskog, austrijskog i njemačkog izvanparničnog*

procesnog prava), doktorska disertacija. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2008.

11. Mayr, Peter G. & Rober Fucik. *Das neue Verfahren außer Streitsachen*, 3. izd. Wien: Facultas Verlags- und Buchhandels, 2006.
12. Obiteljski zakon iz 2015. godine, Narodne novine, br. 103/15, 98/19, 47/20 – v. čl. 35. Zakona o Centru za posebno skrbništvo, 49/23 – v. Odluku i Rješenje USRH, br. U-I-3941/2015 i dr. od 18. travnja 2023. i dva izdvojena mišljenja sudaca.
13. Parać Garma, Marina. „Plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi – novi pristup razvodu braka s djecom". U: *Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka*, ur. Jakša Barbić, 79-88. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2014.
14. Petrak, Marko. *Lex posterior derogate priori*. Pristup 13. lipnja 2023. https://informator.hr/strucni-clanci/lex-posterior-derogat-priori-lat-potonji-zakon-ukida-prethodni.
15. Petrak, Marko. *Lex specialis derogat legi generali.* Pristup 13. lipnja 2023. https://informator.hr/strucni-clanci/lex-specialis-derogat-legi-generali-lat-posebni-zakon-ukida-opci-zakon.
16. Rechberger, Walter H. *Kommentar zum Außerstreitgesetz*. Wien: Verlag Österreich, 2013.
17. Savezni zakon o sudskom postupku u izvanparničnim pravnim stvarima (*Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen*, *Außerstreitgesetz*) od 12. prosinca 2003., BGBl. I 2003/111, s posljednjim izmjenama i dopunama, BGBl. I 2019/38. Pristup 12. lipnja 2023. https://www.jusline.at/gesetz/aussstrg.
18. Triva, Siniša i Mihajlo Dika. *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izd. Zagreb: Narodne novine, 2004.
19. Uzelac, Alan. „Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka – glavni pravci reforme obiteljskih parničnih postupaka u trećem Obiteljskom zakonu". U: *Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka*, ur. Jakša Barbić, 19-34. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2014.
20. Vlada Republike Hrvatske. *Konačni prijedlog Obiteljskog zakona iz 2015. godine,* drugo čitanje, P.Z. br. 847. Zagreb, rujan 2015. Pristup 12. lipnja 2023. https://sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/080847/PZE_847.pdf.
21. Vlada Republike Hrvatske. *Konačni prijedlog Zakona o izvanparničnom postupku*, drugo čitanje, P.Z. br. 458. Zagreb, svibanj 2023. Pristup 12. lipnja 2023. https://www.sabor.hr/konacni-prijedlog-zakona-o-izvanparnicnom-postupku-drugo-citanje-pz-br-458-predlagateljica-vlada?t=138692&tid=211679.
22. Vlada Republike Hrvatske. *Nacionalni plan oporavka i otpornosti 2021. – 2026.* Zagreb, srpanj 2021. Pristup 12. lipnja 2023. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://planoporavka.gov.hr/UserDocsImages/

dokumenti/Plan%20oporavka%20i%20otpornosti%2C%20srpanj%202021..pdf?vel=13435491.

23. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2019. godine, Narodne novine, br. 70/19.
24. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2022. godine, Narodne novine, br. 80/22.
25. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o područjima i sjedištima sudova iz 2022. godine, Narodne novine, br. 21/22.
26. Zakon o izvanparničnom postupku iz 2023. godine, Narodne novine, br. 59/23.
27. Zakon o izvanparničnom postupku (*Zakon o nepravdnem postopku*), Uradni list RS, br. 16/19. Pristup 13. lipnja 2023. http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO7879.
28. Zakon o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine, Narodne novine, br. 73/91.
29. Zakon o parničnom postupku, Službeni list SFRJ, br. 4/77 – 35/91; Narodne novine, br. 26/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 – v. čl. 50. Zakona o arbitraži, 117/03, 88/05 – v. čl. 129. Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, 2/07 – v. Odluku USRH od 20. prosinca 2006., 84/08, 96/08 – v. Odluku USRH od 9. srpnja 08., 123/08 – ispravak, 57/11, 148/11 – pročišćeni tekst, 25/13, 89/14 – v. Odluku USRH od 11. srpnja 2014., 70/19, 80/22, 114/22.
30. Zakon o područjima i sjedištima sudova iz 2014. godine, Narodne novine, br. 128/14.
31. Zakon o područjima i sjedištima sudova iz 2018. godine, Narodne novine, br. 67/18, 21/22.
32. Zakon o postupku u obiteljskim stvarima i stvarima dobrovoljne sudbenosti (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*) od 17. prosinca 2008., BGBl. I S. 2586, 2587, s posljednjim izmjenama i dopunama, BGBl. 2023 I Nr. 51. Pristup 12. lipnja 2023. https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/BJNR258700008.html.
33. Zakon o socijalnoj skrbi iz 2012. godine, Narodne novine, br. 33/12, 46/13.
34. Zakon o socijalnoj skrbi iz 2013. godine, Narodne novine, br. 157/13, 152/14, 99/15, 52/16, 16/17, 130/17, 98/19, 64/20, 138/20.
35. Zakon o socijalnoj skrbi iz 2022. godine, Narodne novine, br. 18/22, 46/22, 119/22.
36. Zakon o sudskom vanparničnom postupku za Kraljevinu Jugoslaviju (vanparnični postupak) s Uvodnim zakonom iz 1934. godine, Službene novine, br. 175-XLV.

APPLICATION OF THE ACT ON NON-CONTENTIOUS PROCEDURE IN FAMILY MATTERS

The aim of the paper is to analyse the question of the application of the general provisions of the new Act on non-contentious procedure in family and status related matters. In this sense, the general provisions that are valid for all non-contentious proceeding under the FA 2015 and which are older in time than those contained in the ANCP are being discussed. A comparison is made between the general provisions of the FA 2015 and those of the ANCP, taking into account certain aspects of non-contentious proceedings, namely the initiation of proceedings, the official powers of the court and the implementation of the principle of hearing the parties, and related to the issue of initiation of proceedings, the legal consequences of withdrawing the proposal. The subject of discussion are also provisions that reflect the inquisitorial principle and the parties' obligation to cooperate in non-contentious proceedings, as well as those that determine the court's actions in the event of a dispute about facts and law. The analysis takes into account the characteristics, the novelties of non-contentious proceedings on the issue of the temporary effects of the court decision, beneficium novorum and the deadline for filing an appeal, as well as on the right of access to the Supreme Court of the Republic of Croatia.

The third part of the paper contains an analysis of the question of whether the general provisions of the ANCP are applied in family cases? When considering this question, the paper starts from two theses: first, the final provisions of the ANCP do not contain a provision that would prescribe the application of its general provisions in non-contentious proceedings regulated by special acts; secondly, the FA 2015 contains several methods of prescribing family and status non-contentious proceedings. The analysis points to the fact that the application of the general principle lex posterior derogat legi priori opens up a series of issues, and thus the path to legal uncertainty. The final part of the paper contains a synthesis of the main research results and certain projections pro future in the field of family and status non-contentious proceedings.

Key words: *family matters, status matters, non-contentious proceedings, Family Act, Act on non-contentious procedure.*

Izv. prof. dr. sc. Maja Proso,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska*
Fani Milan Ostojić, mag.iur.,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska**

ZAŠTITA (KOLEKTIVNIH) INTERESA I PRAVA POTROŠAČA I ALTERNATIVNO RJEŠAVANJE POTROŠAČKIH SPOROVA

UDK: 347
366
Pregledni znanstveni rad

Postojanje jednostavnijeg, bržeg i jeftinijeg načina rješavanja sporova između potrošača i trgovaca potiče međusobno povjerenje kao i povjerenje u zajedničko tržište Europske unije. Upravo zato, za potrošače i njihove interese neka od najznačajnijih pitanja su učinkovitost postojećih i iznalaženje novih mehanizama boljeg ostvarivanja prava potrošača. Autorice u radu ispituju predstavničku tužbu za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača iz novog Zakona o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača te analiziraju prednosti i nedostatke nekih od postojećih alternativnih mehanizama rješavanja potrošačkih sporova na domaćoj razini, uspoređujući ih sa sustavima uređenja alternativnog rješavanja potrošačkih sporova drugih europskih zemalja. Također, analiziraju se procesnopravne pretpostavke vođenja alternativnog postupka rješavanja potrošačkih sporova kao i međuodnos sudskog i alternativnog načina zaštite potrošačkih interesa i prava.

Ključne riječi: *alternativno rješavanje potrošačkih sporova, predstavničke tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača, Zakon o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova, Direktiva 2013/11/EU*

1. UVODNE NAPOMENE

Potrošači su najveća gospodarska skupina, smatraju se regulatorima razvoja gospodarstva te imaju izravan utjecaj na poslovnu politiku gospodarstvenika i konkurentnost tržišta. Stoga je zaštita potrošača bitan segment unutarnjeg tržišta Europske unije[1], koji izravno utječe na gospodarski rast i razvoj. Politika zaštite

* Izvanredna profesorica na Katedri za građansko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split, Republika Hrvatska, e-mail: maja.proso@pravst.hr, ORCHID ID: 0009-0004-6055-1493

** Asistentica na Katedri za građansko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split, Republika Hrvatska, e-mail: fani.milan.ostojic@pravst.hr, ORCHID ID: 0000-0002-2368-2062

[1] Dalje u tekstu: EU

potrošača u EU razvijala se u okviru mjera koje služe unaprjeđenju unutrašnjeg tržišta i harmonizaciji prava s jedne, te prepoznate potrebe zaštite potrošača kao društvenopolitičkog cilja, s druge strane.[2] Postojanje jednostavnijeg i jeftinijeg načina rješavanja sporova između potrošača i trgovaca potiče međusobno povjerenje kao i povjerenje u zajedničko tržište EU. Upravo zato, za potrošače i njihove interese neka od najznačajnijih pitanja, vezana uz načine i mogućnosti ostvarivanja zaštite potrošačkih prava, su učinkovitost postojećih i iznalaženje novih mehanizama boljeg ostvarivanja prava potrošača. Novi Zakon o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača[3], koji je stupio na snagu 25. lipnja 2023. g., uređuje pravo podnošenja domaće i prekogranične predstavničke tužbe u kolektivnim potrošačkim sporovima i pravila postupka na temelju kojih sud raspravlja i odlučuje u tim sporovima[4] te se njime u hrvatsko zakonodavstvo preuzima Direktiva (EU) 2020/1828 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2020. g. o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošačâ i stavljanju izvan snage Direktive 2009/22/EZ[5]. Postojeći mehanizmi izvansudske (alternativne) zaštite potrošačkih prava[6], kao i kolektivna pravna zaštita prava potrošača u državama članicama EU-a razvijali su se, s druge strane, kao svojevrstan odgovor na poteškoće koje se javljaju u ostvarenju zaštite prava potrošača u individualnom postupku pred sudom.[7] Alternativno rješavanje potrošačkih sporova je sustav koji se razvija uz bok klasičnom sudskom postupku, koristi brojne pristupe i tehnike rješavanja sporova usmjerene uglavnom na pritužbe male vrijednosti, na robu i usluge.[8] Iz toga jasno proizlazi razlikovanje između pojma „izvansudskog rješavanja sporova" koji obuhvaća metode pregovaranja, mirenja (van sudskog postupka) te arbitražu, kao šireg, te alternativnog rješavanja sporova, kao užeg pojma, koji uglavnom obuhvaća

---

[2] Paula Poretti, „Sudska zaštita prava potrošača – (naj)bolji put?", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 39, br. 1 (2018): 536

[3] Narodne novine br. 59/23. (dalje u tekstu: Zakon o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača)

[4] Čl. 1. Zakona o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača.

[5] Službeni list Europske unije L 409/1, 4. prosinca 2020. (dalje u tekstu: Direktiva 2020/1828)

[6] U hrvatskom pravnom poretku postoji veći broj mehanizama, pri čemu je u prvom redu potrebno upozoriti na poteškoće u razlikovanju „alternativnog" od „izvansudskog" rješavanja sporova. Iste su u određenoj mjeri i rezultat samih akata EU-a koji spomenute pojmove nerijetko nesustavno i pogrešno koriste kao istoznačnice. Tako u: Nina Tepeš, „Izvansudsko rješavanje potrošačkih sporova u Hrvatskoj", u: *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području: Rješavanje trgovačkih i potrošačkih* sporova, ur. Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Vlatka Butorac Malnar (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009.), 171.

[7] Poretti, *Sudska zaštita prava potrošača – (naj)bolji put?*, 537.

[8] Naomi Creutzfedt, "An Introduction to Alternative Dispute Resolution (ADR) for Consumers in Europe", u: *The Citizen in European Private Law: Norm-setting, Enforcement and Choice*, ur. Caroline Cauffman, Jan Smits (Cambridge: Intersentia, 2016.) 141.

metode mirenja, a iz kojega je arbitraža isključena.[9] Budući da kratica ADR (eng. „alternative dispute resolution“) označava širi pojam za sve alternativne načine rješavanja sporova, neki su teoretičari predložili korištenje izraza „consumer dispute resolution“ (dalje u tekstu: CDR) kako bi se izbjegla zabuna, međutim na cijelom području potrošačkih ADR i „online dispute resolution“ (dalje u tekstu: ODR) metoda i dalje postoji puno neslaganja.[10] Krajem 2016. godine u Republici Hrvatskoj donesen je Zakon o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova[11] čije su odredbe usklađene s odredbama Direktive 2013/11/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2013. o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova[12]. ZARPS uređuje načine izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova u Republici Hrvatskoj. U radu će se ispitati predstavnička tužbu za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača iz novodonesenog Zakona o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača te analizirati prednosti i nedostaci nekih od postojećih alternativnih mehanizama rješavanja potrošačkih sporova na domaćoj razini, uz usporedbu s različitim sustavima uređenja alternativnog rješavanja potrošačkih sporova drugih europskih zemalja. Također, analizirat će se procesnopravne pretpostavke vođenja alternativnog postupka rješavanja potrošačkih sporova kao i međuodnos sudskog i alternativnog načina zaštite potrošačkih interesa i prava.

2. PREDSTAVNIČKE TUŽBE ZA ZAŠTITU KOLEKTIVNIH INTERESA I PRAVA POTROŠAČA

Glavni cilj Direktive 2020/1828, pa onda i zakonskog teksta kojim je inkorporirana u nacionalni pravni poredak RH, je olakšati pristup pravosuđu radi zaštite kolektivnih interesa potrošača. Predstavničke tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača tako se mogu podnijeti radi povrede potrošačkih prava iz područja financija, prava putnika, zaštite osobnih podataka korisnika elektroničkih komunikacija, turističkih usluga, itd. Zakon uz stvarnu nadležnost trgovačkog suda predviđa izberivu mjesnu nadležnost suda, što znači da tužitelj može podnijeti tužbu nadležnom sudu ili u sjedištu tuženog ili tamo gdje je došlo do povrede prava potrošača, što otvara mogućnost budućeg smanjenja sudskih troškova, kao primjerice u slučaju da tuženi ima sjedište izvan RH, a povreda

[9] Poretti, *Sudska zaštita prava potrošača – (naj)bolji put?*, 543.

[10] Naomi Creutzfedt, “Alternative dispute resolution for consumers”, u: *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice: New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*, ur. Michael Stürner, Fernando Gascón Inchausti, Remo Caponi (München: Sellier, 2015.) 3.

[11] Narodne novine br. 121/2016, 32/2019 (dalje u tekstu: ZARPS)

[12] Službeni list Europske unije L 165/63, 18. lipnja 2013. (dalje u tekstu: Direktiva 2013/11/EU)

potrošačkih prava se dogodila u RH.[13] Zakon po prvi put uređuje pretpostavke aktivne legitimacije udruga za zaštitu prava potrošača kako bi se osigurala stručnost i neovisnost onih koji zastupaju potrošačke interese.[14] Ovlašteno tijelo može podnijeti predstavničku tužbu na utvrđenje, predstavničku tužbu za zabranu postupanja te predstavničku tužbu za naknadu štete (naknadu imovinske i neimovinske štete oštećenicima uzrokovane povredom zakona). Kako bi se osigurala zaštita kolektivnih interesa i prava potrošača u konkretnim postupcima, pasivna legitimacija obuhvaća ne samo trgovca, već i druge subjekte čije je postupanje dovelo do povrede tako da se predstavnička tužba može podnijeti protiv pojedinog trgovca ili skupine trgovaca iz istog gospodarskog sektora čije je postupanje u suprotnosti sa Zakonom, komorskih i interesnih udruga trgovaca koje promiču protupravno postupanje ili protiv nositelja pravila postupanja trgovaca kojima se promiče korištenje nepoštene poslovne prakse, kako je ona definirana propisom kojim se uređuje nepoštena poslovna praksa.[15] Člankom 14. Zakona predviđena je i obveza da se prije podnošenja predstavničke tužbe u pisanom obliku dostavi prethodno upozorenje da će se, ako se ne prekine s protupravnim postupanjem, podnijeti tužba. Prethodno upozorenje može omogućiti postizanje sporazuma ovlaštenih tijela i trgovca s ciljem izbjegavanja pokretanja i vođenja sudskog postupka. Propisano je da se predstavnička tužba na utvrđenje i radi zabrane postupanja ne može podnijeti prije isteka roka od 30 dana od dostave prethodnog upozorenja. Potonje ima za cilj osiguranje razumnog roka u kojemu stranke u sporu mogu pokušati postići sporazum. Zakon o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača odredbom članka 18. normira žurnost u postupcima za utvrđivanje i zabranu protupravnog postupanja trgovca, budući se pripremno ročište mora se održati u roku od 30 dana od primitka odgovora na tužbu odnosno isteka roka za odgovor na tužbu. Odluka u postupcima o privremenim mjerama iz članka 17. Zakona o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača[16] treba se donijeti i otpremiti u roku od 30 dana od pripremnog ročišta. Sudovi drugog stupnja također su obvezani na žurnost u postupcima za utvrđivanje i zabranu protupravnog postupanja trgovca, budući drugostupanjski sud mora donijeti i otpremiti odluku u roku od 30 dana od dana primitka žalbe. Zakon o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih

[13] Čl. 7 Zakona o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača.

[14] Čl. 8. Zakona o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača.

[15] Čl.13. Zakona o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača, Narodne novine br. 59/2023 (dalje u tekstu: Zakon o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača)

[16] *Tijekom postupka sud može po službenoj dužnosti ili na prijedlog tužitelja bez saslušanja protivne stranke odrediti privremene mjere zabrane postupanja koje predstavlja povredu odredbi propisa iz Priloga I. ovoga Zakona radi otklanjanja prijeteće opasnosti protupravnog oštećenja ili radi sprečavanja nasilja ili otklanjanja nenadoknadive štete sukladno propisu kojim se uređuje ovršni postupak.*

interesa i prava potrošača člankom 15. daje strankama mogućnost da prije podnošenja predstavničke tužbe za naknadu štete podnesu prijedlog za rješavanje spora putem medijacije, čime se potrošači potiču na aktivnije i češće korištenje postojećih mehanizama izvansudskog (alternativnog) rješavanja potrošačkih sporova.[17] Prijedlog za rješavanje spora medijacijom podnosi se jednom od tijela za alternativno rješavanje potrošačkih sporova određenih propisima kojima se uređuje alternativno rješavanje potrošačkih sporova. Na medijaciju se primjenjuju odredbe propisa o mirenju[18] i propisa kojima se uređuje alternativno rješavanje potrošačkih sporova[19].

3. ZAŠTITA POTROŠAČA I ALTERNATIVNO RJEŠAVANJE POTROŠAČKIH SPOROVA

Potrošačke sporove u bitnim crtama karakterizira stranačka neravnoteža, budući da se potrošač u pravilu pojavljuje kao slabija strana u odnosu na trgovca. Tipična je i niska vrijednost predmeta spora, zbog čega su potrošači skloni odustati od traženja zaštite (tzv. racionalna apatija) te kratkotrajnost i unikatnost C2B (consumer to business) odnosa zbog čega ne postoji intrinzična potreba za trajnim rješenjem narušenog odnosa. Još je jedna karakteristika potrošačkih sporova njihova masovnost. Naime, zbog okolnosti da se odnose na sveprisutne i stalno narastajuće odnose u trgovini roba i usluga, karakteristične za moderno potrošačko društvo, potencijalni volumen slučajeva u kojima se može pojaviti spor nadmašuje sve druge odnose građanskog i trgovačkog prava. Zbog opisanih karakteristika, sudska zaštita u parničnom postupku nije adekvatna kao redovna metoda rješavanja potrošačkih sporova. Naime, parnično je sudovanje namijenjeno i povijesno razvijeno za rješavanje ograničenog broja sporova načelno ravnopravnih sudionika u pravnim odnosima.[20] Kao temelj zaštite prava potrošača u javnopravnoj sferi mogu se označiti Smjernice Ujedinjenih naroda[21] za zaštitu potrošača[22]. Taj tekst

[17] Čl.16., st.1. Zakona o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača: *Sud će na pripremnom ročištu povodom predstavničke tužbe za naknadu štete upoznati stranke s mogućnostima da spor riješe sudskom nagodbom ili u postupku medijacije i obrazložiti im te mogućnosti.*

[18] Zakon o mirenju, Narodne novine br. 18/11, 67/23 (dalje u tekstu: Zakon o mirenju)

[19] ZARPS.

[20] Alan Uzelac, „Izazovi novog uređenja izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova“, u: *Liber amicorum Aldo Radolović zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću*, ur. Zvonimir Slakoper, Maja Bukovac Puvača, Gabrijela Mihelčić (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2018.) 146.

[21] Dalje u tekstu: UN

[22] Smjernice je prvotno usvojila Opća skupština Rezolucijom 39/248 od 16. travnja 1985., naknadno su proširene rezolucijom Ekonomskog i socijalnog vijeća br. 1999/7 od 26. srpnja 1999. te revidirane i usvojene od strane Opće skupštine Rezolucijom 70/186 od 22. prosinca 2015. Vidjeti: *United Nations Guidelines for Consumer Protection*, 5. srpnja 2023., https://unctad.org/publication/united-nations-guidelines-consumer-protection

počiva na idejama koje je već 1962. godine istaknuo američki predsjednik John Fitzgerald Kennedy. On je u svojem prijedlogu sugerirao da se zaštita potrošača oblikuje kao okosnica ovih četiriju prava: prava na sigurnost, prava na informiranje, prava izbora i prava da se čuje glas potrošača. Međunarodna organizacija saveza potrošača (IOCU – eng. International Organization of Consumers Unions) tome je dodala i sljedeća prava: pravo na zadovoljavanje osnovnih potreba, pravo na naknadu, pravo na obrazovanje i pravo na zdrav prirodni okoliš. Ovih osam prava inkorporirana su u već spomenutoj Rezoluciji Opće skupštine UN kao osnovna prava potrošača.[23] U okviru pravne regulative EU postoje brojni propisi koji se odnose na prava potrošača. Pravo zaštite potrošača u pravu EU ulazi u doseg podijeljenih ovlasti EU i država članica.[24] U Europi se pokret za zaštitu potrošača javlja nakon Drugog svjetskog rata, kada su osnovane i prve organizacije za zaštitu potrošača, a 60-ih i 70-ih godina 20. stoljeća donose se prvi nacionalni zakoni o zaštiti potrošača. Zaštita je usmjerena na sigurnost i pouzdanost proizvoda, varljive reklame, akviziterske prodaje, povjerenje potrošača i pravednost ugovora. Brojne države počele su donositi svoje nacionalne zakone potaknute Rezolucijom Generalne skupštine UN-a o zaštiti potrošača iz 1985. godine.[25] Sve je to, uz širenje EU, bilo rezultat spoznaje kako je u poslovnim transakcijama na tržištu nužno zaštiti gospodarski slabiju stranu - potrošača - i to ne samo legislativom nego i formiranjem specijalnih institucija koje će poučavati i izvještavati potrošače te štititi njihova prava. Ipak, zaštita potrošača intenzivno se počela razvijati tek u okviru djelovanja EU, koja je svojim zemljama članicama dala smjernice za stvaranje jedinstvene politike za ona područja koja su do tada isključivo bila u nacionalnoj nadležnosti.[26] Sporovi u kojima se na jednoj strani nalaze potrošači česti su pa je bilo potrebno stvoriti okvir postupanja u kojem će se ista razina zaštite pružati potrošačima unutar određene države članice, ali i zvan nacionalnih granica u prekograničnim sporovima. Mogućnost traženja jednostavnijeg i jeftinijeg načina rješavanja sporova potiče povjerenje potrošača i trgovaca jednih u druge te u jedinstveno digitalno tržište. Upravo to je i razlog zašto je EU pokrenula inicijativu za uvođenje mehanizama za alternativno rješavanje sporova

---

[23] Marko Babić, „Zaštita prava potrošača i izvori trgovačkog prava“, *Poslovna izvrsnost* 9., br. 1 (2015): 73.

[24] U području podijeljenih nadležnosti kada je osnivačkim ugovorima EU u određenom području dodijeljena nadležnost koju ona dijeli s državama članicama, pravno obvezujuće akte u tom području mogu donositi i usvajati i EU i države članice. Države članice svoju nadležnost izvršavaju u onoj mjeri u kojoj EU ne izvršava svoju nadležnost. Tako u: Nada Bodiroga-Vukobrat, Hana Horak i Adrijana Martinović, *Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji* (Zagreb: Inženjerski biro, 2011) (cit. prema: Babić, *Zaštita prava potrošača i izvori trgovačkog prava*, 73.)

[25] Josipa Salač i Jelena Uzelac, „Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj u kontekstu harmonizacije s pravnom stečevinom Europske unije“, *Financije i pravo* 2, br. 2 (2014): 12

[26] Dragan Zlatović, „Implementacija Smjernice 2005729/EC o nepoštenim poslovnim praksama“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 29, br. 1 (2008): 4.

na razini cijele Unije. Direktiva 2013/11/EU na razini EU usmjerila je pozornost na mogućnosti koje, u usporedbi s rješavanjem potrošačkog spora u postupku pred sudom, pruža alternativno rješavanje potrošačkog spora pred nadležnim tijelom. Alternativno rješavanje sporova („alternative dispute resolution", dalje u tekstu: ADR) predstavlja izvansudsko rješavanje sporova između potrošača i trgovaca.[27] Poticanje ADR-a kao najbržeg i najučinkovitijeg, ujedno i fleksibilnog te neformalnog načina rješavanja spora za obje strane[28] , stvaranje mreže izvansudskih načina rješavanja sporova, odnosno odgovarajućeg sustava za izvansudsko, beskontaktno, automatski generirano[29] rješavanje potrošačkih sporova[30], preporuke su Europske unije.[31] Razvoj sustava ADR-a od posebnog je interesa za Republiku Hrvatsku zbog učinka kako na nacionalno pravosuđe i unaprjeđenje učinkovitije zaštite potrošača tako i na gospodarski razvoj. Pravni okvir dobrovoljnog, izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova u Republici Hrvatskoj čine Zakon o arbitraži[32], Zakon o mirnom rješavanju sporova[33] kao i veći broj pravnih akata koji se odnose na zaštitu potrošača.[34] Mirno rješavanje spora je svaki izvansudski ili sudski postupak kojim stranke nastoje sporazumno riješiti spor, uključujući medijaciju i strukturirane pregovore u svrhu stvaranja uvjeta za sporazumno rješavanje sporova, izbjegavanje nepotrebnog pokretanja sudskih postupaka te osiguravanje uravnoteženog odnosa između postupka mirnog rješavanja spora i sudskog postupka.[35] Pojam medijacije podrazumijeva proces pregovaranja između stranaka u sporu, uz sudjelovanje treće osobe – medijatora, s ciljem postizanja nagodbe u najboljem interesu obiju strana. Mirno rješavanje spora provodi se prije ili tijekom sudskog postupka, a Zakon o mirnom

---

[27] Primjena mehanizma alternativnog rješavanja sporova obuhvaća sve izvansudske načine rješavanja sporova neovisno o razlikama i posebitostima u načinu njihova rješavanja. Vidi u: Tepeš, „Izvansudsko rješavanje potrošačkih sporova u Hrvatskoj", u: *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području – Rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova*, 190.

[28] Christopher Hodges i Naomi Creutzfeld, *Implementing the EU Consumer ADR Directive* (Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2013), 5.

[29] Susan Blake, Julie Browne i Struart Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 71.

[30] Laine Fogh Knudsen i Signe Balina, „Alternative Dispute Resolution Systems across the European Union, Iceland and Norway", *Procedia – Social and Behavioral Sciences*, br. 109 (2014): 944.

[31] Zelena knjiga o alternativnim načinima rješavanja sporova u građanskim i trgovačkim sporovima (Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, COM/2002/0196 final, 19. travnja 2002.) Vidi u: Urša Jeretina i Alan Uzelac, „Alternative Dispute Resolution for Consumer Cases: Are Divergences an Obstacle to Effective Access to Justice?", *Međunarodna revija za javno pravo*, br. 4 (2014): 46 – 48.

[32] Zakon o arbitraži, Narodne novine, br. 88/2001.

[33] Zakon o mirnom rješavanju sporova, Narodne novine br. 67/23. (dalje u tekstu: Zakon o mirnom rješavanju sporova)

[34] Emilia Mišćenić i Vlatka Butorac Malnar, „Online rješavanje potrošačkih sporova", *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske* 8, br. 1 (2017): 106.

[35] Čl. 3. Zakona o mirnom rješavanju sporova.

rješavanju sporova odredbom čl. 9., st.1. uredio je pitanje odnosa sudskog i ovog instrumenta izvansudskog rješavanja sporova na način da je propisao kako su stranke prije pokretanja parničnog postupka radi naknade štete, osim postupka radi naknade štete iz radnog odnosa, dužne pokušati riješiti spor mirnim putem. Ako jedna stranka prije pokretanja parničnog postupka predloži provođenje postupka mirnog rješavanja spora, takav prijedlog druga stranka može odbiti samo ako za to postoji opravdani razlog, kao što je prijašnje nasilje među strankama.[36] Medijacija najčešće završava nagodbom čiji oblik i sadržaj određuju stranke. Zakon daje nagodbi u medijaciji značaj ovršne isprave, koja se po učinku izjednačava sa sudskom nagodbom ili pravomoćnom sudskom presudom ako je u njoj utvrđena određena obveza na činidbu o kojoj se stranke mogu nagoditi i ako sadrži izjavu obveznika o neposrednom dopuštenju ovrhe.[37]

3.1. Direktiva 2013/11/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2013. godine o alternativnom načinu rješavanja potrošačkih sporova

U preambuli Direktive 2013/11/EU naznačeno je kako alternativno rješavanje sporova omogućuje jednostavno, brzo i uz niske troškove, izvansudsko rješavanje sporova između potrošača i trgovaca (osim sporova u sektorima zdravstva i obrazovanja).[38] Konstatira se kako alternativno rješavanje sporova nije u potpunosti razvijeno na cijelom području Europske unije jer potrošači i trgovci još uvijek nisu dovoljno svjesni postojećih izvansudskih mehanizama rješavanja sporova, što je i razlog zbog kojeg se mnogi potrošači suzdržavaju od prekogranične kupovine i zbog kojeg nemaju povjerenja u to da se potencijalni sporovi s trgovcima mogu riješiti na jednostavan, brz i financijski povoljan način.[39] Svrha je Direktive 2013/11/EU, postizanjem visoke razine zaštite potrošača, pridonijeti pravilnom funkcioniranju unutarnjeg tržišta te omogućiti potrošačima izvansudsko rješavanje sporova neovisnim, transparentnim, učinkovitim, brzim i pravičnim alternativnim načinima rješavanja sporova.[40] Direktiva je rezultat značajnih napora koje europska tijela posljednjih desetljeća ulažu u alternativno rješavanje sporova i zaštitu potrošača kao dva područja bitna za rast i razvoj unutarnjeg tržišta i poticanje gospodarstva općenito. Oni su rezultat shvaćanja prema kojemu potrošački sporovi zbog svoje prirode zahtijevaju drukčije načine rješavanja sporova.[41] U

[36] Čl. 9., st. 5. Zakona o mirnom rješavanju sporova.

[37] Čl. 20, st.2. Zakona o mirnom rješavanju sporova

[38] Odredbom članka 2. Direktive 2013/11/EU propisano je na koje se postupke Direktiva ne primjenjuje.

[39] Točka 5. Preambule Direktive 2013/11/EU

[40] Točka 8. Preambule Direktive 2013/11/EU

[41] Uzelac, *„Izazovi novog uređenja izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova“, u: Liber amicorum Aldo Radolović zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću*, 146.

članku 2. Direktive 2013/11/EU utvrđuje se područje primjene Direktive te se propisuje kako se ona primjenjuje na postupke izvansudskog rješavanja domaćih i prekograničnih sporova na temelju ugovorne obveze proizašle iz ugovora o prodaji ili uslugama između trgovaca s poslovnim nastanom u Europskoj uniji i potrošača s prebivalištem na području Europske unije. Odredba članka 3. Direktive 2013/11/EU uređuje odnos prema drugim pravnim aktima EU te ističe prvenstvenu primjenu odredaba Direktive 2013/11/EU u slučaju sukoba s odredbama koje se odnose na izvansudske postupke pokrenute od strane potrošača prema trgovcu, dok stavak. 2. članka 3. određuje kako odredbe Direktive 2013/11/EU ne dovode u pitanje Direktivu 2008/52/EZ. Direktiva 2013/11/EU u III. poglavlju (Informiranje i suradnja), u čl. 13. st. 1., navodi obvezu države članice osigurati da trgovci[42] s poslovnim nastanom na njihovim državnim područjima informiraju potrošače[43] o subjektu ili subjektima za ADR kojima su ti trgovci obuhvaćeni. Navedene informacije moraju biti jasne, razumljive i lako dostupne putem internetske stranice trgovca ili općih uvjeta ugovora o uslugama između trgovca i potrošača (ako internetska stranica trgovca ne postoji).[44] U primjeni ove Direktive države članice moraju osigurati da ustanovljeni subjekti država članica nadležni za rješavanje ADR sporova održavaju aktualnu mrežnu stranicu kojom se omogućuje korisnicima jednostavan pristup informacijama te podnošenje pritužbe (ili zahtjeva za izvansudsko rješavanje spora) s popratnom dokumentacijom elektroničkim putem, što ne isključuje mogućnost podnošenja pritužbe redovnom poštom ili neposredno ADR subjektu. Radi učinkovitosti ADR postupka, nadležan ADR subjekt države članice omogućit će odvijanje komunikacije stranaka u prvome redu elektroničkim putem. Važno je napomenuti kako su nadležna ADR tijela dužna postupati u skladu s pravilima o zaštiti osobnih podataka utvrđenim nacionalnim zakonodavstvom u implementaciji Direktive 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. godine o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka.[45] U skladu s općim načelima ADR postupaka, države članice moraju osigurati da fizičke osobe koje provode ADR postupke posjeduju potrebnu stručnost, neovisnost

---

[42] Članak 4. t. b) Direktive 2013/11/EU: *„Trgovac" znači svaka fizička ili pravna osoba, neovisno o tome je li u privatnom ili javnom vlasništvu, koja djeluje, uključujući i preko drugih osoba koje djeluju u njezino ime ili za njezin račun, u svrhe povezane sa svojom trgovačkom, poslovnom, obrtničkom ili profesionalnom djelatnošću.*

[43] Članak 4. t. a) Direktive 2013/11/EU: *„Potrošač" znači fizička osoba koja djeluje izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti.*

[44] Čl. 13. st. 2. Direktive 2013/11/EU

[45] Direktiva 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. godine o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, Službeni list Europske unije, L 281/31, 23. studenog 1995.

i nepristranost.[46] Zadatak tijela koja vode postupak alternativnog rješavanja potrošačkog spora je da neovisno, nepristrano, transparentno, učinkovito, brzo i ekonomično riješi spor, s posljedičnim ostvarivanjem visoke razine zaštite potrošača i pravilnog funkcioniranja unutarnjeg tržišta EU, u skladu sa osnovnim ciljevima Direktive 2013/11/EU.

3.2. Zakon o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova

Prije donošenja ZARPS-a, mogućnosti alternativnog rješavanja potrošačkih sporova sagledavale su se generalno kroz opće propise koji su uređivali mirenje (Zakon o mirenju), te djelovanjem rijetkih tijela koja su nudila uslugu alternativnog rješavanja sporova u građanskim i trgovačkim sporovima.[47] Donošenjem ovog zakonskog teksta, kojim je u unutarnji pravni sustav implementirana Direktiva 2013/11/EU, hrvatsko je zakonodavstvo po pitanju alternativnog rješavanja potrošačkih sporova, barem normativno, usklađeno s onim u EU. Ipak, autorice u ZARPS-u uočavaju određene neusklađenosti s pojedinim odredbama Direktive 2013/11/EU, o čemu će više riječi biti u nastavku. ZARPS uređuje alternativno rješavanje domaćih i prekograničnih sporova između trgovaca sa sjedištem u Hrvatskoj i potrošača s boravištem u EU. Ipak, odredbe ZARPS-a se ne primjenjuju u svim sporovima u kojima je jedna od stranaka potrošač.[48] Osnovna svrha ZARPS-a je omogućiti potrošačima da sporove s trgovcima rješavaju pred tijelima za alternativno rješavanje potrošačkih sporova koja osiguravaju neovisno, nepristrano, transparentno, zakonito, učinkovito, brzo i ekonomično rješavanje sporova, u svrhu ostvarivanja visoke razine zaštite potrošača i pravilnog funkcioniranja unutarnjeg tržišta. Ministar nadležan za politiku zaštite potrošača na temelju dostavljenih informacija donosi odluku kojom se određuju tijela za rješavanje sporova na cjelokupnom području RH. Svrha je „potpuna sektorska i geografska pokrivenost“, sukladno recitalima 5. i 24. preambule Direktive 2013/11/EU. Jedan od ciljeva donošenja Direktive 2013/11/EU je bio ujednačavanje kriterija za djelovanje tijela za alternativno rješavanje potrošačkih sporova diljem EU-a. U državama članicama postoje, naime, velike razlike u načinu djelovanja, nadležnostima te brojnim drugim karakteristikama tijela za alternativno rješavanje sporova.[49] Ono što su autorice rada uočile još prilikom

---

[46] Čl. 6. Direktive 2013/11/EU

[47] Uzelac, *„Izazovi novog uređenja izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova“, u: Liber amicorum Aldo Radolović zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću*, 150.

[48] Odredbom čl. 4. ZARPS-a propisano je u kojim se postupcima taj zakon ne primjenjuje.

[49] Unutar toga mnoštva partikularnih sustava pojavljuju se raznovrsne opcije, od sektorskih tijela i državnih agencija preko potrošačkih ombudsmana do specifičnih i visokospecijaliziranih arbitražnih tribunala. Vidi u: Uzelac, *„Izazovi novog uređenja izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova“, u: Liber amicorum Aldo Radolović zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću*, 148.

donošenja ZARPS-a po hitnom postupku krajem 2016.godine, je da je predmetno polje primjene ZARPS-a postavljeno dosta uže u odnosu na Direktivu 2013/11/EU. Naime, postoji neusklađenost između čl. 2., st. 1. Direktive 2013/11/EU koji govori o sporovima nastalima između „trgovaca s poslovnim nastanom u Uniji" i „potrošača s prebivalištem u Uniji" te čl. 1. ZARPS-a[50]. Navedena neusklađenost, značajna je prepreka učinkovitosti zaštite potrošačkih interesa i prava.[51] U odnosu na preuzimanje Direktive 2013/11/EU u hrvatsko pravo, postavlja se pitanje ispunjavaju li zaista domaće usklađene odredbe uvjete iz načela učinkovitosti EU-a. Naime, isključenjem mogućnosti primjene ZARPS-a na sporove između potrošača s prebivalištem u RH i trgovaca sa sjedištem u nekoj drugoj državi članici, narušeno je načelo učinkovitosti u užem smislu, odnosno zaštita potrošača onemogućena je ili barem znatno otežana.[52] Napominjemo i kako je ZARPS normirao obvezu trgovaca sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, koji se obvežu ili su temeljem mjerodavnih propisa obvezni rješavati potrošačke sporove putem tijela za alternativno rješavanje potrošačkih sporova, da o toj činjenici obavijeste potrošače. Obavijesti moraju biti istaknute na način koji je za potrošača jasan, razumljiv i lako dostupan, na mrežnim stranicama i u poslovnim prostorijama trgovca, kao i na druge načine predviđene posebnim propisima o zaštiti potrošača. Uočavamo još jednu, po prava i interese potrošača, ograničavajuću neusklađenost između odredbi ZARPS-a i Direktive 2013/11/EU. Zakonodavac, naime, uređujući dužnosti informiranja potrošača od strane trgovca, u čl. 22 ZARPS-a nije, sukladno čl. 13., st. 2. Direktive 2013/11/EU, predvidio osiguravanje dostupnosti informacija potrošaču i (ukoliko je primjena u konkretnom slučaju moguća) putem općih uvjeta ugovora o prodaji ili o uslugama između trgovca i potrošača. Uskraćivanje domaćem potrošaču ovakvog načina primanja informacija o nadležnom tijelu ili tijelima za alternativno rješavanje potrošačkih sporova (predviđenog odredbama Direktive 2013/11/EU) od strane trgovca, smatramo ozbiljnim nedostatkom,

---

[50] *Ovim Zakonom uređuje se alternativno rješavanje domaćih i prekograničnih sporova koji proizlaze iz ugovora o kupoprodaji ili ugovora o uslugama između trgovaca sa sjedištem u Republici Hrvatskoj i potrošača s boravištem u Europskoj uniji (u daljnjem tekstu: EU) u postupku pred tijelima za alternativno rješavanje potrošačkih sporova koja su ovlaštena provesti mirenje ili donijeti neobvezujuću ili obvezujuću odluku o sporu, a koja su određena sukladno odredbama ovoga Zakona.*

[51] Štoviše, u čl. 6. ZARPS-a, kojim su određeni temeljni pojmovi, uočavamo daljnju potvrdu suženog polja primjene odredbi ZARPS-a, na štetu hrvatskih potrošača, koja se ogleda u definiranju pojma "domaći spor" i „prekogranični spor". Definicije odstupaju od onih iz čl. 4., st. 1. Direktive2013/11/EU prema kojima kod „domaćeg spora" potrošač ima prebivalište u istoj državi članici u kojoj trgovac ima poslovni nastan, a kod prekograničnog spora potrošač ima prebivalište u državi članici različitoj od one u kojoj trgovac ima poslovni nastan. „Domaći spor" definira se kao spor koji proizlazi iz ugovora o kupoprodaji ili o uslugama pri čemu u vrijeme kad potrošač naručuje robu ili usluge, potrošač ima prebivalište, a trgovac sjedište u RH, a „prekogranični spor" je onaj proizišao iz ugovora o kupoprodaji ili o uslugama kod kojeg u vrijeme kad potrošač naručuje robu ili usluge, potrošač ima prebivalište u državi članici EU-a različitoj od RH, a trgovac sjedište u RH.

[52] Mišćenić i Butorac Malnar, *Online rješavanje potrošačkih sporova*, 136.

posebice ako uzmemo u obzir činjenicu da u uvjetima masovne potrošnje robe i usluga ugovorne strane upravo potrošačke ugovore sklapaju u formi formularnih (tipskih) ugovora koji sadržavaju opće uvjete ugovora ili se na njih pozivaju, a bez kojih bi promet robe i usluga bio znatno otežan.[53] Kod sklapanja ove vrste ugovora, a posebice ugovora po pristupu (adhezijskih ugovora), kod kojih je mogućnost pregovaranja ugovornih strana u potpunosti isključena, upravo je od iznimne važnosti zaštita pristupnika ugovoru, a to je potrošač. Takva je zaštita predviđena odredbom čl. 296. ZOO-a koji propisuje kako su ništetne odredbe općih uvjeta ugovora koje su suprotne načelu savjesnosti i poštenja i koje su prouzročile očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja sastavljača ili, pak, ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opći uvjeti koji ih sadržavaju odobreni od nadležnog tijela.[54]

U slučaju nemogućnosti rješavanja spora pisanim prigovorom potrošača trgovcu, trgovac je u svojem odgovoru dužan iznova uputiti potrošača na informacije iz st. 1. i 2. i dati mu pisanu izjavu o mogućnostima pokretanja postupka pred tijelima za alternativno rješavanje sporova te o tome hoće li pokrenuti postupak pred nekima od njih.

Nacionalni program zaštite potrošača za razdoblje od 2021. do 2024. godine utvrđuje prioritetna područja koja je potrebno unaprijediti u nadolazećem razdoblju kako bi se osnažio položaj potrošača u Republici Hrvatskoj te povećalo njihovo povjerenje u tržište, a jedan od prioriteta je i jačanje sustava alternativnog rješavanja potrošačkih sporova.[55] S navedenim se slažemo, pogotovo s obzirom na činjenicu da dosadašnji pokazatelji upućuju na nedovoljnu iskorištenost sustava za alternativno rješavanje potrošačkih sporova u praksi.[56] Potrebno je, stoga, ulagati napore u cilju jačanja predmetnog sustava, posebice uzimajući u obzir postojeće prakse drugih država članica Europske unije.

---

[53] Opće uvjete ugovora Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018, 126/2021, 114/2022, 156/2022, dalje u tekstu: ZOO) u čl. 295. definira kao ugovorne odredbe sastavljene za veći broj ugovora koje jedna ugovorna strana (sastavljač) prije ili u trenutku sklapanja ugovora predlaže drugoj ugovornoj strani, bilo da su sadržani u formularnom (tipskom) ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva.

[54] Zakon o zaštiti potrošača (Narodne novine br. 19/22, 59/23, dalje u tekstu: ZZP) odredbom čl. 53. uređuje nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima: *(1) Ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatra se nepoštenom ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.*

[55] Nacionalni program zaštite potrošača za razdoblje od 2021. do 2024. godine, pristup 19. srpnja 2023., https://www.zakon.hr/cms.htm?id=47725

[56] Broj uspješno dovršenih postupaka pred tijelima za alternativno rješavanje potrošačkih sporova (koji su rezultirali nagodbom ili drugom odlukom) je njih 136.. Prosječno trajanje postupka (pred svim nostrificiranim tijelima za alternativno rješavanje potrošačkih sporova) je 43 dana (podaci iz Izvješća o razvoju i funkcioniranju sustava za alternativno rješavanje potrošačkih sporova u Republici Hrvatskoj za razdoblje od lipnja 2017. do srpnja 2018.g., pristup 19. srpnja 2023., https://www.szp.hr/sve-potrosacke-teme-na-jednom-mjestu/alternativno-rjesavanje-potrosackih-sporova-arps/37

3.3. Sustavi alternativnog rješavanja potrošačkih sporova u Europi

U državama članicama EU sustavi alternativnog rješavanja potrošačkih sporova se znatno razlikuju, ali su provedbeni zakoni svugdje na snazi.[57] Analiza različitih aspekata ustrojstva i djelovanja sustava alternativnog rješavanja potrošačkih sporova unutar EU otkrila je da se evidentne sličnosti mogu identificirati unutar geografskih i sektorskih nadležnosti tijela, koje su u nekim slučajevima bile popraćene sličnostima u organizaciji i načinima financiranja.[58] Sektorski sustav karakteriziraju tijela alternativnog rješavanja potrošačkih sporova s nacionalnom nadležnošću, koja su razvijena da rješavaju potrošačke sporove samo u određenim sektorima kao što su osiguranje, bankarske usluge, turističke usluge, poštanske usluge, itd. Ovakav je sustav karakterističan za, primjerice Francusku, Ujedinjeno Kraljevstvo, Irsku, Slovačku.[59] U regionalnim sustavima većina tijela alternativnog rješavanja potrošačkih sporova ADR ima nadležnost za rješavanje različitih vrsta potrošačkih pritužbi unutar određenih regija u državi, s iznimkom nekih tijela alternativnog rješavanja potrošačkih sporova koja imaju nadležnost rješavanja potrošačkih sporova na cijelom državnom području u određenom sektoru/-ima. Primjere ovakvih sustava organizacije sustava alternativnog rješavanja potrošačkih sporova pronalazimo u Španjolskoj i Mađarskoj.[60] Karakteristike sektorsko-regionalnog sustava su da tijela za alternativno rješavanje sporova imaju nadležnost za rješavanje pritužbi potrošača samo u određenim sektorima određene regije, uz neke iznimke na nacionalnoj razini. Ovakav sustav nalazimo u Češkoj, Poljskoj, Njemačkoj i Austriji.[61] Nadalje, neke su zemlje uspostavile središnje tijelo alternativnog rješavanja potrošačkih sporova s nacionalnom nadležnošću koje se bavi pritužbama potrošača u gotovo svim predmetima, osim u nekim specifičnim sektorima gdje postoje dodatna tijela za alternativno rješavanje potrošačkih sporova, kao što je slučaj u Republici Hrvatskoj i još nekim europskim državama kao, primjerice, u Švedskoj, Danskoj, Norveškoj, Islandu, Litvi,

---

[57] Christopher Hodges, Iris Benöhr i Naomi Creutzfeldt, *The Hidden World of Consumer ADR – Redress and Behavior: Report and analysis of a conference held at Jesus College Ship Street Centre, 28 October 2011* (Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2011), u: Dollani, N., „Consumer ADR: The Albanian experience in Transposing EU Directive", *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br.1 (2019): 198.

[58] Fogh Knudsen i Balina., *Alternative Dispute Resolution Systems across the European Union, Iceland and Norway*, 944.

[59] *Ibidem.*

[60] *Ibidem.*

[61] *Ibidem.*

Latviji, Estoniji. [62] Mješoviti sustav podrazumijeva da neka od tijela nadležnih za alternativno rješavanje sporova u nekoj određenoj državi imaju opću nadležnost rješavanja sporova u određenim sektorima među različitim stranama (trgovac-potrošač, trgovac-trgovac, obiteljski odnosi, itd.). Primjeri ovakvog sustava su Belgija i Slovenija.[63] U krovnom sustavu kakav, primjerice, postoji u Grčkoj i Nizozemskoj, većina sektorskih ili regionalnih tijela alternativnog rješavanja sporova koja postoje u jednoj zemlji objedinjena su pod jednu krovnu organizaciju s nekim iznimkama u vezi s nadležnosti za alternativno rješavanje potrošačkih sporova u određenim sektorima.[64] Zaključno, Italija koristi tzv. fragmentirani sustav u kojemu postoji niz tijela za alternativno rješavanje sporova; neka tijela rješavaju sve vrste potrošačkih pritužbi na nacionalnoj razini, druga tijela nadležna su za rješavanje pritužbi u određenom sektoru u određenoj regiji, treća vrsta tijela ima nadležnost rješavanja potrošačkih pritužbi u određenom sektoru, ali na nacionalnoj razini.[65]

4. PROCESNOPRAVNI UVJETI PROVOĐENJA ALTERNATIVNOG RJEŠAVANJA SPOROVA

Preuzimajući tekst Direktive 2013/11/EU, ZARPS je preuzeo i njezine dijelove koji izrijekom upućuju na mogućnost da se u postupku alternativnog rješavanja potrošačkih sporova donose i odluke, i to odluke koje će za trgovca biti obvezujuće. Mogućnost da se tijekom postupka alternativnog rješavanja sporova donese i odluka koja će biti za trgovca obvezujuća bila je implicirana

---

[62] ADR in Sweden, pristup 19. srpnja 2023., https://www.hallakonsument.se/en/articles/alternative-dispute-resolution-resolving-disputes-without-a-court, Denmark, an introduction to dispute resolution, pristup 19. srpnja 2023., https://chambers.com/content/item/4280, Alternative consumer dispute resolution in Norway, pristup 19. srpnja 2023., https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/europaportalenimages/2607/alternative_dispute_resolution_in_norway_2_.pdf, Improvement of the Lithuanian ADR system for more active involvement of social partners (consumer and business associations), pristup 19. srpnja 2023., https://www.developmentaid.org/organizations/awards/view/351413/improvement-of-the-lithuanian-adr-system-for-more-active-involvement-of-social-partners-consumer-and, Alternative dispute resolution in Latvia, pristup 19. srpnja 2023., https://ecclatvia.lv/en/alternative-dispute-resolution-2, Consumer dispute resolution in Estonia, pristup 19. srpnja 2023., https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi-9sDjnN7_AhVIavEDHVdrDhUQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Fdigikogu.taltech.ee%2Fet%2FDownload%2F4e90b5f9-6d66-4f22-8454-799f9c46eca5&usg=AOvVaw1MKlt8U149F1ze4cJgP6MW&opi=89978449 (22.06.2023.)

[63] Fogh Knudsen i Balina., *Alternative Dispute Resolution Systems across the European Union, Iceland and Norway*, 946.

[64] *Ibidem.*

[65] Detaljno u: Carlo Pilia, Pablo Cortés i Paolo Vargiu, „The Implementation of the Consumer ADR Directive in Italy", u: Pablo Cortés, ur., *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, (Oxford: Oxford University Press, 2016), 209.–228.

još od Preporuke 98/257/EZ[66] o načelima primjenjivim na tijela odgovorna za izvansudsko rješavanje potrošačkih sporova.[67] No, u RH prioritet imaju neobvezujuće metode alternativnog rješavanja potrošačkih sporova.[68] Zakonom se moglo propisati da je za trgovce, barem u nekom specifičnom poslovnom sektoru, obvezatno sudjelovanje u postupku alternativnog rješavanja spora. Pritom treba uzeti u obzir i to da načelna obvezatnost odluka iz procesa ADR (posebno ako je ograničena na trgovce) nije nesukladna konvencijskim i ustavnim jamstvima prava na pristup sudu.[69] Takvim rješenjem, mislimo, pridonijelo bi se boljoj funkcionalnosti sustava alternativnog rješavanja spora između potrošača i trgovca u praksi. U zemljama sjevera Europe npr. Švedskoj, Danskoj, Finskoj primjenjen je takav sustav; trgovci su dužni sudjelovati u postupku pred tijelom ADR, a donesena odluka ima svojstvo preporuke. Sustav je učinkovit jer trgovci u više od 90% slučajeva dobrovoljno poštuju odluke tijela ARS..[70] Ako je riječ o postupku alternativnog rješavanja spora koji će rezultirati odlukom koja je po svojoj prirodi neobvezujuća, stranke imaju mogućnost u bilo kojem trenutku odustati od postupka ako su nezadovoljne načinom na koji se postupak vodi, o čemu ih je tijelo za alternativno rješavanje sporova obvezno izvijestiti prije početka postupka.[71] Prije prihvaćanja predloženog rješenja ili postupanja u skladu s njim, stranke trebaju biti obaviještene kako mogu prihvatiti ili ne prihvatiti predloženo rješenje spora, te da ih sudjelovanje u postupku ne sprječava u ostvarenju pravne zaštite u redovitom sudskom postupku.[72] Stranke moraju, nadalje, biti obaviještene kako predloženo rješenje spora može biti sadržajno različito od odluke koju bi donio

---

[66] Preporuka Komisije 98/257/EZ od 30. ožujka 1998. o načelima primjenjivim na tijela odgovorna za izvansudsko rješavanje potrošačkih sporova. SL L 11531, 17.04.1998., u tekstu Preambule određuje da se preporuka odnosi na: *procedures which, no matter what they are called, lead to the settling of a dispute through the active intervention of a third party, who proposes or imposes a solution.*

[67] Uzelac, *„Izazovi novog uređenja izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova", u: Liber amicorum Aldo Radolović zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću*. 158.

[68] Umjesto toga, resorno ministarstvo je u pozivu za odabir tijela za ARPS dalo signal koji je dijametralno različit: među posebne uvjete bitne za sufinanciranje uključilo je onaj koji daje prioritet neobvezatnim metodama rješavanja sporova, naime onima koje su namijenjene postizanju „sporazumnog rješenja", čak i izričito upućujući na medijaciju kao jedan od primjera. Takvim se stavom dovodi u pitanje i je li u svega nekoliko mjeseci od donošenja ZARPS-a koji je afirmirao potencijal za obvezatnost odluka donesenih u postupku ARPS-a država prešutno odustala od njegovog korištenja. Tako u: Uzelac, *„Izazovi novog uređenja izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova", u: Liber amicorum Aldo Radolović zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću*. 159.

[69] Odluka Europskog suda za ljudska prava koja nije našla povrede u slučaju obvezatnosti za trgovce – Odluka o dopuštenosti od 14. lipnja 2011., *Heather Moor & Edgecomb Ltd protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1550/09 [2011] ECHR 1019, u: Uzelac, *„Izazovi novog uređenja izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova", u: Liber amicorum Aldo Radolović zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću*, 159.

[70] Christopher Hodges i Astrid Stadler, ur., *Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims*, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013), 25.

[71] Čl. 18. st. 2. t.1. ZARPS-a.

[72] Čl. 18. st. 2. t.2. ZARPS-a.

sud primjenjujući mjerodavna pravna pravila. Prije prihvaćanja predloženog rješenja ili postupanja u skladu s njim stranke trebaju biti obaviještene o pravnim učincima takva prihvaćanja ili postupanja, a prije nego što pristanu na predloženo sporazumno rješenje, strankama se mora omogućiti razuman rok za njegovo razmatranje.[73] U odnosu na sporazume potrošača i trgovaca o alternativnom rješavanju spora, propisano je da sporazumi kojima se potrošač i trgovac obvezuju da će svoj spor rješavati pred određenim tijelom za alternativno rješavanje sporova ne obvezuje potrošača ako je zaključen prije nastanka spora ili ako se na temelju takva sporazuma potrošač odriče prava na sudsku zaštitu u parničnom postupku.[74] U slučaju da tijelo za alternativno rješavanje sporova ima predviđen postupak čiji je cilj rješavanje spora obvezujućim rješenjem, takvo rješenje može biti obvezujuće za stranke samo ako su one unaprijed informirane o njegovoj obvezujućom prirodi te samo ako ga izričito prihvaćaju, sukladno odredbi čl. 19. st. 2. ZARPS-a. Ova odredba se ne primjenjuje na trgovca ako je posebnim propisom predviđeno da je predloženo rješenje u postupku alternativnog rješavanja potrošačkog spora obvezujuće za trgovca. ZARPS uređuje i pitanje primjene prisilnih propisa države članice EU-a uobičajenog boravišta potrošača za slučajeve da postupak pred tijelom za alternativno rješavanje sporova rezultira predlaganjem rješenja koje je obvezujuće za potrošača. U slučaju da je cilj postupka tijela za alternativno rješavanje sporova predložiti rješenje koje je obvezujuće za potrošača, nužno je osigurati da, u situaciji u kojoj nema sukoba zakona, obvezujuće rješenje spora ne smije rezultirati lišavanjem potrošača zaštite koja mu je osigurana odredbama od kojih se ne može odstupiti sporazumom, koje su na snazi u državi članici EU-a u kojoj potrošač i trgovac imaju svoje uobičajeno boravište ili sjedište[75]. ZARPS propisuje pravne učinke pokretanja postupaka u odnosu na tijek zastarnih i prekluzivnih rokova za podnošenje tužbe.[76] Odredbe ZARPS-a tako ne utječu na zastarne i prekluzivne rokove propisane međunarodnim sporazumima koje je Republika Hrvatska ratificirala.[77]

4.1. Međuodnos sudskog i alternativnog načina zaštite potrošačkih interesa i prava

Prije nego što potrošač sklopi ugovor ili bude obvezan odgovarajućom ponudom, trgovac ga mora na jasan i precizan način informirati o mehanizmima izvansudskog rješavanja sporova, odnosno o sustavima za obeštećenje te načinu

[73] Čl. 18. st. 2. t.3. ZARPS-a
[74] Čl. 19. st. 1. ZARPS-a
[75] Čl. 20. ZARPS-a.
[76] Čl. 21. ZARPS-a
[77] Čl. 21. st. 7. ZARPS-a

na koji ih potrošač može koristiti.[78] U slučaju nastanka spora s trgovcem, ukoliko potrošač ne uspije s trgovcem sporazumno riješiti spor, on ima mogućnost pokretanja sudskog postupka (individualnog ili kolektivnog) ili, pak, pokretanja nekog od predviđenih alternativnih, izvansudskih postupaka kako bi riješio spor. U slučaju kada se određeni spor ne može riješiti putem pisanog prigovora koji potrošač upućuje trgovcu, trgovac je u odgovoru na pisani prigovor dužan dati potrošaču obavijest, ako se obvezao ili su se obvezali rješavati potrošačke sporove putem tijela za alternativno rješavanje potrošačkih sporova.[79] Potrošač je ovlašten i prije eventualnog podnošenja predstavničke tužbe za naknadu štete, podnijeti prijedlog za rješavanje spora putem medijacije nekom od tijela za alternativno rješavanje potrošačkih sporova određenih propisima kojima se uređuje alternativno rješavanje potrošačkih sporova. Na ovakvu medijaciju primjenjuju se odredbe propisa o mirenju i propisa kojima se uređuje alternativno rješavanje potrošačkih sporova.[80]

Stranke koje pred tijelom za alternativno rješavanje sporova pokrenu postupak, čiji rezultat nije obvezujući za stanke, ne smiju izgubiti mogućnost pokretanja sudskog postupka zbog proteka zakonom propisanog roka za podnošenje tužbe ili izgubiti mogućnost prisilnog ostvarenja spornog prava zbog proteka zastarnog roka.[81] Pri tome je odlučno, naravno, odrediti trenutak pokretanja postupka pred tijelom za alternativno rješavanje sporova. Postupak pred tijelom za alternativno rješavanje sporova pokrenut je u trenutku kad potrošač poduzme radnju koja je usmjerena na pokretanje postupka pred tijelom za alternativno rješavanje sporova.[82] Propisana je dužnost tijela za alternativno rješavanje sporova poučiti potrošače o rokovima u kojima mogu podnijeti tužbu odnosno poduzeti drugu radnju pred sudom ili drugim nadležnim tijelom radi utvrđivanja, osiguranja ili ostvarenja tražbine ako nije zaključena nagodba u postupku alternativnog rješavanja sporova i o pravnim posljedicama propuštanja tih rokova.[83]

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Napori koje europska tijela posljednjih desetljeća ulažu u alternativno rješavanje sporova i zaštitu potrošača rezultat su shvaćanja prema kojemu potrošački

[78] Članak. 46. stavak 1. točka 11. ZZP-a.

[79] Članak. 22. stavak 1. ZARSP.

[80] Članak 15. Zakona o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača.

[81] Čl. 21. st. 1. ZARPS-a

[82] Slađana Aras Kramar, „O Zakonu o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova“, *Pravo i porezi* 26, br. 2/2017:.70.

[83] Čl. 24. st. 4., 5. i 6. ZARPS-a.

sporovi zbog svoje prirode zahtijevaju drukčije načine rješavanja.[84] Empirijska istraživanja aktualnog stanja u području alternativnog rješavanja potrošačkih sporova pokazala su da je alternativno rješavanje potrošačkih sporova raširenije negoli što bi se to moglo pomisliti. Upravo okolnost da se alternativno rješavanje sporova kod potrošačkih sporova razvijalo odozdo (engl. bottom-up), a ne odozgo (kao proizvod inicijativa koje su pokrenula centralna državna tijela) uzrokovala je da pravosudni administratori i nadležna resorna ministarstva najčešće previđaju postojanje shema ADR-a (ili ih barem ne doživljavaju kao područje svoga rada i nadležnosti). Unutar mnoštva partikularnih sustava pojavljuju se raznovrsne opcije, od sektorskih tijela i državnih agencija preko potrošačkih ombudsmana[85] do specifičnih i visokospecijaliziranih arbitražnih tribunala.[86] U komparativnom prikazu postojećih sustava alternativnog rješavanja potrošačkih sporova u Europi, uočeno je kako su najučinkovitiji oni alternativni sustavi u kojima je primjenjena „sektorijalizacija", što podrazumijeva da bi sustav alternativnog rješavanja sporova trebao biti ekstenzija specifičnih uvjeta u pojedinom poslovnom sektoru te se valja dubinski integrirati u taj sektor, nastavljajući se na postojeće sustave rješavanja pritužbi; najbolji europski primjeri potječu iz sustava vezanih uz individualne teme, kao što su iznajmljivanje automobila, hotelski smještaj, telekomunikacije, zračni promet i sl.[87] U Republici Hrvatskoj, unatoč čestim zakonodavnim intervencijama s ciljem usklađivanja nivoa zaštite potrošača sa onom koju jamči zakonodavstvo EU, još nisu dostignuti standardi procesnopravne zaštite koje na području izvansudskog rješavanja sporova i online rješavanja potrošačkih sporova predviđaju Direktiva 2013/11/EU i Uredba 524/2013. Hrvatski zakonodavac je donoseći ZARPS žurno i doslovno implementirao Direktivu 2013/11/EU u nacionalni pravni poredak što je, moguće, razlog nastalih manjkavosti do kojih je vjerojatno došlo u postupku prevođenja Direktive 2013/11/EU s engleskog na hrvatski jezik i prilikom tumačenja istih. Kao posebno značajan nedostatak, otežavajući za potrošača, budući uvelike umanjuje mogućnost ostvarenja njegovih

---

[84] Uzelac, *„Izazovi novog uređenja izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova", u: Liber amicorum Aldo Radolović zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću*, 146.

[85] Ovaj regulatorni sustav je u Engleskoj uobičajen, i posebno učinkovit kada pučki pravobranitelj i regulator rade zajedno. Pravobranitelji za zaštitu potrošača mogu odgovoriti na više pojedinačnih sličnih slučajeva sporova male vrijednosti. Tako u: Christopher Hodges, *Delivering Dispute Resolution; Recent review on the resolution of disputes in England and Wales*, (Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society in association with the Centre for Socio-Legal Studies and Wolfson College, University of Oxford, 2019), 8.

[86] Uzelac, *„Izazovi novog uređenja izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova", u: Liber amicorum Aldo Radolović zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću*, 148.

[87] Primjerice praksa posebnih ombudsmana za pojedine sektore. Dobar su primjer npr. sheme rješavanja potrošačkih sporova u energetskom sektoru – vidjeti: Naomi Creutzfeldt, „Ombudsman Schemes – Energy Sector in Germany, France and the UK", u: Pablo Cortés, ur., *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, (Oxford: Oxford University Press, 2016.), 101-123.

interesa i prava u postupku alternativnog rješavanja potrošačkog spora pokazalo se isključenje mogućnosti primjene ZARPS-a na sporove između potrošača s prebivalištem u Republici Hrvatskoj i trgovaca sa sjedištem u nekoj drugoj članici, do kojeg je došlo sužavanjem personalnog polja primjene ZARPS-a u odnosu na polje primjene predviđeno Direktivom 2013/11/EU. Zakonom se nije (osim načelno) propisala obvezatnost sudjelovanja trgovca u postupku alternativnog rješavanja spora te obvezatnost donesene odluke. Propisivanjem obvezatnosti, kako sudjelovanja tako i pridržavanja u postupku donesene odluke, pridonijelo bi se boljoj funkcionalnosti sustava alternativnog rješavanja spora između potrošača i trgovca u praksi. Novi Zakon o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača, sukladno Direktivi 2020/1828, trebao bi omogućiti potpuniju i pravodobniju zaštitu potrošačkih prava i brže sudske postupke. Predstavnička tužba trebala bi omogućiti aktivno legitimiranom pravnom subjektu zatražiti kolektivnu pravnu zaštitu za veći broj potrošača koji su oštećeni nezakonitom poslovnom praksom. Zaključno, autorice smatraju kako domaći pravni okvir alternativnog rješavanja potrošačkih sporova (ZARPS) pati od manjkavosti do kojih je došlo u postupku usklađivanja s pravnom stečevinom EU. Posljedično, domaćem potrošaču postojeći pravni okvir alternativnog rješavanja potrošačkih sporova još uvijek ne jamči isti standard pravne zaštite u odnosu na onaj koji predviđa Direktiva 2013/11/EU. Jedan od preduvjeta bolje učinkovitosti sustava alternativnog rješavanja potrošačkih sporova u Republici Hrvatskoj je bolje poznavanje i informiranost samih potrošača o njihovim pravima i načinima (metodama) ostvarivanja istih, s obzirom na to da recentni podaci govore kako je razina informiranosti hrvatskih potrošača o njihovim pravima i dalje niža od europskog prosjeka.[88]

LITERATURA

1. *ADR in Sweden*. Pristup 19. srpnja 2023. https://www.hallakonsument.se/en/articles/alternative-dispute-resolution-resolving-disputes-without-a-court
2. Alan Uzelac, „Izazovi novog uređenja izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova“, u: *Liber amicorum Aldo Radolović zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radolovića,* ur. Zvonimir Slakoper, Maja Bukovac Puvača, Gabrijela Mihelčić, 145-165. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2018.
3. *Alternative consumer dispute resolution in Norway*. Pristup 19. srpnja 2023. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/europaportalenimages/2607/alternative_dispute_resolution_in_norway_2_.pdf

[88] Potrošački semafor za 2023.g., pristup 20. srpnja 2023., https://commission.europa.eu/document/89ea35fe-728f-4749-b95d-88544687583c_en, str. 40.

4. *Alternative dispute resolution in Latvia*. Pristup 19. srpnja 2023. https://ecclatvia.lv/en/alternative-dispute-resolution-2
5. Carlo Pilia, Pablo Cortés i Paolo Vargiu, „The Implementation of the Consumer ADR Directive in Italy", u: Pablo Cortés, ur., *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, (Oxford: Oxford University Press, 2016), 209.–228.
6. Christopher Hodges i Astrid Stadler, ur., *Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.
7. Christopher Hodges i Naomi Creutzfeld, *Implementing the EU Consumer ADR Directive*. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2013.
8. Christopher Hodges, *Delivering Dispute Resolution; Recent review on the resolution of disputes in England and Wales*. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society in association with the Centre for Socio-Legal Studies and Wolfson College, University of Oxford, 2019.
9. Christopher Hodges, Iris Benöhr i Naomi Creutzfeldt, *The Hidden World of Consumer ADR – Redress and Behavior: Report and analysis of a conference held at Jesus College Ship Street Centre, 28 October 2011*. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2011., u: Dollani, N., „Consumer ADR: The Albanian experience in Transposing EU Directive", *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br.1 (2019), 197-2017.
10. Communication from the Commission to the European Parliament,the Council, the Economic and the Social Commitee and the Commitee of the Regions, A European Consumer Agenda – Boosting confidence and growth, COM/2012/ 225 final od 22.lipnja 2012.
11. *Consumer dispute resolution in Estonia*. Pristup 19. srpnja 2023. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi-9sDjnN7_AhVIavEDHVdrDhUQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Fdigikogu.taltech.ee%2Fet%2FDownload%2F4e90b5f9-6d66-4f22-8454-799f9c46eca5&usg=AOvVaw1MKlt8U149F1ze4cJgP6MW&opi=89978449
12. *Denmark, an introduction to dispute resolution.* Pristup 19. srpnja 2023. https://chambers.com/content/item/4280
13. Direktiva 2013/11/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2013. o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova, Službeni list Europske unije L 165/63, 18. lipnja 2013.
14. Dragan Zlatović, „Implementacija Smjernice 2005729/EC o nepoštenim poslovnim praksama", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 29, br. 1 (2008), 681-715.
15. Emilia Mišćenić i Vlatka Butorac Malnar, „Online rješavanje potrošačkih sporova", *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske* 8, br. 1 (2017), 103.-142.
16. *Hrvatski ured za osiguranje, Centar za mirenje*. Pristup 20. srpnja 2023. https://huo.hr/hr/zastita-potrosaca/centar-za-mirenje

17. *Improvement of the Lithuanian ADR system for more active involvement of social partners (consumer and business associations)*. Pristup 19. srpnja 2023. https://www.developmentaid.org/organizations/awards/view/351413/improvement-of-the-lithuanian-adr-system-for-more-active-involvement-of-social-partners-consumer-and
18. *Izvješće o razvoju i funkcioniranju sustava za alternativno rješavanje potrošačkih sporova u Republici Hrvatskoj za razdoblje od lipnja 2017. do srpnja 2018.g.* Pristup 19. srpnja 2023. https://www.szp.hr/sve-potrosacke-teme-na-jednom-mjestu/alternativno-rjesavanje-potrosackih-sporova-arps/37
19. Josipa Salač i Jelena Uzelac, „Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj u kontekstu harmonizacije s pravnom stečevinom Europske unije“, *Financije i pravo* 2, br. 2 (2014), 7-27.
20. Laine Fogh Knudsen i Signe Balina, „Alternative Dispute Resolution Systems across the European Union, Iceland and Norway“, *Procedia – Social and Behavioral Sciences*, br. 109 (2014): 944-948.
21. Marko Babić, „Zaštita prava potrošača i izvori trgovačkog prava“, *Poslovna izvrsnost* 9., br. 1 (2015), 71-89.
22. *Nacionalni program zaštite potrošača za razdoblje od 2021. do 2024. godine*. Pristup 19. srpnja 2023. https://www.zakon.hr/cms.htm?id=47725
23. Nada Bodiroga-Vukobrat, Hana Horak i Adrijana Martinović, *Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji*. Zagreb: Inženjerski biro, 2011.
24. Naomi Creutzfedt, “Alternative dispute resolution for consumers”, u: *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice: New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*, ur. Michael Stürner, Fernando Gascón Inchausti, Remo Caponi, 3-10. München: Sellier, 2015.
25. Naomi Creutzfedt, “An Introduction to Alternative Dispute Resolution (ADR) for Consumers in Europe”, u: *The Citizen in European Private Law: Norm-setting, Enforcement and Choice*, ur. Caroline Cauffman, Jan Smits, 141-154. Cambridge: Intersentia, 2016.
26. Naomi Creutzfeldt, „Ombudsman Schemes – Energy Sector in Germany, France and the UK“, u: Pablo Cortés, ur., *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*. Oxford: Oxford University Press, 2016., 101-123.
27. Nina Tepeš, „Izvansudsko rješavanje potrošačkih sporova u Hrvatskoj“, u: *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području: Rješavanje trgovačkih i potrošačkih* sporova, ur. Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Vlatka Butorac Malnar, 171-200. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009.
28. Odluka o dopuštenosti od 14. lipnja 2011., *Heather Moor & Edgecomb Ltd protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1550/09 [2011] ECHR 1019
29. Paula Poretti, „Sudska zaštita prava potrošača – (naj)bolji put?“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 39, br. 1 (2018): 535-574.

30. *Potrošački semafor za 2023.g*. Pristup 20. srpnja 2023. https://commission.europa.eu/document/89ea35fe-728f-4749-b95d-88544687583c_en
31. Preporuka Komisije 98/257/EZ od 30. ožujka 1998. o načelima primjenjivim na tijela odgovorna za izvansudsko rješavanje potrošačkih sporova. SL L 11531, 17.04.1998.
32. *Republika Hrvatska, Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja, Središnji portal za potrošače*. Pristup 20. srpnja 2023. https://www.szp.hr/sve-potrosacke-teme-na-jednom-mjestu/alternativno-rjesavanje-potrosackih-sporova-arps/37
33. Slađana Aras Kramar, „O Zakonu o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova", *Pravo i porezi* 26, br. 2/2017, 65-71.
34. Susan Blake, Julie Browne i Struart Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
35. *United Nations Guidelines for Consumer Protection*, pristup 5. srpnja 2023., https://unctad.org/publication/united-nations-guid elines-consumer-protection
36. Urša Jeretina i Alan Uzelac, „Alternative Dispute Resolution for Consumer Cases: Are Divergences an Obstacle to Effective Access to Justice?", *Međunarodna revija za javno pravo*, br. 4 (2014): 46 – 48.
37. Zakon o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača, Narodne novine br. 59/23
38. Zakon o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova, Narodne novine br. 121/2016, 32/2019
39. Zakon o mirnom rješavanju sporova, Narodne novine br. 67/23.
40. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018, 126/2021, 114/2022, 156/2022
41. Zakon o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača, Narodne novine br. 59/2023
42. Zakon o zaštiti potrošača, Narodne novine br. 19/22, 59/23
43. Zelena knjiga o alternativnim načinima rješavanja sporova u građanskim i trgovačkim sporovima (Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law). COM/2002/0196 final. 19. travnja 2002.

PROTECTION OF (COLLECTIVE) CONSUMER RIGHTS AND INTERESTS AND ALTERNATIVE RESOLUTION OF CONSUMER DISPUTES

The existence of a simpler, faster and cheaper way of resolving disputes between consumers and traders promotes mutual trust as well as the trust in the EU common market. That is why, for consumers and their interests, some of the most important issues are the effectiveness of existing ones, and finding new mechanisms for exercising consumer rights. In the paper, the authors present a representative lawsuit for the protection of collective interests and consumer rights from the new Act on representative lawsuits for the protection of collective interests and consumer rights and analyze the advantages and disadvantages of some of the existing alternative mechanisms for resolving consumer disputes at the domestic level, comparing them with mechanisms of other European countries. Also, the procedural legal conditions of conducting an alternative procedure for the resolution of consumer disputes are analyzed, as well as the interrelation between judicial and alternative methods of protecting consumer interests and rights.

Key words: *alternative resolution of consumer disputes, collective rerdress, representative lawsuits for the protection of collective interests and consumer rights, Act on Alternative Resolution of Consumer Disputes, Directive 2013/11/EU*

Izv. prof. dr. sc. Zvonimir Jelinić,
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, Republika Hrvatska*

TRANSFORMACIJA STALNIH SLUŽBI U POLIVALENTNE PRAVNE CENTRE KAO POTICAJNA PRAKTIČNA MJERA ZA REFORMU HRVATSKOG GRAĐANSKOG PRAVOSUĐA

UDK: 347.97/.99
Izvorni znanstveni rad

U Hrvatskoj trenutno na prvostupanjskoj razini djeluju 34 općinska suda u čijem sastavu djeluje 69 stalnih službi i 109 zemljišnjoknjižnih odjela. Na drugostupanjskoj razini postoji 15 županijskih sudova u čijem sastavu postoje daljnje 4 stalne službe. Pojedini trgovački sudovi kojih je ukupno 9 također imaju stalne službe, njih ukupno 3. Funkcija stalnih službi nije samo administrativna jer se u stalnim službama obavlja funkcija pravosuđenja. Stalne službe imaju svoje voditelje, suce, sudske savjetnike, službenike, odjele, pisarnice, zasebne zgrade i natpise te u krajnjoj liniji teritorijalnu nadležnost pa unatoč formalnoj uklopljenosti u matične sudove one djeluju kao zasebna sudska središta. Iako se može reći da prezentirane brojke govore same za sebe, rasprava o potrebi da se broj sudova u Hrvatskoj racionalizira je zanemarena i ona je danas praktički iščezla iz javnih i stručnih rasprava te strateških dokumenata.

U radu se polazi od teze da je primarna i najvažnija pravosudna reforma koja se u dogledno vrijeme mora provesti racionalizacija mreže sudova. Za razliku od oštrog reza broja trgovačkih i drugostupanjskih sudova, zagovora se optimizacija broja općinskih sudova.

Predlaže se provedba inovativne i korisne reformske mjere u vidu transformacije dijela stalnih službi prvostupanjskih sudova u polivalentne pravne centre. Nabrajaju se poslovi koje bi takvi centri mogli obavljati i pojašnjava se zašto bi takva jedna takva transformacija povoljno djelovala na pravosuđe i njegovu sliku u očima građana.

Ključne riječi: *racionalizacija i reorganizacija sudova, Zakon o područjima i sjedištima sudova, stalne službe, pravna zaštita*

* Izvanredni profesor na Katedri za građansko procesno pravo Pravnog fakulteta Osijek Sveučilište J. J. Strossmayera u Osijeku, Stjepana Radića 13, Osijek, Republika Hrvatska, e-mail: zjelinic@pravos.hr ORCHID ID: 0000-0001-7580-7843.

1. UMJESTO UVODA. IMAJU LI DRUGE DRŽAVE U EUROPI PODRUČNE SUDSKE UREDE?

Izvješće Europske komisije za učinkovitost pravosuđa (CEPEJ) o europskim pravosudnim sustavima[1] otkriva puno zanimljivih informacija o pravosudnim sustavima država članicama. Jedno od poglavlja u tom izvješću posvećeno je organizaciji i broju sudova te se tamo mogu vidjeti brojni grafovi, statistički prikazi i druge informacije o recentnim trendovima u organizaciji pravosuđa.

Malobrojne može iznenaditi okolnost da se Hrvatska na prikazima svrstava među države s velikim brojem sudova, sudaca i sudskih službenika.[2] Riječ je o disbalansu koji je uglavnom poznat hrvatskoj stručnoj javnosti.[3] Isto tako praktičari znaju kako je tijekom posljednjih 15-ak godina bilo više nastojanja da se reorganizira teritorijalna mreža sudova kroz intervencije u propis koji regulira sjedišta i područja nadležnosti sudova – Zakon o područjima i sjedištima sudova.[4]

Ako na temelju podataka iz posljednjeg Izvješća o stanju sudbene vlasti za 2022. godinu pokušamo izračunati koliko Republika Hrvatska u ovome trenutku ima sudova na 100,000 stanovnika vidjet ćemo da je broj prvostupanjskih sudova naizgled u prihvatljivim okvirima jer s 9 trgovačkih i 34 općinska suda ispada kako Hrvatska ima svega nešto više od jednog prvostupanjskog suda na 100,000 stanovnika.[5] Međutim, ukoliko prvostupanjskim sudovima pribrojimo njihove stalne službe dobivamo znatno viši medijan koji okvirno iznosi 3.5 sudova na 100 000 stanovnika. Taj bi broj bio znatno viši da Zakonom o područjima i sjedištima sudova iz 2018. godine nisu ukinuti prekršajni sudovi koji su pretvoreni u posebne odjele pri općinskim sudovima. Štoviše, odnos broja svih sudova i njihovih stalnih službi s brojem stanovnika doveo bi do još impresivnijeg rezultata jer broj županijskih sudskih središta prati sustav administrativnog uređenja države za koji se puno puta moglo čuti kako je anakron, rastrošan, prevelik i nefunkcionalan s

[1] Riječ je o periodičnom izvješću o stanju pravosudnih sustava država članica Vijeća Europe - European judicial systems CEPEJ Evaluation Report 2022 Evaluation cycle (2020 data), dalje u navođenju samo „CEPEJ Report" (pristup 12. kolovoza 2023., https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279)

[2] V. CEPEJ Report, str. 45-58 i 91-103.

[3] Ne treba posebno spominjati kako su problemi u pravosuđu i organizaciji pravosudne djelatnosti osobito došli pod lupu javnosti u posljednje vrijeme kada se u medijima o svemu intenzivno raspravljalo uslijed štrajka sudskih službenika i namještenika.

[4] Posljednji Zakon o područjima i sjedištima sudova datira iz 2018. godine i do danas taj je propis doživio jednu izmjenu (Zakon o područjima i sjedištima sudova, "Narodne novine" br. 67/18., 21/22., dalje u tekstu: ZPSS).

[5] Usp. podatke iz Izvješća predsjednika Vrhovnog suda Republike Hrvatske o stanju sudbene vlasti za 2022. godinu (str. 16) s grafičkim prikazom iz CEPEJ Report, str. 92.

obzirom na broj stanovnika, veličinu teritorija, stupanj razvoja i ekonomsku snagu Republike Hrvatske.[6]

Jesu li stalne službe de facto sudovi ili je riječ o tijelima koja su u potpuno integrirana u svoje matice te samim time nevidljiva i beznačajna u sustavu pravosuđa pitanje je koje lako može provocirati polemiku.

Zakonska podloga za djelovanje stalnih službi nalazi se u Zakonu o sudovima (ZS) koji stalne službe definira kao ustrojstvene jedinice suda koje se osnivaju na području njegove nadležnosti na kojem zbog broja stanovnika, priliva pojedine vrste predmeta i drugih opravdanih razloga postoji potreba za takvim djelovanjem suda.[7] Za razliku od „klasičnih" sudova, osnivanje i ukidanje stalnih službi ne iziskuje izmjene i dopune zakona, već procjenu ministra pravosuđa koji je slijedom odredbi ZS-a ovlašten samostalno donijeti odluku o osnivanju i prestanku rada stalnih službi.[8] Nema sumnje kako je riječ o bitnoj razlici između sudova i stalnih službi jer se za razliku od sudova stalne službe ne pojavljuju u pravnom prometu sa svojim osobnim identifikacijskim brojem već je formalnopravno riječ o dislociranim jedinicama s vlastitom infrastrukturom uklopljenima u organizacijski okvir općinskih, županijskih i trgovačkih sudova.

Međutim, u pravnoj praksi poznato je da stalne službe obavljaju iste poslove kao „klasični" sudovi. Njihov opseg postupanja jest u pravilu sužen, ali uglavnom istovjetan poslovima sudova pa tako stalne službe zaprimaju podneske, provode postupke, održavaju ročišta te donose rješenja i presude. U stalnim službama ne radi samo administrativno osoblje, već i brojni suci i sudski savjetnici. Povrh toga stalne službe imaju vlastitu administrativnu strukturu, svoje voditelje, pisarnice i odjele i one po svemu nalikuju sudovima.[9] Stoga nije pogrešno ako se stalne službe smatra zasebnim sudskim središtima i kao takve pribrojava sudovima kada se razmatra broj i dostupnost sudskih tijela unutar nacionalne pravosudne mreže. U konačnici, u očima javnosti stalne službe već godinama egzistiraju kao sudovi

---

[6] Opširnije o apsurdnom sustavu lokalne i regionalne samouprave u Republici Hrvatskoj i postojećim problemima u upravno-teritorijalnoj organizaciji županija, gradova i općina v. u Blažević, R.; Dobrić Jambrović, D.; Menger, M., Lokalna samouprava, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Rijeka, 2020.

[7] V. čl. 16. st. 3. Zakona o sudovima (Zakon o sudovima ("Narodne novine" br. 28/13., 33/15., 82/15., 82/16., 67/18., 126/19., 130/20., 21/22., 60/22., 16/23., dalje u tekstu: ZS).

[8] V. čl. 16. st. 6. ZS. Čini se da je posljednja odluka koju je nadležni ministar donio u vezi osnivanja novih stalnih službi Odluka o osnivanju stalne službe Otok Općinskog suda u Vinkovcima od 27. travnja 2021. Opširnije o odluci, inicijativi za njezino donošenje i ideji o rasterećenju Općinskog suda u Vinkovcima v. vijest na stranici Ministarstva pravosuđa i uprave: https://mpu.gov.hr/vijesti/osniva-se-stalna-sluzba-otok-opcinskog-suda-u-vinkovcima/25026 (pristup 15. kolovoza 2023.).

[9] Sudski poslovnik ("Narodne novine" br. 37/14., 49/14., 8/15., 35/15., 123/15., 45/16., 29/17., 33/17., 34/17., 57/17., 101/18., 119/18., 81/19., 128/19., 39/20., 47/20., 138/20., 147/20., 70/21., 99/21., 145/21., 23/22., 12/23.) u čl. 21. st. 3. propisuje da se u stalnim službama mogu ustrojiti zasebne pisarnice i one redovito postoje. Isto tako, u čl. 31. st. 2. Sudskog poslovnika određeno je da na natpisu na zgradi stalne službe pored naziva stalne službe treba postojati i naznaka suda u čijem okrilju stalna služba djeluje.

jer su mnogi građani, čak i sami odvjetnici, masovnu transformaciju sudova u stalne službe slijedom stupanja na snagu Zakona o području i sjedištima sudova iz 2014. doživjeli kao običnu zamjenu natpisa na zgradama.[10]

Za takvu percepciju građana postoji dobar razlog. Naime, stupanj organizacijske integriranosti s maticama u vidu upravljanja, nadzora, raspodjele zadaća i upravljanja ljudskim resursima, kolanja spisa, evidencije predmeta te drugih poslova predstavlja nešto što se teško može razumjeti i ocijeniti bez internog uvida u sustav rada sudbene vlasti. Ako povučemo paralelu s podružnicama trgovačkih društava, naprimjer banaka i osiguravajućih društava, tada ćemo primijetiti da je u većini slučajeva građanima potpuno nevažno sklapaju li oni neki pravni posao u podružnici ili sjedištu trgovačkog društva.[11] Stoga kao odlučnu komponentu za procjenu statusa stalnih službi ne treba uzimati formalnopravni okvir za njihov nastanak i djelovanje jer on ne razotkriva njihovu ulogu u sustavu građanskog sudovanja, već uvjerenje treba formirati prema njihovoj operativnost u radu sa strankama i drugim sudionicima sudskih postupaka. Obavljanje funkcije pravosuđenja u kombinaciji s fizičkom odijeljenosti, zasebnom infrastrukturom i pripadajućim ljudskim resursima sugerira da je percepcija stalnih službi u očima građana objektivna i logična pa treba zaključiti da su stalne službe u hrvatskom kontekstu de facto sudovi.

Stalne službe nisu hrvatska umotvorina. Područni sudski uredi postoje i u drugim europskim državama. U posljednjem izvješću Europske komisije za učinkovitost pravosuđa (CEPEJ) nastojanje da se prikažu recentni trendovi u segmentu organizacije sudova započinje važnom napomenom prema kojoj CEPEJ prepoznaje distinkciju između sudova pravnih osoba (legal entities) i područnih sudova (geographic locations) kao i da nije neuobičajeno da jedan sud ima jedan ili više područnih ureda u mjestima izvan svoga sjedišta.[12]

---

[10] Zakonom iz 2014. određena je transformacija velikog broja općinskih i prekršajnih sudova u stalne službe. V. Konačni prijedlog Zakona o područjima i sjedištima sudova iz rujna 2014. (pristup 16. kolovoza 2023., https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/2014/183%20sjednica%20Vlade//183%20-2a.pdf).

[11] Činjenica jest da propisi podružnicama daju veoma poseban status u materijalnopravnom i procesnopravnom smislu. Tako Zakon o trgovačkim društvima ("Narodne novine" br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 152/11. - službeni pročišćeni tekst, 111/12., 125/11., 68/13., 110/15., 40/19., 34/22., 114/22., 18/23.) u čl. 7. i 8. određuje da podružnice trgovačkih društava nemaju pravnu osobnost te da njihovim poslovanjem prava i obveze stječe matično trgovačko društvo. Pa ipak specijalni status podružnice naglašava se obvezom dvostruke registracije podružnice, jedne pri registru u kojemu je upisano matično društvo te druge u registru prema sjedištu podružnice. Istovremeno Zakon o parničnom postupku ("Narodne novine" br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 148/11. - službeni pročišćeni tekst, 25/13., 89/14., 70/19., 80/22., 114/22.) sadrži posebnu odredbu o supsidijarnoj nadležnosti sudova za suđenje u sporovima protiv pravne osobe koja ima poslovnu jedinicu izvan svog sjedišta, pa tako ako konkretni spor nastane u povodu djelatnosti te jedinice, pored suda općemjesne nadležnosti nadležan je i sud na čijem se području ta poslovna jedinica nalazi (čl. 59. ZPP-a).

[12] V. 2022 CEPEJ Report, str. 91.

Riječ je o veoma važnoj opservaciji jer kada se ona ugradi u statističke i grafičke prikaze broja sudova na 100,000 stanovnika dobivaju se bitno različite slike o rasprostranjenosti sudova u pojedinim europskim državama. Već smo spomenuli da mapa sudske mreže Republike Hrvatske izgleda bitno drukčije ako se pobroje stalne službe kojih je ukupno više nego svih sudova zajedno, ovo ukoliko se u cijelosti izostave dislocirane jedinice u vidu zemljišnoknjižnih odjela.[13]

Hrvatska nije jedina europska država s gustom mrežom sudova u ovom dijelu Europe jer Slovenija i gotovo sve balkanske države imaju više sudskih središta i sudaca od razvijenih zapadnih demokracija.[14] Indikativno je da je riječ mahom o državama koje unatoč mnogobrojnim reformama, nerijetko i preustrojima mreže sudova godinama bezuspješno pokušavaju s velikim brojem sudova i sudaca osigurati svojim građanima učinkovitu pravnu zaštitu.[15] Istovremeno osobama koje prate razvoj pravosuđa na komparativnopravnoj razini poznato je da sustavi s manjim brojem sudskih tijela i sudaca često postižu bolje rezultate u vanjskim vrednovanjima nego sustavi s velikim brojem sudaca i sudova.[16] Ti su podaci više nego indikativni i ne treba isključiti mogućnost kako je ključni problem glomaznih i neefikasnih sudskih aparata upravo loš sustav njihove organizacije.

2. O PROTEKLIM REFORMAMA I POTREBI DA SE RACIONALIZIRA MREŽA SUDOVA U HRVATSKOJ

Današnja prometna i digitalna povezanost u Hrvatskoj je bolja nego ikada prije, barem kada je riječ o cestovnom prijevozu kao najzastupljenijem obliku prijevoza. Pristup internetu je postoji u većini naselja i većina građana koristi

[13] Prema posljednjim podacima zemljišnjoknjižnih odjela je čak 109 s time da je poznato kako postoji više posebnih dislociranih zemljišnjoknjižnih odjela, dakle odjela koji nisu smješteni u sjedištima općinskih sudova niti sjedištima stalnih službi. Osim na prostoru primorske Hrvatske gdje su samostalni zemljišnjoknjižni odjeli učestala pojava, određeni slučajevi mogu se detektirati i u drugim krajevima Hrvatske. Popis zemljišnoknjižnih odjela v. na: https://oss.uredjenazemlja.hr/public-services/points-of-interest/lr-office-search (pristup 15. kolovoza 2023.).

[14] V. 2022 CEPEJ Report, str. 93. Situacija s Portugalom koji se također označava kao država s razgranatom mrežom sudova, a tako primjećuju i pisci izvješća Europske komisije za učikovitost pravosuđa, zaslužuje posebnu pozornost. Tamošnje reforme rezultirale su smanjenjem broja prvostupanjskih sudova, ali i istovremenim povećanjem broja sudskih središta i sudova specijaliziranih za obiteljsko pravo. V. 2022 CEPEJ Report, str. 97. Opširnije o reformi mreže sudova u Portugalu v. Paulo Dias, J., Gomes, C., Judicial Reforms 'Under Pressure': The New Map/Organisation of the Portuguese Judicial System, Utrecht Law Review, Vol. 14, No. 1, p. 1174-186, 2018., str. 185 i d.

[15] V. npr. European Court of Auditors Special Report: EU support for the rule of law in the Western Balkans: despite efforts, fundamental problems persist, 2022., dokument dostupan na: https://www.eca.europa.eu/en/Pages/news.aspx?nid=16102 (pristup 15. kolovoza 2023.).

[16] V. Spaić, B., Komparativna analiza uređenja sudova, Centar za pravosudna istraživanja (CEPRIS), Beograd, 2022., str. 61. U tom pogledu v. posljednji Europski pravosudni semafor (The 2023 European Justice Scoreboard, COM(2023) 309).

pametne telefone putem kojih je moguće primati najrazličitije obavijesti, dokumente i podatke.

Danas u Hrvatskoj objektivno više nema potrebe da, kao što je to slikovito rekao akademik Barbić, svako mjesto ima svoj sud kako bi seljak mogao zaprežnim kolima u jednom danu mogao doći na sud obaviti posao i vratiti se kući, kao što je bilo za vrijeme Austrougarske.[17]

Prije dvadesetak godina, u vrijeme kada je Hrvatska ozbiljno započela proces pristupanja Europskoj uniji kao prioritetna mjera određena je racionalizacija i reorganizacija mreže sudova i državnih odvjetništava.[18] Riječ je o mjeri koja je prezentirana Europskoj komisiji u sklopu pregovora za poglavlje 23 (Pravosuđe i temeljna ljudska prava) i tada je slijedom zaključka Vlade RH da je velika mreža općinskih sudova neučinkovita i preskupa za državu radnim skupinama dan zadatak da osmisle model racionalizacije na podlozi rezultata projekta CARDS 2003.[19]

Novim Zakonom o područjima i sjedištima sudova iz 2008. određeno je pripajanje 42 općinska suda s nekim od postojećih 107 općinskih sudova, ministar pravosuđa je zadužen da u dugom prijelaznom razdoblju osigura infrastrukturu u preostalim sjedištima sudova te mu je dana ovlast da do trenutka osiguranja tih uvjeta odredi osnivanje stalnih službi izvan sjedišta suda.[20]

Već 2010. godine na snagu stupa novi Zakon o područjima i sjedištima sudova u čijem se obrazloženju ponovno konstatira da je uspostavljeni sustav sa 67 općinskih, 21 županijskim i 13 trgovačkih sudova neučinkovit i preskup za državu te da je potrebno racionalizirati broj županijskih i trgovačkih sudova pa je provedeno pripajanje 5 županijskih i 6 trgovačkih sudova.[21] Po formuli iz prethodnog propisa određeno je da će u ministar pravosuđa radi premošćivanja prijelaznog razdoblja i osiguranja radnih i tehničkih uvjeta za pravosudne dužnosnike i službenike odrediti osnivanje stalnih službi županijskih i trgovačkih sudova izvan sjedišta suda.[22]

---

[17] V. Barbić, J., Pravosuđe i vladavina prava u Hrvatskoj, Godišnjak Akademija pravnih znanosti Hrvatske, vol. XIII, 1/2022., str. 171.

[18] V. informacije na Internet stranici Ministarstva pravosuđa i uprave o dosadašnjim „postignućima" u reformi pravosuđa na: https://mpu.gov.hr/print.aspx?id=11721&url=print (pristup 20. kolovoza 2023.).

[19] V. Prijedlog Zakona o područjima i sjedištima sudova iz ožujka 2008. (P.Z.E. 30)., str. 2. i d. (https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2020-01-27/100502/PZE_30.pdf, pristup 17. kolovoza 2023.).

[20] V. čl. 7. i . 8. Zakona o područjima i sjedištima sudova ("Narodne novine" br. 85/08.).

[21] V. Prijedlog Zakona o područjima i sjedištima sudova iz srpnja 2010 godine (https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/Arhiva//71_01_02.pdf, pristup 17. kolovoza 2023.).

[22] V. čl. 8. i 9. Zakona o područjima i sjedištima sudova ("Narodne novine" br. 144/10).

Saga o racionalizaciji i reorganizaciji mreže sudova nastavlja se 2014. godine kada Hrvatska dobiva novi Zakon o područjima i sjedištima sudova.[23] Tada su problemi koje stvara postojeća mreža sudova preciznije pobrojani u prijedlogu novog zakonskog teksta te usputno komentirani na stručnim skupovima pa je tako konstatirano;

a) da je postojeći ustroj pravosudne mreže loš unatoč provedenim reformama,
b) da postoji prevelik broj sudova,
c) da su suci neravnomjerno radno opterećeni,
d) da su unatoč razgranatoj mreži sudski postupci dugotrajni te da se neprestano povećavaju zaostaci u radu,
e) da je sudska praksa neujednačena,
f) da ne postoji potrebna specijalizacija sudaca niti pokretljivost sudskog osoblja,
g) da postojeći resursi u vidu zgrada i opreme nisu dovoljno iskorišteni,
h) da su režijski troškovi i troškovi infrastrukturnog održavanja previsoki.[24]

Nema dvojbe o tome da se o svakome od spomenutih problema može opsežno raspravljati kao i da se može razglabati o tome mogu li se neki od gore spomenutih problema kvalitetno i dugoročno razriješiti bez zadiranja u sustav organizacije sudova. Međutim, ključni problemi su izvan svake sumnje u najbližoj vezi s postojećim brojem sudskih tijela. Primjerice, pitanje ujednačavanja sudske prakse stoji u izravnoj vezi s postojećim brojem županijskih sudova jer je supervizija nad produkcijom prakse tolikog broja tijela teško ostvariva. Problem je zapravo daleko ozbiljniji nego što se čini na prvi pogled zato što u praksi postaje evidentno da Vrhovni sud Republike Hrvatske ne može ostvarivati svoju ustavnu misiju jer postoje (preko)brojni zahtjevi za rješavanje pravnih pitanja u kojima županijski sudovi donose odluke koje odstupaju od prakse drugih županijskih sudova ili od prakse samog Vrhovnog suda Republike Hrvatske.[25]

---

[23] Zakon o područjima i sjedištima sudova ("Narodne novine" br. 128/14.).

[24] V. izlaganje tadašnje zamjenice ministra pravosuđa Sandre Artuković Kunšt na savjetovanju „Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse" održanog u Opatiji 23. i 24. listopada 2014. godine na temu „Reorganizacija pravosudnog sustava u Republici Hrvatskoj i reforma hrvatskog pravosuđa", izlaganje dostupno na web stranicama „Informatora – instruktivno informativnog lista za ekonomska i pravna pitanja": https://informator.hr/informatori/6329-6330 (pristup 16. kolovoza 2023.). Također v. obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o područjima i sjedištima sudova iz rujna 2014. godine (https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/2014/183%20sjednica%20Vlade//183%20-2a.pdf, pristup 16. kolovoza 2023.).

[25] Novim izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2022. godine propisano je da je Vrhovni sud odluku o prijedlogu za dopuštenje revizije dužan donijeti u razumnom roku, a svakako u roku kraćem od 6 mjeseci od primitka prijedloga (v. čl. 389.c ZPP-a). Ne treba posebno naglašavati da je poštivanje toga u roka u praksi krajnje neizgledno kao i da dugogodišnja čekanja na odluku o izjavljenim revizijama potkopavaju same temelje novoga sustava stvaranja i primjene sudske prakse.

Stoga su u pravu oni koji ustroj žalbenih sudova apostrofiraju kao jedan od temeljnih problema hrvatskog pravosuđa uopće.[26] Isto tako nema sumnje da je dugotrajnost postupaka u najbližoj vezi s organizacijom rada i načinom na koji se upravlja predmetima. Nije se jednom dogodilo u hrvatskoj pravnoj praksi da se ogroman broj činjenično i pravno istovrsnih predmeta u kratkom vremenskom razdoblju slijeva na sudove koji rijetko favoriziraju njihovo skupno rješavanje, iako je procesno gledajući raspravljanje u tim postupcima moguće spojiti radi donošenja jedinstvene presude. To je izravna posljedica činjenice da postoji previše sudova i puno predsjednika i voditelja sudova s izrazito neujednačenim sposobnostima za upravljanje i organizaciju rada. Osim toga evidentno je da sustav raspodjele rada protežira personalizaciju poslova umjesto skupnih zaduženja u sklopu umjereno velikih pojedinih odjela.[27]

U međunarodnim okvirima raspravljalo se o optimalnoj veličini sudova radi osiguranja više razine produktivnosti sudaca i kvalitete odlučivanja. Ako se pogledaju smjernice CEPEJ-a o ustroju mreže sudova tada se može vidjeti kako su istraživanja provedena u pojedinim nacionalnim jurisdikcijama iznjedrila nalaz prema kojem produktivnost raste s veličinom sudova i sudskih odjela pa je najniža razina produktivnosti ustanovljena pri sudovima koji broje manje od 20 sudaca, a najviša na onima koji broje između 60 i 100 sudaca.[28] Na sličan nalaz nailazimo u jednoj studiji stanja u hrvatskom pravosuđu kada se upozorilo da mali sudovi zbog niske produktivnosti generiraju visoke troškove rješavanja predmeta te da samo oštra racionalizacija sustava može doprinijeti boljoj učinkovitosti pravosuđa i iskoristivosti postojećih resursa.[29]

No ako pogledamo obrazloženje posljednjeg Zakona o područjima i sjedištima sudova iz 2018. vidjet ćemo da ne postoji istinska nakana da se broj sudova racionalizira i da se preostali sudovi organiziraju na način da redom broje veći broj sudaca koji bi tada u sklopu svojih sudskih odjela mogli uspješno promišljati o pravnim pitanjima i problemima koji se javljaju u radu.[30] Tako se umjesto

[26] Uzelac naglašava da je organizacija žalbenog sudovanja posve neracionalno i fundamentalno neodrživa kao i da je cjelokupna organizacija pravosudnih tijela i broj sudova doprinose neuređenosti i nestabilnosti sustava. Opširnije v. u Uzelac, A., Pravosuđe u Hrvatskoj 2020. Stanje, uzroci krize i moguće mjere. Teze za diskusiju, tekst dostupan na: https://www.alanuzelac.from.hr/pubs/C02_Pravosudje2020.pdf (pristup 18. kolovoza 2023.).

[27] U tom pogledu dovoljno je pogledati godišnje rasporede poslova koje objavljuju sudovi i koji se lako mogu pronaći na internetu.

[28] V. Revised Guidelines on the Creation of Judicial Maps to Support Access to Justice within a Quality Judicial System of 6 December 2013., CEPEJ(2013)7Rev1, str. 6-8.

[29] V. istraživanje financirano od strane Svjetske banke i Vlade Kraljevine Nizozemske pod naslovom Republic of Croatia – Justice Sector Public Expenditure and Institutional Review. Resourcing the Justice Sector for Efficiency and Performance, Report no. ACS7424, World Bank, 2014., str. 11.

[30] Prema Zakonu o sudovima osnivanje sudskih odjela izravno ovisi o brojnosti sudskih vijeća odnosno sudaca pojedinaca koji odlučuju u stvarima iz srodnih pravnih područja (v. čl. 37. ZS).

daljnjeg okrupnjavanja i potpune integracije stalnih službi u njihove matice uz postojeća 24 općinska suda optiralo za osnivanje novih 10 općinskih sudova i transformaciju dotadašnje Stalne službe Trgovačkog suda u Splitu u Dubrovniku u samostalni Trgovački sud u Dubrovniku koji, uzgred rečeno, prema podacima o internom godišnjem rasporedu poslova broji samo 4 suca![31]

Problem iracionalno velike mreže sudova u Republici Hrvatskoj je institucionalno prepoznat, a osim toga raspravljalo se o problemima koje takav sustav stvara kao i pozitivni učincima koji bi se mogli poučiti ako bi se broj sudova sveo na razumnu mjeru. Postojeći sustav nema opravdanja s obzirom na veličinu države, broj stanovnika, razinu i strukturu gospodarske aktivnosti te stanje mnogih sudskih zgrada. Postoje naznake i da bi se problem s dugotrajnosti postupaka i kvalitetom sudskih odluka mogao lakše prevladati ako bi sudovi brojali veći broj sudaca koji će obavljati poslove iz srodnih pravih područja te ukoliko bi njihov rad i postupanje bili drukčije organizirani, kvalitetnije nadzirani i bolje podržani s dostupnošću pravne literature i pristupima svim ključnim bazama podataka. Postojeći sustav se više ne može opravdavati s potrebom da se građanima osigura fizički pristup sudovima jer danas „dostupnost suda ne znači da je on preko puta" već da građani mogu očekivati rješavanje svojih predmeta u razumnom roku.[32]

Dakle, ostaje zaključiti kako je Hrvatska puno puta mijenjala temeljni propis koji uređuje teritorijalnu nadležnost sudova, međutim sa skromnim ili neznatnim učinkom na ključne aspekte pravosudne djelatnosti. U ovom trenutku svjedočimo situaciji u kojoj postojeća struktura sudova i njihov organizacijski model određuju njihovu neefikasnost u radu.

Spomenimo i činjenicu da u Nacionalnom planu oporavka i otpornosti iz srpnja 2021. godine. problem postojeće mreže sudova i potrebe da se ona racionalizira uopće nije razmatran te u tom smislu nisu kreirane mjere i prijedlozi.[33]

---

[31] V. godišnji raspored poslova za 2023. godinu za Trgovački sud u Dubrovniku.

[32] Izjavu da „dostupnost suda ne znači da je on preko puta" izrekla je tadašnja ministrica pravosuđa Ana Lovrin tijekom jednog terenskog posjeta. V. arhivsku vijest od 10. kolovoza 2008. "Ministrica pravosuđa Ana Lovrin u službenom posjetu Šibensko-kninskoj županiji" (https://www.sibensko-kninska-zupanija.hr/arhiva-novosti/ministrica-pravosua-ana-lovrin-u-slubenom-posjetu-ibensko-kninskoj-upaniji /227.html, pristup .

[33] V. Nacionalni plan oporavka i otpornosti iz srpnja 2021. godine, str. 713-759 (Moderno pravosuđe spremno za buduće izazove) na: https://planoporavka.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Plan%20 oporavka%20i%20otpornosti%2C%20srpanj%202021..pdf?vel=13435491 (pristup 17. kolovoza 2023.).

3. TRANSFORMACIJA STALNIH SLUŽBI U POLIVALENTNE SUDSKE CENTRE

Dosadašnja nastojanja da se racionalizira mreža sudova nisu dovela do smanjenja broja sudskih središta. Riječ je o reformama koje su se provodile samo na papiru. Određeni broj sudova je doista prestao postojati na formalnopravnoj razini, međutim ukinuti sudovi su nastavili djelovati kao stalne službe obavljajući većinu poslova kao prije pa do suštinskih promjena zapravo nikada nije došlo. Bilo je i velikih lutanja jer se događalo da nekoć sudovi postaju stalne službe pa potom opet sudovi koji potom u svoj sastav dobivaju jednu ili više stalnih službi.[34]

Takva politika je rezultirala određenim organizacijskim i tehničkim nesnalaženjima i dodatnim materijalnim troškovima pa se tako u jednom trenutku više nije znalo kojem se sudskom tijelu podnosi tužba, prikupljanje podataka i izvještavanje je postalo kompliciranije, a trebalo je prevladati i problem s cirkulacijom spisa.

Ukoliko se doista želi poboljšati stanje u pravosuđu najveći izazov i odlučujući čimbenik bit će provesti racionalizaciju mreže sudova. Dok bi na razini županijskih i trgovačkih sudova trebalo uspostaviti jednostavan model četiri pravosudna područja s četiri županijska i četiri trgovačka suda, na prvostupanjskoj razini prihvatljiv bi bio povratak na broj sudova prije posljednje reforme kada je broj općinskih sudova povećan. Druga sudska središta koja danas egzistiraju kao stalne službe trebalo bi potpuno ukinuti. Osobito nije prihvatljivo da stalne službe postoje u sustavu žalbenog sudovanja s obzirom na karakter odluka i funkciju žalbenih sudova nakon potpunog ukidanja mogućnosti izravnog izjavljivanja revizije.

Unaprijed je jasno kako je riječ je o reformi koju je puno lakše provesti na papiru i teško u praksi jer je potrebno ne samo rastaliti brojne otpore takvoj jednoj reformi, već i unaprijed napraviti funkcionalne planove za premještaj sudaca i drugog osoblja. Uzgred rečeno, krajem prošle godine na sudovima je radilo preko osam tisuća ljudi pri čemu oko 70% od toga broja otpada na sudske službenike i namještenike.[35] Nije isključeno da je problem s prekobrojnim stanjem pravosudnih

[34] Jedan od takvih primjera je Općinski sud u Vinkovcima koji je jedno vrijeme djelovao kao stalna služba Općinskog suda u Vukovaru da bi danas bio matični sud za dvije stalne službe - Stalnu službu Općinskog suda u Vinkovcima u Županji te novoosnovanu Stalnu službu Općinskog suda u Vinkovcima u Otoku.

[35] V. Izvješće predsjednika Vrhovnog suda Republike Hrvatske o stanju sudbene vlasti za 2022. godinu, str. 16 i d.

kadrova jedna od najvećih prepreka smislenoj i prijeko potrebnoj racionalizaciji sustava.[36]

Isto tako treba otvoreno reći da rješavanje nagomilanih problema ne traži bilo kakve, već nadasve nove i kreativne mjere. Budući da je u Hrvatskoj u ovom trenutku više od 70 prvostupanjskih sudskih središta koji posluju kao stalne službe jasno je da bi njihovo dokidanje ne samo cijelosti redefiniralo mapu prvostupanjskih tijela, već bi znatno utjecalo na njihovu fizičku dostupnost građanima. Iako fizički pristup sudu više nije moment koji je odlučan u prosudbi kvalitete pravosudnog sustava, treba voditi računa o tome da hrvatsko pravosuđe i dalje boluje od mnogih tranzicijskih bolesti pa tako i visokog stupnja netransparentnosti i slabe otvorenosti prema javnosti.[37] U situaciji kada Hrvatska opet zauzima posljednje mjesto na ljestvici percepcije građana o neovisnosti njenih sudova i sudaca,[38] bilo kakvo zatvaranje pravosudnog sustava na prvostupanjskoj razini bi lako moglo dodatno narušiti percepciju građana o sustavu umjesto uspostavljanja bliže komunikacije s građanima. Pri tome treba voditi računa o tome da moderno pravosuđe može i treba imati sve odlike profesionalnog javnog servisa.

Nema sumnje da se nedostatak otvorenosti, efikasnosti i kvalitete prelijeva na povjerenje građana u pravosuđe. U takvim okolnostima poželjno je da pravosudni sustav bude reorganiziran na način koji će građanima omogućavati jednostavno obavljanje niza pravosudnih poslova i dobivanje cijelog spektra usluga u izravnom kontaktu s pravosudnim osobljem.

Stoga bi umjesto potpunog ukidanje svih ureda u kojima sada posluju stalne službe prvostupanjskih sudova trebalo veći broj tih službi preoblikovati u polivalentne pravne centre. U takvim centrima ne bi bilo potrebe za stalnom nazočnošću uredovnih sudaca jer se u takvim centrima ne bi obavljala funkcija pravosuđenja već pretežito tehnički i administrativni poslovi te poslovi pružanja pravne pomoći.[39] Treba li uopće spominjati da su „dani otvorenih vrata sudova“ banalne jednodnevne manifestacije koje u zbilji ne nude građanima korisne informacije o načinima i vremenskim okvirima za ostvarivanje pravne zaštite, a kamoli individualiziranu asistenciju i uputu te projekciju troška pravne zaštite?

---

[36] Nema sumnje da je riječ je o velikom broju zaposlenih, sistemskom problemu jednoga većega sistemskog problema koji dolazi do izražaja na mnogim razinama bilo da je riječ o sustavu državne i lokalne uprave, obrazovanja ili nekim drugim predimenzioniranim i prekobrojnim sustavima i institucijama naslonjenima na Državni proračun.

[37] Opširnije o svemu v. Uzelac, op. cit. (bilj. 27).

[38] Prema podacima posljednjeg Europskog pravosudnog semafora Hrvatska opet zauzima posljednje mjesto kada je riječ o percepciji neovisnosti sudova i sudaca od strane građana (str. 41, slika br. 49).

[39] Trebati će vidjeti i kako se ljude može prekvalificirati i dodatno osposobiti za neke druge poslove. Nije isključeno i da je problem sa prekobrojnim stanjem pravosudnih kadrova najveća prepreka jednoj smislenoj i prijeko potrebnoj racionalizaciji sustava.

Novi pravni centri[40] bi prvenstveno strankama trebali omogućiti da svoje papirnate zahtjeve pretvore digitalni oblik i da se takvi podnesci odmah uvedu u sustav, zatim da se detaljno informiraju o stanju svoga sudskog predmeta, preuzmu sve odluke, potvrde, uvjerenja i izvatke koje izdaju sudovi, dobiju potrebne ovjere i preslike, preuzmu pristupne podatke za praćenje stanja spisa na internetu, podignu potrebne obrasce, plate sudske pristojbe te obave druge poslove iz nadležnosti sudbene vlasti.

Novi centri bi trebali biti mjesta u kojima bi građani mogli dobiti korisne pravne informacije i upute izravno od sudskih službenika te po potrebi od pravosudnih dužnosnika koji bi jednom mjesečno mogli imati uredovne dane u prostorijama centra. Riječ je o veoma važnom aspektu posla novih sudskih centara jer bi se na taj način građanima pomoglo da svoje probleme pokušaju riješiti bez parničenja i intervencije suda. Sudski službenici bi morali biti dovoljno educirani da strankama pomognu u ispunjavanju obrazaca i asistiraju u drugim poslovima poput ispunjavanja zahtjeva za dodjelu besplatne pravne pomoći.[41]

Novi centri bi trebali imati svu potrebnu tehničku opremu za daljinsku komunikaciju jer više nema nikakve prepreke da se u određenim situacijama ročišta i saslušanja provode putem videokomunikacije.[42]

Novi centri bi morali biti informatički povezani sa svim bazama podataka pa bi građani u pravnim centrima mogli dobiti sve informacije vezane o blokadama računa i neizvršenim osnovama za plaćanje, ugovorima i pismenima koja su evidentirana u upisnicima i očevidnicima te bi trebalo raditi na tome da se informatički sustavi FINE, javnih bilježnika, državnog odvjetništva, porezne uprave i drugih državnih tijela tijesno povežu i obvežu na suradnju.

Novi centri bi mogli uspješno obavljati dio poslova koje danas obavljaju javni bilježnici kao što su ovjere potpisa i prijepisa.

Novi centri bi mogli na kvalitetan način prikupljati opažanja građana o radu sustava te provoditi anketne upitnike o zadovoljstvu s radom pravosuđa kako bi se isti kasnije sistematizirali i uzimali u obzir prilikom krojenja novih korisničkih projekata i reformskih mjera.

---

[40] Čini se da bi najsmisleniji prijevod „pravnih centara“ na engleski jezik, ovo ukoliko se vodi računa o kontekstu, bio „justice access points“.

[41] Nema prepreke da svoja dežurstva u pravnim centrima povremeno imaju i udruge i druge organizacije ovlaštene za pružanje pravne pomoći na temelju Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći (Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći (“Narodne novine” br. 143/13., 98/19.).

[42] Zanimljivo je da je Republika Hrvatska na europskim ljestvicama slovi kao država koja je svoje procesno zakonodavstvo u velikoj mjeri „otvorila“ primjeni novih tehnologija (u tom pogled v. Europski pravosudni semafor za 2023. godinu, str. 33). Nažalost, opstoji činjenica da zakonske izmjene i dopune nemaju svoju eksplikaciju u praksi jer čak niti banalna tehnologija tonskog snimanja ročišta koja je u Zakon o parničnom postupku uvedeno davne 2011. godine nije u univerzalnoj primjeni pred hrvatskim sudovima.

Novi centri bi morali biti vizualno uniformirani i supervizija nad njihovim radom kao i sustav izvještavanja bi trebao biti centraliziran.

Posebne odjele koje bi obavljali iste poslove koje obavljaju polivalentni pravni centri trebalo bi osnovati pri svim prvostupanjskim sudovima.

Ostvarenje zamisli o transformaciji stalnih službi u polivalentne pravne centre može pomoći pravosuđu da vrati svoj društveni ugled. Također, putem novih centara vršio bi se pritisak na sva tijela u sastavu pravosuđa da svoj način rada i komunikacije prilagode očekivanjima građana.

Riječ bi bila o pozitivnoj promjeni u cijelosti komplementarnoj s vizijom Ministarstva pravosuđa i uprave o korisnički usmjerenoj i inovativnoj javnoj upravi te pravosuđu koje je dostupno svima i koje odražava najviše europske standarde.[43]

4. ZAKLJUČAK

Hrvatska mreža prvostupanjskih općinskih, županijskih i trgovačkih sudova je predimenzionirana i nefunkcionalna, neekonomična i zastarjela. Takva kakva jest kakav ona je štetna za probitke građana i gospodarstva i ključno je pitanje mogu li se bilo kakve ozbiljne i sustavne pravosudne reforme provesti bez da se prethodno provede racionalizacija broja općinskih, trgovačkih i županijskih sudova. Istraživanja provedena u drugim europskim državama dokazala su da su daleko bolji i učinkovitiji sustavi koji imaju manji broj većih sudova s optimalnim brojem sudaca, kvalitetnom organizacijom rada i visoko informatiziranim sustavom praćenja predmeta.[44]

Hoće li se to pristupiti ozbiljnoj reorganizaciji i racionalizaciji pravosuđa ili će se pravosuđe prepustiti daljnjem urušavanju je stvar političke odluke. Jedna zrela politika bi svakako optirala za jednu umjerenu racionalizaciju općinskih i oštro smanjenje broja županijskih i trgovačkih sudova. Drugostupanjsko sudovanje je sudovanje o kojemu suštinski ovisi vladavina prava i ono mora biti racionalno i unitaristički uređeno jer je protivno svakoj logici da županijskih sudova ima

[43] O misiji i viziji Ministarstava pravosuđa i uprave v. informacije na: https://mpu.gov.hr/o-ministarstvu/9 (pristup stranici 20. kolovoza 2023.).

[44] Ogledni primjer reformi koje kontinuirano streme učinkovitijem i kvalitetnijem pravosuđu su reforme u Nizozemskoj. Opširnije v. u Baker, F.; van Dijk, F. et. al., Judicial reform in the Netherlands, Change in broad outline, Rechtstreeks - Scientific magazine for the judiciary organisation of the Netherlands, Raad voor de rechtspraak, 2014. Također v. Comparative study of the reforms of the judicial maps in Europe, SPSC, 2012. (https://rm.coe.int/comparative-study-of-the-reforms-of-the-judicial-maps-in-europe/168078c53a, pristup 21. kolovoza 2023.).

koliko i županija čija se svrha i smisao s obzirom na veličinu države i opadajući broj stanovnika višekratno propitivala u ekonomskim i društvenim istraživanjima.

Osiguranje infrastrukture koja nedostaje i načina na koji se mogu stimulirati zaposlenici da se presele u druge gradove nije nepremostiv problem. Država u svojem portfelju ima ogroman broj nekretnina, a i svjedoci smo da se tržišta i sustavi rada brzo mijenjaju. Nije nezamislivo da će se u budućnosti obavljanje svih vrsta poslova, pa čak i onih pod okriljem države i pravosuđa sagledavati isključivo u svjetlu efikasnosti.

Paralelno s blagim smanjenjem broja općinskih sudova odabrane stalne službe potrebno je pretvoriti u polivalentne sudske centre u kojima će građani moći dobiti i kupiti razne usluge i obaviti sve poslove u vezi svojih sudskih predmeta, sve uz stručnu pomoć i savjete sudskog osoblja te uredovnog suca kada je to potrebno. Iako nije riječ o lijeku koji može riješiti nagomilane probleme u pravosuđu, predložena transformacija potaknula bi povezivanje sustava u jednu digitalnu cjelinu i transformaciju pravosuđa u javni servis te doprinijela njegovoj posvemašnjoj transparentnosti. Takva bi reforma građanima jamčila mogućnost fizičkog pristup sudskim uredima nedaleko od mjesta gdje prebivaju, dok bi se sustav pravne pomoći znatno ojačao.

LITERATURA

1. Baker, F.; van Dijk, F. et. al., Judicial reform in the Netherlands, Change in broad outline, Rechtstreeks - Scientific magazine for the judiciary organisation of the Netherlands, Raad voor de rechtspraak, 2014.
2. Barbić, J. (ur.), Novine u parničnom procesnom pravu, HAZU, Zagreb, 2020.
3. Barbić, J., Pravosuđe i vladavina prava u Hrvatskoj, Godišnjak Akademija pravnih znanosti Hrvatske, vol. XIII, 1/2022., str.
4. Blažević, R.; Dobrić Jambrović, D.; Menger, M., Lokalna samouprava, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Rijeka, 2020.
5. Comparative study of the reforms of the judicial maps in Europe, SPSC, 2012.
6. European Court of Auditors Special Report: EU support for the rule of law in the Western Balkans: despite efforts, fundamental problems persist, 2022.
7. European judicial systems CEPEJ Evaluation Report 2022 Evaluation cycle (2020 data), dalje u navođenju samo „CEPEJ Report“ (pristup 12. kolovoza 2023., https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279)
8. Murray, P.L.; Stürner, R., German Civil Justice, Carolina Academic Press, 2004.
9. Nacionalni plan oporavka i otpornosti iz srpnja 2021. godine

10. Paulo Dias, J., Gomes, C., Judicial Reforms 'Under Pressure': The New Map/ Organisation of the Portuguese Judicial System, Utrecht Law Review, Vol. 14, No. 1, str. 1174-186, 2018.
11. Republic of Croatia – Justice Sector Public Expenditure and Institutional Review. Resourcing the Justice Sector for Efficiency and Performance, Report no. ACS7424, World Bank, 2014.
12. Revised Guidelines on the Creation of Judicial Maps to Support Access to Justice within a Quality Judicial System of 6 December 2013., CEPEJ(2013)7Rev1
13. Spaić, B., Komparativna analiza uređenja sudova, Centar za pravosudna istraživanja (CEPRIS), Beograd, 2022.
14. The 2023 European Justice Scoreboard, COM(2023) 309
15. Uzelac, A., Pravosuđe u Hrvatskoj 2020. Stanje, uzroci krize i moguće mjere. Teze za diskusiju, tekst dostupan na: https://www.alanuzelac.from.hr/pubs/C02_Pravosudje2020.pdf.Zakonski tekstovi i podzakonski akti

TRANSFORMATION OF PERMANENT COURT DEPARTMENTS INTO JUSTICE ACCESS POINTS AS A PRACTICAL MEASURE AND INCENTIVE FOR REFORMING THE CROATIAN CIVIL JUSTICE SYSTEM

In Croatia, there are currently 34 municipal courts with 69 permanent court departments and 109 land registry court offices at the first-instance level. Additionally, there are 15 county courts with 4 permanent court departments at the appellate level. Some of the 9 commercial courts also have permanent departments, totaling 3. These permanent departments do not solely deal with administrative and technical matters, but they also carry out judicial functions and maintain their own staff and facilities. Although they are connected to their parent courts, they should be considered as separate judicial bodies. Nevertheless, discussions regarding the actual number of judicial bodies in Croatia have been neglected for an extended period.

The main thesis of this paper is that the most crucial reform measure needed is the rationalization of the court network. Unlike a radical reduction of appellate courts, a more gradual approach is proposed for first-instance courts. The envisioned transformation of all permanent departments into multipurpose justice access points is seen as a measure that can enhance the judiciary's image and citizens' perception of the deeply inefficient and troubled Croatian civil justice system.

Key words: *restructuirng of the court network, judicial map, Law on Judicial Districts and Locations, permanent court departments, legal protection*

Assoc. Prof. Marija Vidić, Ph.D., Faculty of Law,
University of Mostar, Federation of Bosnia and Herzegovina*

RESTRUCTURING PROCEDURES IN THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

UDK: 347.736 (497.6)
Original scientific paper

This paper analyzes provisions of the laws of Bosnia and Herzegovina governing the models of restructuring debtors undergoing financial difficulties. Pre-bankruptcy proceedings, which are a novelty in our bankruptcy laws, are conducted by courts prior to opening and conducting a bankruptcy proceeding. The goal of pre-bankruptcy proceedings is the financial and operational restructuring of a debtor. The model of voluntary out-of-court financial restructuring, which exists under the laws of Republika Srpska, is also examined. The paper compares the adopted solutions to those provided in the Directive on Restructuring and Insolvency. An overview is given of the necessary changes and amendments that are in accordance with the Directive on Restructuring and Insolvency. The goal of this paper is to point out that restructuring models can be successful and practicable only if there is an efficient legislative framework dealing with bankruptcy.

Key words: *bankruptcy, restructuring, pre-bankruptcy settlements, bankruptcy proceeding, Directive on Restructuring and Insolvency.*

1. THE INTRODUCTION

In late 2022, Bosnia and Herzegovina (BiH) became a European Union (EU) candidate country[1]. As a candidate for membership in the EU, it has an obligation to bring its bankruptcy legislation in line with the EU acquis communautaire so as to meet the conditions for full membership, improve the efficiency of bankruptcy and other related proceedings, and achieve efficient protection of all those involved. Without efficient bankruptcy proceedings, BiH cannot become attractive to investors. Good solutions in bankruptcy laws, which also provide for

* Associate professor at the Department of Civil Law, Faculty of Law, University of Mostar, Matice hrvatske b.b., Federation of Bosnia and Herzegovina, e-mail: marija.vidic@pf.sum.ba

[1] BiH applied for EU membership in February 2016 and was granted candidate status in December 2022. EU enlargement policy, European Council, EU Council, accessed on 1 July 2023. https://www.consilium.europa.eu/hr/policies/enlargement/bosnia-herzegovina/.

efficient application, are important because they affect the stability of the entire economic system of a country.[2]

In most countries, there is a stigma associated with business failure[3], and this is evident in Bosnia and Herzegovina too. Stigma matters because it significantly hinders the proper functioning of companies and the mechanisms of rescue and recovery provided by bankruptcy legislation and lowers the chance for a company to have a fresh start[4]. Many are unwilling to become entrepreneurs because of bankruptcy-related consequences[5].

The paper will present the most important novelties in the bankruptcy laws of Bosnia and Herzegovina that deal with restructuring models and analyze how harmonised they are with the Directive on Restructuring and Insolvency[6].

We first need to point out that, in the legal system of BiH, the field of bankruptcy law is governed by entity laws and laws of Brcko District[7]. The primary laws that govern the subject matter of bankruptcy law are: Bankruptcy Law of the Federation

[2] Branko Radulović, Marko Radović, "Opinions and proposals from bankruptcy judges on the need for changes to the Bankruptcy Law", *Collected papers from the 33rd gathering of the Kopaonik school of natural law Slobodan Perovic,* Belgrade, Volume II, (2020), accessed on: 8 July 2023. https://stecajnopravo.rs/stavovi-i-predlozi-stecajnih-sudija-o-potrebi-izmena-zakona-o-stecaju/.

[3] Bankruptcy is stigmatised because it is viewed as an ugly, shameful, and repulsive reality, mostly because the public is not able to distinguish between honest and dishonest cases, which would be the first step towards de-stigmatising honest debtors. Domagoj SAJTER, *Economic aspects of bankruptcy and bankruptcy related restructuring*, Osijek, doctoral dissertation, 2008, p. 1.

[4] Catherine Bridge, *Insolvency – a second chance? Why modern insolvency laws seek to promote business rescue,* Law in transition 2013, 36, accessed on 2 July 2023, file:///C:/Users/Korisnik/Downloads/lit13ee.pdf.

[5] Many cases of insolvency are not caused by malfeasance on the part of the debtor or their wish to damage the creditors, which is the reason that, in modern bankruptcy law, the bankruptcy proceeding is not viewed as punishment for the debtor. Ljiljana Hrastinski Jurčec, Nevenka Baran and Nevenka Marković, *Consumer bankruptcy,* Zagreb, Student Textbook, Judicial Academy, 2019, p. 15.

[6] Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency, and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency) (SL L 172/18).

[7] Marija Vidić, *Basics of Bankruptcy Law*, Mostar, PRESSUM, 2021, p. 47.

of BiH (ZS FBiH)[8] from 2021, Bankruptcy Law of Republika Srpska (ZS RS)[9] from 2016 and Bankruptcy Law of Brcko District (ZS BD)[10] from 2019[11].

Bankruptcy proceedings are conducted by bankruptcy courts with the participation of other bodies and have two basic stages. The first stage is the preliminary proceeding, during which the grounds for bankruptcy are established. The second stage is the main proceeding, which starts with the court issuing a decision to open a bankruptcy proceeding. In the course of this stage, the debtor's assets are compiled and realised, creditors' claims are established and paid, or a restructuring of the debtor might be carried out[12]. The restructuring of a bankruptcy debtor is an option within the bankruptcy proceeding, which was introduced into the laws of Bosnia and Herzegovina through the reform of our bankruptcy legislation in 2002/2003[13]. During the process of restructuring, the debtor's assets are not realised, or the sale of the debtor's assets may be only one of the measures provided by the bankruptcy plan[14].

In addition to these two options, companies in Bosnia and Herzegovina have at their disposal a certain type of debtor rehabilitation, which is called a pre-bankruptcy proceeding. These proceedings are the most important novelty in the bankruptcy laws of Bosnia and Herzegovina and were introduced into the laws of Republika Srpska (RS) in 2016, in Brcko District in 2019 and in FBiH in 2021[15]. The goal is the financial and operational restructuring of debtors. It is not prohibited for creditors and the debtor to resolve the debts on their own through

---

[8] Official Gazette of FBiH 53/21. In the Federation of BiH the Law on Bankruptcy Proceeding (Official Gazette of the FBiH 29/2003, 32/2004, 42/2006, 4/2017 – Constitutional Court decision and 52/2018, hereinafter ZSP FBiH) was in force before 15 July 2021 at which time the new Bankruptcy Law of the Federation of BiH (hereinafter ZS FBiH) entered into force.

[9] Official Gazette of Republika Srpska 16/2016. In Republika Srpska a new Bankruptcy Law was adopted in 2016 (hereinafter ZS RS), thus invalidating the previous Law on Bankruptcy Proceeding, Official Gazette of Republika Srpska 67/02, 77/02, 38/03, 96/03, 68/07, 12/10, 16/10 i 26/10.

[10] Official Gazette of Brcko District 16/2019, 29/2020. Unlike the entities, Brcko District for a long time had a single law dealing with bankruptcy, mandatory debt settlement, and liquidation (Law on bankruptcy, mandatory debt settlement and liquidation, Official Gazette of Brcko District 1/02). It was only in 2019 that the Brcko District Bankruptcy Law was adopted (hereinafter ZS BD).

[11] In addition to these three laws, the issue of special bankruptcy proceedings is regulated by the Law on Banks (ZOB), Official Gazette of FBiH 23/17, Law on Insurance (ZOS), Official Gazette of FBiH 23/17.

[12] Mihajlo Dika, *Insolvency Law,* (Zagreb, Faculty of Law, 1998), p. 10.

[13] Unlike the entities, Brcko District for a long time had a single law dealing with bankruptcy, mandatory debt settlement and liquidation (Law on bankruptcy, mandatory debt settlement and liquidation, Official Gazette of Brcko District 1/02). It was only in 2019 that the Brcko District Bankruptcy Law was adopted, which provided for the reorganisation of debtors as a model of restructuring.

[14] Sajter, *Economic aspects of bankruptcy and restructuring during bankruptcy*, p. 3.

[15] Chapter III, articles 27 – 57 of the FBiH Bankruptcy Law regulates the pre-bankruptcy proceeding. In RS it is Bankruptcy Law Chapter III., articles 27 through 52. In BD it is Bankruptcy Law, third part, articles 27 – 57.

settlement, without the participation of the court, but this does not constitute a pre-bankruptcy proceeding as provided by bankruptcy legislation[16].

2. FRAMEWORKS FOR PREVENTIVE RESTRUCTURING

All three laws that govern bankruptcy in Bosnia and Herzegovina provide for the possibility of reorganisation of debtors within a bankruptcy proceeding and for pre-bankruptcy proceedings[17]. Also, since 2020 there has been a separate law in RS that governs the procedure of voluntary, out-of-court financial restructuring, which is not part of a bankruptcy proceeding[18].

2.1. Out-of-court financial restructuring in Republika Srpska

In contrast with the Federation of BiH, the RS National Assembly adopted on 24 September 2020 the Law on Consensual Out-of-court Financial Restructuring (ZSVFR)[19], which governs the conditions necessary to open and conduct a procedure of consensual out-of-court financial restructuring of companies and businesses in RS[20]. The goal of consensual out-of-court financial restructuring is the timely identification and elimination of financial difficulties[21], as well as the creation of conditions for the continued business operations of debtors. ZSVFR does not bring any novelties in terms of voluntary restructuring, which is possible according to general rules that state that any contract may be altered by mutual consent of the parties. The novelty lies in institutional negotiation on consensual restructuring with the mediation by the Chamber of Commerce[22].

---

[16] Simić Milić, Bankruptcy Law, ILO, p. 14., available at: http://www.upfbih.ba/uimages/dokumenti/Publikacija20Zakon20o20stecaju.pdf.

[17] Restructuring banks is regulated by separate laws. In RS these are the Law on Banks, Official Gazette of RS 6/16, Law on Insurance Companies, Official Gazette of RS 6/16 17/05, 1/06, 64/06, 74/10. In FBiH they are the Law on Banks, Official Gazette of FBiH 27/17, and the Law on Insurance, Official Gazette of FBiH 23/17.

[18] Vidić, Basics of Bankruptcy Law, p. 265.

[19] Official Gazette of RS 99/20.

[20] Reasons for the adoption of this law stem from the need to fulfill commitments set forth in several documents, including the RS Program of Economic Reforms for the period 2017-2019, the Reform Agenda signed by BiH authorities at state level and the Letter of Intent to the International Monetary Fund.

[21] Financial difficulties are the inability to meet obligations that are due for payment or the certainty that the obligations that become due will not be paid. Article 4, paragraph 3 of the ZSVFR

[22] Dijana Marković-Bajalović, Reform of bankruptcy and restructuring legislation – Contribution to further harmonisation of national legislation with EU law, from: Thematic collected works of the International scientific convention on the reform of legislation on restructuring, reorganisation and bankruptcy in light of European integrations, ed. Dijana Marković-Bajalović (Faculty of Law, East Sarajevo University, Pale, 2023) p. 44.

The RS Chamber of Commerce conducts a procedure of financial restructuring, which is initiated before the financial difficulties reach a level that requires that the court issue a decision to open a bankruptcy proceeding as provided by law. A financial restructuring procedure is carried out where the case involves a debtor and at least two creditors, one of which is a bank or another financial organisation belonging to the banking system, whose establishment and business operations are regulated by a specific law.

A debtor in financial difficulties has the option to use consensual out-of-court financial restructuring as the first measure necessary for the company to overcome the crisis, recover, consolidate, or resolve problem loans, and thus avoid the creation of grounds for bankruptcy and bankruptcy itself[23]. A procedure of financial restructuring is based on the principles of voluntariness, urgency, sustainability of business operations, good faith, cooperation and equality of creditors' positions[24]. In the course of financial restructuring, a debtor is in full control of its business operations and its assets[25]. The RS Chamber of Commerce conducts the procedure through a mediator. A mediator is a natural person who, in an independent, neutral, and unbiased manner, conducts the procedure and mediates between the debtor and the creditors. A natural person can acquire a mediator qualification upon successfully completing a training program, organised by the Chamber of Commerce, for a mediator in a procedure of financial restructuring[26]. A mediator in each individual procedure of financial restructuring is appointed by the Chamber of Commerce. By way of exception, parties to a procedure may agree to request that the Chamber of Commerce appoint a certain person from the register of mediators to conduct their procedure[27]. In the course of a procedure, a debt dormancy contract may be signed, which results in a temporary stay of payment of debtor's liabilities to a creditor. The contract is concluded in writing and represents a foundation for a postponement of enforcement[28]. Where the debtor's business operation is sustainable and where the debtor and the creditors

[23] Vidić, Basics of Bankruptcy Law, 265 – 266.

[24] Article 3 of the 3. ZSVFR.

[25] Article 11, paragraph 1 of the ZSVFR.

[26] Article 14 of the ZSVFR.

[27] Article 15 of the ZSVFR.

[28] Article 18 of the ZSVFR.

agree to it, the financial restructuring procedure ends with the conclusion of an agreement on financial restructuring[29].

In RS a debtor has the option to use two models of restructuring which, if combined, would produce solutions that would meet the requirements set by the Directive on Restructuring and Insolvency[30]. In Serbia, consensual financial restructuring is regulated by a specific law[31], which served as a model for the RS law[32].

A debtor should be given the opportunity to either initiate a preventive restructuring process regulated by the Bankruptcy Law or opt for non-bankruptcy mechanisms of resolving the relationship with the creditors consensually[33]. Unlike the legislators in FBiH and BD, the RS legislator followed the EU trend, which provides for two models of restructuring: voluntary out-of court restructuring and restructuring conducted by a court[34].

However, for the implementation of a restructuring model to be successful, a country must have well developed bankruptcy legislation that enables the participants to anticipate the consequences of these models. A country that has no history and culture of restructuring cannot expect that the introduction of out-of-court restructuring in itself will make a difference, especially in the early stages[35].

---

[29] The agreement may include: 1) payment of debt in instalments, change of due dates, change of interest rates or other terms of loan/another type of claim or change of the debt security instrument, 2) realisation of assets or transfer of ownership over such assets to pay the claim, 3) debt discharge, 4) method of enforcement, lien modification, or giving up a lien, 5) debtor or third party giving additional debt security instruments, including sureties, or changing the existing ones, 6) conversion of claims into equity, 7) signing a loan contract, 8) issuing securities, 9) other measures important for financial restructuring. Article 19 of the ZSVFR.

[30] Zoran Vasiljević and Irena Radić, "Conclusions of the panel discussion 'Harmonisation of rights of companies in Republika Srpska with EU law' and recommendations for harmonisation", 36. Accessed on: 3 July 2023., https://www.researchgate.net/publication/359759128_ZAKLUCCI_IPANEL_DISKUSIJE_HARMONIZACIJA_PRAVA_PRIVREDNIH_DRUSTAVA_REPUBLIKE_SRPSKE_SA_PRAVOM_EVROPSKE_UNIJE_I_PREPORUKE_ZA_USKLADIVANE?enrichId=rgreq-e8b3e4cdfb9c5502b345272ec6c30c53-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzM1OTc1OTEyODtBUzoxMTQxNzQ0ODY3NTE2NDE2QDE2NDkyMjQ1OTcwNTc%3D&el=1_x_3&_esc=publicationCoverPdf

[31] Vladimir Čolović, „Restructuring of debtors", *Faculty of Law Yearbook,* Banja Luka, Year 8, No 8, (2018), p. 16, DOI: 10.7251/GFP1808005C

[32] It is the Law on Consensual Financial Restructuring, Official Gazette of RS 89/2015. For more on how financial restructuring is regulated in Serbia please see: Vladimir Čolović, Financial Restructuring of Companies, Law and Economy 61(2), (2023.), pp. 297-314, 305, DOI: 10.55836/PiP_23204A.

[33] Miahela Carpus Carcea, et. al., The Economic Impact of Rescue and Recovery Frameworks in the EU, European Commission, European economy, Discussion paper 004, (2015), p. 4, doi:10.2765/99293 (online), accessed on: 1 July 2023, https://economy-finance.ec.europa.eu/system/files/2018-02/dp004_en.pdf.

[34] Marković-Bajalović, *Reform of legislation on bankruptcy and restructuring – Contribution to further harmonisation of national legislation with EU law*, p. 33.

[35] Vuk Radović, *Bankruptcy Law,* second volume, (Belgrade, University of Belgrade – Faculty of Law, 2017) p. 338.

It is necessary to create an efficient bankruptcy framework so that the restructuring models can fully take hold during implementation.

3. FINANCIAL AND OPERATIONAL RESTRUCTURING IN THE FEDERATION OF BIH

Financial and operational restructuring is a procedure conducted by a court in order to conclude an agreement during a pre-bankruptcy proceeding between the creditors and the debtor on the manner of recovery of creditors' claims, with the aim of improving the liquidity and solvency of the debtor[36]. The goal of a pre-bankruptcy proceeding is to regulate the legal position of a debtor and their relationship with the creditors for the sake of the debtor being able to continue their business activity[37].

A pre-bankruptcy proceeding can be opened if the court determines there is a danger of insolvency, which exists when a debtor, according to the payment maturity plan, will not be able to settle their obligations as they become due in the next 12 months and is up to 60 days late meeting their financial obligations[38]. As per article 5 of the ZS FBiH, one of the reasons to open a bankruptcy proceeding is a danger of insolvency, and the debtor is the only one that may use this reason to file an application to open a bankruptcy proceeding. Given that the reasons overlap, it is more likely that debtors will attempt to carry out rehabilitation in a pre-bankruptcy proceeding than go for a bankruptcy proceeding. A pre-bankruptcy proceeding has no preliminary proceeding stage, unlike bankruptcy proceedings (article 61 of the ZS FBiH) which use preliminary proceedings to establish whether conditions have been created to open a bankruptcy proceeding. The formulation "*where a debtor is up to 60 days late with settling incurred financial liabilities*" implies that a debtor may file an application to open a pre-bankruptcy proceeding on the 60th day from the day their account was blocked because, at the time of filing the application, requirements to open a bankruptcy proceeding have not been met yet[39]. Where a debtor has been insolvent for a period exceeding 60 days, there is a reason to open a bankruptcy proceeding as per article 6, paragraph 5 of

[36] Article 2, paragraph 3, of the FBiH Bankruptcy Law. The same definition is provided by article 2 paragraph 22 of the BD Bankruptcy Law, whereas RS Bankruptcy Law has no provision defining these concepts.

[37] Article 3, paragraph 1, of the FBiH Bankruptcy Law. The same formulation is contained in article 2, paragraph 1 of the RS Bankruptcy Law, and in article 3, paragraph 1 of the BD Bankruptcy Law.

[38] Article 5 of the FBiH Bankruptcy Law. Reasons to open a restructuring procedure are defined in the same manner in RS Bankruptcy Law, article 4, and in article 5 of the BD Bankruptcy Law.

[39] Željko Šimić, "Pre-bankruptcy Proceeding, second amendment to the Bankruptcy Law" (Student handbook, Judicial Academy, Zagreb, 2022), p. 7.

the ZS FBiH[40]. Where, at the time of filing an application, grounds for bankruptcy exist, they rule out the existence of grounds for a pre-bankruptcy proceeding, which means that the court should deny an application to open a pre-bankruptcy proceeding as unfounded[41].

3.1. Bodies in a pre-bankruptcy proceeding

A restructuring procedure conducted by a court is modelled on a bankruptcy proceeding. The body conducting the procedure is a court (it examines the application to open a procedure and either denies it or opens a procedure, notifies the creditors and invites them to file their claims, holds examination hearings and hearings to vote on restructuring plans, issues decisions adopting restructuring plans and confirming debt settlements, or turns down plans and halts restructuring procedures[42]). In addition to this, the court conducting a pre-bankruptcy proceeding appoints and relieves of duty a trustee and supervises their work, monitors how the Financial-Information Agency (FIA) fulfills its responsibilities[43], decides on established and contested claims, and decides on all other issues related to the pre-bankruptcy proceeding, except those entrusted by law to another body in the pre-bankruptcy proceeding[44]. The trustee, as a body in a pre-bankruptcy proceeding, has a role similar to that of the insolvency practitioner in a bankruptcy proceeding. The conditions for the appointment of a trustee are the same as those for the appointment of an insolvency practitioner. The trustee's duties cease on the date of adoption of a decision on the confirmation of a pre-bankruptcy agreement or on the date of the opening of a bankruptcy proceeding. Article 38, paragraph 1, of the ZS RS stipulates that, in appointing a trustee, one must take into account the number of restructuring and bankruptcy proceedings that the candidate is already

[40] A bankruptcy debtor is insolvent if: a) they have not paid their outstanding financial obligations for 60 consecutive days, or b) the debtor's bank account has been blocked for 60 consecutive days.

[41] See decision by the High Commercial Court of Croatia ref. no. Pž-2153/2022 dated 25 May 2022. Šimić, Pre-bankruptcy Proceeding, second amendment to the Bankruptcy Law, p. 8.

[42] Articles 38, 39, 43, 49, 50, and 42 of the FBiH Bankruptcy Law.

[43] The FIA has set up and maintains a general register which is a public record and a central database of companies' bank accounts. The register is a central source of information on the success of business operation and financial standing of legal persons in the Federation of BiH that are legally required to submit their financial reports to the Financial Information Agency. The FIA sets up and maintains the register pursuant to article 1 of the Law on Register of Financial Reports, Official Gazette of the FBiH 7/21. The FIA is authorised to collect, record, process, archive and publish financial reports and information contained in them, in accordance with accounting and audit regulations; FIA is in charge of granting right to use information contained in the reports, maintaining the databases and protecting the databases and documents, which are archived in accordance with article 3 of the Law on Register of Financial Reports. For more on this please see Marija Vidić, Ivana Soldić, "Opening a bankruptcy proceeding", in: *Collected works from the twentieth international conference titled "Current issues in civil and commercial legislation and legal practice"*, ed. Snježana Pehar, (2023), p. 295, accessed on 1 July 2023, https://pf.sum.ba/wp-content/uploads/2023/06/16-clanak.pdf.

[44] Article 28 of the FBiH Bankruptcy Law.

appointed to oversee[45]. Article 38, paragraph 2, of the ZS RS vaguely states that a trustee's duties cease by virtue of a decision of creditors. As no creditor bodies are formed in a pre-bankruptcy proceeding[46], the law has failed to specify in which way creditors can make a decision on the cessation of the trustee's duties[47]. Pursuant to article 11 of the ZS FBiH, the opening of a bankruptcy proceeding causes the debtor's rights to manage and control the property that is part of the bankruptcy estate to be transferred to the insolvency practitioner. In a pre-bankruptcy proceeding, from the moment an application is filed to open a pre-bankruptcy proceeding until a decision is issued adopting a pre-bankruptcy proceeding or rejecting the plan of financial and operational restructuring, the debtor can make only payments that are necessary for their regular business operations[48]. The trustee's obligations in a pre-bankruptcy proceeding are defined by article 30 of the ZS FBiH[49]. The difference, compared to a bankruptcy proceeding, is that the debtor retains a (limited) right to manage its business operations[50].

---

[45] Article 76 of the FBiH Bankruptcy Law stipulates that a trustee can oversee two proceedings at the same time.

[46] Under Croatian law, a pre-bankruptcy proceeding, unlike a bankruptcy proceeding, involves no creditors' assembly or committee, as bodies in the proceeding. Šimić, *Pre-bankruptcy Proceeding*, second amendment to the Bankruptcy Law", p. 20.

[47] Marković-Bajalović, Reform of legislation on bankruptcy and restructuring– Contribution to further harmonisation of national legislation with EU law, p. 35.

[48] Which is in accordance with article 5, paragraph 1, of the Directive on Restructuring and Insolvency.

[49] The trustee's obligations are as follows: a) to examine the situation with the debtor's assets and business operations, b) to make a list of creditors' claims, enter those claims in the table of claims filed and deliver that information, along with the claims themselves and attachments, to the court for the purpose of publishing them on the court's bulletin board and web page/electronic bulletin board, in the FBiH Official Gazette, and on the FIA web page, within eight days following the expiry of the deadline for claim filing, c) to make a list of the debtor's employees and an itemised statement of their claims as prescribed by law and inform them of the amounts of claims entered in the table of claims filed, č) furnish the court with received documents pertaining to creditors' claims, within eight days following the expiry of the deadline for creditors to file their claims, ć) to publish subsequently received documentation on the debtor's web page or bulletin board, d) to give their (trustee's) opinion as to whether a claim is justified or should be contested, including the reasons for contestation, and enter that information in the table of claims filed, dž) to contest a claim where information from creditors or other sources leads the trustee to question the existence of the claim, đ) to supervise the debtor's business operation, particularly their financial operation and the creation of obligations to third parties, the issuing of debt security instruments, sale of goods and services, making sure all the while that the debtor's assets are not harmed, e) to assess the degree of payment of creditors' claims in case a bankruptcy proceeding is opened, f) to give their (trustee's) opinion as to whether conditions have been met to conclude a pre-bankruptcy agreement and whether such an agreement is practicable, g) the trustee can engage the services of an auditor, an expert witness or some other type of expert, h) to file a report with the court where the debtor acts in breach of the Bankruptcy Law, i) to supervise whether the costs of the pre-bankruptcy proceeding are covered fully and on time, j) to perform such other duties as provided by law.

[50] The trustee (unlike the insolvency practitioner) is not a debtor's legal representative because the opening of a pre-bankruptcy proceeding does not cause the rights of the debtor, a legal person, to cease to exist or be transferred to the trustee.

The FIA Agency is not a body in a pre-bankruptcy proceeding, although it has certain powers in the course of it[51]. Similarly, in the Republic of Croatia, the FINA is not a body in a pre-bankruptcy proceeding, although it has certain powers[52].

3.2. Duration of a pre-bankruptcy proceeding

The duration of a pre-bankruptcy proceeding is limited to 150 days, counting from the day of its opening. For justified reasons, which are not specified and have to be assessed by the court in each case, the court may extend a proceeding by 90 days at the most[53]. Article 18 of the ZS FBiH sets the deadline for the completion of a bankruptcy proceeding[54]. Since the law does not specify who decides how complex a bankruptcy proceeding is or whether a bankruptcy judge is responsible for the damage after failing to complete a proceeding within the prescribed deadline, either deliberately or out of gross negligence, the law does not stipulate responsibility for failing to complete a proceeding within the prescribed deadline[55].

3.3. Denying an application to open a pre-bankruptcy proceeding

A court shall deny an application to open a pre-bankruptcy proceeding for the following reasons prescribed by law: where a pre-bankruptcy proceeding is

---

[51] The FIA agency publishes on its web page a list of creditors' claims and the table of filed claims made by the trustee (article 30, paragraph 1, point b). Applications to open a pre-bankruptcy proceeding are filed with the FIA (article 32 paragraph 5) which must publish them on its web page (article 34, paragraph 7). A decision to open a pre-bankruptcy proceeding is furnished by the court to the FIA, which must publish it (article 39, paragraph 4). A decision to stay a pre-bankruptcy proceeding is furnished by the court to the FIA, which must publish it (article 42, paragraphs 2 and 3). Invitations to discuss and vote on the plan of financial and operational restructuring are posted on the FIA web page (article 49, paragraph 3.) A subsequently amended plan of restructuring is posted on the FIA web page (article 50, paragraph 1), as is the decision that either adopts the plan of financial and operational restructuring and confirms debt settlement or stays the pre-bankruptcy proceeding. Also, the court shall provide the FIA with a legally binding decision confirming debt settlement in the pre-bankruptcy proceeding.

[52] Among other things, it receives creditors' applications and declarations on claims filed, compiles a table of claims filed and a table of contested claims, updates the tables, etc. Šimić, *Pre-bankruptcy Proceeding, second amendment to the Bankruptcy Law*, p. 20.

[53] Article 42, paragraph 1, item dž): When the court is deciding on whether to stay a proceeding, it implies that a deadline extension should be "beneficial" for the completion of the bankruptcy proceeding.

[54] "(1) A bankruptcy proceeding shall be completed within one year and, in complex cases, within two years from the opening of the proceeding. (2) Should a bankruptcy proceeding not be completed within one or two years from its opening, it shall continue and can last for another year at the most, and the bankruptcy judge shall inform the court president of the reasons for the deadline extension.

[55] Croatian Bankruptcy Law, article 63, paragraph 2, provides derogation in that the court may permit a deadline extension by further 180 days if it believes that progress has been made in negotiations on restructuring and that the pre-bankruptcy proceeding is likely to end successfully. Note that the first paragraph of the same article stipulates that the pre-bankruptcy proceeding must be completed no later than 120 days following its opening.

under way following a previous application[56]; where two years have not passed since the fulfilment of obligations from a previously confirmed pre-bankruptcy proceeding[57]; where the application was not filed by an authorised applicant[58]; where the Banking Agency of the FBiH has not issued a prior approval for conversion of a lending institution's claims into the debtor's capital stock as part of a pre-bankruptcy proceeding, and the debtor fails to propose a new plan of financial and operational restructuring; in other cases prescribed by the Bankruptcy Law[59].

3.4. Stay of a pre-bankruptcy proceeding

A court shall stay a pre-bankruptcy proceeding in the following cases: where it determines that a reason to open a pre-bankruptcy proceeding no longer exists; where the value of established claims is higher by 20 % than the value of liabilities to creditors which the debtor listed in the application; where the value of contested claims exceeds 30 % of the value of claims filed; where, during a pre-bankruptcy proceeding, the debtor acts contrary to article 52 of the SZ FBiH; where, in the course of a pre-bankruptcy proceeding, the debtor is more than 45 days late with the payment of salaries to employees under an employment contract, labour regulations or a collective agreement, which regulate obligations of employers towards employees that became due after the opening of the pre-bankruptcy proceeding or where, during said time period, the debtor fails to pay contributions and taxes on salaries counting from the date when the debtor was required to pay

---

[56] Where two or more applications to open a pre-bankruptcy proceeding have been received and the court has not issued a decision on any of them, it must conduct a single proceeding on all of them and issue a single decision. In reality, it is hard to imagine a situation involving more than one application, although creditors, too, can file an application albeit with the debtor's approval.

[57] This reason can come to pass only after the restructuring plan has been confirmed. See Šimić, *Pre-bankruptcy Proceeding, second amendment to the Bankruptcy Law, p. 23.*

[58] For instance, where an unauthorised person files an application on behalf of the debtor or a creditor.

[59] Under article 17, paragraph 1, item 12 of the Croatian Bankruptcy Law (Bankruptcy Law of the Republic of Croatia, Official Gazette 71/15, 104/17, 36/22, hereinafter SZ RH), the debtor must include in their list of assets and liabilities all court cases or proceedings before public authorities to which the debtor is a party, as well as the amounts involved and descriptions of the claims that are the subjects of these proceedings. Article 32 paragraph 4 stipulates that, where there is a proceeding before a court or public authority to which the debtor is a party, and which the debtor failed to include in their list of assets and liabilities although they knew or had to know about the existence of such proceedings, the court shall deny the application. However, in practice, the question came up of how a commercial court can know there is a proceeding that could be a reason to deny an application. The High Commercial Court of the Republic of Croatia, at a session of its Department for Commercial and Other Disputes held on 18 December 2019, in a case dealing with the protection of creditors' interests, accepted the following legal opinion: "A court may deny an application to open a pre-bankruptcy proceeding even after the pre-bankruptcy proceeding has been opened through a binding court decision if, at the time of the court's deliberation on the application, reasons to deny the application existed." High Commercial Court of Croatia, ref. no: Pž-2424/2019 dated 23 Dec 2019. For more on this see Šimić, "Pre-*bankruptcy Proceeding, second amendment to the Bankruptcy Law*" p. 26.

the salaries; where the debtor has met all the obligation to the creditors by the time of the voting hearing; where the pre-bankruptcy agreement is not confirmed within five months since it was opened, or where this procedure is not completed within 90 days after the court, upon the proposal of the debtor or the trustee, found that extension of the deadline was beneficial for the completion of the pre-bankruptcy proceeding; and in other cases prescribed by law.

The court shall deliver its decision to stay a pre-bankruptcy proceeding to the applicant and the FIA and put it on its bulletin board, its electronic bulletin board and have it published in the FBiH Official Gazette. The FIA has a responsibility to publish the court's decision to stay the proceeding on its website.

If a pre-bankruptcy proceeding is stayed, the court shall act ex-officio and apply article 103, paragraph 4, of the SZ FBiH, which deals with pre-bankruptcy proceedings that were opened but ended unsuccessfully. The court shall issue a decision to open a bankruptcy proceeding, without conducting a preliminary proceeding beforehand, concurrently with issuing a decision to stay the pre-bankruptcy proceeding, unless the pre-bankruptcy proceeding is stayed because the debtor has fulfilled all the obligations to the creditors. This constitutes the direct opening of a bankruptcy proceeding. In such cases the court shall continue the proceeding ex officio as though an application to open a bankruptcy proceeding had been filed[60].

3.5. The restructuring plan

Pursuant to article 37 of the ZS FBiH, a restructuring plan must include: a) facts and circumstances indicating there is a danger of insolvency; b) the amount of a shortage of liquid funds on the day of submitting financial reports; c) measures of financial restructuring including a calculation showing the effect of the measures on the shortage of liquid funds; č) measures of operational restructuring, including a calculation showing their effect on business operations[61]; ć) a plan of business operations for the remainder of the current year and for the next two calendar years, including a detailed explanation of the reasons for each item in the plan; d) expected balance on the last day of the period for which the plan of business operation was made; dž) analysis of all the claims by type and amount (claims by the debtor's current and former employees, rights to separate recovery, rights of

[60] Croatian Bankruptcy Law, article 116, paragraph 1, item 5 in combination with article 64: The court shall issue a decision to stay the ongoing pre-bankruptcy proceeding and it shall ex-officio continue the proceeding as though an application to open a bankruptcy proceeding had been filed. Please see Šimić, *Pre-bankruptcy Proceeding, second amendment to the Bankruptcy Law, p. 26.*

[61] The law does not specify what these measures are, in the same way it does with measures to be used in a bankruptcy plan.

secured creditors, claims that are the subject of a dispute, unsecured claims, and other claims); e) offers to creditors, who are grouped into classes according to suitable rules, as to debt recovery method, deadlines, and terms; f) deadline for voluntary fulfilment of obligations; and g) planned cost of the pre-bankruptcy proceeding.

3.6. Classification of creditors in a pre-bankruptcy proceeding

Pursuant to article 48 of the ZS FBiH, creditors in a pre-bankruptcy proceeding are grouped into classes according to the results of the financial and operational restructuring plan and the voting rights: a) creditors whose established claims are reduced according to their statement on claim reduction; b) creditors whose established claims are reduced in accordance with the law; c) creditors whose claims are contested; č) creditors whose claims are not affected by the pre-bankruptcy proceeding[62]. Established claims of creditors who agree to the proposed plan of financial and operational restructuring are reduced in accordance with the creditor's statement on claim reduction. Established claims of creditors who do not agree to the proposed plan of financial and operational restructuring are reduced by up to 10 %, keeping in mind that the percentage of reduction may not be less favourable than it would be if the debt were paid without a settlement. These claims must be paid within two years following the effective date of the decision accepting the plan of financial and operational restructuring and confirming pre-bankruptcy debt settlement, keeping in mind that the payment takes place over a period of time and that the earliest payment falls due within three months at the latest. Creditors whose claims are contested and who are involved in litigation to establish the contested claims but to whom the court gave voting rights may declare their agreement to the proposed plan. However, if they fail to do so, they shall be deemed to have voted against the plan. A financial and operational restructuring plan must generate funds sufficient to pay the amounts that would be paid to creditors whose claims are contested if those claims were not contested, with the appropriate application of reduction rules.

[62] Article 39, paragraph 2, which defines what a decision to open a pre-bankruptcy proceeding must include, stipulates in its item d) that a decision must include a request to creditors having a right to separate recovery and creditors with secured claims to attach to their claims written statements on a postponement of recovery of items to which their right to separate recovery and secured claims pertain, for the sake of implementation of a plan of financial and operational restructuring. The request shall include a notice that, if a creditor does not furnish a statement on postponement, it shall be deemed that the creditor does not agree to the postponement of recovery. However, other provisions dealing with the pre-bankruptcy proceeding do not deal with creditors entitled to separate recovery and secured creditors. Under the law, a restructuring plan must not interfere with the right to separate recovery and rights of secured creditors, unless the plan provides otherwise (article 38 of the Croatian Bankruptcy Law). Therefore creditors whose claims are not affected by the pre-bankruptcy proceeding could include those with the right to separate recovery.

The court schedules a hearing to discuss and vote on the plan for financial and operational restructuring. The debtor, the trustee, and the creditors have the right to take part in the discussion. A decision on adopting the plan for financial and operational restructuring is made by the creditors[63]. Given that it is stipulated that the "creditors" are to make a decision on adopting the plan for financial and operational restructuring, the purpose of grouping creditors into classes is not clear because it is not specified whether all classes have a right to vote and how the voting takes place[64]. Article 9, paragraph 4, of the Directive on Restructuring and Insolvency stipulates that Member States shall ensure that affected parties are treated in separate classes which reflect sufficient commonality of interest based on verifiable criteria. At a minimum, creditors of secured and unsecured claims shall be treated as separate classes for the purposes of adopting a restructuring plan[65]. Paragraph 2 of the same article stipulates that affected parties have a right to vote on the adoption of a restructuring plan and parties that are not affected by a restructuring plan shall not have voting rights in the adoption of that plan[66]. Therefore the law should specify that each class of creditors having voting rights shall separately vote on the restructuring plan and that the plan shall be considered adopted where a majority of creditors in each class vote in favour and where the sum of claims of creditors who voted in favour is greater than twice the sum of claims of creditors who voted against the plan[67]. Also, the right to separate recovery and the rights of secured creditors in a pre-bankruptcy proceeding should be precisely defined.

3.7. Debt settlement in a pre-bankruptcy proceeding

Pursuant to article 50, paragraph 7, of the ZS FBiH, the court shall issue a decision adopting a financial and operational restructuring plan and confirming debt settlement where at least 25 % of creditors voted in favour and where the

[63] Article 49 of the FBiH Bankruptcy Law.

[64] See: Marković-Bajalović, *Reform of legislation on bankruptcy and restructuring – Contribution to further harmonisation of national legislation with EU law*, p. 37.

[65] Article 2, paragraph 1, item 2 of the Directive on Restructuring and Insolvency stipulates that 'affected parties' means creditors, including, where applicable under national law, workers, or classes of creditors and, where applicable, under national law, equity holders, whose claims or interests, respectively, are directly affected by a restructuring plan.

[66] Having in mind that, under article 9, paragraph 3, Member States may exclude from the right to vote the following: a) equity holders; b) creditors whose claims rank below the claims of ordinary unsecured creditors in the normal ranking of liquidation priorities; or c) any related party of the debtor or the debtor's business, with a conflict of interest under national law.

[67] The law should also specify that the rules on the classification of participants in a bankruptcy plan shall appropriately apply to the pre-bankruptcy proceeding. Similarly, article 52 of the FBiH Bankruptcy Law stipulates that the provisions of articles 207 through 259, which deal with the results of the confirmed bankruptcy plan and with the supervision of its implementation, shall appropriately apply to a confirmed debt settlement in a pre-bankruptcy proceeding.

sum of claims of creditors who voted in favour is greater than the sum of claims of creditors who voted against the plan of financial and operational restructuring, unless: a) a creditor provides believable arguments that it is likely that the plan of financial and operational restructuring will make the creditor worse off than if there were no plan; b) the plan of financial and operational restructuring implies that its implementation is not likely to render the debtor solvent in the period until the end of the current year and in the next two years; c) the financial and operational restructuring plan does not provide for payment of the amount the creditors would receive were their claims not contested. Where these conditions are not met, the court shall render a decision denying confirmation of debt settlement and staying the pre-bankruptcy proceeding[68].

Civil, enforcement and administrative proceedings instituted against the debtor prior to the opening of the pre-bankruptcy proceeding shall cease on the date the pre-bankruptcy proceeding is opened[69].

3.8. Harmonisation challenges

None of the bankruptcy laws in BiH has regulated the issue of interim financing for the duration of a pre-bankruptcy proceeding[70]. Giving and taking on new debts (interim financing) is necessary so as to ensure the continuity of business operations during negotiations on restructuring. For a successful implementation of a pre-bankruptcy proceeding, it is necessary to encourage the giving and taking on of new debt, without which it is very difficult to continue business operations and avoid bankruptcy and liquidation[71]. Therefore, in order to encourage debtors to initiate pre-bankruptcy settlements and achieve easier implementation of the proceedings, all for the sake of continuity of business operations during restructuring negotiations, legislators in BiH should additionally regulate this issue. Also, none of the bankruptcy laws in BiH regulate early warning and access

[68] Article 234, paragraph 1 of the FBiH Law on Bankruptcy defines the majority necessary to adopt a bankruptcy plan. The plan shall be considered adopted by the creditors where a majority of creditors in each class vote in favour and where the sum of claims of creditors who voted in favour is greater than the sum of claims of creditors who voted against the plan. It would be desirable if the majority necessary to adopt a bankruptcy plan were appropriately applied in the pre-bankruptcy proceeding as well.

[69] Article 53, paragraph 1 of the FBiH Law on Bankruptcy.

[70] According to article 2, paragraph 8 of the Directive on Restructuring and Insolvency, 'interim financing' means any new financial assistance, provided by an existing or a new creditor, that includes, as a minimum, financial assistance during the stay of individual enforcement actions, and that is reasonable and immediately necessary for the debtor's business to continue operating, or to preserve or enhance the value of that business.

[71] For more on interim financing, see: Analysis and Monitoring of the Bankruptcy Law Effects (Official Gazette 71/15 and 104/17) for year 2017, Ministry of Justice of the Republic of Croatia, accessed on 1 July 2023, https://mpu.gov.hr/pristup-informacijama-6341/godisnji-planovi-rada-24349/analize-i-pracenje-ucinaka-26684/analize-i-pracenje-ucinaka/21246.

to information[72]. The earlier a debtor identifies financial difficulties, the higher the likelihood they will take the necessary measures to avoid harmful consequences[73]. Debtors should have access to a clear and transparent early warning system with respect to circumstances that could bring about a danger of insolvency, such as failing to make certain types of payments. Such a system would give a signal to a debtor indicating action must be taken without delay. Debtors and the public must have relevant, up-to-date information on access to early warning tools and on restructuring and debt discharge[74]. The state should make sure that insolvent businesses have access to at least one type of procedure that can lead to a full debt discharge, keeping in mind that a request can be made to terminate the commercial, business, or professional activity from which the debts of the insolvent business originate[75]. In addition, under article 29 of the Directive on Restructuring and Insolvency, the state must ensure the annual gathering and aggregation of information on procedures of restructuring, insolvency, and debt discharge, broken down by type of procedure[76].

Taking these measures would alleviate the negative attitude towards the bankruptcy proceeding (as being primarily focused on liquidation of the debtor's assets) on the part of domestic parties and foreign investors, which would lead to a better business environment and business customs. Sustainable businesses should be encouraged to undergo restructuring at an early stage so as to avoid insolvency and continue their business operations.

However, it is necessary to point out that a requirement for the implementation of pre-bankruptcy proceedings is the creation of an efficient bankruptcy framework. Avoiding a formal bankruptcy proceeding is the basic motive for the debtor to settle with the creditors. Creditors need an efficient bankruptcy framework to be

---

[72] Article 3 of the Directive on Restructuring and Insolvency.

[73] Nevenka Marković and Jelena Čuveljak, "Changes and amendments to Bankruptcy Law", Student handbook, Zagreb, (2022), Accessed on: 7 July 2023, file:///C:/Users/Korisnik/Documents/RESTRUKTURIRANJE/Stecajni-zakon.pdf.

[74] See article 3 of the Directive on Restructuring and Insolvency and article 7 of the Croatian Law on Bankruptcy. The availability of quality information about debtors (liabilities, assets, and revenues) provides for a proper and efficient functioning of the insolvency framework. Bricongne, Jean-Charles, *et. al.,* Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective, European Commission Directorate-General for Economic and Financial Affairs, European Economy, Discussion Paper 032, (2016), DOI 10.2765/704406, 31., accessed on: 7 July 2023., file:///C:/Users/Korisnik/Downloads/macroeconomic%20relevance%20of%20insolvency%20frameworks%20in-KCBD16032ENN.pdf.

[75] Article 20 of the Directive on Restructuring and Insolvency.

[76] Information includes the following elements: the number of procedures that were applied for or opened, and of procedures that are pending or were closed; the average length of procedures from the submission of the application, or from the opening thereof, to their closure; the number of applications for restructuring procedures that were declared inadmissible, rejected, or withdrawn before being opened; the number of all procedures broken down by types of outcome.

able to decide whether to support a restructuring proposal, which is a decision they make by comparing the expected consequences of both procedures[77].

4. DEBTOR RESTRUCTURING ON THE BASIS OF A BANKRUPTCY PLAN

Despite the fact that, for the past twenty years, debtor restructuring within a bankruptcy proceeding has provided an opportunity for businesses to recover, this legal mechanism has been rarely used in practice[78]. The basic reason is that the bankruptcy proceedings were not started on time.

Reorganisation or restructuring of a bankruptcy debtor is a special procedure carried out within a bankruptcy proceeding to establish the legal position of the debtor and their relationship with the creditors, preserve the debtor's business and save the jobs. A bankruptcy plan is an act (an agreement) adopted by a qualified majority of bankruptcy creditors and approved by the debtor, dealing with the modalities of the debtor's reorganisation. It has to be confirmed by the competent court and has the power of an enforcement title for all non-privileged creditors[79]. A bankruptcy plan is a "signpost" pointing towards rehabilitation of the debtor[80] and, equipped with financial and other relevant information, it is carefully tailored to suit the needs, special traits and circumstances of the debtor. The plan points out all operational, structural, and legal measures that need to be taken[81].

Under article 207 of the SZ FBiH, after a bankruptcy proceeding has been opened, a bankruptcy plan may be made in which derogation is permitted from the legal provisions on the realisation and distribution of the bankruptcy estate. A bankruptcy plan can contain one or more legally prescribed measures, and other

[77] Radovic, *Bankruptcy Law*, p. 338.

[78] One of the main and possibly most important reasons for the very small number of reorganisations conducted by courts in Bosnia and Herzegovina is the fact that bankruptcy proceedings start too late, i. e. when a company's liabilities exceed its assets by a considerable margin. Guide for efficient handling of bankruptcy cases, (Sarajevo, High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina, 2019) pp. 36 and 47.

[79] Article 2, paragraphs 22 and 23 of the FBiH Bankruptcy Law.

[80] Insolvency Practitioner's Handbook, second edition, USAID, dated 31 December 2005, p. 80.

[81] Module 3, Reorganisation of the bankruptcy debtor, (Sarajevo, High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina, 2019) p. 39.

measures[82]. These measures, or a combination thereof within a bankruptcy plan, are supposed to motivate the creditors to accept the plan if the plan is such that the creditors' interests will be better achieved[83]. From the debtor's point of view, a bankruptcy plan means financial and business recovery and continued operations. Because of these different interests, the law provides for measures that are varied and unlimited in number, which means that, in practice, other measures may be taken which are not provided by law. In contrast with a restructuring plan, which is submitted within a pre-bankruptcy proceeding without any measures prescribed by law, several measures are provided in case of the reorganisation of a bankruptcy debtor, and the list is not final.

A bankruptcy plan may be submitted by the debtor along with an application to open a bankruptcy proceeding (article 208, paragraph 1 of the SZ FBiH). When the bankruptcy debtor submits a bankruptcy plan along with an application to open a bankruptcy proceeding, it is a plan that was prepared in advance. The legislator should precisely define and additionally regulate this plan[84].

A debtor may submit a bankruptcy plan in the course of a bankruptcy proceeding too, in case they were not able to do so at the time of filing an application to open a bankruptcy proceeding, provided they get authorisation from the assembly of creditors. After the bankruptcy proceeding has been opened, the insolvency practitioner or the debtor, if the debtor is an individual, have the right to submit

---

[82] Article 207, paragraph 2, of the FBiH Bankruptcy Law: Through a bankruptcy plan, one can do the following: leave all or part of the assets in the possession of the debtor so that the debtor can continue their business operation; b) transfer all or part of the debtor's assets to an existing natural or legal person or a legal person yet to be established; c) incorporate the debtor into another legal person or merge the debtor with one or more other legal persons; č) sell all of the debtor's property, whether it is used to secure a claim or not; ć) distribute all or part of the debtor's assets to creditors; d) convert claims into equity; dž) determine the manner of recovering creditors' claims; đ) pay secured claims or alter the rights of secured creditors; e) decrease or postpone payment of debtor's obligations; f) convert debtor's obligations into loans; g) assume a surety or provide some other security for debtor's obligations; h) regulate debtor's responsibilities after the bankruptcy proceeding has ended; i) issue new shares and perform other activities on behalf of the debtor.

[83] Vladimir Malbašić, *Reorganisation as a Measure to Prevent Bankruptcy,* Belgrade, Serbian Economic Forum, 2005, p. 43.

[84] See article 156, paragraph 4 of the Bankruptcy Law of the Republic of Serbia. In addition to elements referred to in paragraph 1 of this article, a reorganisation plan prepared in advance shall contain: 1) a provision stipulating that a creditor's claim not included in the plan of payments to creditors will be paid in the same manner and under the same conditions as the claims of other creditors in that class; 2) a signed non-binding statement by the majority of creditors in each class, grouped by claims value, saying they approve of the plan of reorganisation and are ready to vote for its adoption; 3) a statement by the debtor attesting to the credibility of the information contained in the plan; 4) a special report, including an auditor's opinion, on the debtor's financial reports showing the situation with business ledgers, determined not later than 90 days prior to submitting to the court a previously prepared plan of reorganisation, including all the claims and the percentage of each creditor's share in their class; 5) a declaration by an auditor or a licensed insolvency practitioner saying that the reorganisation plan prepared in advance is feasible; 7) a brief report on upcoming relevant events in the debtor's business operation after the making of the plan and a summary of payments expected to become due within 90 days, including information on the manner of paying these obligations.

a bankruptcy plan to the court[85]. Debtor reorganisation depends on the creditors because a bankruptcy plan, which is the basis for reorganisation, cannot be adopted without them. Through a bankruptcy plan, parties involved in reorganisation clarify legal relationships among themselves and establish new relationships they believe are necessary for the recovery of the debtor[86]. Reorganisation is accomplished by confirming the proposed bankruptcy plan. In the course of this procedure, the creditors should make decisions that are economically justified and rational[87]. This will depend on well prepared studies of the justification of reorganisation and on certain measures or a combination of measures. It will also depend on having a clear concept of what one wants and can do[88] and having the necessary financial backing. Bankruptcy reorganisation takes place as a proceeding before a court and is dependent on the will of the creditors since, in this kind of situation, the debtor is insolvent[89]. The essence of debtor reorganisation is to preserve the continuity of business operations and for the creditors to recover their claims through the application of different measures[90].

5. THE CONCLUSION

All three laws that govern bankruptcy in BiH provide for the possibility of debtor reorganisation within a bankruptcy proceeding and for a pre-bankruptcy proceeding. Also, since 2020 there has been a separate law in RS that governs the procedure of voluntary, out-of-court financial restructuring, which is not part of a bankruptcy proceeding. Voluntary out-of-court restructuring is characterised by flexibility and considerable informality compared to bankruptcy related models of restructuring. It is based on an agreement between the debtor and selected creditors under which the debtor retains the management rights. It is an out-of-court procedure, unlike the bankruptcy and the pre-bankruptcy proceedings.

A pre-bankruptcy settlement, as a new institute in FBiH, is one of the restructuring models that debtors may use in order to avoid insolvency and prevent the opening of a bankruptcy proceeding. Financial and operational restructuring

[85] Article 208 of the FBiH Bankruptcy Law.

[86] Jakša Barbić, *Reorganisation of bankruptcy debtors,* Zagreb, Reform of enforcement and bankruptcy law, Collected Works, Organizator, 1999, p. 239.

[87] Module 3, Reorganisation of the bankruptcy debtor, p. 44.

[88] Spasić, Slobodan, Forms of reorganisation of bankruptcy debtors under bankruptcy laws of the Republic of Serbia*, Current issues in bankruptcy law*, Banja Luka, 2008, ed. Nedeljko Milijević, Banja Luka, (2008), p. 238.

[89] Sajter, Economic aspects of bankruptcy and bankruptcy related restructuring, Osijek, 2008, pp. 42, 43.

[90] Module 3, Reorganisation of the bankruptcy debtor, p. 40.

is a procedure conducted by a court in the course of a pre-bankruptcy proceeding in order to conclude an agreement between the creditors and the debtor on the manner of recovery of creditors' claims, for the sake of improving the debtor's liquidity and solvency. The goal of a pre-bankruptcy proceeding is to regulate the legal position of the debtor and their relationship with the creditors, with the aim of continuing their business activity. During a pre-bankruptcy proceeding, the debtor retains a limited right of management, which should motivate the debtor to initiate this model of restructuring in a timely manner. Bodies in a pre-bankruptcy proceeding are the court and the trustee. The court schedules a hearing to discuss the plan for financial and operational restructuring. The debtor, the trustee and the creditors have a right to take part in the discussion. A decision to adopt the plan of financial and operational restructuring is made by the creditors. However, the law should specify that each class of creditors having voting rights shall separately vote on the restructuring plan and that the plan shall be considered adopted if a majority of creditors in each class vote in favour and if the sum of claims of creditors who voted in favour is greater than twice the sum of claims of creditors who voted against the plan. Also, the right to separate recovery and the rights of secured creditors in a pre-bankruptcy proceeding should be precisely defined.

None of the bankruptcy laws in BiH have regulated the issue of interim financing during a pre-bankruptcy proceeding. Giving and taking on new debts (interim financing) is necessary so as to ensure the continuity of business operations during restructuring negotiations. Also, none of the bankruptcy laws in BiH regulate early warning and access to information. The state must ensure the annual gathering and aggregation of information related to restructuring, insolvency, and debt discharge, broken down by type of procedure.

An effective bankruptcy framework is a requirement for the efficient reorganisation of bankruptcy debtors. Despite the fact that, for the past twenty years, debtor restructuring within a bankruptcy proceeding has provided an opportunity for businesses to recover, this legal mechanism has been rarely used in practice. A bankruptcy plan may be submitted by the debtor along with an application to open a bankruptcy proceeding. If the debtor submits a bankruptcy plan along with an application to open a bankruptcy proceeding, it is a plan that was prepared in advance. The legislator should precisely define and additionally regulate this plan. After the bankruptcy proceeding has been opened, the insolvency practitioner or the debtor, if the debtor is an individual, have the right to submit a bankruptcy plan to the court.

The new Bankruptcy Law in the Federation of FBiH has accelerated bankruptcy proceedings. The duration of bankruptcy proceedings has decreased significantly,

resulting in considerable cost savings in the proceedings themselves. In case of companies that own assets, the average duration of a bankruptcy proceeding in the period 2001-2002 decreased from 30 months under the old ZSP FBiH to 9 months under the new Law. Bankruptcy proceedings of all companies (with or without assets) in the same period were handled two times faster under the new ZS FBiH[91]. These results are encouraging, and it is clear that the new legal provisions have already produced certain positive effects.

For a successful implementation of any model of restructuring, it is necessary that the state have well developed bankruptcy legislation, which makes it possible for the parties concerned to anticipate the consequences of those models. A country that has no history or culture of restructuring cannot expect that the introduction of consensual out-of-court restructuring in itself will bring about any important changes, particularly in the early stages. It is necessary to create an efficient bankruptcy framework so that restructuring models can fully take hold during implementation.

The establishment of specialised commercial courts in FBiH would greatly contribute to the efficiency of the bankruptcy process, especially because disputes arising from bankruptcy proceedings and disputes related to assets making up the bankruptcy estate could be resolved faster. Also, education for all participants in bankruptcy proceedings is necessary.

LITERATURE

1. Analysis and monitoring of the Bankruptcy Law effects (Official Gazette 71/15 and 104/17) for year 2017, Ministry of Justice of the Republic of Croatia, accessed on: 1 July 2023, https://mpu.gov.hr/pristup-informacijama-6341/godisnji-planovi-rada-24349/analize-i-pracenje-ucinaka-26684/analize-i-pracenje-ucinaka/21246,
2. Analysis of application of the new Bankruptcy Law compared to the old Law on Bankruptcy Proceeding in FBiH (period 2021 - 2022), Federal Ministry of Justice, Accessed on: 2 July 2023, https://www.fmp.gov.ba/bs/news-reader/analiza-sprovodenja-novog-zos-u-poredenju-sa-starim-zos-u-fbih-period-2021-2022-godina.html,
3. Bankruptcy Law of Republika Srpska, Official Gazette of Republika Srpska 16/16.
4. Bankruptcy Law of the Federation of Bosnia and Herzegovina, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina 53/21;
5. Bankruptcy Law of the Republic of Croatia, Official Gazette 71/15, 104/17, 36/22;

[91] Analysis of application of the new Bankruptcy Law compared to the old Law on Bankruptcy Proceeding in FBiH (time 2021 - 2022), Federal Ministry of Justice, accessed on 6 July 2023 https://www.fmp.gov.ba/bs/news-reader/analiza-sprovodenja-novog-zos-u-poredenju-sa-starim-zos-u-fbih-period-2021-2022-godina.html.

6. Barbić, Jakša, *Reorganisation of bankruptcy debtors,* Zagreb, Reform of enforcement and bankruptcy law, Collected Works, Organizator, 1999, pp. 229 – 264;
7. Bricongne, Jean-Charles, *et. al.,* „Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective", European Commission Directorate-General for Economic and Financial Affairs, European Economy, Discussion Paper 032, (2016.), Accessed on: 8 July 2023, DOI 10.2765/704406, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1596d3ef-9ad0-11e6-868c-01aa75ed71a1/language-en,
8. Bridge, Catherine, „Insolvency – a second chance? Why modern insolvency laws seek to promote business rescue", *Law in transition 2013*, Accessed on: 9 July 2023., file:///C:/Users/KORISNIK/Downloads/lit13ee.pdf,
9. Carpus Carcea, Mihaela, *et. al.,* „The Economic Impact of Rescue and Recovery Frameworks in the EU", European Commission, Discussion paper 004, (2015), doi:10.2765/99293 (online), https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/dp004_en.pdf,
10. Čolović, Vladimir, "Financial restructuring of companies" *Law and Economy* 61(2), (2023), 297-314, DOI: 10.55836/PiP_23204A,
11. Čolović, Vladimir, „Restructuring of debtors", *Faculty of Law Yearbook,* Banja Luka, Year 8, No 8, (2018), 5 – 20, DOI: 10.7251/GFP1808005C, http://www.gfpn-au.com/sites/default/files/GFPN-8-8/Godisnjak%208-8-Vladimir%20Colovic.pdf,
12. Dika, Mihajlo, *Insolvency Law,* Zagreb, Faculty of Law, 1998,
13. Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency), (SL L 172/18);
14. Draft final proposal of the Law on changes and amendments to the Bankruptcy Law, Ministry of Justice and Administration, Republic of Croatia, 18 February 2022;
15. *Guide for efficient handling of bankruptcy cases,* Sarajevo, High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina, 2019;
16. Hrastinski Jurčec, Ljiljana, Nevenka Baran, Nevenka Marković, *Consumer bankruptcy,* Zagreb, Student Textbook, Judicial Academy, July 2019;
17. Insolvency practitioner's Handbook, second edition, USAID, dated 31 December 2005;
18. Law on bankruptcy of the Brcko District, Official Gazette of the Brcko District 16/2019;
19. Law on bankruptcy proceeding of the Federation of Bosnia and Herzegovina, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina 29/2003, 32/2004, 42/2006, 4/2017 - decision by Constitutional Court and 52/2018;
20. Law on Banks of the FBiH, Official Gazette 27/17;

21. Law on consensual financial restructuring, Official Gazette of the Republic of Serbia 89/2015;
22. Law on consensual out-of-court financial restructuring, Official Gazette of Republika Srpska 99/20;
23. Law on Insurance of the FBiH, Official Gazette 23/17;
24. Malbašić, Vladimir, *Reorganisation as a measure to prevent bankruptcy,* Belgrade, Serbian Economic Forum, 2005;
25. Marković, Nevenka and Jelena Čuveljak, "Changes and amendments to Bankruptcy Law", Student handbook, Zagreb, (2022), Accessed on: 7 July 2023, file:///C:/Users/Korisnik/Documents/RESTRUKTURIRANJE/Stecajni-zakon.pdf,
26. Marković-Bajalović, Dijana, Reform of legislation on bankruptcy and restructuring– Contribution to further harmonisation of national legislation with EU law, taken from: Thematic collected works of the International scientific convention on the reform of legislation on restructuring, reorganisation and bankruptcy in light of European integrations, Faculty of Law of the East Sarajevo University, Pale, 2023;
27. Milić, Simić, "Bankruptcy Law", ILO, Accessed on: 3 July 2023., dhttp://www.upfbih.ba/uimages/dokumenti/Publikacija20Zakon20o20stecaju.pdf,
28. Module 3, Reorganisation of the bankruptcy debtor, High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, 2007;
29. Policy of EU enlargement, European Council, EU Council https://www.consilium.europa.eu/hr/policies/enlargement/bosnia-herzegovina/,
30. Radović, Vuk, *Bankruptcy Law,* second volume, Belgrade, University of Belgrade – Faculty of Law, 2017;
31. Radulović, Branko, Radović, Marko, "Opinions and proposals from bankruptcy judges on the need for changes to the Bankruptcy Law", *Conference: Collected papers from the 33rd gathering of the Kopaonik school of natural law Slobodan Perovic,* Belgrade, Volume II, (2020), pp. 473-493, Accessed on: 8 July 2023, https://stecajnopravo.rs/stavovi-i-predlozi-stecajnih-sudija-o-potrebi-izmena-zakona-o-stecaju/,
32. Recommendations on a new approach to business failure and insolvency, European Commission, Bruxelles, 12 March 2014;
33. Sajter, Domagoj, Economic aspects of bankruptcy and bankruptcy related restructuring, Osijek, doctoral dissertation, 2008;
34. Šimić, Željko, "Pre-bankruptcy Proceeding, second amendment to Bankruptcy Law" Student handbook, Judicial Academy, Zagreb, (2022), Accessed on: 9 July 2023, file:///C:/Users/Korisnik/Documents/RESTRUKTURIRANJE/Predstecajni-postupak.pdf,
35. Spasić, Slobodan, *Forms of bankruptcy debtor reorganisation under bankruptcy legislation of the Republic of Serbia, Current issues in bankruptcy law*, Banja Luka, 2008, pp. 209 – 221;

36. Vasiljević, Zoran and Irena Radić, "Conclusions of the panel discussion 'Harmonisation of rights of companies in Republika Srpska with EU law' and recommendations for harmonisation", Accessed on: 8 July 2023., https://www.researchgate.net/publication/359759128_ZAKLUCCI_IPANEL_DISKUSIJE_HARMONIZACIJA_PRAVA_PRIVREDNIH_DRUSTAVA_REPUBLIKE_SRPSKE_SA_PRAVOM_EVROPSKE_UNIJE_I_PREPORUKE_ZA_USKLADIVANE?enrichId=rgreq-e8b3e4cdfb9c5502b345272ec6c30c53-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzM1OTc1OTEyODtBUzoxMTQxNzQ0ODY3NTE2NDE2QDE2NDkyMjQ1OTcwNTc%3D&el=1_x_3&_esc=publicationCoverPdf,
37. Vidić, Marija, *Basics of Bankruptcy Law*, Mostar, PRESSUM, 2021;
38. Vidić, Marija, Soldić, Ivana, "Opening a bankruptcy proceeding", in: *Collected works from the twentieth international conference titled "Current issues in civil and commercial legislation and legal practice",* ed. Snježana Pehar, (2023), pp. 292 – 317, https://pf.sum.ba/wp-content/uploads/2023/06/16-clanak.pdf.

POSTUPCI RESTRUKTURIRANJA U PRAVO BOSNE I HERCEGOVINE

U ovom radu analiziraju se odredbe zakona Bosne i Hercegovine koje reguliraju modele restrukturiranja dužnika koji se nalaze u financijskim poteškoćama. Predstečajne postupke, koji su novost u našim stečajnim zakonima, provode sudovi prije otvaranja i vođenja stečajnog postupka. Cilj predstečajnog postupka je financijsko i operativno restrukturiranje dužnika. Također se ispituje model dobrovoljnog izvansudskog financijskog restrukturiranja koji postoji prema zakonima Republike Srpske. U radu se uspoređuju usvojena rješenja s onima predviđenim Direktivom o restrukturiranju i stečaju. Dan je pregled potrebnih izmjena i dopuna koje su u skladu s Direktivom o restrukturiranju i stečaju. Cilj ovog rada je ukazati na to da modeli restrukturiranja mogu biti uspješni i izvedivi samo uz postojanje učinkovitog zakonodavnog okvira koji regulira stečaj.

Ključne riječi: *stečaj, restrukturiranje, predstečajne nagodbe, stečajni postupak, Uredba o restrukturiranju i stečaju.*

Izv. prof. dr. sc. Milka Rakočević, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“
Univerziteta „Sv. Ćiril i Metodij“ u Skoplju,
Republika Sjeverna Makedonija*

POSTUPANJE OVRŠITELJA SA POKRETNINAMA KOJE SE NALAZE NA NEKOPOKRETNOSTI NA KOJOJ JE IZVRŠENA PRODAJA RADI NAPLATE NOVČANE TRAŽBINE

UDK: 347.952 (497.7)
Izvorni znanstveni rad

Kada je riječ o postupanju sa pokretninama i njihovoj prodaji u ovršnom postupku, to pitanje najčešće razmatramo u okviru postupanja ovršitelja kod ostvarenja novčane tražbine i to kao sredstvo ovrhe (ovrha na pokretninama) ili u okviru ovrhe radi ostvarenja nenovčane tražbine ispražnjenja i predaje nepokretnosti. Predmet interesovanja ovog rada je postupanje ovršitelja sa pokretninama u onim slučajevima kada se ovrha radi ispražnjenja i predaje nepokretnosti sprovodi kao adhezijski postupak u postupku ovrhe na nekretninama radi ostvarenja novčane tražbine. Povod za razmatranje ovog pitanja su određene dileme i problemi sa kojima se suočavaju ovršitelji u njihovom radu postupajući u ovakvim slučajevima. Prije svega dileme i problemi proizlaze iz zakonskih odredbi koje reguliraju ovu materiju budući da zakon ne uređuje u potpunosti sva pitanja koja se mogu aktuelizirati u ovom adhezijskom postupku.

Ključne riječi: *ovršni postupak, ispražnjenje nekretnine, prodaja pokretnina*

1. UVOD

Ovrha radi ispražnjenja i predaje nekretnine u novom Zakonu o ovrsi Republike Sjeverne Makedonije iz 2016[1] godine regulisana je kao posebni postupak ovrhe radi ostvarenja nenovčane tražbine. U pogledu njegovog normiranja, ovaj ovršni postupak nije pretrpeo značajne izmjene u odnosu na Zakon o ovrsi iz 2005

* Izvanredna profesorica na Katedri za građansko procesno parvo Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“, Univerzitet „Sv. Ćiril i Metodij“ u Skoplju, bul. Goce Delčev 9b, Skoplje, Republika Sjeverna Makedonija, e-mail: m.rakocevic@pf.ukim.edu.mk, ORCID ID: 0000-0003-1007-6052.

[1] Закон за извршување на Р. Македонија („Сл. весник на РМ“ бр.72/16, 142/16, 233/18, 14/20 и 154/2023, Одлука на Уставен суд У.бр.143/2016 од 29 ноември 2017 година („Сл. весник на РМ“ бр.178/17), Одлука на Уставен суд У.бр.135/2016 од 24 јануари 2018 година („Сл. весник на РМ“ бр. 26/18) и Одлука на Уставен суд У.бр.94/2019 од 12 мај 2020 година), u daljem tekstu ZO.

godine[2], kao ni u odnosu na Zakon o ovršnom postupku iz 1997 godine[3], kada je ovrha bila u sudskoj nadležnosti. Odredbe su gotovo identične u odnosu na način provedbe ovrhe, s tim što je ZO 2016 predvideo određene novine koje suštinski ne mjenjaju karakterne crte ovog postupka, već unapređuju određene segmente postupanja. Ovaj postupak uređen je u tri članka koja normiraju posebna pitanja u vezi s provedbom ovrhe kod ove vrste tražbina: način provedbe ovrhe[4], uklanjanje pokretnina[5] i prodaju pokretnina.[6]

Ovrha radi ispražnjenja i predaje nekretnine provodi se prvenstveno na temelju ovršne isprave koja glasi na nenovčanu obavezu koja se sastoji u ispražnjenju i predaji nekretnine. Riječ je o ovršnom postupku po čijim se pravilima provodi ovrha dviju odvojenih radnji, različitih po svojoj prirodi, koje ne pretpostavljaju uvijek ovrhu koja obuhvaća obje radnje uzastopno. Naime, ako ovršna isprava glasi samo na ispražnjenje ili samo na predaju u posjed, ovrha se može provesti samo radi ostvarenja te činidbe, što znači da su ispražnjenje i predaja nekretnine činidbe koje se mogu sprovoditi i odvojeno.[7, 8] Međutim, u najvećem broju slučajeva osnovna funkcija ovog sredstva ovrhe je predaja nekretnine u posjed ovrhovoditelja, pa samim tim uklanjanje stvari i osoba, tj. izpražnjenje nekretnine smatra se prethodnom radnjom koja se poduzima kako bi se stvorili uvjeti za predaju nekretnine u posjed ovrhovoditelja.

Ovrha radi ispražnjenja i predaje nekretnine u pravilu se provodi kao samostalni (glavni) ovršni postupak. Međutim, ova vrsta ovrhe može se odrediti i provesti kao adhezijski postupak, kada je u pitanju ovrha radi naplate novčane tražbine na nekretnini.[9]

Iako u djelu ovrhe radi naplate novčane tražbine na nekretnini, ZO ne sadrži opću upućujuću normu o primjeni odredbi o ispražnjenju i predaji nekretnine nakon plaćanja cijene po kojoj je nekretnina kupljena, ovršitelj prilikom postupanja na

---

[2] Закон за извршување на Р. Македонија од 2005 година („Сл. весник на РМ“ бр. 35/2005, 50/2006, 129/2006, 8/2008, 83/2009, 50/10, 83/10, 88/10, 171/10, 148/11 и 187/13).

[3] Закон за извршната постапка на Р. Македонија од 1997 година („Сл. весник на РМ“ бр. 53/97, 59/2000 и 64/2003).

[4] Čl. 226 ZO.

[5] Čl. 227 ZO.

[6] Čl. 228 ZO.

[7] Tako je npr. moguća situacija u kojoj je nekretnina već ispražnjena od osoba i stvari, ali je dužnik nije predao vjerovniku u posjed ili situacija u kojoj je nekretnina već predana ili je u posjedu vjerovnika, ali dužnik još uvijek nije uklonio osobe i predmete sa te nekretnine.

[8] Ako je ovršnom ispravom utvrđena obveza dužnika da nekretninu koja se već nalazi u posjed vjerovnika isprazni od pokretnina, tada će se ovrha provesti prema pravilima o ovrsi radi ostvarenja tražbina na radnju, trpljenje ili nečinjenje, a ne po pravilima ovrhe radi ispražnjenja i predaje nekretnine. U tom smislu i B. Starović, Komentar Zakona o izvršnom postupku, Beograd, 2007, str. 626.

[9] Tako i M. Dika, Građansko ovršno pravo, I. Knjiga, opće građansko ovršno pravo, Zagreb 2007, str. 687.

odgovarajući način primjenjuje odredbe ZO kojima je regulisan ovaj postupak. Ovo stoga što nakon uplate kupoprodajne cijene, ovršitelj treba nekretninu predati kupcu u posjed.[10] Na to upućuje i Pravilnik o formi naloga, zaključaka, zapisnika, zahtjeva, službenih bilješki, potvrda i drugih isprava koje sastavlja ovršitelj pri poduzimanju ovršnih radnji[11], imajući u vidu da obrazac 87, točnije zapisnik o ispražnjenju i predaji nekretnine, odnosi se na odredbu koja reguliše ispražnjenje i predaju nekrenine kao nenovčanu tražbinu (čl. 226 st. 1 ZO) kao i na odredbu koja reguliše predaju nekretnine u posjed kupca kod ovrhe radi naplate novčane tražbine na nekretnini (čl. 189 st. 3 ZO).

Izričitom odredbom, u dijelu ovrhe na nekretnini, ZO upućuje na primjenu odredaba o ispražnjenju i predaji nekretnine u dvije situacije:

- Sukladno čl. 173 ZO, koji uređuje pitanje najma stambene zgrade i stana te poslovne zgrade i prostorije, gdje je propisano da će ovršitelj na zahtjev kupca provesti ispražnjenje prema odredbama o ispražnjenju i predaji nekretnine u slučaju da je ugovor o zakupu sklopljen nakon podnošenja zahtjeva za ovrhu prodajom predmetne nekretnine, imajući u vidu da takvi ugovori ne proizvode pravno dejstvo prema ZO.[12] U tom slučaju, ako najmoprimac sam odmah ne isprazni nekretninu, ista će se prisilno isprazniti na prijedlog kupca;
- Sukladno čl. 205 ZO, koji uređuje pitanje prestanka prava ovršenika na prodanom stanu, gdje je propisano da će ovršitelj na prijedlog kupca provesti ispražnjenje prema odredbama o ispražnjenju i predaji nekretnine u slučaju da ovršenik koji kao vlasnik živi u prodanoj stambenoj zgradi ili stanu dobrovoljno ne isprazni zgradu odnosno stan u roku od 30 dana od dana dostave zaključka o predaji u posjed nekretnine, imajući u vidu da ovršenik sukladno ZO ne zadržava pravo stanovanja.[13, 14]

U daljnjem tekstu ukratko ćemo se osvrnuti na pojedine faze u provedbi ovrhe radi ispražnjenja i predaje nekretnine, a zatim prijeći na problematiku koja je predmet interesa ovog rada, a to je postupanje ovršitelja sa pokretninama koje se nalaze na nepokretnosti na kojoj je izvršena prodaja radi naplate novčane tražbine.

---

[10] Prema čl. 189 ZO, nakon uplate cijene u roku od osam dana ovršitelj donosi zaključak za predaju nekretnine u posjed kupca. Zaključak o predaji nekretnine u posjed dostavlja se strankama i kupcu, a o predaji nekretnine u posjed ovršitelj sastavlja zapisnik.

[11] "Службен весник на РСМ", бр. 88/2019.

[12] *Arg. ex.* čl. 173 st. 3 ZO.

[13] *Arg. ex*. čl. 205 st. 1 ZO.

[14] ZO ne sadrži upućujuću odredbu kada je u pitanju pravna osoba kao dužnik, ali je nedvojbeno da će se i u tom slučaju na odgovarajući način primjenjivati odredbe koje se odnose na fizičke osobe.

2. NAČIN PROVEDBE OVRHE RADI ISPRAŽNJENJA I PREDAJE NEKRETNINE

Ovrha radi ispražnjenja i predaje nekretnine provodi se na način da ovršitelj, u prisustvu ovrhovoditelja, nakon što udalji osobe i ukloni stvari s te nekretnine, predaje nekretninu u posjed ovrhovoditelju o čemu sastavlja zapisnik.[15] Do donošenja ZO iz 2016 godine nije bilo izričito predviđeno mora li ovrhovoditelj osobno biti prisutan prilikom provedbe ovrhe. Čini se da je ovo zakonsko rješenje svrsishodno, iz razloga što se ovaj postupak ovrhe provodi s ciljem da se nekretnina preda ovrhovoditelju, tj. da se ovrhovoditelj unese u posjed.[16]

Pri provođenju ovrhe, ovršitelj postupa prema općim odredbama ZO koji se odnose na provedbu ovrhe[17], kao i prema posebnim odredbama za provedbu ispražnjenja i predaje nekretnine.[18] Tu treba napomenuti da se u svim radnjama koje poduzima ovršitelj prilikom provedbe ovrhe moraju iskazati i svi oni elementi načela ovršnog postupka koji govore o zaštiti prava stranaka, drugih učesnika u postupku i njihovih obitelji.

Ovrha se najčešće provodi prisilnim putem, tako što se ovršeniku oduzima mogućnost stvarnog raspolaganja nekretninom, na način da mu se oduzimaju ključevi ili promjeni brava, kada se radi o ovrsi na nekretnini njenim predavanjem u posjed (kuća, stan, poslovni prostor), kao i udaljavanjem i uklanjanjem svih osoba i stvari s nekretnine, u slučaju kada se provodi i radnja ispražnjenja.[19] Prema ZO, ovršitelj pristupa ispražnjenju i predaji nekretnine nakon proteka roka od osam dana od dana dostave naloga o ovrsi ovršeniku.[20] U vezi pomenute odredbe, u praktičnom radu ovršitelja postoji različita praksa kada se ispražnjenje i predaja u posjed provodi kao poslednja faza u provedbi ovršnog postupka radi naplate novčane tražbine na nekretnini. Naime, neki ovršitelji na prijedlog kupca izdaju nalog ovršeniku i ostavljaju mu rok od osam dana pre nego što pristupe prisilnoj provedbi ovrhe, dok je za druge osnov za postupanje zaključak o predaji nekretnine u posjed pritom ne ostavljajući ovršeniku dodatni rok od osam dana jer

---

[15] *Arg. ex*. čl. 226 st. 1 ZO.

[16] Ukoliko ovrhovoditelj nije prisutan poduzimanju radnje predavanja u posjed, predavanje nekretnine će se odgoditi, a troškovi uzrokovani odgodom, pasti će na teret ovrhovoditelja. Opširnije kod А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, М. Ракочевиќ, Новините во Законот за извршување од 2016 година со измените и дополнувањата од 2018 и 2020 година, Скопје 2021, str. 61.

[17] Vidjeti čl. 83-85 ZO koji uređuju sljedeća pitanja: vrijeme ovrhe, postupanje ovršitelja i ometanje ovršitelja u poduzimanju radnji.

[18] Vidjeti čl. 226-228 ZO.

[19] Tako i А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, Граѓанско процесно право, книга трета, извршно право, Скопје, 2011, str. 151.

[20] Čl. 226 st. 3 ZO.

je isti već imao rok od 30 dana od dana dostave zaključka o predaji da dobrovoljno isprazni nekretninu sukladno čl. 205 ZO. S tim u vezi, u odnosu na položaj kupca nekretnine u ovom postupku, treba napomenuti da ZO ne uređuje njegov pravni položaj nakon prodaje nekretnine.[21] Iz tog razloga, smatramo da u slučajevima provedbe ispražnjenja i predaje nekretnine kao adhezionog postupka u okviru ovrhe radi naplate novčane tražbine na nekretnini, ovršitelj ne bi mogao na prijedlog kupca izdati nalog o ovrsi ovršeniku, jer u ovom postupku ne raspolaže sa ovršnom ispravom koja se odnosi na određenu nenovčanu tražbinu. Osnov za poduzimanje ovršnih radnji bit će zaključak o predaji u posjed pri čemu će ovršitelj odmah nakon proteka roka od 30 dana za dobrovoljno ispražnjenje nekretnine, na prijedlog kupca, pristupiti poduzimanju ovršnih radnji.

Ako neka osoba ometa ovršitelja u provođenju ovrhe, ovršitelj je ovlašten tu osobu udaljiti, Ovršitelj također može zatražiti pomoć policije, uzumajući u obzir okolnosti slučaja i polazeći od vlastite procjene konkretne situacije.[22] Također, ovršitelju će biti potrebna pomoć Centra za socijalnu skrb u slučaju da se trebaju udaljiti osobe za koje će ovršitelj procijeniti da se trebaju angažirati stručnjaci radi zaštite njihovih interesa tijekom ovrhe.

ZO ne sadrži posebne odredbe o tome tko treba osigurati potrebnu radnu snagu i prijevozna sredstva kojima se predmeti trebaju transportirati u slučaju da ih ovršenik ne želi preuzeti.[23] U nedostatku zakonskih odredaba, budući da ovrhu organizira i provodi ovršitelj, smatramo da bi on trebao osigurati potreban broj ljudi i prijevoznih sredstava, a na teret ovršenika. Ovršitelj je dužan osigurati potreban broj osoba za otvaranje zatvorenih prostorija, pakiranja i uklanjanja stvari, njihov utovar i istovar i otpremu, te smještaj pokretnih stvari u određenim prostorijama u slučaju da ih dužnik ne želi preuzeti.[24]

---

[21] Za razliku od ZO, hrvatski Ovršni zakon sadrži izričitu odredbu koja predviđa da kupac stječe položaj ovrhovoditelja podnošenjem prijedloga za prisilno ispražnjenje i predaju nekretnine (čl. 128 st. 5).

[22] Asistencija i intervencija policije bit će potrebna ako se očekuje otpor ovršenika ili članova njegovog obiteljskog domaćinstva ili trećih osoba koje se nalaze na ili u nekretnini a za čije uklanjanje je potrebna uporaba fizičke sile.

[23] Za razliku od ZO, Ovršni zakon R. Hrvatske normira obavezu ovrhovoditelja da na zahtjev sudskog ovršitelja osigura potrebnu radnu snagu i prijevozna sredstva radi provedbe ovrhe. Videti čl. 257 st. 6 OZ R. Hrvatske.

[24] Tako i А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, op. cit., str. 155.

3. POSTUPANJE OVRŠITELJA SA POKRETNINAMA KOJE SE NALAZE NA NEPOKRETNOSTI NA KOJOJ JE IZVRŠENA PRODAJA RADI NAPLATE NOVČANE TRAŽBINE

3.1. Uklanjanje pokretnina

Kod predaje nekretnine u posjed, osim uklanjanja osoba koje su se na nekretnini zatekle u vrijeme provedbe ovrhe, radnja ispražnjenja podrazumjeva i uklanjanje pokretnina koje se nalaze na nekretnini. U tom smislu čl. 227 ZO normira postupanje ovršitelja u slučaju da je potrebno isprazniti nekretninu od pokretnih stvari.

Iako prisustvo ovršenika tijekom predaje nekretnine u posjed kupcu nije obavezno, postoje situacije kada se smatra da je njegovo prisustvo poželjno. U slučaju uklanjanja stvari s nekretnine, njegovo prisustvo smatra se poželjnim jer se uklonjene stvari trebaju predati njemu. Međutim, njegova odsutnost, pa čak i njegovo odbijanje da preuzme uklonjene stvari ne spriječava poduzimanje svih potrebnih ovršnih radnji kako bi se kupac uveo u posjed.

Prema ZO, pokretnine koje su zatečene na licu mesta prilikom predaje nekretnine u posjed, predaju se ovršeniku odnosno punoljetnom članu njegovog kućanstva ili njegovom punomoćniku ukoliko ovršenik nije nazočan.[25] U slučaju da niti jedna od pomenutih osoba nije prisutna, ili su prisutne, ali odbijaju primiti predmete, deložacija se provodi na način da ovršitelj predmete preda na čuvanje drugoj osobi o trošku ovršenika.[26]

ZO ne sadrži odredbu o tome tko treba osigurati osobu kojoj će se pokretnine predati na čuvanje kada poduzimanju ovršnih radnji nije nazočan nitko od osoba kojima se pokretnine mogu predati ili ih te osobe ne žele primiti. U nedostatku izričite odredbe, smatramo da bi ovršitelj trebao osigurati tu osobu pri tom postupajući savjesno u vezi izbora te osobe i voditi računa o visini troškova čuvanja pokretnina.[27] ZO također ne sadrži odredbu o tome može li pokretnine koje se uklanjaju s nepokretnosti preuzeti ovrhovoditelj na čuvanje. Kada je riječ o „redovnom" postupku ovrhe radi ispražnjenja i predaje nepokretnosti radi ostvarenja nenovčane tražbine, smatramo da ne postoji nikakva zakonska

[25] Čl. 227 st. 1 ZO. Zakon operira pojmom član kućanstva, odnosno punomoćnik ovršenika što bi moglo dovesti do pogrešnog zaključka da se odredba odnosi samo na ovršenika koji je fizička osoba. Međutim, nedvojbeno je da se odredba odnosi i na ovršenika koji je pravna osoba, te se u tom slučaju pokretnine pradaju osobi koja je prema zakonu, statutu ili ugovoru ovlaštena za zastupanje pravne osobe, odnosno osobi koje se javlja kao punomoćnik pravne osobe.

[26] Čl. 227 st. 2 ZO.

[27] Ovršitelj ni u kom slučaju ne sme stvari ostaviti na licu mesta. Ovršitelj će stvari ostaviti na čuvanje trećem licu (fizičkoj ili pravnoj osobi), staviti ih u skladište ili depozit ili će ih na drugi način osigurati. Tako i N. Šarkić, Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Beograd 2016, str. 297.

prepreka za to, ali u tom slučaju ovrhovoditelj bi imao pravo na naknadu troškova i eventualno na naknadu štete.[28] Sporno je bi li kod ovrhe radi naplate novčane tražbine na nekretnini, kada se ovaj postupak ovrhe provodi kao adhezijski (komplementarni) na prijedlog kupca, ovrhovoditelj imao interes primiti predmete na čuvanje ako se pretpostavi da je ovrhovoditelj naplatio svoju tražbinu prodajom nekretnine.

Rizik od propadanja ili oštećenja stvari prilikom njihovog uklanjanja s nekretnine, transporta i smještaja pada na teret ovršenika. Ovršitelj bi odgovarao samo u slučaju da nije postupao savjesno i s dužnom pažnjom u konkretnom slučaju. Ovo iz razloga što je ovršenik prouzrokovao dopunske ovršne radnje prilikom predaje nekretnine u posjed kupca, postupajući protupravno time što sam nije uklonio stvari odnosno nije ih preuzeo, pa se ove radnje poduzimaju u njegovo ime i za njegovu korist.[29]

U slučaju da su uklonjene stvari predate drugoj osobi na čuvanje, ovršitelj ima obavezu da obavesti ovršenika o predaji stvari i troškovima čuvanja, ali isto tako ima i obavezu da ga upozori da ako u roku od osam dana od dana obavijesti ne zatraži da mu se stvari predaju i ne podmiri troškove čuvanja, stvari će se prodati, a iz prodajne cijene će se namiriti troškovi čuvanja i prodaje.[30] Obavijest odnosno upozorenje ovršitelj će unijeti u zapisnik o ispražnjenju i predaji nekretnine. Dostavom zapisnika o ispražnjenju i predaji nekretnine ovršeniku, smatra se da je on uredno obaviješten, odnosno upozoren, međutim nije isključena mogućnost da ovršitelj posebnim dopisom obavijesti ovršenika o radnjama koje slijede i pravnim posljedicama zbog nepreuzimanja stvari. Propisani rok od osam dana je zakonski rok. ZO ne predviđa njegovo eventualno produljenje, stoga, ako ovršenik ne postupi po upozorenjima, ovršitelj može odmah pristupiti prodaji stvari.

3.2. Postupanje ovršitelja nakon ispražnjenja nepokretnosti

Nakon što je nekretnina ispražnjena od osoba i stvari, postavlja se pitanje kako ovršitelj postupa sa pokretninama koje je ovršenik odbio primiti u trenutku predaje nekretnine u posjed kupcu, a koje nije preuzeo ni nakon proteka roka od osam dana nakon što ga je ovršitelj obavijestio da su stvari predate na čuvanje drugoj osobi i da može u tom roku zahtijevati da mu se stvari predaju nakon što naknadi troškove čuvanja. Ovo pitanje se prvenstveno aktuelizira jer se treba riješiti sudbina tih stvari. Naime, nekretnina je prodata i predata u posjed kupcu,

---

[28] U takvim slučajevima, iznos naknade ne bi smio biti viši od troškova čuvanja pokretnina kod trećih osoba. Tako M. Dika, op. cit., str. 693.

[29] Tako M. Dika, op. cit., str. 693, А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, op. cit., str. 156.

[30] *Arg. ex*. čl. 227 st. 3 i 4 ZO.

a stvari koje su uklonjene s nekretnine, iako pripadaju ovršeniku, on ih odbija primiti, a za cijelo to vrijeme nastaju troškovi čuvanja.

U slučaju nepreuzimanja pokretnih stvari od strane ovršenika i neplaćanje troškova čuvanja, ZO je predvideo da se pristupa prodaji istih.[31] Za razliku od drugih prodaja koje se provode u ovršnom postupku kod pojedinih sredstava ovrhe radi naplate novčane tražbine, ovdje treba naglasiti da ova vrsta prodaje ima svoje specifičnosti jer se tretira kao incidentalni, ali i kao jednostrani ovršni postupak koji se provodi u okviru glavnog postupka ovrhe na nekretnini.

- Postupak je incidentalni, s obzirom da se vodi u okviru jednog redovnog ovršnog postupka (u konkretnom slučaju ovrhe radi naplate novčane tražbine na nekretnini), gdje se prema uobičajenom tijeku stvari i ovršnim radnjama koje se poduzimaju, do ove prodaje dolazi iznimno, u točno određenom slučaju;
- Postupak je jednostran, s obzirom da ovršitelj ovaj postupak provodi po službenoj dužnosti. Naime, u slučaju da ovršenik u određenom roku ne postupi po upozorenjima ovršitelja, odnosno kumulativno ne zahtijeva da mu se predmeti predaju i ne naknadi troškove čuvanja, ovršitelj je dužan *ex offo* da odredi prodaju stvari za račun ovršenika.

Postupak prisilne prodaja stvari se provodi iz dva razloga: 1) prodaja se provodi radi podmirenja troškova čuvanja stvari i 2) prodaja se provodi kako bi se riješila sudbina stvari koje ovršenik ne želi preuzeti. Međutim, ovdje treba spomenuti da je prodaja stvari značajna i s aspekta zaštite prava osobe, kojoj je stvar predata na čuvanje, budući da se u ovom postupku postavlja i pitanje njenog položaja jer po pravilu ovrhovoditelj nema daljeg interesa za vođenje postupka, a ovršenik nije iskazao interes za preuzimanje stvari. Iz tog razloga, obaveza je ovršitelja da reguliše prava druge osobe koja proisteknu iz čuvanja.[32]

Prodaju provodi ovršitelj koji je ispraznio i predao nekretninu kupcu, ne čekajući na bilo čiji zahtjev ili prijedlog, imajći u vidu da su radnje čuvanja stvari i njihove prodaje ovršnje radnje koje su, *ex lege*, poduzete od strane ovršitelja u korist ovršenika.

3.2.1. Prodaja stvari

Kada se u okviru postupka ovrhe radi naplate novčane tražbine na nekretnini provodi i incidentalni postupak ovrhe, odnosno prodaja stvari koje su uklonjene s nekretnine, treba istaći da ovaj postupak ima nekoliko specifičnosti:

---

[31] *Arg. ex*. čl. 228 ZO.

[32] N. Šarkić, op. cit., str. 298.

- Prvo, u ovom postupku ne postoji ovršna isprava na temelju koje se ovrha provodi, odnosno nema klasičnog ovršnog naloga kojim se ovršenik obavezuje na poduzimanje određene činidbe na osnovu prestacije utvrđene ovršnom ispravom;
- Drugo, specifičnost ove prodaje je da ovdje ne postoji klasični bipartitni postupak budući da je ovrhovoditelj po ovršnoj ispravi u pravilu namiren (osim ako njegova tražbina nije namirena u cijelosti), a sa druge strane, imamo kupca nekretnine kao sudionika u postupku ovrhe, čiji je interes ostvaren predajom nekretnine u posjed;
- Treće, zaključak o predaji nekretnine u posjed kupca koji sukladno čl. 189 OZ donosi ovršitelj u roku od osam dana nakon uplate cijene za koju je nekretnina prodata i dostavlja ga strankama i kupcu je praktično inicijalni akt kojim se dužnik obavještava da treba isprazniti nekretninu od osoba i stvari[33];
- Četvrto, predaja nekretnine u posjed kupca obavlja se zapisnikom, koji s aspekta postupanja ovršitelja s pokretninama nakom ispražnjenja nepokretnosti sadrži bitne podatke. Naime, sa zapisnikom o predavanju nekretnine u posjed izvršen je popis pokretnina i u zapisniku se navodi kome su stvari predane na čuvanje na teret dužnika;
- Peto, prodaja stvari određuje se za račun ovršenika;
- Šesto, prodaja stvari obavlja se prema odredbama o ovrsi na pokretninama. Prodaja stvari utvrđuje se zaključkom.[34]

U pogledu supsidijarne primjene odredaba ZO o ovrsi na pokretninama, posebno ćemo analizirati pojedine ovršne radnje koje poduzima ovršitelj i potencirati specifičnosti u pogledu načina postupanja kada se prodaja stvari provodi kao incidentalni ovršni postupak.[35]

3.2.1.1. Popis i procjena

Što se tiče prve ovršne radnje, odnosno popisa, popis pokretnih stvari vrši se u trenutku predaje nekretnine u posjed kupca, odnosno zapisnikom o ispražnjenju i predaji u posjed. Imajući u vidu da prethodno ovrhovoditelj ne može znati kakvo

---

[33] Na ovo upućuje i čl. 205 OZ koji propisuje da ovršenik koji kao vlasnik stanuje u prodanoj obiteljskoj stambenoj zgradi ili stanu ne zadržava pravo stanovanja, te je dužan iseliti zgradu odnosno stan u roku od 30 dana od dana dostave zaključka o predaji nekretnine u posjed, a ako dužnik u navedenom roku ne iseli zgradu, odnosno stan, ovršitelj će na prijedlog kupca provesti iseljenje prema odredbama o ispražnjenju i predaji nekretnine.

[34] Čl. 228 st. 3 ZO.

[35] Ovršne radnje koje se poduzimaju u postupku ovrhe na pokretninama su popis, procjena, pljenidba, prodaja, te namirenje ovrhovoditelja iz iznosa dobivenoga prodajom. Čl. 94 st. 1 ZO.

će biti ovršenikovo ponašanje kada se nekretnina predaje u posjed kupca, hoće li tu radnju ometati, hoće li odbijati da preuzme predmete koji su s nekretnine uklonjeni i sl., malo je vjerovatno da će ovršitelj u tom momentu osigurati ovlaštenog procjenitelja za procjenu vrijednosti pokretnina. Iz tog razloga, iako prema ZO, procjena stvari se vrši istovremeno s popisom[36], u ovom slučaju procjena će se provesti dodatno. Takvu mogućnost dopušta i sam zakon koji propisuje da se, iznimno, procjena može obaviti i dodatno nakon što ovršitelj osigura ovlaštenog procjenitelja.[37]

U odnosu na pravni učinak izvršenog popisa, postavlja se pitanje zasniva li se u ovom slučaju popisom založno pravo na stvarima, budući da kod regularnog postupka ovrhe na pokretninama prema ZO, ovrhovoditelj stječe popisom založno pravo na popisanim pokretninama.[38] Treba smatrati da se popisom pokretnina zasniva založno pravo u korist osobe čija će se tražbina naplatiti iz iznosa dobivenog prodajom. Naime, troškovi čuvanja stvari zapravo su tražbine koje se trebaju naplatiti, zbog čega je određena i sama prodaja.[39] Vezano za sticanje založnog prava, ovršitelj treba voditi računa i o visini vrijednosti popisanih stvari, jer se zapisnik o popisu pokretnih stvari čija je vrijednost veća od 1.000 eura, mora dostaviti Založnom registru radi upisa založnog prava.[40]

3.2.1.2. Prodaja stvari

Prodaju popisanih stvari određuje ovrhovoditelj nakon isteka roka u kojem je ovršenik mogao zahtijevati predaju pokretnina. Što se tiče načina prodaje, prema ZO, pokretnine se mogu prodati usmenom javnom dražbom ili neposrednom pogodbom između kupca sa jedne strane i ovršitelja, sa druge strane, ovisno o procjenjenoj vrijednosti stvari koje su predmet prodaje. Prodaju putem neposredne pogodbe određuje ovršitelj ako se radi o stvarima jednake ili manje vrijednosti od 5.000 eura. U slučaju da je vrijednost pokretnina veća od 5.000 eura ovršitelj prodaju provodi putem usmene javne dražbe. U ovom slučaju, zainteresovani ponuditelji su dužni da daju jamčevinu sukladno odredbama ZO o ovrsi na nekretnini.[41] Prodaja putem javne dražbe oglašava se u sredstvima javnog informisanja najmanje sedam dana prije održavanja javne dražbe. Ovršenik obavijestit će se o mjestu, danu i satu prodaje. Ako se stvari prodaju usmenom

[36] Čl. 103 st. 1 ZO.

[37] *Arg. ex*. čl. 103 st. 1 ZO.

[38] Čl. 101 st. 1 ZO.

[39] Tako i M. Dika, *op. cit*., str. 694.

[40] Čl. 104 st. 3 ZO.

[41] Čl. 109 ZO v.v čl. 183 ZO.

javnom dražbom, na prvoj dražbi početna prodajna cijena popisanih stvari je procijenjena vrijednost stvari. Ako pokretnine ne budu prodane na prvoj javnoj dražbi, ovršitelj će odrediti drugu javnu dražbu na kojoj se prodajna cijena može smanjiti najviše za ½ procijenjene tržišne vrijednosti. Druga javna dražba održat će se najkasnije 30 dana od održavanja prve javne dražbe. Ako je prodaja uspjela, ovršitelj sastavlja zapisnik o prodaji koji se dostavlja strankama i sudionicima javne dražbe ako to zatraže.[42]

U pogledu ophođenja ovršenika tijekom ovog postupka treba uvažiti njegovu spremnost da stvari preuzme uz plaćanje troškova čuvanja i troškova ovršnih radnji koje prethode prodaji sve do trenutka dok se ne pristupi javnoj dražbi ili stvar ne proda neposrednom pogodbom.[43]

Uspješna prodaja. Pod pretpostavkom da je prodaja pokretnina uspjela, bez obzira na način prodaje, prema ZO, dobijena sredstva služe za namirenje dvije vrste tražbina: troškova čuvanja pokretnina i troškova prodaje pokretnina.

Zakonske odredbe govore o troškovima čuvanja i prodaje pokretnina, što se može shvatiti kao nešto što upućuje na redoslijed podmirenja tih izdataka. Međutim, redoslijed podmirenja tih troškova treba se shvatiti tako što se prvo podmiruju troškovi prodaje pokretnina, kao troškovi konkretnog ovršnog postupka (s obzirom da se prodaja tretira kao incidentalni postupak), a potom i troškovi čuvanja pokretnina, jer se ovi troškovi zapravo tretiraju kao tražbina za čiju je naplatu i provedena prodaja.[44]

Osoba koja je preuzela stvari na čuvanje ima pravo na naknadu troškova čuvanja stvari i to u iznosu koji je ugovoren prilikom preuzimanja pokretnina na čuvanje, a nije isplaćen. Troškovi prodaje stvari, po pravilu, isplatit će se osobi koja je predujmila troškove postupka. Međutim, u ovom postupku, postavlja se pitanje tko bi predujmio troškove postupka budući da se radi o jednostranom postupku koji je ovršitelj dužan provesti *ex offo*. U praksi, ovršitelji sami pokrivaju troškove vezane za prodaju.

Treba naglasiti da ovršenik odgovara cjelokupnom imovinom za troškove prouzrokovane čuvanjem pokretnina koje nije htio preuzeti, a ne samo tim stvarima.[45]

Prema ZO, ako nakon podmirenja troškova čuvanja i troškova prodaje stvari ostane određeni iznos, preostali dio cijene po kojoj su prodate pokretnine polaže

---

[42] Videti čl. 109 i 110 ZO.

[43] Tako B. Starović, *op. cit*., str. 631.

[44] Tako i M. Dika, *op. cit*., str. 694, А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, *op. cit*., str. 157.

[45] Tako M. Dika, *op. cit*., str. 694.

se u sudski depozit u korist ovršenika.[46] Polaganje iznosa u korist ovršenika izvršit će ovršitelj sukladno odredbama Zakona o izvanparničnom postupku koji uređuje postupak sudskog depozita. U ovom slučaju, ovršitelj će se javiti kao predlagač u ovom izvanparničnom postupku. Zakonom nije propisan da se eventualni preostali iznos prodajne cijene isplaćuje dužniku. Međutim, ako dužnik to zahtijeva, ne postoji razlog da se po tom zahtjevu ne postupi kako se ne bi izazvali dodatni troškovi povodom postupka za polaganje iznosa u sudski depozit.

Kod uspješne prodaje, sporno je da li se iz preostalog djela cijene mogu naplaćivati druge eventualne tražbine koje imaju ovrhovoditelji prema ovršeniku. Ovo iz razloga što se u konkretnom slučaju prodaja stvari provodi samo radi namirenja troškova čuvanja tih stvari. Smatramo da za to postoji opravdanje, ali samo ako se ovrha radi namirenja određene novčane tražbine provodi prodajom pokretnina ili ako je ovršitelj u tjeku ovrhe odredio drugo sredstvo ovrhe. Naime, čini se iracionalno da se pozitivna razlika vraća ovršeniku, a da se potom ponovo provodi ovrha prema istom ovršeniku drugim sredstvom ovrhe.[47]

Neuspješna prodaja. ZO ne sadrži odredbe kako će ovršitelj postupiti ako prodaja stvari ne uspije i što će biti s pokretninama, bez obzira da li je prodan samo dio stvari ili prodaja nije uspjela u cijelosti. Možemo da pretpostavimo i situaciju da je prodat samo jedan dio stvari, a da preostale stvari dužnik ne želi preuzeti, što znači da će te pokretnine i dalje ostati na čuvanju. Ova situacija otvara dileme i probleme u praktičnom radu ovršitelja, budući da ovršitelji nemaju jasno normirana pravila i smijernice kako bi trebali postupati i šta dalje poduzimati u ovom postupku.

Sukladno odredbama ZO o ovrsi na pokretninama, ako stvari nisu prodane ni na drugoj javnoj dražbi, ovrhovoditelj može u roku od osam dana predložiti da se prodaja obavi putem neposredne pogodbe po prodajnoj cijeni utvrđenoj kao za drugu javnu dražbu.[48] S tim u vezi, otvara se pitanje hoće li ovrhovoditelj iz ovršnog postupka na nekretninama imati interesa predložiti prodaju putem neposredne pogodbe ako su njegova tražbina i njegovi troškovi vezani za ovrhu već namireni prodajom nekretnine. Uostalom, kada govorimo o ispražnjenju i predaji nekretnine u okviru postupka ovrhe na nekretnini radi naplate novčane tražbine, ispražnjenje i predaja nekretnine vrši se u korist kupca, te je upravo zbog toga, postupanje ovršitelja u ovom slučaju isključivo na prijedlog kupca nekretnine. Sa druge strane, prodaju pokretnina u ovom slučaju ovršitelj provodi kao ovršni postupak na osnovu zakona u korist ovršenika. Iz tog razloga, imajući u

[46] *Arg. ex*. čl. 228 st. 2 ZO.

[47] Videti N. Šarkić, *op. cit*., str. 298.

[48] Čl. 110 st. 3 ZO.

vidu da se radi o *ex offo* postupku, sa svojim specifičnostima u odnosu na klasični ovršni postupak kada je riječ o ovrsi na pokretninama, ako izostane prijedlog ovrhovoditelja, u slučaju dvije neuspjele javne dražbe, smatramo da bi ovršitelj trebao *sua sponte* odrediti prodaju stvari neposrednom pogodbom.

U slučaju neuspješne prodaje otvara se nekoliko dodatnih pitanja vezanih uz supsidijarnu primenu odredaba ZO o obustavi ovrhe na popisanim stvarima. Prema ZO, ovršitelj će obustaviti ovrhu nad popisanim neprodanim stvarima ako: 1) stvari se nisu mogle prodati niti na drugoj javnoj dražbi; 2) nakon druge javne dražbe ovrhovoditelj u roku od osam dana nije predložio prodaju putem neposredne pogodbe; i 3) neposredna pogodba za prodaju popisanih stvari nije realizirana u roku od 60 dana od dana nakon podnesenog prijedloga od strane ovrhovoditelja.[49] Kod prodaje pokretnina kao incidentalnom postupku, pitanje je može li se ovrha obustaviti. U redovnom postupku ovrhe na pokretninama, ako se postupak obustavi, ovršitelj će odabrati drugo sredstvo za namirenje tražbine ovrhovoditelja. U ovom postupku sporno je mogu li se te odredbe primjeniti, imajući u vidu da je svrha prodaje stvari, odnosno zbog čega se pristupa prodaji, je to što ovršenik nije htio takve stvari preuzeti, pa se mora odlučiti što dalje s tim stvarima, i stoga se prodaja provodi kako bi se pokrili nastali troškovi čuvanja i same prodaje, ali i kako bi se riješila sudbina tih stvari.

U nedostatku izričitih odredbi, pri neuspjeloj prodaji, smatramo da bi ovršitelj ponovno trebao pokušati da stvari preda ovršeniku. Diskutabilno je može li ovršitelj disponirati sa pokretninama na način da će ih otpremiti na otpad ili predati nekoj socijalnoj ustanovi ili donirati kada njegova ovlaštenja u odnosu na neprodane stvari nisu definirana u zakonu.[50] Pravna neuređenost ovog pitanja otvara praktične probleme u radu ovršitelja jer ne znaju kako postupati sa popisanim pokretninama. Stoga, nužno je u narednim izmjenama i dopunama ZO predvidjeti jasne odredbe kako ovršitelj postupa ako prodaja pokretnina ne

[49] Čl. 111 ZO.

[50] Uporište za takvo postupanje bilo bi eventualno moguće pronaći u odredbama o ovlaštenjima suda u kaznenom postupku u odnosu na oduzete predmete. Tako, M. Dika, *op. cit*., str. 695. U odredbama o ovlastima Agencije za upravljanje oduzetom imovinom sukladno Zakonu o upravljanju oduzetom imovinom, imovinskom koristi i oduzetim predmetima u kaznenom i prekršajnom postupku („Сл. весник на РМ“ бр. 98/2008, 145/2010, 104/2013, 187/2013, 43/2014, 160/2014, 97/2015, 148/2015 и 64/2018) oduzeta imovina i privremeno oduzeta imovina mogu se otstupiti drugim državnim tijelima, udrugama građana i fondacijama bez naknade. Međutim, analogna primjena ovih odredaba teško bi se opravdala budući da je u makedonskom sustavu ovrha u nadležnosti ovršitelja kao osobama sa javnim ovlastima a ne u nadležnosti suda.

uspije.[51] Koja bi bila moguća odgovarajuća rješenja u tom smislu? Ono što se čini najvažnije, to je da se predvidi jasna odredba koja će urediti pitanje kako postupati sa stvarima ako prodaja nije uspjela. Po uzoru na druga zakonodavstva, može se predvidjeti da se stvari predaju ustanovama socijalne zaštite[52] ili da se predvidi mogućnost oslobađanja od obaveze čuvanja stvari.[53]

3.2.1.3. Pravna sredstva

Što se tiče pravnih lijekova u ovom incidentalnom postupku, ZO izričito potencira specifičnosti prigovora zbog nezakonitosti tijekom ovrhe[54] protiv zaključka o prodaji. Naime, ako se protiv zaključka o prodaji podnese prigovor, prigovor ima suspenzivan učinak u odnosu na isplatu sredstava dobivenih prodajom. Sve dok postupak po prigovoru nije pravomoćno okončan, ovršitelj nema ovlasti izvršiti isplatu sredstava. Isplata će se izvršiti nakon pravomoćnosti rješenja suda po prigovoru ukoliko radnje koje je poduzeo ovršitelj ostanu na snazi, odnosno ako sud nije utvrdio nezakonitosti u njegovom postupanju.[55]

4. ZAKLJUČAK

Kada je riječ o postupanju sa pokretninama i njihovoj prodaji u ovršnom postupku, to pitanje najčešće razmatramo u okviru postupanja ovršitelja kod ostvarenja novčane tražbine i to kao sredstvo ovrhe (ovrha na pokretninama) ili u okviru ovrhe radi ostvarenja nenovčane tražbine ispražnjenja i predaje nepokretnosti. Kada se prodaja pokretnina provodi kao incidentalni postupak u

[51] Radna skupina koju je formiralo Ministarstvo pravde, a koja trenutno radi na izmjenama i dopunama Zakona o ovrsi diskutirala je o mogućim noveliranjima odredaba koje se odnose na postupanje ovršitelja sa pokretninama koje su uklonjene s nekretnine te su predložene određene alternative postojećim odredbama. U tom smislu, predlaže se da se predvidi najdulji rok u kom se stvari mogu čuvati, a taj rok je predložen da bude u trajanju od najviše 45 dana, nakon čega ovršitelj pristupa prodaji pokretnina. Osobne stvari ovršenika kao šti su: odjeća, pisma, ortopedska pomagala i sl., koje su neznatne vrijednosti, a koje ovršenik odbije primiti, ovršitelj će dati na uništenje, a troškovi će pasti na teret ovršenika. Ako ovršitelj prema stanju, izgledu i prirodi pokretnina procjeni da je njihova vrijednost toliko mala da se prodajom ne mogu nadoknaditi ni troškovi njihove procjene i prodaje, a koje ovršenik nije preuzeo, zaključkom će odrediti otpis tih stvari.

[52] Tako na pr., Zakon o izvršenju i obezbeđenju R. Srbije predviđa u slučaju da se pokretne stvari nisu mogle prodati ni na drugoj javnoj dražbi, javni ovršitelj će ih predati ustanovi socijalne zaštite, po prethodno pribavljenom mišljenju ministarstva nadležnog za socijalnu zaštitu (čl. 357 st.4).

[53] Prema Ovršnom zakonu R. Hrvatske ako se stvari ne uspeju prodati na dražbi, odnosno neposrednom pogodbom, ovrhovoditelj se oslobađa obaveze čuvanja tih stvari nakon proteka roka od 30 dana od dana dražbe, odnosno određene neposredne pogodbe (čl. 258 st. 4).

[54] U sustavu ovrhe prigovor zbog nezakonitosti tijekom ovrhe tretira se kao specifično i jedinstveno pravno sredstvo u postupku ovrhe kojim legitimirana osoba ističe nepravilnosti tijekom provedbe ovrhe i zahtjeva da se te nepravilnosti otklone.

[55] *Arg. ex*. čl. 228 st. 4 ZO.

okviru ovrhe radi ispražnjenja i predaje nekretnine, postupajući po konkretnim ovršnim predmetima ovršitelji se suočavaju sa određenim problemima koji proizlaze iz zakonskih odredbi koje uređuju ovu materiju budući da ZO ne reguliše u potpunosti sva pitanja koja se mogu aktuelizirati u ovom postupku. U praktičnom radu ovršitelja situacija koja otvara dileme je kako postupiti prilikom neuspješne prodaje pokretnina budući da ovršitelji nemaju jasno normirana pravila i smijernice kako bi trebali postupati i šta dalje poduzimati u ovom postupku.

U nedostatku izričitih zakonskih odredbi postoji realni problem kako postupati sa pokretninama koje nisu prodane i kako riješiti sudbinu tih stvari ako ih ovršenik ni nakon svih poduzetih radnji u ovršnom postupku ne želi preuzeti.

Radna skupina pri Ministarstvu pravde koja trenutno radni na izmjenama i dopunama ZO formulirala je određena rješenja u vezi s ovom problematikom, međutim čini se da ponuđene alternative postojećim odredbama ne rješavaju u potpunosti otvorena pitanja u praktičnom radu ovršitelja. Predložena rješenja govore o određivanju najdužeg roka čuvanja stvari, uništavanju osobnih stvari neznatne vrijednosti, izuzimanju iz prodaje i otpisu stvari manje vrijednosti gdje se ne očekuje da će prodajna cijena pokriti troškovi njihove procjene i prodaje, međutim ne govore o rješavanju sudbine popisanih stvari, jer čak i ako se sve te radnje poduzmu, ako prodaja pokretnina bude neuspješna, a ovršenik ih ne želi preuzeti i dalje ostaje pitanje što dalje sa tim stvarima. Čini se kao prikladno rješenje predvidjeti odredbu koja će regulirati postupanje s pokretninama nakon neuspjele prodaje na način da će se ovršitelj osloboditi obaveze čuvanja tih stvari i njima na prikladan način raspolagati predajom određenoj socijalnoj ustanovi, fondaciji ili udruzi građana bez naknade.

LITERATURA

1. B. Starović, Komentar Zakona o izvršnom postupku, Beograd, 2007;
2. D. Šago, R. Milanović, Ovrha na nekretninama u zakonodavstvu Republike Hrvatske, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 19, Mostar 2022, str. 228-251;
3. M. Dika, Građansko ovršno pravo, I. Knjiga, opće građansko ovršno pravo, Zagreb 2007;
4. M. Dika, Ovrha radi ispražnjenja i predaje nekretnine, Pravo i porezi, vol. 12, br. 3, 2003, str. 3 – 7;
5. N. Šarkić, Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Beograd 2016;
6. Ovršni zakon R. Hrvatske („Narodne Novine“ br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20, 114/22

7. Zakon o izvršenju i obezbeđenju R. Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje, 113/2017 - autentično tumačenje, 54/2019, 9/2020 - autentično tumačenje i 10/2023 - dr. zakon);
8. А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, Граѓанско процесно право, книга трета, извршно право, Скопје, 2011;
9. А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, М. Ракочевиќ, Новините во Законот за извршување од 2016 година со измените и дополнувањата од 2018 и 2020 година, Скопје 2021;
10. Закон за извршување на Р. Македонија („Сл. весник на РМ" бр.72/16, 142/16, 233/18, 14/20 и 154/2023, Одлука на Уставен суд У.бр.143/2016 од 29 ноември 2017 година („Сл. весник на РМ" бр.178/17), Одлука на Уставен суд У.бр.135/2016 од 24 јануари 2018 година („Сл. весник на РМ" бр.26/18) и Одлука на Уставен суд У.бр.94/2019 од 12 мај 2020 година);
11. Закон за управување со конфискуван имот, имотна корист и одземени предмети во кривична и прекршочна постапка на Р. Македонија („Сл. весник на РМ" бр. 98/2008, 145/2010, 104/2013, 187/2013, 43/2014, 160/2014, 97/2015, 148/2015 и 64/2018);
12. К. Чавдар, К. Чавдар, Коментар на Законот за извршување, Скопје, 2011;

ENFORECEMENT ACTIONS OF THE ENFORCEMENT AGENT REGARDING MOVABLES LOCATED ON IMMOVABLE PROPERTY SOLD FOR SETTLING OF A MONETARY CLAIM

When it comes to undertaking actions regarding movables and their sale in enforcement proceedings, this issue is usually considered within the actions of the enforcement agent when settling a monetary claim as a means of enforcement (enforcement on movables) or within enforcement for collection of a non-monetary claim of vacating and handover of immovable property. The paper discusses the conduct of the enforcement agent with the movables in those cases when the enforcement of vacating and handover of immovable property is carried out as a subsidiary procedure in the enforcement procedure on real estate for settling a monetary claim. The reason for considering this issue is certain dilemmas and problems encountered in the work of the enforcement agents acting in such cases. First of all, dilemmas and problems arise from the legal provisions that regulate this matter, since the law does not fully regulate all the issues that can be actualized in this subsidiary procedure.

Key words: *eenforcement procedure, vacating of immovable property, sale of movables*

Asst. Prof. Stojana Petrović, Ph.D., Faculty of Law,
University of Banja Luka, Federation of Bosnia and Herzegovina*

CO-OWNERSHIP OF THE SPOUSE AS A THIRD PARTY ON REAL ESTATE FROM THE MARTIAL PROPERTY AS HIS RIGHT THAT (DOES NOT) PREVENT ENFORCEMENT

UDK: 347.626 (497.6)
Scientific review paper

In the paper, a normative-dogmatic identification of the adopted legal models of co-ownership of real estate, as a separate right of a third party in the enforcement procedure, was performed, as well as an analysis of the legal models of the martimonial property regime in the entities of Bosnia and Herzegovina. Current available domestic jurisprudence and legal theory were also considered. This, with the aim of determining whether the possibility of a spouse co-owner of real estate from the matrimonial property as well as a third party in enforecement proceedings, depends on the specifically adopted legal model, so that the enforcement conducted against the other spouse as the executive debtor is declared inadmissible in relation to his co-owned part.

It is concluded that the co-ownership of the spouse who is not the executive debtor, in the procedure conducted for the purpose of forced settlement of the creditor of the other spouse of on the real estate as martial property, as a separate right, depends on the general legal model of co-ownership as a part of the right on the real estate as the object of execution. In order for the spouse, as a third party, to succeed with his separate objection, he needs to prove the existance of additional circumstances, specific to the martial status of the subjects and to the object of ececution. This, howewer, should not be understood as an udnue burden on the third party spouse, compared to other third-party-co-owners.

Key words*: martial property; real estate; off-book property; objection of a third party.*

1. INTRODUCTION – QUESTIONS FOR ANALISYS

The enforcement debtor's property is the object of enforcement which, according to the principle of formal legality, with reported exceptions, is carried out against him from the enforcement document.[1] Even though the enforcement

* Assistant Professor at the Department of Civil Law and Civil Procedural Law, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bulevar vojvode Stepe Stepanovića, 77, Banja Luka, Federation of Bosnia and Herzegovina, e-mail: stojana.petrovic@pf.unibl.org, ORCID ID: 0000-0002-9507-8585.

[1] Nikola Bodiroga, *The Theory of Enforcement Procedure,* (Belgrade: Faculty of Law of the University of Belgrade, 2012), 152.

creditor attach proof of the enforcement debtors's ownership of the real estate with the proposal for execution - an extract from the land register[2], in practice the court can order execution on the entire real estate, that is, on the share in the real estate that belongs to his spouse, who is not the enforcement debtor from the enforcement document. This is especially common in situations where only the enforcement debtor is registered as the owner of the real estate from the matrimonial property. The second spouse, co-owner/joint owner, who is not the enforcement debtor, as a rule, raises a special objection, claiming that he has a right on that real estate that prevents the enforcement.[3] This is a matter of executive procedure[4], with elements of substantive law rules.

The paper is based on the assumption that the issue of co-ownership of the spouse of marital property who is not an enforcement debtor as a separate right depends on the adopted legal model of co-ownership as a separate right in general. In addition, it is assumed that the legal position of the spouse of a co-owner who is not an enforcement debtor differs from the position of other co-owners of real estate as third parties, in the sense that his right of co-ownership, as an exclusive right, is conditioned by the duty of proof and some additional circumstances arising from the matrimonial property regime of the subject of execution, and also from the marital status of the participants in this procedure.

2. LEGAL MODELS OF PROPERTY RELATIONS BETWEEN SPOUSES IN THE ENTITIES OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Although, in principle, organised as a uniformed legal area, the entities of Bosnia and Herzegovina - the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska do not have uniform rules of family law regarding the property regime of marital property. Spouses in the Federation of Bosnia and Herzegovina are co-owners of marital property as assets, with equal and certain shares in it[5],

[2] Art. 70 Paragrapf 1. of the Law on Enforcement Procedure, Official Gazette of the Republic of Srpska, No. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17, 58/18, 66/18 (hereinafter: Law on Enforcement Procedure of RS) and Law on Enforcement Procedure, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12, 46/16, 42/18. (hereinafter: Law on Enforcement Procedure of FBiH).

[3] The term *right that prevents enforcement* (German: *ein die Veräußerung hinderndes Recht*) should not be understood as a real legal authorization provided by law. It is about the procedural authorization of a third party to have the execution declared inadmissible on his property, or on his share in the property. (*See in detail in* Hans-Joachim Musielak, Wolfgang Voit, *Grundkurs ZPO, Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren* (München: C.H. Beck, 2022), 476).

[4] Siniša Triva, Vladimir Belajec i Mihajlo Dika, *Judicial Executive Law, general part,* (Zagreb: Informator, 1980), 297.

[5] Art. 252 Paragrapf 7. of The Family Law, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 35/05, 41/05, 31/2014, 32/19. (hereinafter: Family Law of FBiH).

while in the Republic of Srpska they are joint owners[6], with unknown shares. In the entities, (only) joint ownership and use of property acquired during marriage is provided for in a uniform manner.[7]

From the diversity of the adopted property regimes of marital property, different powers arise in terms of its management, and especially in terms of disposal. Since in the property regime of co-ownership of the matrimonial property, the shares of the spouses are known in advance, it is prescribed that the provisions of real and obligation law are applied.[8] In terms of management, this would mean that one spouse cannot undertake regular management tasks without the other's prior consent. As the ideal part of the property in circulation is considered an independent property, each spouse can independently and freely dispose of their share in the matrimonial assets without the consent of the other co-owners (the other spouse), only with the duty of respect of the right of pre-emption of the other spouse, if it is real estate.[9]

In the case of joint property[10], where the shares of the joint partners are not known, in the property law regime of joint marital property, one spouse cannot independently dispose of or burden his or her part with legal agreement between the living, except for the benefit of the other, which divides the joint property.[11] The impossibility of independent disposal of jointly owned real estate is a consequence of the fact that the shares of the spouses have not been determined.[12]

---

[6] Art. 302 Paragrapf 1. of The Family Law, Official Gazette of the Republic of Srpska, No. 17/23. (hereinafter: Family Law of RS).

[7] Art. 303 Paragrapf 1. of the Family Law of RS, Art. 253 of the Family Law of FBiH.

[8] Art. 253 of the Family Law of FBiH.

[9] Art. 27 of the Law on Real Rights, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 66/13, 100/13, 32/19. (hereinafter: Law on Real Rights of FBiH).

Subjecting the authority to dispose of their part of the matrimonial property by the spouses in the property law regime of matrimonial assets to the general rules of property law, without the need for the other spouse to agree with that disposal, in legal theory is considered as giving too much autonomy to the spouses in terms of disposing of their share, with the absence of respect specificities of subjects of marital property relations. This regime, on the other hand, is judged to guarantee the uniformity of the regulation of property relations between spouses with the regulation of property relations of any co-owners. (Darko Radić, *Property Relations in Marriage*, (Banja Luka: Faculty of Law, University of Banja Luka, 2016), 104. *The same thniking also in* Darko Radić, "Marriage - Between the Preservation of Integrity and the Rule of Individual Freedoms", in: Collection of works Days of family law "Current issues of family law theory and practice", eds. Alena Hueseinbegović (Mostar: Faculty of Law of the University "Džemal Bijedić", 2021.):108).

[10] Joint ownership is the participation of several persons in the right of ownership of an undivided thing, the shares of which are not determined either ideally or realistically, but are determinable, and its assumption is the existence of a personal relationship between at least two persons. (*For details about this, see* Ilija Babić and Radenko Jotanović, *Civil Law*, *Book 2 - Real Law* (Banja Luka: Law Faculty of the University of Banja Luka, 2020), 224).

[11] Art. 303 Paragrapf 4. of the Family law of RS. Spouses can agree on the way of managing and/or disposing of common marital property in the form of a contract. (Art. 304 of the Family Law of RS).

[12] Ilija Babić, *Commentary on the Family Law*, (Belgrade: Official Gazette, 2014), 516.

In this property law regime, in the law of the Republic of Srpska, it is also regulated under which conditions one of the spouses can dispose of real estate from joint marital property, and when the other spouse is not registered in the land records. Namely, the consent of the other spouse is prescribed as a condition for the validity of the contract on the disposal of such real estate.[13] When disposing of jointly owned real estate without the consent of the other spouse, the nullity of such legal transaction is expressly prescribed as a consequence, except in the case when the acquirer of rights acted in good faith. The spouse without whose consent the joint real estate was disposed of has the right, at his choice, to demand from the other spouse compensation of the market value or the value at which the real estate was alienated.[14]

3. PROPERTY RELATIONS OF THE SPOUSES TO THIRD PARTIES

Marital property relations consist of at least two spheres - in addition to the marital property relations of the spouses, property relations with some third parties are also established, individually or jointly. The aim of the research in this part of the paper is to identify legal models of the responsibility of spouses for property obligations to third parties. This issue is relevant for later considerations on the exclusive right of a spouse to real estate from the marital property in the enforcement procedure, in a situation where only one spouse is the enforcement debtor. In connection with this, the question of the relationship between the legal acquisition of real legal powers of the spouses and without registration in the land records on real estate and matrimonial property, with the principle of acquisition of such powers by third parties relying on the land records, is interesting to critically consider with an argument, despite the almost unanimous understandings of the legal theory about to that.

3.1. Legal models of the responsibility of married spouses for property obligations towards third parties in the entities of Bosnia and Herzegovina

The question of the responsibility of spouses for property obligations towards third parties is regulated in a uniform manner in both identified property regimes of marital property. Spouses can enter into property relations with third parties jointly or individually. For the obligations that one spouse had before the establishment

[13] Art. 305 Paragrapf 1. of the Family Law of RS.

[14] Art. 305 Paragrapf 2. and 3. of the Family Law of RS.

of the marriage union, he is responsible individually with his separate property and his share in the marital property.[15] For matrimonial property under the de facto legal regime of undivided joint property, the active procedural identification of the creditor of the spouse who is also the debtor for filing a lawsuit to determine the amount of that spouse's share in the joint property is also regulated.[16]

In the property relations of third parties with both spouses, there is no doubt that they are jointly responsible for the obligations they have jointly assumed.[17] However, it should be determined who is responsible when only one spouse commits to a third party. This situation has additional variations - when he has and when he does not have the consent of the other spouse, and when both spouses are registered in the land records of real estate from the marital property as holders, and when only one of them is registered as the holder.

Provision on the joint liability[18] of spouses for property obligations to third parties, both with marital property and with their own separate property, when the obligations assumed by one spouse were incurred in order to meet the current needs of the marital and family union, and when the law expressly stipulates that they are responsible for the obligations jointly[19] it is provided for in the interest of third parties, in order to increase the discipline of married spouses regarding their property obligations.[20] This provision helps, but does not completely resolve the dilemmas.

For the existence of joint responsibility of both spouses for the obligations that one of them assumed towards a third party, it is sufficient to deal with the situation of meeting the current needs of the marital and family union.[21] As the usefulness of the assumed obligation for the entire community is consumed by the consent of the other spouse, the issue of whether the other spouse gave consent or not is not considered, nor which of the spouses is registered in the land records.

---

[15] Art. 328 of the Family Law of RS, Art. 261 of the Family Law of FBiH.

[16] Art. 328 Paragrapf 3. of the Family Law of RS.

[17] Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht* (München: Franz Vahlen Verlag, 2021), 719.

[18] In a situation of active solidarity, each joint creditor has the right to demand from the debtor the fulfillment of the entire obligation, and when one of them is satisfied, the obligation to the other creditors also ceases. In passive solidarity, each joint debtor is obliged to settle the amount of the creditor's entire claim and when he does so, the obligation to all joint debtors ceases. The debtor who fulfills the entire claim has the right of recourse against other debtors from the obligation. (Arsen Janevski, "Obligations With Multiple Debtors or Creditors and Execution Towards Joint Debtors", *Proceedings "Harmonization of Civil Law in the Region"* (2013): 415).

[19] Art. 329 of the Family Law of RS, Art. 262 of the Family Law of the FBiH.

[20] Babić, *Commentary on the Family Law*, 547.

[21] *This is what emerges from the* judgments of the Basic Court in Modriča, in case No. 86 0 P 038912 15 P, of November, 9.2017, *and* the District Court in Doboj, in case No. 86 0 P 038912 18 Gž, of January, 30. 2018.

In legal theory, it is considered that *the ongoing needs of a married and family union* can refer to the recurring needs, or to the one-time needs of that union.[22] It is also considered that the legally used notion of necessity indicates only what is absolutely necessary for the existence of a married union.[23] The selfish and disproportionately high needs of the married spouses could not be considered obligations for which the spouses are responsible with the joint marital property.[24] We could partially agree with the arguments of this understanding. Under the needs of the marital and family union, it makes sense to understand every necessity, material or immaterial, that refers to the union of married spouses, and not exclusively to one of them. The legislator does not state that it must be about existential and basic needs[25], but one gets the impression that the emphasis is on the fact that they apply exclusively to the entire community.

If the obligation towards a third party has not been assumed by one spouse in order to satisfy the aforementioned needs, in order for the obligation assumed by one spouse towards the third party to extend to the part of the marital property belonging to the other spouse, regardless of the adopted property regime of the marital property, it is necessary is the consent of that other spouse. This, regardless of whether he is registered as a holder or not. This is especially so in the regime of joint marital property, since it is expressly stipulated that the spouses cannot independently dispose of real estate from the marital property, regardless of the fact that the other spouse is not registered as the holder of real legal authority.[26]

From the above, it follows that for the joint liability of the spouses for things from the marital property, when the obligation towards a third party is assumed by one of the spouses, it is not relevant which of the spouses is registered in the land records as the owner. This condition is not set, if one of them has assumed an obligation towards a third party in order to meet the ongoing needs of the community, or if the other spouse agrees to settle this obligation from the value of the marital property as a whole.

---

[22] Lucia Ruggeri, Sandra Winkler, "Some Questions About Property Relations of Spouses in Croatian and Italian Family Law", *Proceedings of the Faculty of Law, University of Rijeka*, 40, 1 (2019): 179.

[23] Babić, *Commentary on the Family Law*, 516.

[24] Lucia Ruggeri, Sandra Winkler, "Some Questions About Property Relations of Spouses in Croatian and Italian Family Law", 179.

[25] Thus, the departure of married spouses for a summer or winter vacation does not have to be considered a luxury behavior, and could be subsumed under the concept of the needs of the married or family union, if they travel all together.

[26] Art. 305 of the Family Law of RS.

3.2. Unregistered spouse and conscientious third party - is a compromise of interests possible?

There are fundamental differences in the way in which spouses acquire real rights over marital property, compared to how third parties do in one's marital property. Spouses acquire real rights over real estate from their matrimonial property originally, by law, while third parties acquire such rights exclusively derivatively. The legal acquisition by married spouses of real rights on real estate as joint property is not conditioned by the registration of those rights in the records in the name of both spouses.[27]

In the regime of matrimonial property, where the spouses are co-owners of the matrimonial property with one-half share each,[28] the *possibility* is stipulated that the spouse who is not registered as a co-owner may request correction of the registration.[29] This provision should be understood as giving women, wives, the opportunity to start the procedure of registering their off-book real right to real estate.[30] Considering the meaning of the provisions of Art. 361 of the Law on Real Rights of FBiH according to matrimonial property, in domestic legal theory it is considered that the spouse, the holder of an off-book real right instead of an *option*, has the *duty* to initiate the procedure for the registration of his off-book real right on real estate within three years from the date of entry into force of this law as marital property, in order to provide himself with legal protection.[31] The understanding that the aforementioned provision of the Law on Real Rights of FBiH converts the *possibility* of registering the spouse's co-ownership right into his *duty*, we consider that it does not take into account the relationship between the provisions of *lex specialis* and *lex generalis*, and ignores the maxim *lex specialis derogat legi generali*. In this issue, the provisions of the law on real rights are the *lex generalis*, and insisting on their priority application to the issue of registration of matrimonial assets against the provisions of the family law, as *lex specialis*,

---

[27] Radenka M. Cvetić, "New Rules in the Registration Procedure in The Real Estate Cadastre. Registration of Joint Property Of Spouses", *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad*, 4 (2019): 1175.

[28] Art. 252 of the Family Law of FBiH.

[29] Art. 252 Paragraph 3. of the Family Law of FBiH.

[30] In Bosnia and Herzegovina, it is common for matrimonial property to be registered in the land records as the property of the male spouse. Although according to the census data from 2013, the share of women in the total population of Bosnia and Herzegovina is 51.08% against the share of men of 48.92% (Lejla Ramić, Selma Mezetović Međić, *Women as (co)owners of Real Estate in the Bosnian Context* (Sarajevo: CENSOR), 2023), 5, reports of entity institutions that keep land records indicate that the number of women registered as owners or co-owners of real estate is up to three times less than the number of men registered as owners. (*Ministry of Justice of the Federation of Bosnia and Herzegovina*, access, 7.8.2023, *https://fmp.gov.ba/files/PDF/Brosure/Equal%20Access%20to%20Property%20Rights%20Leaflet.pdf*).

[31] Esad Oruč, "Marital Property in the Legislation and Judicial Practice of Bosnia and Herzegovina" *Journal of Education and Humanities*, 3, 1 (2020): 110.

could create an unpleasant atmosphere between the spouses in some marriages, that is, family unions, disrupting relations trusts on which it should be based.

In the property law regime of joint ownership of matrimonial property by spouses, as in the law of the Republic of Srpska, a spouse who is not registered as the owner is not *obliged* to register his right to matrimonial property in the land records, but, in the absence of a *lex specialis* provision, *lex generalis* stipulated that he *can* do so.[32] In order to register both co-partners on the matrimonial property in this property regime, it is necessary to first determine their shares in the joint property, which is considered by law to be the division of joint property during the marriage.[33] The legal imposition of a duty on an unregistered spouse to record his off-book real right in the land records, in this property law regime, could refer to the regulation of his duty to initiate the division of joint property during the marriage.

Spouses acquire joint property, that is, joint ownership of marital property based on the law.[34] Registration, as a *modus acquirendi*, conditions the acquisition of real rights on the basis of a legal transaction, or in other cases determined by law. If the law, inheritance or court decision is the basis of the acquisition, then it is an off-book acquisition and the entry does not have a constitutive, but exclusively declarative effect[35], i.e. publicity.

According to the principle of reliance on land records, rights that have been registered exist, while rights that have not been registered do not exist.[36] For the holders of off-the-books real rights, this principle imposes a more responsible attitude towards their rights in terms of recording them, and conscientious third parties are provided with legal protection.[37] This principle includes a person's trust in the truthfulness and completeness of land records. It is considered that it was established precisely in order to resolve a disputed situation in which the off-the-record legal title to the real estate does not correspond to the registered one, and that it protects the interests of the person who needs to acquire ownership or some other real legal title to the real estate. In legal theory, it is considered that

---

[32] Art. 54 Paragraph 2 of the Law on Survey and Cadastre, Official Gazette of the Republic of Srpska, No. 6/12, 110/16, 22/18, 62/18, 95/19. (hereinafter: Law on Survey and Cadastre of RS).

[33] Art. 306 of the Family Law of RS.

[34] Art. 302 Paragraph 1 of the Family of Law of RS, Art. 251 Paragrapf 1, Art. 252 Paragraph 1 of the Family of Law of FBiH.

[35] Radenko Jotanović, "The Principle of Trust in the Real Estate Cadastre in the Law of the Republic of Srpska", *Pravna riječ*, 40 (2014): 556. *Likewise*, The Supreme Court of the Republic of Srpska, in Decision No. 71 0 P 288962 20 Rev, of 13.10.2021.

[36] Adis Abdić, "The Principle of Trust in Land Records in Bosnia and Herzegovina", *Zagrebačka pravna revija*, 6, 1 (2017): 100.

[37] Abdić, "The Principle of Trust in Land Records in Bosnia and Herzegovina", 123.

the collapse of the principle of trust leads to legal uncertainty for all persons who participate in the legal transaction of real estate, relying on the state in them.[38]

Positive law in the entities of Bosnia and Herzegovina promotes the principle of protecting trust in the truthfulness and completeness of land records.[39] It is assumed that the legal effect of the principle of trust consists in the fact that off-book rights cease against the conscientious acquirer who acted in accordance with that principle.[40]

The condition for the effect of the principle of trust in land records is the conscientiousness of the person who acquires a right or legal authority on real estate, that is, that he acts in good faith.[41] Earlier judicial practice required that the acquirer's actions in good faith include, not only his trust in the data contained in public real estate records, but also that he investigate the off-book situation, that is, to investigate the factual situation as well.[42] Today, it is considered that it is not necessary for the acquirer of the real estate to investigate the off-book situation[43], in order for him to be considered conscientious, but that it is sufficient only that he was not aware of the off-book situation, that is, that it could not have been known to him. It is expressly stipulated that the failure to investigate the off-book balance cannot be construed as a lack of good faith.[44] It is argued that imposing an obligation on a third party to investigate the marital status of

---

[38] Abdić, "The Principle of Trust in Land Records in Bosnia and Herzegovina", 101.

[39] Art. 52 Paragrapf 2. of the Law on Real Rights, Official Gazette of the Republic of Srpska, No. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16, 107/19, 1/21, 119/21. (hereinafter: Law on Real Rights of RS) and of Law on Real Rights of FBiH. *Also see* Art. 57 Law on Real Rights of RS and of Law on Real Rights of FBiH, in a situation of multiple alienation of real estate.

[40] Jotanović, "The Principle of Trust in the Real Estate Cadastre in the Law of the Republic of Srpska", 562.

[41] Abdić, "The Principle of Trust in Land Records in Bosnia and Herzegovina", 114, R. Jotanović, "The Principle of Trust in the Real Estate Cadastre in the Law of the Republic of Srpska", 564. According to the provisions of Art. 10 of the Law on Real Rights of RS and Law on Real Rights of FBiH a conscientious person is considered a person who, at the time of acquiring the right of ownership, did not know or could not have known that there is a right of ownership or some other real right to a part of the thing. It is considered that the acquirer knew that a certain right existed if that right was registered in the corresponding public register. Art. 56 of the Law on Survey and Cadastre of RS prescribes that the acquirer acted in good faith if he did not know, nor had sufficient reason to suspect what was entered, given the circumstances. Law on Land Registers, Official Gazette of the Federation of Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 58/02, 19/03, 54/04, 32/19, 61/22 (hereinafter: Law on Land Registers of FBiH), in Art. 9 Paragraph. 2. prescribes when a person is considered to be negligent, that is, when he is aware of the inaccuracy of the land register, or when he is not aware of this inaccuracy due to gross negligence.

[42] *A similar position is taken by* the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in one of its decisions, which was the target of scientific criticism, and which will be discussed below. (*see* Decision in case No. AP-15/14, of April 20, 2016).

[43] Abdić, "The Principle of Trust in Land Records in Bosnia and Herzegovina", 115.

[44] Art. 55 of the Law on Real Rights of RS and of the Law on Real Rights of FBiH.

a contracting party could be considered an excessive burden on third parties.[45] Conscientiousness of the acquirer of real estate is assumed, and the person who refers to his unconscionability must prove it.[46]

The conflict between the acquisition of real rights by third parties through their reliance on land records and the acquisition of real rights by spouses on their matrimonial property and without registration is resolved by the provisions of Article 52 Paragraph 2. of the Law on Real Rights of RS and Law on Real Rights of FBiH. The property right acquired, among other things, on the basis of the law, and the right of married spouses to marital property, cannot be opposed to the right of a conscientious third person who, acting with confidence in the public records, submitted a request for the registration of his right before the person who has acquired the right of ownership on the basis of, among other things, the law, requested the registration of its right. The legislator, therefore, does not dispute that the spouse's authority over the real estate exists even though it is not registered, only that it cannot be opposed to the right of a conscientious third party.[47] The provision of Article 305 Paragraph 2. of the Family Law of RS prescribes that the conscientiousness of a third party acquiring rights to marital property annuls the prescribed nullity of the legal transaction by which one spouse disposes of immovable property from the marital property without the consent of the other spouse.[48]

In legal theory, a clear position is taken that the unauthorized disposal of matrimonial real estate by one spouse, in a situation where the property was not registered as joint, is not an obstacle for a conscientious third party to acquire

[45] Ruggeri, Winkler, "Some Questions About Property Relations of Spouses in Croatian and Italian Family Law", 180.

[46] Abdić, "The Principle of Trust in Land Records in Bosnia and Herzegovina", 115.

[47] The Supreme Court of Republika Srpska expresses the opposite understanding in one of its recent decisions. Namely, it is stated that "...the joint property of the spouses is created in the original way, by force of law, when the assumptions from the provisions of Article 270 Paragraph. 5. of the Family Law. In the case of joint ownership of spouses, it is considered that the ownership right to the real estate is registered to both spouses, even when the registration was made to only one of them, provided that it was not made on the basis of a court decision or a written agreement on division..." (Judgment No. 71 0 P 235035 21 Rev 3, of October, 11, 2021).

[48] In legal theory, there are understandings about the legal nature of the contract by which one spouse disposes of joint marital property without authorization, with the arguments about the nullity of such contracts. (*cf.* Snežana Dabić, Katarina Dolović Bojić, "Disposal of One (Extra)Marital Partner with Immovable Property in Joint Property", *Pravo i privreda*, 7-9 (2019): 415). Such considerations do not apply to the law of Republika Srpska, because this issue is expressly regulated by predicting such consequences for the unauthorized disposal of real estate from marital property by one spouse.

property rights, and that this should be expressly provided for by law.[49] This position is argued by the need to achieve a better legal discipline of non-registered holders, even if they were spouses.

One gets the impression that it is impossible to find a compromise between off-the-books real rights of a spouse on real estate as marital property and acquisition of that property by conscientious third parties relying on land records.[50] According to the positive law of the entity of Bosnia and Herzegovina, the spouse, the holder of off-book real legal authorization, is not *obliged*, but is only *authorized* to register his right to the marital property in the records. He is encouraged to do so by the principle of trust of conscientious third parties in the completeness and truthfulness of land records. Although it is indisputable that the unregistered spouse, by law and without registration, has the right to co-ownership of the marital property in the corresponding share, so that he could oppose this right to a conscientious third party[51] who intends to acquire real legal authority over the same property, it seems that the unregistered spouse is the real legal representative, however, *nolens volens* is obliged to be registered. The position on the predominance of the principle of the trust of a conscientious third party in the land records over the unregistered property of the spouse, and leaving the unregistered spouse the opportunity to sue his spouse who independently disposed of the joint property for damages in this situation, also suffers from theoretical criticism, with the argument that by prescribing the actual legal effects of the marriage union, such situations between spouses were precisely intended to be avoided.[52]

---

[49] Radenka Cvetic, "New Rules in the Registration Procedure in The Real Estate Cadastre. Registration of Joint Property Of Spouses", 1174, Hrvoje Kačer, "(Extra)Marital Property and Land Registers", *Proceedings of the Faculty of Law in Zagreb*, 3-4 (2005): 1068, Jadranko Jug, "Protection of Trust in Land Registers in Normative and Judicial Practice", *Proceedings "Property Act and Other Real Rights and the Law on Land Registers - 1997-2017 Croatian Real Law de lege lata and de lege ferenda*" (2017), 120.

[50] Hano Ernst, "Indemnification of Creditors and Matrimonial Property in Recent Constitutional Court Analysis", *Proceedings of the Faculty of Law in Zagreb*, 62, 5-6 (2012): 1358, *and also* Franjo Dragičević, "Disposal of Matrimonial Property and Protection of Trust in Land Registers in the Practice of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina", *New Legal Review*, 2 (2017), 12.

[51] Jotanović, "The Principle of Trust in the Real Estate Cadastre in the Law of the Republic of Srpska", 557. Povlakić similarly believes that the applicant in case AP-15/14, as a co-owner of the real estate designated as the subject of execution, and as the spouse of the enforcement debtor, has a right that prevents execution, but that this right has no effect towards a third party - in this case, according to the contractual acquirer of the lien, if the appellant does not disprove the legal presumption of his conscientiousness. (Meliha Povlakić, "Record of Execution and Third-Party Objection in Legislation and Judicial Practice in Bosnia and Herzegovina", *Yearbook of the Faculty of Law of the University of Sarajevo*, 62 (2019), 191). *Likewise,* H. Ernst, "Indemnification of Creditors and Marital Property in Recent Constitutional Court Analysis", 1358. *Similarly*, F. Dragičević, "Disposal of Marital Property and Protection of Trust in Land Registers in The Practice of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina", 14.

[52] Ernst, "Indemnification of Creditors and Marital Property in Recent Constitutional Court Analysis", 1358.

3.2.1. The role of the notary in eliminating the presumption of conscientiousness of the third party in the case of unauthorized disposal of real estate from marital property by one spouse

In the regime of joint property of married spouses on matrimonial property, the valid disposal of real estate from the matrimonial property by the registered spouse is expressly conditioned by the consent of the other spouse of the non-registered owner.[53] As a rule, when processing the contract on the disposal of real estate from marital property, the notary would be obliged to take account of this, by determining whether the parties, among other things, are authorized to conclude a legal transaction.[54]

Reading the rest of the provisions of Article 66 of the Law on Notary Service of RS does not leave the impression that the intention of the legislator in the Republic of Srpska was to affirm this duty of the notary. Imposing on the married spouse, who is registered as the sole owner of the real estate from the marital property, the duty to inform the notary and a third party of the marital origin of the real estate,[55] simultaneously with prescribing a sanction in the event of non-compliance with this provision, in the form of his *responsibility* (probably meant responsibility for compensation for damages which could be claimed by the second spouse the non-registered holder), and in the form of the validity of such a transaction and the assumption of the conscientiousness of the third party[56], indicates the regulation of the rather passive role of the notary in the procedure of determining the existence of the spouse's authority to conclude a legal transaction. One gets the impression of the systemic legal inconsistency of the legislator, not only within the provisions of Article 66 of the Law on Notary Service of RS, but also in the relation of this provision to the provisions of Article 305 of the Family Law of RS, which clearly provides for the consent of the unregistered spouse as a condition for the validity of that transaction (which is to be assumed that is also determined by the notary during the processing of the disposal document), as well as its nullity, as a sanction for the absence of such consent.

---

[53] Art. 305 of the Family Law of RS. Although the legislator does not regulate in this way, from the meaning of the mentioned provision it can be assumed that it means explicit, and not tacit consent. (*On the criticism of the doctrine of the tacit consent of the spouse, see in* Dabić, Dolović Bojić, "Disposal of One (Extra) Marital Partner with Immovable Property in Joint Property", 420).

[54] Art. 66 Paragraph 1. of the Law on Notary Service, Official Gazette of the Republic of Srpska, No. 28/21. (hereinafter: Law on Notary Service of RS). *So also* Darja Softić Kadenić, "Consequences of The Practice of the Constitutional Courts in Bosnia and Herzegovina in Relation to the Competences of Notaries under the Legal Regime of Real Estate", *Yearbook of the Faculty of Law in Sarajevo*, 63 (2020): 542.

[55] Art. 66 Paragraph 3. of the Law on Notary Service of RS.

[56] Art. 66 Paragraph 4. of the Law on Notary Service of RS.

The perceived inconsistency of the legislator should be resolved by interpreting the aforementioned provisions according to the rules on their mutual relationship. The rules of the Law on Notary Service of RS are applied as *lex generalis* rules in the process of notarial processing of documents, and the application of *lex specialis* rules of family law comes to the fore when one or both parties to the contract are married spouses, or one of them, and in relation to real estate from the matrimonial property. Applying the principle of derogating the general rule to individuals, it could be considered that the notary is obliged to obtain the consent of the other spouse as a condition for the validity of the document he or she signs, as required by the aforementioned lex specialis provision of family law. This understanding assumes that the *ratio* of the notary's role in the processing of the document is precisely in removing not only formal, but also material defects of the same, whose material and formal validity is confirmed by the notary with his seal and signature. Application of the provisions of Article 305 of the Family Law of RS by a notary during proceeding a document by which one spouse disposes of real estate from the marital property would exclude the conscientiousness of a third party, a co-contractor of the spouse. The third, at that time, could not claim that the off-book status, nor the status of the real estate as marital, was not known to him, nor could it have been known to him.

Even in the property law regime of co-ownership in matrimonial property, the notary's duty to determine whether the parties are authorized to conclude a legal transaction is expressly regulated.[57] Therefore, the notary is obliged to determine whether the spouse disposes of the property from the matrimonial property with the authorization of the other spouse of the non-registered owner.

***

By applying the general rules on the assumption of conscientiousness of third parties regarding the situation in the land records, one gets the impression that there is room to accept the primacy of the principle of protection of conscientious third parties, as opposed to holders who have not registered their right to real estate. This, however, is a difficult to accept understanding, in the situation of a married spouse who is an off-record holder of the marital property. When disposing of the entire real estate from the marital property by one spouse, most often by the one who is registered, the notary is obliged to act according to the provisions of Article 66 Paragraph. 1. of the Law on Notary Service of RS and determine whether that person has the authority of the other spouse to conclude

[57] Art. 80 Paragraph 1. of the Law on Notaries, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 45/02, 30/16. (hereinafter: Law on Notaries of FBiH).

that legal transaction.[58] This type of action by the notary, expressly provided for in Article 305 of the Family Law of RS, eliminates the negligence of third parties and of the co-contractors.[59] Actions of notaries according to the provisions of articles 66 Paragraph 1. of the Law on Notary Service of RS, 80 Paratraph 1. of the Law on Notaries of FBiH, as well as Art. 305 of the Family Law of RS while processing the document on the disposition of real estate from marital property, eliminates the dispute of interest between a third party on the one hand, and the spouse of the holder of that real estate who did not register his right, on the other hand, protecting both interests. In the law of Republic of Srpska, such a role of notary is significantly weakened by the provision of Paragraph 4 of Article 66 of the Law on Notary Service of RS, which deviates from the meaning of all the aforementioned provisions, so, in order to preserve the achieved goal, it should be reduced in some recent legislative reform.

4. THE EXCLUSIVE RIGHT OF CO-OWNERSHIP OF THE SPOUSE WHO IS NOT THE ENFORCEMENT DEBTOR

In order for the enforcement debtor's spouse to succeed with a separate objection in the enforcement procedure, or with a claim in a civil suit, and to prevent the execution ordered against his spouse on the real estate that is marital property from being carried out on his share, he must prove that his co-ownership of the matrimonial real estate is a right that prevents enforcement. This legal standard, which applies universally to all co-owners, includes the determination of some additional facts that are specific to the spouse as a third party, which refer to the fact that the real estate is marital property, and that he is not jointly and severally liable with the enforcement debtor - his spouse, for the obligation from the executive document. If they are jointly and severally liable to the enforcement creditor, then the enforcement document is sufficient to refer to one of the spouses, so that he could settle on the real estate belonging to both spouses.[60] All of the above, however, applies to the legal model where co-ownership by a third party is provided as an exclusive right. It is necessary to examine whether the co-ownership of a spouse as a third party is a separate right to real estate from the

[58] When both spouses have registered their real legal authorization on the matrimonial property, this role of the notary has no such importance.

[59] Dabić, Dolović Bojić, "Disposal of One (Extra)Marital Partner with Immovable Property in Joint Property", 427 arguing that it is considered easier for an unregistered spouse to register his real legal authority on the matrimonial property and thus make it visible to all to third parties, rather than putting third parties in the situation of investigating the marital status of the transferor of authority on that property.

[60] *For more details, see* Brox, Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 719.

marital property as an object of execution, in the model adopted in the law of the Federation of Bosnia and Herzegovina, where co-ownership, in general, is not a separate right.

4.1. The exclusive right of a co-owner of a married spouse on real estate from marital property in the practice of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, in its appellate jurisdiction, reviews the regularity of the decisions of regular courts, from the aspect of their compliance with human rights standards, provided for by the provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and with the practice of the European Court of Human Rights. Through the practice of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the question of whether co-ownership of a married spouse represents his or her exclusive right to real estate from the marital property has not been considered so far. The existence of a violation of the spouse's right to the property, as well as a violation of his right to a home, was considered.

One gets the impression that the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina does not have uniform positions on the question of the relationship between the effect of the off-book co-ownership right of a spouse and a conscientious third party. In some of the decisions, the Constitutional Court stated that there was no violation of the property rights of the spouse who is not the enforcement debtor, with argumentation, such as the fiction of the existence of the tacit consent of the non-registered holder of the marital property to the disposal of the entire marital property by the registered spouse[61], and with establishing that there was a legal interference with his right to property, which is used to achieve the public interest - implementation of the forced settlement procedure of the claimant.[62]

Quite differently from this, the Constitutional Court established the existence of a violation of the right to the home of the appellant who claimed to have the right of co-ownership of the real estate from the marital property, which was determined as the subject of execution against her enforcement debtor husband.[63] One gets the impression that the Constitutional Court in this case latently introduces the

---

[61] *See the Decision of Constitional Court of Bosnia and Herzegovina, in cases* AP-666/14, of February, 15.2017 *and* AP-2326/18, of Juli, 17.2018. *On the arguments for criticism of the doctrine of tacit consent of the spouse*, *cf.* Dabić, Dolović Bojić, "Disposal of One (Extra) Marital Partner with Immovable Property in Joint Property", 427.

[62] *See the Decision of Constitional Court of Bosnia and Herzegovina, in case* AP-3569/20, of Juni, 8.2022.

[63] *Decision of Constitional Court of Bosnia and Herzegovina, in case* AP-15/14, of April, 20. 2016.

duty of a third party to investigate the marital status of the person with whom he is concluding a legal transaction, as a condition of his conscientious action. The views expressed in this judgment were criticized by the scientific public with arguments that they undermine the basic principles of land registry law (the principle of registration, the principle of trust in land records) and the principles of procedural law (efficiency), and that, contrary to these principles, the interests of persons who behaved passively are protected according to their rights.[64]

4.2. The exclusive right of co-ownership/joint ownership of a married spouse as a third party in the general legislative model where the co-ownership of a third party is an exclusive right

Third-party co-ownership of real estate as the subject of execution, in the general sense, and outside of marital property relations, is not regulated by the rules of enforcement procedure as an exclusive right in the entire legal area of Bosnia and Herzegovina. In the law of the Republika Srpska, the co-owned part of the real estate is exclusive right of a third party in the enforcement procedure.[65] The court may, only with the express consent of the real estate co-owner who is not the enforcement debtor, given in the form of a notarized document, order that the entire immovable property that is the subject of execution be offered for sale.[66] The court will then order execution on the entire immovable property as if it were a request for the division of a physically indivisible thing.[67] If, on the other hand, there is no express consent of the co-owner of the real estate who is not the enforcement debtor, the court will continue the execution procedure (only) on the co-owned part of the enforcement debtor [68], even if a significantly higher price could be achieved by selling the entire real estate. These rules apply accordingly to the owners of joint property.[69]

If the execution is determined on real estate from the marital property, and if the spouse appears as a third party in the enforcement procedure, he has the

---

[64] Meliha Povlakić, "Record ff Execution and Third-Party Objection in Legislation and Judicial Practice in Bosnia and Herzegovina", 184.

[65] Ranka Račić, *Executive Procedural Law*, (Banja Luka: Faculty of Law of the University of Banja Luka, 2021), 151. Actually, the right of co-ownership of a third party, as a rule, is precisely his exclusive right. (*See* Musielak, Voit, *Grundkurs ZPO*, 477).

[66] Art. 69 Paragraph 3 of the Law on Enforcement Procedure of RS. *Also cf.* Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *Civil Procedural Law,* (Belgrade: Savremena administracija, 2010), 521.

[67] Art. 69 Paragraph 4 of the Law on Enforcement Procedure of RS.

[68] Art. 69 Paragraph 3a of the Law on Enforcement Procedure of RS.

[69] Art. 69 Paragraph 10 of the Law on Enforcement Procedure of RS. This, only on the condition that there is no disagreement between the co-owner of the third party and the enforcement debtor regarding the amount of the third party's share in the joint matter. (R. Račić, *Executive procedural law*, 153).

exclusive right with regard to his co-ownership part of the real estate.[70] In order for the spouse of a third party in the execution procedure to prevent execution on his co-owned part, he is obliged to prove his right of co-ownership, that the subject of execution is marital property, and that he is not jointly and severally liable with his spouse, the enforcement debtor, to the enforcement creditor. He can also prove all these circumstances in litigation regarding the separate claim, if he fails to do so by objecting in the enforcement procedure.

The spouse as a third party in the enforcement procedure is in a difficult procedural position, since he must prove his right to co-ownership of the real estate subject to enforcement.[71] This can be a problem for him in practice, if only his spouse, who is also the enforcement debtor, is registered as the owner in the land records. The enforcement creditor will claim that he relied on the state in the land records and that he proposed the property without knowing that it is marital and that the third-party spouse has an off-book co-ownership right. Regardless of whether the execution is determined on the real estate from the marital property, and on the occasion of a monetary claim against the spouse- enforcement debtor, or the execution is carried out on the real estate from the marital property, that is carried out by emptying it and handing it over to the enforcement creditor, as a result of the unauthorized disposal of the same by on the part of the spouse - the enforcement debtor, the consequence should be the same - that the co-owner spouse as a third party have the exclusive right to his share in that real estate. The consequence for the person seeking execution in the first situation would be that he settles only on the co-ownership part of the real estate from the marital property that belongs to the enforcement debtor from the execution document[72], and according to the principle of formal legality[73], or, if its value is not sufficient for settlement, to propose some other means and subject of execution. In another situation, if a spouse had unauthorized disposal of real estate matrimonial property, therefore, also the co-owned part of the other spouse, the notary, in the process of processing the document, was obliged to determine whether the parties were

---

[70] Ranka Račić, "Third Party Objection", *Privredna štampa,* 1320 (2015)*:* 34. *The same follows from the decisions of regular courts in case,* No. 71 0 P 288962 18 P, of the Basic Court in Banja Luka, of December, 17.2019 and the District Court in Banja Luka, of Juni, 25.2020, *and also from the* Decision of the Supreme Court of the Republic of Srpska, of October, 13.2021. in case, No. 71 0 P 288962 20 Rev.

[71] Aleksandar Jakšić, *Civil Procedural Law,* (Belgrade: Faculty of Law of the University of Belgrade, 2020), 925.

[72] "Notation of enforcement is possible on individually determined immovable property owned by the enforcement debtor, on the co-ownership share because the co-ownership share in the legal transaction is treated as an independent thing..." (Vlado Belaj, *et al.*, *Protection of Creditors, Real Law, Obligation Law and Enforcement Law Insurance of Claims*, (Zagreb, 2005.), 149-151).

[73] *For more details on the principle of formal legality, cf.* Ranko Keča, Marko Knežević, *Civil Procedural Law*, (Belgrade: Službeni glasnik, 2021), 529.

authorized to conclude a legal transaction. If in that procedure the consent of the unregistered spouse was not obtained before the notary, such a contract is void and an enforceable document cannot be based on it.[74]

4.3. The exclusive right of co-ownership/joint ownership of a married spouse as a third party in the general legislative model where the co-ownership of a third party is not an exclusive right

The legislative model in the larger entity of Bosnia and Herzegovina does not provide for the exclusive right of co-ownership of a third party on real estate, if the court determines that the sale price of the enforcement debtor's co-owned part would be significantly higher in the situation of selling the entire real estate.[75] As in practice the situation is most often precisely that the value of the real estate is higher when it is sold as a whole, co-owners who are not enforcement debtors, in this general legislative model, are significantly denied the right to peaceful enjoyment of their property, even though they are guaranteed the right to the settlement of the value of their share as a priority, not only in relation to the claimant, but also in relation to the costs of the enforcement procedure.[76] The spouse, in this legislative model of co-ownership as a separate right, has no chance of succeeding with the objection of a third party, nor of having the execution declared inadmissible in relation to his co-owned part, even if he is registered as a co-owner, if the court judges that the sale would the price of the enforcement debtor's co-ownership part was significantly higher in the situation of the sale of the entire real estate from the marital property.[77] Therefore, when searching the current domestic judicial practice, it is difficult to find decisions of regular courts in the Federation of Bosnia and Herzegovina, which declare the execution, determined against a spouse who is a co-owner of the marital property and who is not the enforcement debtor, to be inadmissible in the part in which it refers to his share in that property.

---

[74] Art. 305 of the Family Law of RS.

[75] Art. Art. 69 Paragraph 3 and 4 of the Law on Enforcement Procedure of FBiH. Although co-owners are guaranteed to third parties in enforcement proceedings the right to settlement in the amount of co-ownership parts from the amount obtained from the sale of the entire real estate, even before compensation for the costs of enforcement proceedings (Art. 69 Paragraph 5. of the Law of Enforcement Procedure of FBiH), this legislative model could not be characterized as appropriate from the point of view of the right to property of third parties, guaranteed by Article 1 of Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

[76] Art. 69 Paragraph 5. of the Law of Enforcement Procedure of FBiH.

[77] Art. 69 Paragraph 5. of the Law of Enforcement Procedure of FBiH. *For a different view, cf.* Meliha Povlakić, "Record of Execution and Third-Party Objection in Legislation and Judicial Practice in Bosnia and Herzegovina", 191.

5. CONCLUSIONS - IS CO-OWNERSHIP OF A SPOUSE WHO IS NOT THE ENFORCEMENT DEBTOR HIS EXCLUSIVE RIGHT TO THE REAL ESTATE OF THE MATRIMONIAL PROPERTY?

In a situation where the court orders execution on the entire real estate of the matrimonial property, the spouse who is not the enforcement debtor, as a person who has acquired real legal authority on the basis of the law and without the need for registration in the land records, can, and in practice most often does, file an objection from a third party, claiming that he has a right (co-ownership/joint ownership) that prevents enforcement.

The success of this spouse with the request for the declaration of execution inadmissible on his share in real estate matrimonial property as the subject of execution, depends on the fulfillment of some, primarily material legal assumptions. In addition to the general, conceptual legal framework of the universal possibility of all third-party co-owners on the subject of enforcement to have their share of the real estate declared inadmissible with their objection, it is also necessary to determine whether the real estate designated as the subject of enforcement, whether the enforcement debtor is individually liable for the obligation towards the applicant for enforcement, or the spouses are jointly and severally liable (therefore, it is necessary that the spouse who claims the objection of a third party is not designated by the enforcement document as the enforcement debtor).

This indicates the confirmation of the initial assumptions of the research.

The stated additional circumstances that the spouse, as a third party in the enforcement procedure, or else in separate litigation, is obliged to prove, in order to result in the enforcement of his share in the real estate subject to enforcement being declared inadmissible, cannot be viewed as circumstances that complicate his legal position , compared to any other co-owner in the capacity of a third party in an enforcement proceeding. Their determination inevitably stems from the complexity of the property regime of marital property, as a legal issue.

The success of the spouse as a third party in order to prevent the claimant from settling on his share in the real estate as marital property should not depend on whether the spouse is a third party, as a holder who acquires his authority over the same by law, registered in the land records or not. In a situation of unauthorized disposal of marital property by only one registered spouse, a particularly important role is played by a notary, before whom the procedure for processing the document on such disposal is conducted, and who has the duty to establish the (non)existence of the registered spouse's authority to conclude a legal transaction. If, on the other hand, the registered spouse did not dispose of the matrimonial real

estate in an earlier substantive legal relationship, but it appears for the first time as an object of enforcement in order to settle a financial claim of the person seeking enforcement against that spouse, even then it is not relevant which of the spouses is registered as the owner, but it had to be enough for the spouse to prove to a third party that it is real estate from the marital property. Otherwise, the spouse who is not the enforcement debtor would have the opportunity, contrary to the principle of formal legality, to suffer the settlement of the claimant's claim without being named as the enforcement debtor by the enforcement document. In that situation, the enforcement seeker is not harmed, because he still has the option of settling on the part of the enforcement debtor's co-ownership. If its value is not sufficient, he also has the option of proposing a new means or a new object of enforcement.

LITERATURE

1. Abdić, Adis. "The Principle of Trust in Land Registers in Bosnia and Herzegovina". *Zagrebačka Pravna Revija*, 6 1 (2017): 97-124.
2. Babić, Ilija, Radenko Jotanović. *Civil Law, book 2 - Real Law*. Banja Luka: Faculty of Law, University of Banja Luka, 2020.
3. Babić, Ilija. *Commentary on the Family Law*. Belgrade: Official Gazette, 2014.
4. Belaj, Vlado, Mihajlo Dika, Andrija Eraković, Hano Ernst, Miljenko A. Gunio, Olga Jeličić, Tatjana Josipović, Jožica Matko Ruždijak, Branko Vukmir. *Protection of Creditors, Real, Mandatory and Enforcement Claims Insurance*. Zagreb, 2005.
5. Bodiroga, Nikola. *Theory of Executive Procedure*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 2012.
6. Brox, Hans, Wolf-Dietrich Walker. *Zwangsvollstreckungsrecht*. München: Franz Vahlen Verlag, 2021.
7. Cvetić, M. Radenka. "New rules in the registration procedure in the real estate cadastre. Registration of joint property of spouses*". Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad* 4 (2019): 1167-1186.
8. Dabić, Snežana, Katarina Dolović Bojić. "Disposal of One (Extra)Marital Partner's Real Property in Common Property". *Law and Economy* 7-9 (2019): 407-436.
9. Decision of the Supreme Court of the Republic of Srpska, No. 71 0 P 288962 20 Rev, of October, 13. 2021.
10. Dragičević, Franjo. "Disposal of Matrimonial Property and Protection of Trust in Land Registers in the Practice of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina". *New legal review* 2 (2017): 7-19.
11. Ernst, Hano. "Indemnification of Creditors and Matrimonial Property in Recent Constitutional Court Analysis", *Proceedings of the Faculty of Law in Zagreb*, 62, 5-6 (2012): 1323-1362.

12. Jakšić, Aleksandar. *Civil Procedural Law*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 2020.
13. Janevski, Arsen. "Obligations With Multiple Debtors or Creditors and Execution Towards Joint Debtors". *Proceedings "Harmonization of Civil Law in the Region"* (2013): 411-428.
14. Jotanović, Radenko. "The Principle of Trust in the Real Estate Cadastre in the Law of the Republic of Srpska". *Pravna riječ*, 40 (2014): 553-572.
15. Judgment of the Supreme Court of the Republic of Srpska, No. 71 0 P 235035 21 Rev 3, of October, 11.2021.
16. Jug, Jadranko. "Protection of Trust in Land Registers in Norms and Judicial Practice", *Proceedings "Law on Property and Other Real Rights and Law on Land Registers - 1997-2017 Croatian Real Law de lege lata and de lege ferenda*" (2017): 96-121.
17. Kačer, Hrvoje."(Extra)Marital Assets and Land Registers". *Proceedings of the Faculty of Law in Zagreb,* 3-4 (2005): 1037-1074.
18. Keča, Ranko Marko Knežević. *Civil procedural law*. Belgrade: Official Gazette, 2021.
19. Law on Enforcement Procedure, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12, 46/16, 42/18.
20. Law on Enforcement Procedure, Official Gazette of the Republic of Srpska, No. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17, 58/18, 66/18.
21. Law on Land Registers, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 58/02, 19/03, 54/04, 32/19, 61/22.
22. Law on Notary Service, Official Gazette of the Republic of Srpska, No. 28/21.
23. Law on Survey and Cadastre, Official Gazette of the Republic of Srpska, No. 6/12, 110/16, 22/18, 62/18, 95/19.
24. Musielak, Hans-Joachim, Wolfgang Voit. *Grundkurs ZPO, Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren*. C.H. Beck, 2022.
25. Oruč, Esad. "Marital Property in the Legislation and Judicial Practice of Bosnia and Herzegovina". *Journal Of Education And Humanities*, 3, 1 (2020): 105-119.
26. Povlakić, Meliha. "Record of Execution and Third-Party Objection in Legislation and Judicial Practice in Bosnia and Herzegovina". *Yearbook of the Faculty of Law of the University of Sarajevo*, 62 (2019): 157-199.
27. Poznić, Borivoje, Vesna Rakić Vodinelić. *Civil Procedural Law*. Belgrade: Savremena administracija, 2010.
28. Račić, Ranka. "Third Party Objection". *Privredna štampa,* 1320 (2015): 30-36.
29. Račić, Ranka. *Executive Procedural Law*. Banja Luka: Faculty of Law, University of Banja Luka, 2021.

30. Radić, Darko, "Marriage - Between the Preservation of Integrity and the Rule of Individual Freedoms". In: *Proceedings of Days of Family Law "Current issues of family law theory and practice"*, eds. Alena Hueseinbegović Mostar, 98-112. Mostar: Faculty of Law of the University "Džemal Bijedić", 2021.
31. Radić, Darko. *Property Relations in Marriage*. Banja Luka: Law Faculty of the University of Banja Luka, 2016.
32. Ramić, Lejla, Selma Mezetović Međić. *Women as (Co)Owners of Real Estate in the Bosnian Context*. Sarajevo: CENSOR, 2023.
33. Rešetar, Branka, Una Josipović. "Controversial issues of matrimonial assets with reference to spouses' bank contracts". *Proceedings of the Faculty of Law in Split*, 50, 1 (2013): 115-138.
34. Ruggeri, Lucia, Sandra Winkler. "Some Questions About Property Relations of Spouses in Croatian and Italian Family Law". *Proceedings of the Faculty of Law, University of Rijeka* 40, 1, (2019): 167-197.
35. Softić Kadenić, Darja. "Consequences of the Practice of the Constitutional Courts in Bosnia and Herzegovina in Relation to the Competences of Notaries Under the Legal Regime of Real Estate". *Yearbook of the Faculty of Law in Sarajevo*, 63 (2020): 517-555.
36. The decision of the Basic Court in Banja Luka, No. 71 0 P 288962 18 P, of December, 17.2019.
37. The decision of the District Court in Banja Luka, No. 71 0 P 288962 18 P, of Juni, 25.2020.
38. The decision of the Supreme Court of the Republic of Srpska, 71 0 P 288962 20 Rev, of October, 13.2021.
39. The Family Law, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 35/05, 41/05, 31/2014, 32/19.
40. The Family Law, Official Gazette of the Republic of Srpska, No. 17/23.
41. The judgment of the District Court in Doboj, in case no. 86 0 P 038912 18 Gž from January 30, 2018.
42. The Law on Notaries, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 45/02, 30/16.
43. The Law on Real Rights, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 66/13, 100/13, 32/19.
44. The verdict of the Basic Court in Modriča, in case No. 86 0 P 038912 15 P, of November, 09.2017.
45. Triva, Siniša, Vladimir Belajec, Mihajlo Dika. *Judicial Executive Law, general part*. Zagreb: Informator, 1980.

SUVLASNIŠTVO BRAČNOG DRUGA KAO TREĆE OSOBE NA NEKRETNINI IZ VOJNE STEČEVINE KAO NJEGOVO PRAVO KOJE (NE) SPRJEČAVA IZVRŠENJE

U radu je provedena normativno-dogmatska identifikacija usvojenih pravnih modela suvlasništva nad nekretninama, kao zasebno pravo treće osobe u ovršnom postupku, kao i analiza pravnih modela režima bračne stečevine u entitetima Bosne i Hercegovine. Razmatrana je i trenutna dostupna domaća sudska praksa i pravna teorija. To, s ciljem utvrđivanja ovisi li mogućnost supružnika suvlasnika nekretnine iz bračne stečevine kao i treće osobe u postupku predvođenja, o posebno usvojenom pravnom modelu, tako da se ovrha koja se provodi protiv drugog bračnog druga kao izvršnog dužnika proglasi nedopuštenom u odnosu na njegov dio u suvlasništvu. Zaključuje se da suvlasništvo bračnog druga koji nije izvršni dužnik, u postupku koji se provodi u svrhu prisilnog namirenja vjerovnika drugog bračnog druga nekretnine kao izvanrednog stanja, kao zasebnog prava, ovisi o općem pravnom modelu suvlasništva kao dijela prava na nekretnini kao predmetu izvršenja.

Da bi supružnik, kao treća strana, uspio sa svojim zasebnim prigovorom, mora dokazati postojanje dodatnih okolnosti, specifičnih za borilački status subjekta i za predmet ecekucije. To, kako god, ne bi trebalo tumačiti kao udnue teret za supružnika treće strane, u usporedbi s drugim suvlasnicima trećih strana.

Ključne riječi: *borilačko svojstvo; nekretnine; Neknjižno vlasništvo; prigovor treće strane.*

Doc.dr.sc. Jelena Čuveljak,
sutkinja Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske*

PRIJEDLOG EUROPSKE DIREKTIVE O USKLAĐIVANJU ODREĐENIH ASPEKATA PRAVA O NESOLVENTNOSTI

UDK: 347.736 (4-67 EU)
Izvorni znanstveni rad

Pravila o nesolventnosti su za sada uređena u svakoj državi članici posebno, čime je znatno otežan protok robe i kapitala te sloboda poslovnog nastana, pa je stvaranje učinkovitog i koherentnog pravnog okvira o insolventnosti postao jedan od ključnih ciljeva za Europsku uniju. Sa ciljem prevladavanja tog problema je izrađen prijedlog direktive o usklađivanju određenih aspekata prava o insolventnosti kako bi se stvorila ujednačena pravila unutar Europske unije, kako bi se poboljšala učinkovitost postupaka insolventnosti, omogućio održivije restrukturiranje dužnika i pružila bolja zaštita vjerovnika. Stoga se u ovom radu kritički analiziraju dani prijedlozi, ukazuje na potencijalne probleme ali daje i usporedba sa primjenom pojedinih instrumenata u insolvencijskim postupcima u Republici Hrvatskoj te se predlažu određena poboljšanja prijedloga kako bi konačno usvojeni prijedlog direktive bio što efikasniji i jednostavniji za prijenos tih pravila u naš pravni sustav.

Ključne riječi: *stečaj, prijedlog direktive, insolventnost, usklađivanje pravila*

1. UVOD

Kako insolventnost može imati širok utjecaj na europsko gospodarstvo, posebno kada se suočava s globalnim izazovima, Europska Komisija[1] radi na usklađivanju sustava nesolventnosti kao prioriteta za daljnju financijsku i gospodarsku integraciju. Naime, prosječno vrijeme naplate u stečajnim postupcima se kreće od 0,6 do 7 godina, a sudski troškovi se kreću se od 0 % do iznad 10 % dok je prosječna vrijednost naplate po kreditima poduzećima u EU-u iznosila 40 % nepodmirenog iznosa u trenutku nastanka statusa neispunjavanja obveza i 34 % za mala i srednja poduzeća (MSP-ove) od 2018[2]. Sve je to razultiralo u izradi prijedeloga kako bi se prevladao nedostatak uklađenih sustava nesolventnosti jer

* Sutkinja Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Zagreb, Savska 62, docent Sveučilište Sjever, Koprivnica, Trg dr. Žarka Dolinara 1, profesor stručnog studija Zagrebačka škola ekonomije i managementa, Zagreb, Vukasovićeva 1., e-mail: jelena.cuveljak@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1790-7851

[1] Dalje u tekstu: EK

[2] Vidi: *Europsko nadzorno tijelo za bankarstvo, „Izvješće o usporedbi referentnih vrijednosti nacionalnih okvira za naplatu kredita", 2020., EBA/REP/2020/29,* Pristup: 15.7.2023. https://www.eba.europa.eu/eba-publishes-report-benchmarking-national-insolvency-frameworks-across-eu

se propisima o nesolventnosti osigurava uredno gašenje poduzeća u financijskim i gospodarskim poteškoćama. Upravo se ovi propisi smatraju jednim od ključnih čimbenika u određivanju troškova financijskih ulaganja jer se njima omogućava utvrđivanje konačne naplaćene vrijednosti od ulaganja u nesolventna poduzeća.

Stoga je EK 7. prosinca 2022. objavila Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o insolventnosti,[3] a sve temeljem čl. 114. Ugovora o funkcioniranju Europske unije,[4] kojim se omogućava donošenje mjera za usklađivanje nacionalnih odredbi, čiji je cilj uspostava i funkcioniranje unutarnjeg tržišta.

Prijedlog direktive ima za cilj smanjiti administrativne barijere, potaknuti učinkovito upravljanje insolventnosti i povećati povjerenje investitora unutar Europske Unije,[5] pri tome se ne uređuju sva pitanja već samo odabrana poglavlja sa ciljem usklađivanja određenih aspekata prava o insolventnosti kako bi se stvorio zajednički i dosljedan pravni okvir unutar EU što bi trebalo olakšati prekogranične situacije i osigurati bolju pravnu predvidljivost za dužnike i vjerovnike.

Pored prethodno navedenog, prijedlog se fokusira na promicanje održivih restrukturiranja dužnika kako bi se očuvala radna mjesta, zaštitila ekonomska vrijednosti poduzeća i održala dugoročna solventnosti. Cilj prijedloga je i zaštita prava vjerovnika kako bi oni dobili što je moguće veći povrat svog duga, transparentnost u postupcima i jednak tretman svih vjerovnika. Time bi se pridonijelo i jačanju povjerenja investitora u europsko gospodarstvo i smanjila bi se pravna nesigurnosti poboljšanjem učinkovitosti postupaka.

Slijedom navedenog, prijedlog sadrži posebne odredbe o tužbama radi pobijanja dužnikovih radnji, praćenju imovine koja pripada nesolvencijskoj masi, pre-pack postupcima,[6] dužnosti direktora da podnesu zahtjev za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti, pojednostavljenim postupcima likvidacije za mikropoduzeća, odborima vjerovnika te informativnom sažetku s ključnim informacijama koji sastavljaju države članice o određenim elementima svojeg nacionalnog prava o postupku u slučaju nesolventnosti.

---

[3] COM/2022/702 final, 2022/0408 (COD), 7.12.2022. dostupan na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52022PC0702, (dalje u tekstu: prijedlog direktive).

[4] SL, C 202/47

[5] Dalje u tekstu: EU

[6] Sukladno članku 2. stavak 1.p prijedloga direktive „postupak pre-pack" znači ubrzani postupak likvidacije koji omogućuje prodaju dužnikova poduzeća, u cijelosti ili djelomično, kao društva koje trajno posluje, najboljem ponuditelju, s ciljem unovčenja dužnikove imovine zbog utvrđene nesolventnosti dužnika.

2. POSTUPCI RADI POBIJANJA DUŽNIKOVIH RADNJI

Preduvjeti za postupke radi pobijanja dužnikovih radnji[7] imaju sličnosti sa pravilima u iz članaka 198. do 215. Stečajnog zakona[8] u kojima su uređena pravila za pobijanje pravnih radnji u stečaju.[9] No, ova pravila ne sprječavaju države članice da donesu ili zadrže odredbe koje se odnose na ništavost, pobojnost ili nemogućnost izvršenja pravnih radnji štetnih za vjerovnike u kontekstu postupka u slučaju nesolventnosti ako takve odredbe pružaju veću zaštitu vjerovnika od onih u prijedlogu direktive.

Kao opća pretpostavka za pobijanje je predviđeno da su pravne radnje koje su zaključene prije pokretanja postupka na štetu svih vjerovnika,[10] s time da pravna radnja uključuje i propust.[11] Posebno su predviđene tri grupe pobijanja i to zbog pogodovanja, namjere i bez naknade. Kod pogodovanja vjerovnika se predlaže da se pravne radnje u korist vjerovnika ili skupine vjerovnika namirenjem, kolateralizacijom ili na bilo koji drugi način mogu proglasiti ništavima ako su zaključene u roku od tri mjeseca prije podnošenja zahtjeva za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti, pod uvjetom da dužnik nije bio u mogućnosti otplatiti svoje dospjele dugove ili nakon podnošenja zahtjeva za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti. Pravna radnja se može proglasiti ništavom samo ako je taj vjerovnik znao ili je trebao znati da dužnik nije mogao platiti svoje dospjele dugove ili da je podnesen zahtjev za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti.[12] Ako je vjerovnik bio stranka blisko povezana s dužnikom, pretpostavlja se da je vjerovnik znao za nesposobnost za plaćanje odnosno podnošenje prijedloga. Dodatno su predviđene pravne radnje koje se ne mogu proglasiti ništavima.[13] Iako sam prijedlog ističe pojam ništavosti, a u našem je pravnom sustavu stav da se ništave pravne radnje ne mogu pobijani (jer one ni ne postoje),[14] ipak ovaj bi se pojam iz prijedloga direktive trebao tumačiti kao pobijanje u hrvatskom pravnom sustavu.

---

[7] Glava II., članci 4. – 12. prijedloga direktive

[8] Narodne novine br. 71/15, 104/17 i 36/22, (dalje u tekstu SZ)

[9] Andrija Eraković, „Pobijanje dužnikovih pravnih radnji," *Pravo i porezi,* br. 1. (2010), 12

[10] Vidi i: Dejan Bodul, "Pluralitet ciljeva stečajnog postupka." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 54, br. 3 (2017): 602,. https://doi.org/10.31141/zrpfs.2017.54.125.587

[11] O ostalim pravnim posljedicama otvaranja stečajnog postupka vidi više: Mihajlo Dika, *Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka*, (Zagreb, Narodne novine, 2002) 55

[12] Mladen Pavlović, „Pobijanje pravnih radnji u stečaju," *Hrvatska pravna revija*, br. 10, (2003): 92.

[13] Članak 6. stavak 3. prijedloga direktive

[14] Mihajlo Dika, Pobijanje pravnih radnji u povodu stečaja, u: *Treća novela Stečajnog zakona,* ur. Mihajlo Dika, 141–209, Zagreb, Narodne novine, 2003.

Pravne radnje uz izostanak naknade ili očigledno nedostatnu naknadu[15] se mogu proglasiti ništavima ako su zaključene u roku od jedne godine prije podnošenja zahtjeva za pokretanje postupka ili nakon podnošenja takvog zahtjeva.[16] Dok se kod pobijanja namjerno poduzetih radnji na štetu vjerovnika[17] zahtijeva ispunjenje dva uvjeta i to da su zaključene u roku od četiri godine prije podnošenja zahtjeva za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti ili nakon podnošenja takvog zahtjeva te da je druga stranka u pravnoj radnji znala je ili je trebala znati za namjeru dužnika da nanese štetu vjerovnicima, koje znanje se pretpostavlja ako je ta druga stranka osoba blisko povezana s dužnikom.[18]

Osoba koja je ostvarila imovinsku korist od pravne radnje koja je proglašena ništavom obvezna je u cijelosti nadoknaditi nesolvencijsku masu za nanesenu štetu. Predviđen je i rok zastare[19] za sve tražbine prema drugoj stranki od tri godine od datuma pokretanja postupka u slučaju nesolventnosti,[20] a tražbina za dobivanje potpune naknade se može prenijeti na vjerovnika ili treću osobu, s time da osoba koja je bila obvezna nadoknaditi nesolvencijsku masu ne može prebiti tu obvezu sa svojim tražbinama prema nesolvencijskoj masi.[21] Nakon što treća strana vrati imovinsku korist, njezina ranija protutražbina oživljava.[22]

Prijedlog ne predviđa da je kao glavni preduvjet za pobijanje da stečajni upravitelj ima za podnošenje tužbe odobrenje stečajnoga suca,[23] a teško da će se moći zaključiti kako ovo pravilo pruža veću zaštitu vjerovnika od onih navedenih u prijedlogu. Sam prijedlog ne sadrži ni pravila o odnosu posebnog stečajnog

---

[15] Vidi i: Darko Maržić, „Pobijanje pravnih radnji bez naknade (čl. 132. Stečajnog zakona) u odnosu na institute hipoteke i jamstva," *Pravo i porezi,* br. 1. (2003): 18, Antun Bilić i Marko Bratković, "Pobojnost besplatnih pravnih radnji stečajnog dužnika" Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 43, br. 3 (2022): 774. https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.3.12

[16] Članak. 203. SZ-a propisuje rok od 4 godine za pobijanje pravnih radnji bez naknade ili uz neznatnu naknadu.

[17] Anton Bilić i Marko Bratković, "Pobojnost namjernog oštećenja vjerovnika stečajnog dužnika." *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 71, br. 3-4 (2021): 443-476. https://doi.org/10.3935/zpfz.71.34.05

[18] Članak 202. SZ-a propisuje rok od 10 godina za pobijanje pravnih radnji zbog namjernog oštećenja.

[19] Zvonimir Slakoper i Vlado Skorup, "O zastari i prekluziji kod paulijanske tužbe" *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 33*, br. 1 (2012): 313-335. https://hrcak.srce.hr/87714

[20] SZ u članku 212. stavak 2. propisuje prekluzivni rok za podnošenje tužbe i to dvije godine od otvaranja stečajnoga postupka. Kako je ovo pravilo otegotnije za vjerovnike, morati ćemo uskladiti naše zakonodavstvo u ovom dijelu sukladno direktivi.

[21] Vidi članak 214. SZ-a

[22] Vidi članak 213. SZ-a

[23] Članak 212. stavak 4. SZ-a

pobijanja[24] u odnosu na tužbe utemeljene na općem građanskom[25] i trgovačkom pravu za naknadu štete koju su vjerovnici pretrpjeli zbog pravne radnje koja se može proglasiti ništavom.[26]

3. PRAĆENJE IMOVINE KOJA PRIPADA NESOLVENCIJSKOJ MASI

Slobodan protok kapitala, osoba i stvari omogućava poduzetnicima lako premještanje stvari iz jedne države članice u drugu, stoga prijedlog direktive nastoji omogućiti upraviteljima u slučaju nesolventnosti da što lakše dođu do podataka o imovini u svim državama članicama. Tako su predviđena pravila temeljem kojih će ovlašteni sudovi imati pristup nacionalnom centraliziranom registru bankovnih računa[27] te će na zahtjev upravitelja odmah pristupiti informacijama o bankovnim računima kako dužnika tako i imovini koja je predmet postupaka radi pobijanja dužnikovih radnji. Izravan pristup nije ograničen samo na podatke u toj državi članici nego i u drugim državama članicama putem jedinstvene pristupne točke registara bankovnih računa.[28]

Nadalje je propisano da upravitelji pri utvrđivanju i praćenju imovine relevantne za postupke za koje su imenovani imaju pravodoban pristup informacijama koje se nalaze u registrima stvarnog vlasništva a trebali bi imati i izravan i brz pristup nacionalnim registrima imovine[29] koji se nalaze na njihovu državnom području,

---

[24] Vidi i Vlado Skorup, „Pobijanje pravnih radnji dužnika po Zakonu o obveznim odnosima i Stečajnom zakonu“, *Pravo u gospodarstvu*, br. 2. (2014) 353 - 396

[25] Ta su pravila sadržana u člancima 66. – 71. Zakona o obveznim odnosima Narodne novine br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21., 114/22 i 156/22, (dalje u tekstu: ZOO) koji uređuje pobijanje pravnih radnji dužnika na štetu vjerovnika i za građansko i za trgovačko pravo, no ta se pravila primjenjuju samo dok nad dužnikom nije otvoren stečajni postupak.

[26] Vidi i: Aldo Radolović, „Pobijanje dužnikovih pravnih radnji“ *Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1991*, br. 2. (1999), 619-640, Hrvoje Momčinović, «Pobijanje dužnikovih pravnih radnji prema Zakonu o obveznim odnosima.» *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 56, br. Posebni broj (2006): 512-538. https://hrcak.srce.hr/6443

[27] Ti registri su ustrojeni temeljem Direktive (EU) 2015/849 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o sprečavanju korištenja financijskog sustava u svrhu pranja novca ili financiranja terorizma, o izmjeni Uredbe (EU) br. 648/2012 Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive 2005/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i Direktive Komisije 2006/70/EZ (Tekst značajan za EGP), SL, L 141, 5.6.2015, str. 73–117

[28] Prijedlog direktive utvrđuje i načelne uvjete za pristup i pretraživanje od strane ovlaštenih sudova ističući kako pristup podatcima ima točno određena osoba koja održava visoke profesionalne standarde povjerljivosti i zaštite podataka, da je visokog integriteta i da ima odgovarajuće vještine. Pored toga je propisano da će se voditi zapisi o svakom pretraživanju, koji sadrže podatke o tome tko je tražio predmetne podatke, a kako bi se pratila prihvatljivost zahtjeva i zakonitost obrade osobnih podataka.

[29] Svi registri o imovini koji se vode u pojedinim državama članicama će se navesti u prilogu direktive.

ako su dostupni. Pri tome sve države članice moraju osigurati pristup upraviteljima neovisno u kojoj su državi članici imenovani i to pod jednakim uvjetima.

3.1. Mjere za povećanje transparentnosti nacionalnih propisa o nesolventnosti

Kako bi se povećala transparentnost podataka predviđeno je da će države članice na europskom portalu e-pravosuđe objavljivati informativni sažetak s ključnim informacijama o određenim elementima nacionalnih propisa o postupcima u slučaju nesolventnosti. Taj sažetak mora biti točan, jasan i nedvosmislen te se u njemu činjenice moraju navoditi na uravnotežen i pravedan način. Sažetak ne smije biti dulji od pet stranica, te mora biti napisan jasno i razumljivo bez upotrebe stručnih pojmova, s time da mora sadržavati podatke o uvjetima za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti, potom za prijavu, ispitivanje i priznavanje tražbina zatim pravila kojima se uređuje razvrstavanje tražbina vjerovnika i raspodjela prihoda od unovčenja imovine u postupku u slučaju nesolventnosti te prosječnu prijavljenu duljinu postupaka u slučaju nesolventnosti. Taj sažetak države članice dostavljaju na svojem jeziku a Komisija osigurava da se prevede na engleski, francuski i njemački ili, ako je sastavljen na jednom od tih jezika, da se prevede na druga dva jezika te ga stavlja na raspolaganje javnosti na europskom portalu e-pravosuđe.

4. POSTUPAK PRE-PACK

Prijedlog sadrži i pravila o postupak pre-pack, odnosno ubrzanom postupku likvidacije koji omogućuje prodaju dužnikova poduzeća, u cijelosti ili djelomično, kao društva koje trajno posluje, najboljem ponuditelju, s ciljem unovčenja dužnikove imovine zbog utvrđene nesolventnosti dužnik.[30] Taj postupak je sastavni dio brojnih svjetskih zakonodavstava, te ga sve veći broj država implementira,[31] a sastoji se od dvije uzastopne faze i to pripremne faze, čiji je cilj pronaći odgovarajućeg kupca za dužnikovo poduzeće ili njegov dio te druge faze likvidacije, čiji je cilj odobravanje i izvršenje prodaje dužnikova poduzeća ili njegova dijela te raspodjela prihoda vjerovnicima.

Kako prijedlog direktive uređuje samo određena pitanja, pravila nacionalnog prava koja su usklađena sa pravom Unije se primjenjuju u pogledu svih ostalih

[30] Čl. 2. st. 1.p prijedloga direktive

[31] John Armour, „The Rise of the 'Pre-Pack': Corporate Restructuring in the UK and Proposals for Reform" *RP Austin and Fady JG Aoun (eds.), Restructuring Companies in Troubled Times: Director and Creditor Perspectives*, (2012). 16-22. (Sydney: Ross Parsons Centre of Commercial, Corporate and Taxation Law, 2012), https://ssrn.com/abstract=2093134

pitanja koja nisu uređena u ovim pravilima uključujući razvrstavanje tražbina i pravila o raspodjeli prihoda. No, faza likvidacije se smatra postupkom u slučaju nesolventnosti,[32] odnosno stečajnim postupkom ili postupkom u slučaju insolventnosti pokrenutim s ciljem likvidacije imovine prenositelja pod nadzorom nadležnog javnog tijela. u odnosu na pravila za zaštitu prava zaposlenika kod prijenosa poduzeća, pogona ili dijelova poduzeća ili pogona, dok se nadzornici mogu smatrati upraviteljima u slučaju nesolventnosti.

Sud koji je nadležan za postupke pre-pack ima isključivu nadležnost u stvarima koje se odnose na opseg i učinke prodaje dužnikova poduzeća ili nekog njegovog dijela u postupku na dugove i obveze.

4.1. Pripremna faza

Pripremna faza započinje imenovanjem nadzornika na zahtjev dužnika, ali bez ispitivanja osnovanosti zahtjeva. Naime u određenom broju djelatnosti nije moguće normalno funkcionirati na tržištu,[33] pa je za vjerovnike, radnike i tržište dobro da se što brže izvrši prodaja jer zastojem u poslovanju dolazi do gubitka vrijednosti poduzeća. Ipak u ovom su slučaju vjerovnici značajno ograničeni, jer oni ne mogu npr. usvojiti stečajni plan i preuzeti dužnika te se kroz dobit namiriti. Upravo stoga nije jasno zašto je dana potpuna autonomija dužniku da odabire na koji će se način voditi stečajni postupak odnosno da li kao redovan ili kao pre-pack jer sud mora pokrenuti ovaj postupak na zahtjev dužnika.[34]

Tijekom pripremne faze dužnik zadržava kontrolu nad svojom imovinom i svakodnevnim poslovanjem. Nadzornik dokumentira svaki korak postupka prodaje i izvješćuje o tome zatim obrazlaže zašto smatra da je postupak prodaje konkurentan, transparentan, pošten i da zadovoljava tržišne standarde potom preporučuje najboljeg ponuditelja kao stjecatelja u okviru pre-pack te navodi smatra li da najbolja ponuda ne predstavlja očitu povredu testa najboljeg interesa vjerovnika.[35] Prethodno navedene mjere nadzornika provode se u pisanom obliku

---

[32] Ovo je posebno naglašeno i zbog presude Suda Europske unije u predmetu „Heiploeg," presuda od 28. travnja 2022., Federatie Nederlandse Vakbeweging protiv Heiploeg Seafood International BV, predmet C-237/20, EU:C:2022:321.

[33] Javljanje na natječaje za javnu nabavu je većinom zabranjeno, potom je kod svih ugovora o djelu sporno da li će izvođač postojati da bude odgovoran za nedostatke i dr.

[34] Roelf Jakob de Weijs, „Harmonization of European Insolvency Law: Preventing Insolvency Law from Turning Against Creditors by Upholding the Debt-Equity Divide"), *Amsterdam Law School Research Paper* No. *2017-21, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series* br. *2017-03,* (2017): 18 – 22, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2932097

[35] Taj „test najboljeg interesa vjerovnikâ" sukladno čl. 2. st. 1.h prijedloga direktive znači test prema kojem nijedan vjerovnik u likvidaciji u okviru postupka pre-pack ne dovodi u nepovoljniji položaj od onog u kojem bi bio ako bi se u slučaju unovčenja po dijelovima primijenilo uobičajeno rangiranje prioriteta unovčenja;

te se stavljaju na raspolaganje u digitalnom obliku i pravodobno svim osobama uključenima u pripremnu fazu.

Kao nadzornik se može imenovati osoba koja ispunjavaju kriterije prihvatljivosti koji se primjenjuju na stečajne upravitelje te koja može biti imenovani upraviteljima u slučaju nesolventnosti u kasnijoj fazi likvidacije. Naknadu mu isplaćuje dužnik ako ne slijedi naknadna faza likvidacije a ako slijedi faza likvidacije onda se naknada isplaćuje iz nesolvencijske mase kao povlašteni administrativni trošak.

Tijekom pripremne faze, ako je dužnik u situaciji vjerojatnosti nesolventnosti ili je nesolventan, dužnik može iskoristiti zastoj pojedinačnih radnji ovrhe u skladu s pravilima iz predstečajnog postupka ako se time olakšava neometano i učinkovito odvijanje postupka, s time da će se nadzornik saslušati prije donošenja odluke o zastoju pojedinačnih radnji ovrhe.

Prodaja koji se provodi tijekom pripremne faze treba biti konkurentna, transparentna, poštena i treba zadovoljavati tržišne standarde, a ako se u postupku prodaje dobije samo jedna obvezujuća ponuda, smatra se da ta ponuda odražava tržišnu cijenu poslovanja. Od ovog pravila države članice mogu odstupiti samo ako sud vodi javnu dražbu u fazi likvidacije.

4.2. Faza likvidacije

Nakon pokretanja faze likvidacije sud imenuje nadzornika kao upravitelja u slučaju nesolventnosti. Odmah nakon toga će sud odobriti prodaju dužnikova poduzeća ili njegova dijela stjecatelju kojeg je predložio nadzornik, pod uvjetom da je nadzornik izdao mišljenje kojim se potvrđuje da je postupak prodaje tijekom pripremne faze u skladu sa traženim zahtjevima, a ako nisu ispunjeni ti zahtjevi, onda sud ne odobrava prodaju te nastavlja s postupkom. Ako se pak prodaja vrši putem javnih dražbi, ista traje najdulje četiri tjedna i pokreće se u roku od dva tjedna od otvaranja faze likvidacije, a ponuda koju je odabrao nadzornik upotrebljava se kao početna ponuda na javnoj dražbi. Pri tome je istaknuto da države članice osiguravaju da su zaštitne mjere odobrene prvotnom ponuditelju u pripremnoj fazi, kao što su nadoknada troškova ili isplata odustatnine, razmjerne i primjerene te da ne odvraćaju potencijalno zainteresirane osobe od nadmetanja u fazi likvidacije.[36]

Stjecatelju dužnikova poduzeća ili njegova dijela se prenose dvostrano obvezni ugovori koji su potrebni za nastavak poslovanja dužnika i čija bi obustava dovela do zastoja u poslovanju, a za taj prijenos nije potrebna suglasnost dužnikove

[36] Anna Lund, „Cooperative Difference in Insolvency Proceedings: Pre-Pack Sales, Fiduciary Duty and the Oppression Remedy“ (2022). *McGill Law Journal,* Forthcoming, 14 - 16, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4199502

druge ugovorne strane ili drugih ugovornih strana osim ako je stjecatelj dužnikova poduzeća ili njegova dijela konkurent dužnikovoj drugoj ugovornoj strani ili drugim ugovornim stranama. Sud može odlučiti raskinuti dvostrano obvezne ugovore ako je raskid u interesu dužnikova poduzeća ili njegova dijela[37] ili ako dvostrano obvezni ugovor sadržava obveze pružanja javne usluge za koje je druga ugovorna strana javno tijelo, a stjecatelj dužnikova poduzeća ili njegova dijela ne ispunjava tehničke i pravne obveze pružanja usluga predviđenih tim ugovorom. Pravo koje se primjenjuje na prijenos ili raskid dvostrano obveznih ugovora je pravo države članice u kojoj je faza likvidacije otvorena.

Države članice osiguravaju da stjecatelj stekne dužnikovo poduzeće ili njegov dio bez dugova i obveza, osim ako stjecatelj izričito pristane snositi dugove i obveze tog poduzeća ili njegova dijela.

Žalbe protiv odluka suda koje se odnose na odobrenje ili izvršenje prodaje mogu imati suspenzivne učinke samo ako podnositelj žalbe osigura jamstvo koje je primjereno za pokrivanje potencijalne štete prouzročene zastojem realizacije prodaje, a sud koji odlučuje o žalbi ima diskrecijsko pravo da fizičku osobu koja podnosi žalbu u cijelosti ili djelomično izuzme od davanja jamstva ako smatra da je takvo izuzeće primjereno s obzirom na okolnosti određenog predmeta.

4.3. Odredbe koje se odnose na obje faze postupka pre-pack

Kriteriji za odabir najbolje ponude u postupku pre-pack su isti kao kriteriji koji se koriste za odabir među konkurentnim ponudama u postupku likvidacije, a nadzornik i upravitelj u slučaju nesolventnosti[38] su odgovorni za štetu koju njihovo neispunjavanje obveza uzrokuje vjerovnicima i trećim osobama na koje utječe postupak pre-pack.[39]

Osobe koje su blisko povezane s dužnikom moraju ispunjavaju dodatne uvjete za stjecanje dužnikova poduzeća ili njegova dijela pa moraju pravodobno objaviti nadzorniku i sudu svoj odnos s dužnikom,[40] a druge stranke u postupku prodaje moraju dobiti odgovarajuće informacije o postojanju osoba koje su blisko

---

[37] Sud ovu mogućnost nema ako se dvostrano obvezni ugovori odnose na licence za prava intelektualnog i industrijskog vlasništva. Kao obrazloženje ovog stava je istaknuto mišljenje da jer su oni obično ključne komponente poslovanja poduzeća koje se prodaje, no i ti ugovori mogu biti nepotrebni za daljnje poslovanje i nepotrebno opterećujući jer se npr. odnose na stare tehnologije i sl. Isto tako nije jasno zašto su izdvojeni samo ovi ugovori kao ključni kada to mogu biti i npr. koncesijski ugovori, ugovori o distribuciji i dr.

[38] Zašto ovo nije prošireno i na direktore dužnika, pa oni su također sve pripremali u prvom dijelu postupka.

[39] Mark Wellard, Peter Walton, "A Comparative Analysis of Anglo-Australian Pre-packs: Can the Means Be Made to Justify the Ends?" *International Insolvency Review*. 21 (3) (2012), 143–181. doi:10.1002/iir.1201

[40] Posljedica neobavještavanja je u tome da se ukida stjecanje bez dugova i obveza.

povezane s dužnikom i o njihovom odnosu s dužnikom te se osobama koje nisu blisko povezane s dužnikom daje dovoljno vremena za davanje ponude. Ako je ponuda stranke koja je blisko povezana s dužnikom jedina postojeća ponuda, onda se moraju uvesti dodatne zaštitne mjere za odobravanje i izvršenje prodaje dužnikova poduzeća ili njegova dijela koje uključuju barem obvezu nadzornika i upravitelja u slučaju nesolventnosti da odbiju ponudu stranke koja je blisko povezana s dužnikom ako ponuda ne zadovoljava test najboljeg interesa vjerovnika.

Predložene su i mjere za maksimalno povećanje vrijednosti dužnikova poduzeća ili njegova dijela kroz privremeno financiranje,[41] koje navode da ako je potrebno privremeno financiranje, onda države članice osiguravaju da nadzornik ili upravitelj poduzima potrebne korake za dobivanje privremenog financiranja uz najmanji mogući trošak potom da davatelji privremenog financiranja imaju pravo na primanje uplata s prioritetom u kontekstu naknadnih postupaka u slučaju nesolventnosti u odnosu na druge vjerovnike koji bi inače imali nadređene ili jednakovrijedne tražbine zatim da se založna prava nad prihodima od prodaje mogu dodijeliti pružateljima privremenog financiranja kako bi se osigurao povrat te da se privremeno financiranje može prebiti iznosom koji će se isplatiti na temelju prihvaćene ponude, kada ga pruže zainteresirani ponuditelji.

U prijedlogu direktive se znatno ograničavaju i prava založnih vjerovnika jer je propisano da ako založna prava opterećuju poduzeće koje je predmet postupka pre-pack, onda vjerovnici koji su korisnici tih založnih prava mogu prebiti tražbine u svojoj ponudi samo pod uvjetom da je vrijednost tih tražbina znatno ispod tržišne vrijednosti poduzeća. Prema prijedlogu ovo se pravilo odnosi samo na založne vjerovnike, ali ne i one vjerovnike čija su stvarna prava slična založnima.

Sa ciljem zaštite interesa vjerovnika[42] je propisano da se mora osigurati da vjerovnici, kao i nositelji udjela u dužnikovu poduzeću imaju pravo na učinkovito saslušanje pred sudom prije odobrenja ili izvršenja prodaje dužnikova poduzeća ili njegova dijela.[43] No, od tog se pravila može odstupiti ako vjerovnici ili nositelji udjela ne bi primili nikakvu uplatu ili zadržali bilo kakav interes u skladu s uobičajenim redoslijedom likvidacijskih prioriteta na temelju nacionalnog prava te ako se radi o vjerovnicima dvostrano obveznih ugovora čije su tražbine prema

---

[41] Sukladno čl. 2. st. 1.i prijedloga direktive to znači svaku novu financijsku pomoć koju pruža postojeći ili novi vjerovnik, koja minimalno uključuje financijsku pomoć tijekom postupka pre-pack i koja je opravdano i hitno potrebna kako bi dužnikovo poduzeće (ili njegov dio) nastavilo s radom, ili za očuvanje ili povećanje vrijednosti tog poduzeća.

[42] Peter Walton, "When is pre-packaged administration appropriate? – A Theoretical Consideration" (PDF). *Nottingham Law Journal. Nottingham Trent University*. br. 20: (2011) 12, https://www4.ntu.ac.uk/nls/document_uploads/112698.pdf

[43] Adebola Bolanle, „Transforming Perceptions: The Development of Pre-pack Regulations in England and Wales," *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 43, 1, (2023) 150–177, https://doi.org/10.1093/ojls/gqac026

dužniku nastale prije odobrenja prodaje dužnikova poduzeća ili njegova dijela i koje bi trebale biti plaćene u cijelosti u skladu s uvjetima ponude u okviru pre-pack.[44] Ovdje se predviđa pravo na saslušanje, ali nigdje nije predviđeno pod kojim bi oni uvjetima mogli osporiti predmetnu prodaju jer bez toga nema učinkovite zaštite interesa vjerovnika.[45]

U pogledu oslobođenja od založnog prava je istaknuto da ono mora biti pod istim uvjetima koji bi se primjenjivali u postupku likvidacije. No, države članice u kojima je potrebna suglasnost nositelja osiguranih tražbina u postupku likvidacije za oslobađanje založnog prava mogu odstupiti od tog zahtjeva pod uvjetom da se založna prava odnose na imovinu koja je potrebna za nastavak svakodnevnog poslovanja dužnikova poduzeća ili njegova dijela i da je ispunjen jedan od sljedećih uvjeta odnosno da vjerovnici osiguranih tražbina nisu dokazali da ponuda u okviru pre-pack ne zadovoljava test najboljeg interesa vjerovnika ili da vjerovnici osiguranih tražbina nisu podnijeli (izravno ili preko treće osobe) alternativnu obvezujuću ponudu za stjecanje koja omogućuje da se putem nesolvencijske mase ostvari bolja naplata nego putem predložene ponude u okviru postupka pre-pack.

Države članice osiguravaju da, ako postoji znatan rizik od kašnjenja koje proizlazi iz postupka koji se temelji na pravu tržišnog natjecanja ili od negativne odluke tijela nadležnog za tržišno natjecanje[46] povezane s ponudom danom tijekom pripremne faze, nadzornik olakšava podnošenje alternativnih ponuda. Stoga nadzornik može dobiti informacije o primjenjivim postupcima prava tržišnog natjecanja i njihovim ishodima koji mogu utjecati na odluku o trenutku podnošenja ili uspješan ishod ponude, posebno otkrivanjem informacija od strane ponuditelja ili davanjem izuzeća za potrebe razmjene informacija s tijelima nadležnima za tržišno natjecanje, ako je primjenjivo. U tom pogledu, nadzornik podliježe obvezi potpune povjerljivosti. Također je predloženo da se ponuda može zanemariti ako uključuje znatan rizik od kašnjenja zbog postupka povezanog sa zaštitom tržišnog natjecanja pod uvjetom da takva ponuda nije jedina i da bi kašnjenje u zaključenju prodaje poduzeća u okviru postupka pre-pack s predmetnim ponuditeljem dovelo do štete za dužnikovo poduzeće ili njegov dio.

---

[44] John J. McConnell, Henri Servaes, „The economics of prepackaged bankruptcy“ *Journal of Applied Corporate Finance*, v. 35, 1, (2023), 17, https://doi.org/10.1111/jacf.12536

[45] U Indiji vjerovnici imaju značajnu ulogu i mogu lako zaustaviti ovaj postupak, vidi: Himani, Singh, „Pre-packaged Insolvency in India: Lessons from USA and UK“ (2020), http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3518287

[46] Vidi više: Jasminka Pecotić Kaufman, Dubravka Akšamović i Ana Pošćić, "Strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracije u europskom i hrvatskom pravu tržišnog natjecanja." Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 31, br. 2 (2010): 969-1017. https://hrcak.srce.hr/63631, Vlatka Butorac Malnar i Jasminka Pecotić Kaufman, "Ocjena koncentracija poduzetnika prema kriteriju opadajućeg poslovanja u doba recesije." *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 61, br. 4 (2011): 1253-1294. https://hrcak.srce.hr/70315

5. DUŽNOST DIREKTORA

Prijedlog direktive predviđa i da države članice osiguravaju da su, ako pravna osoba postane nesolventna, njezini direktori obvezni sudu podnijeti zahtjev za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti[47] najkasnije tri mjeseca[48] nakon što su direktori saznali za nesolventnost ili se razumno može očekivati da su to saznali.[49] Ovo pravilo ima i hrvatska, ali nikada nije provedena stvarna odgovornost direktora za ovu obvezu, što je dovelo i do pravila da je Financijska agencija ovlaštena podnijeti zahtjev.

Nadalje, propisno je i da države članice osiguravaju da su direktori nesolventne pravne osobe odgovorni za štetu[50] nastalu vjerovnicima zbog svojeg nepoštovanja obveze podnošenja prijedloga, s time da ova odredba ne dovodi u pitanje nacionalna pravila o građanskopravnoj odgovornosti za kršenje obveze direktora da podnesu zahtjev za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti koja su stroža za direktore. Ovo pravilo također dugo postoji u našem zakonodavstvu,[51] ali na žalost takvih postupaka u pravilu nema jer nije lako dokazati sve potrebne elemente odnosa odgovornosti za štetu.

6. LIKVIDACIJA NESOLVENTNIH MIKROPODUZEĆA

Posebna pravila su propisana i za likvidaciju nesolventnih mirkopoduzeća.[52] To su mikro subjekt malog gospodarstva, odnosno fizičke i pravne osobe koje prosječno godišnje imaju zaposleno manje od 10 radnika, prema financijskim izvješćima za prethodnu godinu ostvaruju godišnji poslovni prihod u iznosu protuvrijednosti do 2.000.000,00 EUR ili imaju ukupnu aktivu ako su obveznici poreza na dobit odnosno imaju dugotrajnu imovinu ako su obveznici poreza na dohodak u iznosu protuvrijednosti do 2.000.000,00 EUR-a. S obzirom na

---

[47] Gordana Mršić, Kazneno djelo počinjeno nepodnošenjem prijedloga za pokretanje stečajnog postupka, Hrvatska pravna revija, 3 (2005), 97-104.

[48] Vuković, Ante. "Kako pravovremeno pokretanje stečajnog postupka može doprinijeti poboljšanju njegove efikasnosti?." *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu* 14, br. 2 (2016): 143-163. https://hrcak.srce.hr/170211

[49] Članak 110. SZ-a

[50] Kaleb, Zorislav. "Kazneno djelo povrede dužnosti članova uprava i izvršnih direktora u slučaju insolventnosti i gubitka društava." *Policija i sigurnost*, 4 (2011): 510-523. https://hrcak.srce.hr/79688

[51] Članak 110. st. 3. SZ-a

[52] Sukladno Preporuci Komisije 2003/361/EC, od 6. svibnja 2003. vezana za definiranje mikro, malih i srednje velikih poduzeća (tekst značajan za Europski gospodarski prostor (EGP)), Službeni list L 124, str. 36-41, od 20. svibnja 2003.

definiciju, kod nas je iznimno velik broj stečajnih postupaka koji se upravo odnose na mikropoduzeća, s obzirom da upravo ona čine više od 90% svih poduzeća.[53]

U ovim posebnim pravilima se ističe da države članice osiguravaju da mikropoduzeća, kada su nesolventna, imaju pristup pojednostavnjenim postupcima likvidacije te se oni za potrebe ovog postupka smatraju nesolventnim ako općenito nisu u mogućnosti platiti svoje dugove po dospijeću.[54] Države članice utvrđuju uvjete pod kojima se smatra da mikropoduzeće općenito nije u mogućnosti platiti svoje dugove po dospijeću te osiguravaju da su ti uvjeti jasni, jednostavni i da ih predmetno mikropoduzeće može lako provjeriti.

Pokretanje i vođenje postupka se ne smije odbiti na temelju toga što dužnik nema imovinu ili njegova imovina nije dovoljna za pokrivanje troškova, već države članice moraju osigurati da su ti troškovi pokriveni.[55] U ovim postupcima se upravitelji neće imenovati automatski, čim je postupak otvoren već će se on imenovati samo ako su kumulativno zadovoljena dva uvjeta, kao prvo da je dužnik, vjerovnik ili skupina vjerovnika zahtijevala takvo imenovanje te da se troškovi intervencije upravitelja u slučaju nesolventnosti mogu financirati iz nesolvencijske mase ili ih može financirati stranka koja je zatražila imenovanje. Ovaj prijedlog je sukladan ideji smanjivanja troškova postupka, ali upitno je da li će se time zaštititi interesi vjerovnika jer dužnika nastavlja voditi upravo ona osoba čiji su postupci doveli do stanja nesolventnosti.

Radi smanjivanja troškova je propisano i da se sva komunikacija između nadležnog tijela i, prema potrebi, upravitelja u slučaju nesolventnosti, s jedne strane, i stranaka u takvim postupcima, može obavljati elektroničkim putem.

Zahtjev za pokretanje pojednostavnjenog postupka likvidacije može podnijeti dužnik na propisanom standardiziranom obrascu[56] ali i svaki vjerovnik s time da dužnik ima pravo odgovoriti na zahtjev osporavanjem zahtjeva ili pristankom na njega.

Države članice bi trebale osigurati uvjete da nadležno tijelo donese odluku o zahtjevu najkasnije dva tjedna nakon primitka zahtjeva, a zahtjev se može odbiti

---

[53] Naime u Republici Hrvatskoj mikropoduzeća čine 92,1 posto od svih poduzeća sa ukupno 31,5 posto zaposlenih osoba i dodanoj vrijednosti od 19,9 u odnosu na sva poduzeća. Podatci su objavljeni u priopćenju Državnog zavoda za statistiku, Strukturno-poslovni pokazatelji poduzeća u 2020. pristup 15.7.2023. https://podaci.dzs.hr/2022/hr/29182

[54] Ti uvjeti moraju biti jasni, jednostavni i da ih predmetno mikropoduzeće može lako provjeriti. Kako je postojeća praksa da se ti uvjeti utvrđuju brojem dana blokade žiro-računa, takav način zadovoljava ove kriterije.

[55] Ovo će predstavljati praktičan problem kod nas, pa će se morati predvidjeti adekvatna proračunska sredstva da bi se implementiralo ovo pravilo.

[56] Taj standardizirani obrazac će sadržati podatke o imenu i sjedištu dužnika, popis imovine, podatke o vjerovnicima, popis tražbina te stvarnopravna osiguranja tražbina.

ako dužnik nije mikropoduzeće, ako nije nesolventno, ako nije nadležan sud odnosno ako ne postoji međunarodna nadležnost suda. Odluku suda o zahtjevu može osporiti dužnik ili bilo koji vjerovnik[57] s time da žalba nema suspenzivni učinak, a sud ju rješava bez odgode.

No, najbitnija razlika u odnosu na naše dosadašnje uređenje je pravilo da države članice osiguravaju da dužnici koji pristupaju pojednostavnjenom postupku likvidacije zadržavaju kontrolu nad svojom imovinom i svakodnevnim poslovanjem poduzeća. Čak i ako je imenovan upravitelj u slučaju nesolventnosti, nadležno tijelo u odluci o imenovanju navedi jesu li prava i dužnosti upravljanja imovinom dužnika i raspolaganja njome preneseni na upravitelja u slučaju nesolventnosti ili nisu. Dakle, ako se ovakav prijedlog prihvati dužnici će i dalje moći raspolagati imovinom i poslovati iako je nad tim mirkopoduzećem otvoren stečajni postupak. No, države članice će propisati okolnosti u kojima nadležno tijelo može iznimno odlučiti oduzeti dužnikovo pravo na upravljanje svojom imovinom i raspolaganje njome, a takva se odluka mora temeljiti na procjeni za svaki slučaj pojedinačno s obzirom na sve relevantne pravne i činjenične elemente. U slučaju ako dužnik više nema pravo upravljati svojom imovinom i njome raspolagati te ako nije imenovan upravitelj u slučaju nesolventnosti onda svaka odluka dužnika podliježe odobrenju nadležnog tijela, ili nadležno tijelo povjerava vjerovniku pravo na upravljanje imovinom dužnika i raspolaganje njome. Ovaj prijedlog čak znači da bi direktori koji na vrijeme nisu podnijeli prijedlog za otvaranje postupka ipak ostajali i upravljali imovinom nakon otvaranja postupka. Dakle ovako određena pravila o upravljanju imovinom mogu dovesti do značajnih problema, jer dosadašnje iskustvo upućuje na lake i brojne zlouporabe u postupcima naročito kada uzmemo u obzir činjenicu da se stečajevi u najvećem broju otvaraju nad mirkopoduzetnicima.

Nakon pokretanja postupka dolazi do zastoja pojedinačnih radnji ovrhe a države članice mogu predvidjeti da nadležno tijelo na zahtjev dužnika ili vjerovnika odobri nastavak ovrhe ako izvršenje vjerojatno neće ugroziti legitimna očekivanja vjerovnika i ako bi se zastojem nepravedno nanijela šteta vjerovnicima te tražbine.

Nakon otvaranja pojednostavnjenog postupka likvidacije, informacija se mora objaviti u registru nesolventnosti, a nadležno tijelo mora pojedinačnim obavijestima odmah izvijesti dužnika i sve poznate vjerovnike o pokretanju

[57] Temeljem čl. 128. st. 8. SZ-a, protiv rješenja o otvaranju stečajnoga postupka pravo na žalbu ima osoba ovlaštena za zastupanje dužnika po zakonu do dana nastupanja pravnih posljedica otvaranja stečajnoga postupka i dužnik pojedinac, a protiv rješenja o odbijanju prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka pravo na žalbu ima podnositelj prijedloga. Dakle u ovom slučaju će krug osoba koje imaju pravo žalbe biti daleko širi od našeg dosadašnjeg pravnog uređenja.

pojednostavnjenog postupka likvidacije. Dakle, sada će sud morati pojedinačno obavijestiti o otvaranju postupka ne samo dužnika nego i sve vjerovnike koje je dužnik naveo u popisu tražbina te ti vjerovnici mogu u roku od 30 dana prijaviti tražbinu, ispraviti netočnu izjavu u protivnom će se tražbina smatrati prijavljenom.

6.1. Popis tražbina i uspostava nesolvencijske mase

Tražbine koje je dužnik naveo da postoje se smatraju priznatim ako vjerovnik ne prijavi drugačije. Rok za prijavu tražbina za ostale vjerovnike iznosi 30 dana od objave datuma pokretanja pojednostavnjenog likvidacijskog postupka u registru nesolventnosti ili, u slučaju poznatog vjerovnika, od primitka pojedinačne obavijesti, ovisno o tome koji je datum kasniji. U slučaju ako nije bilo kakvog prigovora ili zabrinutosti o kojoj je vjerovnik obavijestio u propisanom roku, tražbina koju je dužnik uključio u svoje podneske smatra se nespornom i konačno se prihvaća kako je u njima navedeno. Dakle, ako je dužnik naveo tražbinu u popis i ako se vjerovnik s time slaže, onda je ta tražbina prihvaćena. Ovo pravilo zvuči logično, ali slično rješenje je postojalo temeljem čl. 60. st. 2. i 3. Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi ("Narodne novine" br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 121/13., 78/15., 71/15., 114/22.)[58] te je postojala opravdana sumnja da su dužnici u dogovoru sa nekim vjerovnicima navodili nepostojeće tražbine kako bi smanjili mogućnost namirenja stvarnih vjerovnika. Naime, samo u slučaju kada je vjerovnik sam prijavio tražbinu onda nadležno tijelo ili, ako je imenovan, upravitelj može prihvatiti ili odbiti priznavanje tražbina koje je prijavio vjerovnik odgovarajućim kriterijima definiranima nacionalnim pravom.

U pogledu postupaka radi pobijanja dužnikovih radnji je istaknuto da pokretanje takvih postupaka nije obvezno, već se prepušta odluci vjerovnika, te nijedna odluka vjerovnika o nepokretanju postupka ne utječe na građanskopravnu ili kaznenopravnu odgovornost dužnika ako se kasnije otkrije da su informacije koje je dužnik priopćio o imovini ili obvezama bile skrivene ili krivotvorene a nadležno tijelo može pretvoriti pojednostavnjene postupke u standardne postupke ako provedba postupka radi pobijanja dužnikovih radnji u okviru pojednostavnjenog postupka ne bi bila moguća zbog značaja tražbina koje su predmet postupka radi pobijanja dužnikovih radnji u odnosu na vrijednost nesolvencijske mase i zbog očekivanog trajanja postupka radi pobijanja dužnikovih radnji.

I u ovom postupku se uspostava nesolvencijska masa koju utvrđuje konačno nadležno tijelo ili, ako je imenovan, upravitelj, a sve temeljem podataka koje je dostavio dužnik i relevantnih dodatnih informacija primljenih nakon toga.

---

[58] Grgić, Jerko, „Predstečaj - staro i novo uređenje," *Pravo i porezi*, 11, (2015), 34-41;

6.2. Unovčenje imovine, raspodjela prihoda i otpust duga

Nakon što se utvrdi nesolvencijska masa i odredi popis tražbina prema dužniku, nadležno tijelo nastavlja s unovčenjem imovine i raspodjelom prihoda ili donosi odluku o okončanju pojednostavnjenog postupka likvidacije bez unovčenja imovine. Ta odluka o trenutačnom okončanju pojednostavnjenog postupka likvidacije bez unovčenja imovine se može donijeti ako u nesolvencijskoj masi nema imovine ili ako je imovina nesolvencijske mase toliko male vrijednosti da ne bi opravdala troškove ili vrijeme njezine prodaje i raspodjele prihoda odnosno ako je prividna vrijednost opterećene imovine niža od iznosa koji se duguje osiguranom vjerovniku / osiguranim vjerovnicima i nadležno tijelo smatra opravdanim dopustiti tom osiguranom vjerovniku / tim osiguranim vjerovnicima da preuzme / preuzmu imovinu.[59]

Kada se nastavlja unovčenje imovine onda će nadležno tijelo odrediti i načine unovčenja u pravilu putem elektroničke javne dražbe,[60] a druga se sredstva mogu odabrati ako se njihova upotreba smatra prikladnijom s obzirom na prirodu imovine ili okolnosti postupka. Naime države članice trebaju osigurati sustave elektroničkih dražbi za prodaju imovine dužnika, koji mora biti dostupan svim fizičkim i pravnim osobama s prebivalištem ili mjestom registracije na njihovu državnom području ili na državnom području druge države članice, a uspostaviti će se i sustav međusobne povezanosti nacionalnih sustava elektroničkih dražbi putem europskog portala e-pravosuđe.

Prodaja imovine elektroničkom dražbom se mora pravodobno najaviti na platformi za elektroničke dražbe s time da se pojedinačno moraju izvijestiti svi poznati vjerovnici o predmetu, vremenu i datumu elektroničke dražbe, kao i o zahtjevima za sudjelovanje u njoj. Sudjelovati može svaka zainteresirana osobi, uključujući postojeće dioničare ili direktore dužnika, a ako postoje ponude i za stjecanje dužnikova poduzeća uz pretpostavku vremenske neograničenosti poslovanja i za pojedinačnu imovinu nesolvencijske mase, vjerovnici odlučuju koju od tih dviju mogućnosti žele.

Nakon raspodjele prihoda od prodaje dužnikova poduzeća ili imovine nadležno tijelo donosi odluku o okončanju pojednostavnjenog postupka likvidacije najkasnije dva tjedna nakon dovršetka raspodjele prihoda. Ta odluka uključuje specifikaciju roka za otpust duga poduzetnika dužnika ili onih osnivača, vlasnika

---

[59] Dakle sud će moći donijeti odluku o prepuštanju imovine vjerovniku čija je tražbina osigurana na toj imovini, pod uvjetom da je tražbina veća od vrijednosti imovine.

[60] Jelena Čuveljak i Petra Božić, "Unovčenje imovine opterećene razlučnim pravom u stečajnom postupku" *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku* 17, br. 1-2 (2023): 53-64. https://doi.org/10.51650/ezrvs.17.1-2.10

ili članova mikropoduzeća dužnika s neograničenom odgovornošću koji su osobno odgovorni za dugove dužnika.[61]

U ovom postupku se može dužnicima, kao i onim osnivačima, vlasnicima ili članovima mikropoduzeća dužnika s neograničenom odgovornošću koji su osobno odgovorni za dugove mikropoduzeća u potpunosti otpustiti dugovi u skladu s glavom III. Direktiva (EU) 2019/1023,[62] koja je implementirana u SZ.

7. ODBOR VJEROVNIKA

Posebna su pravila predviđena i za osnivanje i članove odbora vjerovnika koja predlažu da se osigurava osnivanje odbora vjerovnika samo ako tako odluči glavna skupština vjerovnika. Iznimno se može predvidjeti i osnivanje prije pokretanja postupka ako jedan ili više vjerovnika sudu podnesu zahtjev, a prva glavna skupština vjerovnika će odlučiti o nastavku rada i sastavu odbora vjerovnika. Ova mogućnost osnivanja odbora se može isključiti ako ukupni troškovi uključivanja odbora nisu opravdani s obzirom na malu gospodarsku važnost nesolvencijske mase, mali broj vjerovnika ili ako je dužnik mikropoduzeće.

Članovi bi se imenovali glavnoj skupštini vjerovnika ili odlukom suda u roku od 30 dana od datuma pokretanja postupka. Iako su ostala pravila o odboru racionalna, ovaj rok bi mogao izazvati probleme, jer se time značajno skraćuje i rok za prijavu tražbine s obzirom da se tek protekom ovog roka sazivaju skupštine (jer se tada zna tko je vjerovnik), pa bi bilo uputno ovo vezati uz prvu skupštinu vjerovnika. Nadaje je istaknuto da se mora osigurati da imenovani članovi odbora vjerovnika pravedno odražavaju različite interese vjerovnika ili skupina vjerovnika te da vjerovnici čije su tražbine samo privremeno prihvaćene[63] te prekogranični vjerovnici ispunjavaju uvjete za imenovanje u odbor vjerovnika. Također je propisano i da se mora dozvoliti svakoj zainteresiranoj strani da pred sudom ospori imenovanje jednog ili više članova odbora na temelju toga što imenovanje nije provedeno u skladu s primjenjivim pravom.[64]

---

[61] Bodul, Dejan i Sanja Grbić, "Doprinosi raspravi o načelu jednakosti procesnih sredstava." *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 38, br. 1 (2017): 339-352. https://doi.org/10.30925/zpfsr.38.1.11

[62] Direktiva (EU) 2019/1023 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o okvirima za preventivno restrukturiranje, otpustu duga i zabranama te o mjerama za povećanje učinkovitosti postupaka koji se odnose na restrukturiranje, nesolventnost i otpust duga i o izmjeni Direktive (EU) 2017/1132 (Direktiva o restrukturiranju i nesolventnosti) (Tekst značajan za EGP.), Službeni list, L 172, 26.6.2019, str. 18–55

[63] Prijedlog direktive ne daje definiciju pojma „privremeno prihvaćene tražbine."

[64] Dakle u skladu s prijedlogom bi svi imali pravo žalbe na sastav odbora vjerovnika.

Članovi odbora vjerovnika predstavljaju isključivo interese svih vjerovnika i djeluju neovisno o upravitelju u slučaju nesolventnosti, ali mogu se zadržati nacionalne odredbe kojima se dopušta osnivanje više od jednog odbora vjerovnika koji predstavljaju različite skupine vjerovnika u istom postupku, kada članovi predstavljaju isključivo interese vjerovnika koji su ih imenovali.[65] Odbori bi imali najmanje tri a najviše sedam članova, te sa moraju utvrditi pravila kojima se određuju razlozi razrješenja i zamjene članova te povezani postupci pri čemu se uzima u obzir i situacija u kojoj članovi odbora podnose ostavku ili ne mogu obavljati potrebne funkcije, primjerice u slučajevima teške bolesti ili smrti. Pored toga je naglašeno da razlozi za razrješenje s dužnosti moraju uključivati barem prijevarno postupanje ili radnje iz krajnje nepažnje, zlonamjerno ponašanje ili povredu fiducijarnih dužnosti u odnosu na interese vjerovnika.

7.1. Metode rada i funkcija odbora vjerovnika

Odbor vjerovnika treba utvrditi protokol o metodama rada u roku od 15 radnih dana nakon imenovanja, a ako se to ne napravi onda je sud ovlašten utvrditi protokol. Taj protokol mora barem riješiti pitanja prihvatljivost za prisustvovanje sjednicama odbora i sudjelovanje na njima, pravo glasa i potreban kvorum, sukob interesa i povjerljivost informacija,[66] s time da on mora biti dostupan svim vjerovnicima, sudu i upravitelju. Što se tiče samog glasovanja članovi moraju imati mogućnost sudjelovanja i glasanja bilo osobno ili elektroničkim putem, a može ih i zastupati stranka kojoj je dana punomoć.

Funkcija odbora je osigurati zaštitu interesa vjerovnika i sudjelovanje pojedinačnih vjerovnika u vođenju postupka te imaju pravo saslušati upravitelja u slučaju nesolventnosti i mogu prisustvovati u postupku te biti saslušani, pored toga nadziru upravitelja, savjetuju se s njim i obavještavaju ga o željama vjerovnika. Nadalje mogu tražiti relevantne i potrebne informacije od dužnika, suda ili upravitelja u bilo kojem trenutku te imaju obvezu pružanja informacija vjerovnicima koje zastupa odbor i pravo na dobivanje informacija od tih vjerovnika potom imaju pravo na primanje obavijesti i savjetovanje o pitanjima u kojima vjerovnici koje predstavlja odbor vjerovnika imaju interes, uključujući prodaju imovine izvan okvira redovitog poslovanja te imaju ovlast traženja vanjskih savjeta o pitanjima u kojima vjerovnici koje zastupa odbor vjerovnika imaju interes. Ova pravila su predviđena kao minimalna, a ako države članice odboru povjeravaju ovlast za odobravanje određenih odluka ili pravnih radnji, onda se mora jasno navesti za koja je pitanja potrebno odobrenje. No, ako se

[65] Mihajlo Dika, „Novine u uređenju pravnoga položaja tijela stečajnoga postupka," *Računovodstvo, revizija i financije*,10; (2006) 156-164

[66] Predviđeno je i da će EK uspostaviti provedbenim aktom standardni protokol.

odboru povjere ovlast za odobravanje određenih odluka ili transakcija, onda postoji pravo žalbe protiv takvog odobrenja, a žalbeni postupak mora biti učinkovit i brz. Kako naš SZ propisuje da za radnje od posebne važnosti[67] stečajni upravitelj mora pribaviti suglasnost odbora, postavlja se pitanje kako i tko može umjesto vjerovnika odlučiti o tome da se izda ili ne izda odvjetnička punomoć ili da se pokrene ili ne pokrene parnica znatnije vrijednosti. Naime sve su to odluke koje uključuju ekonomske rizike, stoga je u našoj praksi uvijek bio stav da o tim pitanjima odluku trebaju donijeti sami vjerovnici, a ne netko treći. Ovakav stav je suglasan sa realnom činjenicom da je od uspjeha u parnici ovisiti mogućnost namirenja vjerovnika.

U pogledu troškova i naknada je određeno da se mora propisati tko snosi troškove odbora za izvršavanje njegovih funkcija a ako se oni pokrivaju iz nesolvencijske mase, onda se mora osigurati da odbor vodi evidenciju o takvim troškovima te da sud ima ovlasti ograničiti neopravdane i nerazmjerne troškove. Isto takvo je pravilo i sa naknadom za rad, koja se pokriva iz nesolvencijske mase, a države članice osiguravaju da je naknada razmjerna funkciji koju obavljaju članovi te da odbor o tome vodi evidenciju. No, članovi odbora su oslobođeni pojedinačne odgovornosti za svoje radnje u svojstvu članova odbora, osim u slučaju grubog nemara ili prijevarnog postupanja, zlonamjernog ponašanja ili kršenja fiducijarne obveze prema vjerovnicima koje zastupaju.

8. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Različita pravila za stečajne postupke u državama članicama značajno utječe na prekogranična ulaganja te je značajna zapreka za daljnji razvoj ekonomske integracije, stoga se pristupilo pokušaj uspostavljanja minimalnih pravila za većinu stečajnih postupaka od čega bi bili isključeni potrošači i banke. U okviru toga je izrađen i tekst prijedloga direktive koji sadrži pravila o tužbama radi pobijanja dužnikovih radnji, praćenju imovine koja pripada nesolvencijskoj masi, pre-pack postupcima, dužnosti direktora da podnesu zahtjev za pokretanje postupka, pojednostavljenim postupcima likvidacije za mikropoduzeća, odborima vjerovnika te informativnom sažetku s ključnim informacijama koji sastavljaju države članice o određenim elementima svojeg nacionalnog prava o postupku u slučaju nesolventnosti.

Ovaj prijedlog direktive naravno nije konačan, usvojeni tekst a uočava se da su određena pravila kao što su ona o praćenju imovine, elektroničkim javnim

[67] Čl. 230. SZ-a

dražbama koje bi lako bile dostupne svima te o informacijama dostupnim na stranicama e-pravosuđa iznimno korisna te bi značajno olakšala vođenje insolvencijskih postupaka.[68]

Pravila o pobijanju dužnikovih pravnih radnji te odboru vjerovnika su vrlo slična našim pravilima, pa ista ne bi značajno dovela do praktičnih problema[69] dok bi dužnost direktora da podnese zahtjev za pokretanje postupka ostala ista ali ipak bi ih morali napokon početi i efikasno provoditi.

No, u pravilima o pre-pack postupcima i o pojednostavljenim postupcima likvidacije za mikropoduzeća se, po iskustvu autora, uočava optimizam poštenog postupanja dužnika. Naime dužnik sam odabire da li će se stečajni postupak nad njim voditi sukladno pravilima o pre-pack postupku i sud ne može odbiti pokretanje takvog postupka. U osnovi cijeli taj postupak se vodi na inicijativu samog dužnika uz malu kontrolu nadzornika, a sami vjerovnici ne mogu uspješno zaustaviti ovaj postupak i npr. tražiti usvajanje stečajnog plana u kojem bi oni preuzeli imovinu. Iako su pravila za ovakvu brzu prodaju imovine poduzetnika iznimno važna za uspješan nastavak poslovanja, te je iznimno korisno da ona postoje, ipak treba se bolje zaštititi interes vjerovnika.

No, možda najveći praktičan problem ovog prijedloga su pravila o pojednostavljenim postupcima likvidacije za mikropoduzeća, jer je takvih poduzetnika preko 90 posto. U tim postupcima bi se uvijek utvrđivalo tko su vjerovnici, što će značajno opteretiti sudove, naročito jer se u pravilu neće imenovati upravitelji već će sve biti pod kontrolom direktora. S obzirom na dosadašnje iskustvo, naročito u prvim predstečajnim nagodbama, lako je moguće izmisliti veliki broj lažnih vjerovnika jer drugi vjerovnici ne mogu osporavati tražbine drugih prijavljenih vjerovnika.

Pored toga, svi troškovi vođenja ovakvih postupaka bi bili na državama članicama jer se ne može odbiti otvaranje postupka jer nema imovine,[70] a gotovo sav posao vođenja dužnika bi bio na samim direktorima. Mogućnost imenovanja stečajnog upravitelja bi bila ograničena, samo za iznimne slučajeve, što pred sudove stavlja velike izazove s obzirom da iskustvo pokazuje da uprava koja je vodila poslove društva do otvaranja nije baš bila sposobna čim je dovela društvo do stanja nesolventnosti. Pored toga, nije jasno tko će voditi poslove ako to

[68] Emil Priskić i Lucija Bačić, "Stečaj u funkciji revitalizacije trgovačkog društva." *Učenje za poduzetništvo*, 2 (2012): 357-368. https://hrcak.srce.hr/130285

[69] Osim pravila da se odbor mora osnovati najkasnije u roku 30 dana od otvaranja postupka, jer taj rok značajno utječe i na rok za prijavu tražbine, pa bi puno korisnije bilo da se taj rok veže uz održavanje skupštine vjerovnika.

[70] Kako ostaju posao voditi raniji direktori, vjerojatno bi na njima bio trošak izrade pečata, otvaranja novog računa, vođenje knjigovodstva i računovodstva te ostali fiksni troškovi. No, sud bi imao troškove pošte (obaveza obavještavanja svih vjerovnika) i ostale značajne troškove rada.

ranija uprava odbija ili više ne postoji. S obzirom na ovakva pravila, vjerovnici u postupku gotovo da i nisu zaštićeni od zlonamjernih dužnika s obzirom da je lako moguće kroz statusne promjene u par godina nekog poduzetnika pretvoriti u „mirkopoduzeće" te na taj način spriječiti vjerovnike u naplati. Iako ova vrsta postupka ima prednosti, ipak bi bilo dobro da se ograniči samo na one koji nemaju uopće imovine te koji nisu imali imovine značajne vrijednosti, s time da se omogući sudu da po službenoj dužnosti ili na zahtjev vjerovnika pretvori ovaj pojednostavljeni postupak u redovan insolvencijski postupak.

LITERATURA

1. Armour, John. „The Rise of the 'Pre-Pack': Corporate Restructuring in the UK and Proposals for Reform" *Published in RP Austin and Fady JG Aoun (eds.), Restructuring Companies in Troubled Times: Director and Creditor* Perspectives, 43-78. (Sydney: Ross Parsons Centre of Commercial, Corporate and Taxation Law, (2012): https://ssrn.com/abstract=2093134
2. Bilić, Antun i Marko Bratković. "Pobojnost namjernog oštećenja vjerovnika stečajnog dužnika." *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 71, br. 3-4 (2021): 443-476. https://doi.org/10.3935/zpfz.71.34.05
3. Bilić, Antun. i Marko Bratković. "Pobojnost besplatnih pravnih radnji stečajnog dužnika" *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 43*, br. 3 (2022): 771-789 https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.3.12
4. Bodul, Dejan i Sanja Grbić. „Doprinosi raspravi o načelu jednakosti procesnih sredstava." *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 43*, br. 1 (2017): 339-352. https://doi.org/10.30925/zpfsr.38.1.11
5. Bodul, Dejan. "Pluralitet ciljeva stečajnog postupka." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 54*, br. 3 (2017): 587-613. https://doi.org/10.31141/zrpfs.2017.54.125.587
6. Bolanle, Adebola. „Transforming Perceptions: The Development of Pre-pack Regulations in England and Wales," *Oxford Journal of Legal Studies*, br.. 43, 1, (2023): 150–177, https://doi.org/10.1093/ojls/gqac026
7. Butorac Malnar, Vlatka i Jasminka Pecotić Kaufman. "Ocjena koncentracija poduzetnika prema kriteriju opadajućeg poslovanja u doba recesije." *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 61, br. 4 (2011): 1253-1294. https://hrcak.srce.hr/70315
8. Čuveljak, Jelena i Petra Božić. «Unovčenje imovine opterećene razlučnim pravom u stečajnom postupku» *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, br. 1-2 (2023): 53-64. https://doi.org/10.51650/ezrvs.17.1-2.10
9. de Weijs, Roelf Jakob. „Harmonization of European Insolvency Law: Preventing Insolvency Law from Turning Against Creditors by Upholding the Debt-Equity Divide" *Amsterdam Law School Research Paper No. 2017-21, Centre for the Study*

of European Contract Law Working Paper Series br. 2017-03, (2017): 1 – 32 http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2932097

10. Dika, Mihajlo. *Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka*, Zagreb, Narodne novine, 2002.
11. Dika, Mihajlo. Pobijanje pravnih radnji u povodu stečaja, u: *Treća novela Stečajnog zakona,* ur. Mihajlo Dika, 141–209, Zagreb, Narodne novine, 2003.
12. Dika, Mihajlo. „Novine u uređenju pravnoga položaja tijela stečajnoga postupka," *Računovodstvo, revizija i financije*, br.10; (2006): 156-164
13. Direktiva (EU) 2015/849 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o sprečavanju korištenja financijskog sustava u svrhu pranja novca ili financiranja terorizma, o izmjeni Uredbe (EU) br. 648/2012 Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive 2005/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i Direktive Komisije 2006/70/EZ (Tekst značajan za EGP), SL, L 141, 5.6.2015.
14. *Državni zavod za statistiku, Strukturno-poslovni pokazatelji poduzeća u* 2020., Pristup 15.7.2023. https://podaci.dzs.hr/2022/hr/29182
15. Eraković, Andrija. „Pobijanje dužnikovih pravnih radnji," *Pravo i porezi* br.1. (2010): 12 – 22
16. *Europsko nadzorno tijelo za bankarstvo, „Izvješće o usporedbi referentnih vrijednosti nacionalnih okvira za naplatu kredita", 2020., EBA/REP/2020/29,* Pristup: 15.7.2023. https://www.eba.europa.eu/eba-publishes-report-benchmarking-national-insolvency-frameworks-across-eu
17. Gordana Mršić, Kazneno djelo počinjeno nepodnošenjem prijedloga za pokretanje stečajnog postupka, *Hrvatska pravna revij*a, br. 3 (2005): 97-104.
18. Grgić, Jerko, „Predstečaj - staro i novo uređenje," *Pravo i porezi,* br. 11, (2015): 34-41;
19. Kaleb, Zorislav. „Kazneno djelo povrede dužnosti članova uprava i izvršnih direktora u slučaju insolventnosti i gubitka društava." *Policija i sigurnost*, br. 4 (2011): 510-523. https://hrcak.srce.hr/79688
20. Lund, Anna. „Cooperative Difference in Insolvency Proceedings: Pre-Pack Sales, Fiduciary Duty and the Oppression Remedy„ *McGill Law Journal, Forthcoming*, (2022). http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4199502
21. Maržić, Darko. „Pobijanje pravnih radnji bez naknade (čl. 132. Stečajnog zakona) u odnosu na institute hipoteke i jamstva," *Pravo i porezi,* br. 1. (2003): 18 -20
22. McConnell, John J. i Henri Servaes, „The economics of prepackaged bankruptcy" *Journal of Applied Corporate Finance*, br. 35, 1, (2023): 16-19, https://doi.org/10.1111/jacf.12536
23. Momčinović, Hrvoje. "Pobijanje dužnikovih pravnih radnji prema Zakonu o obveznim odnosima." *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 56, br. Posebni broj (2006): 512-538. https://hrcak.srce.hr/6443

24. Pavlović, Mladen., „Pobijanje pravnih radnji u stečaju“, *Hrvatska pravna revija*, br. 10 (2003): 90 -108.
25. Pecotić Kaufman, Jasminka, Dubravka Akšamović i Ana Pošćić. “Strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracije u europskom i hrvatskom pravu tržišnog natjecanja.” *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 31*, br. 2 (2010): 969-1017. https://hrcak.srce.hr/63631
26. Preporuka Komisije 2003/361/EC, od 6. svibnja 2003. vezana za definiranje mikro, malih i srednje velikih poduzeća (tekst značajan za Europski gospodarski prostor (EGP)), SL L 124, 20.5.2003.
27. Presuda od 28. travnja 2022., *Federatie Nederlandse Vakbeweging protiv Heiploeg Seafood International BV*, C-237/20, EU:C:2022:321.
28. Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o insolventnosti COM/2022/702 final, 2022/0408 (COD), 7.12.2022. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52022PC0702
29. Priskić, Emil i Lucija Bačić. „Stečaj u funkciji revitalizacije trgovačkog društva.” *Učenje za poduzetništvo*, br. 2 (2012): 357-368. https://hrcak.srce.hr/130285
30. Radolović, Aldo. „Pobijanje dužnikovih pravnih radnji“ *Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1991*, br. 2. (1999): 619-640
31. Singh, Himani, „Pre-packaged Insolvency in India: Lessons from USA and UK (2020)“. https://ssrn.com/abstract=3518287 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3518287
32. Skorup, Vlado. „Pobijanje pravnih radnji dužnika po Zakonu o obveznim odnosima i Stečajnom zakonu,“ *Pravo u gospodarstvu*, br. 2. (2014): 353 – 396
33. Slakoper, Zvonimir i Vlado Skorup. O zastari i prekluziji kod paulijanske tužbe” *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 33*, br. 1 (2012): 313-335. https://hrcak.srce.hr/87714
34. Stečajni zakon, Narodne novine br. 71/15, 104/17 i 36/22.
35. Walton, Peter. “When is pre-packaged administration appropriate? – A Theoretical Consideration” *Nottingham Law Journal. Nottingham Trent University*. br. 20: (2011) 1–13. https://www4.ntu.ac.uk/nls/document_uploads/112698.pdf
36. Wellard, Mark i Peter Walton. “A Comparative Analysis of Anglo-Australian Pre-packs: Can the Means Be Made to Justify the Ends?” *International Insolvency Review*. 21 (3) (2012): 143–181. doi:10.1002/iir.1201
37. Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, Narodne novine br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 121/13., 78/15., 71/15., 114/22.
38. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21., 114/22 i 156/22.

PROPOSAL OF THE EUROPEAN DIRECTIVE ON THE HARMONIZATION OF CERTAIN ASPECT OF INSOLVENCY LAW

Rules on insolvency are currently regulated separately in each member state, significantly hindering the flow of goods and capital, as well as the freedom of establishment for businesses. Therefore, the establishment of an effective and coherent legal framework for insolvency has become a key objective for the European Union. To overcome this issue, a proposal for a directive on harmonizing certain aspects of insolvency law has been developed, aiming to create uniform rules within the European Union. The goal is to improve the efficiency of insolvency procedures, enable more sustainable debtor restructuring, and provide better protection for creditors. This paper critically analyses the given proposals, identifying potential issues, and provides a comparison with the implementation of specific instruments in insolvency proceedings in the Republic of Croatia. Furthermore, certain improvements to the proposal are suggested to make the finally adopted directive as effective and straightforward as possible for incorporating these rules into our legal system.

Key words: *bankruptcy, directive proposal, insolvency, harmonization of rules*

Ksenija Flack-Makitan, dipl. iur.
sutkinja Trgovačkog suda u Varaždinu, Republika Hrvatska*

STEČAJNA I LIKVIDACIJSKA MASA KAO STRANKA U PARNIČNOM POSTUPKU

UDK: 347.739 : 347.9
Stručni rad

U parničnom postupku iznimno je važno prepoznati da promjene koje se provode kroz sudski registar u pogledu upisanih podataka, osobito onih koji se odnose na tvrtku/naziv pravne osobe i organizacijski oblik imaju utjecaj na točnost podataka o strankama u postupku. Likvidacijska i stečajna masa u praksu su unosili tijekom niza godina nedoumice glede mogućnosti sudjelovanja u parničnim postupcima koje su u većem dijelu otklonjene izmjenama Zakona o sudskom registru i Stečajnog zakona. Objema masama priznato je pravo vođenja sporova, te je određeno da se upisuju u sudski registar sa točno propisanim podacima. Unatoč tome i nadalje je potreban oprez zbog nepovezanosti dijela podataka o brisanim pravnim osobama i likvidacijskim i stečajnim masama iza kojih su nastale i kao takve su upisane u sudskom registru.

Ključne riječi: *parnični postupak, likvidacijska masa, stečajna masa, tvrtka, sudski registar*

1. UVOD

Likvidacijska i stečajna masa predstavljaju specifičan oblik subjekta koji se upisuje u sudski registar. Specifičnost se ogleda u različitim uzrocima nastanka takve "mase", nekoliko vrsta postupaka iz kojih evoluiraju, diversificiranim zakonskim odredbama koje definiraju pretpostavke njenog nastanka, postojanja i prestanka, ovlasti i ograničenja u zastupanju zakonskih zastupnika. Kroz dulje vrijeme zakonske odredbe nisu na jedinstven i jasan način usmjeravale u tome dijelu na stvaranje koherentne sudske prakse u parničnim postupcima u kojima su likvidacijska i stečajna masa sudjelovale kao stranke. Zakonske izmjene o kojima će i u ovom radu biti riječi značajan su korak u usklađivanju prakse i smanjenju nedoumica pravnih praktičara, no u pogledu određenih segmenata i nadalje će se pojavljivati problemi u primjeni.

* Trgovački sud u Varaždinu, Braće Radića 2, Republika Hrvatska, e-mail adresa: ksenija.flack@tsvz.pravosudje.hr

2. DEFINIRANJE POJMOVA STEČAJNE I LIKVIDACIJSKE MASE

Definiranje pojmova stečajne i likvidacijske mase prošlo je sveobuhvatnu legislativnu evoluciju. Ova evolucija kretala se od perioda uvođenja u pravni sustav stečajne i likvidacijske mase, potrebe što preciznijeg sadržajnog određenja normi kojima su regulirane, različitog tumačenja postojećih propisa u raznim vrstama postupaka (ovršnom, parničnom, te stečajnom postupku) do sadašnjeg stanja kada osnovno pojmovno definiranje ne predstavlja samo po sebi veći aktualni problem. Koncepcija pojma „mase“ itekako je aktualna i vrlo često dovodi u nedoumicu pravne praktičare, a kada su pravni praktičari u nedoumici, tada i praksa skreće u razne smjerove, što rezultira različitim pravnim tretmanom stranaka ne samo u sudskom, već i u drugim vrstama postupaka. Zbog navedenog, stručna analiza stečajne i likvidacijske mase zahtijeva multidisciplinarni pristup, odnosno dostatna znanja iz područja prava društava i sudskog registra, stečajnog postupka, te parničnog postupka.

U oba slučaja (stečajne i likvidacijske mase) potrebno je detaljnije obraditi način na koji su propisi kroz posljednjih tridesetak godina koristili ove pojmove, koji je bio njihov sadržaj i doseg, te detaljnije razraditi sporna pitanja koja se pojavljuju u praksi.

2.1. Pojam stečajne mase

U Zakonu o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji[1] u nekoliko odredbi nailazimo na pojam stečajne mase: u čl.65.st.2. kod odredbe o osnivanju odbora vjerovnika u stečajnom postupku navodi se termin neznatna stečajna masa, u čl.88.st.1. i 2. također se stečajna masa navodi u okviru njene nedostatnosti za pokriće troškova stečajnog postupka ili njene neznatne vrijednosti, čl.95. je propisivao da na dan otvaranja postupka stečaja se formira stečajna masa, a u nju ulazi sva imovina dužnika, čl.118. je regulirao i posebnu stečajnu masu koju čini imovina na kojoj je stečeno razlučno pravo i diobnu masu koju čini višak koji ostane nakon namirenja potraživanja razlučnog vjerovnika iz posebne stečajne mase, čl.137. definirao je što čini stečajnu masu za podjelu stečajnim vjerovnicima (diobnu masu)-novčana sredstva dužnika na dan otvaranja stečajnog postupka, novčana sredstva ostvarena prodajom imovine, te potraživanja naplaćena u tom postupku.

U okviru ovog propisa namirenje se vezuje uz pojam diobne mase koji se može sadržajno definirati kao novčani iznos kojim će se namiriti stečajni vjerovnici i

[1] Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji (84/1989, Narodne novine broj 53/1991, 71/1991, 84/1992, 9/1994, 37/1994, 44/1996 i 29/1999)

troškovi stečajnog postupka. Stečajnu masu u tome smislu bi predstavljala sva imovina dužnika (unovčiva, neunovčiva, novčana sredstva i dr.) te je unatoč ovom sadržajnom razlikovanju diobna masa u sadržajnom smislu bila dio stečajne mase do trenutka namirenja vjerovnika.

Stečajni zakon iz 1996. kojim je nakon prestanka važenja Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji regulirana materija stečajnog postupka, stečajnoj masi daje novo, šire značenje. Stečajna masa je definirana na način da obuhvaća cjelokupnu imovinu dužnika u vrijeme otvaranja stečajnog postupka, te imovinu koju stekne tijekom stečajnog postupka.[2] No, ovo nije jedina definicija stečajne mase jer se u odredbi koja se odnosi na naknadnu diobu propisuje da ako se nakon završnog ročišta pronađe imovina koja ulazi u stečajnu masu, ta imovina jest stečajna masa, te se u ime i za račun stečajne mase mogu voditi sporovi radi prikupljanja imovine koja u nju ulazi.[3]

Tako stečajna masa predstavlja ne samo imovinu dužnika koju treba unovčiti ili naplatiti, već je propisana dužnost (ovlast) stečajnog upravitelja da nakon zaključenja stečajnog postupka zastupa stečajnu masu u skladu sa navedenim zakonom, uređuje se status vjerovnika stečajne mase, naknadno pronađene imovine koja ulazi u stečajnu masu, te se uvodi odredba kojom se ovlašćuje stečajni upravitelj da nakon zaključenja stečajnog postupka u ime stečajnog vjerovnika, a za račun stečajne mase unovči imovinu dužnika i rasporedi prikupljena novčana sredstva (npr. za podmirenje troškova postupka i namirenje vjerovnika)[4].

Stečajni zakon iz 2015.[5] na istovjetan način definira stečajnu masu kao i raniji zakon, ali za razliku od prijašnjeg zakona, ovim zakonom su propisana prava koje stečajna masa može ostvarivati, te upis stečajne mase u sudski registar u slučaju nastavka stečajnog postupka radi naknadne diobe. Tako je propisano da se u ime i za račun stečajne mase mogu voditi sporovi i da je stečajna masa nositelj prava vlasništva i drugih prava[6]. Za istu se u sudski registar upisuju sljedeći podaci[7]: matični broj subjekta, osobni identifikacijski broj, naziv, koji se određuje tako da sadržava riječi „stečajna masa iza“ i tvrtku odnosno naziv stečajnog dužnika, sjedište koje se određuje prema adresi stečajnog upravitelja, ime i prezime stečajnog upravitelja i njegov osobni identifikacijski broj i adresa

[2] Članak 67.st.1. Stečajnog zakona (Narodne novine broj 44/1996, 161/1998, 29/1999, 129/2000, 123/2003, 197/2003, 187/2004, 82/2006, 116/2010, 25/2012, 133/2012, 45/2013)

[3] Članak 199.st.4. Stečajnog zakona (Narodne novine broj 44/1996, 161/1998, 29/1999, 129/2000, 123/2003, 197/2003, 187/2004, 82/2006, 116/2010, 25/2012, 133/2012, 45/2013)

[4] Članak 63.st.5. Stečajnog zakona (Narodne novine broj 44/1996, 161/1998, 29/1999, 129/2000, 123/2003, 197/2003, 187/2004, 82/2006, 116/2010, 25/2012, 133/2012, 45/2013)

[5] Članak 134.st.1. Stečajnog zakona (Narodne novine broj 71/2015, 104/2017 i 36/2022)

[6] Članak 289.st.4. Stečajnog zakona (Narodne novine broj 71/2015, 104/2017 i 36/2022)

[7] Članak 438.st.1. Stečajnog zakona (Narodne novine broj 71/2015, 104/2017 i 36/2022)

prebivališta, datum i broj rješenja kojim je određen upis stečajne mase u sudski registar i rješenje o brisanju stečajne mase. Važno je napomenuti da i Zakon o sudskom registru[8] propisuje podatke koji se upisuju u sudski registar za stečajnu masu pri čemu je potrebno navesti da sjedište stečajne mase koje se određuje prema poslovnoj adresi stečajnog upravitelja je bez utjecaja na mjesnu nadležnost suda što se odnosi isključivo na nadležnost registarskog suda, a ne odnosi se na nadležnost za slučaj vođenja parničnog ili drugog postupka. U slučaju da se i nakon brisanja stečajne mase ponovno pronađe imovina, kako se ne bi ponovno dodjeljivao novi osobni identifikacijski broj i matični broj subjekta pod kojim je upisan u sudski registar, propisano je i da će takva stečajna masa biti upisana s prethodno određenim matičnim brojem subjekta i osobnim identifikacijskim brojem i nazivom.

Potrebno je napomenuti da se ove odredbe koje se odnose na pravo da se u ime i za račun stečajne mase vode sporovi i da je stečajna masa nositelj prava vlasništva i drugih prava, te odredba o upisu stečajne mase u sudski registar primjenjuju i na postupke koji su bili u tijeku u vrijeme stupanja na snagu ovog Stečajnog zakona[9].

Navedene odredbe razriješile su gordijski čvor koji je godinama predstavljao problem u praksi a sastojao se od (ne)mogućnosti nastavka vođenja sporova i drugih vrsta postupaka u kojima je stranka stečajna masa, određivanja tvrtke odnosno naziva takve stečajne mase kao stranke u postupku, sjedišta važnog za dostavu u parničnom i drugim postupcima, načina zastupanja, davanja punomoći, dodjele osobnog identifikacijskog broja, upisa prava vlasništva i drugih prava u zemljišne knjige, provedbu ovrhe nakon dovršenog parničnog ili drugog postupka.

2.2. Pojam likvidacijske mase

Nužno je razlikovati stečajnu masu od likvidacijske mase kao imovine brisanog društva. Stečajna masa uglavnom nastaje kao produkt potrebe za provedbom naknadne diobe pod pretpostavkama propisanim Stečajnim zakonom, a likvidacijska masa i imovina brisanog društva nastaju uslijed provedbe raznih vrsta postupaka koji imaju za cilj brisanje pojedinog subjekta upisa iz sudskog registra.

U praksi najveći broj brisanja iz sudskog registra (uz brisanja stečajnih dužnika i prestanka po skraćenom postupku) se odnosi na primjenu čl.70.st.1.toč.3. Zakona

[8] Članak 37.a Zakona o sudskom registru (dalje ZSR, Narodne novine broj 1/1995, 57/1996, 1/1998, 30/1999, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91/2010, 90/2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, 40/2019, 34/2022)

[9] Članak 441.st.2. Stečajnog zakona (Narodne novine broj 71/2015, 104/2017 i 36/2022)

o sudskom registru[10] koji propisuje da će registarski sud po službenoj dužnosti provesti postupak brisanja subjekta upisa ako tri godine zaredom nije postupio po zakonskoj obvezi da objavi svoja godišnja financijska izvješća s propisanom dokumentacijom, ako je propisana obveza objavljivanja tih izvješća. Radi se o postupku brisanja koji se provodi bez likvidacije [11], a kako najčešće prave osobe ili njihovi zakonski zastupnici nisu pratile internetske objave na stranici sudskog registra na kojima su objavljivane odluke iz takvog postupka sa učinkom dostave, pravna osoba je brisana iz sudskog registra bez obzira da li je postojala u trenutku brisanja imovina.

Stoga je likvidacijska masa imovina brisanog subjekta upisa nad kojom se provodi likvidacija uz primjenu odredaba zakona kojim se uređuje likvidacija trgovačkih društava. Likvidacijska masa je nositelj prava vlasništva i drugih prava i u ime i za račun likvidacijske mase mogu se voditi sporovi, ako zakonom nije drukčije određeno [12]. Osoba koja zastupa likvidacijsku masu je likvidator koji ima ovlasti zastupnika po zakonu te vodi samo one poslove koji se odnose na likvidacijsku masu. Likvidatora imenuje sud s liste stečajnih upravitelja [13], no to nije uvijek bilo tako jer je prije donošenja ovakve odredbe postojala raznolika sudska praksa oko imenovanja likvidatora. Razlika između stečajnog upravitelja imenovanog u stečajnom postupku i likvidatora koji je imenovan s liste stečajnih upravitelja je ta da se likvidator za razliku od stečajnog upravitelja ne imenuje metodom slučajnog odabira s liste stečajnih upravitelja, već odluku o tome donosi sudac.

Glede upisa u sudski registar likvidacijske mase valja navesti da se ista, kao i stečajna masa upisuje u sudski registar, te su podaci koji se upisuju gotovo identični onima koji se upisuju za stečajnu masu, uz određene podatke koji su specifični za ovakav subjekt upisa[14] da naziv mora sadržavati riječi „likvidacijska masa“ i tvrtku odnosno naziv brisane pravne osobe.

Postoji i specifičan slučaj, kada se radi o slučaju provođenja stečajnog postupka nad likvidacijskom imovinom. Ovakva situacija pojavljuje se u praksi kada se u postupku likvidacije imovine nad pravnom osobom utvrdi na temelju prijavljenih

---

[10] Zakon o sudskom registru (Narodne novine broj 1/1995, 57/1996, 1/1998, 30/1999, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91/2010, 90/2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, 40/2019, 34/2022)

[11] Članak 70.st.1.toč.6. ZSR (Narodne novine broj 1/1995, 57/1996, 1/1998, 30/1999, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91/2010, 90/2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, 40/2019, 34/2022)

[12] Članak 70.e st.1.-3. ZSR (Narodne novine broj 1/1995, 57/1996, 1/1998, 30/1999, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91/2010, 90/2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, 40/2019, 34/2022)

[13] Članak 70.e st.4. i 5. ZSR (Narodne novine broj 1/1995, 57/1996, 1/1998, 30/1999, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91/2010, 90/2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, 40/2019, 34/2022)

[14] Čl.37.b. ZSR (Narodne novine broj 1/1995, 57/1996, 1/1998, 30/1999, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91/2010, 90/2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, 40/2019, 34/2022)

tražbina da imovina nije dovoljna za namirenje tražbina svih vjerovnika sa kamatama, tada prema čl.437. SZ u sudski registar upisati će se stečajna masa i dodijeliti će joj se osobni identifikacijski broj. Također se i u ime i za račun takve „mase" koja je proizašla iz postupka likvidacije pravne osobe mogu voditi sporovi i ista može biti nositelj prava vlasništva i drugih prava.

Zakonske odredbe izložene u ovom dijelu rada očigledni su pokazatelj da prilikom identificiranja stranaka u parničnom i drugim postupcima, lako može doći do zabune, pogrešnog označavanja tvrtke ili naziva pravne osobe, korištenja ranije upisanih podataka u sudskom registru ne samo tvrtke ili naziva, već i osobnog identifikacijskog broja, sjedišta, problema sa utvrđivanjem osoba ovlaštenih za zastupanje, tako da krajnji rezultat može dovesti čak i do neprovedivosti sudske odluke u ovrsi ili drugom postupku.

3. VAŽNOST PODATAKA UPISANIH U SUDSKI REGISTAR ZA PARNIČNI POSTUPAK OPĆENITO I U ODNOSU NA STEČAJNU I LIKVIDACIJSKU MASU

Detaljna razrada odredbi koje određuju stečajnu i likvidacijsku masu, te upis u sudski registar nužni su za daljnje shvaćanje problematike koja će biti izložena u ovom dijelu rada.

Podaci upisani u sudskim registrima trgovačkih sudova u Republici Hrvatskoj jesu početna točka svakog pravnog praktičara koji pokreće ovršni ili parnični postupak i od velike je važnosti potrebne podatke o potencijalnim strankama utvrditi na nedvojben način. Naime, u sudskim registrima nailazimo na istovjetne ili vrlo slične tvrtke i nazive pravnih osoba koje su upisane u sudski registar, što je uglavnom rezultat ranije odredbe čl.11. Zakona o trgovačkim društvima[15] koja je propisivala da se tvrtka društva mora jasno razlikovati od tvrtke drugog trgovca upisane kod istog registarskog suda, a od izmjena navedenog zakona iz travnja 2019. tvrtka se mora jasno razlikovati od tvrtke drugog trgovca sa sjedištem u Republici Hrvatskoj. Unatoč ovoj zakonskoj izmjeni ne može se zanemariti činjenica da sudski registar i nadalje sadrži slučajeve istih tvrtki trgovačkih društava upisanih kod trgovačkih sudova ili su te razlike između određenih tvrtki ili naziva nedostatne, a što je posljedica zakonskih odredbi koje se bile u primjeni više od 20 godina.

[15] Članak 11. Zakona o trgovačkim društvima (dalje ZTD, Narodne novine broj 1/1995, 57/1996, 1/1998, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91 /2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, 40/2019, 34/2022),

U praksi ovakvi problemi glede tvrtke trgovačkog društva, odnosno naziva pravne osobe (zadruge ili ustanove) često su zbunjivale stranke u sudskim i drugim postupcima, a također i kolege kojima nije dio svakodnevnog posla bio rad na predmetima iz područja prava društava i sudskog registra.

Naime, u postupcima ovrhe povodom prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave, iz kojih potječe poveći broj parničnih postupaka na sudu (Povrv spisa) javni bilježnici uvažavaju ovu problematiku i gotovo da nema spisa u kojem prije donošenja rješenja o ovrsi ne provjere sve podatke koji su navedeni u prijedlogu za ovrhu za obje stranke, da li su napisani podaci istovjetni sa onima u sudskom registru. No, događa se da provjera podataka obuhvati samo sadržaj prijedloga za ovrhu, a ne i podatke koji se nalaze na ispravama koje su priložene uz prijedlog za ovrhu.

Iako bi i sudac nakon primitka takvog predmeta mogao zamijetiti da primjerice dokazi koji su priloženi tužbi (npr. ugovor, račun, otpremnica i sl.) nisu identični u pogledu tvrtke i ostalih podataka onima iz prijedloga za ovrhu/tužbe, najčešće će se takva neusklađenost podataka raspraviti tek na pripremnom ročištu. Pogotovo u Povrv spisima gdje u većini prigovora protiv rješenja o ovrsi, najčešće se navodi da ovršenik/tuženik nije u nikakvom poslovnom odnosu sa ovrhovoditeljem/tužiteljem i da prema njemu nema nikakvo dugovanje.

Problem i nadalje predstavljaju oni slučajevi u kojima stranke primjerice u tužbi navedu podatke koji se ili ne odnose na pravnu osobu sa kojom su primjerice bili u poslovnom odnosu, već upišu podatke neke druge pravne osobe koja ima istu ili vrlo sličnu tvrtku ili naziv.

U takvim slučajevima, nakon što se uglavnom nakon odgovora na tužbu utvrdi činjenica tko bi trebao biti stranka u parničnom postupku, sud će morati donijeti odluku, no u postupku su već do te faze nastali određeni troškovi postupka, koji ovisno o slučaju mogu biti i znatni. Unatoč tome što i sud može u fazi pripremanja glavne rasprave provjeriti pravilnost naznake stranaka u tužbi, ipak je u toj fazi postupka to teško, osim ukoliko se ne radi o očiglednom nedostatku, primjerice kada se navede tvrtka trgovačkog društva koja uopće nije upisana u sudski registar.

Stoga je nužno prilikom pisanja tužbe ili prijedloga za ovrhu utvrditi u sudskom registru točnost i valjanost podataka koji se upisuju za stranke u postupku u podnesku sudu, a što je u skladu sa čl.106.st.2. Zakona o parničnom postupku[16]. Taj članak propisuje da podnesci moraju biti razumljivi i moraju sadržavati sve ono što je potrebno da bi se u vezi s njima moglo postupiti, te osobito trebaju

[16] Zakon o parničnom postupku (dalje u tekstu ZPP, Narodne novine broj 53/1991, 91/1992, 112/1999, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 84/2008, 96/2008, 57/2011, 25/2013, 89/2014, 70/2019, 80/2022 i 114/2022)

sadržavati uz ostale propisane podatke i točne podatke o tvrtki ili nazivu, osobni identifikacijski broj i sjedište.

Navedeno se odnosi i na stečajnu i likvidacijsku masu, jer kada se na internetskoj stranici sudskog registra pretražuju podaci za određenu tvrtku u likvidaciji ili stečaju ili za društvo brisano bez provedbe likvidacije, tada najčešće nema upisanog podatka za određeno trgovačko društvo nad kojim je okončan stečajni ili likvidacijski postupak ili je brisan iz sudskog registra, da je iza takvog trgovačkog društva ili drugog subjekta naknadno upisana stečajna ili likvidacijska masa u sudski registar. Zbog kompleksnosti iznijetog, isto dodatno pojašnjavam, na izvatku iz sudskog registra (povijesnom) u pravilu se ne nalazi za određeno trgovačko društvo ili drugu pravnu osobu ranije upisanu u sudski registar, koja je prestala postojati nakon dovršenog stečajnog ili likvidacijskog postupka ili pak je brisana bez provođenja postupka likvidacije nikakav podatak koji bi zainteresiranu osobu uputio na to da je iza određenog subjekta upisa sada upisana stečajna ili likvidacijska masa. Iznimka su one stečajne mase za koje se već u odluci o zaključenju stečajnog postupka radi nastavka primjerice vođenja određenih sporova odredi upis stečajne mase u sudski registar.

U pogledu problematike utvrđivanja istovjetnosti pravnih osoba, iz svoje prakse mogu izdvojiti slučaj kada je vjerovnik u stečajnom postupku pribavio izvadak iz zemljišne knjige navodeći da je stečajni dužnik vlasnik nekretnine i da je potrebno tu nekretninu unovčiti u tom postupku. Pregledom sudskog registra utvrđeno je da postoje upisana dva trgovačka društva sa istovjetnim tvrtkama, no kako u zemljišnim knjigama osim tvrtke i dijela sjedišta, nije bio upisan osobni identifikacijski broj te pravne osobe, niti kakav drugi razlikovni element, stečajni upravitelj je proveo dodatne radnje kako bi utvrdio da je vlasnik nekretnine sasvim drugo trgovačko društvo.

Ovakav i slični slučajevi u kojima se na temelju podataka upisanih u javne registre ne može sa sigurnošću utvrditi točan podatak o pravilnoj i valjanoj tvrtki ili nazivu, pred pravne praktičare stavljaju katkad zahtjevan posao da tijekom cijelog postupka prate što se događa sa pojedinom strankom, kakve su promjene uslijedile u podacima upisanim u sudskom registru i to osobito kada se radi o podacima od utjecaja na daljnje vođenje postupka, kao primjerice da li je trgovačko društvo pokrenulo postupak prestanka na temelju odluke članova društva i uslijed toga je došlo do promjene tvrtke na način da je ista promijenjena dodavanjem oznake „u likvidaciji“.[17]

[17] Članak 18. Zakona o trgovačkim društvima (dalje ZTD, Narodne novine broj 1/1995, 57/1996, 1/1998, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91 /2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, 40/2019, 34/2022)

4. PRIKAZ SLUČAJA IZ PRAKSE O STEČAJNOJ MASI U PARNIČNOM POSTUPKU

U prvostupanjskom postupku utvrđen je prekid parničnog postupka, jer je nakon okončanog stečajnog postupka prvotuženik brisan iz sudskog registra. Tužitelj je sudu podnio prijedlog za nastavak parničnog postupka, jer se radilo o sporu radi pobijanja pravnih radnji po Zakonu o obveznim odnosima. Prvostupanjski sud je odbio tužiteljev prijedlog za nastavak postupka jer je utvrdio da je prvotuženik brisan iz sudskog registra, te ne postoji i nije upisana u sudski registar stečajna masa iza prvotuženika u odnosu na koju bi se ovaj parnični postupak nastavio, a ujedno je ocijenjeno da su u konkretnom slučaju tuženici jedinstveni i nužni suparničari u smislu čl.201. ZPP.

Također je prvostupanjski sud u obrazloženju naveo i da za svaku od stranaka u sporu moraju tijekom cijelog parničnog postupka biti ispunjene sve procesne pretpostavke u smislu stranačke i parnične sposobnosti, urednosti zastupanja, izostanka procesnih smetnji, a što podrazumijeva i podatke o njihovom nazivu, tvrtki, sjedištu, osobnom identifikacijskom broju, a da u ovom trenutku niti jednim od tih podataka sud ne raspolaže. Istaknuto je i da bi se sporovi mogli voditi, takva stečajna masa mora postojati, a upravo o postojanju stečajne mase i upisu stečajne mase u sudski registar ne može se odlučivati u ovoj parnici, već u stečajnom postupku, jer sama činjenica postojanja ove parnice ne znači istovremeno i postojanje stečajne mase u odnosu na koju bi se parnični postupak nastavio.

Visoki trgovački sud Republike Hrvatske je u svojoj odluci[18], kojom je ukinuta navedena odluka prvostupanjskog suda u obrazloženju naveo da je o prijedlogu tužitelja za nastavak postupka odlučeno pogrešnom primjenom materijalnog prava, da treba naglasiti da sam upis stečajne mase prema odredbi čl.428. SZ ne znači da ta stečajna masa nije i ranije postojala, dok upis stečajne mase u sudski registar ima deklaratoran, a ne konstitutivan učinak. Stečajnoj je masi stranačka sposobnost priznata na temelju odredbe čl.289.st.4. SZ u vezi s odredbom čl.77. st.2. ZPP, uslijed čega nije odlučno koliku imovinu ona obuhvaća i je li ta imovina dostatna za pokriće troškova postupka, a nakon zaključenja stečajnog postupka zastupa je stečajni upravitelj u skladu s čl.89.st.1. toč.13. SZ. Nije odlučno je li određen nastavak postupka radi diobe naknadne imovine, jer se u ime i za račun stečajne mase, a u pogledu imovine koja ulazi u tu masu, mogu voditi sporovi, zbog čega je dovoljno da postoji imovina koja je predmet te parnice, da bi postojale pretpostavke za nastavak postupka u smislu čl.215.st.1. ZPP. Određeno je da je potrebno pozvati stečajnog upravitelja na preuzimanje postupka kojom

[18] Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, rješenje od 3. siječnja 2022., poslovni broj Pž-528/2021-4

radnjom suda će postupak biti nastavljen te ujedno donijeti rješenje o nastavljanju postupka.

Prvostupanjski sud je donio rješenje o nastavku postupka navodeći u odluci podatke brisanog prvotuženika u pogledu tvrtke, sjedišta i osobnog identifikacijskog broja, a na prvom ročištu nakon donošenja takvog rješenja utvrđeno je da stečajni upravitelj koji je bio u stečajnom postupku imenovan je brisan sa liste stečajnih upravitelja (dakle, dužnost mu je prestala[19]), te da prvotuženika nitko ne zastupa, a niti ga ima tko ovlast zastupati ili izdati punomoć odvjetniku. Stoga je sud u parničnom postupku pozvao punomoćnike ostalih parničnih stranaka da radi daljnjeg vođenja ovog postupka zatraže od stečajnog suca da imenuje novog stečajnog upravitelja kako bi isti mogao zastupati stečajnu masu ili izdati punomoć odvjetniku, jer se sada niti dostave odluka suda nemaju kome uputiti.

U ovom kontekstu važno je iznijeti još jedan, dugotrajniji slučaj iz prakse koji se nadovezuje na ovaj raniji slučaj. Prvostupanjski sud je provodio skraćeni stečajni postupak nad dužnikom-trgovačkim društvom, u kojem je dužnik dostavio podatak o tome da je u korist dužnika kao tužitelja u parničnom postupku donesena nepravomoćna presuda prema kojoj je tuženiku naloženo isplatiti tužitelju određeni iznos tražbine. U obrazloženju odluke kojom je otvoren i zaključen stečajni postupak nad dužnikom, sud je naveo da imovina o kojoj se vodi u konkretnom slučaju sudski postupak nije dostatna za namirenje troškova koji bi nastali u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad dužnikom.

Povodom izjavljene žalbe, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske[20] je potvrdio odluku prvostupanjskog suda i u obrazloženju naveo da je sud pravilno ocijenio ispunjenje zakonom propisanih uvjeta za donošenje odluke, kao i nedostatnost iznosa po pravomoćnoj presudi za troškove postupka. Iznos koji dužnik očekuje po nepravomoćnoj presude ne može se uzeti u obzir prilikom donošenja odluke.

No, upravo u navedenom postupku, dogodio se preokret u blockbuster stilu. U spis je raniji direktor dostavio dokaze o postojanju pokretnina dostatne vrijednosti za pokriće troškova postupka, te ponovno predložio nastavak postupka radi provođenja naknadne diobe uz preuzimanje parničnog postupka. Stoga je sud nakon što je utvrdio sve što je bilo potrebno za donošenje odluke odredio nastavak stečajnog postupka radi naknadne diobe, održao ispitno i izvještajno ročište, nakon čega je parnični postupak preuzet i pravomoćno okončan u korist sada stečajne mase kao tužitelja. U tom su postupku iz prihoda ostvarenog samo naplatom tražbine iz parničnog postupka namireni u cijelosti stečajni vjerovnici

[19] Članak 91.st.7. Stečajnog zakona (Narodne novine broj 71/2015, 104/2017 i 36/2022)

[20] Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, rješenje od 15. srpnja 2014., poslovni broj Pž-5442/14-3

prvog i drugog višeg isplatnog reda, te su pozvani vjerovnici nižeg isplatnog reda na prijavu tražbina, pa će i takve prijavljene tražbine biti u cijelosti namirene, tako da će se nakon podmirenja obveza stečajne mase preostali iznos isplatiti članu društva.

5. O LIKVIDACIJSKOJ MASI U PARNIČNOM POSTUPKU

Zanimljivu obradu teme o pretpostavkama sudjelovanja likvidacijske mase u parničnom postupku u ranijem periodu (prije izmjena ZSR iz 2019.), u slučaju postojanja imovine iza brisanog društva nalazimo u materijalu Pravosudne akademije, u kojem se navodi da vrlo često se u parničnim postupcima priznaje tužitelju (ponekad tuženiku) svojstvo stranke u postupku i to likvidacijskoj imovini brisanog dužnika pozivom na odredbe čl.70.st.7. ZSR i čl.367.st.2. ZTD i u odnosu na tu stranku se postupak nastavlja uz obrazloženje da tužba (ili protutužba kada je tuženik u pitanju) predstavlja imovinu likvidiranog društva koju treba podijeliti sukladno odredbi čl.367.st.2. ZTD, ovisno o uspjehu u parnici. Pri tom se sud ne upušta u utvrđivanje uvjeta da li ta likvidacijska imovina udovoljava uvjetima za priznanje svojstva stranke u postupku u smislu odredbe čl.77.st.3. ZPP. Naime, očito je, kada je u pitanju likvidacijska imovina, da se ne radi ni o kakvom obliku udruživanja, nego je to imovina društva koja se u postupku likvidacije društva unovčuje i služi prvenstveno za namirenje vjerovnika i troškova likvidacije u postupku…“[21]

No, nakon izmjena ZSR iz 2019. i utvrđivanjem likvidacijske mase kao subjekta koji se upisuje u sudski registar i ovlašćuje se na vođenje sporova ipak je ovaj problem u mnogim segmentima riješen.

Zasigurno će se i nadalje pojavljivati pitanje koje sporove likvidacijska masa može i treba voditi, da li samo one koji imaju za cilj stjecanje imovine, što bi se moglo zaključiti upravo iz zakonske odredbe čl.70.e.st.3. ZSR koja propisuje vođenje sporova „za račun“ takve mase ili može voditi bilo kakve druge sporove (npr. isključenja ili istupanja člana iz društva, pobijanja odluka skupštine i sl.) iz kojih se očigledno neće ostvariti nikakva imovinska korist za takvu masu.

U parničnom postupku osnovno o čemu će sudac voditi računa je da je likvidacijska masa upisana u sudski registar sa svim propisanim podacima koji su nužni za nesmetano vođenje postupka i vjerujem da se neće preispitivati da li će se ostvariti određena imovinska korist za likvidacijsku masu ili ne. Ovakvo

[21] Nevenka Marković i Tina Jakupak: Imovina brisanih društava, imenovanje likvidatora takvih društava te uloga suda u takvim postupcima, priručnik za polaznike/ce, Pravosudna akademija, Zagreb, srpanj 2022., str.44-45.

razmišljanje proizlazi i iz činjenice što kod likvidacijske mase ne postoje posebna pravila o tome kada, te pod kojim pretpostavkama se parnice mogu pokretati ili nastaviti voditi kao što je to slučaj sa parničnim postupcima vezanim uz stečajni postupak. Likvidatori su dužni okončati poslove koji su u tijeku, naplatiti tražbine, unovčiti imovinu društva i podmiriti vjerovnike[22]. Očigledno će likvidatori odlučiti o tome koje parnične postupke će nastaviti voditi, ovisno o mogućnosti uspjeha i naravno daljnjim troškovima koji mogu nastati.

6. ZAKLJUČAK

Ova tematika ukazuje na sadržajnu kongruentnost pojma "mase", stečajne ili likvidacijske, jer unatoč tome što odredbe o njihovom funkcioniranju nalazimo u raznim propisima, u praksi će najvažnije biti na pravilan način utvrditi da li imovina koja ju čini udovoljava kriteriju kvantitativne i kvalitativne dostatnosti. Iako su posljednjim izmjenama zakona riješene mnoge nedoumice glede statusa likvidacijske i stečajne mase, potrebno je i nadalje pomno pratiti promjene koje se upisuju u sudski registar jer sadašnji sustav u velikom broju slučajeva ne povezuje podatke ranije upisane, a sada brisane, pravne osobe i likvidacijske ili stečajne mase. Upravo takve promjene koje katkada nije lako detektirati zbog istovjetnih ili sličnih tvrtki ili naziva upisanih u sudskom registru, u parničnom postupku mogu dovesti do problema koji se ne odnose samo na pravilnu naznaku stranke u postupku, već u konačnici i do neprovedivosti pojedine odluke u postupku ovrhe.

LITERATURA

1. Nevenka Marković i Tina Jakupak: Imovina brisanih društava, imenovanje likvidatora takvih društava te uloga suda u takvim postupcima, priručnik za polaznike/ce, Pravosudna akademija, Zagreb, srpanj 2022.
2. Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji (84/1989, Narodne novine broj 53/1991, 71/1991, 84/1992, 9/1994, 37/1994, 44/1996 i 29/1999),
3. Stečajni zakon (Narodne novine broj 44/1996, 161/1998, 29/1999,
4. 129/2000, 123/2003, 197/2003, 187/2004, 82/2006, 116/2010, 25/2012, 133/2012, 45/2013),
5. Stečajni zakon (Narodne novine broj 71/2015, 104/2017 i 36/2022),
6. Zakon o sudskom registru (Narodne novine broj 1/1995, 57/1996, 1/1998,
7. 30/1999, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91/2010, 90/2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, 40/2019, 34/2022),

[22] Članak 374.st.1. ZTD (Narodne novine broj 1/1995, 57/1996, 1/1998, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91 /2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, 40/2019, 34/2022)

8. Zakon o trgovačkim društvima (Narodne novine broj 1/1995, 57/1996, 1/1998, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91 /2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, 40/2019, 34/2022),
9. Zakon o parničnom postupku (Narodne novine broj 53/1991, 91/1992, 112/1999, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 84/2008, 96/2008, 57/2011, 25/2013, 89/2014, 70/2019, 80/2022 i 114/2022)
10. Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, rješenje od 3. siječnja 2022., poslovni broj Pž-528/2021-4

BANKRUPTCY AND LIQUIDATION ESTATE AS A LITIGANT IN CIVIL PROCEDURE

In the civil procedure awareness of the constant necessity to recheck amendements of a company's name and other registered data in the court register is of the most importance for litigants and the court. Some of those changes in court register may influence the validity of an ongoing process, especially when insolvency or liquidation estate is involved. These two organisational forms are by virtue of the Bankruptcy Act and Court Register Act entiteled to be parties in the litigation proceedings. As there is a number of legal and practical issues that appear in this context, this article is analysing several case law developements and gives a structure to the current situation in this legal area.

Key words: *litigation, liquidation estate, bankruptcy estate, company name, court register*

Mr. sc. Zrinka Tironi, dipl. iur.,
sutkinja Općinskog suda u Splitu, Republika Hrvatska*

OCJENJIVANJE SUDACA U POSTUPKU NAPREDOVANJA NA VIŠI SUD

UDK: 347.962
Prethodno priopćenje

U članku se analizira pitanje objektivnosti postupka ocjenjivanja prvostupanjskih sudaca prilikom napredovanja na drugostupanjski sud. Nakon uvodnih općih kvalifikacija o institucionalnom i normativnom okviru u Republici Hrvatskoj analitički se izlaže postupak ocjenjivanja sudaca. Putem statističkih podataka nastoji se utvrditi je li postignut cilj Savjetodavnog vijeća europskih sudaca – ocjenjivanje sudaca na objektivnim kriterijima, posebno sposobnosti, integritetu i iskustvu. Kritički se analizira postojeće uređenje postupka te se predlažu poboljšanja de lege ferenda sukladno načelu transparentnosti. Potpuno transparentan, određen i jasan postupak, kao i ujednačena praksa, nezaobilazan je uvjet za imenovanje i napredovanje sudaca sukladno međunarodnim standardima.

Ključne riječi: *okvirna mjerila, metodologija, ocjenjivanje sudaca*

1. UVOD

Dva su temeljena cilja Savjetodavnog vijeća europskih sudaca[1] - zaštita neovisnosti sudaca i poboljšanje kvalitete i učinkovitosti pravosudnog sustava. Pojedinačno vrednovanje sudaca važno je za oba cilja. Procjena/ocjenjivanja sudaca provodi se radi procjene sposobnosti pojedinih sudaca i radi procjene kvalitete i količine poslova koje su završili, ali i prilikom ocjenjivanja kandidata u postupku napredovanja sudaca.[2]

Izjava o načelima neovisnosti sudstva ističe da je ključno da se suce imenuje po zaslugama na temelju dokazane sposobnosti, integriteta i neovisnosti.[3]

---

* Sutkinja Općinskog suda u Splitu, Ex. Vojarna Sv. Križ, Dračevac, Split, Republika Hrvatska, e-mail: zrinka.tironi@osst.pravosudje.hr, ORCID: 0000-0002-8704-1993.

[1] Savjetodavno vijeće europskih sudaca - *Consultative Council of European Judges*, dalje: CCJE.

[2] *Savjetodavno vijeće Europskih sudaca Mišljenje br. 17. (2014.) o vrednovanju sudačkog rada, kvaliteti sudbenog sustava, poštivanju sudačke neovisnosti,* dalje: Mišljenje CCJE, 1., pristup 15. kolovoza 2023., http://www.uhs.hr/old/data_sve/docs/CCJE-MISLJENJE_BROJ_17.pdf

[3] *Izjava o načelima neovisnosti sudstva* donesena je na Konferenciji predsjednika vrhovnih sudova Srednje i Istočne Europe koja je održana 14. listopada 2015. na Brijunima u organizaciji Vrhovnog suda Republike Hrvatske i Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske (Brijunska konferencija), i u suradnji sa CEELI Institutom iz Praga; 3., pristup 15. kolovoza 2023., https://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/2015dok/2015-10_0_BrijunskaizjavaHRp2.pdf

Izvješće Europske mreže sudbenih vijeća[4] razlikuje „formalne" i „neformalne" sustave ocjenjivanja. Formalno ocjenjivanje podrazumijeva da su ciljevi ocjenjivanja, kriteriji po kojima se vrši ocjenjivanje, tijelo koji vrši ocjenjivanje, postupak ocjenjivanja i njegove posljedice jasno propisani primarnim propisima (Zakonima) ili podzakonskim aktima. Neformalna procjena ne koristi nikakve formalizirane ocjene ili kriterije. Procjene najčešće nemaju izravne posljedice za ocjenjivanog suca.[5]

U Europi dvadeset četiri zemlje suce ocjenjuju individualno na manje ili više formalan način dok, devet zemalja koristi neformalni način ocjenjivanja.[6]

U većini europskih država različito se koriste razne vrste kvantitativnih i kvalitativnih kriterija radi pojedinačnog ocjenjivanja sudaca. Kao „kvantitativni" kriteriji vrednuju se čimbenici poput broja predmeta, vrijeme utrošeno na svakom predmetu i prosječno vrijeme za donošenje presude. „Kvalitativni" kriteriji bili bi način na koji sudac rješava složene predmete ili kvaliteta pravne analize. Broj ili postotak odluka ukinutih povodom žalbe u nekim članicama je od velike važnosti u procesu ocjenjivanja, dok se u drugim članicama, zbog načela neovisnosti sudaca, ni broj odluka ukinutih povodom žalbe, niti razlozi ukidanja presude ne uzimaju se u obzir, osim ako se time ne otkrivaju ozbiljne pogreške.[7] Ostali faktori koji se uzimaju u obzir su sposobnost posredovati između stranaka, sposobnost izraditi jasne i razumljive presude, sposobnost suradnje s drugim kolegama, sposobnost raditi u područjima prava koja su nova za suca i spremnost da se sudac angažira na dodatnim aktivnostima u okviru sudske uprave, kao što je mentorstvo i edukacija novoimenovanih sudaca ili odvjetnika. Organizacijske vještine, radna etika i znanstvena djelatnost, kao što su objava radova ili predavanja također se uzimaju u obzir prilikom ocjenjivanja. Kršenje etičkih i profesionalnih pravila/normi smatraju se u postupku ocjenjivanja važnim u gotovo svim zemljama članicama u kojima postoji vrednovanje sudaca i takva načela su unaprijed propisana.[8]

---

[4] Izvješće Europske mreže sudbenih vijeća - *European Network of Councils of Judiciary,* dalje: ENCJ.

[5] *Mišljenje CCJE*, 2.

[6] Više o tome vidi: Ibid., str. 4.

[7] Kijevske preporuke navode da suci ni pod kojim okolnostima ne trebaju biti ocjenjivani na osnovu sadržaja njihovih odluka ili presuda (bilo direktno ili kroz izračunavanje postotka ukinutih presuda). Način na koji suci donese odluku ne smiju nikada služiti kao osnova za kažnjavanje. Ocjenjivanje rada sudaca mora prvenstveno biti kvalitativno i fokusirati se na njihove vještine, uključujući profesionalnu osposobljenost (poznavanje zakona, sposobnost vođenja postupka, sposobnost pisanja obrazloženih odluka), osobna sposobnost (sposobnost rada na velikom broju predmeta, sposobnost donošenja odluka, otvorenost ka novim tehnologijama) i društvene vještine (sposobnost medijacije, poštivanje stranaka u postupku), 7., *Kijevske preporuke o nezavisnosti pravosuđa u istočnoj Europi, Južnom Kavkazu i centralnoj Aziji,* Ured OSCE-a za demokratske institucije i ljudska prava i Max Planck Minerva Research Group on Judicial Independence, Kijev, 23-25.06.2010., dalje: Kijevske preporuke, pristup 15. kolovoza 2023., https://www.osce.org/bs/odihr/80802?download=true

[8] *Mišljenje CCJE*, 4.-5.

Većina članica dodjeljuje ocjene sucima. Uglavnom se koriste ocjene kao „vrlo dobar", „dobar", „dovoljan" i „nedovoljan" ili A, B, C. Neke zemlje koriste ocjenu kojom se utvrđuje je li sudac spreman za napredovanje. Ostale članice ne koriste formalne ocjene.[9]

Ocjenjivanje sudaca neraskidivo je povezano s poviješću, kulturom i razvojem pravnog sustava pojedine zemlje. U Republici Hrvatskoj ocjenjivanje učinka rada nekog suca na osnovu broja predmeta koje je „završio" duboko je ukorijenjen u pravosudnoj kulturi naše zemlje.[10] Od osamostaljenja Republike Hrvatske do danas napredovalo se u razradi mehanizama ocjenjivanja.[11] Međutim, iako Republika Hrvatska ima propisane kriterije za ocjenjivanje sudaca Ministarstvo pravosuđa i uprave u suradnji s Norveškom sudskom administracijom i Državnim sudbenim vijećem održalo je 11. ožujka 2022. on-line I. konferenciju pod nazivom „Revidiranje metodologije ocjenjivanja rada sudaca u Republici Hrvatskoj" u sklopu projekta "Revidiranje metodologije ocjenjivanja rada sudaca" koji je financiran u okviru Norveškog Financijskog Mehanizma (2014-2021), programa za pravosuđe. Cilj konferencije je bio okupiti sve relevantne dionike u pravosudnom sustavu kako bi se razmijenila iskustva, različita stajališta i problemi u ocjenjivanju rada sudaca. Stoga smatramo da postoji potreba za metodološkom procjenom pruža li postojeći sustav pouzdanu i kvalitetnu osnovu za ocjenjivanje stručnosti i savjesnosti sudačkog rada u postupku napredovanja na viši sud.

Zbog ograničenog opsega u radu ćemo se baviti samo postupkom individualne procjene prvostupanjskih sudaca prilikom imenovanja na drugostupanjski sud. U radu se neće analizirati pitanje prvog imenovanja sudaca i njihove početne obuke.

2. INSTITUCIONALNI I NORMATIVNI OKVIR U REPUBLICI HRVATSKOJ

2.1. Državno sudbeno vijeće (DSV)

DSV je samostalno i neovisno tijelo koje osigurava samostalnost i neovisnost sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj. U skladu s Ustavom i zakonom, ono odlučuje na nepristran način i na temelju kriterija propisanih zakonom, o imenovanju,

[9] Ibid., str. 5.

[10] Dean Bodul, Ivan Tironi, „Vrednovanje rada sudaca u Republici Hrvatskoj: dihotomija norme i prakse", u: *Zbornik radova sa VI. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća"*, ur. Dinka Šago (Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2020.), 248.

[11] Ivan Turudić, Tanja Pavelin, Marina Kapikul, „O imenovanju sudaca do osamostaljenja vidi: Povijesni prikaz ustroja sudstva i imenovanja sudaca u Hrvatskoj od raspada Austro - Ugarske Monarhije do stvaranja moderne samostalne hrvatske države (1918. - 1990.)", *IUS-INFO*, https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2022B1766

napredovanju, premještaju, razrješenju i stegovnoj odgovornosti sudaca i predsjednika sudova, osim predsjednika Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Sastavljeno je od jedanaest članova, pri čemu se sedam članova bira iz redova sudaca, dva člana iz reda sveučilišnih profesora pravnih znanosti i dva člana iz redova saborskih zastupnika, od kojih je jedan iz redova oporbe, a na vrijeme od četiri godine, s time da članovi između sebe biraju predsjednika (čl. 121. Ustava Republike Hrvatske[12]).

2.2. Zakon o državnom sudbenom vijeću

U okviru ustavnog uređenja DSV-a, djelokrug, ustrojstvo, način izbora članova i način rada DSV, normiran je Zakonom o državnom sudbenom vijeću.[13]

Postupak imenovanja sudaca reguliran je glavom IV. pod nazivom „Imenovanje sudaca" člancima 50.-59a. ZDSV-a.

2.3. Zakon o sudovima

Osnivanje i rad sudačkih vijeća regulira Zakon o sudovima[14] u glavi IV. pod nazivom „Sudačko vijeće" (čl. 49.-62.). Ocjenjivanje sudaca regulirano je glavom IX. „Prava i dužnosti sudaca", poglavlje 4. „Praćenje rada sudaca" (čl. 96.-104.).

2.4. Sudačko vijeće

Sudačko vijeće daje ocjenu obnašanja sudačke dužnosti i mišljenje DSV-u o kandidatima prilikom izbora sudaca na više sudove (čl. 49. ZS-a).

Ocjena o obnašanja sudačke dužnosti donosi na temelju ukupno ostvarenog broja bodova, koji su izraz mjerila (kriterija) propisanih čl. 97. ZS-a. Temeljem tih bodova formira se redoslijed kandidata koji se pozivaju razgovor u DSV.

Mišljenje sudačkog vijeća o kandidatima prilikom izbora sudaca na više sudove nije obvezujuće za DSV. Naime, Ustavni sud smatra da, polazeći od cilja i svrhe davanja mišljenja, a to je jačanje ovlasti sudačkih vijeća kroz davanje mišljenja o kandidatima u postupku imenovanja sudaca, DSV s obzirom na istaknutu ustavnu

[12] Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine dr. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14. (dalje u tekstu: Ustav).

[13] Zakonom o državnom sudbenom vijeću (Narodne novine 116/10, 57/11, 130/11, 13/13, 28/13, 82/15, 67/18, 126/19, 80/22, 16/23, 83/23. (dalje u tekstu: ZDSV).

[14] Zakon o sudovima, Narodne novine br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/20, 21/22, 60/22, 16/23. (dalje u tekstu: ZS).

poziciju nema obvezu već samo mogućnost uzeti ta mišljenja u obzir kao jedan od pomoćnih kriterija pri cjelokupnom vrednovanju kandidata.[15]

Sudačko vijeće se osniva za županijski sud i općinske sudove s područja tog županijskoga suda, pri županijskom sudu. Za trgovačke sudove osniva se sudačko vijeće pri Visokom trgovačkom sudu Republike Hrvatske, a za upravne sudove pri Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske. Poslove sudačkih vijeća za Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske, Visoki kazneni sud Republike Hrvatske i Vrhovni sud Republike Hrvatske obavljaju sjednice svih sudaca tih sudova (čl. 50. ZS-a). Sudačko vijeće županijskog suda ima petnaest članova, od kojih je 9 članova iz reda sudaca županijskog suda i 6 iz reda sudaca područnih općinskih sudova.[16] Sudačko vijeće trgovačkih sudova ima petnaest članova, od kojih je 9 članova iz reda sudaca Visokoga trgovačkog suda Republike Hrvatske, a 6 iz reda sudaca trgovačkih sudova. Sudačko vijeće upravnih sudova ima petnaest članova, od kojih je 9 članova iz redova sudaca Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, a 6 iz reda sudaca upravnih sudova (čl. 51. ZS-a).

U postupku napredovanja za suca županijskog suda i visokih sudova (Visokog trgovačkog suda RH, Visokog upravnog suda RH, Visokoga kaznenog suda RH i Visokog prekršajnog suda RH) ocjenjuje se rad suca u razdoblju od posljednjih 5 godina u kojem je sudac obnašao sudačku dužnost (čl. 96. ZS-a).

Temeljem odredbe čl. 97. ZS-a, koja je temelj za ocjenjivanje sudaca, sudačko vijeće ocjenjuje rad suca prema sljedećim mjerilima:

1. kvantitativna mjerila - broj odluka koje je sudac donio u odnosu na broj odluka koje je trebao donijeti na temelju Okvirnih mjerila za rad sudaca,
2. kvalitativna mjerila - kvaliteta odluka (broj potvrđenih, ukinutih, poništenih i preinačenih odluka u odnosu na ukupan broj donesenih odluka i u odnosu na broj odluka protiv kojih su izjavljeni pravni lijekovi te broj odluka u kojima je utvrđena bitna povreda postupka u odnosu na broj odluka protiv kojih su izjavljeni pravni lijekovi), te ostala mjerila
3. uredno obnašanje sudačke dužnosti – poštivanje rokova, određivanje ročišta, poštivanje redoslijeda rješavanja predmeta i dr.,
4. iskustvo u obnašanju sudačke dužnosti,

---

[15] Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III-1588/2022, U-III-1588/2022, U-III-1598/2022, U-III-1621/2022, U-III-1622/2022 od 26. listopada 2022., točka 51. obrazloženja odluke, https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/fOdluka.xsp?action=openDocument&documentId=C12570D30061CE54C12588E9002F9D59

[16] Ako županijski sud, zajedno s područnim općinskim sudovima ima manje od 50 sudaca, sudačko vijeće ima devet članova, od kojih je šest članova iz reda sudaca županijskog suda, a tri iz reda sudaca područnih općinskih sudova.

5. druge aktivnosti suca – sudjelovanje u stručnom usavršavanju sudaca kao predavač na seminarima i radionicama, objavljivanje stručnih i znanstvenih radova iz područja pravnih znanosti, obrazovanje, suradnja s pravnim fakultetom i dr.

Navedena mjerila razrađuje Metodologija ocjenjivanja obnašanja sudačke dužnosti[17] - čl. 97. st. 4. ZS-a.

2.5. Metodologija ocjenjivanja obnašanja sudačke dužnosti

Metodologija je provedbeni propis kojeg donosi DSV, uz prethodno mišljenje Vijeća koje čine predsjednici svih sudačkih vijeća u Republici Hrvatskoj i Opće sjednice Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Nomotehnički metodologija je podijeljena na nekoliko glavnih dijelova, i to: 1) razdoblje ocjenjivanja, 2) mjerila za izračun bodova i 3) sadržaj ocjene obnašanja sudačke dužnosti.[18]

Sukladno ZS-u koji propisuje petogodišnje razdoblje ocjenjivanja u postupku imenovanja na drugostupanjski sud Metodologija propisuje da se u ocjenjivano razdoblje uzima propisani broj godina počevši unazad od godine koja je prethodila godini u kojoj je objavljen oglas za imenovanje. Ako sudac ima dovoljan broj godina sudačkog staža za napredovanje, ali nije na sudačkim poslovima proveo onaj broj godina za ocjenjivanje koji se tom odredbom traži, kao razdoblje ocjenjivanja uzima se vrijeme koje je sudac proveo na radu u obnašanju sudačke dužnosti, a ako ono nije dostatno, ta se činjenica posebno naznačuje u ocjeni (čl. 4. Metodologije).[19]

Mjerila za izračun bodova su naprijed navedena kvantitativna i kvalitativna mjerila te ostala mjerila (uredno obnašanje sudačke dužnosti, iskustvo u obnašanju

[17] Metodologija ocjenjivanja obnašanja sudačke dužnosti, Narodne novine br. 125/19. (dalje u tekstu: Metodologija).

[18] Usp: Dražen Jakovina, „Vrednovanje rada sudaca u Republici Hrvatskoj: prikaz Metodologije izrade ocjene sudaca“, *Sveske za javno pravo*, br. 19., (2015.): 58., http://www.fcjp.ba/templates/ ja_avian_ii_d/images/green/Drazen_Jakovina2.pdf

[19] Odredba čl. 4. Metodologije u suglasnosti je s odredbom čl. 88. ZS-a koja propisuje da ako je sudac uz svoj pristanak raspoređen i na druge poslove u ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa, Pravosudnu akademiju i Državno sudbeno vijeće na vrijeme do četiri godine, zatim ako sudac na prijedlog Vlade Republike Hrvatske bude imenovan za suca međunarodnog suda ili na neku drugu dužnost u međunarodnim sudovima, međunarodnim misijama ili međunarodnim organizacijama te ako sudac bude imenovan ili izabran za rad u institucijama, agencijama, tijelima, uredima, misijama i projektima Europske unije ili za rad u drugim međunarodnim organizacijama, institucijama, tijelima, misijama i projektima da mu se vrijeme provedeno na tim poslovima priznaje kao vrijeme provedeno u obnašanju sudačke dužnosti.

Također je odredba čl. 4. st. 4. Metodologije u dijelu koji propisuje „… i u svim drugim slučajevima kad mu zakon dopušta…“ u suglasnosti s odredbom čl. 32. Zakona o radu, Narodne novine br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 64/23. (dalje u tekst: ZOR) koja pripisuje da se razdoblja rodiljnog, roditeljskog, posvojiteljskog, očinskog dopusta ili dopusta koji je po sadržaju i načinu korištenja istovjetan pravu na očinski dopust smatra vremenom provedenim na radu u punom radnom vremenu.

Više o tome vidi: Odluku Ustavnog suda RH U-III-861/2023 od 13. travnja 2023., https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/USRH2023B861AIII

sudačke dužnosti i druge aktivnosti suca). Metodologija ih razrađuje i svakom od tih kriterija dodjeljuje određeni broj bodova. Bodovi su određeni u rasponima koje propisuje ZS. Tako sudac može ostvariti najviše sto pedeset bodova, pri čemu se za kvantitativna i kvalitativna mjerila može ostvariti najviše po šezdeset bodova, a za ostala mjerila najviše po deset bodova (čl. 97. st. 2. ZS-a u svezi s čl. 97. st. 4. ZS-a i čl. 7.-11. Metodologije).

Ocjena obnašanja sudačke dužnosti je zbroj bodova ostvaren prema navedenim mjerilima za izračun bodova. Ocjena obnašanja sudačke dužnosti može biti: 1. izvrsno obnaša sudačku dužnost: 130 – 150 bodova, 2. vrlo uspješno obnaša sudačku dužnost: 110 – 129 bodova, 3. uspješno obnaša sudačku dužnost: 90 – 109 bodova, 4. zadovoljavajuće obnaša sudačku dužnost: 70 – 89 bodova, 5. nezadovoljavajuće obnaša sudačku dužnost: manje od 70 bodova (čl. 99. ZS i čl. 12. i 13. Metodologije).

Odluka o ocjeni obnašanja sudačke dužnosti sastoji se od zaglavlja, uvoda, izreke, obrazloženja i upute o pravnom lijeku, a odluku u ime sudačkog vijeća potpisuje predsjednik te se na nju stavlja otisak službenog pečata suda za koje je sudačko vijeće osnovano. Uvod sadrži imena članova sudačkog vijeća koji su sudjelovali u donošenju odluke o ocjeni, naznaku postupka ocjenjivanja i datum održavanja sjednice sudačkog vijeća na kojoj je odluka o ocjeni donesena. Izreka sadrži naziv ocjene i broj ostvarenih bodova. Obrazloženje sadrži naznaku ocjenjivanog razdoblja, vrstu postupka u kojem je donesena ocjena, broj ostvarenih bodova po pojedinim mjerilima ocjenjivanja, ukupan broj ostvarenih bodova te druge podatke i činjenice propisane Metodologijom (čl. 14. Metodologije).

Na odluku sudac može izjaviti žalbu u roku 8 dana posebnom Vijeću Vrhovnog suda Republike Hrvatske sastavljenom od tri suca Vrhovnog suda Republike Hrvatske (čl. 102. ZS-a).

2.6. Okvirna mjerila za rad sudaca (Okvirna mjerila)

Jednako kao i Metodologija, Okvirna mjerila su provedbeni propis odredbe čl. 97. ZS-a koja je temelj za ocjenjivanje sudaca. Donosi ih Ministar nadležan za poslove pravosuđa uz prethodno mišljenje Opće sjednice Vrhovnog suda RH, a objavljuju na internetskoj stranici Ministarstva nadležan za poslove pravosuđa (čl. 79. ZS-a).[20] Okvirna mjerila za rad sudaca propisuju broj odluka koje sudac mora donijeti u redovnom radnom vremenu tijekom jedne kalendarske godine.[21]

---

[20] *Ministarstvo pravosuđa i uprave*, pristup 15. kolovoza 2023., https://mpu.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Okvirna%20mjerila/Okvirna%20mjerila%20za%20rad%20sudaca_2021..pdf

[21] Dean Bodul, *„Nova Okvirna mjerila za rad sudaca Objektivno provjerljivi parametri ili ne?“, Informator* br. 6717 (2022.), https://informator.hr/strucni-clanci/nova-okvirna-mjerila-za-rad-sudaca

Okvirna mjerila i Metodologija usko su povezani tako da ocjena obnašanja sudačke dužnosti ovisi i o tome je li Okvirnim mjerilima realno utvrđeno, po pojedinoj vrsti predmeta, koliko se predmeta može riješiti na godišnjoj razini ili ne.[22] Nepoštivanje odredbi Okvirnih mjerila razlog je za pokretanje stegovnog postupka protiv sudca (čl. 95. st. 3. ZS-a). Iz toga razloga suci uglavnom ostvaruju normu. Međutim, čini se kako prosječni sudac, prvenstveno parničar, broj predmeta zadan Okvirnim mjerilima može riješiti samo uz rad kod kuće izvan radnog vremena.[23] Stoga od strane sudaca okvirna mjerila najveću kritiku trpe u pogledu broja predmeta koje sudac mora riješiti na godišnjoj razini, a koji broj nije kreiran mjerenjem vremena koje se utroši za svaku radnju potrebnu za rješavanje predmeta.[24]

2.7. Poslovnik DSV-a

Poslovnik DSV-a, između ostalog, regulira javnost rada DSV-a te način glasovanja i odlučivanja u Vijeću (čl. 1.). Javnost rada DSV-a osigurava se redovitim obavještavanjem o sjednicama, odlukama i drugim aktivnostima Vijeća. Postupak imenovanja sudaca i predsjednika sudova je javan. Dio sjednice na kojem se provodi vijećanje i glasovanje održava se bez prisustva javnosti ali objave odluka DSV-a uvijek su javne. Odluke Vijeća valjane su ako u radu sjednice sudjeluje najmanje šest članova. Vijeće donosi odluke većinom glasova svih članova (čl. 7. i 10.).

2.8. Pravila o vrednovanju kandidata u postupku imenovanja sudaca prvostupanjskih, županijskih i visokih sudova

Pravila o vrednovanju kandidata u postupku imenovanja sudaca prvostupanjskih, županijskih i visokih sudova[25] donosi DSV na temelju odredbe čl. 56.b. ZDS-u. Pravilima se uređuje način provođenja i bodovanja razgovora sa svim kandidatima. Na strukturiranom razgovoru, koji se provodi u primjerenom trajanju, DSV razmatra i vrednuje kandidatovu 1) sposobnost primjerenog i odgovornog obnašanja dužnosti, 2) njegovu motiviranost za obnašanje dužnosti

---

[22] Damir Kontrec, „Vrednovanje rada sudaca: iskustva iz Republike Hrvatske“, *Sveske za javno pravo*, br. 26. (2016.): 5., https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Sveske_za_javno_pravo_broj_26.pdf

[23] Dean Bodul, Ivan Tironi, Vrednovanje rada sudaca u Republici Hrvatskoj: dihotomija norme i prakse, u: *Zbornik radova sa VI. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“*, ur. Dinka Šago (Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2020.), 244.

[24] Joso Puljić, Okvirna mjerila za rad sudaca, *Informator,* br. 6239-6241 (2013.), https://informator.hr/strucni-clanci-abecedarij/okvirna-mjerila-za-rad-sudaca

[25] Pravila o vrednovanju kandidata u postupku imenovanja sudaca prvostupanjskih, županijskih i visokih sudova, Narodne novine br. 132/22 (dalje u tekstu: Pravila).

te 3) njegov osjećaj za pravdu. Potom, predsjednik DSV-a predlaže za svakog kandidata broj bodova koji je isti ostvario na strukturiranom razgovoru. Ako se ne postigne suglasnost svih članova DSV-a o broju bodova koji je kandidat ostvario na strukturiranom razgovoru, pristupa se pojedinačnom vrednovanju kandidata na način da je svaki član Vijeća koji je sudjelovao u provedbi razgovora dužan u zasebnom izvješću o uspjehu posebno vrednovati svakog kandidata ocjenom 0 do 20 bodova, prema navedenim mjerilima i kriterijima. Na razgovoru kandidat može ostvariti najviše 20 bodova. Prosječan broj bodova za svakog kandidata utvrđuje se na način da se ukupno ostvareni broj bodova svakog kandidata dijeli s brojem članova Vijeća koji su sudjelovali u vrednovanju. O provedbi razgovora vodi se poseban zapisnik koji potpisuju svi članovi Vijeća koji su sudjelovali u provedbi razgovora (čl. 6. i 8. Pravila).

3. POSTUPAK IMENOVANJA NA DRUGOSTUPANJSKI SUD

Postupak imenovanja sudaca na drugostupanjski sud započinje objavom oglasa u Narodnim novinama. Za suca županijskog suda može biti imenovana osoba koja je radila kao pravosudni dužnosnik najmanje deset godina, a za suca visokih sudova (Visokog prekršajnog suda RH, Visokog kaznenog suda RH, Visokog trgovačkog suda RH i Visokog upravnog suda RH) osoba koja je radila kao pravosudni dužnosnik najmanje dvanaest godina. Također se na natječaj mogu javiti i osobe koje ne obavljaju pravosudnu dužnost, ali postupak njihovog imenovanja nije predmet ovog rada.

Nakon objave oglasa u Narodnim novinama DSV će od nadležnog sudačkog vijeća zatražiti ocjenu obnašanja dužnosti. Kako je već navedeno ocjenom obnašanja dužnosti može se ostvariti najviše sto pedeset bodova, koliko propisuje ZS. Na temelju ukupnog broja bodova utvrđenog ocjenom obnašanja dužnosti DSV utvrđuje redoslijed kandidata koji se objavljuje na mrežnim stranicama Vijeća nakon čega se kandidati pozivaju na razgovor prema utvrđenom broju bodova, od najmanjeg prema najvećem broju bodova. Na razgovoru se kandidatima postavljaju pitanja o njihovom dosadašnjem radu i aktivnosti s ciljem da se utvrditi njihov osjećaj za pravdu, sposobnost primjerenog i odgovornog obnašanja dužnosti te njihova motiviranost za obnašanje dužnosti. Kandidat na razgovoru može ostvariti najviše dvadeset bodova, a bodovi se dodjeljuju neposredno nakon razgovora sa svakim pojedinim kandidatom te objavljuju na mrežnim stranicama DSV-a. Zbrajanjem broja bodova ostvarenih ocjenom obnašanja dužnosti i na razgovoru DSV utvrđuje redoslijed kandidata i objavljuje ga na svojim mrežnim stranicama. Vijeće će imenovati suce između najviše petnaest kandidata koji

su ostvarili najveći broj bodova, s tim da razlika između izabranog kandidata i kandidata s najvećim brojem bodova ne smije biti veća od petnaest bodova. Odluka o imenovanju sudaca mora biti obrazložena. Ako je prema utvrđenom redoslijedu više kandidata ostvarilo isti broj bodova te ako je za suca DSV-a imenovalo kandidata koji nije ostvario najveći broj bodova, DSV će u odluci o imenovanju posebno obrazložiti razloge zbog kojih je prednost dalo izabranom kandidatu u odnosu na kandidate s istim odnosno većim brojem bodova.[26] Odluka o imenovanju sudaca objavljuje se u »Narodnim novinama«.

DSV može po službenoj dužnosti ili na zahtjev predsjednika Vrhovnog suda RH, sudačkog vijeća suda u kojem sudac obnaša sudačku dužnost, predsjednika suda ili predsjednika neposredno višeg suda poništiti odluku o imenovanju suca ako utvrdi: 1) da imenovani sudac nije ispunjavao uvjete za imenovanje, 2) da je odluka utemeljena na neistinitim podacima i dokazima, 3) da sudac bez opravdanog razloga nije niti u roku od 6 mjeseci nakon imenovanja položio prisegu, 4) da je do imenovanja došlo uslijed kaznenog djela kandidata utvrđenog pravomoćnom odlukom suda o postojanju kaznenog djela i kaznene odgovornosti.

Ustavni sud Republike Hrvatske je u odluci broj: U-III-555/2015 od 9. srpnja 2015. utvrdio svoju neposrednu nadležnost u postupcima imenovanja sudaca. Dopuštenost ustavne tužbe uređuje čl. 103. st. 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske[27] koji propisuje da protiv odluke DSV-a o imenovanju sudaca, kandidati u postupku imenovanja mogu podnijeti ustavnu tužbu nakon iscrpljivanja pravnog puta provedenog pred Upravnim sudom RH po zahtjevu podnesenom na temelju posebnih odredbi Zakona o upravnim sporovima o zaštiti Ustavom zajamčenih ljudskih prava i temeljnih sloboda. Do stupanja na snagu Zakona o upravnim sporovima[28] 1. siječnja 2012., podnošenje ustavne tužbe protiv odluke DSV-a o izboru sudaca nije bilo neposredno dopušteno, jer je trebalo ispuniti jednu od postupovnih pretpostavki za njezino podnošenje, a to je iscrpljivanje dopuštenog pravnog puta. Nezadovoljni kandidati u postupku

[26] Odluke DSV-a o imenovanju sudaca potpadaju pod doseg prava na obrazloženu odluku kao sastavnog dijela ne samo prava na pravično suđenje, zajamčenog čl. 29. st. 1. Ustava RH, već i postupovnog aspekta prava na dostupnost svakog radnog mjesta i dužnosti „pod jednakim uvjetima" zajamčenog čl. 54. st. 2. Ustava. Pravo na obrazloženu odluku Ustav jamči ne samo pred sudovima, nego i pred svim drugim tijelima. Obveza DSV-a da obrazloži svoje odluke proizlazi i iz načela poštovanja prava čovjeka i načela vladavine prava kao dviju najviših vrednota ustavnog poretka RH (čl. 3. Ustava RH). Stoga, sukladno čl. 56.c ZDSV-u DSV treba u obrazloženju svojih odluka iznijeti kriterije i razloge kojima se rukovodio pri njihovom donošenju. Robert Peček, „Izbor sudaca na županijski sud (neki problemi u praksi)", *IUS INFO*, https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/izbor-sudaca-na-zupanijski-sud-neki-problemi-u-praksi-54819

[27] Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine br. 99/99, 29/02 i 49/02 - pročišćeni tekst. (dalje u tekstu: Ustavni zakon).

[28] Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17, 110/21. (dalje u tekstu: ZUS/10).

izbora za suce imali su pravo protiv odluke DSV-a o izboru suca podnijeti zahtjev Upravnom sudu RH na temelju čl. 66. Zakona o upravnim sporovima.[29] Tek bi time bio iscrpljen dopušteni pravni put u smislu čl. 62. st. 2. Ustavnog zakona. Međutim, nakon što je prestao važiti ZUS/91, ne postoji pravno sredstvo iz članka 66. ZUS-a/91 koje je propisano kao postupovna pretpostavka iscrpljivanjem koje su bile ispunjene pretpostavke za dopuštenost ustavne tužbe sukladno čl. 103. st. 1. Ustavnog zakona. Kako ZUS/10 ne poznaje pravno sredstvo kojim bi se osiguravala pravna zaštita koja je bila propisana čl. 66. ZUS-a/91, to je protiv odluke DSV-a o izboru sudaca neposredno dopuštena ustavna tužba iz čl. 62. Ustavnog zakona.[30]

4. KRITERIJI I VREDNOVANJE KANDIDATA SUDACA

U postupku imenovanja na drugostupanjski sud suci kandidati vrednuju se 2 puta. Prvi put od strane nadležnog sudačkog vijeća na temelju ocjene obnašanja sudačke dužnosti, a drugi put kroz razgovor pred DSV-om.

4.1. Kriteriji i vrednovanje na temelju ocjene obnašanja pravosudne dužnosti

Nadležno sudačko vijeće ocjene obnašanja sudačke dužnosti za suce kandidate donosi na temelju zahtjeva DSV-a. Uz odluku o ocjeni obnašanja sudačke dužnosti sudačka vijeća podnose DSV-u obrasce koji su sastavni dio Metodologije, a koji sadrže izračun ocjene obnašanja sudačke dužnosti (čl. 16. st. 4. Metodologije).

Nadležno sudačko vijeće je dužno zatražiti od sudova dokumentaciju potrebnu za donošenje ocjene u roku od 7 dana po primitku zahtjeva DSV-a za njezino donošenje (čl. 14. st. 5. Metodologije). Potrebne podatke sudovi dostavljaju na obrascima koji su sastavni dio Metodologije. Prije dostave navedenih podataka sudačkom vijeću popunjeni obrasci dostavljaju se sucu kandidatu na očitovanje.

Na temelju obrazaca računaju se bodovi prema mjerilima za izračun bodova koje propisuje Metodologija. Po svim mjerilima najviše se može ostvariti 150 bodova,[31] koliko propisuje ZS (čl. 97. st. 2. ZS-a), a Metodologija kao provedbeni propis to razrađuje. Tako se za rezultate rada (kvantitativno mjerilo) može ostvariti

[29] Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine br. 53/91, 9/92 i 77/92. (dalje u tekstu: ZUS/91).

[30] Više o tome vidi: Robert Peček, „Pravna zaštita u postupku imenovanja sudaca“, *IUS-INFO*, https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/pravna-zastita-u-postupku-imenovanja-sudaca

[31] Postoje razmišljanja da bi bilo bolje da gornja granica bodova nije određena jer bi se time dopustilo Metodologiji više izbora i kreativnosti pri bodovanju pojedinih mjerila rada sudaca (kvantitativnih, kvalitativnih i ostalih mjerila). Jakovina, *Vrednovanje rada sudaca u Republici Hrvatskoj: prikaz Metodologije izrade ocjene sudaca*, 61.

maksimalno 60 bodova.[32] Za kvalitetu rada (kvalitativno mjerilo) također se može ostvariti maksimalno 60 bodova.[33] Za druga mjerila (uredno obnašanje sudačke dužnosti, druge aktivnosti suca i iskustvo u obnašanju sudačke dužnosti) može se ostvariti najviše po 10 bodova. Stoga dakle, u ocjeni obnašanja sudačke dužnosti kvantitativni i kvalitativni daju naviše bodova tj. po 40%, dok se na druga mjerila (uredno obnašanje sudačke dužnosti, druge aktivnosti suca i iskustvo u obnašanju sudačke dužnosti) odnosi po 6,66666667% ili ukupno 20%.

Za razliku od kvantitativnog kriterija koje se temelji na Okvirnim mjerilima, koja broj odluka koje sudac mora donijeti tijekom kalendarske godine, određuju prema različitim vrstama sudova i različitim vrstama predmeta, kvalitativni kriterij ne razlikuje, ni različite vrste sudova, ni različite odjele unutar sudova,

[32] Ako je sudac u ocjenjivanom razdoblju donio više od 100% odluka kojima se završava postupak sukladno Okvirnim mjerilima za rad sudaca, boduje se:– za ostvareni postotak od 101 do 110% odluka kojima se završava postupak sukladno Okvirnim mjerilima za rad sudaca 59 bodova, – za ostvareni postotak iznad 110% i više odluka kojima se završava postupak sukladno Okvirnim mjerilima za rad sudaca 60 bodova. Ako je sudac u ocjenjivanom razdoblju donio manje od 100% odluka kojima se završava postupak sukladno Okvirnim mjerilima za rad sudaca, umanjuje mu se po osnovu količinskog učinka rada 0,25 bodova za svaki započeti postotak ispod 100% (čl. 7. st. 6. i 7. Metodologije).

[33] Sukladno čl. 9. st. 2. Metodologije bodove po osnovi kvalitete rada prvostupanjski sudac ostvaruje na temelju postotka ukinutih odluka (odlukom se u smislu ovog članka smatra svaka odluka koju je povodom pravnog lijeka ispitivao viši sud) tijekom ocjenjivanog razdoblja od strane neposredno višeg suda:

1. u odnosu na ukupan broj odluka koje je sudac donio tijekom ocjenjivanog razdoblja, a protiv kojih je propisan redoviti pravni lijek neposredno višem sudu, a u koji broj odluka se uzimaju i sudske nagodbe,
2. u odnosu na broj ispitanih i vraćenih odluka od strane neposredno višeg suda tijekom ocjenjivanog razdoblja,
3. u odnosu na broj ispitanih i vraćenih odluka od strane neposredno višeg suda tijekom ocjenjivanog razdoblja, a ukinute su zbog bitne postupovne povreda ili su potvrđene odnosno preinačene premda je takva povreda počinjena (čl. 9. st. 1. Metodologije).

a time ni različite vrste predmeta koji se razlikuju po svojoj složenosti.[34] S tim u svezi za istaknuti je kako je predsjednik Vrhovnog suda Republike Hrvatske na I. konferenciji pod nazivom „Revidiranje metodologije ocjenjivanja rada sudaca u Republici Hrvatskoj" istakao da se suci različitih sudova i različitih odjela unutar sudova u pogledu kvalitete ne mogu ocjenjivati istim kriterijem, jer oni nisu usporedivi. Stoga bi čl. 9. Metodologije pod nazivom „Kvaliteta rada" trebalo revidirati na način da se istraži u kojoj mjeri se na pojedinim odjelima različitih sudova odluke ukidaju od strane neposredno višeg suda. Temeljem rezultata takvog istraživanja trebalo bi bodovne razrede prilagoditi postotku prosjeka ukinutih odluka na pojedinom odjelu suda.

4.1.1. Statistički podaci

Za odgovor na pitanje može li se istim mjerilom ocjenjivati kvaliteta rada sudaca različitih sudova i sudaca različitih odjela potrebno je metodom prikupljanja podataka i statističkom metodom uz izražavanje rezultata u postotcima utvrditi statističke podatke o postotku ukinutih odluka od strane neposredno višeg suda na različitim sudovima i pojedinim odjelima unutar sudova. Istraživanje je obuhvatilo Općinski građanski sud u Zagrebu, Općinski kazneni sud u Zagrebu, Općinski

---

[34] Sukladno čl. 9. st. 2. Metodologije bodove po osnovi kvalitete rada na temelju postotka ukinutih odluka tijekom ocjenjivanog razdoblja od strane neposredno višeg suda:

(1.) u odnosu na ukupan broj odluka koje je sudac donio tijekom ocjenjivanog razdoblja, a protiv kojih je propisan redoviti pravni lijek neposredno višem sudu, a u koji broj odluka se uzimaju i sudske nagodbe:

1. do 5% ukinutih odluka	25 bodova
2. od 5% do 7% ukinutih odluka	23 boda
3. iznad 8% do 13% ukinutih odluka	20 bodova
4. iznad 13% do 18% ukinutih odluka	15 bodova
5. iznad 18% do 25% ukinutih odluka	10 bodova
6. iznad 25% do 35% ukinutih odluka	5 bodova
7. iznad 35% ukinutih odluka oduzima se	5 bodova.

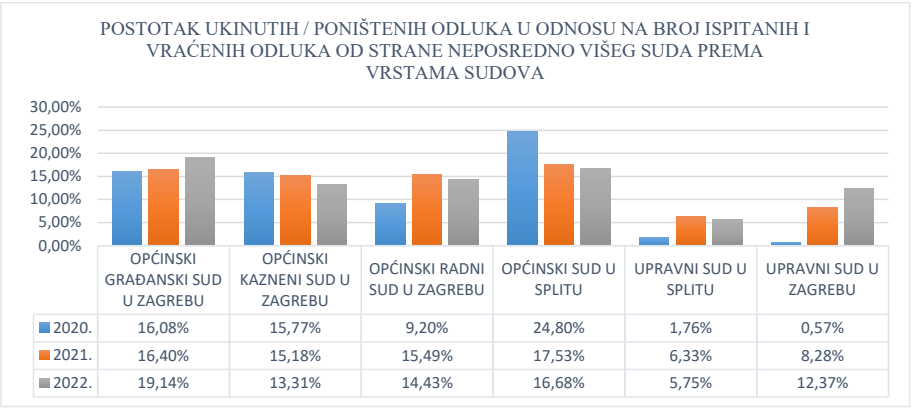
(2.) u odnosu na broj ispitanih i vraćenih odluka od strane neposredno višeg suda tijekom ocjenjivanog razdoblja:

1. do 5% ukinutih odluka	25 bodova
2. iznad 5% do 10% ukinutih odluka	23 boda
3. iznad 10% do 15% ukinutih odluka	20 bodova
4. iznad 15% do 20% ukinutih odluka	15 bodova
5. iznad 20% do 30% ukinutih odluka	10 bodova
6. iznad 30% ukinutih odluka oduzima se	5 bodova.

(3.) u odnosu na broj ispitanih i vraćenih odluka od strane neposredno višeg suda tijekom ocjenjivanog razdoblja, a ukinute su zbog bitne postupovne povreda ili su potvrđene odnosno preinačene premda je takva povreda počinjena:

1. do 5% odluka s bitnom povredom	10 bodova
1. od 5% do 10% odluka s bitnom povredom	7 bodova
2. iznad 10% do 15% odluka s bitnom povredom	5 bodova
3. iznad 15% do 20% odluka s bitnom povredom	3 boda
4. iznad 20% do 25% odluka s bitnom povredom	1 bod.

radni sud u Zagrebu, Općinski sud u Splitu, Upravni sud u Zagrebu i Upravni sud u Splitu te pojedine odjele unutar Općinskog građanskog suda u Zagrebu i Općinskog suda u Splitu.



	OPĆINSKI GRAĐANSKI SUD U ZAGREBU	OPĆINSKI KAZNENI SUD U ZAGREBU	OPĆINSKI RADNI SUD U ZAGREBU	OPĆINSKI SUD U SPLITU	UPRAVNI SUD U SPLITU	UPRAVNI SUD U ZAGREBU
2020.	16,08%	15,77%	9,20%	24,80%	1,76%	0,57%
2021.	16,40%	15,18%	15,49%	17,53%	6,33%	8,28%
2022.	19,14%	13,31%	14,43%	16,68%	5,75%	12,37%

Izvor: Ministarstvo pravosuđa i uprave Republike Hrvatske (Ministarstvo)

Istraživanjem je obuhvaćeno razdoblje od 1. siječnja 2020. do 31. siječnja 2022. jer su upravni sudovi naknadno uključeni u sustav e-spisa pa od 2020. Ministarstvo posjeduje potpune podatke.

Statistički podaci za Općinski građanski sud u Zagrebu odnose se na predmete za koje Ministarstvo prati statističke podatke, dakle 1) izvanparnične, 2) ostavinske, 3) ovršne, 4) parnične (opća parnica i obiteljske), 5) R2, Pom, Ovjere i stečaj potrošača.

Statistički podaci za Općinski kazneni sud u Zagrebu odnose se na predmete izvanraspravnog vijeća, kaznene predmete i predmete optužnog vijeća.

Statistički podaci za Općinski radni sud u Zagrebu odnose se na parnične predmete radnog prava.

Statistički podaci za Općinski sud u Splitu odnose se na predmete 1) izvanparnične, 2) ostavinske, 3) ovršne, 4) parnične predmete (opća parnica, radno i obiteljsko), 5) R2, Pom, Ovjere i stečaj potrošača.

Za upravne sudove podaci se odnose na statističke podatke o usvojenim žalbama. Navedeni podaci ne sadrže podatke o broju preinačenih i poništenih odluka.

Iz navedenih statističkih podataka razvidno je da upravni sudovi imaju znatno manje usvojenih žalbi od općinskih sudova. Odredbom čl. 74. st. 2. ZUS/10 propisano je da će Visoki upravni sud poništit prvostupanjsku presudu te će sam otkloniti nedostatke i presudom riješiti stvar ako utvrdi da je upravni sud počinio bitnu povredu pravila sudskog postupka, da je pogrešno ili nepotpuno utvrdio činjenično stanje ili da je pogrešno primijenio materijalno pravo. Odredbom čl. 67. st. 3. ZUS-a propisano je da će u odlučivanju o žalbi protiv rješenja

Visoki upravni sud poništit nezakonito rješenje. Na podnošenje i druga pitanja odlučivanja o žalbi protiv rješenja na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o podnošenju i odlučivanju o žalbi protiv presude. Dakle, iz navedenih odredbi ZUS/10-a proizlazi da se nije moguće ni ukidanje ni poništavanje prvostupanjskih presuda, dok je rješenja moguće poništiti. U slučaju da je u upravnom sporu stranci oduzeto pravo na pristup sudu prvostupanjska presuda se može poništiti primjenom odredbe čl 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda[35] i čl. 29. st. 1. Ustava RH.[36]

Odredbom čl. 9. st. 9. Metodologije propisano da ako je u pojedinom području sudovanja zakonom propisano da neposredno viši sud ne smije povodom žalbe ukinuti prvostupanjsku odluku, osnova za izračun bodova po osnovi kvalitete su preinačene odluke.

Iako su podaci Ministarstva za upravne sudove nepotpuni u pogledu podataka o broju poništenih i preinačenih prvostupanjskih odluka, ipak su dovoljni za zaključak kako se na upravnim sudovima žalbe usvajaju u znatno manjoj mjeri nego li na općinskim sudovima. Stoga isti bodovni razredi u pogledu kvalitete za općinske i upravne sudove mogu dovesti do znatne bodovne razlike u pogledu kvalitete (čl. 9. Metodologije), a što u konačnici utječe na redoslijed kandidata na temelju ocjene o obnašanju sudačke dužnosti.[37]

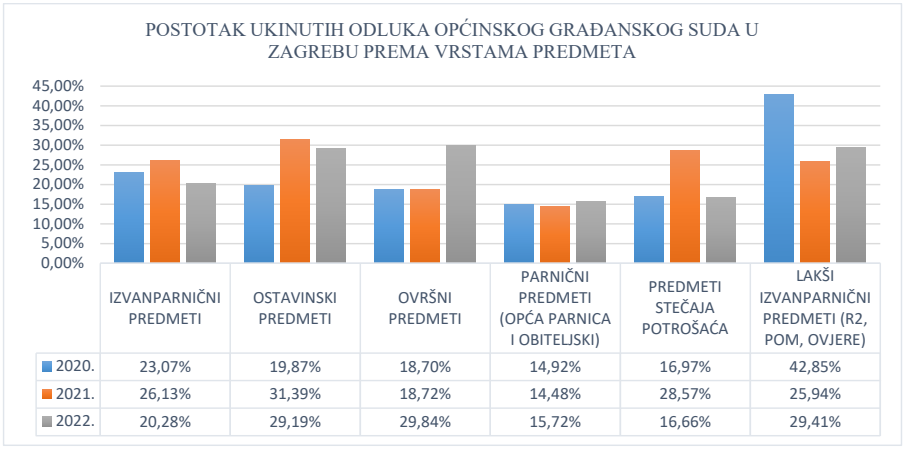
Kako se unutar sudova razlikuju odjeli koji rješavanju različite vrste predmeta u nastavku je potrebno utvrditi razliku u postotku ukinutih odluka u odnosu na broj ispitanih i vraćenih odluka od strane neposredno višeg suda prema vrstama odjela odnosno vrstama predmeta.

---

[35] Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine- Međunarodni ugovori br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10. (dalje u tekstu: Konvencija).

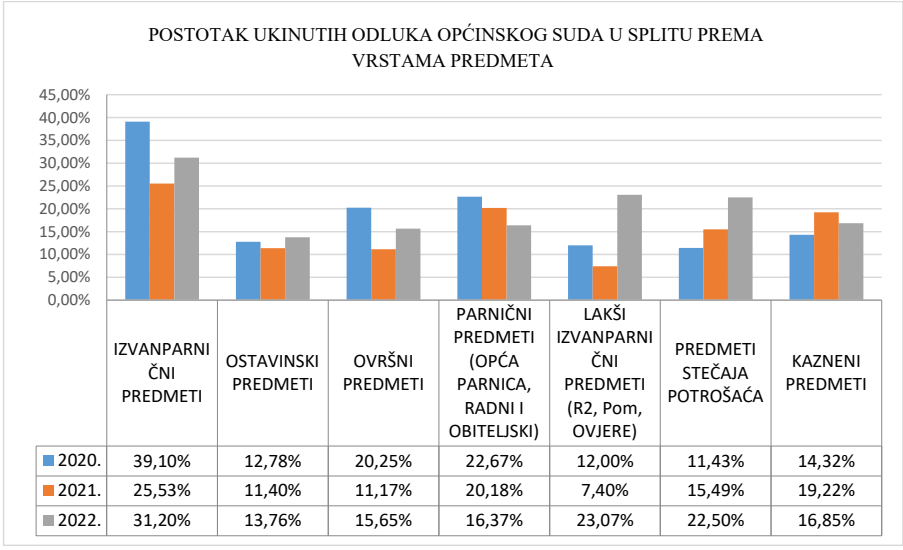
[36] Vidi: presudu Visokog upravnog suda RH Usž-3561/21-2 od 3. ožujka 2022., https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/UpSRH2021UszB3561A2

[37] Prema redoslijedu kandidata koji su podnijeli prijavu na oglas objavljen u „Narodnim novinama" br. 21/20 od 26. veljače 2020. na natječaju za slobodno mjesto 4 (četiri) suca Županijskog suda u Splitu, građanski odjel koji je utvrđen na temelju ocjene o obnašanju pravosudne dužnosti kandidati s najviše bodova bili su upravo suci Upravnog suda u Splitu, *Državno sudbeno vijeće*, pristup 15. kolovoza 2023., https://drzavnosudbenovijece.hr/hr/sjednice/redoslijed-kandidata-za-cetiri-suca-zupanijskog-suda-u-splitu-gradanski-odjel-oglas



	IZVANPARNIČNI PREDMETI	OSTAVINSKI PREDMETI	OVRŠNI PREDMETI	PARNIČNI PREDMETI (OPĆA PARNICA I OBITELJSKI)	PREDMETI STEČAJA POTROŠAĆA	LAKŠI IZVANPARNIČNI PREDMETI (R2, POM, OVJERE)
2020.	23,07%	19,87%	18,70%	14,92%	16,97%	42,85%
2021.	26,13%	31,39%	18,72%	14,48%	28,57%	25,94%
2022.	20,28%	29,19%	29,84%	15,72%	16,66%	29,41%

Izvor: Ministarstvo pravosuđa i uprave Republike Hrvatske (Ministarstvo)



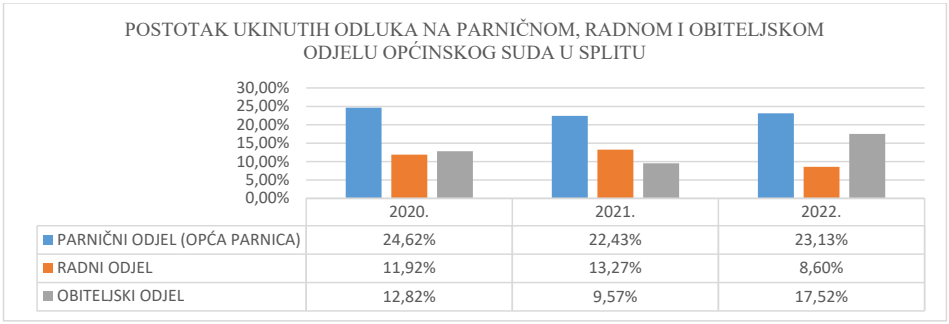
	IZVANPARNIČNI PREDMETI	OSTAVINSKI PREDMETI	OVRŠNI PREDMETI	PARNIČNI PREDMETI (OPĆA PARNICA, RADNI I OBITELJSKI)	LAKŠI IZVANPARNIČNI PREDMETI (R2, Pom, OVJERE)	PREDMETI STEČAJA POTROŠAĆA	KAZNENI PREDMETI
2020.	39,10%	12,78%	20,25%	22,67%	12,00%	11,43%	14,32%
2021.	25,53%	11,40%	11,17%	20,18%	7,40%	15,49%	19,22%
2022.	31,20%	13,76%	15,65%	16,37%	23,07%	22,50%	16,85%

Izvor: Ministarstvo pravosuđa i uprave Republike Hrvatske

Iz iznesenih statističkih podataka proizlazi da u pogledu izvanparničnih i stečajnih predmeta postoji znatan postotak ukidanja odluka od strane neposredno više suda. Međutim, suci koji rade na izvanparničnim predmetima (zemljišnoknjižnim, registarskim, stečajnim i izvanparničnim) imaju zadanih

pedeset bodova po osnovu kvalitete (čl. 9. st. 8. Metodologije[38]), dok suci koji rade na parničnim i kaznenim predmetima među kojima se nalaze i teški, složeni predmeti teško mogu ostvariti pedeset ili više bodova po osnovu kvalitete, na što ukazuju izloženi podaci.

Ministarstvo pravosuđa i uprave za parnične predmete ne prati statističke podatke odvojeno za predmete opće parnice, u odnosu na obiteljske i radne predmete. Kako Općinski sud u Splitu ima formiran parnični, obiteljski i radni odjel pribavljeni su podaci o postotku ukinutih odluka za navedene sudske odjele.



	2020.	2021.	2022.
PARNIČNI ODJEL (OPĆA PARNICA)	24,62%	22,43%	23,13%
RADNI ODJEL	11,92%	13,27%	8,60%
OBITELJSKI ODJEL	12,82%	9,57%	17,52%

Izvor: Općinski sud u Splitu

Statistički podaci za obiteljski odjel odnose se samo na obiteljske sporove. Izvanparnični predmeti po Obiteljskom zakonu nisu obuhvaćeni sukladno čl. 9. st. 8. Metodologije.

Navedeni statistički podaci pokazuju značajno manji broj ukinutih odluka na Radnom i Obiteljskom odjelu Općinskog suda u Splitu u odnosu na Parnični odjela toga suda.[39]

4.1.2. Rezultati prikupljanja statističkih podataka

Navedeni statistički podaci potvrđuju početno postavljenu hipotezu da se kvaliteta sudačkog rada prema postotku ukinutih odluka na različitim sudovima i različitim odjelima sudova ne može mjeriti na isti način tj. istim bodovnim razredima, a što je posljedica različitih vrsta predmeta koji se razlikuju po

[38] Odredbom čl. 9. st. 8. Metodologije pripisano je da ako je sudac tijekom cijelog ocjenjivanog razdoblja donosio odluke samo u zemljišnoknjižnim, registarskim, stečajnim i izvanparničnim predmetima, po osnovi kvalitete priznaje mu se 50 bodova.

[39] Prema redoslijedu kandidata koji su podnijeli prijavu na oglas objavljen u „Narodnim novinama" br. 21/20 od 26. veljače 2020. na natječaju za slobodno mjesto 4 (četiri) suca Županijskog suda u Splitu, građanski odjel koji je utvrđen na temelju ocjene o obnašanju pravosudne dužnosti kandidati s radnog i obiteljskog odjela Općinskog suda u Splitu ostvarili su značajno više bodova od sudaca s parničnog odjela toga suda, *Državno sudbeno vijeće*, pristup 15. kolovoza 2023., https://drzavnosudbenovijece.hr/hr/sjednice/redoslijed-kandidata-za-cetiri-suca-zupanijskog-suda-u-splitu-gradanski-odjel-oglas

složenosti i težini, kao i činjenici da je na pojedinim sudovima provedena uska specijalizacija sudaca.

Analizirani su statistički podaci samo u odnosu na broj ispitanih i vraćenih odluka od strane neposredno višeg suda (čl. 9. st. 2. t. 3. Metodologije). Podrobniji statistički prikaz nije napravljen, jer bi premašio doseg analize, a sam cilj ne bi bio u cijelosti ispunjen. Međutim, i ovako pribavljeni podaci koji se odnose samo na jedan segment ocjenjivanja kvalitete čl. 9. st. 2. t. 3. Metodologije jasno ukazuje kako suci različitih sudova i različitih odjela nisu usporedivi te da je razrede s obzirom na postotak ukinutih odluka potrebno prilagodi vrstama sudova i vrstama predmeta.

4.2. Kriteriji i vrednovanje na temelju razgovora pred DSV-om

Ocjena obnašanja sudačke dužnosti u svojoj biti je kvantitativni izraz kvalitativnih mjerila (kriterija) propisanih čl. 97. ZS-a, dok su bodovi ostvareni na strukturiranom razgovoru pred DSV-om u svojoj biti kvantitativni izraz kvalitatitvnih mjerila (kriterija) propisanih čl. 8. Pravila.

Pored sto pedeset bodova, koje kandidat može maksimalno ostvariti na temelju ocjene obnašanja sudačke dužnosti, na razgovoru pred DSV-om kandidat može ostvariti maksimalno dvadeset bodova (čl. 56.a ZDSV), dakle ukupno sto sedamdeset bodova. Stoga se u ukupnom broju bodova na bodove ostvarene na razgovoru pred DSV-om odnosi $11{,}76\% \approx 12\%$.

Međutim, kako je konačni poredak kandidata na listi prvenstva temelj za donošenje odluke o imenovanju, DSV ima ovlast imenovati za suca onog kandidata koji je između petnaest kandidata koji su ostvarili najveći broj bodova, s tim da razlika između izabranog kandidata i kandidata s najvećim brojem bodova ne smije biti veća od petnaest bodova (čl. 56.a st. 4. ZDSV-a). Razlog takve zakonske regulative posljedica je činjenice da DSV sukladno svojoj ustavnoj i zakonskoj ovlasti samostalno i neovisno imenuje suce slijedom čega je poredak na listi prvenstva temelj za donošenje odluke o imenovanju. To otvara prostor DSV-u da u postupku imenovanja sudaca, s obzirom na zahtjeve pojedinog sudačkog mjesta, u odnosu na svakog kandidata koji je ocijenjen istom ocjenom pojedinačno vrednuje Metodologijom propisana mjerila (kriterije), na temelju kojih je donesena ocjena obnašanja sudačke dužnosti tog kandidata, kao i mjerila (kriterije) propisana Pravilima, na temelju kojih su ostvareni bodovi na strukturiranom razgovoru, te ih potom usporedi s vrednovanjem istih mjerila na temelju kojih su donesene ocjene

i ostvareni bodovi drugih kandidata i zatim ocijeni koji od kandidata u većoj mjeri od ostalih ispunjava uvjete za imenovanje za suca.[40]

Kako na strukturiranom razgovoru kandidat može ostvariti maksimalno dvadeset bodova, a potom DSV odluku o imenovanju donosi odabirom između prvih petnaest kandidata među kojim bodovna razlika nije veća od petnaest bodova, uloga DSV-a u ukupnom vrednovanju kandidata je značajna. Stoga postoji obveza DSV-a da u odluci o imenovanju obrazloži, ne samo konačnu odluku o imenovanju, već i bodove kandidata ostvarene na usmenom razgovoru, o čemu se izjasnio i Ustavni sud RH u odluci U-III-4129/2021 i U-III-4639/2021 od 16. studenog 2021.[41]

S obzirom na značajnu ulogu DSV-a u postupku vrednovanja i imenovanja sudaca javnost rada DSV-a potrebno je osigurati u svim stadijima postupka. Time se osigurava mogućnost kontrole provedbe postupka izbora u pogledu stručnosti, neovisnosti i dostojnosti za obnašanje sudačke dužnosti. U normativnom smislu, nije izričito propisana dužnost DSV-a objavljivanja cjelovitog sadržaja odluke o imenovanju. Međutim, takva obveza posredno bi proizlazila iz čl. 10. i 11. Poslovnika.[42]

---

[40] Vidi odluku Ustavnog suda RH U-III-281/2018 od 22. svibnja 2018., točke 20.-23. obrazloženja, https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/fOdluka.xsp?action=openDocument&documentId=C12570D30061CE54C125829B002B481C

[41] „…Neizbježna činjenica da broj bodova ostvaren na temelju strukturiranog razgovora s kandidatima za sudačku dužnost po samoj naravi stvari može biti rezultat određenih subjektivnih dojmova nije u neskladu sa svrhom ovlasti danih DSV-u, ali upravo iz tog razloga postoji obveza DSV-a da svoje odluke obrazlaže, i to na zakonom detaljno propisan način…,

Ustavni sud nalazi da bi izložene okolnosti, čak i neovisno o činjenici da je to izričita zakonska obveza DSV-a, zahtijevale znatno šire, sadržajnije i preciznije obrazloženje odluke o imenovanju kandidata M.Đ za suca Županijskog suda u Sisku od obrazloženja koje je dano. Nema sumnje da je moguće, a i nužno, u obrazloženju odluke koja se temelji na naprijed izloženim podacima, iznijeti koncicznije i jasnije razloge zbog kojih je upravo kandidat M.Đ. na strukturiranom razgovoru ocijenjen najvišim brojem bodova ne samo u odnosu na podnositeljicu B.Đ., već i u odnosu na sve ostale kandidate, i/ili razloge zbog kojih je podnositeljica B.Đ. na strukturiranom razgovoru ocijenjena bitno nižim brojem bodova od svih ostalih kandidata.

Kod takvog stanja stvari osnovano je pretpostaviti da su kod podnositeljice B.Đ. odnosno kod kandidata M.Đ. uočena određena svojstva (ili nedostatak svojstava) koja je svakako moguće jasnije definirati, a koja su dovela do izrazito niske ocjene za podnositeljicu B.Đ. u odnosu prema znatno višim ocjenama ostalih kandidata - osobito prema ocjeni kandidata M.Đ., odnosno koja su dovela do izrazito visoke ocjene kandidata M.Đ. i „plasirala" ga na drugo mjesto liste prvenstva (sa četvrtog mjesta na listi kandidata) te, u konačnici, dovela do njegovog imenovanja...", Odluka Ustavnog suda RH U-III-4129/2021 i U-III-4639/2021 od 16. studenog 2021., https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/fOdluka.xsp?action=openDocument&documentId=C12570D30061CE54C125878F004AA28D

[42] Mijo Galiot, Anna-Maria Getoš „Novote u imenovanju sudaca", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 50, br. 1 (2013.), 44. i 46.

5. ZAKLJUČAK

Iz izvršene analize evaluacije sudaca razvidno je da Republika Hrvatska prihvaća formalni sustav ocjenjivanja, što je u skladu s preporukom CCJE-a koji predlaže usvajanje formalnijeg sustava individualnog vrednovanja. Ocjenjivanje se temelji na kvantitativnim, kvalitativnim i ostalim kriterijima (mjerilima) kako bi se dobila cjelokupna slika stručnosti i savjesnosti sudačkog rada. Kvalitativni kriterij zauzima značajni dio u ukupnom ocjenjivanju, što je također u skladu s preporukama CCJE. Kako se procjena mora temeljiti na objektivnim kriterijima predmet analize bio je cjelokupni postupak individualne procjene prilikom imenovanja s posebnim naglaskom kvalitativni kriterij reguliran odredbom čl. 9. Metodologije. Rezultati prikupljanja statističkih podataka potvrdili su početno postavljenu hipotezu da se kvaliteta rada sudaca različitih sudova i različitih odjela ne može mjeriti istim bodovnim razredima. Stoga je u tom dijelu potrebno revidirati Metodologiju na način da se kriteriji za ocjenu kvalitete prilagode vrsti i složenosti predmeta koje suci različitih sudova i različitih odjela rješavanju, a sukladno tome i prosjeku ukinutih odluka od strane drugostupanjskih sudova. U protivnom ocjenjivanje svih istim bodovnim razredima može stvoriti lažni dojam objektivnosti i izvjesnosti. Nadalje, u cilju povećanja transparentnosti metoda vrednovanja bilo bi svrsishodno *de lege ferenda* izričito propisati obvezu DSV-a za javnim objavljivanjem cjelokupnog sadržaja odluka o imenovanju.

LITERATURA

1. Bodul Dean, Tironi Ivan. „Vrednovanje rada sudaca u Republici Hrvatskoj: dihotomija norme i prakse“. U: *Zbornik radova sa VI. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“*, ur. Dinka Šago, 241.-260., Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2020.
2. Bodul, Dean. „Nova Okvirna mjerila za rad sudaca Objektivno provjerljivi parametri ili ne?“, *Informator* br. 6717 (2022.), https://informator.hr/strucni-clanci/nova-okvirna-mjerila-za-rad-sudaca
3. *Državno sudbeno vijeće*, pristup 15. kolovoza 2023., https://drzavnosudbenovijece.hr/hr/sjednice/redoslijed-kandidata-za-cetiri-suca-zupanijskog-suda-u-splitu-gradanski-odjel-oglas
4. Galiot Mijo, Getoš Anna-Maria. „Novote u imenovanju sudaca“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 50, br. 1 (2013.):17.-50.
5. *Izjava o načelima neovisnosti sudstva*, Konferenciji predsjednika vrhovnih sudova Srednje i Istočne Europe koja je održana 14. listopada 2015. na Brijunima u organizaciji Vrhovnog suda Republike Hrvatske i Ministarstva pravosuđa

Republike Hrvatske (Brijunska konferencija), i u suradnji sa CEELI Institutom iz Praga; 3., pristup 15. kolovoza 2023., https://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/2015dok/2015-10_0_BrijunskaizjavaHRp2.pdf

6. Jakovina, Dražen. „Vrednovanje rada sudaca u Republici Hrvatskoj: prikaz Metodologije izrade ocjene sudaca“, *Sveske za javno pravo*, br. 19., (2015.): 57.-61., http://www.fcjp.ba/templates/ ja_avian_ii_d/images/green/Drazen_Jakovina2.pdf,
7. *Kijevske preporuke o nezavisnosti pravosuđa u istočnoj Europi, Južnom Kavkazu i centralnoj Aziji,* Ured OSCE-a za demokratske institucije i ljudska prava i Max Planck Minerva Research Group on Judicial Independence, Kijev, 23-25.06.2010., pristup 15. kolovoza 2023., https://www.osce.org/bs/odihr/80802?download=true
8. Kontrec Damir. „Vrednovanje rada sudaca: iskustva iz Republike Hrvatske“, *Sveske za javno pravo*, br. 26., (2016.): 3.-7., https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Sveske_za_javno_pravo_broj_26.pdf
9. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.
10. Metodologija ocjenjivanja obnašanja sudačke dužnosti, Narodne novine br. 125/19.
11. *Ministarstvo pravosuđa i uprave*, pristup 15. kolovoza 2023., https://mpu.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Okvirna%20mjerila/Okvirna%20mjerila%20za%20rad%20sudaca_2021..pdf
12. Odluka Ustavnog suda RH U-III-1588/2022, U-III-1588/2022, U-III-1598/2022, U-III-1621/2022, U-III-1622/2022 od 26. listopada 2022.
13. Odluka Ustavnog suda RH U-III-281/2018 od 22. svibnja 2018.
14. Odluka Ustavnog suda RH U-III-4129/2021 i U-III-4639/2021 od 16. studenog 2021.
15. Odluka Ustavnog suda RH U-III-861/2023 od 13. travnja 2023.
16. Okvirna mjerila, *Ministarstvo pravosuđa i uprave*, https://mpu.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Okvirna%20mjerila/Okvirna%20mjerila%20za%20rad%20sudaca_2021..pdf
17. Peček, Robert. „Izbor sudaca na županijski sud (neki problemi u praksi)”, *IUS INFO*, https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/izbor-sudaca-na-zupanijski-sud-neki-problemi-u-praksi-54819
18. Peček, Robert. „Pravna zaštita u postupku imenovanja sudaca“, *IUS-INFO*, https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/pravna-zastita-u-postupku-imenovanja-sudaca
19. Pravila o vrednovanju kandidata u postupku imenovanja sudaca prvostupanjskih, županijskih i visokih sudova, Narodne novine br. 132/22.
20. Presuda Visokog upravnog suda RH Usž-3561/21-2 od 3. ožujka 2022.
21. Puljić, Joso. Okvirna mjerila za rad sudaca, *Informator,* br. 6239-6241 (2013.), https://informator.hr/strucni-clanci-abecedarij/okvirna-mjerila-za-rad-sudaca

22. *Savjetodavno vijeće Europskih sudaca Mišljenje br. 17. (2014.) o vrednovanju sudačkog rada, kvaliteti sudbenog sustava, poštivanju sudačke neovisnosti,* pristup 15. kolovoza 2023., http://www.uhs.hr/old/data_sve/docs/CCJE-MISLJENJE_BROJ_17.pdf
23. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.
24. Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine br. 99/99, 29/02 i 49/02 - pročišćeni tekst.
25. Zakon o sudovima, Narodne novine br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/20, 21/22, 60/22, 16/23.
26. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17, 110/21.
27. Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine br. 53/91, 9/92 i 77/92.
28. Zakonom o državnom sudbenom vijeću,Narodne novine br. 116/10, 57/11, 130/11, 13/13, 28/13, 82/15, 67/18, 126/19, 80/22, 16/23, 83/23.

EVALUATION OF JUDGES IN THE PROCEDURE FOR ADVANCEMENT TO THE HIGHER COURT

The article analyzes the issue of the objectivity of the evaluation procedure of first-instance judges when advancing to the second-instance court. After the introductory general qualifications on the institutional and normative framework in the Republic of Croatia, the process of evaluating judges is analytically presented. Statistical data is used to determine whether the purpose of the Consultative Council of European Judges has been achieved - the evaluation of judges based on objective criteria, especially abilities, integrity and experience. The existing regulation of the procedure is critically analyzed and improvements are proposed de lege ferenda in accordance with the principle of transparency. Completely transparent, definite and clear procedure, as well as a uniform practice, is an indispensable condition for the appointment and advancement of judges in accordance with international standards.

Key words: *benchmarks, methodology, evaluation of judges*

Dr. sc. Trpimir Perkušić,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska*

MOGUĆNOSTI ZAŠTITE INDIVIDUALNIH PRAVA RADNIKA U KONTEKSTU POSTUPOVNOG PRAVNOG UREĐENJA NA KOJEG UPUĆUJU ODREDBE ZAKONA O RADU

UDK: 349.2 : 347.919
347.919 : 331.109.3
Pregledni znanstveni rad

Uvažavajući obilježja i zaštitni karakter radnog odnosa Zakon o radu sadrži posebne postupovne odredbe za rješavanje individualnih radnih sporova. Kao redoviti način ostvarenja individualnih prava radnika prema ovom Zakonu je sudska zaštita pred stvarno i mjesno nadležnim državnim sudom, ali dispoziciji stranaka ostavlja mogućnost alternativnog rješavanja ovih sporova arbitražom, odnosno postupku mirenja. Međutim, odredbe ZR-a koje predstavljaju posebno postupovno uređenje induvidualnih radnih sporova (bilo alternativnim ili sudskim putem) su nedorečene, dijelom nekonzistentne prema normativi koja se supsidijarno primjenjuje kod rješavanja ovih sporova, tako da ostavljaju više otvorenih pitanja koja su predmet analize ovog rada, s prijedlozima de lege ferenda.

Ključne riječi: *zaštita individualnih prava radnika, arbitražno rješavanje individualnih radnih sporova, rješavanje individualnih radnih sporova mirenjem, sudska zaštita individualnih prava radnika.*

1. UVOD

Radni odnos, a samim time i radni sporovi specifični su u odnosu na ostale pravne odnose pa i one koji su zasnovani temeljem sličnih imenovanih ugovora koji za svoj predmet imaju određenu činidbu rada. U pravnoj doktrini radni odnos se definira kao društvenopravni odnos između poslodavca i radnika koji se temelji na njihovom sporazumu (eksplicitnom ili implicitnom, u pisanoj ili usmenoj formi), na temelju kojeg se radnik obvezuje osobno obavljati određeni rad prema uputama i nalozima poslodavca koji mu zauzvrat obvezuje osigurati potrebna sredstva za rad, strojeve, materijal, alat, uvjete rada te isplatu naknade (plaću) za obavljeni rad, poštujući norme predviđene zakonom, kolektivnim ugovorom

* Viši asistent na Katedri za radno i socijalno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, 21000 Split, Republika Hrvatska, e-mail: trpimir.perkusic@pravst.hr, ORCID ID: 0000-0003-4561-9926.

i pravilnikom o radu koje reguliraju njihov međusobni odnos.[1] Ako iz posebnih propisa drugačije ne proizlazi zasniva se ugovorom o radu.[2, 3] Osim što predstavlja temelj zasnivanja radnog odnosa, ugovor o radu predstavlja i izvor prava kojim se reguliraju prava i obveze koje iz tog odnosa proizlaze. Međutim, osim ugovorom o radu sadržaj radnog odnosa može biti reguliran međunarodnim ugovorima koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom Republike Hrvatske, kolektivnim ugovorom, sporazumom radničkog vijeća s poslodavcem, pravilnikom o radu te zakonskim odredbama iz čega proizlazi da pojam radnog odnosa obuhvaća širi krug prava i obveza nego što to proizlazi iz ugovora o radu.[4]

Radni spor definira se kao „...stanje neslaganja oko određenog pitanja ili skupine pitanja, oko kojih postoji sukob između radnika i poslodavaca, ili u vezi s kojima radnici ili poslodavci traže zaštitu svojih prava, ili oko kojih radnici ili poslodavci podržavaju druge radnike ili poslodavce u njihovim zahtjevima ili stavovima."[5, 6] S obzirom na podjelu radni sporovi dijele se na individualne i kolektivne radne sporove. Individualni radni spor je spor koji nastane između poslodavca s jedne strane, i radnika ili više radnika, s druge strane, s tim da u sporu svaki radnik nastupa samostalno i neovisno od drugog radnika, radi ostvarivanja prava i obveza koja proizlaze iz radnog odnosa,[7] te je upravo način rješavanja istih

---

[1] Andrijana Bilić, *Fleksibilnost i deregulacija u radnopravnim odnosima*, doktorska disertacija (Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2012), 10. Slično vidjeti: Ivana Grgurev, „Ugovor o radu", u: *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj,* Željko Potočnjak (ur.) (Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator, 2007), 12. „...radni odnos je dobrovoljno zasnovan naplatni odnos u kojem se radnik obvezao osobno obavljati rad. Pritom je radnik u svojem radu podređen uputama poslodavca, a poslodavac ima pravo nadzirati njegov rad.".

[2] Čl. 10. Zakona o radu, Narodne novine br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 64/23. (dalje u tekstu: ZR).

[3] Ugovor o radu nije jedini temelj zasnivanja radnog odnosa. Pravni osnov zasnivanja radnog odnosa u državnoj službi je rješenje o prijemu u državnu službu (čl. 52. Zakona o državnim službenicima, Narodne novine br. 92/05, 140/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 49/12. - službeni pročišćeni tekst, 38/13, 37/13, 1/15, 138/15, 102/15, 61/17, 70/19, 98/19, 141/22. (dalje u tekstu: Zakon o državnim službenicima), odnosno rješenje o izboru kandidata (čl. 52. a Zakona o državnim službenicima).

[4] Čl. 8. ZR-a. Šire vidjeti: Bilić, *Fleksibilnost i deregulacija u radnopravnim odnosima,* 10–18., Grgurev, *Ugovor o radu*, 2., Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: Radni odnosi (I).* (Zagreb: Narodne novine, 1969), 345–346.

[5] Resolution Concerning Statistics of Strikes, Lockouts and other Action Due to Labour Disputes, Adopted by the Fifteenth International Conference of Labour Statisticians. Genova: International Labour Office (Bureau of Statistics), 1993., str. 2.: „A labour dispute is a state of disagreement over a particular issue or group of issues overwhich there is conflict between workers and employers, or about which grievance is expressed by workers or employers, or about which workers or employers support otherworkers or employers in their demands or grievances." (Dostupno na: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087544.pdf – pristupljeno 24. srpnja 2023.).

[6] O pojmovnom određenju radnog spora vidjeti više: Slađana Aras Kramar, Senija Ledić, „Primjena pravila postupka u parnicama iz radnog odnosa – neki pravni prijepori", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 57, br. 4 (2020): 1011.–1033.

[7] Mihajlo Dika, Željko Potočnjak, „Arbitražno rješavanje radnih sporova" u: *Zasnivanje i prestanak radnih odnosa; Rješavanje radnih sporova,* Mihajlo Dika (et al.) (Zagreb: Narodne Novine, 2004), 240-243.

predmet ovog rada. Kolektivni radni spor je spor koji nastane između poslodavca ili udruge poslodavaca i sindikata ili udruge sindikata glede uređenja kolektivnih radnih odnosa.[8, 9]

Kao što je prethodno navedeno, radni odnosi, a samim time i radni sporovi specifični su u odnosu na ostale pravne odnose koji za svoj predmet imaju rad, te je takve pravne odnose potrebno razlikovati od radnog odnosa. Naime, poslodavci kako bi izbjegli prisilne propise zaštitnog karaktera kojima se štiti radnik kao slabija strana u radnom odnosu, sklapaju druge ugovore koji za svoj predmet imaju rad. Kako bi se isto spriječilo Zakon o radu propisuje da ako poslodavac s radnikom sklopi ugovor za obavljanje posla koji, s obzirom na narav i vrstu rada te ovlasti poslodavca, ima obilježja posla za koji se zasniva radni odnos, smatra se da je s radnikom sklopio ugovor o radu, osim ako poslodavac ne dokaže suprotno.[10] Da je riječ o radnom odnosu prepoznat ćemo prema bitnim obilježjima radnog odnosa. Bitna obilježja radnog odnosa su dobrovoljnost[11], obveza osobnog obavljanja rada (*faciendi necessitas*)[12], podređenost uputama poslodavca (subordinacija)[13] te naplatnost[14, 15] Rješavanje individualnih radnih sporova sudskim ili izvansudskim (alternativnim) putem treba sagledavati s aspekta zaštitnog karaktera radnog odnosa, odnosno mogu li stranke radnog

---

[8] Dika, Potočnjak, *Arbitražno rješavanje radnih sporova*, 240-243.

[9] S obzirom na predmet radnih sporova dijelimo ih na pravne i interesne. Više o podjeli radnih sporova s obzirom na predmet spora vidjeti u: Dika, Potočnjak, *Arbitražno rješavanje radnih sporova*, 240-243.; Mihajlo Dika, Željko Potočnjak, Viktor Gotovac, „Radni sporovi" u: *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj,* Željko Potočnjak (ur.) (Zagreb: Pravni fakultet i Organizator, 2007), 654.; Ivo Rozić, *Kolektivno radno pravo* (Sarajevo: JP NIO Službeni list BiH, 2013), 121–133.; Andrijana Bilić, Trpimir Perkušić, „Zakonitost štrajka – qui, quid, quando et quomodo?", *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku* 34, br. 3-4 (2018): 7.

[10] Čl. 10. st. 2. ZR-a.

[11] Dobrovoljnost odnosno suglasnost ugovornih strana za nastanak radnog odnosa ne traži se samo prilikom zasnivanja radnog odnosa, već i za cijelo vrijeme trajanja istog. U suprotnom ako bi se isti zasnovao ugovorom o radu koji bi bio protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima ili moralu društva, takav ugovor bio bi ništetan - čl. 322. st. 1. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22. (dalje u tekstu: Zakon o obveznim odnosima). O dobrovoljnosti kao bitnom obilježju ranog odnosa više vidjeti u Grgurev, *Ugovor o radu*, 12–13.; Tintić, *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: Radni odnosi (I).*, 355–357.

[12] Obveze koje proizlaze iz radnog odnosa radnik ne može prenositi na drugu osobu. Naime, jedno od temeljnih prava i obveza iz radnog odnosa koje propisuje Zakon o radu su da je radnik dužan osobno obavljati preuzeti posao, prema uputama poslodavca u skladu s naravi i vrstom rada (čl. 7. st. 1. ZR-a).

[13] Najčešće bitno obilježje koje razgraničava radni odnos od drugih pravnih odnosa koji za svoj predmet imaju rad je podređenost odnosno subordinacija radnika uputama poslodavca. Radnik je u radnom odnosu dužan preuzeti posao obavljati prema uputama poslodavca (čl. 7. st. 1. ZR-a).

[14] Da bi se radilo o radnom odnosu mora biti ispunjen i element naplatnosti. Temeljna obveza poslodavca je da radniku za obavljeni rad isplati plaću. Prema čl. 7. st. 1. ZR-a „Poslodavac je obvezan u radnom odnosu radniku dati posao te mu za obavljeni rad isplatiti plaću, a radnik je obvezan prema uputama koje poslodavac daje u skladu s naravi i vrstom rada, osobno obavljati preuzeti posao.".

[15] Vidjeti: Grgurev, *Ugovor o radu*, 12.; Tintić, *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: Radni odnosi (I).*, 355.

odnosa ugovoriti alternativni (izvansudski) način rješavanje takvih sporova te mogu li same urediti sastav, postupak i druga važna pitanja. Radnik je slabija ugovorna strana, te radi jače zaštite radnika kao slabije strane u radnom odnosu, ali i javnog interesa u ostvarivanju prava na rad,[16] brojnim zakonskim normama zaštitnog karaktera uspostavljena su ograničenja u pogledu slobode zasnivanja radnog odnosa kao i sadržaja tog odnosa. Svakako treba naglasiti da je stupanjem na snagu Zakona o radu iz 1995.[17] godine u pravnom sustavu Republike Hrvatske napušteno poimanje radnog odnosa kao statusnog i prihvaćen je građanskopravni (civilistički) pristup radnom odnosu.[18] Dok je u statusnom pristupu zanemarena ugovorna dimenzija radnog odnosa,[19] odnosno takav pristup je zahtijevao da se radni odnos pretežno uredi zakonskim normama prisilne pravne prirode,[20] u građanskopravnom pristupu osnova svih prava i obveza iz radnog odnosa postaje ugovor o radu, koji svoju podršku ima u kolektivnim ugovorima i u zakonskim odredbama. Dakle, kao što proizlazi iz prethodno navedenog, sloboda ugovaranja općenito je postavljena na način da poslodavac, radnik i radničko vijeće te sindikati i udruge poslodavaca, mogu ugovoriti uvjete rada koji su za radnika povoljniji od uvjeta normiranih odredbama ZR-a odnosno odredbama posebne pravne regulative iz ovog područja,[21] dok iznimno poslodavac, udruga poslodavaca i sindikati, ako je to zakonskim odredbama dopušteno, mogu kolektivnim ugovorom ugovoriti nepovoljnije uvjete rada od uvjeta određenih zakonom.[22] Ovdje treba istaknuti da u skladu s načelom *in favorem laboratoris*, ako je neko pravo iz radnog

[16] Čl. 54. st. 1. Ustava 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. (dalje u tekstu: Ustav Republike Hrvatske) jamči pravo na rad i slobodu rada. U pravnoj doktrini pravo na rad određuje se kao apstraktno pozadinsko pravo pojedinca da od države zahtijeva vođenje politike pune zaposlenosti, zaštitu mogućnosti svakog radnika da zarađuje za život u radnom odnosu kojeg je slobodno zasnovao, organiziranje i vođenje besplatnih službi za zapošljavanje za sve radnike te organizacije i provođenje profesionalnog obrazovanja. (Bob Hepple, „Security of Employment“,. u: *Comparative Labour Law and Industrial Relations, 3rd ed.,* Roger Blanpain (ed.) (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987.), 475.

[17] Zakon o radu, Narodne novine br. 38/95, 54/95, 65/95, 102/98, 17/01, 82/01, 114/03, 123/03, 142/03, 30/04, 68/05 – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 137/04 – pročišćeni tekst (dalje u tekstu: ZR/95) stupio je na snagu 16. lipnja 1995.

[18] Navedeni pristup zadržan je u Zakonu o radu iz 2009. godine, Narodne novine br. 149/09, 61/11, 82/12, 73/13. (dalje u tekstu: ZR/09) koji je stupio na snagu 1. siječnja 2010., te Zakonu u radu iz 2014. godine.

[19] Željko Potočnjak, „Sporovi o novom hrvatskom radnom zakonodavstvu“,. *Revija za socijalnu politiku* 1, br. 1 (1994): 37-52.

[20] U statusnom pristupu prevladavalo je shvaćanje da radi zaštite radnika kao slabije strane radnog odnosa pri uređenju istog prednost treba dati javnopravnoj intervenciji države. Vidjeti više: Potočnjak, *Sporovi o novom hrvatskom radnom zakonodavstvu*, 41.

[21] Čl. 9. st. 1. ZR-a.

[22] Čl. 9. st. 2. ZR-a.

odnosa različito uređeno navedenim izvorima prava, primijenit će se za radnika najpovoljnije pravo.[23]

Obzirom na specifičnost i zaštitni karakter radnog odnosa Zakon o radu sadrži pored materijalno pravnih odredbi i određene postupovne odredbe za rješavanje individualnih radnih sporova. Tako Zakon o radu u odredbi 136. regulira mogućnost mirenja i arbitraža kao alternativni način rješavanja individualnih radni sporova, u odredbi 133. predviđa sudsku zaštitu prava iz radnog odnosa, te u odredbi 134. posebnu pravnu zaštitu kod zaštite dostojanstva radnika. Međutim, takvo posebno pravno uređenje sadržano u Zakonu o radu, odnosno posebne odredbe kojima se regulira mogućnost rješavanja individualnih radnih sporova bilo alternativnim ili sudskim putem nedorečene su i nejasne na način da se na više mjesta uočavaju praznine koje treba popuniti. Upravo navedene odredbe predmet su analize ovog rada te će se u radu dati odgovor na otvorena pitanja koja proizlaze iz ovog posebnog pravnog uređenja sagledavajući ih i u kontekstu odredbi Zakona o mirnom rješavanju sporova[24] koji se kao opći pravni propis za rješavanja sporova mirnim putem supsidijarno primjenjuje na individualne radne sporove, Zakona o arbitraži[25] koji se kao opći pravni propis za rješavanje sporova putem arbitraže supsidijarno primjenjuje na individualne rade sporove te Zakona o parničnom postupku[26] koji regulira poseban postupak u parnicama iz radnih odnosa.

2. MOGUĆNOST RJEŠAVANJA INDIVIDUALNIH RADNIH SPOROVA MIRENJEM

2.1. Općenito o mogućnostima mirnog rješavanja individualnih radnih sporova prema ZR-u

Zakonom o radu[27] iz 1995. uvedena je mogućnost mirnog rješavanja radnih sporova. Ova mogućnost za individualne radne sporova nije bila eksplicitno propisana već je samo bila navedena u kontekstu odredaba sudske zaštite prava iz radnog odnosa. Naime, ako je zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom

[23] Čl. 9. st. 3. ZR-a.

[24] Zakon o mirnom rješavanju sporova, Narodne novine br. 67/23. (dalje u tekstu: Zakon o mirnom rješavanju sporova).

[25] Zakon o arbitraži, Narodne novine br. 88/01. (dalje u tekstu: Zakon o arbitraži).

[26] Zakon o parničnom postupku, Narodne novine br. 53/91, 91/92, 112/99, 129/00, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 96/08, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11. - službeni pročišćeni tekst, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22. (dalje u tekstu: ZPP).

[27] Zakon o radu, Narodne novine br. 38/95. koji je stupio na snagu 16. lipnja 1995., a u primjeni je od 1. siječnja 1996.

ili pravilnikom o radu bilo određeno mirno rješenje takvog spora, tada je rok za ostvarenje sudske zaštite od 15 dana tekao od dana okončanja postupka mirenja.[28] Normativu o mirenju sadržavao je i Zakon o radu iz 2009. godine.[29] U pogledu individualnih radnih sporova ovaj Zakon je izričito propisao mogućnost mirnog rješavanja, te je odredio da se sastav, postupak i druga pitanja važna za mirenje mogu urediti kolektivnim ugovorom.[30] Zakon o radu iz 2014. godine[31] nije donio značajnije promjene u odnosu na raniju zakonsku regulativu po pitanju mirenja u individualnim radnim sporovima. Tako je odredbom čl. 136. Zakona o radu propisano da stranke sporazumno mogu rješavanje individualnog radnog spora povjeriti mirenju, te da se sastav, postupak i druga pitanja za rad mirenja mogu urediti kolektivnim ugovorom. Stranke mogu ugovoriti mirenje u posebnom ugovoru (sporazumu) ili ugovoru o radu. Međutim, isto može biti određeno i kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu.[32] Svakako se postavlja pitanje ako je mirenje ugovoreno kolektivnim ugovorom, mora li se mirenje provesti prije sudskog postupka, odnosno je li to procesna pretpostavka za podnošenje tužbe. Prema pravnom shvaćanju zauzetom u sudskoj praksi „Za individualne radne sporova odabir postupka mirenja prepušten je strankama spora, dakle, stranke se samostalno i dobrovoljno mogu odlučiti na takav način rješavanja nastalog spora. Navedenim, a kako se ovdje ne radi o slučaju prisilnog mirenja već o dobrovoljnom mirenju, uz napomenu da takav dobrovoljni sporazum o provođenju mirenja nije postignut, u takvim okolnostima prethodna provedba ili pokretanje postupka mirenja nije uvjet dopustivosti pokretanja ili provedbe parničnog postupka. Dakle, ne radi se o procesnoj pretpostavci bez čijeg postojanja vođenje ove parnice i donošenje meritorne odluke nije dopušteno.“[33], također „Iz svega naprijed navedenog proizlazi da obvezno prethodno obraćanje Mirovnom vijeću poslodavca, odnosno Centru za mirenje HGK a radi mirnog rješenja spora nije procesna pretpostavka za podnošenje tužbe u konkretnom slučaju već predstavlja fakultativnu mogućnost koja, ako se iskoristi ima za posljedicu računanje roka za podnošenje tužbe sudu na način kako je to propisano odredbom članka 133. stavak 4. ZR.“[34]. Dakle, provođenje postupka mirenja u takvim okolnostima nije procesna pretpostavka za podnošenje tužbe sudu, tim više što je zakonodavac

[28] Čl. 126. st. 3. ZR/95.

[29] Zakon o radu, Narodne novine br. 149/09. (dalje u tekstu: ZR/09).

[30] čl. 132. ZR/09.

[31] Zakon o radu, Narodne novine br. 93/14. u primjeni od 7. kolovoza 2014.

[32] Prema odredbi čl. 133. st. 4. ZR-a „Ako je zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu predviđen postupak mirnoga rješavanja nastaloga spora, rok od petnaest dana za podnošenje tužbe sudu teče od dana okončanja toga postupka.“.

[33] Županijski sud u Splitu, Gž R 621/2020-2 od 28. listopada 2020.

[34] Županijski sud u Splitu, Gž R 26/2019-2 od 21. siječnja 2019.

propisao i posebnu proceduru kod ostvarivanja sudske zaštite prava i obveza iz radnog odnosa.[35] ZR također ne upućuje i na normativu koja se supsidijarno primjenjuje po pitanjima koja nisu uređena kolektivnim ugovorom.[36] Iako ZR izrijekom na to ne upućuje, na mirenje u individualnim radnim sporovima supsidijarno se primjenjuju odredbe Zakona o mirnom rješavanju sporova, kao općeg zakona kojim se reguliraju postupci mirenja u Republici Hrvatskoj.

2.2. Supsidijarna primjena odredbi Zakona o mirnom rješavanju sporova

U Republici Hrvatskoj mirno rješavanje sporova regulirano je općim Zakonom o mirnom rješavanju sporova.[37] Navedenim Zakonom pod mirnim načinom rješavanja sporova podrazumijeva se svaki sudski ili izvansudski postupak kojim stranke nastoje sporazumno riješiti spor, a koji uključuje medijaciju i strukturirane pregovore.[38] Kao opći zakon regulira između ostalog, ako to nije drugačije uređeno posebnim zakonom, i mirno rješavanje radnih sporova o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati, neovisno o tome je li stranke imaju prebivalište ili boravište odnosno sjedište u inozemstvu, Republici Hrvatskoj ili drugoj državi Europske unije. [39] Kako je ZR po pitanju mirnog rješavanja sporova nedorečen, tako supsidijarna primjena odredbi Zakona o mirnom rješavanju sporova odgovara na otvorena bitna pitanja: - mogućnost provedbe medijacije,[40] - pojam i sadržaj sporazuma o medijaciji, kao i početak, sklapanje i okončanje medijacije,[41] - dispozicije sporazumnog određivanja broja medijatora,[42] - način provođenja

---

[35] Vidjeti pod 4.

[36] Naime, izvan citirane odredbe čl. 136. ZR-a ovaj Zakon odredbama čl. 205–209. regulira postupak mirenja u kolektivnim radnim sporovima. O rješavanju kolektivnog radnog spora putem mirenja kao pretpostavke zakonitosti štrajka vidjeti u Bilić, Perkušić, *Zakonitost štrajka – qui, quid, quando et quomodo?,* 122–124.

[37] Zakon o mirnom rješavanju sporova, Narodne novine br. 67/23. Prije toga bio je reguliran Zakonom o mirenju, Narodne novine br. 163/03., zatim je uslijedio Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o mirenju, Narodne novine br. 79/09. te Zakon o mirenju, Narodne novine br. 18/11. koji je definirao mirenje kao svaki postupak, bez obzira na to provodi li se u sudu, instituciji za mirenje ili izvan njih, u kojem stranke nastoje sporazumno riješiti spor uz pomoć jednog ili više izmiritelja koji strankama pomažu postići nagodbu, bez ovlasti da im nametnu obvezujuće rješenje (čl. 3. st. 1.).

[38] Čl. 4. st. 1. a Zakona o mirnom rješavanju sporova.

[39] Čl. 1. Zakona o mirnom rješavanju sporova.

[40] Čl. 12. Zakona o mirnom rješavanju sporova.

[41] Čl. 13. Zakona o mirnom rješavanju sporova.

[42] Čl. 14. Zakona o mirnom rješavanju sporova.

medijacije,[43] - dovršetak medijacije i učinak sklopljene nagodbe.[44, 45] Medijacija se definira kao svaki postupak u kojem stranke nastoje sporazumno riješiti spor uz pomoć jednog ili više medijatora koji im pomaže postići nagodbu, bez ovlasti da im nametnu obvezujuće rješenje, neovisno o tome provodi li se postupak u sudu, instituciji za medijaciju ili izvan njih.[46] Prednost medijacije je upravo u tome da ovakva mogućnost strankama stoji na raspolaganju neovisno o tome je li se o predmetu spora vodi sudski, arbitražni ili drugi postupak.[47] Isto tako, u odnosu na navedene sporove postupak medijacije određuje znatno manji broj normi, odnosno stranke postupka imaju veću dispoziciju u uređivanju tog postupka, te je sam postupak medijacije u pogledu formalnosti i normiranosti sveden na minimum.[48] Naime, stranke mogu prije nastanka spora sklopiti sporazum[49] kojim se obvezuju da će sve ili samo neke sporove koji nastanu rješavati medijacijom, odnosno sporazum se smatra sklopljenim i kada jedna stranka podnese prijedlog za provođenje medijacije, a druga ga prihvati u roku određenim zakonom ili roku koji je naznačen u samom prijedlogu, u suprotnom ako se ne izjasni u roku smatra se da je prijedlog odbijen.[50] Ako je nagodba sklopljena ona je obvezatna za stranke, koje su njome preuzete obveze dužne pravodobno izvršiti. Nagodba je ovršna ako je u njoj utvrđena određena obveza na činidbu o kojoj se stranke mogu nagoditi i ako sadrži klauzulu ovršnosti, to jest izjavu obvezanika o neposrednom dopuštenju ovrhe nakon dospjelosti obveze. Na temelju takve klauzule može se neposredno provesti prisilna ovrha, time da klauzula ovršnosti može biti sadržana i u posebnoj ispravi. Ovrha se neće provesti, odnosno biti će odbijena ako sklapanje nagodbe nije dopušteno, ako je nagodba suprotna javnom poretku Republike Hrvatske i ako je sadržaj nagodbe neprovediv ili nemoguć. Stranke sporazumno izvan navedenog oblika mogu sklopiti nagodbu i u obliku javnobilježničkog akta,

---

[43] Čl. 16. i 17. Zakona o mirnom rješavanju sporova.

[44] Čl. 19. i 20. Zakona o mirnom rješavanju sporova.

[45] Također, ovim Zakonom se propisuje i dužnost stranka prije pokretanja parničnog postupka radi naknade štete da spor pokušaju riješiti mirnim putem, osim postupaka radi naknada štete iz radnog odnosa (Čl. 9. Zakona o mirnom rješavanju sporova). Naime, kako to proizlazi iz obrazloženja konačnog prijedloga Zakona o mirnom rješavanju sporova, nije opravdano očekivati da će propisivanjem te dužnosti spor riješiti mirnim putem iz razloga jer je riječ o specifičnim sporovima. (dostupno na: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2023-05-19/135502/PZE_469.pdf pristupljeno 31. kolovoza 2023. godine).

[46] Čl. 4. st. 1. b Zakona o mirnom rješavanju sporova.

[47] Čl. 12. Zakona o mirnom rješavanju sporova.

[48] Slično: Alan Uzelac, „Zakon o mirenju: nastanak, izvori i osnovna načela“, u: *Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovima*, Alen Uzelac (et al.) (Zagreb: TIM Press, 2004.), 41.

[49] Stranke u sporazumu o medijaciji određeno navode spor kao i druga pitanja koja će pokušati riješiti medijacijom te isti može sadržavati tko je medijator ili kako će biti određen, instituciju za medijaciju, sam način provođenja postupka, rok za dovršetak medijacije i sl. (čl. 13. st. 1. Zakona o mirnom rješavanju sporova).

[50] Čl. 13. st. 1., 3. i 4. Zakona o mirnom rješavanju sporova.

sudske nagodbe ili arbitražnog pravorijeka na temelju nagodbe.[51] Osnovni oblik nagodbe prema ovom Zakonu je ona nagodba sklopljena kao dvostranoobvezni ugovor koji je reguliran odredbama Zakona o obveznim odnosima[52]. Za takvu nagodbu ključno je da postoji spor ili neizvjesnost u nekom pravnom odnosu, a što stranke rješavaju uzajamnim popuštanjem kojim ujedno određuju svoja uzajamna prava i obveze.[53] Strukturirani pregovori definiraju se kao zakonom propisani ili dogovoreni postupci mirnog rješavanja spora u kojem stranke neposredno nastoje nagodbom riješiti svoj spor.[54] Dakle, u ovim postupcima, u odnosu na medijaciju, stranke nastoje riješiti svoj spor mirnim putem, ali bez sudjelovanja medijatora. Takvi postupci provode se u skladu sa sporazumom stranaka, te nagodba koja je sklopljena kao rezultat takvih pregovora nema svojstvo ovršne isprave, osim ako posebnim zakonom nije drugačije propisano.[55] Radi ispunjenja dužnosti pokušaja rješavanja spora mirnim putem posebnim zakonom može se propisati da je potrebno kako pokrenuti tako i provesti strukturirane pregovore te odrediti opseg, način provođenja i učinke takvih pregovora te svojstva i učinke nagodbe sklopljene kao rezultat takvih pregovora.[56]

2.3. Rješavanje individualnih radnih sporova mirenjem – otvorena pitanja

Iz prethodno izloženog proizlazi da Zakon o mirnom rješavanju sporova kao načine mirnog rješavanja sporova uključuje medijaciju i strukturirane pregovore. Kako navedeno pravno uređenje kod tumačenja odredbi ZR-a ne bi izazvalo daljnje dvojbe u terminološkoj neusklađenosti trebalo bi *de lege ferenda* uskladiti odrebe ZR-a na način da se umjesto predviđenog alternativnog načina rješavanja individualnog radnog spora mirenjem precizira načinom mirnog rješavanja spora kako ga predviđa novi Zakon o mirnom rješavanju spora, tj. medijacijom.[57] Naime, *de lege lata normativa* predviđa „...rješavanje radnog spora ugovorne strane mogu sporazumno povjeriti arbitraži, odnosno mirenju...“,[58] koja stipulacija odgovara pojmovnom određenju medijacije (kako je prethodno navedeno, medijacija je svaki postupak u kojem stranke nastoje sporazumno riješiti spor, ali uz pomoć medijatora), dok strukturirani pregovori predstavljaju mirno rješavanje

[51] Čl. 20. Zakona o mirnom rješavanju sporova.
[52] Članci 150.-159. Zakona o obveznim odnosima.
[53] Čl. 150. st. 1. Zakona o obveznim odnosima.
[54] Čl. 4. st. 1. c Zakona o mirnom rješavanju sporova.
[55] Čl. 11. st. 1. i 3. Zakona o mirnom rješavanju sporova.
[56] Čl. 11. st. 2. Zakona o mirnom rješavanju sporova.
[57] U tom smislu trebalo bi izmijeniti odredbu čl. 136. ZR-a.
[58] Čl. 136. st. 1. ZR-a.

spora, ali bez pomoći medijatora. S druge strane, kako će šire biti navedeno u nastavku rada,[59] *de lege lata normativa* koja posebno uređuje sudsku zaštitu individualnih prava iz radnog odnosa[60] u biti predstavlja strukturirane pregovore, ali kao procesnu pretpostavku sudske zaštite.

3. MOGUĆNOSTI RJEŠAVANJA INDIVIDUALNIH RADNIH SPOROVA ARBITRAŽOM

3.1. Općenito o mogućnostima arbitražnog rješavanja individualnih radnih sporova prema ZR-u

Kao što je prethodno navedeno, određujući se o mogućnostima alternativnog rješavnja radnih sporova ZR izrijekom predviđa i njihovo rješavanje pred arbitražom, tj. suđenju o sporu pred arbitražnim sudom (izabrano suđenje) kao nedržavnim pravosudnim tijelom kojem su stranke sporazumno povjerile donošenje meritorne odluke o sporu (pravorijeka). Kako ova odluka prema strankama ima snagu pravomoćne sudske presude, te ako je kondemnatorna i ovršne isprave, interes za ovaj alternativni način rješavanja sporova, u odnosu na njegovo rješavanje pred sudom kao državnim pravosudnim tijelom, stranke pored fleksibilnosti postupka nalaze i u bržem, te učinkovitijem rješavanju spora. Međutim, iako ZR dopuštajući mogućnost arbitražnog rješavanja individualnih radnih sporova predviđa da se sastav, postupak i druga pitanja važna za rad arbitraže mogu urediti kolektivnim ugovorom,[61] ujedno ne upućuje na normativu koja se supsidijarno primjenjuje po pitanjima koja nisu uređena kolektivnim ugovorom.[62] Iako ZR izrijekom na to ne upućuje,[63] na radnopravnu arbitražu supsidijarno se primjenjuju odredbe Zakona o arbitraži[64], kao općeg arbitražnog zakona kojim se reguliraju arbitražni postupci u Republici Hrvatskoj.

---

[59] Vidjeti pod 4.2.

[60] Čl. 133. st. 1. 3. ZR-a.

[61] Čl. 136. ZR-a.

[62] Naime, izvan citirane odredbe čl. 136. ZR-a, ovaj Zakon odredbom čl. 151. predviđa mogućnost arbitražnog rješavanja spora i u okolnostima kada poslodavac treba nadomjestiti suglasnost radničkog vijeća kod otkaza zaštićenih kategorija radnika, ako je radničko vijeće prethodno tu suglasnost uskratilo, te u slučaju kolektivnog radnog spora kojeg stranke sporazumno mogu povjeriti arbitraži (čl. 210.–212. ZR-a) i kod utvrđivanja poslova koji se ne mogu prekidati za vrijeme štrajka (čl. 214. ZR-a). O rješavanju kolektivnog radnog spora putem arbitraže vidjeti u Ivo Rozić, Andrijana Bilić, Trpimir Perkušić, „Otvorena pitanja objektivne arbitrabilnosti radnih sporova u hrvatskom pravu“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar, br. 17 (2019): 218-222.

[63] Kao što odredbama čl. 8. st. 4., čl. 51. st. 2., čl. 99. st. 3., čl. 106. st. 2., čl. 111. st. 1. ZR-a upućuje na supsidijarnu primjenu Zakona o obveznim odnosima.

[64] Zakon o arbitraži, Narodne novine br. 88/01. (dalje u tekstu: Zakon o arbitraži).

3.2. Supsidijarna primjena odredbi Zakona o arbitraži

Zakonom o arbitraži ista se pojmovno određuje kao suđenje pred arbitržanim sudom (izbrano suđenje) bez obzira organizira li ga, ili njegovo djelovanje osigurava arbitražna ustanova[65] ili ne,[66] dok se arbitražni sud definira kao nedržavni sud koji svoje ovlaštenje za suđenje crpi iz sporazuma stranaka.[67] Kao opći arbitražni zakona regulira domaću aribtražu, nadležnost i postupanje sudova, kako u vezi s domaćom arbitražom,[68] tako i u drugim slučajevima koji su predviđeni Zakonom o arbitraži, kao i priznanje i ovrhu arbitražnih pravorijeka.[69] Iako je ZR po pitanju arbitražnog rješavanja sporova nedorečen, supsidijarna primjena odredbi Zakona o arbitraži odgovara na otvorena bitna pitanja: - mogućnosti ugovaranja nadležnosti kako institucionalnih arbitražnih tijela tako i *ad hoc* arbitražnih sudova,[70] - pretpostavki ugovaranja arbitraže čije je mjesto izvan područja Republike Hrvatske za sporove s međunarodnim obilježjem,[71] - sposobnosti stranaka da sklope ugovor o arbitraži i da budu stranke pred arbitražnim sudom, [72] - oblika i pretpostavke valjanosti arbitražnog ugovora,[73] - dispozicije sporazumnog određivanja broja arbitara,[74] - uređivanja pravila arbitražnog postupka,[75] te pravila prema kojima arbitražni sud odlučuje o meritumu stvari,[76] - načina odlučivanja u vijeću,[77] - pravne snage pravorijeka, [78] - mogućnosti ispravka i tumačenja pravorijeka, [79] - mogućnost i

[65] Arbitražna ustanova je pravna osoba ili tijelo pravne osobe koje organizira i osigurava djelovanje arbitražnih sudova (čl. 2. st. 1. t. 4. Zakona o arbitraži).

[66] Čl. 2. st. 1. t. 1. Zakona o arbitraži.

[67] Čl. 2. st. 1. t. 3. Zakona o arbitraži.

[68] Čl. 36. st. 2. t. 1. Zakona o arbitraži.

[69] Čl. 1. Zakona o arbitraži.

[70] Čl. 3. st. 3. Zakona o arbitraži.

[71] Čl. 3. st. 2. Zakona o arbitraži.

[72] Čl. 7. Zakona o arbitraži.

[73] Čl. 6. st. 1. i čl. 15. st. 1. Zakona o arbitraži.

[74] Čl. 9. Zakona o arbitraži.

[75] Čl. 18. Zakona o arbitraži.

[76] Čl. 27. Zakona o arbitraži.

[77] Čl. 28. Zakona o arbitraži.

[78] Čl. 31. Zakona o arbitraži.

[79] Čl. 34. Zakona o arbitraži.

pretpostavke podnošenja tužbe za poništaj pravorijeka kao pravnog sredstva protiv pravorijeka,[80] - te priznanja i ovrhe pravorijeka.[81, 82]

3.3. Rješavanje individualnih radnih sporova pred arbitražom – otvorena pitanja

Međutim, s obzirom na specifičnosti radnih sporova i nedorečenost odredbi ZR-a koje se odnose na mogućnost rješavanja individualnih radnih sporova arbitražom, Zakon o arbitraži svojim odredbama ne odgovara na pitanja objektivne arbitrabilnosti ovih sporova, tj. mogućnosti iznošenja predmeta spora pred arbitražu. Kod nedorečene zakonske normative, odgovor na ovo otvoreno pitanje uz tumačenje odredbi ZR-a i Zakona o arbitraži treba sagledavati prema bitnim obilježjima individualnog radnog spora. Naime, Zakon o arbitraži arbitrabilnost sporova uređuje odredbama prema kojima stranke mogu ugovoriti domaću arbitražu za rješavanje sporova o pravima kojima mogu slobodno raspolagati.[83] Navedenom stipulacijom Zakon o arbitraži domaću arbitražu ograničava tek pretpostavkom da je riječ o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati.[84] Međutim, iako ovaj Zakon glede domaće arbitraže izričito ne navodi isključivu nadležnost suda kao ograničenje arbitrabilnosti, u pravnoj doktrini[85] se opravdano ističe da navedena pretpostavka proizlazi po logici stvari, tako arbitrabilni ne bi bili niti sporovi za koje je zakonom izrijekom predviđena samo sudska zaštita prava. Navedeni zaključak proizlazi i iz tumačenja odredbi Zakona o sudovima.[86] Dakle, prema Zakonu o arbitraži objektivna arbitrabilnost ograničena je pretpostavkama da je riječ o sporu o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati, te da nije riječ o sporu za koji je zakonom izrijekom predviđena samo sudska zaštita prava.

---

[80] Čl. 36. st. 2. t. 1. Zakona o arbitraži.

[81] Čl. 38.–40. Zakona o arbitraži.

[82] O arbitražnom rješavanju sporova prema Zakonu o arbitraži šire vidjeti: Trpimir Perkušić, „Possibility of Resolving Individual Labor Disputes in Croatian Law by Arbitration", u: *Cofola International 2021, International and National Arbitration – Challenges and Trends of the Present and Future*, Radovan Malachta (et al.) (Brno: Masaryk University, Faculty of Law, 2021), 470-472., Rozić, Bilić, Perkušić, *Otvorena pitanja objektivne arbitrabilnosti radnih sporova u hrvatskom pravu*, 215-217., Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, (Zagreb: Narodne novine, 2004), 843.–920., Dika, Potočnjak, Gotovac, *Radni sporovi*, 654.

[83] Čl. 3. st. 1. Zakona o arbitraži.

[84] Tek kod sporova s međunarodnim obilježjem, pored pretpostavke da je riječ o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati, predviđa i ograničenje da za rješavanje sporova nije propisana isključiva nadležnost sudova u Republici Hrvatskoj (čl. 3. st. 2. Zakona o arbitraži).

[85] Dika, Potočnjak, *Arbitražno rješavanje radnih sporova*, 247.

[86] Tako Zakon o sudovima, Narodne novine br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/22, 21/22, 60/22, 16/23. odredbom čl. 4. st. 2. propisuje da se odlučivanje u pojedinim pravnim stvarima iz sudskog djelokruga ugovorom može povjeriti arbitražnim sudovima sukladno zakonu.

Pritom se u pravnoj doktrini[87] opravdano ističe da zakonsku stipulaciju prava kojima stranke mogu slobodno raspolagati treba široko tumačiti.[88] S druge strane, arbitrabilnost individualnih radnih sporova prema ZR-u, kao posebnom pravnom uređenju koje se odnosi na arbitražu radnih sporova, regulirana je odredbom koja upućuje na generalnu arbitrabilnost takvih sporova („...rješavanje radnog spora ugovorne strane mogu sporazumno povjeriti arbitraži, odnosno mirenju...“)[89], ali i stipulacijom normative koja regulira zaštitu prava iz radnog odnosa koja se odnosi na „sudsku zaštitu prava iz radnog odnosa“ i koja u okolnostima kada radnik smatra da mu je poslodavac povrijedio neko pravo iz radnog odnosa regulira „... zaštitu povrijeđenog prava pred nadležnim sudom...“,[90] pri čemu ako ovim ili drugim zakonom nije drukčije određeno, nadležan sud, u smislu odredbi ovoga Zakona, je sud nadležan za radne sporove.[91]

Navedene nedorečene i nekonzistentne odredbe u praksi izazivaju dvojbe i različito se tumače. Prema pravnom shvaćanju koje je zauzeo Vrhovni sud Republike Hrvatske, sporovi radi utvrđenja nedopuštenosti otkaza nisu arbitrabilni. Zauzeto pravno shvaćanje temelji se na razlozima koji se odnose kako na ocjenu da je u navedenim sporovima propisana isključiva nadležnost državnog suda („... za rješavanje spora radi utvrđenja nedopuštenosti otkaza ugovora o radu izrijekom je propisana sudska nadležnost...“)[92], tako i na ocjenu da je riječ o sporu o pravima kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati („...pitanje otkaza ugovora o radu uređeno je strogim propisima...“).[93] Arbitrabilnim se smatraju tek sporovi koji se odnose na odgovornost za štetu koja je nastala na radu i u svezi s radom.[94] Različit je pristup u pravnim shvaćanjima zauzetim u pravorijecima Stalnog izabranog

[87] Vidjeti: Siniša Triva, Alan Uzelac, *Hrvatsko arbitražno pravo* (Zagreb: Narode novine, 2007.), 29. (prema ovim autorima spor je arbitrabilan ako stranke mogu posredno ili neposredno raspolagati pravom izvan postupka, odnosno u nekom postupku, bilo sudskom ili upravnom).

[88] O arbitrabilnosti radnih sporova vidjeti: Dika, Potočnjak, *Arbitražno rješavanje radnih sporova*, 240-243., Triva, Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 910–920.

[89] Čl. 136. st. 1. ZR-a.

[90] Čl. 133. st. 2. i 3. ZR-a.

[91] Čl. 133. st. 6. ZR-a.

[92] Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gž – 5/21-2 od 26. svibnja 2021., Gž – 23/2018-2 od 4. prosinca 2018.

[93] I pravna shvaćanja nižestupanjskih državnih sudova temelje se na istim razlozima. Tako Županijski sud u Splitu, Gž R-252/21-2 od 20. rujna 2021., Gž R-26/19-2 od 21. siječnja 2019.

[94] Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev – 2075/15-5 od 21. rujna 2016., Županijski sud u Zagrebu, Gž R-2421/16 od 5. siječnja 2017.

sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori prema kojima je spor o dopuštenosti otkaza arbitrabilno pitanje.[95, 96]

Iz prethodno izloženog proizlazi da iz nedorečenih, te (s obzirom na stipulacije koje se odnose na generalnu arbitrabilnost individualnih radnih sporova i sudsku zaštitu prava iz radnog odnosa) nekonzistentnih odredbi ZR-a proizlaze dvojbe koje se odnose na arbitrabilnost individualnih radnih sporova. Zbog navedenog, a polazeći i od pristupa prema kojem su arbitrabilni svi individualni radni sporovi, bez obzira proizlaze li ti sporovi iz pravnih odnosa ugovornog ili izvanugovornog karaktera, te kada je riječ i o pravu koje je uređeno kogentnom normom ako je sporno je li u pojedinom slučaju povrijeđeno subjektivno pravo koje ta kogentna norma uređuje,[97] treba zaključiti da odredbe ZR-a koje se odnose na arbitrabilnost individualnih radnih sporova *de lege ferenda* treba dopuniti na način prema kojem bi izrijekom uz supsidijarnu primjenu (za pitanja koja nisu regulirana ovim zakonom, kolektivnim ugovorom ili sporazumom stranaka) Zakona o arbitraži bila propisana arbitrabilnost svih individualnih radnih sporova, osim onih za koje bi zakonom bila izričito propisana nadležnost državnog suda. Svakako, polazeći od činjenice da je radnik slabija ugovorna strana kod sklapanja ugovora o radu u odnosu prema poslodavcu, te tako zaštitnog karaktera radnog odnosa, odredbe ZR-a trebale bi sadržavati i uređenje prema kojem bi mogućnost ugovaranja arbitraže bila dopuštena ugovorom o arbitraži koji bi poslodavac i radnik mogli sklopiti tek nakon što spor iz individualnog radnog odnosa nastane (arbitražna klauzula koja čini sadržaj sklopljenog ugovora o radu, kao i prethodno posebno sklopljen arbitražni ugovor između radnika i poslodavca, bio bi ništetan).[98]

---

[95] Pravorijek arbitra Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori br. AS-P-2011/20 od 30. prosinca 2013. Svakako prema ovom pravnom shvaćanju arbitrabilni bi bili i sporovi koji se odnose na isplatu po osnovu otpremnine (br. IS-P-2009/09 od 3. siječnja 2011.), ali i sporovi po osnovu odgovornosti za štetu koja je nastala na radu i u svezi s radom (br. IS-P-2008/21 od 29. svibnja 2021.).

[96] O arbitrabilnosti individualnih radnih sporova slično i šire vidjeti: Perkušić, *Possibility of Resolving Individual Labor Disputes in Croatian Law by Arbitration*, 470-477., Rozić, Bilić, Perkušić, *Otvorena pitanja objektivne arbitrabilnosti radnih sporova u hrvatskom pravu*, 225-234.

[97] Perkušić, *Possibility of Resolving Individual Labor Disputes in Croatian Law by Arbitration*, 473-477., Rozić, Bilić, Perkušić, *Otvorena pitanja objektivne arbitrabilnosti radnih sporova u hrvatskom pravu*, 237-238.

[98] Vidjeti slično i šire: Perkušić, *Possibility of Resolving Individual Labor Disputes in Croatian Law by Arbitration*, 473-478., Rozić, Bilić, Perkušić, *Otvorena pitanja objektivne arbitrabilnosti radnih sporova u hrvatskom pravu*, 227-238.

4. SUDSKA ZAŠTITA INDIVIDUALNIH PRAVA RADNIKA

4.1. Sudska zaštita individualnih prava radnika primjenom odredbi Zakona o parničnom postupku

Sudska zaštita individualnih prava radnika pruža se pred nadležnim sudom u parničnom postupku. Tako se u ovim sporovima primjenjuju opća pravila Zakona o parničnom postupku[99] (dakle, redovna pravila koja se primjenjuju za sve vrste sporova ako zakonom nije određeno da u njima sud rješava po pravilima kojega drugog postupka),[100] te posebna pravila ovog Zakona koja se primjenjuju u parnicama iz radnih odnosa.[101] Opća pravila ZPP-a primjenjuju se u parnicama iz radnih odnosa ako u posebna pravila ovog Zakona koja se primjenjuju u parnicama iz radnih odnosa ne sadrže posebne odredbe.[102] Polazeći od općih obilježja radnog odnosa, te posebno zaštitnog karaktera ovog pravnog odnosa, ZPP posebnim postupovnim pravilima u parnicama iz radnih odnosa uređuje utuživanje novčane tražbine po osnovu radnog odnosa koja se utvrđuje u bruto iznosu,[103] nalaže potrebu hitnog rješavanja radnih sporova,[104] posebno uređuje zastupanje stranaka,[105] inkvizitorna ovlaštenja suda,[106] te ovršnost odluke.[107] Treba

[99] Zakon o parničnom postupku, Narodne novine br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 84/08, 123/08, 57/11, 25/13, 28/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22. (dalje u tekstu: ZPP).

[100] Čl. 1. ZPP-a.

[101] Posebne odredbe postupka u parnicama iz radnih odnosa sadrži glava dvadeset sedma (čl. 433.–437.) ZPP-a.

[102] Čl. 433. ZPP-a.

[103] Prema odredbi čl. 433.a ZPP-a, kad utužuje novčane tražbine po osnovi radnog odnosa koje se utvrđuju u bruto iznosu, radnik ih je dužan utužiti u tom iznosu (ako nije naveo da zahtijeva bruto iznos, smatra se da je utužio bruto iznos). Tek iznimno, ako su plaćeni porez, prirez i doprinosi, uključujući i doprinos za individualiziranu kapitaliziranu štednju, radnik je dužan izrijekom navesti da zahtijeva neto iznos.

[104] Prema odredbi čl. 434. ZPP-a, u sporovima iz radnih odnosa, a osobito pri određivanju rokova i ročišta, sud je dužan obraćati osobitu pažnju na potrebu hitnog rješavanja radnih sporova. Posebno se uređuje rok od petnaest dana za odgovor na tužbu, postupak pred prvostupanjskim sudom mora se okončati u roku od šest mjeseci od dana podnošenja tužbe, dok je drugostupanjski sud dužan donijeti odluku o žalbi u roku od trideset dana od dana primitka žalbe. Žurnost u rješavanju naglašava se u sporovima koje pokreće radnik protiv odluke o prestanku ugovora o radu i kolektivnim radnim sporovima, na način da se (ako zakonom nije određen kraći rok) ročište za glavnu raspravu mora održati u roku od trideset dana od dana primitka odgovora na tužbu (kako u sudskoj praksi, tako i u pravnoj doktrini, ovi rokovi se tumače kao instruktivni).

[105] Tako, posebno u odnosu prema općim pravilima (čl. 89.a ZPP-a), odredbom čl. 434.a ZPP-a uređuje da u ovim sporovima radnika kao punomoćnik može zastupati osoba koja je u radnom odnosu u sindikatu čiji je on član ili u udruzi sindikata u koju je udružen sindikat čiji je on član, dok poslodavca može zastupati osoba koja je u radnom odnosu u udruzi poslodavaca čiji je on član ili u udruzi poslodavaca više razine u koju je udružena udruga poslodavaca čiji je on član.

[106] Tako u ovim postupcima (čl. 435. ZPP-a) sud može i po službenoj dužnosti odrediti privremene mjere koje se primjenjuju u ovršnom postupku radi spriječavanja nasilnog postupanja ili radi otklanjanja nenadoknadive štete.

[107] Prema odredbi čl. 437. ZPP-a radi važnih razloga sud može odlučiti da žalba ne zadržava ovrhu odluke.

napomenuti da iako prema općem kriteriju[108] radni sporovi mogu bti sporovi male vrijednosti, ne smatraju se takvim sporovima sporovi iz radnih odnosa koje je pokrenuo radnik protiv odluke o prestanku ugovora o radu,[109] te da nakon izmjena i dopuna ZPP-a iz 2022. godine[110] izravna revizija nije više dopuštena niti u sporovima o postojanju ugovora o radu, odnosno prestanku radnog odnosa ili radi utvrđenja postojanja radnog odnosa,[111] već se revizijski postupak uvijek pokreće prijedlogom za dopuštenje revizije.[112],[113]

4.2. Posebno postupovno uređenje sudskog rješavanja individualnih radnih sporova prema ZR-u

S druge strane, uvažavajući opća obilježja radnog odnosa posebne postupovne odredbe sudskog rješavanja radnih sporova sadrži i ZR. Tako relevantno za individualni radni spor, ZR posebno uređuje poslovnu, a time i parničnu sposobnost maloljetnika. Naime, ako zakonski zastupnik ovlasti maloljetnika s petnaest godina i starijeg od petnaest godina za sklapanje određenog ugovora o radu, osim maloljetnika koji pohađa obvezno osnovno obrazovanje, maloljetnik je poslovno sposoban za sklapanje i raskidanje toga ugovora te za poduzimanje svih pravnih radnji u vezi s ispunjenjem prava i obveza iz toga ugovora ili u vezi s tim ugovorom.[114] Ovlaštenje se daje u pisanom obliku, ali su od takvog (samostalnog) ovlaštenja zakonskog zastupnika izuzeti pravni poslovi za čije poduzimanje zakonskom zastupniku treba odobrenje tijela nadležnog za poslove socijalne skrbi. Dakle, tumačeći navedenu odredbu u skladu s općim odredbama ZPP- a koje se odnose na parničnu sposobnost,[115] treba zaključiti da je maloljetnik parnično sposoban u svim sporovima koji nastanu iz ugovora o radu za koje je ovlašten samostalno ih sklopiti. Međutim, dano ovlaštenje zakonski zastupnik

[108] Čl. 458. i čl. 502. ZPP-a.

[109] Čl. 459. ZPP-a.

[110] Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, Narodne novine br. 80/22.

[111] Kako je to prije navedenih izmjena i dopuna uređivala odredba čl. 382.a st. 1. t. 1. Zakona o parničnom postupku, Narodne novine br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 84/08, 123/08, 57/11, 25/13, 28/13, 89/14, 70/19.

[112] Čl. 382.–400. ZPP-a.

[113] O ostvarivanju prava iz radnog odnosa prema novelama ZPP-a šire vidjeti: Dejan Bodul, „Ostvarivanje prava iz radnog odnosa u noveli Zakona o parničnom postupku – pregled relevantnih novina“, *Radno pravo*, br. 1/20, (2020): 29.–39., Slađana Aras Kramar, „Postupak u parnici iz radnog odnosa: o primjeni i nekim karakteristikama posebne procedure“, *Radno pravo*, br. 5/23, (2023): 10. – 17.

[114] Čl. 20. st. 1. ZR-a

[115] Prema odredbi čl. 79. st. 3. ZPP-a, maloljetnik koji nije stekao potpunu poslovnu sposobnost parnično je sposoban u granicama u kojima mu se priznaje poslovna sposobnost.

može povući ili ograničiti, te u ime maloljetnika raskinuti radni odnos.[116] Isto tako, ZR posebno uređuje dostavu odluke o pravima i obvezama iz radnog odnosa, te teret dokazivanja u radnim sporovima. Kada je riječ o dostavi odluka o pravima i obvezama iz radnog odnosa ZR uređuje da se kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca ili pravilnikom o radu može propisati način dostave odluka o otkazu ili drugih odluka u postupcima povodom povrede prava radnika iz radnog odnosa. U okolnostima kada navedeni pravni izvori ne sadrže posebne odredbe o dostavi ovih odluka primjenjuju se odredbe ZPP-a o dostavi.[117] Kada je riječ o teretu dokazivanja u radnim sporovima ZR u skladu s općim pravilima ZPP-a uređuje da je u slučaju spora iz radnog odnosa (ako ovim ili drugim zakonom nije drukčije uređeno) teret dokazivanja na osobi koja smatra da joj je neko pravo iz radnog odnosa povrijeđeno, odnosno koja pokreće spor.[118] Međutim, ujedno radi osnaživanja procesnog statusa radnika predviđa iznimke. Tako u slučaju spora oko stavljanja radnika u nepovoljniji položaj od drugih radnika radi obraćanja radnika zbog opravdane sumnje na korupciju ili u dobroj vjeri podnošenja prijave o toj sumnji odgovornim osobama ili nadležnim tijelima državne vlasti, a što je dovelo do povrede nekog od prava radnika iz radnog odnosa, ako radnik učini vjerojatnim da je stavljen u nepovoljniji položaj i da mu je povrijeđeno neko od njegovih prava iz radnog odnosa, teret dokazivanja prelazi na poslodavca. U ovim okolnostima poslodavac mora dokazati da radnika nije stavio u nepovoljniji položaj od drugih radnika, odnosno da mu nije povrijedio pravo iz radnog odnosa.[119] Važna iznimka o teretu dokazivanja predviđena je i slučaju spora zbog otkaza ugovora o radu kada je teret dokazivanja postojanja opravdanog razloga za otkaz ugovora o radu na poslodavcu ako je ugovor o radu otkazao poslodavac, a na radniku samo ako je on ugovor o radu otkazao izvanrednim otkazom ugovora o radu.[120] Dakle, iz stipulacije navedene odredbe proizlazi da je u ovim sporovima na poslodavcu teret dokazivanja samo glede činjenica koje se odnose na postojanje opravdanog razloga za otkaz, dok se u odnosu prema ostalim relevantnim činjenicama u ovim sporovima primjenjuje opće pravilo o teretu dokaza. Daljnja iznimka predviđena je za slučaj spora u vezi s radnim vremenom u okolnostima kada poslodavac o tome ne vodi evidenciju u skladu s odredbama ovog Zakona na način da je teret dokazivanja radnog vremena

[116] Čl. 20. st. 2., 5. i 7. ZR-a. Za razliku od zakonskog zastupnika, skrbnik maloljetnika (osoba koja nije zakonski zastupnik, već skrbnik maloljetnika prema posebnim propisima) može dati navedeno posebno ovlaštenje samo na temelju prethodnog odobrenja tijela nadležnog za poslove socijalne skrbi (Čl. 20. st. 6. ZR-a).

[117] Čl. 128. ZR-a.

[118] Čl. 135. st. 1. ZR-a.

[119] Čl. 135. st. 2. ZR-a.

[120] Čl. 135. st. 3. ZR-a.

na poslodavcu.[121] Slično je i u slučaju spora o stavljanju u nepovoljniji položaj radnika koji je podnio zahtjev za ostvarivanje rodiljnih i roditeljskih prava u skladu s propisom o rodiljnim i roditeljskim potporama ili prava vezana za pružanje osobne skrbi na temelju ovoga Zakona, a što je dovelo do povrede nekog od prava radnika iz radnog odnosa. U ovim okolnostima ako radnik učini vjerojatnim da je stavljen u nepovoljniji položaj zbog tih razloga, teret dokazivanja prelazi na poslodavca koji mora dokazati da radnika nije stavio u nepovoljniji položaj zbog tih razloga odnosno da mu nije povrijedio pravo iz radnog odnosa.[122] Isto tako, u slučaju spora o postojanju dogovora za rad na izdvojenom mjestu rada teret dokazivanja o takvom dogovoru je na poslodavcu.[123],[124]

Uz prethodno izložena posebna postupovna pravila sudskog rješavanja individualnih radnih sporova, ZR je učvršćujući zaštitni karakter radnog odnosa za pojedine vrste radnih sporova predvidio različite pravne režime ostvarivanja pravne zaštite u ovim sporovima. Za temu ovog rada relevantno je razlikovanje posebno uređenih ostvarivanja nenovčanih od novčanih zahtjeva, te posebno uređena zaštita dostojanstva radnika.

4.2.1. Pretpostavke ostvarenja nenovčanih zahtjeva (zaštita prava iz radnog odnosa)

ZR posebno uređuje pretpostavke ostvarenja povrijeđenih nenovčanih prava radnika iz radnog odnosa na način da radnik koji smatra da mu je poslodavac povrijedio neko pravo iz radnog odnosa može u roku od petnaest dana od dostave odluke kojom je povrijeđeno njegovo pravo, odnosno od saznanja za povredu prava, zahtijevati od poslodavca ostvarenje tog prava (navedeno uređenje predstavlja posebno uređeni oblik strukturiranih pregovora u smislu odredbi Zakona o mirnom rješavanju sporova).[125] Ako poslodavac u roku od petnaest dana od dana dostave zahtjeva radnika ne udovolji tom zahtjevu predmnjeva se da je poslodavac odbio zahtjev radnika, ili ako je poslodavac prije isteka tog roka odbio zahtjev radnika, radnik može u daljnjem roku od petnaest dana zahtijevati zaštitu povrijeđenog prava pred nadležnim sudom.[126] U okolnostima kada je zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu predviđen

[121] Čl. 135. st. 4. ZR-a.

[122] Čl. 135. st. 5. ZR-a.

[123] Čl. 135. st. 6. ZR-a.

[124] O teretu dokazivanja u radnim sporovima šire vidjeti: Iris Gović, Dušanka Marinković Drača, Darko Milković, *Zakon o radu – komentar, sudska praksa i ogledni primjeri* (Zagreb: TEB – Poslovno savjetovanje d.o.o., 2010.) 448.–453., Domagoj Franjo Frntić et al., *Detaljni komentar Zakona o radu* (Zagreb: Radno pravo, 2018.), 759.– 72.

[125] Čl. 4. st.1.c Zakona o mirnom rješavanju sporova. Vidjeti pod 2.2.

[126] Čl. 133. st. 1. i 2. ZR-a.

postupak mirnoga rješavanja nastaloga spora, rok od petnaest dana za podnošenje tužbe sudu teče od dana okončanja toga postupka.[127] Kako prema pravnim shvaćanjima iznijetim u pravnoj doktrini[128] tako i prema pravnim shvaćanjima zauzetim u sudskoj praksi[129] riječ je o prekluzivnim rokovima, pa propust radnika da u zakonom predviđenom roku zahtijeva ostvarenje svojih povrijeđenih prava za posljedicu ima gubitak prava radnika zahtijevati zaštitu povrijeđenih prava pred nadležnim sudom.

Kako ZR izričito regulira da se ovaj izvansudski (predsudski) režim pravne zaštite ne odnosi na zahtjeve radnika za naknadom štete ili drugog novčanog potraživanja iz radnog odnosa, te na postupak zaštite dostojanstva radnika,[130] u pravnoj doktrini je iznijeto pravno shvaćanje prema kojem ovo posebno pravno uređenje ostvarenja individualnih prava iz radnog odnosa obuhvaća povrede koje se odnose na sve odluke poslodavca ili njegovo faktično postupanje kojim se uređuje, dopunjuju ili mijenjaju prethodno zasnovana prava i obveze iz radnog odnosa.[131] Navedeno posebno pravno uređenje slično se tumači i u sudskoj praksi. Tako prema pravnom shvaćanju zauzetom u sudskoj praksi „...samo u slučaju aktivnog djelovanja poslodavca, radnik ima pravo na sudsku zaštitu protiv odluke poslodavca koja proizvodi negativan učinak na prava radnika iz radnog odnosa i koja mijenja sadržaj radnog odnosa na štetu radnika ili mu uskraćuje (odbijanje zahtjeva) pravo koje mu pripada. Dakle, mora se raditi o odluci poslodavca koja neposredno djeluje na prava radnika iz radnog odnosa...".[132]

Prema daljnjoj izričitoj odredbi ovog posebnog pravnog uređenja ostvarenja individualnih nenovčanih prava radnika iz radnog odnosa, zaštitu povrijeđenog prava pred nadležnim sudom (ako nije riječ o predviđenim izuzecima koji se tiču zahtjeva radnika za naknadom štete ili druge novčane tražbine iz radnog odnosa, te postupak zaštite dostojanstva radnika) ne može zahtijevati radnik koji prethodno poslodavcu nije podnio zahtjev za zaštitu prava.[133] Iz stipulacije prethodno navedenih odredbi ZR-a nedvojbeno proizlazi da je podnošenje zahtjeva radnika

---

[127] Čl. 133. st. 4. ZR-a

[128] Tako: Ivica Crnić, „Sudska zaštita individualnih prava radnika", u: *Novine u radnim odnosima*, Vera Babić et al. (Zagreb: Organizator, 2003.), 157., Dika, Potočnjak, Gotovac, *Radni sporovi*, 674., Mihajlo Dika, „Sudsko rješavanje radnih sporova", u: *Zasnivanje i prestanak radnih odnosa; Rješavanje radnih sporova,* Mihajlo Dika (et al.) (Zagreb: Narodne Novine, 2004), 142.-143.

[129] Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1886/14 od 15. rujna 2015., Revr – 1642/14 od 13. svibnja 2015., Revr – 1142/13 od 6. svibnja 2015.

[130] Čl. 133. st. 3. i 5. ZR-a.

[131] Marijan Ruždjak, „Odgovornost poslodavca za štetu uzrokovanu radniku", u: *Zbornik radova savjetovanja aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Godišnjak 9., (Zagreb: Organizator, 2002.), 180.-182.

[132] Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1088/13 od 3. prosinca 2014.

[133] Čl. 133. st. 3. ZR-a.

poslodavcu za zaštitu povrijeđenih individualnih prava iz radnog odnosa procesna pretpostavka dopustivosti zahtjeva za zaštitu povrijeđenog prava pred nadležnim sudom (dakle, procesna pretpostavka podnošenje tužbe nadležnom sudu bez ispunjenja koje će sud tužbu odbaciti kao nedopuštenu). Tako prema pravnom shvaćanju zauzetom u sudskoj praksi „...kako tužitelj protiv odluke tuženika od 12. studenog 2012. kojom mu je otkazan ugovor o radu (...) nije od poslodavca zahtijevao zaštitu povrijeđenih prava, izgubio je i pravo zahtijevati zaštitu povrijeđenih prava pred nadležnim sudom. Naime, prema citiranim odredbama propust radnika da zahtijeva zaštitu povrijeđenih prava od poslodavca ima posljedicu gubitak prava radnika da zahtijeva zaštitu povrijeđenih prava pred nadležnim sudom (direktna tužba sudu ne nadomiješta zahtjev radnika poslodavcu za zaštitu povrijeđenog prava, pa nisu ispunjene pretpostavke za sudsku zaštitu), pa su nižestupanjski sudovi pravilnom primjenom ovih odredbi odbacili tužbu...“,[134] „...tužba sudu ne može nadomjestiti zahtjev radnika poslodavcu za zaštitu povrijeđenog prava...“[135]

Za navedeno posebno pravno uređenje ostvarenja individualnih nenovčanih prava radnika iz radnog odnosa prema kojem je prethodno podnošenje zahtjeva za zaštitu povrijeđenih individualnih prava iz radnog odnosa poslodavcu procesna pretpostavka za podnošenje tužbe pred nadležnim sudom u pravnoj doktrini se nalaze prednosti ako se sagledava kao „...normativni pokušaj uvođenja mirnog, izvansudskog, neformalnog, načina rješavanja spora u nastajanju...“, te tako „... izbjegavanju nepotrebnog sudovanja odnosno „zatrpavanja“ sudova radnim sporovima s obilježjem hitnog postupanja...“.[136] S druge strane, ovo pravno uređenje se opravdano kritizira analizom prema kojoj „...radni odnos prema ZR-u nije statusni odnos, nego građanskopravni odnos... (...) ...pa je suprotno civilističkim pretpostavkama da se pri ostvarivanju ugovornih prava ili obveza jednu stranu prisiljava da se mora obratiti drugoj, pa čak i u situacijama kad je očito da sporazuma stranaka neće biti... (...) ...time je radnik stavljen u neravnopravan položaj, jer ga se prisiljava ponajprije na postupak pred poslodavcem, odnosno onemogućava mu se izravni put sudske zaštite...“,[137] odnosno da „...da bi se moglo tvrditi da je ono i protuustavno jer ograničava pravo na slobodan pristup sudu uvjetujući to pravo prethodnim obraćanjem protivnoj stranci, odnosno zato jer se njime radnik dovodi u neravnopravan procesnopravni položaj u odnosu na poslodavca kao stranku...“.[138] S obzirom na prethodno iznijeto, valja voditi računa

[134] Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1223/14 od 16. studenog 2016.

[135] Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1533/99 od 27. veljače 2001.

[136] Dika, Potočnjak, Gotovac, *Radni sporovi*, 674.

[137] Crnić, *Sudska zaštita individualnih prava radnika*, 158.

[138] Dika, *Sudsko rješavanje radnih sporova*, 142-143. Slično, Dika, Potočnjak, Gotovac, *Radni sporovi*, 673.

da radni odnos uživa zaštitni karakter,[139] da se navedenim posebnim pravnim uređenjem radniku nepotrebno onemogućava izravan pristup sudu u ostvarenju njegovih individualnih prava iz radnog odnosa, te se suglasiti s pravnim shvaćanjem prema kojem se ovakvim uređenjem radnik dovodi u neravnopravan procesnopravni položaj u odnosu na poslodavca kao stranku. Iznijeta obilježja posebnog pravnog uređenja ostvarenja individualnih nenovčanih prava radnika iz radnog odnosa prema kojem je prethodno podnošenje zahtjeva za zaštitu povrijeđenih individualnih prava iz radnog odnosa procesna pretpostavka za podnošenje tužbe pred nadležnim sudom opravadavaju *de lege ferenda* izmjene i dopune ZR-a prema kojoj prethodno podnošenje zahtjeva za zaštitu povrijeđenih individualnih prava iz radnog odnosa ne bi bila procesna pretpostavka za podnošenje tužbe radnika sudu, već se može predvidjeti kao alternativni, odnosno sporazumni, način mirnog rješavanja individualnog radnog spora. Predložene izmjene i dopune ZR-a opravdavaju i zauzeta pravna shvaćanja u sudskoj praksi prema kojima, kada je riječ o povredi prava radnika iz radnog odnosa (a nije riječ o predviđenim izuzecima koji se tiču zahtjeva radnika za naknadom štete ili druge novčane tražbine iz radnog odnosa i postupka zaštite dostojanstva radnika), protekom prekluzivnih rokova za ostvarivanje zaštite kod poslodavca ili za sudsku zaštitu, o zakonitosti odluke poslodavca ne može se odlučivati kao o prethodnom pitanju[140] u parnici u kojoj radnik zahtijeva neku drugu (pa i novčanu) tražbinu koja bi svoj osnov imala u utvrđenju da je tom odlukom poslodavac povrijedio prava radnika iz radnog odnosa.[141] Navedeno pravno shvaćanje („...o zakonitosti takve odluke ne može se raspravljati kao o prethodnom, već samo kao o glavnom pitanju“) iznijeto je i u pravnoj doktrini.[142]

4.2.2. Pretpostavke ostvarivanja zahtjeva radnika za naknadom štete ili drugih novčanih tražbina iz radnog odnosa

Kako je prethodno navedeno pretpostavke u kojima radnik može ostvariti svoja nenovčana prava iz radnog odnosa ne odnose se na zahtjev radnika za naknadom

---

[139] Iako je sličan postupak prethodnog obraćanja sa zahtjevom za mirno rješenje spora predviđen odredbom čl. 186.a ZPP-a za osobe koje namjeravaju podnijeti tužbu protiv Republike Hrvatske, zaštitni karakter radnog odnosa zahtijeva da radnik u ostvarivanju svojih individualnih prava iz radnog odnosa ima ravnopravan položaj s poslodavcem. U tom smislu prema odredbi čl. 133. st. 7. ZR-a, radnik ne smije biti doveden u nepovoljniji položaj zbog podnošenja zahtjeva za ostvarivanje prava radnika propisanih ovim Zakonom, drugim zakonom ili propisom, kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu, zbog korištenja tih prava, odnosno zbog podnošenja zahtjeva i sudjelovanja u postupku za zaštitu prava toga radnika.

[140] O prethodnom pitanju u smislu odredbe čl. 12. st. 1. ZPP-a.

[141] Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 22/11 od 29. svibnja 2012., Revr – 787/07 od 23. siječnja 2008., Revr – 806/06 od 16. listopada 2007., Rev – 1918/96 od 14. travnja 1999.

[142] Ruždjak, *Odgovornost poslodavca za štetu uzrokovanu radniku*, 181.

štete ili zahtjev radnika radi ostvarivanja drugih novčanih tražbina iz radnog odnosa.[143] Kako ZR kod ovih zahtjeva ne propisuje posebna ograničenja, radnik je ovlašten izravno prema sudu zahtijevati ostvarenje svojih novčanih tražbina (kod ostvarivanja ovih tražbina preko suda radnik se nije dužan prethodno obratiti poslodavcu, pa u ostvarenju tih prava nije ograničen prekluzivnim rokovima). U tom smislu zauzeta su pravna shvaćanja u sudskoj praksi (prema zahtjevu za isplatu otpremnine,[144] po osnovu odgovornosti za štetu,[145] a i šire kada su u pitanju odluke poslodavca kojim se mijenjaju prava radnika po osnovu novčane tražbine, a protiv koje odluke radnik nije u prekluzivnim rokovima zahtijevao zaštitu svojih prava kod poslodavca, odnosno preko suda[146]).

4.2.3. Pretpostavke ostvarivanja zaštite dostojanstva radnika

ZR svojim odredbama posebno uređuje postupak i mjere zaštite dostojanstva radnika.[147] Navedeno pravno uređenje bilo je predmet posebne pravne analize prethodno objavljenih radova.[148] Kako nakon izmjena i dopuna ZR-a nije bilo značajnih izmjena po ovom posebno uređenom osnovu zaštite individualnih prava radnika i tako problematika ovog posebnog pravnog uređenja ostala neizmjenjena, te kako je uz ovaj institut potrebno izvršiti širu analizu odredbi Zakona o suzbijanju diskriminacije[149] i Zakona o zaštiti na radu,[150] to se radi ograničenog prostora ovog rada i izbjegavanja suvišnog ponavljanja kod ovog instituta pozivamo na raščlambu i zaključke navedenih radova.

5. ZAKLJUČAK

S obzirom na širinu odnosno opseg prava i obveza koje proizlaze iz radnih odnosa i brojnost sporova koji nastaju iz tih odnosa ZR uvažavajući posebnosti radnog odnosa (u kojem do izražaja dolazi kako dispozicija ugovornih strana, tako i zaštitni karakter više prisilnih propisa koji te odnose reguliraju) pored

---

143 Čl. 133. st. 3. ZR-a.

144 Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1574/14 od 21. rujna 2016.

145 Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 896/13 od 17. studenog 2015. i Revr – 1005/12 od 16. rujna 2014.

146 Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 497/08 od 18. ožujka 2009.

147 Postupak i mjere zaštite dostojanstva radnika uređuje odredba čl. 134. ZR-a.

148 Vidjeti: Trpimir Perkušić, „Zaštita i odgovornost za štetu od mobinga na radu i u vezi s radom", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 42, br. 3. (2021): 853.-872., Trpimir Perkušić, „Mobing – zaštita i odgovornost za štetu", *Radno pravo*, br. 6/23 (2023): 32.-42.

149 Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine br. 85/08, 112/12. (dalje u tekstu: ZSD).

150 Zakon o zaštiti na radu, Narodne novine br. 71/14, 118/14, 154/14, 118/14, 154/14, 94/18, 96/18. (dalje u tekstu: ZZR).

materijalnopravnih odredbi sadrži i određene postupovne odredbe za rješavanja individualnih radnih sporova. Redoviti način ostvarenja prava iz radnih odnosa je sudska zaštita prava pred stvarno i mjesno nadležnim državnim sudom prema zakonom propisanim postupkom. Međutim, posebnosti radnog odnosa ne isključuju mogućnost alternativnog rješavanja ovih sporova koji često mogu biti prikladniji (jednostavniji, jeftiniji, žurniji i fleksibilniji) put za rješavanje određenog spora od sudskog postupka, pa tako i individualnih radnih sporova. U tom smislu ZR izrijekom uređuje da stranke rješavanja individualnih sporova mogu povjeriti arbitraži, odnosno mirenju (pritom upućuje da se kolektivnim ugovorom može urediti sastav, postupak i druga pitanja važna za rad arbitraže, odnosno mirenja), čime je alternativni način rješavanja ovih sporova prepušten dispoziciji stranaka. Međutim, odredbe ZR-a koje predstavljaju posebno postupovnopravno uređenje induvidualnih radnih sporova bilo alternativnim ili sudskim putem su nedorečene i dijelom nekonzistentne prema normativi koja se supsidijarno primjenjuje kod rješavanja ovih sporova tako da ostavljaju više otvorenih pitanja koja su bila predmet analize ovog rada.

Kako ZR za mirenje (izvan upućivanja na mogućnost preciznijeg pravnog uređenja kolektivnim ugovorom) ne sadrži odredbe koje bi preciznije uređivale ovaj alternativni način rješavanja individualnih radnih sporova, za mirno rješavanje individualnih radnih sporova supsidijarno se primjenjuje Zakon o mirnom rješavanju sporova. Iako ovaj Zakon odgovara na većinu otvorenih pitanja mirnog rješavanja individualnih radnih sporova koja je ostavila otvorenim normativa ZR-a, zbog terminološke neusklađenosti ove recentne normative i ZR-a otvara se pitanje načina mirnog rješavanja ovih sporova. Naime, Zakon o mirnom rješavanju sporova kao načine mirnog rješavanja sporova uključuje medijaciju i strukturirane pregovore u kojem smislu bi *de lege ferenda trebalo* uskladiti odrebe ZR-a, na način kako se u radu predlaže.

ZR je i po pitanju arbitražnog rješavanja individualnih radnih sporova nedorečen zbog čega dolazi do supsidijarne primjene Zakona o arbitraži kao općeg arbitražnog zakona koji svojim odredbama, isto tako, daje odgovar na većinu otvorenih pitanja koja se javljaju kod rješavanja individualnih radnih sporova arbitražom. Međutim, s obzirom na specifičnosti radnih sporova Zakon o arbitraži svojim odredbama ne odgovara na pitanja objektivne arbitrabilnosti ovih sporova, tj. mogućnosti iznošenja predmeta spora pred arbitražu. Kako su zbog nedorečenih, te (s obzirom na stipulacije koje se odnose na generalnu arbitrabilnost individualnih radnih sporova i sudsku zaštitu prava iz radnog odnosa) nekonzistentnih odredbi ZR-a po ovom pitanju naglašene dvojbe, to se odgovor uz tumačenje odredbi ZR-a i Zakona o arbitraži u ovom radu sagledava

prema bitnim obilježjima individualnog radnog spora, s prijedlozima *de lege ferenda*.

Sudska zaštita individualnih prava radnika, kao redoviti put zaštite subjektivnih prava, pruža se pred nadležnim sudom u parničnom postupku. Tako se u ovim sporovima primjenjuju pravila ZPP-a koja posebno reguliraju postupak u parnicama iz radnih odnosa, te u dijelu kojem ova pravila ne sadrže posebne odredbe, opća pravila ZPP-a. S druge strane, uvažavajući opća obilježja radnog odnosa, posebne postupovne odredbe sudskog rješavanja radnih sporova sadrži i ZR. Tako relevantno za individualni radni spor, ZR posebno uređuje poslovnu, a time i parničnu sposobnost maloljetnika, dostavu odluke o pravima i obvezama iz radnog odnosa, te teret dokazivanja u radnim sporovima. Pritom je učvršćujući zaštitni karakter radnog odnosa za pojedine vrste individualnih radnih sporova predvidio različite pravne režime ostvarivanja pravne zaštite na način kojim razlikuje ostvarenje nenovčanih zahtjeva, novčanih zahtjeva radnika za naknadom štete ili drugih novčanih tražbina iz radnog odnosa, te zaštitu dostojanstva radnika. Kako ZR po osnovu ostvarenja zahtjeva radnika za naknadom štete ili drugih novčanih tražbina iz radnog odnosa ne sadrži posebna ograničenja i radnik je ovlašten izravno putem suda zahtijevati ostvarenje ovih tražbina, te kako su postupak i mjere zaštite dostojanstva radnika bile predmet posebne pravne analize prethodno objavljenih radova, to je u radu izvršena šira raščlamba ostvarenja povrijeđenih nenovčanih prava radnika iz radnog odnosa. Kod ostvarenja ovih prava ZR je uspostavio poseban izvansudski režim pravne zaštite prema kojem je prethodno obraćanje radnika poslodavcu prije pokretanja sudskog postupka procesna pretpostavka zaštite ovih individualnih prava radnika pred sudom. Propust radnika da u prekluzivnom roku zahtijeva od poslodavca ostvarenje svojih povrijeđenih prava za posljedicu ima gubitak prava radnika da u daljnem prekluzivnom roku zahtijeva zaštitu povrijeđenih prava pred nadležnim sudom. Raščlamba ovog posebnog pravnog uređenja prema odredbama ZR-a, uz uvažavanje zauzetih pravnih shvaćanja u pravnoj doktrini i sudskoj praksi, ukazuje da se ovim pravnim režimom radniku nepotrebno onemogućava izravan pristup sudu u ostvarenju njegovih individualnih prava iz radnog odnosa, te da se ovakvim uređenjem radnik dovodi u neravnopravan procesnopravni položaj u odnosu na poslodavca kao stranku. Navedeno, posebno vodeći računa da radni odnos uživa zaštitni karakter, opravdava *de lege ferenda* izmjene i dopune ZR-a prema kojoj prethodno podnošenje zahtjeva za zaštitu povrijeđenih individualnih prava iz radnog odnosa ne bi bila procesna pretpostavka za podnošenje tužbe radnika sudu, već se može predvidjeti kao alternativni, odnosno sporazumni, način mirnog rješavanja individualnog radnog spora.

LITERATURA

1. Aras Kramar, Slađan; Ledić, Senija. „Primjena pravila postupka u parnicama iz radnog odnosa – neki pravni prijepori“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 57, br. 4 (2020): 1011–1033.
2. Aras Kramar, Slađana. „Postupak u parnici iz radnog odnosa: o primjeni i nekim karakteristikama posebne procedure“. *Radno pravo*, br. 5/23, (2023): 10–17.
3. Bilić, Andrijana, *Fleksibilnost i deregulacija u radnopravnim odnosima*. doktorska disertacija, Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2012.
4. Bilić, Andrijana; Perkušić Trpimir. „Zakonitost štrajka – qui, quid, quando et quomodo?“. *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku* 34, br. 3-4 (2018): 109-140.
5. Bodul, Dejan. „Ostvarivanje prava iz radnog odnosa u noveli Zakona o parničnom postupku – pregled relevantnih novina“. *Radno pravo*, br. 1/20, (2020): 29–39.
6. Crnić, Ivica. „Sudska zaštita individualnih prava radnika“. U: *Novine u radnim odnosima*, Vera Babić et al. 151-201. Zagreb: Organizator, 2003.
7. Dika, Mihajlo. „Sudsko rješavanje radnih sporova“. U: *Zasnivanje i prestanak radnih odnosa; Rješavanje radnih sporova*, Mihajlo Dika et al. 131-152. Zagreb: Narodne Novine, 2004.
8. Dika, Mihajlo; Potočnjak, Željko. „Arbitražno rješavanje radnih sporova“. U: *Zasnivanje i prestanak radnih odnosa; Rješavanje radnih sporova*, Mihajlo Dika et al. 239-269. Zagreb: Narodne Novine, 2004.
9. Dika, Mihajlo; Potočnjak, Željko; Gotovac, Viktor. „Radni sporovi“. U: *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, ur. Željko Potočnjak, 649-770. Zagreb: Pravni fakultet i Organizator, 2007.
10. Frntić, Domagoj Franjo; Iris, Gović Penić; Darije, Hanzzalek; Darko, Milković; Nataša, Novaković; Krešimir, Rožman. *Detaljni komentar Zakona o radu*. Zagreb: Radno pravo, 2018.
11. Gović, Iris; Marinković Drača, Dušanka; Milković, Darko. *Zakon o radu – komentar, sudska praksa i ogledni primjeri*. Zagreb: TEB – Poslovno savjetovanje d.o.o., 2010.
12. Grgurev, Ivana. „Ugovor o radu“. U: *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj,* ur. Željko Potočnjak, 1-47. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator, 2007.
13. Hepple, Bob. „Security of Employment“. U: *Comparative Labour Law and Industrial Relations, 3rd ed*., ed. Roger Blanpain. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987.
14. Konačni prijedlog Zakona o mirnom rješavanju sporova, Zagreb, 2023. Pristup 31. kolovoza 2023. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2023-05-19/135502/PZE_469.pdf

15. Perkušić, Trpimir. „Mobing – zaštita i odgovornost za štetu“. *Radno pravo*, br. 6/23 (2023): 32-42.
16. Perkušić, Trpimir. „Possibility of Resolving Individual Labor Disputes in Croatian Law by Arbitration“. U: *Cofola International 2021, International and National Arbitration – Challenges and Trends of the Present and Future*, ed. Radovan Malachta i Patrik Provazník. 456-481. Brno: Masaryk University, Faculty of Law, 2021.
17. Perkušić, Trpimir. „Zaštita i odgovornost za štetu od mobinga na radu i u vezi s radom“. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 42, br. 3. (2021): 853-872.
18. Potočnjak, Željko. „Sporovi o novom hrvatskom radnom zakonodavstvu“. *Revija za socijalnu politiku* 1, br. 1 (1994): 37-52.
19. Pravorijek arbitra Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori br. AS-P-2011/20 od 30. prosinca 2013.
20. Pravorijek arbitra Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori br. IS-P-2009/09 od 3. siječnja 2011.
21. Pravorijek arbitra Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori br. IS-P-2008/21 od 29. svibnja 2021.
22. Resolution Concerning Statistics of Strikes, Lockouts and other Action Due to Labour Disputes, Adopted by the Fifteenth International Conference of Labour Statisticians. Genova: International Labour Office (Bureau of Statistics), 1993., Pristup 24. srpnja 2023. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087544.pdf
23. Rozić, Ivo. *Kolektivno radno pravo*. Sarajevo: JP NIO Službeni list BiH, 2013.
24. Rozić, Ivo; Bilić, Andrijana; Perkušić, Trpimir. „Otvorena pitanja objektivne arbitrabilnosti radnih sporova u hrvatskom pravu“. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar, br. 17 (2019): 209-242.
25. Ruždjak, Marijan. „Odgovornost poslodavca za štetu uzrokovanu radniku“ U: *Zbornik radova savjetovanja aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Godišnjak 9., Zagreb: Organizator, 2002.
26. Tintić, Nikola. *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: Radni odnosi (I).* Zagreb: Narodne novine, 1969.
27. Triva, Siniša; Dika, Mihajlo. *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine, 2004.
28. Triva, Siniša; Uzelac, Alan. *Hrvatsko arbitražno pravo*. Zagreb: Narode novine, 2007.
29. 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.

30. Uzelac, Alan. „Zakon o mirenju: nastanak, izvori i osnovna načela“. U: *Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovima*, Alen Uzelac (et al.) 33-44. Zagreb: TIM Press, 2004.
31. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gž – 23/2018-2 od 4. prosinca 2018.
32. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gž – 5/21-2 od 26. svibnja 2021.
33. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev – 1918/96 od 14. travnja 1999.
34. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1533/99 od 27. veljače 2001.
35. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 806/06 od 16. listopada 2007.
36. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 787/07 od 23. siječnja 2008.
37. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 497/08 od 18. ožujka 2009.
38. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 22/11 od 29. svibnja 2012.
39. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1005/12 od 16. rujna 2014.
40. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1088/13 od 3. prosinca 2014.
41. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1142/13 od 6. svibnja 2015.
42. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1642/14 od 13. svibnja 2015.
43. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1886/14 od 15. rujna 2015.
44. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 896/13 od 17. studenog 2015.
45. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev – 2075/15-5 od 21. rujna 2016.
46. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1574/14 od 21. rujna 2016.
47. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr – 1223/14 od 16. studenog 2016.
48. Zakon o arbitraži, Narodne novine br. 88/01.
49. Zakon o državnim službenicima, Narodne novine br. 92/05, 140/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 49/12. - službeni pročišćeni tekst, 38/13, 37/13, 1/15, 138/15, 102/15, 61/17, 70/19, 98/19, 141/22.
50. Zakon o mirenju, Narodne novine br. 18/11.
51. Zakon o mirnom rješavanju sporova, Narodne novine br. 67/23.
52. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22.
53. Zakon o parničnom postupku, Narodne novine br. 53/91, 91/92, 112/99, 129/00, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 96/08, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22.
54. Zakon o radu, Narodne novine br. 149/09, 61/11, 82/12, 73/13.
55. Zakon o radu, Narodne novine br. 38/95, 54/95, 65/95, 102/98, 17/01, 82/01, 114/03, 123/03, 142/03, 30/04, 68/05, 137/04.
56. Zakon o radu, Narodne novine br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 64/23.
57. Zakon o sudovima, Narodne novine br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/22, 21/22, 60/22, 16/23.

58. Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine br. 85/08, 112/12.
59. Zakon o zaštiti na radu, Narodne novine br. 71/14, 118/14, 154/14, 118/14, 154/14, 94/18, 96/18.
60. Županijski sud u Splitu, Gž R-26/19-2 od 21. siječnja 2019.
61. Županijski sud u Splitu, Gž R 621/20-2 od 28. listopada 2020.
62. Županijski sud u Splitu, Gž R-252/21-2 od 20. rujna 2021.
63. Županijski sud u Zagrebu, Gž R-2421/16 od 5. siječnja 2017.

POSSIBILITIES OF PROTECTING THE INDIVIDUAL RIGHTS OF WORKERS IN THE CONTEXT OF THE PROCEDURAL LEGAL REGULATION REFERRED TO BY THE PROVISIONS OF THE LABOR LAW

Respecting the characteristics and protective character of the employment relationship, the Labor Law contains special procedural provisions for the resolution of individual labor disputes. A regular way of exercising the individual rights of workers in accordance with this Law is a judicial protection before the state court with material and local jurisdiction, but it leaves the possibility to the disposition of the parties for an alternative resolution of these disputes through arbitration, that is, the conciliation procedure. However, the provisions of the Labor Law that represent a special procedural arrangement of individual labor disputes (either through alternative or judicial means) are vague, partly inconsistent with the norms that are subsidiarily applied when resolving these disputes, so they leave several open questions that are the subject of this paper's analysis, with propositions de lege ferenda.

Key words: *protection of individual rights of workers, arbitration settlement of individual labor disputes, settlement of individual labor disputes through conciliation, judicial protection of individual rights of workers.*

Ivana Jabučanin, mag. iur.,
Fakultet pravnih nauka, Univerzitet Donja Gorica, Republika Crna Gora*
Ana Stojanovski, mag. iur.,
sutkinja Osnovnog suda u Podgorici, Republika Crna Gora**

UTICAJ KRIVIČNE PRESUDE NA PARNIČNI POSTUPAK[1]

UDK: 343.15 : 347.9 (497.16)
Pregledni znanstveni rad

U crnogorskom pravnom poretku je predviđen sistem vezanosti parničnog suda osuđujućom krivičnom presudom nezavisno od toga jesu li stranke u parničnom postupku bile i stranke u krivičnom postupku. Ovakvo rješenje, po stavu autora, je u suprotnosti sa članom 32 Ustava Crne Gore i člana 6 st. 1 Evropske konvencije.

Strankama koje nijesu bile učesnice krivičnog postupka u kojem je donijeta osuđujuća krivična presuda povrijeđeno je pravo da budu saslušane, pravo na procesnu ravnotežu i jednakost oružja, te pravo na kontradiktorno raspravljanje. Ne daje im se mogućnost da dovedu u pitanje valjanost krivične presude, a prethodno nijesu imale mogućnost da učestvuju u krivičnom postupku, da osporavaju dokaze koji su izvedeni i na kojima se zasniva odluka.

Rješenje crnogorskog zakonodavca bi trebalo mijenjati na način da obavezujuća snaga osuđujuće krivične presude djeluje samo u odnosu na stranke koje su učestvovale u krivičnom postupku.

Ključne riječi: *princip vezanosti; krivična presuda, parnični postupak, pravo na pravično suđenje*

1. UVOD

Obezbjeđivanje vladavine prava svake države je osnovni zadatak i polazna je pretpostavka na kojoj počiva Ustav koji u načelu jemči svakom građaninu zaštitu njegovih ljudskih prava. U Crnoj Gori Ustavom je regulisana podjela vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, s tim da odnos vlasti počiva na ravnoteži i međusobnoj kontroli.[2] Međutim, da bi se obezbijedila punopravna garancija

* Asistentica na Katedri za građansko pravo i građansko procesno pravo Fakulteta pravnih nauka, Univerzitet Donja Gorica, Oktoih 1, Podgorica, Crna Gora; ivana.jabucanin@udg.edu.me;

** Sutkinja Osnovnog suda u Podgorici, Ulica 13. Jula br. 4, Podgorica, Crna Gora; ana.stojanovski@sudstvo.me;

[1] Studenti Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica napisali su inicijativu za ocjenu ustavnosti člana 15 crnogorskog Zakona o parničnom postupku kojim je regulisano pitanje vezanosti parničnog suda osuđujućom krivičnom presudom. Inicijativu su napisali pod mentorstvom koautorki ovog rada, a njihovih asistentkinja u tom trenutku, a na predlog profesora Mihajla Dike. Inicijativa je podnijeta Ustavnom sudu Crne Gore u junu 2022. godine.

[2] Član 11 Ustava Crne Gore „Sl. list CG" br. 1/2007 i 38/2013 – Amandmani I – XVI

„vladavine prava“ unutar pravnog poretka svake države, važno je strogo zabraniti svaku ličnu i funkcionalnu interakciju između sudova sa jedne strane i zakonodavne i izvršne vlasti sa druge strane.[3] Od izuzetne je važnosti da sudska vlast ostane nezavisna s obzirom da je njen osnovni zadatak da obezbijedi da se svako ponaša u skladu sa zakonima, a to se čak odnosi i na one koji te zakone donose (zakonodavna vlast) kao i na one koji zakone sprovode (izvršna vlast). To dalje znači da odluke sudova kao treće grane vlasti nikako ne podliježu kontroli druge dvije grane vlasti, već isključivo podliježu kontroli unutar sudskog sistema. Na taj način se zapravo i obezbjeđuje nezavisnost sudstva, s tim da na obavezu svake države da u potpunosti obezbijedi nezavisnost sudstva upućuje i čl. 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava (u daljem tekstu Konvencija), koja u načelu građanima garantuje suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom.[4] Garancija nezavisnosti sudstva je i u Crnoj Gori ostala najvažniji segment koji obezbjeđuje ostvarivanje ustavnog principa „vladavine prava“. Prema riječima nekadašnjeg predsjednika Evropskog suda u Strazburu Roberta Spana „načelo vladavine prava predstavlja praznu školjku u odsustvu nezavisnih sudova ugrađenih u demokratsku strukturu kojom se štite i čuvaju osnovna prava, s tim da ni konvencijski sistem ne može da funkcioniše bez nezavisnih sudija.“[5] U tom pravcu od posebne je važnosti podsjetiti na činjenicu da se nezavisnost između ostalog odnosi na slobodu svakog sudije kao pojedinca da svoju odluku donese bez pritiska i uticaja spoljnih i unutrašnjih faktora, čime se zapravo obezbjeđuje kako unutrašnja tako i spoljašnja nezavisnost sudstva unutar jedne države.[6]

Sudija je ovlašćen da u okviru svoje nadležnosti samostalno odlučuje u granicama povjerenih mu ovlašćenja. Međutim, uprkos funkcionalnoj

[3] Štefani Rikarda Ros, *Vladavina prava kao preduslov za pristupanje Evropskoj uniji*, (Konrad-Adenauer-Stiftung i Editura C.H. Beck, 2018.), 5.

[4] Član 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava (u daljem tekstu: Konvencija) jemči pravo na pravično suđenje. On utvrđuje načelo vladavine prava na kome počiva demokratsko društvo, kao i nezaobilaznu ulogu koju pravosuđe ima u sprovođenju pravde, odražavajući time zajedničko nasleđe zemalja ugovornica. Vidjeti: Dovydas Vitkauskas, “Zaštita prava na pravično suđenje po evropskoj konvenciji o ljudskim pravima“, *Priručnik za pravnike praktičare*, Savjet Evrope, (2018.): 11, https://rm.coe.int/zastita-prava-na-pravicno-sudjenje-po-echr/16808c5849

[5] Spano Robert, „Vladavina prava kao zvijezda vodilja Evropske konvencije o ljudskim pravima: Sud u Strazburu i nezavisnost pravosuđa”, *European Law Journal* (2021): 8. https://doi.org/10.1111/eulj.12377.

[6] Spoljašnja nezavisnost sudstva se može obezbijediti ukoliko državni aparat omogući da sudija prilikom donošenja svojih odluka ostane nezavisan od drugih državnih organa, odnosno izvršne i zakonodavne vlasti, kao i od samih stranaka koje učestvuju u postupku, pa i društva u cjelini (vidjeti presudu *Beaumartin protiv Francuske*, presuda izrečena 24. novembra 1994, predstavka br. 15287/89, st. 38., zatim presudu *Sramek protiv Austrije*, presuda izrečena 22. oktobra 1984, predstavka br. 8790/79, st. 42), dok se unutrašnja nezavisnost obezbjeđuje kroz nezavisnost sudije od strane drugih nosilaca sudskih funkcija, o čemu je Evropski sud za ljudska prava detaljnije obrazlagao u presudi *Agrokompleks protiv Ukrajine*, presuda izrečena 6. oktobra 2011, predstavka br. 23465/03, st. 137 čiji rezime je dat u publikaciji: Ledi Bianku, Hannah Smith *Nezavisnost i nepristrasnost pravosuđa Pregled relevantne prakse Evropskog suda za ljudska prava,* Aire centre, (2021), 144., 172., https://www.rolplatform.org/wp-content/uploads/2021/09/independence-and-impartiality-of-judiciary-bcms.pdF

samostalnosti pravosudnih organa, nekad, u cilju ostvarivanja ekonomičnosti, obezbjeđivanja pravne sigurnosti i sprečavanja donošenja kontradiktornih odluka o istim pravnim pitanjima opšteprihvaćeno je pravilo o vezanosti državnih organa za pravosnažne akte drugih državnih organa.[7] U sudskoj praksi se dešava da se prilikom odlučivanja o glavnoj stvari sudu postavi kao sporno pitanje o postojanju ili ne postojanju nekog prava ili pravnog odnosa od čijeg rješenja u konačnom zavisi odluka o glavnoj stvari. To pitanje može biti iz nadležnosti parničnog ili nekog drugog suda, odnosno drugog državnog organa. U slučaju da nadležni organ nije odlučio o tom pitanju, parnični sud može samostalno da utvrdi postojanje datog prava ili pravnog odnosa. U pravnoj teoriji i sudskoj praksi ova situacija je prepoznata kroz institut prethodnog pitanja.[8]

2. INSTITUT PRETHODNOG PITANJA KAO OSNOV ZA PRIMJENU PRINCIPA VEZANOSTI

Pojam prethodnog pitanja se, tumačeći zakonsku regulativu, može shvatiti kao pitanje o postojanju nekog prava ili pravnog odnosa o čijem prethodnom rješenju zapravo zavisi odluka suda. Zakonodavac je definišući ovaj pojam dao slobodu sudu da može i sam da riješi prethodno pitanje, ali uz uslov da o tom pitanju još uvijek odluku nije donio sud ili drugo nadležno tijelo. Međutim, isto tako je i predvidio da ukoliko prethodno pitanje nije još riješio sud ili drugo nadležno tijelo, sud to pitanje ne mora sam riješiti, već može ukoliko odluči da sam ne rješava to pitanje da prekine postupak dok se postupak o prethodnom pitanju pravosnažno ne završi od strane suda ili drugog nadležnog organa ili dok ne utvrdi da ne postoje razlozi da se čeka završetak tog postupka.[9] Specifičnost ovog

[7] Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo* (Zagreb: Narodne novine, 2004.), 86 – 87.

[8] Član 14 Zakona o parničnom postupku glasi: „Kad odluka suda zavisi od prethodnog rješenja pitanja da li postoji neko pravo ili pravni odnos, a o tom pitanju još nije donio odluku sud ili drugi nadležni organ (prethodno pitanje), sud može sam riješiti to pitanje, ako posebnim propisima nije drukčije određeno. (stav 1), pri čemu odluka suda o prethodnom pitanju ima pravno dejstvo samo u parnici u kojoj je to pitanje riješeno“. (stav 2) , “Službeni list RCG”, br. 22/2004, 28/2005 - Odluka US RCG, 76/2006 i “Službeni list CG”, br. 47/2015 - drugi zakon, 48/2015 (čl. 84. i 85. nisu u prečišćenom tekstu), 51/2017, 75/2017 - Odluka US CG, 62/2018 - Odluka US CG, 19/2019 - Odluka US CG, 34/2019, 42/2019 - ispravka, 76/2020 i 108/2021 - Odluka US CG. (U daljem tekstu ZPP)

[9] Član 212 ZPP-a Zakona o parničnom postupku glasi: „Pekid postupka sud će odrediti: ako je odlučio da sam ne rješava o prethodnom pitanju (član 14); ako se stranka nalazi na području koje je zbog vanrednih događaja (poplava i sl.) odsječeno od suda (stav 1).Sud može odrediti prekid postupka, ako odluka o tužbenom zahtjevu zavisi od toga da li je učinjeno krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, ko je učinilac i da li je on odgovoran, a naročito kad se pojavi sumnja da je svjedok ili vještak dao lažan iskaz ili da je isprava upotrijebljena kao dokaz lažna (stav 2). Dok član 214 stav glasi: „Ako je sud prekinuo postupak iz razloga navedenih u članu 212 stav 1 tačka 1 i stav 2 ovog zakona, postupak će se nastaviti kad se pravosnažno završi postupak pred sudom ili drugim nadležnim organom ili kad sud nađe da više ne postoje razlozi da se čeka na njegov završetak.

instituta jeste u tome što se kroz rješavanje prethodnog pitanja može riješiti samo pitanje da li postoji ili ne postoji neko preegzistentno pravo ili pravni odnos, što dalje znači da sud ne može nikako da kao prethodno pitanje rješava ona pitanja koja se odnose na neko pravo ili pravni odnos koji može nastati tek u budućnosti na osnovu odluke nadležnog organa.[10]

Da bi uopšte bilo riječi o primjeni instituta prethodnog pitanja, neophodno je da se u svakom konkretnom slučaju ispuni pet procesnih pretpostavki i to da: rješavanje prethodnog pitanja mora biti važno za meritorno odlučivanje o osnovanosti glavnog tužbenog zahtjeva; zatim mora biti riječi o rješavanju pitanja da li postoji neko pravo ili pravni odnos; to pravno pitanje mora predstavljati samostalnu pravnu cjelinu; ono ne smije već biti pravosnažno riješeno od strane suda ili drugog nadležnog organa i u konačnom posebnim propisima ne smije biti određena zabrana sudu da može to pitanje riješiti sam kao prethodno u parničnom postupku (čl. 14 ZPP).

Ono što je posebno važno ovdje istaći jeste i činjenica da dejstvo odluke koja se tiče prethodnog pitanja ima pravno dejstvo samo u parnici u kojoj je to pitanje riješeno. Dalje, tumačeći odredbu čl. 14 ZPP-a jasno se izvodi zaključak da su sudovi vezani za pravosnažne odluke nadležnih organa i to u granicama njihove pravosnažnosti i obrnuto, a sve u cilju kako bi se očuvala koegzistencija pravosnažnih odluka različitog sadržaja, ali o istom pravnom pitanju.[11]

Princip vezanosti parničnog suda za osuđujuću presudu krivičnog suda, kako to propisuje zakonodavac u čl. 15 ZPP-a, ukazuje na činjenicu da parnični sud niti smije, niti može utvrđivati da li je radnja ili skup radnji koje čine biće krivičnog djela za koje je učinilac oglašen krivim izvršena na drugačiji način od onog kako je to utvrdio krivični sud, a posebno ne može samostalno izvoditi zaključak da je riječ o nekom drugom krivičnom djelu koje nije pravno opisano i kvalifikovano u izreci krivične presude. Ovo posebno iz razloga što donošenje krivične presude proizilazi iz dokaznih rezultata koji su sprovedeni na glavom pretresu i zapravo predstavlja svojevrsnu sudsku finalizaciju svih radnji koje su sprovedene na glavnom pretresu, prije svega konkretnih dokaznih radnji.[12] Naime, na osnovu člana 370 Zakonika

---

[10] Mihajlo Dika, „Prethodno pitanje u parničnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 26, br. l, (2005): 4.

[11] Zrinka Tironi„Vezanost parničnog suda pravomoćnim upravnim aktom“, *Zbornik radova s VI međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorisjka i praktična dostignuća*, ur. Dinka Šago (Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2020.), 184.

[12] Milan Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku, (*Podgorica: Misija OSCE u Crnoj Gori, 2009), 1009.

o krivičnom postupku[13] sud zasniva presudu samo na činjenicama i dokazima koji su neposredno izvedeni na glavnom pretresu ili su sadržani u zapisnicima, odnosno drugim materijalima koji su u skladu sa ZKP-om na glavnom pretresu pročitani i na odgovarajući način izneseni. Shodno načelu slobodne ocjene dokaza sud postojanje ili nepostojanje činjenica na kojima zasniva odluku cijeni po svom slobodnom uvjerenju. Međutim, dokazna ocjena suda nikada ne smije i ne može biti proizvoljna, a načelo slobodne ocjene dokaza ne može se ni u kom slučaju poistovjetiti sa sudskom arbitrernošću odnosno pukom samovoljom suda prilikom ocjene dokaza.[14] Tako se sudska ocjena dokaza načelno uvijek mora temeljiti na pravilima logike dok je sa procesnog aspekta sud dužan svaki dokaz savjesno cijeniti i to u dva osnovna smisla: pojedinačno, i u vezi sa ostalim dokazima, odnosno u pogledu izvođenja zaključka da li je određena činjenica utvrđena ili nije, isti temeljiti na sopstvenoj ocjeni dokaza.[15] Dakle, shodno stavu 3 člana 370 ZKP-a sud je dužan savjesno cijeniti svaki dokaz pojedinačno i u vezi sa drugim dokazima i na osnovu takve ocjene izvesti u konačnom zaključak da li je neka činjenica utvrđena.

Polazeći od činjenice da krivični sud prije nego što neko lice oglasi krivim mora sprovesti kompleksan dokazni postupak, te u potpunosti savjesno i nepristrasno ocijeniti cjelokupnu dokaznu građu u svakom konkretnom slučaju, izvodi se zaključak da presuda koju donosi krivični sud uživa ozbiljan kredibilet u pravnom poretku. To potvrđuje i činjenica da sud shodno članu 368 ZKP-a ako utvrdi da ne treba ponovo da otvori glavni pretres radi dopune postupka ili razjašnjenja pojedinih pitanja izriče presudu. Zapravo ovakvim zakonskim rješenjem zakonodavac je želio da ukaže na to da je krivičnom sudu data mogućnost da i nakon što se okonča glavni pretres isti opet bude preotvoren ukoliko je to neophodno radi potpunog utvrđenja činjeničnog stanja od kojeg u konačnom zavisi odluka o krivici i krivičnoj sankciji za učinioca.

Sud je u svakoj fazi krivičnog postupka dužan poštovati načela kao što su načelo javnosti, kontradiktornosti, dvostepenosti, akuzatornosti i odvojenosti osnovnih procesnih funkcija, kao i druge krivičnoprocesne principe, spriječavajući na taj način da slobodna ocjena dokaza preraste u sudsku samovolju. Dalje, obrazlažući svoju odluku sudija daje objašnjenja zašto je konkretna odluka logička i razumna, a takođe pruža i sva ostala neophodna objašnjenja sopstvenog rezonovanja u konkretnom slučaju što je posebno važno sa aspekta sticanja materijalne pravnosnažnosti sudske odluke, čime se omogućava da se zakonitost i pravilnost

[13] Zakonik o krivičnom postupku, „Sl. list CG“, br. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 35/15, 58/15, 28/18, 116/20, 145/21. (u daljem tekstu: ZKP)

[14] Škulić, Milan, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku,* 1009.

[15] *Ibid.*

njegove ocjene dokaza i donesene odluke kasnije preispituje u postupku po pravnim lijekovima.[16]

Ovako strogo postavljen sistem procesnih pravila na kojima počiva krivični postupak u pogledu utvrđivanja relevantnih činjenica opravdava tezu o tome da se u krivičnom postupku utvrđuje tzv. materijalna istina, te opravdava argument da nema potrebe da parnični sud ponovo utvrđuje činjenice na kojima se zasniva osuđujuća krivična presuda u odnosu na učesnike krivičnog postupka.

U vezi sa prethodno navedenim treba naglasiti da je crnogorski zakonodavac propisao vezanost parničnog suda za pravosnažnu osuđujuću krivičnu presudu u pogledu učinioca, činjeničnog opisa i pravne kvalifikacije krivičnog djela za koje se optuženi oglašava krivim.[17] To dalje znači da parnični sud ne može na osnovu savjesne i brižljive ocjene svih dokaza zasebno i u njihovoj međusobnoj vezi izvoditi utvrđenje da je krivično djelo izvršeno na neki drugačiji način od onoga kako je to prethodno utvrdio krivični sud, već se u skladu sa načelom vezanosti parničnog suda, nameće obaveza parničnom sudiji da prilikom odlučivanja u parničnom postupku kao utvrđene uzima činjenice da je krivično djelo učinjeno, da je štetnik krivično odgovoran i da je krivičnom presudom utvrđen način na koji je štetnik izvršio štetnu radnju.

Posmatrano na ovaj način evidentno je da osuđujuća presuda koja je donijeta od strane krivičnog suda prelazi okvire koji proizilaze iz uzajamne vezanosti suda za pravosnažne odluke drugih organa kojima se odlučuje o pitanjima koja su od prethodnog značaja.[18] Dejstvo obavezne snage osuđujuće krivične presude je daleko veće od dejstva koje bilo koja druga odluka donijeta od strane parničnog suda ili drugog državnog organa može da proizvede u pravnom poretku jedne države. To dalje znači da će osuđujuća krivična presuda obavezivati parnični sud i u onim situacijama kada krivičnopravno ponašanje nije od prejudicijelnog značaja za utvrđivanje građanskopravne odgovornosti ako se o građanskoj odgovornosti odlučuje na osnovu iste činjenične građe koja je bila predmet odlučivanja od

---

[16] *Ibid*., 1011.

[17] U tom pravcu upućujemo na sudsku praksu Osnovnog suda u Podgorici i na odluke i to: P. br. 1501/19 od 30.06.2019. godine, P. br. 1791/18 od 05.07.2019. godine, P. br. 725/20 od 02.11.2020. godine, P. br. 3639/19 od 07.12.2020. godine, P.br. 2092/19 od 21.10.2020. godine i P. br. 119/19 od 21.10.2020. godine, u kojima su parnične sudije primijenile princip vezanosti parničnog suda za osuđujuću krivičnu presudu i to u pogledu postojanja krivičnog djela i odgovornosti učinioca tj. samo u onim segmentima krivične presude bez kojih ne bi postojalo ono krivično djelo koje je po pravosnažnoj krivičnoj presudi učinjeno (elementi bića krivičnog djela). Sve van toga, sadržano u pravosnažnoj osudjujućoj presudi po stavu parničnog suda u navedenim presudama nije vezivalo parnične sudije i nije ih oslobodilo obaveze da sami utvrđuju činjenice relevantne za građansku odgovornost (postojanje uzročne veze između radnje izvršenja krivičnog djela i nastale štete, postojanje podijeljene odgovornosti, srazmjera te odgovornosti i sl.). https://sudovi.me/ospg/odluka/

[18] Zrinka Tironi, „Vezanost parničnog suda pravomoćnim upravnim aktom“, 184.

strane krivičnog suda.[19] Sa druge strane kada je u pitanju oslobađajuća presuda, u tom slučaju parnični sud nije vezan za izreku takve krivične presude, što znači da ako je neko lice oslobođeno od odgovornosti u krivičnom postupku, to nikako ne znači da će i u parničnom postupku biti oslobođeno od građanskopravne odgovornosti. Može se dakle desiti da to lice i pored činjenice da je oslobođeno krivične odgovornosti u parničnom postupku odgovara zato što je parnični sud utvrdio da je to lice izazvalo odnosno doprinijelo nastanku štete.[20] Izuzetak od ovog pravila - kada će parnični sud biti vezan i za oslobađajući krivičnu presudu postoji samo u situacijama kada je tom oslobađajućom krivičnom presudom već riješeno pitanje koje u parničnom postupku predstavlja prethodno pitanje, jer se radi o pitanju koje se može riješiti samo u krivičnom postupku. Dakle, ukoliko bi se desilo da krivični sud donese odluku kojom okrivljenog oslobađa od optužbe zato što djelo koje mu se stavlja na teret nije krivično djelo, u tom slučaju parnični sud ne može da vodi postupak o građanskopravnoj odgovornosti kao da je šteta nastala krivičnim djelom, jer u konačnom po ocjeni krivičnog suda, krivično djelo nije ni izvršeno.

Na osnovu prethodno navedenog možemo zaključiti da krivična presuda može biti od prejudicijelnog značaja za odluku u parnici, ali to i ne mora da bude. Tačnije:

> „parnični sud je vezan za svaku pravosnažnu presudu krivičnog suda, i osuđujuću i oslobađajuću, kad se tom presudom odlučuje o nekom krivičnopravnom pitanju od čijeg rješenja zavisi odlučivanje u građanskoj parnici – prejudicijelnom pitanju; parnični sud vezan je za osuđujuću pravosnažnu presudu krivičnog suda o postojanju krivičnog djela i krivične odgovornosti i kad odluka nije od prejudicijelnog značaja za odluku parničnog suda, ali se odnosi na činjenični kompleks koji je objekt i krivičnog i građanskog postupka.“[21]

Za ukazati je da u parničnom postupku krivična presuda može djelovati kao javna isprava, kao pravno relevantna činjenica ili kao individualna pravna norma.[22] Kada je u pitanju dejstvo krivične presude kao javne isprave, ona će u parničnom postupku imati funkciju specifičnog dokaza za koju se veže pretpostavka istinitosti u granicama njene pravosnažnosti. Tačnije, javna isprava dokazuje svoju autentičnost i svoj sadržaj djelujući prema svima na način da niko

---

[19] *Ibid.*

[20] Rosa Obradović, *Naknada štete, građanski modul 7*, Centar za edukaciju sudija i tuđilaca u Republici Srpskoj i Centar za edukaciju sudija i tužilaca u Federaciji Bosne i Hercegovine, (2006.), 87, https://advokat-prnjavorac.com/sudska-praksa/naknada-stete-modul.pdf

[21] Siniša Triva, Mihajlo Dika , *Građansko parnično procesno pravo*, 87-88.

[22] Uopšteno o vezanosti parničnog suda za pravosnažne presude krivično suda, o načinima i granicama djelovanja krivične presude vidjeti: Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, VII, Utvrđivanje činjenica*, (Zagreb: Narodne novine, 2018.),183 - 215.

pa ni parnični sud ne može osporiti njeno postojanje i sadržaj u pogledu postojanja krivičnog djela i krivične odgovornosti učinioca. Kao individualna pravna norma krivična presuda djeluje tako da obavezuje državne organe i pravne subjekte da poštuju njen obavezujući sadržaj u granicama njene djelotvornosti, tj. ona uređuje njihovo ponašanje u odnosu na njen sadržaj. Krivična presuda djeluje kao pravno relevantna činjenica u situacijama kada odgovarajuća mjerodavna pravna norma uz pravosnažnu krivičnu presudu proizvodi odgovarajuće pravne posljedice. Tako npr. u slučaju prestanka radnog odnosa po sili zakona, zakonodavac predviđa da će državnom službeniku ili namješteniku prestati radni odnos ukoliko bude osuđen na bezuslovnu kaznu zatvora od najmanje šest mjeseci (čl. 122 Zakona o državnim službenicima i namještenicima[23]), u tom slučaju za nastanak ove pravne posljedice nužno je i postojanje krivične presude kojom će taj zaposleni biti osuđen na kaznu zatvora preko 6 mjeseci. U ovakvim situacijama osuđujuća krivična presuda za parnični sud ima značaj pravno relevantne činjenice.

3. PROBLEM SUBJEKTIVNE GRANICE PRAVOSNAŽNOSTI KRIVIČNE PRESUDE

Parnični sud, je po pravilu, ovlašćen da samostalno rješava i odlučuje o svim pravnim pitanjima iz njemu povjerene nadležnosti. Parnični sud je, dalje, dužan da svim učesnicima parničnog postupka obezbijedi poštovanje Ustavom Crne Gore i konvencijski zajamčenih prava na sudsku zaštitu i pravično suđenje.

U postupku raspravljanja i odlučivanja parnični sudija može uvidjeti da odluka o konkretnoj stvari zavisi od prethodnog rješenja pitanja postojanja nekog prava ili pravnog odnosa o kojem je nadležan da odluči sud ili drugi nadležni organ. Parnični sudija može odlučiti samostalno ovdje, u slučaju da o tom pitanju još nije donio odluku sud ili drugi nadležni organ (čl 14 ZPP) ili može odrediti prekid postupka. (Ako je odlučio da sam ne rješava o prethodnom pitanju čl. 212 st. 1. t. 1 ZPP) Samim tim parnični sud je ovlašćen da samostalno riješi neko pitanje iz nadležnosti suda ili nekog drugog državnog organa. U vezi sa tim, npr. ukoliko krivični sud nije riješio neko pitanje koje ima značaj prethodnog pitanja, parnični sudija nije dužan "čekati" da krivični sud riješi isto već može samostalno odlučiti o konkretnoj stvari. Međutim, sudu u parničnom postupku, se ostavlja i prostor da odredi prekid postupka, ako odluka o tužbenom zahtjevu zavisi od toga da li je učinjeno krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, ko je učinilac i

[23] Član 122 st. 1 tač. 11 Zakona o državnim službenicima i namještenicima glasi: „Državnom službeniku, odnosno namješteniku radni odnos prestaje po sili zakona: ako je pravosnažnom presudom osuđen na bezuslovnu kaznu zatvora od najmanje šest mjeseci - danom dostavljanja pravosnažne presude organu. „Sl. list RCG" br. 2/2018; 34/2019 i 8/2021.

da li je on odgovoran, a naročito kad se pojavi sumnja da je svjedok ili vještak dao lažan iskaz ili da je isprava upotrijebljena kao dokaz lažna. (čl. 212 st. 2 ZPP) Crnogorski zakonodavac na ovaj način ostavlja mogućnost sudiji u parničnom postupku da samostalno da odgovor na prethodna pitanja ako od tog rješenja zavisi parnična odluka u slučaju da na istu prethodno nije odgovorio krivični sud, sa tim što bi rješenje tih pitanja proizvodilo pravno dejstvo samo u konkretnoj parnici. Dalje, crnogorski zakonodavac je predvidio da je u parničnom postupku sud u pogledu postojanja krivičnog djela i krivične odgovornosti učinioca vezan za pravosnažnu presudu suda kojom se optuženi oglašava krivim (čl. 15 ZPP). Ovdje, parnični sudija, nije ovlašćen samostalno odlučivati, već je vezan onim što je krivični sudija prethodno utvrdio.

Ne/vezanost građanskog suda krivičnom odlukom zavisi od situacije je li krivični sud prethodno odlučio, i ako jeste je li donio oslobađajuću ili osuđujuću odluku. Parničnom sudu je dato ovlašćenje da, u slučaju da od toga zavisi odluka o tužbenom zahtjevu, samostalno utvrdi je li učinjeno krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, ko je učinilac i da li je on odgovoran, ako prethodno u krivičnom postupku nijesu riješena ova pitanja. Sa druge strane, kada je krivični sud prethodno odlučio, na način da je donio osuđujuću presudu, parnični sudija je vezan osuđujućom krivičnom presudom u pogledu postojanja krivičnog djela i krivične odgovornosti učinioca. To dalje znači da osuđujuća krivična presuda djeluje *erga omnes*, prema svim učesnicima u parničnom postupku.

Pitanje vezanosti parničnog suda za pravosnažnu krivičnu presudu u pravnoj teoriji datira poslednjih sto godina[24] i tada kao i danas izaziva brojne dileme i oprečne stavove teoretičara koji još uvijek nijesu uspjeli da se o ovom pitanju usaglase i utiču na izmjenu pozitivne zakonske regulative.

Vezanost parničnog sudije pravosnažnom osuđujućom krivičnom presudom brani se, između ostalog činjenicom da se principom vezanosti ostvaruje jedinstvo pravosuđa,[25] da će se na ovaj način obezbjediti pravna sigurnost i sprečiti da odluke krivičnog i građanskog suda o istom pitanju budu kontradiktorne[26], kao i time da kad je krivični sud jednom odlučio, valjanost te odluke ne može u pogledu

[24] Davor Bubalo, „Razvoj parničnog postupka i načela vezanosti parničnog suda osuđujućom kaznenom presudom“, *Hrvatski časopis za OSIGURANJE,* br. 2 (2019.), 77.

[25] U teoriji je prisutan i stav da se jedinstvo pravosuđa ne ostaruje predviđanjem vezanosti parničnog suda osuđujućom krivičnom presude. Naglašava se da je osnovni cilj jedinstva pravosuđa u ostvarivanju zakonitosti i istine, a ne u sistemu vezanosti. U vezi sa tim se postavlja pitanje vezanosi krivičnom presudom za koju postoji sumnja da nije pravilna, kao i situacije kada se u krivičnoj presudi ne utvrde svi elementi koji su nužni za donošenje pravilne parnične odluke. (Jakšić S.) navedeno kod Biljana Đuričin, *Uticaj krivične presude na parnični postupak,(* Podgorica : autor, 2002*),* 55.

[26] Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 86.

postojanja krivičnog djele i krivične odgovornosti učinioca činiti upitnim ili mijenjati parnični sudija.

Ovdje treba napomenuti da postojeće rješenje crnogorskog zakonodavca usvajanjem principa vezanosti ne obezbjeđuje ostvarivanje pravne sigurnosti i ostavlja otvorenom mogućnost donošenja kontradiktornih odluka o istom pitanju. Kao što smo prethodno vidjeli pravila parničnog postupka različito regulišu situaciju kada je o datom pitanju prethodno odlučio sud u krivičnom postupku i situaciju kada krivični sud prethodno nije donio odluku. Tačnije, ukoliko krivični sud nije prethodno donio odluku o nekom krivičnom pitanju od čijeg rješenja zavisi odlučivanje u građanskoj parnici – o prethodnom pitanju – o istom može odlučiti parnični sud. Parnični sud u navedenim situacijama može prethodno rješavati postojanje krivičnog djela i postojanje krivične odgovornosti učinioca. U tom slučaju, ukoliko se o ovim pitanjima prvo izjasni parnični sud, krivični sud može odlučiti drugačije imajući u vidu činjenicu da odluka parničnog suda u pogledu ovih pitanja proizvodi dejstvo samo u okviru konkretne parnice, te ne obavezuje krivični sud. Samim tim argument da se prihvatanjem principa vezanosti sprečava donošenje kontradiktornih odluka gubi na značaju, makar kada govorimo o crnogorskom pozitivnom pravu. U situacijama kada prvi odluči parnični sud, krivični sud o istom pitanju može donijeti odluku različitog sadržaja. Sljedstveno tome rješenje crnogorskog zakonodavca ne obezbjeđuje ostvarivanje pravne sigurnosti na način da se njegovim uređenjem pitanja vezanosti parničnog suda odlukom donijetom u krivičnom postupku sprečava donošenje kontradiktornih odluka o istim pravnim pitanjima unutar „jedinstvenog sistema građanskog i krivičnog pravosuđa." Samim tim postavlja se pitanje opravdanosti rješenja datog u članu 15 crnogorskog ZPP-a, posebno ako imamo u vidu njegovu obavezujuću snagu i u odnosu na treća lica.

Obavezujuća snaga osuđujuće krivične presude za parnični sud se brani i argumentima da: krivični sudovi odlučuju u društvenom interesu, te da se u krivičnom pravu, imajući u vidu da je prihvaćeno istražno načelo koje garantuje utvrđivanje apsolutne materijalne istine na osnovu svih dostupnih dokaza i slobodnog sudijskog uvjerenja, primjenjuju isti ili čak viši standardi prilikom utvrđivanja istine nego u parničnom postupku - iz čega prozilazi zaključak nužnosti povjerenja u njihove odluke; da se na ovaj način obezbjeđuje viši stepen ekonomičnosti, i pravne sigurnosti, te ujednačenosti odluka kada je krivični sud prethodno pravosnažno odlučio.[27]

[27] Vidjeti: Borivoje Poznić, "Uticaj krivične presude na parnicu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol-39-1-3, (1991) 251- 253.

Svi prethodno navedeni argumenti govore u prilog principu vezanosti, posebno vodeći se idejom jedinstva pravosuđa. Međutim ovdje treba voditi računa i o činjenici da krivični i parnični postupak počivaju na čitavom nizu različitih procesnih načela.

Tačnije, prilikom analize adekvatnosti odredbe kojom se predviđa obavezna snaga osuđujuće krivične odluke između ostalog se treba voditi računa i o osnovima, uslovima, specifičnostima krivičnopravne i građanskopravne odgovornosti te strukturi i pravilima krivičnog i građanskog postupka. Naime, iako bi se na prvi pogled reklo da su krivični i parnični postupak dva prilično srodna sudska postupka, ukoliko bi se ova dva postupka posmatrala sa aspekta osnovnih zadataka kojima teže uočila bi se značajna razlika. Prije svega krivični postupak ima za cilj da odgovori na pitanje da li je lice preduzelo radnje koje se mogu definisati kao biće nekog djela koje je u zakonu propisano kao krivično djelo, te ukoliko jeste krivični sud je u obavezi da tom licu za izvršeno krivično djelo izrekne adekvatnu zakonom propisanu kaznu. Sa druge strane, parnični postupak teži da riješi jedan građanskopravni spor.

Građanskoprava odgovornost je mnogo šira od krivične odgovornosti zato što se krivična odgovornost temelji na principu *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a građanskopravna odgovornost se oslanja na jedan uopšten princip zabrane prouzrokovanja štete drugom - svako je dužan da se uzdrži od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta (čl. 9 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore[28]) - i „ko drugome prouzrokuje štetu dužan je da je nadoknadi“[29]. Nadalje, suštinska razlika između ova dva vida odgovornosti se ogleda i u tome što je krivična odgovornost usko vezana za ličnost učinioca krivičnog djela, dok sa druge strane kod građanskopravne odgovornosti moguća je odgovornost za drugog (čl. 158-166 ZOO), odnosno situacija gdje odgovorno lice i štetnik nijesu ista osoba, takođe za razliku od krivičnopravne odgovornosti koja se može zasnovati samo po osnovu krivice, u građanskopravnoj odgovornosti postoje tri osnova, tj. tri razloga zašto neko može da odgovara, i to zato što je kriv – subjektivna odgovornost (čl. 148 st. 1 ZOO); zato što je stvorio, održavao ili kontrolisao povećanu opasnost od štete za treća lica –objektivna odgovornost (čl. 148 st. 2 ZOO) i odgovornost po osnovu pravičnosti (čl.163 ZOO). Dalje, za razliku od krivične odgovornosti gdje krivica učinioca se mora utvrditi, kod građanskopravne subjektivne

[28] Zakon o obligacionim odnosima “Sl. list CG”, br. 47/2008, 4/2011 - dr. zakon i 22/2017 (u daljem tekstu ZOO)

[29] Slobodan Perović, „Prirodno pravo i odgovornost“, *Pravni život*, br 9 (2011), 57.

odgovornosti postoji pretpostavka krivice štetnika[30] (čl. 148 st. 1 ZOO) [31], dok je ona kod objektivne odgovornosti pravno irelevantna. Takođe za razliku od krivičnopravne odgovornosti koja je moguća i za pokušaj izvršenja krivičnog djela, građanskopravna odgovornost se ne može zasnovati bez posljedice. Za zasnivanje imovinskopravne odgovornosti nije dovoljno da je štetnikov postupak sam po sebi loš već je nužno da je takvo njegovo ponašanje proizvelo štetne efekte.[32] Mora postojati šteta kao uslov za zasnivanje odgovornosti. Takođe, postoji razlika i u pojmu krivice.[33]

Sljedstveno tome odredba data u članu 15 ZPP-a može, imajući u vidu čitav niz različitih instituta na kojima počiva građansko i krivično pravo, dovesti do spornih i nepravičnih situacija u praksi.

Poseban problem kod principa veznosti, u teoriji a i u praksi se javio u pogledu vezanosti parničnog suda osuđujućom krivičnom presudom u situacijama kada učesnici u krivičnom i parničnom postupku nijesu isti, iako se u načelu radi o istom činjeničnom događaju.[34] Pripisivanjem takvog autoriteta krivičnoj presudi

[30] U crnogorskom pravnom poretku je prihvaćena oboriva zakonska pretpostavka štetnikove krivice. Težnja zakonodavca je ovdje bila da prihvatanjem sistema pretpostavljene krivice štetnika olakšaju materijalnopravni i procesnopravni položaj oštećenika, odnosno da se teret oslobađanja od odgovornosti prebaci na štetnika. Marija Karanikić Mirić, ,,Pretpostavka krivice – U građanskom pravu", *Pravni život* br. 11 (2009), 942.

[31] Po pravilu o pretpostavljenoj krivici pretpostavlja se samo najblaži stepen krivice štetnika (obična nepažnja). Teži stepen krivice (gruba nepažnja i namjera) se pretpostavlja samo ako je takva pretpostavka izričito predviđena zakonskim pravilom, ili ako iz smisla zakonskog pravila to nedvosmisleno proizlazi (što nije slučaj u crnogorskom pravnom poretku). U suprotnom teži stepen krivice se ne pretpostavlja već se dokazuje prema opštim pravilima dokaznog postupka. Zaključak XIV Zajedničke sjednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 25 i 26. marta 1980. godine, Navedeno kod: Marija Karanikić Mirić, ,,Odmeravanje naknade štete prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika", *CRIMEN* (II) 1/2011, 69.

[32] Marija Karanikic Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009), 31.

[33] O pojmu krivice kao osnovu deliktne odgovornosti: vidi prije svih: Marija Karanikić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu.*

[34] Podnijeta je inicijativa Ustavnom sudu Crne Gore za preispitivanje ustavnosti odredbe člana 15 Zakona u parničnom postupku. U inicijativi je istaknuto da je obavezujuće dejstvo krivične presude u odnosu na treća lica kojima nije data mogućnost da učestvuju u krivičnom postupku, a stranke su u parničnom postupku, u suprotnosti sa članom 32 Ustava Crne Gore i članom 6 Konvencije. Navedeno je da rješenje iz kojeg proizilazi da lice koje tuži ili je tuženo u parničnom postupku, a koje u krivičnom postupku nije učestvovalo kao stranka, a koje imajući u vidu obavezujuće dejstvo krivične presude, ne može u parnici da osporava tačnost iste je potpuno neodrživo i u suprotnosti je sa jednim od osnovnih načela na kojima počiva građanski parnični postupak a koje proizilazi iz prava na pravično suđenje - načela saslušanja stranaka, koje je garantovano i Ustavom i Konvencijom. Takvim uređenjem se ovim licima krši temeljno procesno pravo na zakonsko saslušanje koje u načelu izvire iz člana 6 st. 1 Konvencije, te člana 32 Ustava. U vezi sa tim, inicijativom se predlaže da se odredba člana 15 Zakona o parničnom postupku proglasi neustavnom. Inicijativa svoje uporušte nalazi u odluci Ustavnog suda Austrije koji je 1990. godine proglasio neustavnom odredbu koja je na istovjetan način regulisala datu materiju. Dalje, u iniicjativi je navedeno da bi osuđujuća krivična presuda u odnosu na treća lica trebalo da deluje snagom dokaznog sredstva koje se može pobijati u parničnom postupku. Samo na taj način bi se obezbijedilo da trećim licima ne bude povrijeđeno pravo na pravično suđenje. Inicijativu su podnijeli studenti Fakulteta pravnih nauka, Univerziteta Donja Gorica - Podgorica.

u situaciji kada učesnici postupaka nijesu isti narušava se osnovni postulat proklamovan čl. 6 Konvencije, a to je pravo na pravično suđenje, kao i pravo na pristup sudu, pravo na saslušanje stranaka i njihovu ravnopravnost, te pravo na kontradiktornost i javno suđenje.[35]

Obavezujuća snaga krivične presude bi mogla da ima uporište u nekim od prethodno navedenih stavova samo u odnosu na lica koja su prethodno učestvovala u krivičnom postupku. Tu princip ostvarivanja pravne sigurnosti, ekonomičnosti, materijalne istine onog što je sadržano u krivičnoj presudi opravdava usvajanje principa vezanosti. Ovakav stav bi se mogao pravdati i činjenicom da je u tom slučaju strankama data mogućnost da aktivno učestvuju u krivičnom postupku, da budu prisutne prilikom preduzimanja svih radnji u postupku, kao i da budu saslušane prije donošenja odluke, te da se izjasne o svim relevantnim činjenicama prije nego što nadležni sud na tim činjenicama utemelji svoju konačnu odluku,[36] što u krajnjem obezbjeđuje poštovanja prava na pravično suđenje i prava na kontradiktorno raspravljenje učesnicima parničnog postupka koji su prethodno bile stranke i u krivičnom postupku. Na ovaj način im se obezbjeđuje poštovanje načela kontradiktornosti i u krivičnom[37] i u parničnom postupku. Tačnije iako u odnosu na ova lica osuđujuća krivična presuda djeluje obavezujuće njima nipošto nije povrijeđeno pravo na kontradiktorno raspravljanje u parničnom postupku. Isto proizilazi iz činjenice da su oni kroz učestvovanje u krivičnom postupku imali mogućnost da iznose svoje stavove, predlažu i iznose svoje dokaze, te da odgovore na stavove suprotne stranke.

Sa druge strane, pravilo o vezanosti osuđujućom krivičnom presudom treće osobe koja nije učestvovala u krivičnom postupku u kojem je odluka donesena, uskraćuje tom trećem ostvarivanje prava na kontradiktorno raspravljenje u parničnom postupku. Tačnije, odredba kojom se predviđa da krivična presuda ima autoritet presuđene stvari u odnosu na lica koja nijesu imala mogućnost da učestvuju u krivičnom postupku, posebno u odnosu na tuženog u parničnom postupku koji nije imao mogućnost pobijati ono što je utvrđeno u osuđujućoj krivičnoj presudi

[35] Vidjeti presudu Evropskog suda za ljudska prava *Ruiz Mateos protiv Španije*, predstavka br. 12952/87 od 23.06.1993. godine, sajtu https://hudoc.echr.coe.int/

[36] Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, I, Institucije*, (Zagreb: Narodne novine, 2012.) 159.

[37] Iako načelo kontradiktornosti nije izričito formulisano u Zakoniku o krivičnom postupku, ovaj princip nedvosmisleno proizlazi iz procesnog položaja krivičnoprocesnih stranaka – tačnije, „iz sagledavanja normativno uobličene procesne pozicije stranaka (prvenstveno okrivljenog), izvodi se zaključak o egzistiranju ovog procesnog načela, koje nema izričit zakonski izraz." Saša Knežević, „Načelo raspravnosti u krivičnom postupku", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 62, (2012.), 216.

dokazivanjem suprotnog predstavlja povredu člana 6 st. 1 Konvencije.[38] Ovim licima je povrijeđeno pravo na pristup sudu, pravo na efikasno učešće u postupku, pravo da budu saslušani u postupku u kojem je donijeta presuda koja važi snagom pravnog pravila u odnosu na njih, da iznesu svoje zahtjeve, da se izjasne o činjenicama i dokazima na kojima počiva konkretna osuđujuća presuda. Time im je onemogućeno pravo na procesnu ravnotežu i jednakost oružja u parničnom postupku i pravo na kontradiktorno raspravljanje. Ovakvim rješenjem se, između ostalog, strani u parničnom postupku (koja nije učestvovala u krivičnom postupku) uskraćuje i mogućnost da se izjasni na stavove i mišljenja vještaka, državnog tužilaštva i drugih subjekata koji bi mogli učestvovati u krivičnom postupku. Nema mogućnost da pobija npr. nalaz vještaka[39] koji je donijet u krivičnom postupku – a osuđujuća krivična presuda počiva između ostalog na tom nalazu. Ovakvo rješenje stranku koja nije učestvovala u krivičnom postupku obespravljuje i ne omogućava joj ostvarivanje prava priznatih konvencijom i praksom Evropskog suda za ljudska prava. Prema praksi Suda svakoj strani u postupku bi trebalo dati jednaku mogućnost da u parnici brani svoja prava pod uslovima koji je ne stavljaju u bitno nepovoljniji položaj u odnosu na drugu stranu[40], što ovdje nije situacija. Tačnije, strana koja nije imala mogućnost da učestvuje prethodno u krivičnom postupku automatski je stavljena u nepovoljan položaj iz razloga što joj nije data mogućnost da zaštiti svoja prava u odnosu na izvedene dokaze, odnosno činjenice utvrđene u krivičnom postupku, a koje se direktno tiču njenog položaja u konkretnoj parnici. Strogo poštovanje načela jednakosti stranaka u sudskom postupku obezbjeđuje zaštitu prava na pravično suđenje proklamovano čl. 6 Konvencije, s obzirom da upravo načelo jednakosti stranaka kao i načelo kontradiktornosti u postupku predstavljaju osnovne elemenate pojma prava na pravično suđenje. To dalje znači da se svakoj strani koja učestvuje u sudskom postupku bez izuzetka mora obezbijediti ravnopravnost, kako bi imala mogućnost da pred sudom iznese svoje zahtjeve i argumente i to sve pod uslovima koji bi joj obezbijedili bezuslovnu „jednakost oružja“ i ne bi je ni na koji način stavili u nepovoljniji položaj u odnosu na drugu stranu. U suprotnom, to bi dovelo do povrede čl. 6 Konvencije, posebno kod činjenice što je Sud u bogatoj sudskoj praksi obrazlažući povredu čl. 6 sa asprkta jednakosti oružja znao ukazati na to da načelo jednakosti oružja u kontekstu građanske parnice između parničnih stranaka

[38] ,,Na ovu zamjerku se odgovara da je treći imao mogućnost da se u krivični postupak uključi sa svojim imovinskopravnim zahtjevom. Međutim, ni ova argumentacija ne može da obesnaži kritiku. Jer da li će treći zaštitu za taj zahtjev ostvariti u krivičnom postupku ili u parnici, stvar je njegovog izbora koji on pravi na osnovu ocjene svog interesa.” Borivoje Poznić, ,,Uticaj krivične presude na parnicu”, 255.

[39] U praksi Evropskog suda za ljudska prava u smislu člana 6 Konvencije, je strankama priznato pravo da se upoznaju sa nalazom i mišljenjem vještaka. - *Feldbrugge protiv Holandije*, A 99 (1986); 8 EHRR 425 (pristup spisima predmeta)

[40] Kaufman protiv Belgije, 10938/84, DR 50, p. 115.

nužno obuhvata razumnu mogućnost obije stranake da izlože činjenice i podupru ih svojim dokazima, u takvim uslovima koji nijednu od stranaka ne stavljaju u bitno lošiji položaj u odnosu na suprotnu stranku, te da je na nacionalnim vlastima da osiguraju u svakom pojedinačnom slučaju ispunjenje tih zahtjeva.[41]

Postojeća odredba data u članu 15 ZPP-a bi činila otežanom poziciju trećeg, čak i onda kada bi mu krivično zakonodavstvo priznavalo pravo da učestvuje u krivičnom postupku. Isto proizilazi iz činjenice da strana u parničnom postupku često nije zainteresovana za osudu optuženog u krivičnom postupku, što je po pravilu preduslov za privatno učešće. Takođe, strana koja se u parnici može smatrati odgovornom ne mora uvijek biti svjesna činjenice da se krivični postupak vodi.[42]

Imajući u vidu sve prethodno navedene argumente za i protiv principa vezanosti, stava smo da bi bilo najadekvatnije rješenje kojim bi se predviđalo da osuđujuća krivična presuda djeluje obavezujućom snagom samo u odnosu na lica koja su učestvovala u krivičnom postupku. Na taj način bi se obezbijedilo poštovanje prava na pravično suđenje i pravo na kontradiktorno raspravljanje svim učesnicima u parčničnom postupku.[43] U tom bi smislu, npr., osuđujuća krivična presuda kojom se optuženi oglašava krivim imala obavezujuće dejstvo između osuđenog i oštećenog u parnici radi naknade štete prozrokovane od strane zaposlenog u radu ili u vezi s radom, ali ne i u parnici između oštećenog i poslodavca zaposlenog koji je prouzrokovao štetu. Isto tako osuđujuća krivična presuda bi djelovala obavezujuće za parnični sud u parnici za naknadu štete prozrokovane motornim vozilom u pokretu između oštećenog i osuđenog lica, dok ona ne bi imala takvo dejstvo u parnici između oštećenog i osiguravajućeg društva.

U teoriji nailazimo i na mišljenje da bi prethodno navedeni stav trebalo proširiti na način da se prihvati princip subjektivnog relativiziranog djelovanja krivične presude - da treći koji nijesu mogli učestvovati u krivičnom postupku- mogu se pozivati na osuđujuću krivičnu presudu kada je to njima u korist. Odnosno da ona u odnosu na njih ne djeluje obavezujućom snagom već da se trećim ostavlja na

---

[41] Vidjeti presude Evropskog suda za ljudska prava *Perić protiv Hrvatske*, br. predstavke 34499/06 od 27.03.2008. godine, 4 p. 19, i *Dombo Beheer B.V. protiv Holandije*, presuda od 27. prosinca 1993. , serija A br.274, 19, par.33 dostupna na sajtu https://hudoc.echr.coe.int/

[42] VfGH-G73_89-3. Odluka Vrhovnog ustavnog suda Austrije od 12. 10. 1990., poslovni broj G73/89, Broj zbirke 12504, Načelo: „Ukidanje vezivanja parničnog sudije za krivičnu presudu u parničnom postupku; Povreda prava na pravično suđenje od strane nezavisnog i nepristrasnog suda" – U daljem tekstu Odluka Ustavnog suda Austrije, 3.

[43] Krivična presuda može djelovati na način da je osuđujuća krivična presuda za parnični sud obavezna na način da se njome stvara oboriva pretpostavka da su utvrđenja koja ona sadrži,ukoliko su od značaja za parnični sud tačna. Tuženom se ostavlja mogućnost na ovaj način da obara pretpostavku osim ukoliko tuženi obara tačnost onog što se njom tvrdi. Tuženi ima mogućnost da dokazuje suprotno. Ovaj sistem je prihvaćen u engleskom i holandskom pravu. Borivoje Poznić, „Uticaj krivične presude na parnicu", 257-258.

volju, u zavisnosti od toga da li je osuđujuća presuda u njihovu korist ili nije da se pozivaju na njeno obavezujuće dejstvo. Lica koja su osuđena za krivično djelo ili su oštećena ne bi se mogla pozivati u parničnom postupku, u ovom slučaju, na osuđujuću krivičnu presudu na štetu trećeg. Međutim, ukoliko bi se treći pozvao na obavezujuće dejstvo krivične presude u svoju korist, ona bi djelovala u odnosu na njega i druge učesnike parničnog postupka kao cjelina- tako da bi treći morao pristati na to da ona djeluje na njega i u mjeri u kojoj bi bila povoljna za drugu stranu.[44]

Međutim, za koju god opciju da se odluči crnogorski zakonodavac mišljenja smo da nikako odredba Zakona o parničnom postupku ne smije ostati na snazi na način na koji trenutno uređuje dejstvo osuđujuće krivične presude. Ustav i Konvencija nalažu da treća lica, koja su stranke u parničnom, a nijesu bile stranke u krivičnom postupku ne smiju biti u lošijem procesnopravnom položaju u odnosu na suprotnu stranku, te da nipošto ne smiju biti obespravljene.

Svakako, imajući u vidu činjenicu da je podnijeta inicijativa za preispitivanje ustavnosti odredbe člana 15 ZPP-a, sve prethodno navedene argumente, te stav zauzet u odluci Ustavnog suda Austrije koji je odredbu člana 268 Zakona o parničnom postupku, koja je na gotovo istovjetan način regulisala datu materiju, proglasio neustavnom i u suprotnosti sa članom 6 st. 1 Konvencije, nadamo se da će Ustavni sud Crne Gore donijeti odluku kojom odredbu člana 15. ZPP-a proglašava neustavnom.

Crnogorski zakonodavac bi trebao ovo pitanje riješiti u skladu sa stavom Vrhovnog suda Austrije koji je nakon, odluke Ustavnog suda, zauzeo mišljenje da su parnični sudovi vezani samo za pravosnažne osuđujuće krivične presude između stranaka u parničnom postupku koje su prethodno mogle učestvovati u krivičnom postupku u kojem je odluka donijeta[45] ili da se predvidi da su parnični sudovi vezani samo za pravosnažne osuđujuće krivične presude između stranaka u parničnom postupku koje su prethodno učestvovale u krivičnom postupku u kojem je odluka donijeta. Ukoliko bi se predvidjelo ovo drugo rješenje zaštitili bi se i treći koji su mogli da učestvuju u krivičnom postupku, prema važećem krivičnom zakonodavstvu, ali koji nijesu bili svjesni činjenice da se krivični postupak vodi u vrijeme kada im je pristup bio moguć, i kao posljedica toga nijesu učestvovali. Na taj način bi se stranama u parničnom postupku, koje nijesu učestvovale u krivičnom postupku priznao veći stepen zaštite.

---

[44] Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo (VII) Utvrđivanje činjenica*, 215.

[45] *Ibid.* 214.

4. ZAKLJUČAK

Odredbom člana 15 ZPP-a povrijeđeno je pravo na saslušanje stranaka, kao jedno od osnovnih garancija čl. 6 st. 1 Konvencije, strani koja nije učestvovala u krivičnom postupku.

Predviđanjem obavezujućeg dejstva osuđujuće krivične presude u parničnom postupku i u odnosu na trećeg – koji prethodno nije učestvovao u krivičnom postupku, crnogorski zakonodavac je uskratio trećem mogućnost da se izjasni o činjenicama i dokazima na kojima je zasnovana krivična sudska odluka, koja djeluje i o odnosu na njega i na taj način mu povrijedio pravo na pravično suđenje – u smislu prava na pristup sudu, prava da bude saslušan, procesnu ravnotežu i ravnopravnost i prava na kontradiktorno raspravljanje.

Svi argumenti koje smo navele u radu, a koji idu u prilog obavezujuće snage krivične presude, ne mogu opravdati njeno dejstvo u parničnom postupku u odnosu na onu stranu koja nije učestvovala u krivičnom postupku.

Postojeća formulacija člana 15 ZPP-a isključije mogućnost parničnom sudiji da obavezno dejstvo krivične odluke ne veže za stranke koje nisu bile uključene u krivični postupak.

Samim tim, imajući u vidu sve prethodno navedeno, odredba člana 15 ZPP-a kao takva ne može ostati na snazi, zbog čega je crnogorskom zakonodavcu nametnut izazovan zadatak u okviru kojeg bi trebao nastojati da poštujući osnovne principe propisane čl. 6 Konvencije uredi zakonsku regulativu na način što će obavezujuće dejstvo osuđujuće krivične presude u parničnom postupku ograničiti samo na one stranke koje su učesvovale u krivičnom postupku, dok će za treća lica osuđujuća krivična presuda u parničnom postupku imati značaj dokaznog sredstva.

LITERATURA

1. Bianku, Ledi, Hannah, Smith. *Nezavisnost i nepristrasnost pravos*uđa, Pregled relevantne prakse Evropskog suda za ljudska prava, Aire centre, 2021.
2. Bubalo, Davor. „Razvoj parničnog postupka i načela vezanosti parničnog suda osuđujućom kaznenom presudom“, *Hrvatski časopis za OSIGURANJE,* br. 2, 2019.
3. Dika, Mihajlo. „Prethodno pitanje u parničnom postupku“, Rijeka: Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 26, br. l, 2005.
4. Dika, Mihajlo. *Građansko parnično pravo, VII, Utvrđivanje činjenica*: Zagreb; Narodne novine, 2018.
5. Karanikic Mirić, Marija. Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009.

6. Karanikić Mirić, Marija. ,,Odmeravanje naknade štete prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika", CRIMEN (II) br. 1 (2011).
7. Karanikić Mirić, Marija. Pretpostavka krivice – U građanskom pravu", *Pravni život* br. 11 2009.
8. Knežević, Saša. ,,Načelo raspravnosti u krivičnom postupku", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 62, 2012.
9. Krapac, Davor. *Kazneno procesno pravo, I, Institucije*, Zagreb: Narodne novine, 2012.
10. Obradović, Rosa. *Naknada štete, građanski modul 7*, Sarajevo: 2006.
11. Odluka Vrhovnog ustavnog suda Austrije poslovni broj G73/89 od 12. 10. 1990.
12. Osnovni sud u Podgorici presuda P. br. 119/19 od 21.10.2020. godine.
13. Osnovni sud u Podgorici presuda P. br. 1501/19 od 30.06.2019. godine,
14. Osnovni sud u Podgorici presuda P. br. 1791/18 od 05.07.2019. godine,
15. Osnovni sud u Podgorici presuda P. br. 3639/19 od 07.12.2020. godine,
16. Osnovni sud u Podgorici presuda P. br. 725/20 od 02.11.2020. godine,
17. Osnovni sud u Podgorici presuda P.br. 2092/19 od 21.10.2020. godine
18. Perović Slobodan. Prirodno pravo i odgovornost, Pravni život, br 9, Beograd, 2011.
19. Poznić, Borivoje. *Uticaj krivične presude na parnicu*, Beograd: Pravni fakultete u Beogradu, 1991.
20. Presuda Evropskog suda za ljudska prava Ruiz Mateos protiv Španije, predstavka br. 12952/87 (1993.)
21. Presuda Evropskog suda za ljudska prava, Feldbrugge protiv Holandije, A 99 (1986).
22. Ros, Štefani Rikarda. *Vladavina prava kao preduslov za pristupanje,* Evropskoj uniji, Konrad-Adenauer-Stiftung i Editura C.H. Beck, 2018.
23. Spano. Robert. *Vladavina prava kao zvijezda vodilja*, Evropske konvencije o ljudskim pravima: Sud u Strazburu i nezavisnost pravosuđa, European Law Journal 2021.
24. Škulić, Milan- *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica: OSCE, 2009.
25. Tironi, Zrinka. ,,Vezanost parničnog suda pravomoćnim upravnim aktom", U: Zbornik radova VI. međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i uporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća", eds. Dinka ŠagoSplit, Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2020.
26. Ustav Crne Gore „Sl. list CG" br. 1/2007 i 38/2013 – Amandmani I – XVI
27. Vitkauskas, Dovydas. *Zaštita prava na pravično suđenje po evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Savjet Evrope, kancelarija u Beogradu, 2018.
28. Zakon o obligacionim odnosima, „Sl. list CG", br. 47/2008, 4/2011 - dr. zakon i 22/2017.

29. Zakon o parničnom postupku „Službeni list RCG“ br. 22/2004, 28/2005 - Odluka US RCG, 76/2006 i „Službeni list CG“, br. 47/2015 - drugi zakon, 48/2015 (čl. 84. i 85. nisu u prečišćenom tekstu), 51/2017, 75/2017 - Odluka US CG, 62/2018 - Odluka US CG, 19/2019 - Odluka US CG, 34/2019, 42/2019 - ispravka, 76/2020 i 108/2021 - Odluka US CG.
30. Zakona o državnim službenicima i namještenicima „Sl. list RCG“ br. 2/2018; 34/2019 i 8/2021.
31. Zakonik o krivičnom postupku, „Sl. list CG“, br. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 35/15, 58/15, 28/18, 116/20, 145/21.

THE EFFECT OF A CRIMINAL JUDGMENT ON THE CIVIL PROCEDURE

Montenegrin legal system stipulates a system of binding a civil court by a criminal judgment of conviction, irrespective of whether the parties to the civil proceedings have also been parties to the criminal proceedings. Such decision, as per the author's view, is in the opposition to Article 32 of the Constitution of Montenegro and Article 6 para. 1 of the European Convention.

Parties not having been parties to the criminal proceedings in which the criminal judgement of conviction was ruled have been violated the right to hear the parties, to procedural balance and equality of weapons and the right to adversarial discussion. They are not provided with the opportunity to challenge the validity of the criminal judgement, and previously they did not have the opportunity to take part in the criminal proceedings, to dispute the evidence that was presented and on which the decision is based.

The solution of Montenegrin legislator should be amended in such manner that the binding effect of the judgement of conviction refers only to parties who participated in the criminal proceedings.

Key words: *binding principle; criminal judgment, civil proceedings, right to a fair trial*

Mirna Dajak, mag. iur.,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska*
Sanja Čović Jurčević, mag. iur.,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska**

POSTUPAK LIŠENJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI - OD RIMSKOG PRAVA PA DO DANAS

UDK: 349.2-056.23
342.726-056.26
Pregledni znanstveni rad

Punoljetna osoba može biti djelomično lišena poslovne sposobnosti ako sud u izvanparničnom postupku utvrdi da se takva osoba ne može samostalno brinuti o nekom od svojih prava i obveza ili da svojim postupanjem ugrožava druge, te se takvoj osobi po okončanju postupka dodjeljuje skrbnik. Cilj je ovog rada prikazati povijesni pregled postupka lišenja poslovne sposobnosti pri čemu se počinje detaljnim razmatranjem relevantnih i dostupnih odredbi rimskog prava koje su poslužile kao temelj za daljnji razvitak postupka lišenja poslovne sposobnosti. Slijedi analiza odredbe dalmatinskog statutarnog prava, OGZ-a te ostalih bitnih zakona koji su bili na snazi na teritoriju RH te tako vidno utjecali na postupak lišenja poslovne sposobnosti prema važećem Obiteljskom zakonu koji, među ostalim, ima za cilj provedbu Konvencije o pravima osoba s invaliditetom. Autorice potom razmatraju obiteljske zakone iz 2003. i 2014. godine s obzirom na novine koje uvode za predmetni institut te probleme u praksi koji se pojavljuju za stručnjake koji sudjeluju u ovom postupku (suce, psihijatre i djelatnike Centra za socijalnu skrb). U ovom radu detaljno se analiziraju i odredbe važećeg Obiteljskog zakona iz 2015. godine, dostupni statistički podaci kao i nedavno donesena Odluka Ustavnog suda RH. S obzirom na rezultate provedene analize autorice smatraju kako kao društvo još uvijek moramo pojačano raditi na podizanju razine prava osoba lišenih poslovne sposobnosti.

Ključne riječi: *postupak lišenja poslovne sposobnosti, cura furiosi, prava osoba lišenih poslovne sposobnosti, Konvencija o pravima osoba s invaliditetom.*

* Asistentica na Katedri za rimsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split, Republika Hrvatska, e-mail: mirna.dajak@pravst.hr, ORCHID ID: 0000-0003-0141-6721.

** Asistentica na Katedri za građansko procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split, Republika Hrvatska, e-mail: sanja.covic.jurcevic@pravst.hr, ORCHID ID: 0000-0002-1926-2831.

1. UVODNE NAPOMENE O POVIJESNOM PREGLEDU POSTUPKA LIŠENJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI

Naše društvo sastoji se od raznih skupina, a jedna od takvih jesu i oni koji zbog svog (duševnog) stanja nisu u mogućnosti brinuti se o svojim pravima i obvezama, kao ni o pravima ili obvezama onih o kojima su dužni skrbiti. Isto tako, zbog svog stanja mogu ugrožavati sebe i druge. Kako bi se kao društvo pobrinuli da i takvim skupinama bude pružena primjerena zaštita i potpora, provodi se *izvanparnični postupak* lišenja poslovne sposobnosti te im se po okončanju tog postupka dodjeljuje *skrbnik* koji će se brinuti o njihovim poslovima.

Cilj je ovog rada prikazati povijesni pregled postupka lišenja poslovne sposobnosti i osvrnuti se na institut skrbnika koji je s njim tijesno povezan. S obzirom na (ne)dostupnost pravnih izvora o postupku lišenja poslovne sposobnosti autorice će u nekim dijelovima analizirati skrbništvo i uvjete za imenovanje skrbnika te prestanak skrbništva (poglavlja koja se odnose na rimsko i dalmatinsko statutarno pravo), budući da su ti uvjeti jasno izraženi u samim postupcima koji su se pojavili kasnije kroz povijest i o kojima imamo relevantne podatke.

Naime, u ranim je fazama razvitka ove ustanove svrha bila da se zaštiti društvo i obiteljska imovina od pojedinca s duševnim smetnjama, no, s druge strane, jako je brzo prepoznata i prihvaćena potreba da se u što većoj mjeri zaštiti takav pojedinac od društva. Također, bitno je napomenuti da, s obzirom na širok vremenski raspon u kojem se obrađuje ova tema, autorice neće moći obraditi sve zakone koji su bili na snazi na teritoriju Republike Hrvatske, no analizirat će one koji predstavljaju određenu prekretnicu i koji su s nekim svojim odredbama bitno utjecali na daljnji razvoj ovog instituta. Prikazat će se predmetni institut od samih njegovih početaka u rimskom pravu koje je postavilo temelje za razvoj ovog instituta kroz povijest. Ovdje prvenstveno nalazimo materijalnopravne odredbe vezane za ovaj institut, dok za sami postupak lišenja nemamo adekvatne pravne izvore koji bi pružili cjelovitu sliku samog postupka u tom vremenu. Nakon toga se nastoje približiti relevantne odredbe dalmatinskog statutarnog prava te se pregled nastavlja Općim građanskim zakonikom[1] iz 1853., zatim Osnovnim zakonom o starateljstvu[2] iz 1947., Zakonom o braku i porodičnim odnosima[3] iz 1978. godine pa se konačno daje postupak lišenja poslovne sposobnosti u skladu s važećim pravom Republike

[1] O odredbama Općeg građanskog zakonika (dalje u tekstu: *„OGZ“)* vidi više u Adolf Rušnov, Stjepan Posilović, *Tumač Općemu austrijskomu građanskomu zakoniku, Knjige I i II.* prvo izdanje (Zagreb: L. Hartmana (Stj. Kugli), 1893.).

[2] Osnovni zakon o starateljstvu, Službeni list FNRJ 30/1947.; Službeni list SFRJ 16/1965, 23/1965.

[3] Zakonu o braku i porodičnim odnosima, Narodne novine, br. 11/1978., 27/1978., 45/1989., 51/1989.

Hrvatske[4]. Prikazuje se zatim problematika iz perspektive različitih aktera u samoj praksi, kao i neki statistički podaci važni za cjelovitu percepciju samog postupka. Za kraj se daje osvrt na nedavno donesenu Odluku Ustavnog suda RH.

2. RIMSKO PRAVO

Povijesni pregled započinje razmatranjem skrbništva u rimskom pravu koje je postavilo temelje za razvoj ovog instituta kroz povijest. Premda dostupna pravna vrela ne daju suviše podataka o samom postupku lišenja poslovne sposobnosti, kroz odredbe o uvjetima za imenovanje skrbnika možemo vidjeti koji su to bili temeljni principi rimskog prava vezani za ovaj institut. Rimsko je pravo poznavalo dva oblika skrbništva, i to *tutela (tutorstvo)* i *cura* (kuratorstvo).

Tutorstvo se odnosi na skrbništvo nad nedoraslim muškim osobama *(tutela impuberum)* te nad ženskim osobama *sui iuris.*[5] Prvi oblik tutorstva odgovarao bi današnjem skrbništvu nad maloljetnim osobama[6], dok drugi oblik više ne postoji. Naime, svrha postavljanja skrbnika ženama koje su bile *sui iuris* nije bila u nemogućnosti žene da se skrbi za svoju imovinu i osobna prava, nego upravo u činjenici njezinog spola. U rimskom je pravu ženski spol bio razlog poslovne nesposobnosti - tako su žene, koje nisu bile *in patriae potestate* (pod očinskom vlasti) ili u braku *cum manu*, bile doživotno pod tutorstvom *(tutela mulierum*).[7] Područje našeg interesa nije ovaj oblik skrbništva jer se ne radi o kategoriji osoba koje bi u skladu s današnjim pravom bile lišene poslovne sposobnosti.

Kuratorstvo je oblik skrbništva nad odraslim osobama koje iz određenih razloga ne mogu brinuti o svojoj imovini i zdravlju, a ovisno o razlogu zbog kojeg ne mogu brinuti o svojoj imovini postoji i odgovarajući oblik kuratorstva.[8] Iako će autorice u ovom radu zasebno analizirati samo tri oblika kuratorstva[9], potrebno

[4] Temeljni važeći zakonodavni okvir je Obiteljski zakon, Narodne novine br. 103/15, 98/19, 47/20, 49/23. (dalje u tekstu: „*ObZ/15*“).

[5] O tutorstvu u rimskom pravu vidi više u Anja Škalic, Ana Vučak. „Skrbništvo u rimskom pravu.“ *Paragraf : časopis za pravna i društvena pitanja Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku*, 3, br. 1, (2019): 133-155.; Magdalena, Apostolova-Maršavelski. „Rimska tutela mulierum u opisima klasika.“ *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 55, (2005): 1001-1017.

[6] Uz razliku što je u rimskom pravo namijenjen za nedorasle muške osobe.

[7] Aleksandar Maršavelski, „Skrbništvo za osobe lišene poslovne sposobnosti (s povijesnim osvrtom)“. *Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja*, 40, br. 82, (2006): 112.

[8] Vidi više u Peter, Apathy, Georg Klingenberg i Martin Pennitz, *Einführung in das römische Recht, 5. Auflage*, (Köln:Böhlau Verlag, 2012); Max Kaser, *Das römische Privatrecht I, 2. Auflage* (Handbuch der Altertumswissenschaft), (München: Beck, 1971); Max Kaser, *Das römische Privatrecht II, 2. Auflage* (Handbuch der Altertumswissenschaft), (München : Beck, 1975).

[9] U rimskom pravu postoji više oblika skrbištva (cura), međutim zbog obima rada autorice će analizirati samo one oblike skrbništva u kojima možemo pronaći svojevrsne preteče instituta skrbnika kakvog danas poznajemo.

je prethodno se upoznati s nekim osnovnim značajkama koje vrijede za sve tipove ovog vida skrbništva. S obzirom na način određivanja osobe skrbnika razlikujemo *cura legitima i cura dativa*. O *cura legitima* govorimo kad se za skrbnika postavlja onaj koji ima zakonsko nasljedno pravo na imovini štićenika. Ovaj način određivanja skrbnika bio je poznat još od vremena Zakonika XII. ploča (450.-451. p.n.e.).[10] Kasnije je dopunjen sa *cura dativa*, odnosno imenovanjem kuratora od strane magistrata.[11] Oporučno određivanje kuratora *(cura testamentaria)* nije imalo pravnu snagu, no ipak su magistrati za kuratora najčešće imenovali osobu određenu u oporuci. *„Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto praetoris vel praesedis.“*[12]

Za eventualne međusobne zahtjeve koji bi nastali u odnosu između kuratora i štićenika primjenjivala se tužba *actio negotiorum gestio (directa i contraria)*, budući da su se na taj odnos primjenjivala pravila poslovodstva bez naloga. Međutim, tek kad bi štićenik dobio drugog kuratora, mogao je ustati tužbom protiv njegovog prethodnika pri čemu bi ga drugi kurator zastupao u civilnom postupku protiv prvoga. Smatramo kako se u ovom slučaju radi o svojevrsnoj preteči instituta posebnog skrbnika u kojem će naknadno biti više rečeno. Nadležni organi za lišavanje poslovne sposobnosti i postavljanje kuratora *(cura dativa)* bili su pretori (rimski pravosudni magistrati), *praesedes* (upravitelji provincija) i *praefecti urbi* (upravitelji gradova). Za prestanak kuratorstva nad osobama lišenim poslovne sposobnosti nije bila potrebna nikakva odluka, prestajalo je *ipso iure* - smrću štićenika ili kad duševno bolesna osoba ozdravi, odnosno kad rasipnik popravi svoje ponašanje.[13] Kao što je već spomenuto, autorice će se posebno osvrnuti na *cura furiosi, cura prodigi i cura debilium personarum,* s obzirom na to da u ovim oblicima možemo pronaći svojevrsne preteče za skrbništvo za osobe lišene poslovne sposobnosti prema pozitivnom pravu.

---

[10] Više o *cura furiosi* kao najčešćem obliku kuratorstva u rimskom pravu u razdoblju Zakonika XII. ploča vidi u Oliviero Diliberto, *Studi sulle origini della 'Cura furiosi',* (Napolo: Casa editirice dott. Eugenio Jovene, 1984); Vidi Uwe Manthe, „Bemerkungen zur Cura Furiosi“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*, 57, 1-2 (1989): 157-168.

[11] Prema Mila Jovanović, *Komentar starog rimskog ius civile,* Knjiga druga, Zakon XII. Tablica (I-IV), (Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2007), 251. u doba Zakonika XII. ploča se nije moglo dogoditi da netko ostane bez skrbnika jer ako se nije moglo dogoditi da nema gentile, ako već nema agnate. Tek mnogo godina kasnije kada gentilne veze gube značaj i kada kognatsko srodstvo dobija primat nad agratskim, djelatnošću pretora je uvedeno pravilo da se *„umobolnom licu*“ imenuje skrbnik od strane državnog organa.

[12] „*Kuratore određuju oni isti magistrati koji određuju i tutore*“. Međutim, kurator se ne određuje testamentom, ali ako bude određen, potvrđuje ga svojom odlukom pretor ili upravitelj provincije'' Justinianus, Institucije 1, 23, pr-2 -prema Ante Romac, *Izvori rimskog prava* (Zagreb: Informator, 1973.) 192-193.

[13] Maršavelski, „Skrbništvo za osobe lišene poslovne sposobnosti (s povijesnim osvrtom)“, 113.

Cura furiosi odnosi se na skrbništvo nad duševno bolesnim osobama. Rimsko je pravo za postizanje učinaka pravnog posla tražilo postojanje volje i očitovanje te iste volje u propisanoj formi. Međutim, duševno bolesne osobe bile su potpuno poslovno nesposobne jer se smatralo da nemaju pravno relevantnu volju u skladu s pravilom „*Furiosi nulla voluntas est.*“[14] Ono po čemu rimsko pravo odstupa od suvremenih zakonodavnih rješenja je da priznaje *tzv. lucida intervalla* te smatra da su osobe za vrijeme tih svijetlih trenutaka bile potpuno poslovno sposobne.[15] Kao što je već spomenuto, još od perioda Zakonika XII. ploča postoji *cura legitima i cura dativa.* Zakonsko starateljstvo nad umobolnima pripadalo je, analogno zakonskom nasljednom redu, najbližem muškom agnatu, a ako agnata nije bilo, onda je pripadalo gentilima u slučaju da *furiosus* nije bio *in patria potestate* ili pod tutorstvom za vrijeme nedoraslosti.[16] U suštini, redoslijed pozivanja na skrbništvo podudarao se s redoslijedom pozivanja na nasljedstvo pa možemo primijetiti da je kod zakonskog skrbništva veći naglasak bio na zaštiti obiteljske imovine koju bi *furiosus* svojim raspolaganjima mogao umanjiti, nego na zaštiti samog *furiosusa* kao nasljednika. *Cura dativa* primjenjivala se u slučaju kad ne bi postojala osoba koja ispunjava svojstva za *curator legitimus* te bi tada magistrat (tj. pretor ili upravitelj provincije) imenovao skrbnika. Ovakav vid imenovanja skrbnika u rimskom pravu postupno je utjecao na promjenu stajališta rimskog društva te se počinje pojačano štititi duševno bolesna osoba, a ne obiteljska imovina.

S obzirom na to da su ove osobe, izuzev *lucida intervalla,* bile potpuno poslovno nesposobne, kurator je bio zadužen za čuvanje imovine, zdravlja i života svoga štićenika. O navedenom opsegu poslova skrbnika zaključujemo iz navoda rimskog pravnika Salviusa Iulianusa: *„Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed corpus ac salus furiosi.*“[17] Zbog toga duševno bolesne osobe ne mogu odgovarati za kaznena djela, niti mogu sklapati pravne poslove (osim onih koje im donose koristi). Duševna bolest je bračna smetnja pa oni ne mogu sklapati brak, *furiosus* ne može započeti posjedovanje (npr. za dosjelost) jer mu nedostaje *animus* i sl.[18] Za prestanak skrbništva nad duševno bolesnom

---

[14] Pomponius, Digesta 50, 17, 40 - prema Ante Romac, *Rječnik latinskih pravnih izraza* (Zagreb: Informator, 1985.) 231.

[15] Većina romanista koji iznose ovakve stavove se oslanjaju na tekstove kasnijeg datuma. Čak i danas pojedini suvremeni autori po uzoru na stavove rimskog prava dovode u pitanje treba li priznati poslovnu sposobnost za vrijeme *lucida intervalla* i to primjerice kod shizofrenih bolesnika koji imaju faze poboljšanja.

[16] Tako Nadeždza Ljubojev, „Starateljstvo nad punoletnim licima u rimskom pravu“, *Pravo - teorija i praksa*, vol. 16, br. 2, (1999): 49-54.

[17] Iulianus, Digesta 27, 10, 7, prema Ante Romac, *Latinske pravne izreke* (Zagreb: Globus, 1982.), 122.

[18] Maršavelski, „*Skrbništvo za osobe lišene poslovne sposobnosti (s povijesnim osvrtom)*“, 113.

osobom nije bio potreban akt kojem mu se vraća poslovna sposobnost, nego je skrbništvo prestajalo *ipso iure* – kada duševno bolesna osoba ozdravi.

Cura prodigi određivala se radi očuvanja imovine[19] onih osoba koje su je prekomjerno i nerazumno trošile pa je (kao i *cura furiosi*) u ranim fazama ovaj skrbnik imenovan radi zaštite obiteljske imovine. U kasnijim fazama rimskog prava ovaj skrbnik imenovan je radi zaštite samog rasipnika. Ulpijan daje definiciju rasipnika: „*Prodigus est ille, qui nequefinem expensarum habet, sed bona sua dilapidando et dissipando profundit.*"[20] Osobu koja rasipa svoju imovinu trebalo je proglasiti rasipnikom i oduzeti joj pravo upravljanja imovinom *(interdictio bonorum)* te je staviti pod skrbništvo. Rasipnici su imali ograničenu poslovnost tako da je *prodigus* mogao zaključivati one pravne poslove koji mu donose korist. Za poslove kojima se umanjuje imovina *prodigusa* ili kojima on preuzima na sebe obvezu morao je imati suglasnost *curatora. Prodigus* je imao deliktnu sposobnost, mogao je zaključiti brak te započeti posjedovanje radi uzukapije. Takva osoba ostaje pod skrbništvom sve dok ne „*ispravi svoje navike*"[21]. Kao i kod *furiosusa*, skrbništvo tada prestaje *ipso iure* pa nije bilo potrebno vođenje postupka i donošenje zasebne odluke.

Cura debilium personarum označava skrbništvo nad gluhima, nijemima, starima te nad onima koji pate od trajne bolesti zbog koje ne mogu upravljati svojom imovinom. *''Sed et mente captis et surdis et mutis et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.''*[22] Već je i bilo govora o *formalizmu* rimskog prava.[23] Kod navedenih kategorija osoba jasno je da u određenim situacijama zbog svojih tjelesnih nedostataka nisu mogle očitovati volju u propisanoj formi[24] pa nisu mogli ni nastati učinci pravnog posla. Stoga je

---

[19] U početku se pojam imovine odnosio na naslijeđenu imovinu, kasnije je obuhvaćao imovinu koju *prodigus* rasipa, a naslijedio ju je oporukom, da bi se u konačnici odnosio na cjelokupnu imovinu *prodigusa* bez obzira je li stečena nasljeđivanjem, oporukom ili ju je raspinik sam stekao.

[20] *''Rasipnik jest onaj tko nema ni vremena ni granice u (svojim) izdatcima, nego razmetanjem i rasipanjem upropaščuje svoju imovinu''*, Ulpianus, Digesta 27, 10, 1 - prema Romac, *Rječnik latinskih pravnih izraza*, 507.

[21] Ulpijan, D. 27.10,1.

[22] Ali i onima koji su *mente captis* te gluhom i nijemom, kao i onom tko je shrvan trajnom bolešću, ako ne mogu upravljati svojim poslovima (imovinom), treba dati kuratora'' (Justinianus, Institucije 1, 23, 4 - prema Romac, *Izvori rimskog prava*, 192-193).

[23] Rimsko pravo je u svojim ranijim fazama zahtijevalo strogo poštivanje forme kako bi nastali učinci pravnog posla. Stoga, i najmanje odstupanje (pogrešno izgovorena riječ ili pogrešna radnja) bi mogla utjecati na valjanost pravnog posla.

[24] Primjerice nijemi nisu mogli izgovoriti točno određene riječi potrebne da bi nastali učinci nekog ugovora.

bilo nužno da im se dodijeli skrbnik.[25] Iako fizički nedostaci nisi bili propisani kao razlog za ograničene poslovne sposobnosti, u stvarnosti su onemogućavali osobe s invaliditetom da zaključuju određene pravne poslove.

3. SKRBNIŠTVO ZA ODRASLE OSOBE U DALMATINSKOM STATUTARNOM PRAVU (POD UTJECAJEM RIMSKOG PRAVA?)

U svrhu praćenja razvoja instituta skrbništva kroz povijest na teritoriju Republike Hrvatske nakon temelja koje je postavilo rimsko pravo, razmotrit će se relevantne odredbe dalmatinskih statuta. Za neke od njih možemo reći da su pod utjecajem rimskog prava, dok se neki statuti u pojedinim segmentima razlikuju od rimsko-bizantskog prava te više približavaju langobardskom pravu kao najkonzervativnijem od germanskih prava.

Analizom oskudnih odredbi Mljetskog statuta iz 1345., Splitskog statuta iz 1312. godine te srednjovjekovnih statuta Skradina, Šibenika, Zadra i Cresa, autorice su primijetile kako je institut skrbništva najdetaljnije reguliran odredbama Zadarskog statuta II (26.-29.) kojem su slične odredbe Šibenskog statuta II (56.-60.) i Paškog statuta II (28.-32.).[26] Glede dalmatinskih statuta bitno je naglasiti kako neki ne rade jasnu razliku u terminologiji po pitanju skrbništva za maloljetnu djecu i skrbništva za *„mahnite i slaboumne osobe*“.[27] Ono što je zajedničko spomenutim statutima je da se skrbnik *(curator)* određivao punoljetnoj osobi kojoj je zbog duševne bolesti oduzeto pravo samostalnog upravljanja imovinom.

Prema Paškom i Šibenskom statutu skrbnik je bio dužan zastupati duševno bolesnu osobu na sudu, ali i izvan suda pri poduzimanju pravnih poslova. Ono što je specifično je da spomenuti statuti proširuju primjenu skrbništva *za slaboumne* na žene, pri čemu odstupaju od rješenja rimskog prava koje je imalo zaseban vid skrbništva za žene. Ovi statuti propisuju obvezu skrbniku slaboumnika da u roku od 20 dana započne, a u roku od 50 dana dovrši popis imovine slaboumnika. Po okončanju dužnosti skrbnici su bili dužni položiti račun o upravljanju. Za skrbnika su mogli biti izabrani sinovi, rođaci ili žene slaboumne osobe, ali i druge osobe prema procjeni kneza i kurije.

---

[25] Ovu kategoriju možemo usporediti danas s osobama s invaliditetom, kao i osobama koje boluju od Alzheimerove bolesti s obzirom da su spomenuti razlozi česti pri lišenju poslovne sposobnosti u pozitivnom pravu.

[26] Tako i Vilma Pezelj, Mirela Šarac, *O pravu osoba u rimskom i dalmatinskom statutarnom pravu*, (Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2021.) 179.

[27] Primjerice Rapski statut II, 31,32 i Korčulanski statut (B) 74.

4. OPĆI GRAĐANSKI ZAKONIK[28]

U daljnjem izlaganju povijesnog pregleda za nas je posebno bitan OGZ zbog utjecaja koji je imao na hrvatsko obiteljsko zakonodavstvo, ali i zbog iznimno naprednih odredbi za jedan zakonik iz 19. stoljeća. Utjecaj rimskog prava vidljiv je iz samog nazivlja i podjela koje koristi OGZ s obzirom na to da zakonik detaljno obrađuje tutorstvo[29] i skrbništvo. Skrbništvo se odnosi na punoljetne osobe s duševnim smetnjama koje nisu u stanju brinuti o sebi.[30]

Pojedinca se moglo proglasiti „*ludim ili slaboumnim"* samo u sudskom postupku pa tako §273. OGZ-a navodi: „*Za luda ili slaboumna može se držati samo onaj, koji je sudno proglašen da je takov, a to je pošto se točno razvidilo njegovo vladanje i pošto saslušani budu ljekari, koje je sud na to odredio.*" Sudski se postupak u pravilu pokretao na prijedlog rodbine duševno poremećene osobe, a mogle su to učiniti i treće osobe.[31] Iz citirane odredbe proizlazi da su bili nužni nalaz i mišljenje najmanje dvaju vještaka. Prethodno navedeno primjenjivalo se radi otklanjanja sumnje u pristranost liječnika. Sud bi isto tako proveo potrebne izvide te saslušao svjedoke o ponašanju osobe. Kroz ovakve odredbe možemo primijetiti da zakonodavstvo postupno mijenja svoj pravac na način da je institut skrbništva u najranijim fazama namijenio zaštiti društvo od takvih pojedinaca, ali sad intenzivno štiti i takve pojedince od društva. Konačnu odluku o tome hoće li se duševni bolesnik staviti pod skrbništvo donosio je samo „*sborni sud"* (sudbeni stol, tj. sud višeg stupnja) pa su kotarski sudovi bili dužni svoje mišljenje dostaviti nadležnom sbornom sudu.[32] Lišenje poslovne sposobnosti nastupa u trenutku objave odluke, dok u suvremenom pravu nastupa u trenutku pravomoćnosti sudske odluke. Zakon navodi apsolutne[33] i relativne[34] razloge zbog kojih je osoba mogla odbiti obavljanje dužnosti skrbnika. Skrbnik se morao brinuti o imovini te o osobi štićenika, a za poslove od važnosti za štićenika bio je dužan tražiti odobrenje

---

[28] Općи građanski zakonik je stupio na snagu za područje Hrvatske i Slavonije dana 1. svibnja 1853. Bio je važeći Zakonik u cijeloj monarhiji do 1861. kada je stavljen izvan snage kao posljedica ukidanja Bachovog apsolutizma te donošenja Listopadske diplome.

[29] Smatra se da se *tutorstvo* uglavnom odnosilo na maloljetne osobe pod očinskom vlašću.

[30] Ivana Milas, „Obiteljsko pravo i socijalna skrb -međuovisnost u svjetlu razvoja instituta skrbništva za punoljetne osobe". *Revija za socijalnu politiku*, 12, br. 3-4, (2005): 301.

[31] Usporedbe radi, obiteljski zakoni novijeg datuma ne dopuštaju trećim osobama pokretanje postupka.

[32] Milas, *Obiteljsko pravo i socijalna skrb -međuovisnost u svjetlu razvoja instituta skrbništva za punoljetne osobe*, 302.

[33] Primjerice maloljetnost, osuda za kazneno djelo, sumnja u korisno upravljanje štićenikovom imovinom.

[34] Postojanje parnice sa štićenikom ili sukob interesa.

skrbničkog suda. OGZ predviđa i pravo žalbe[35], a ovlašteni su je podnijeti štićenik, njegovi srodnici te svatko drugi tko bi za to doznao. Za kraj razmatranja odredbi OGZ-a kratko ćemo navesti učinke lišenja poslovne sposobnosti u odnosu na imovinu i neka od osobnih prava. Štićenik je mogao bez odobrenja skrbnika poduzimati određene radnje kojima je stjecao korist; svaka radnja kojom je štićenik na sebe preuzeo neku obvezu ili kojom bi se njegov položaj pogoršao ili imovina umanjila, nije za štićenika proizvodila nikakve pravne učinke, osim ako je to odobrio skrbnik te skrbnički sud.[36] U vidu osobnih prava onemogućeno je štićeniku sklapanje braka, roditeljska skrb, zasnivanje posvojenja i dr. U vidu ograničenja osobnih prava možemo konstatirati da su ovakva rješenja djelomično prihvaćena i danas.

5. UREĐENJE SKRBNIŠTVA NA PODRUČJU DANAŠNJE REPUBLIKE HRVATSKE DO OSAMOSTALJENJA

5.1. Osnovni zakon o starateljstvu

Nakon II. svjetskog rata materija skrbništva u FNR Jugoslaviji bila je uređena Osnovnim zakonom o starateljstvu iz 1947.[37] uz primjenu Zakona o sudskom vanparničnom postupku iz 1934. godine.[38] U odnosu na prethodno spomenuti OGZ, možemo opaziti promjenu u terminologiji[39], kao i naglašavanje potrebe zaštite osoba lišenih poslovne sposobnosti. U ovom poslijeratnom razdoblju dolazi do prekretnice jer se prvi put spominje *„starateljstvo nad osobama lišenim poslovne sposobnosti“*[40], a pritom su u Zakonu o starateljstvu izričito navedeni „*mentalna poremećenost, kronični alkoholizam, senilnost, rasipništvo i sl*.“ kao razlozi koji upućuju na to da osoba „*nije u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima“* te je zbog toga treba lišiti poslovne sposobnosti. Ipak, najvažniji pomak u razvoju instituta skrbništva, zaštiti osoba lišenih poslovne sposobnosti te potrebi individualizacije predstavlja postojanje dvaju stupnjeva (oblika)

[35] Žalbu je uz štićenika i srodnike moga podnijeti svatko tko je za nju saznao. Možemo opaziti širi krug ovlaštenika za žalbu, kao i za samo pokretanje postupka nego što je moguće prema suvremenom pravu.

[36] Rušnov, Posilović, *Tumač Općemu austrijskomu građanskomu zakoniku,* 325.

[37] Službeni list FNRJ, broj 30/1947. Zamijenio ga je savezni, Osnovni zakon o starateljstvu, objavljen u Službenom listu SFRJ, broj 16/1965., dok je 1968. godine je donesen hrvatski, republički zakon i to Zakon o starateljstvu, objavljen u Narodnim novinama, broj 15/1968.

[38] Zakon o vanparničnom postupku, Službene novine Kraljevine Jugoslavije br. 45/34.

[39] Primjena izraza kao što su „štitinik“, „ pomoćnik“, „ staralac“ i sl.

[40] Prema OGZ-u osoba bi se proglasila *„ ludom“* ili „ *slaboumnom“* te bi joj zbog toga bi dodijeljen skrbnik.

lišenja poslovne sposobnosti – potpuno i djelomično.[41] Stupanj lišenja poslovne sposobnosti ovisio je o razlogu zbog kojeg je osoba lišena poslovne sposobnosti. Odluka o lišenju poslovne sposobnosti donosila se u sudskom postupku koji je mogao biti pokrenut od strane suda (po službenoj dužnosti), najbližih srodnika, državnog i organa starateljstva. Jako je napredna odredba kojom se omogućuje postavljenje privremenog zastupnika. Sudska odluka proizvodi učinke nastupanjem pravomoćnosti. Za osobu potpuno lišenu poslovne sposobnosti pravne poslove sklapa, u njezino ime i za njezin račun, staratelj, dok kod djelomičnog lišenja poslovne sposobnosti pravne poslove sklapa štićenik osobno, ali za valjanost takvih poslova potrebno je odobrenje staratelja, odnosno (za poslove izvanredne uprave) organa starateljstva.

5.2. Zakon o braku i porodičnim odnosima[42]

ZBPO u svojim se odredbama uglavnom nadovezuje na odredbe zakona koji su mu prethodili. No, ono po čemu se ovaj zakon istakao je to što je odredio razloge za potpuno i djelomično lišenje poslovne sposobnosti. U obama slučajevima zakonodavac je nakon navođenja razloga ostavio formulaciju *„drugi uzroci"* kako bi sudac mogao uzeti u obzir i neki drugi razlog za lišenje poslovne sposobnosti. Dakle, nije bila riječ o *nummerus clausus* (zatvorenom krugu) razloga/uzroka za lišenje poslovne sposobnosti, nego je sucima ostavljen određeni diskrecijski prostor. Bez obzira o kojem se razlogu radi, morao je za posljedicu imati da se *„osoba ne može samostalno brinuti o svojim pravima i obavezama ili da svojim postupcima neposredni ugrožava svoja prava ili interese ili prava i interese drugih osoba."*[43] Razlozi za potpuno lišenje mogu biti, primjerice, duševna bolest i duševna zaostalost, dok se kao razlozi za djelomično lišenje poslovne sposobnosti navode, uz duševnu bolest i zaostalost, prekomjerno uživanje alkohola ili opojnih droga i senilnost.[44] Također, značaj ovog zakona je u tome što popisuje da organ starateljstva može postaviti privremenog staratelja pri čemu je dužan odrediti opseg njegovih ovlasti. ZBPO prestao je važiti početkom primjene Obiteljskog zakona iz 1998. godine. ObZ/98 počeo se primjenjivati 1. srpnja 1999. godine.[45]

---

[41] Milas, *Obiteljsko pravo i socijalna skrb -međuovisnost u svjetlu razvoja instituta skrbništva za punoljetne osobe*, 308.

[42] Zakon o braku i porodičnim odnosima, Narodne novine, br. 11/78. (dalje u tekstu: *„ZBPO"*)

[43] Primjećujemo kroz rad da se ova formulacija često koristila kroz prošlost, a kasnije ćemo vidjeti da je uključena u odredbe važećeg Obiteljskog zakona.

[44] Budući da vidimo da se određeni razlozi ponavljaju u obje skupine, jasno je da je mjera u kojoj je taj nedostatak bio prisutan i onemogućavao sudjelovanje u pravnom prometu određivala stupanj lišenja poslovne sposobnosti.

[45] ObZ/98 u članku 371. propisuje: *"Danom početka primjene ovoga Zakona prestaje važiti Zakon o braku i porodičnim odnosima (Narodne novine, br. 11/78., 45/89. i 59/90.) i članak 53. stavak 1. točka 1. Zakona o javnom bilježništvu (Narodne novine, br. 78/93. i 29/94.)."*

6. OBITELJSKI ZAKON IZ 2003. GODINE[46]

Za razliku od današnjih zakonodavnih rješenja, ObZ/03 predviđao je mogućnost da sud u izvanparničnom postupku punoljetnu osobu koja *zbog duševnih smetnji ili drugih uzroka nije sposobna brinuti se o osobnim potrebama, pravima i interesima ili koja ugrožava prava i interese drugih osoba, djelomice ili potpuno liši poslovne sposobnosti*.

Prije donošenja odluke o lišenju poslovne sposobnosti sud će pribaviti stručno mišljenje liječnika vještaka o zdravstvenom stanju osobe za koju je pokrenut postupak lišenja poslovne sposobnosti i o utjecaju tog stanja na njezine sposobnosti zaštite svih ili pojedinih osobnih potreba, prava i interesa te na ugrožavanje prava i interesa drugih osoba. Odlukom o djelomičnom lišenju poslovne sposobnosti sud će odrediti mjere, radnje i poslove koje osoba nije sposobna samostalno poduzimati, primjerice, raspolagati imovinom, plaćom ili drugim stalnim novčanim primanjima, upravljati imovinom, odlučiti o zapošljavanju, davati izjave ili poduzimati radnje koje se odnose na brak, roditeljsku skrb i druga osobna stanja, osim ako je to ovim Zakonom drukčije određeno. Slijedom navedenog, poslove koji nisu određeni u odluci suda o lišenju osoba djelomice lišena poslovne sposobnosti može samostalno poduzimati.

Svatko je dužan obavijestiti Centar za socijalnu skrb[47] o potrebi pružanja zaštite naprijed navedenim osobama. Isto tako, zdravstvene ustanove dužne su na zahtjev Centra za socijalnu skrb ili po službenoj dužnosti dostaviti podatke Centru za socijalnu skrb o duševnim smetnjama i drugim uzrocima zbog kojih osoba nije sposobna brinuti o svojim pravima i interesima.

Što se tiče ovlasti, CSS predložit će sudu pokretanje postupka kad ocijeni bi li osobu bilo potrebno djelomično ili potpuno lišiti poslovne sposobnosti. CSS osobi o kojoj je pokrenut postupak za lišenje poslovne sposobnosti imenuje posebnog skrbnika na kojeg se primjenjuju odredbe o skrbništvu za posebne slučajeve. Radnje za čije poduzimanje skrbnik nije ovlašten osoba poduzima samostalno. Osobu koja je djelomično ili potpuno lišena poslovne sposobnosti CSS stavit će pod skrbništvo i imenovati joj skrbnika u roku od trideset dana od pravomoćnosti

---

[46] Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 116/03., 17/04., 136/04., 107/07., 57/11. – v. čl. 52. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, 61/11., 25/13. – v. čl. 100. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, 5/15. – v. Rješenje USRH, br. U-I-3101/2014 i dr. od 12. siječnja 2015. (dalje u tekstu: *„ObZ/03*“).

[47] Dalje u tekstu: *„CSS“,* sukladno terminologiji trenutno važećeg Obiteljskog zakon, iako je Zakonom o socijalnoj skrbi (Narodne novine, br. 18/22., 46/22., 119/22.) osnovan Hrvatski zavod za socijalni rad kao javna ustanova za obavljanje djelatnosti socijalne skrbi te je sukladno čl. 317. istoga Zakona, dosadašnji centri za socijalnu skrb u Republici Hrvatskoj, prestali s radom 31. prosinca 2022. godine, a njihove poslove od 01. siječnja 2023. godine, preuzeo je upravo Hrvatski zavod za socijalni rad.

sudske odluke. Ako osoba lišena poslovne sposobnosti ima roditelje koji pristanu i sposobni su skrbiti o punoljetnom djetetu, CSS će donijeti odluku o roditeljskoj skrbi nakon punoljetnosti. Kad je osoba djelomično lišena poslovne sposobnosti, CSS odlučit će o ostvarivanju roditeljske skrbi i odrediti u skladu sa sudskom odlukom o djelomičnom lišenju poslovne sposobnosti koje će sadržaje roditeljske skrbi i s kojim ovlastima ostvarivati roditelji. Pravomoćnu odluku o roditeljskoj skrbi nakon punoljetnosti i o prestanku roditeljske skrbi nakon punoljetnosti CSS odmah će dostaviti matičaru radi upisa u maticu rođenih i zemljišnoknjižnom odjelu općinskog suda na čijem području ta osoba ima nekretnine radi zabilježbe u zemljišne knjige. U slučaju promijenjenih okolnosti CSS donijet će odluku o prestanku roditeljske skrbi nakon punoljetnosti i tu osobu staviti pod skrbništvo.

Za osobe lišene poslovne sposobnosti liječnik primarne zdravstvene zaštite dužan je svake tri godine na zahtjev CSS dostaviti mišljenje o stanju zdravlja štićenika s obzirom na razlog lišenja poslovne sposobnosti.

Skrbništvo, odnosno roditeljska skrb za punoljetne osobe lišene poslovne sposobnosti prestaje kad sudska odluka o vraćanju poslovne sposobnosti postane pravomoćna.

Konačno, sud može odlučiti da osoba koja je bila potpuno lišena poslovne sposobnosti bude djelomično lišena poslovne sposobnosti, ako se za to ispune zakonske pretpostavke.

6.1. Problemi i nedoumice u praksi za stručnjake (CSS, posebni skrbnici, psihijatri, suci) u postupku lišenja poslovne sposobnosti[48]

Na ovom mjestu autorice daju detaljniji prikaz stanja u praksi iz perspektive pojedinih aktera u postupku lišenja poslovne sposobnosti, a imajući na umu provedena istraživanja i dostupna stručna mišljenja iznesena u svrhu unapređenja samog postupka i podizanja razine zaštite prava osoba s duševnim smetnjama.[49] Premda se autorice ovdje osvrću na rezultate nešto starijeg istraživanja, nužno je ukazati na njegove zaključke s obzirom na to da problemi koji su uočeni u ovom istraživanju itekako postoje i danas, i to zbog sličnosti zakonodavnih rješenja i uvjeta rada za stručnjake o kojima je ovdje riječ.

Djelatnici CSS-a su, kao i članovi obitelji, ovlašteni pokrenuti postupak. Međutim, često se događa da se članovi obitelji obrate CSS-u (umjesto da sami

---

[48] Vidi više u Dajak, „*Zaštita prava osoba s duševnim smetnjama u postupku lišenja poslovne sposobnosti*“, 400-408.

[49] Autorice u ovom dijelu iznose određene zaključke nakon analize istraživanja koje je provedeno u okviru međunarodnog projekta *„Bridging the Gap: Civil Society Promoting Access to Justice for People with Mental Disabilities in Croatia”* iz 2007. godine, kao i zaključke iz Zbornika radova praktičara, Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, Šibenik 04. - 05. listopada 2011.

podnesu prijedlog sudu) te na taj način „prebacuju odgovornost“ na CSS. CSS bi u ovakvim situacijama trebao služiti kao „filter“ za prijedloge koji će doći pred sud. No, zbog manjka znanja i kompetencija potrebnih za donošenje takve odluke djelatnici CSS-a u pravilu upućuju svaki prijedlog sudu kako bi smanjili mogućnost pogreške. Budući da sudac svoju odluku temelji na analizi socijalne anamneze i medicinske dokumentacije, jasno je da CSS treba kvalitetno izraditi anamnezu.[50] S obzirom na to da osoba koju se želi lišiti poslovne sposobnosti, kao i članovi njene obitelji, može biti nesuradljiva pri davanju ovakvih podataka, potrebno je CSS-u omogućiti lakši pristup podacima kojima raspolažu tijela javne uprave. Jedan od ključnih problema koji ističu djelatnici CSS-a je preopterećenost drugim poslovima, kao i problemi pri pronalasku osobe koja će pristati biti skrbnik.[51]

Jasno je da ipak najveća odgovornost leži na sucima koji trebaju donijeti (ispravnu i) konačnu odluku u postupku koji je jako osjetljiv zbog izravnog učinka na temeljna ljudska prava. Prilikom donošenja odluke sudac je primoran veliko značenje i povjerenje pokloniti upravo nalazu i mišljenju vještaka psihijatra i pravilno utvrđenoj socijalnoj anamnezi. Iz perspektive sudaca u odnosu na rad djelatnika CSS-a i vještaka psihijatara, ima prostora za poboljšanje i ubrzanje postupka, pa čak i rasterećenje pravosudnog sustava. Kao što je već spomenuto, od CSS-a se traži da služi kao svojevrsni „filter“ te da u startu izdvoji slučajeve koji uopće ne trebaju doći pred sud jer se zaštita prava može ostvariti na drugi način (npr. adekvatna skrb od strane obitelji).[52] S duge strane, prigovor upućen psihijatrima vještacima jest da neadekvatno koriste pravnu terminologiju te da bi u tom području trebalo inzistirati na pojačanoj edukaciji.

Prema rezultatima spomenutog istraživanja u odnosu na posebne skrbnike pokazalo se da su se bili pasivni u postupku te da nisu preispitivali nalaze i mišljenje liječnika vještaka. Prigovara se nedovoljnom posvećivanju štićenicima što donekle opravdava omjer između broja ovakvih skrbnika i potrebnih štićenika.

Možemo sa sigurnosti reći kako nalaz i mišljenje vještaka-psihijatra predstavlja ključan dokaz u ovome postupku. Od vještaka se traži da odredi narav, vrstu,

---

[50] Socijalna anamneza treba sadržavati podatke o zdravstvenom stanju osobe, o odgoju i obrazovanju, podatke o članovima obitelji, je li obitelj podržavajuća u odnosu na bolesnu osobu, zaključenju braka, o razlozima pokretanja postupka te o imovini, radnom statusu i dr.

[51] Tako Božena Horvat Alajbegović, *Uloga centra za socijalnu skrb u primjeni instituta skrbništva*, u: Poslovna sposobnost i skrbništvo- raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Solarisu, 28-36. Šibenik, 04.-05.10.2011. CSS je ovlašten postupiti na ovakav način kada je *notorna* činjenica da nisu ispunjene zakonske pretpostavke za pokretanje postupka.

[52] Tako Marijana Gabler-Čizmek, „Sudski postupak-teorija i praksa, suradnja s ostalim stručnim subjektima u postupku, perspektive razvoja“, u: Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris (Šibenik 04. - 05. listopada 2011.), 19.

stupanj i trajnost duševnog poremećaja.[53] Za suca je ključno da vještak odgovori na pitanja može li se osoba sama brinuti o svojim pravima i interesima (u cijelosti ili djelomično) te ugrožava li prava i interese drugih osoba (te na kojim područjima). Ono što je bitno je da vještak procijeni utječe li postojanje određene dijagnoze na kapacitet za odlučivanje.[54] Brojni primjeri iz psihijatrijske prakse pokazuju da se psihijatri više koncentriraju na procjenu simptoma bolesti i socijalnog funkcioniranja nego na procjenu kapaciteta za odlučivanje.[55] Psihijatri ističu kako je potrebno provoditi postupke koji služe kao prevencija lišenja poslovne sposobnosti. Pod tim se misli na postupke koji bi omogućili takvim pojedincima stjecanje vještina nužnih za život u zajednici, trening socijalnih vještina i rada s obitelji. Problemi s kojima se psihijatri suočavaju u okviru svojih ustanova jesu da zbog neorganiziranosti psihijatrije veliki broj pacijenata ne može ostvariti ovaj vid pomoći pa se smatra da će takva pomoć biti nadomještena kroz institut skrbništva. Također, s obzirom na ambulantne uvjete u kojima psihijatar kao vještak, u pravilu, radi, često nema vremena primijetiti neka bitna pitanja koja su u pozadini pokretanja ovog postupka (je li pokretanje postupka u interesu bolesnika, obitelji, zajednice ili nekog drugog).

7. KONVENCIJA O PRAVIMA OSOBA S INVALIDITETOM IZ 2006. GODINE[56]

Zbog nepostojanja akta koji bi na globalnoj razini uređivao prava osoba s invaliditetom, UN je intervenirao donoseći prvi međunarodni akt koji se intenzivnije bavi ovom problematikom. Konvencija o pravima osoba s invaliditetom stupila je na snagu u Republici Hrvatskoj dana 3. svibnja 2008. [57]

---

[53] O tome što sve po preporuci psihijatrijske struke treba sadržavati nalaz i mišljenje vještaka vidi u Tija Žarković Palijan, „Lišavanje poslovne sposobnosti i skrbništvo u Hrvatskoj – praktična iskustva, dileme i preporuke vještaka".u: *Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse*, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris (Šibenik 04. - 05. listopada 2011.), 22.-27.

[54] Vidi više u Dajak, „Zaštita prava osoba s duševnim smetnjama u postupku lišenja poslovne sposobnosti,", 403-405.

[55] Provedeno je istraživanje na 123 ispitanika koji su bili šizofreni bolesnici te je isto pokazalo da nije bilo razlike u socijalnom funkcioniranju osoba lišenih poslovne sposobnosti i onih koji nisu bili lišeni poslovne sposobnosti. Vidi u Slađana Štrkalj Ivezić, „Procjena kapaciteta za odlučivanje kao ključan faktor u donošenju odluke za lišavanje poslovne sposobnosti". u: Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris (Šibenik 04. - 05. listopada 2011.), 66-75.

[56] Konvencija o pravima osoba s invaliditetom usvojena je u New Yorku 13. prosinca 2006. kao i Fakultativni protokol uz Konvenciju. Republika Hrvatska potpisala je istu u New Yorku 30. ožujka 2007.

[57] Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom, NN, Međunarodni ugovori, br. 6/2007., 5/2008. (dalje u tekstu: *„Konvencija i Protokol"*).

Konvencija u svom prvom članku ističe kako je njena svrha *"promicanje, zaštita i osiguravanje punog i ravnopravnog uživanja svih ljudskih prava i temeljnih sloboda svih osoba s invaliditetom i promicanje poštivanja njihovog urođenog dostojanstva*". Kako bi se svrha ostvarila, Konvencija kombinira medicinski i socijalni model pristupu invalidnosti.[58] Socijalni model invaliditeta uključuje razumijevanje invaliditeta kroz interakciju oštećenja i okoline koja uslijed svoje neprilagođenosti oštećenje pretvara u invaliditet, odnosno ograničavanja aktivnosti (funkcioniranja) neke osobe i njegove i njezine participacije u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima. Medicinski model invalidnost određuje kao nedostatak, odnosno oštećenje koje postoji na strani pojedinca, određujući osobu s invaliditetom kao „pacijenta" kojem je potrebna odgovarajuća skrb i pomoć.[59] Novi pristup invaliditetu ostvaruje se kroz fokus na preostale sposobnosti i oslanjanje na procjenu sustava potpore koje društvo treba osigurati osobi kako bi se njezine mogućnosti izjednačile s mogućnostima ostalih građana bez oštećenja.[60]

Za naglasiti je da Konvencija ne propisuje nova prava za osobe s invaliditetom jer su ona već deklarirana u brojnim međunarodnim dokumentima, nego pojašnjava koje mjere države članice trebaju poduzeti kako bi ostvarile višu razinu osoba s duševnim smetnjama s obzirom na uskratu i kršenje već postojećih i priznatih prava.

Uzevši u obzir to da je RH jako brzo ratificirala Konvenciju i pripadajuće protokole, bilo je nužno izmijeniti i uskladiti postojeće obiteljsko zakonodavstvo.

8. RELEVANTNE IZMJENE OBITELJSKOG ZAKONODAVSTAVA OD 2014. DO DANAS

8.1. Obiteljski zakon iz 2014. godine[61]

Kako ObZ/03 nije riješio brojne pravne i institucionalne pretpostavke koje jamče punu zaštitu djece i osoba pod skrbništvom, bila je nužna reforma obiteljskog zakonodavstva i njegovo usklađivanje s međunarodnim standardima. Usklađivanje obiteljskog zakonodavstva Republike Hrvatske s obvezujućim međunarodnim

[58] O značaju spomenutih modela vidi više u Arlene S. Kanter, "The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007): 291.

[59] *Ibid.*

[60] Tako, Mira Pekeč Knežević, Uloga pravobraniteljice za osobe s invaliditetom i Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, U: *Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse,* Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, Šibenik 04. - 05. listopada 2011., 11.

[61] Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 75/14. (dalje u tekstu: *„ObZ/14").*

dokumentima i međunarodnim pravnim standardima odnosi se prvenstveno na Konvenciju UN-a o pravima osoba s invaliditetom, presude Europskoga suda za ljudska prava te Preporuke Vijeća Europe.[62] Slijedom navedenog 2014. godine pristupilo se donošenju „novog" Obiteljskog zakona.

U ObZ/14 u institutu skrbništva za punoljetne osobe napušten je postojeći institut *„roditeljske skrbi nakon punoljetnosti*" jer sa stajališta suvremenih shvaćanja zaštite ljudskih prava odraslih osoba s invaliditetom potpuno je neprihvatljivo tretirati odrasle osobe s invaliditetom kao djecu, odnosno dati roditeljima odraslih osoba s invaliditetom ovlasti i dužnosti iz roditeljske skrbi jednako kao prema maloljetnoj djeci. Nadalje, institut skrbništva izmijenjen je u odnosu na zaštitu odraslih osoba lišenih poslovne sposobnosti, a s obzirom na to da Republika Hrvatska ima obvezu ne lišavati osobe s invaliditetom poslovne sposobnosti, već poduzimati odgovarajuće mjere usmjerene na osiguravanje potrebne pomoći osobama s invaliditetom za ostvarivanje poslovne sposobnosti.

Zbog financijske nemogućnosti reforme cijelog sustava ObZ/14 postignuto je kompromisno rješenje te je propisana obveza djelomičnog lišenja poslovne sposobnosti kao pravilo, i to samo u dijelovima u kojima je to doista potrebno za zaštitu prava štićenika.

Osim toga, predmetnim Zakonom isključena je mogućnost da ista osoba zaposlena u tijelu koje predlaže postupak lišenja poslovne sposobnosti bude imenovana posebnim skrbnikom osobi u postupku lišenja zbog mogućih sukoba interesa i sumnji u kvalitetnu zaštitu prava štićenika u postupku. Uvedena je mogućnost da za skrbnika bude imenovano i više od jedne osobe, pri čemu se također uređuje sadržaj i opseg njihovih ovlasti budući da skrbnička dužnost može biti vrlo složena i zahtijevati posebna znanja. Zato je korisno da se skrbništvo podijeli između više osoba tako da jedan skrbnik može odlučivati o osobnim stanjima, drugi o imovini, pri čemu neke od važnih odluka mogu, odlukom Centra za socijalnu skrb, donositi samo zajednički. Osim toga, zbog praktičnosti obavljanja skrbništva, omogućeno je imenovanje zamjenika skrbniku čime se može spriječiti „zastoj" u obavljanju poslova skrbnika u slučajevima trenutne spriječenosti ili ako je riječ o radnicima Centra za socijalnu skrb u slučaju bolovanja, godišnjih odmora i slično.

Također, ObZ/14 uvedena je zakonska obveza poštivanja prije izraženih stavova i želja štićenika te je omogućeno svakoj osobi da u vrijeme postojanja poslovne sposobnosti imenuje osobu koju bi želio imati za skrbnika, čime se u hrvatski pravni sustav uvodi institut anticipiranih naredbi.

---

[62] Vlada Republike Hrvatske, Prijedlog Obiteljskog zakona, pristup 08. 09. 2023., https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/2015/231%20sjednica%20Vlade//231%20-%201.pdf.

8.2. Obiteljski zakon iz 2015. godine

ObZ/15 u velikom dijelu preuzima rješenja sadržana već u ObZ/14. Ono što je ključno za ObZ/15 je da se ukida potpuno lišenje poslovne sposobnosti te se uvodi institut anticipiranog odlučivanja. Glede anticipiranih naredbi bitno je naglasiti da se osobama s duševnim smetnjama omogućuje da biraju osobu za koju žele da ih zastupa u postupku lišenja poslovne sposobnosti (čl. 236. st. 6., čl. 241. st. 2. ObZ/15), kao i da izaberu osobu za koju žele da bude imenovana skrbnikom. Na taj se način uvažava volja osobe s duševnim smetnjama u trenutku dok još uvijek nije lišena poslovne sposobnosti. Anticipirane naredbe mogu se primjenjivati i za bitne odluke koje se tiču zdravlja. [63]

U odnosu na potpuno lišenje poslovne sposobnosti bitno je naglasiti kako je ono bilo zamišljeno kao iznimka, ali se u praksi pretvorilo u pravilo.[64] Iako je na tragu Konvencije spomenutim izmjenama ukinuto potpuno lišenje poslovne sposobnosti, možemo reći kako je takvo rješenje izazvalo brojne probleme u praksi. Ono što se događa je da suci deklaratorno u rješenju djelomično liše pojedinca poslovne sposobnosti, no u stvarnosti je osoba potpuno lišena poslovne sposobnosti. Ovakva praksa vidljiva je iz odluka općinskih sudova[65], potom Ustavnog suda[66], a slične odluke možemo pronaći i u praksi Europskog suda za ljudska prava.[67]

Prema danas važećem ObZ/15[68] u čl. 234. st 1. određeno je da će „sud u *izvanparničnom* postupku punoljetnu osobu koja se zbog *duševnih smetnji ili drugih*

[63] O ovakvim anticipiranim naredbama vidi više u Slađana Aras Kramar, *„Sudski postupak u predmetima o zdravlju osoba lišenih poslovne sposobnosti: novi izvor diskriminacije?“* u: *Zbornik radova s V. međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, ur. Dinka Šago, (Split : Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2019.), 131-159.

[64] Naime, u periodu od 2007. do 2015. godine postotak djelomično lišenih poslovne sposobnosti u odnosu na ukupan broj osoba lišenih poslovne sposobnosti se kreće negdje oko 12%. S druge strane od ukupnog broja lišenja poslovne sposobnosti, sudska odluka o vraćanju poslovne sposobnosti donesena je u manje 0.5% slučajeva.

[65] Tako Opći građanski sud u Zagrebu, posl.br.: R1-Ob928/2016., R1-Ob-410/2016., R1-Ob-410/2016.

[66] Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, br. U-III/1380/2014 od 20.5.2015., NN 75/2015, U-III/4536/2012 od 14.1.2016, NN 13/2016.

[67] Presuda u predmetu Europskog suda za ljudska prava, predmet Ivinović protiv Hrvatske, zahtjev br. 13006/13, presuda od 18. rujna 2011.

[68] Sam postupak je reguliran čl. 496-503. ObZ/15. Spomenute članke je nužno povezati s čl. 433.-448. kojima se reguliraju svi posebni izvanparnični postupci sadržani u ObZ/15. U općim odredbama posebnih izvanparničnih postupaka su uređena pitanja kao što su sastav suda, stvarna i mjesna nadležnost, mogućnost izjavljivanja žalbe, revizije i sl. Međutim, premda se ove odredbe odnose na samu srž postupka, nužno je poznavati i odredbe koje se odnose na djelovanje CSS-a u postupku radi lišenja poslovne sposobnosti (čl. 236-239. ObZ/15), kao i odredbe koje se odnose na posebno skrbništvo (čl. 241-246. ObZ/15). Postoji i čitav niz podazakonskih akata koji se odnose na skrbnike (npr. Pravilnik o visini iznosa i načinu isplate naknade za skrbnika, Narodne novine, br. 116/03., 17/04., 136/04., 107/07., 57/11., 61/11. i brojni dr.). Dio odredaba ObZ/15 je brisan stupanjem na snagu Zakona o Centru za posebno skrbništvo, Narodne novine, br. 47/2020.

razloga nije sposobna brinuti o nekom od svojih prava, potreba ili interesa, ili koja ugrožava prava i interese drugih osoba o kojima je dužna skrbiti se, *u tom dijelu lišiti poslovne sposobnosti*." Dakle, jasno je da je ovdje riječ o izvanparničnom postupku. Nadalje, u zakonskoj se odredbi kao razlog lišenje poslovne sposobnosti navodi „z*bog duševnih smetnji ili drugih razloga*"[69]. Trenutno važeći Obiteljski zakon ide za tim da općom formulacijom obuhvati sve razloge lišenja poslovne sposobnosti uz obvezni dodatak fraze „*ili drugih razloga"* kako ne bi bio obvezan taksativno nabrojiti sve uzroke lišenja poslovne sposobnosti te kako bi, u konačnici, sud bio u mogućnosti kroz svoju praksu iznjedriti i druge razloge. O *duševnim smetnjama*[70] bit će riječ kad je osoba duševno bolesna, kad ima duševne poremećaje, nedovoljno je duševno razvijena, ovisnik je o alkoholu i drogama ili ima neke druge duševne smetnje. Definiciju duševne smetnje nalazimo i u odredbi čl. 3. t. 1. Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama.[71],[72]

Iz naprijed navedenoga nedvojbeno je da postojanje ovakvih uzroka, kao i njihovu težinu ne može utvrditi sud samostalno, nego je nužno svojevrsno vještačenje i to medicinske struke. Tako prema čl. 234. st.3. ObZ/15 „*prije donošenja rješenja o lišenju poslovne sposobnosti sud će pribaviti stručno mišljenje vještaka odgovarajuće grane medicine o zdravstvenom stanju osobe za koju je pokrenut postupak lišenja poslovne sposobnosti i o utjecaju toga stanja na njezine sposobnosti zaštite svojega pojedinog prava ili skupine prava, ili na ugrožavanje prava i interesa drugih osoba."*

Što se tiče samog pokretanja postupka, on se pokreće na prijedlog ovlaštene osobe. Zakon ih taksativno navodi, to može biti sud (po službenoj dužnosti), CSS te bračni drug osobe prema kojoj se provodi postupak, njezini krvni srodnici u ravnoj lozi, a u pobočnoj lozi do drugog stupnja. Najveći broj prijedloga za lišenje poslovne sposobnosti dolazi upravo od CSS-a.

---

[69] ObZ/98 je kao uzroke izričito naveo mentalno oštećenje ili psihičku bolest, ovisnost o opojnim sredstvima, senilnost te druge uzroke. Premda važeći zakon spominje samo duševne smetnje, a ne navodi sve razloge koje spominje ObZ/98 jasno je da iste obuhvaća.

[70] Za određenje pojma duševnih smetnji koristi se međunarodna klasifikacija bolesti i drugih zdravstvenih problema Svjetske zdravstvene organizacije; više o tome vidi na: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44081/9789241547666_hrv.pdf, pristup 10.08.2023.

[71] Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, Narodne novine, br. 76/14. (dalje u tekstu: „*ZZODS*").

[72] U kategoriju duševnih bolesti spadaju shizofrenije i druge endogene psihoze, psihohene psihoze i sl. Duševni poremećaj obuhvaća različite poremećaje izvan skupine duševnih bolesti kao što su neurotski poremećaji (fobije, anksiozna stanja), poremećaji ličnosti (socijalni, paranoidni), poremećaji navika i nagona (patološko kockanje, piromanija, kleptomanija). Nedovoljni duševni razvoj se odnosi na osobe smanjenih intelektualnih kapaciteta koji su ograničeni na razini genetičkih predispozicija ili je njihov razvoj tekao usporeno zbog nepovoljnih psiholoških i socijalnih utjecaja. Pod pojmom ovisnosti o opojnim sredstvima najčešće se misli na ovisnost o alkoholu, kokainu, opijatima itd. Među ostalim i čestim uzrocima moramo spomenuti demenciju te senilnost. Tako u Mira Alinčić, Dubravka Hrabar, Dijana Jakovac-Lozić i Aleksandra Korać-Graovac, *Obiteljsko pravo* (Zagreb: Narodne novine d.d., 2007.): 417.

No, postoji potreba ukazati na odredbe ObZ/15 po kojima je *svatko* dužan obavijestiti CSS o potrebi pružanja pomoći osobama iz čl. 234. Iako postoji ova odredba, ona predstavlja *lex imperfecta* jer ne postoji sankcija za osobu koja se o nju ogluši.

U skladu s čl. 498. st. 1. „*sud će pozvati na ročište predlagatelja, osobu u odnosu na koju se provodi postupak, njezina posebnog skrbnika i centar za socijalnu skrb.*" Zakonodavac pritom ističe da je od pozvanih osoba jedino posebni skrbnik dužan odazvati se i aktivno sudjelovati u postupku, dok su ostali ovlašteni sudjelovati i raspravljati o rezultatima postupka. Sud će saslušati osobu u odnosu na koju se provodi postupak, ako je to moguće s obzirom na njeno zdravstveno stanje.

Zakon predviđa i mogućnost zastoja postupka u skladu s čl. 500. ObZ/15 ako se osoba za koju je pokrenut postupak radi lišenja poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe sredstava ovisnosti ili drugih razloga podvrgne liječenju u zdravstvenoj ustanovi.[73]

Po provedenom postupku sud donosi rješenje o lišenju poslovne sposobnosti koje se dostavlja predlagatelju, osobi koja se lišava poslovne sposobnosti, njezinu posebnom skrbniku i Centru za socijalnu skrb. Rješenje mora biti obrazloženo[74] te se na njega može uložiti žalba.

Prema statističkim podacima do dana 31. 12. 2020. godine ukupan broj osoba lišenih (potpuno i djelomično) poslovne sposobnosti bio je 17.861.[75] Ako usporedimo dostupne statističke podatke iz 2010. godine, u RH bilo je sveukupno lišeno poslovne sposobnosti 18.087.[76] Iz ovakve statistike vidljivo je da bez obzira na zakonodavne izmjene koje su pokušale pratiti Konvenciju, u praksi nije bilo pomaka u vidu rjeđe primjene mjere lišenja poslovne sposobnosti i uspostavljanja

---

[73] Sud je dužan osobu prema kojoj se vodi postupak upozoriti na takvu mogućnost. Vrijeme na koje se odgađa donošenje odluke ne može biti kraće od šest mjeseci ni dulje od godinu dana od dana donošenja odluke o zastoju. Isto tako sud pridržava mogućnost opoziva odluke ako osoba svojevoljno napusti ustanovu za liječenje ili bude iz nje otpuštena zbog narušavanja reda, ili na drugi način izbjegne liječenje.

[74] To znači da mora sadržavati dijagnozu zdravstvenog stanja.

[75] Podaci su preuzeti sa Godišnje statističko izvješće o domovima i korisnicima socijalne skrbi za 2020., pristup 09.09.2023., https://mrosp.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Socijalna%20politika/Odluke/Godi%C5%A1nje%20statisti%C4%8Dko%20izvje%C5%A1%C4%87e%20o%20drugim%20pravnim%20osobama%20koje%20obavljaju%20djelatnost%20socijalne%20skrbi%20i%20-korisnicima%20sovijalne%20skrbi%20u%20RH%20u%202020.%20godi.pdf.

[76] Godišnje statističko izviješće o primijenjenim pravima u socijalnoj skrbi za 2010.godinu, list 3, sekcija G, prema Kristijan Grđan „Skrbništvo za odrasle osobe iz perspektive prava osoba s duševnim smetnjama u Hrvatskoj" U: Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, 38., Šibenik 04. - 05. listopada 2011.

mehanizama potpore kojima bi se štićenike u što većoj mjeri osposobilo za samostalan život.[77]

Što se tiče naprijed navedenih osoba ovlaštenih za samo iniciranje postupka lišenja poslovne sposobnosti, prema podacima iz 2021. ukupan broj pokrenutih postupaka za lišenje poslovne sposobnosti je 1.727. Od toga je po obavijesti nadležnih tijela pokrenuto 396 postupaka, po obavijesti bračnog druga 178 postupaka, po obavijesti djece osobe za koju je pokrenut postupak 231, po obavijesti roditelja 193, po obavijesti drugih srodnika 173, po obavijesti druge ustanove socijalne skrbi 58, po obavijesti drugih članova kućanstva (snaha, zet) 82, po obavijesti liječnika/zdravstvene ustanove 416.[78] Kao što je već ranije spomenuto, najveći broj prijedloga za lišenje poslovne sposobnosti dolazi upravo od CSS-a i liječnika.

8.3. Odluka i rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-3941/2015 i dr. od 18. travnja 2023. i dva izdvojena mišljenja sudaca[79]

Ustavni je sud na sjednici održanoj 18. travnja 2023. pokrenuo postupak za ocjenu suglasnosti ObZ/15.[80] Što se tiče odredbi relevantnih za postupak lišenja poslovne sposobnosti ukinuta je odredba članka 234. st. 2.[81] te dio članka 258. t. 5. u dijelu koji glasi: »*različitog ili*«.[82] Dalje, Ustavni sud obustavio je postupak

---

[77] Tako i Mirna Dajak, „Zaštita prava osoba s duševnim smetnjama u postupku lišenja poslovne sposobnosti", u: *Godišnjak pravnog fakulteta Tematski broj sa IV naučne konferencije "Ljudska prava pred izazovima stvarnosti"*, (Mostar: Pravni fakultet Džemal Bijedić Mostar), 409-410.

[78] Ministarstvo rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike, Godišnje statističko izvješće o primijenjenim pravima socijalne skrbi, pravnoj zaštiti djece, mladeži, braka, obitelji i osoba lišenih poslovne sposobnosti, te zaštiti tjelesno ili mentalno oštećenih osoba u Republici Hrvatskoj u 2021. godini, pristup 09.09.2023., https://mrosp.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Socijalna%20politika/Odluke/Godisnje%20statisti%C4%8Dko%20izvje%C5%A1%C4%87e%20za%202021.%20godinu.pdf.

[79] O spomenutoj odluci vidi više na Sažetak_odluke_i_rješenja_br._U-I-3941-2015_i_dr._o_Obiteljskom_zakonu.pdf (usud.hr) i https://www.iusinfo.hr/zakonodavstvo/odluka-i-rjesenje-ustavnog-suda-republike-hrvatske-broj-u-i-3941-2015-i-dr-od-18-travnja-2023-i-dva-izdvojena-misljenja-sudaca, pristup 8.9.2023.

[80] Premda su prigovori predlagatelja bili usmjereni na gotovo sva područja koja su predmet uređenja ObZ/15 to jest brak i izvanbračnu zajednicu žene i muškarca, odnose roditelja i djece, mjere za zaštitu prava i dobrobiti djeteta, skrbništvo, posvajanje, uzdržavanje, obvezno savjetovanje i obiteljsku medijaciju, te postupke u vezi s obiteljskim odnosima i skrbništvom, Ustavni sud nije prihvatio prijedloge za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom ObZ-a/15 u cijelosti. Naime, većina predlagatelja smatra i da je najveći dio ObZ-a/15 zapravo identičan ObZ-u/14, u odnosu na koji je Ustavni sud pokrenuo postupak ocjene suglasnosti s Ustavom i obustavio ga od primjene. Ustavni sud, od 148 osporenih članaka (i/ili njihovih pojedinih stavaka/točaka), utvrdio je nesuglasnost s Ustavom njih 18 te ih je ukinuo.

[81] Na ovaj način se ukida odredba u kojoj se navodi kako se pojedinca ne može u potpunosti lišiti poslovne sposobnosti.

[82] Odredba čl. 258. t. 5. glasi: „*Samo štićenik, neovisno o dijelu u kojem je lišen poslovne sposobnosti, osim ako je ovim Zakonom drukčije propisano, može donijeti sljedeće odluke o osobnim stanjima: 5. pristanak za stupanje u životnu zajednicu s osobama različitog ili istog spola te prestanak tih zajednica.*"

koji se odnosi na ocjenu suglasnosti odredbi koje se odnose na Centar za posebno skrbništvo.

Što se tiče opsega lišenja poslovne sposobnosti, predlagatelji u prigovorima ističu kako je odredba o nepostojanju potpunog lišenja poslovne sposobnosti neživotna i neprovediva u praksi. Naime, ako jednostavno zamislimo osobu u komi ili onu koja boluje od Alzheimerove bolesti, možemo li reći da joj pružamo veću zaštitu ako je djelomično lišimo poslovne sposobnosti? Ovakvim modusom može se (pogrešno) zaključiti da su tu stanju neke samostalno obavljati neke poslove. Isto tako, pitanje je u kakvu poziciju stavljamo suca koji takvu odluku mora potpisati te kako će na kraju izgledati samo rješenje. Konvencija o pravima osoba s invaliditetom pojašnjava koje mjere države članice trebaju poduzeti kako bi ostvarile višu razinu osoba s duševnim smetnjama, ali time ne zabranjuje potpuno lišenje poslovne sposobnosti. Ustavni sud u svom utvrđenju ističe ono što je već bilo spomenuto u ovom radu, a to je da se sudska praksa poremetila u odnosu na ovaj institut jer su suci prisiljeni donositi rješenja formalno u skladu s ObZ/15, premda u praksi ona znači potpuno lišenje poslovne sposobnosti. I ovaj put Ustavni sud ističe kako potpuno lišenje poslovne sposobnosti treba biti iznimka te se može izricati samo u najtežim slučajevima.

Formalnom pristanku za sklapanje braka, tj. za zasnivanje partnerstva prethode određene radnje koje poduzima skrbnik, odnosno on daje pristanak za njihovo poduzimanje. Međutim, mogućnost da osoba lišena poslovne sposobnosti zasnuje izvanbračnu zajednicu otvara put za brojne zloupotrebe jer je izvanbračna zajednica u potpunosti izjednačena s brakom, a s druge strane ne podliježe „prethodnoj provjeri".[83] Stoga je Ustavni sud ukinuo dio spomenute odredbe zbog njezine nesuglasnosti s dužnosti svih da štite nemoćne osobe.

Ustavni sud u spomenutoj Odluci ističe kako Centar za posebno skrbništvo obavlja svoje ObZ/15 predviđene nadležnosti već sedam godina, a osobito nakon stupanja na snagu Zakona o Centru za posebno skrbništvo 2020. godine kojim je cjelovito uređeno njegovo ustrojstvo i rad. Ustavni sud, neovisno o uvjerljivosti argumenata predlagatelja u vrijeme podnošenja prijedloga, više ne nalazi ustavnopravne razloge za ispitivanje suglasnosti s Ustavom odredbi ObZ/15 koje su se odnosile na Centar za posebno skrbništvo.

[83] Pretpostavke za učinke izvanbračne zajednice po Obiteljskom zakonu ne predviđaju izrijekom da su izvanbračni drugovi u trenutku zasnivanja bili sposobni za rasuđivanje, odnosno da nisu bili lišeni poslovne sposobnosti. Zakon o životnom partnerstvu osoba istoga spola (Narodne novine, br. 92/2014), čl. 9. st. 1. i 2., zahtijeva da partner/partnerica u trenutku zasnivanja neformalnog partnerstva bude sposobna za rasuđivanje te da ne bude lišena poslovne sposobnosti. U potonjem slučaju odobrenje za sklapanje braka daje skrbnik, a u slučaju uskrate sud u izvanparničnom sudskom postupku.

S obzirom na to da je Ustavni sud odgodio prestanak važenja ukinutih odredbi ObZ/15 do 31. prosinca 2023. kako bi Hrvatskom saboru ostavio dovoljno vremena za donošenje novog zakona ili izmjena i dopuna ObZ/15 i njihovo usklađivanje s Ustavom, preostaje nam vidjeti koji će smjer zakonodavac izabrati.

9. ZAKLJUČAK

Jedan od ciljeva ovog rada bio je dati povijesni pregled postupka radi lišenja poslovne sposobnosti te se osvrnuti na oblike instituta skrbnika koji je s njim tijesno povezan. Inicijalna svrha instituta skrbništva bila je da se društvo zaštiti od takvog pojedinca. Kroz spomenuti povijesni pregled mogli smo opaziti da je današnja tendencija da se u što većoj mjeri zaštiti takav pojedinac od društva. Možemo ipak zaključiti da je primarna svrha ovog instituta ostala ista, a to je zaštita imovine i osobe štićenika.

O pokušajima podizanja razine prava osoba lišenih poslovne sposobnosti govore ratificirane međunarodne konvencije, kao i neka rješenja našeg zakonodavca. Međutim, kao što to često biva, pojedini pravni akti deklaratorno pružaju zaštitu koja se ne provodi na adekvatan način u praksi, a što pokazuju pojedina istraživanja i statistički podaci. Očito je da je RH još uvijek ostala pri tradicionalnom pristupu osobama s duševnim smetnjama koji se ogleda u tome da se u okviru sudskog postupka treba utvrditi da takve osobe nisu u stanju brinuti se o vlastitim pravima i interesima te da im se treba pružiti potpora u vidu osobe skrbnika sa svime što je taj institut i prije Konvencije obuhvaćao.[84]

Što se tiče preporuka i zamjerki praktičara koji sudjeluju u ovom postupku, psihijatri ističu potrebu provođenja mjera prevencije i procjenu utjecaja duševne smetnje na kapacitet za odlučivanje. Suci traže da CSS filtrira predmete koji dolaze pred sud, dok su djelatnici CSS-a preopterećeni drugim poslovima i muče se pronalaskom osobe koja bi bila adekvatan skrbnik. Potrebno je uvažiti preporuke i smjernice prakse jer je postalo očito da nije dostatno ratificirati konvencije i mijenjati zakonodavstvo bez da se stvori kvalitetna podloga za njihovim provođenjem u praksi. Za one situacije u kojima je zdravstveno stanje takvo da se ne može očekivati napredak i eventualno vraćanje poslovne sposobnosti, zasigurno bi bilo korisno educiranje javnosti o institutu anticipirane naredbe kako bi osoba koja još uvijek nije lišena poslovne sposobnosti mogla očitovati svoju volju u vidu osobe skrbnika te osobe koja će je zastupati u postupku lišenja poslovne sposobnosti, kao i očitovati svoju volju glede određenih izjava koje se tiču njenog zdravlja.

[84] Dajak, „Zaštita prava osoba s duševnim smetnjama u postupku lišenja poslovne sposobnosti," 410.

S obzirom na Odluku Ustavnog suda iz 2023. godine ostaje za vidjeti hoće li zakonodavac reagirati donošenjem novog Obiteljskog zakona ili će pristupiti donošenju novih izmjena i dopuna. Obje su opcije izgledne, no ono što se ne bi smjelo dogoditi jest da zakonodavac ostane pasivan, što bi dovelo do značajnih pravnih praznina.

Ovaj rad završit ćemo citatom autorice koja je uvelike doprinijela analizi ovog postupka, a koja ističe sljedeće: „*Konačno, niti jedna reforma ne može uspjeti ako se ne promijeni način razmišljanja, pa je stoga nužno dati društvenu podršku na svim razinama osobama s duševnim smetnjama kako bi im se pomoglo da očuvaju i ojačaju ono što nam je svima zajedničko – vlastito dostojanstvo*." [85]

LITERATURA

1. Alinčić, Mira, Dubravka Hrabar, Dijana Jakovac-Lozić i Aleksandra Korać-Graovac, *Obiteljsko pravo*. Zagreb: Narodne novine d.d., 2007.
2. Apathy, Peter, Georg Klingenberg, Martin Pennitz. *Einführung in das römische Recht*. 5. Auflage, (Köln:Böhlau Verlag, 2012).
3. Apostolova-Maršavelski, Magdalena. „Rimska tutela mulierum u opisima klasika." *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 55, (2005):1001-1017.
4. Aras Kramar, Slađana. „Sudski postupak u predmetima o zdravlju osoba lišenih poslovne sposobnosti: novi izvor diskriminacije?". U: *Zbornik radova s V. međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, eds. Dinka Šago, 131-159. Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2019.
5. Dajak, Mirna. „Zaštita prava osoba s duševnim smetnjama u postupku lišenja poslovne sposobnosti". U: *Godišnjak pravnog fakulteta Tematski broj sa IV naučne konferencije "Ljudska prava pred izazovima stvarnosti"*, 393-414. Mostar: Pravni fakultet Džemal Bijedić Mostar, Godina VI, broj 6, 2022, 393-414.
6. Gabler-Čizmek, Marijana. „Sudski postupak-teorija i praksa, suradnja s ostalim stručnim subjektima u postupku, perspektive razvoja", U: Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, 19-21. Šibenik 04. - 05. listopada 2011.
7. Grđan, Kristijan „Skrbništvo za odrasle osobe iz perspektive prava osoba s duševnim smetnjama u Hrvatskoj" U: *Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse*, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, 37-45., Šibenik 04. - 05. listopada 2011.

[85] Korać Graovac, Čulo, „Konvencija o pravima osoba s invaliditetom- novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama", 106.

8. Horvat Alajbegović, Božena. „Uloga centra za socijalnu skrb u primjeni instituta skrbništva“, U: Poslovna sposobnost i skrbništvo- raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Solarisu, 28-36. Šibenik, 04.-05. listopada 2011.
9. Kanter, Arlene S., “The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *34. Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007):287-321.
10. Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 6/2007., 5/2008.
11. Korać Graovac, Aleksandra, Anica Čulo. „Konvencija o pravima osoba s invaliditetom- novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama.“ U: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61, br.1., 65-109., Zagreb: Pravni fakultet Zagreb, 2011.
12. Maršavelski, Aleksandar. „Skrbništvo za osobe lišene poslovne sposobnosti (s povijesnim osvrtom)“. *Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja*, 40, br. 82, (2006): 111-126.
13. Max Kaser. *Das römische Privatrecht I,* 2. Auflage, (Handbuch der Altertumswissenschaft X.3.3.1. (München : Beck, 1971).
14. Max Kaser. *Das römische Privatrecht II*, 2. Auflage, (Handbuch der Altertumswissenschaft X.3.3.2) (München : Beck, 1975).
15. Međunarodni projekt *„Bridging the Gap: Civil Society Promoting Access to Justice for People with Mental Disabilities in Croatia”* iz 2007.
16. Mila Jovanović, *Komentar starog rimskog ius civile,* Knjiga druga, Zakon XII. tablica, (I-IV), Niš:Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2007.
17. Milas, Ivana. „Obiteljsko pravo i socijalna skrb -međuovisnost u svjetlu razvoja instituta skrbništva za punoljetne osobe“. *Revija za socijalnu politiku*, 12, br. 3-4, (2005): 301-318.
18. Ministarstvo rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike, Godišnje statističko izvješće o primijenjenim pravima socijalne skrbi, pravnoj zaštiti djece, mladeži, braka, obitelji i osoba lišenih poslovne sposobnosti, te zaštiti tjelesno ili mentalno oštećenih osoba u Republici Hrvatskoj u 2021. godini., pristup 09.09.2023., https://mrosp.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Socijalna%20politika/Odluke/Godisnje%20statisti%C4%8Dko%20izvje%C5%A1%C4%87e%20za%202021.%20godinu.pdf.
19. Ministarstvo rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike, Godišnje statističko izvješće o primijenjenim pravima socijalne skrbi, pravnoj zaštiti djece, mladeži, braka, obitelji i osoba lišenih poslovne sposobnosti, te zaštiti tjelesno ili mentalno oštećenih osoba u Republici Hrvatskoj u 2020. godini., pristup 09.09.2023., https://mrosp.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Socijalna%20politika/Odluke/

Godi%C5%A1nje%20statisti%C4%8Dko%20izvje%C5%A1%C4%87e%20o%20drugim%20pravnim%20osobama%20koje%20obavljaju%20djelatnost%20socijalne%20skrbi%20i%20korisnicima%20sovijalne%20skrbi%20u%20RH%20u%202020.%20godi.pdf.

20. Nadeždza Ljubojev, „Starateljstvo nad punoletnim licima u rimskom pravu“, *Pravo - teorija i praksa*, vol. 16, br. 2, (1999): 49-54.
21. Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/15., 98/19., 47/20., 49/23.
22. Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 116/03., 17/04., 136/04., 107/07., 57/11. – v. čl. 52. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, 61/11., 25/13. – v. čl. 100. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, 5/15. – v. Rješenje USRH, br. U-I-3101/2014 i dr. od 12. siječnja 2015.
23. Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 162/98.
24. Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 75/14.
25. Odluka i rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-3941/2015 i dr. od 18. travnja 2023.
26. Oliviero Diliberto, *Studi sulle origini della 'Cura furiosi',* Napolo:Casa editirice dott. Eugenio Jovene, 1984.
27. Osnovni zakon o starateljstvu, Službeni list FNRJ 30/1947.
28. Osnovni zakon o starateljstvu, Službeni list SFRJ 16/1965, 23/1965.
29. Pekeč Knežević, Mira, „Uloga pravobraniteljice za osobe s invaliditetom i Konvencija o pravima osoba s invaliditetom*“*. U: *Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse,* Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, Šibenik 04. - 05. listopada 2011.
30. Pezelj, Vilma, Mirela Šarac, *O pravu osoba u rimskom i dalmatinskom statutarnom pravu*. Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2021.
31. Pravilnik o visini iznosa i načinu isplate naknade za skrbnika, Narodne novine, br. 116/03., 17/04., 136/04., 107/07., 57/11., 61/11.
32. Presuda od 18. rujna 2011., Ivinović protiv Republike Hrvatske, zahtjev br. 13006/13.
33. Romac, Ante. *Izvori rimskog prava.* Zagreb: Informator, 1973.
34. Romac, Ante. *Latinske pravne izreke*, Zagreb: Globus, 1982.
35. Romac, Ante. *Rječnik latinskih pravnih izraza*, Zagreb: Informator, 1985.
36. Rušnov, Adolf, Stjepan Posilović. *Tumač Općemu austrijskomu građanskomu zakoniku, Knjige I i II.* Zagreb: L. Hartmana (Stj. Kugli), 1893.
37. Svjetska zdravstvena organizacija, pristup 10.08.2023., https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44081/9789241547666_hrv.pdf.

38. Škalic, Anja, Ana Vučak. „Skrbništvo u rimskom pravu.“ *Paragraf : časopis za pravna i društvena pitanja Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku*, 3, br. 1, (2019): 133-155.
39. Štrkalj Ivezić, Slađana. „Procjena kapaciteta za odlučivanje kao ključan faktor u donošenju odluke za lišavanje poslovne sposobnosti“, U: Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, 66-75. Šibenik 04. - 05. listopada 2011.
40. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III/1380/2014 od 20.svibnja 2015., Narodne novine, br.75/15.
41. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III/4536/2012 od 14. siječnja 2016., Narodne novine, br. 13/16.
42. Ustavni suda Republike Hrvatske, broj: U-I-3941/2015 i dr. od 18. travnja 2023., pristup 09.09.2023., Sazetak_odluke_i_rjesenja_br._U-I-3941-2015_i_dr._o_Obiteljskom_zakonu.pdf (usud.hr) i https://www.iusinfo.hr/zakonodavstvo/odluka-i-rjesenje-ustavnog-suda-republike-hrvatske-broj-u-i-3941-2015-i-dr-od-18-travnja-2023-i-dva-izdvojena-misljenja-sudaca.
43. Uwe Manthe, „Bemerkungen zur Cura Furiosi“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/ Legal History Review*, 57, br.1-2 (1989):157-168.
44. Vlada Republike Hrvatske, Prijedlog Obiteljskog zakona, pristup 08.09.2023., https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/2015/231%20sjednica%20Vlade//231%20-%201.pdf.
45. Zakon o braku i porodičnim odnosima, Narodne novine, br. 11/78.
46. Zakon o Centru za posebno skrbništvo, Narodne novine, br. 47/20.
47. Zakon o socijalnoj skrbi, Narodne novine, br. 18/22., 46/22., 119/22.
48. Zakon o starateljstvu, Narodne novine, br. 15/1968.
49. Zakon o vanparničnom postupku, Službene novine Kraljevine Jugoslavije br. 45/1934.
50. Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, Narodne novine, br. 76/14.
51. Zakon o životnom partnerstvu osoba istoga spola, Narodne novine, br. 92/14.
52. Zakonu o braku i porodičnim odnosima, Narodne novine, br. 11/1978., 27/1978., 45/1989., 51/1989.
53. Žarković Palijan, Tija. „Lišavanje poslovne sposobnosti i skrbništvo u Hrvatskoj – praktična iskustva, dileme i preporuke vještaka“, U: *Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse*, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, 22-27., Šibenik 04. - 05. listopada 2011.

THE PROCEDURE OF DEPRIVATION OF BUSINESS CAPACITY - FROM ROMAN LAW TO THE PRESENT

An adult may be partially deprived of legal capacity if the court finds in non-contentious proceedings that such a person cannot independently take care of some of his rights and obligations or that his actions endanger others so such a person is assigned with a guardian upon completion of the proceedings. The aim of this paper is to give a historical overview of the process of deprivation of business capacity, whereby the paper begins with a detailed consideration of the relevant and available provisions of Roman law, which served as a basis for the further development of the process of deprivation of business capacity. Autors then consided the provisions of Dalmatian statutory law, followed by the ABG and other important laws that were in force on the territory of the Republic of Croatia and have visibly influenced the procedure of deprivation of legal capacity according to the current Family Law, which, among other things, aims to implement the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The authors then consider the family laws from 2003 and 2014 due to the novelties they introduce for the institute in question and the problems in practice that arise for the experts participating in this procedure (judges, psychiatrists and employees of the Social Welfare Center). This paper then analyzes in detail the provisions of the current Family Law from 2015, available statistical data as well as the recently adopted Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia.

Key words: *procedure for deprivation of legal capacity, cura furiosi, rights of persons deprived of legal capacity, Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

Assist. prof. Neža Pogorelčnik Vogrinc, PhD,
Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia*

REQUIREMENTS FOR THE ISSUANCE OF AN INTERIM INJUNCTION IN RECENT SLOVENIAN CASE LAW

UDK: 347 (497.4)
368 (497.4)
Scientific review paper

In Slovenia, interim injunctions are an important means of securing creditors. They provide them with a guarantee of future enforcement or a temporary settlement of a disputed legal relationship. However, certain requirements must be met for an interim injunction to be granted. These are (listed all together): the existence of the claim; the risk that the enforcement of the creditor's claim is likely to be rendered impossible or considerably impeded due to the alienation, concealment, or other manner of disposal of property by the debtor; the risk that the enforcement of the creditor's claim is likely to be rendered impossible or considerably impeded; the imminent use of force or the prevention of damage that is difficult to repair; the fact that, if the interim injunction sought proves unfounded or unsubstantiated, the harm to the debtor would not outweigh the harm to the creditor if the injunction is denied; or the occurrence of only insignificant damage. All of these are legal standards, the content of which is a matter for case law to decide in each specific case. The article illustrates the recent case law of the Slovenian courts and analyses the established uniform views that have emerged regarding the requirements for the issuance of an interim injunction.

Key words: *interim injunctions, requirements, claim, risk, difficult to repair damage*

1. INTRODUCTION

Court proceedings (from the filing of a lawsuit to the issuance of a judgment and ultimately the enforcement thereof) often do not provide sufficient security for creditors. By the time of coercive enforcement, debtors may have already disposed of their assets, thus making it impossible to enforce a final judgment. Alternatively, creditors may simply want a certain temporary arrangement of the disputed legal relationship already for the duration of the court proceedings, i.e. until it is settled by a court judgment. In all of these situations, provisional measures play an important role, the most commonly used of which in Slovenia

* Assistant professor at the Department of Civil Procedural Law, Faculty of Law University of Ljubljana, Poljanski nasip 2, Ljubljana, Slovenia, e-mail: neza.pogorelcnik@pf.uni-lj.si, ORCID ID: 0000-0002-1706-1729.

are interim injunctions[1] (*začasne odredbe*), which can be granted before court proceedings have been instituted, during court proceedings, and even after the conclusion of such proceedings until the conditions for enforcement have been fulfilled (Article 267 ESA). Interim injunctions enable creditors to secure the possibility of future enforcement (so-called protective interim injunctions – *zavarovalne začasne odredbe*) or the temporary regularisation of a disputed legal relationship (regulatory interim injunctions – *regulacijske začasne odredbe*).

However, interim injunctions can only be issued if certain requirements are met (see Articles 270 and 272 ESA). These differ in part, depending on whether a monetary or non-monetary claim is being secured. The first requirement is the same for all interim measures. The court shall grant an interim injunction to secure a monetary or a non-monetary claim if the creditor demonstrates the probability that the claim against the debtor exists or is about to arise. The second requirement varies depending on the type of claim for which the security is proposed. If an interim injunction is sought to secure a monetary claim, the creditor must prove the existence of a risk that the enforcement of his or her claim is likely to be rendered impossible or considerably impeded due to the alienation, concealment, or other manner of disposal of property by the debtor (so-called subjective risk). If the creditor proposes to secure a non-monetary claim, the creditor must demonstrate that one of the requirements listed alternatively in the ESA is met: a) the existence of a risk that the enforcement of his or her claim is likely to be rendered impossible or considerably impeded (so-called objective risk); b) that the injunction is necessary to prevent the use of force or to avoid difficult to repair damage; c) that, in the event the injunction applied for proves unsubstantiated, the harm to the debtor would not outweigh the harm to the creditor if the injunction is denied. However, the creditor shall not be bound to prove the risk if he or she proves that it is likely that the injunction will cause only insignificant loss to the debtor. A risk shall be deemed to exist if the claim is to be enforced abroad, but not if the claim is to be enforced in a Member State of the European Union.

The ESA does not provide further guidance or explanations regarding how to interpret these requirements, nor does it give examples of situations that would meet the requirements. They are set out as legal standards to be assessed by the

[1] There are several terms for this institute in the English language (e.g. interim orders, provisional measures, protective measures, interlocutory injunctions), but none of them is entirely correct. In the following, I will therefore use the term *interim injunctions*, which is used in the unofficial consolidated version of the Slovenian Enforcement and Security Act (Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 51/98 *et seq*., hereafter ESA), which can be found on the following website: www.pisrs.si/Pis.web/cm?idStrani=prevodi (1 August 2023). Other key terms used in Chapter 25 of the ESA used in the English version of the Act will be used in this paper. The term interim injunction is called *začasna odredba* in Slovenian, *privremena mjera* in Croatian, and *Einstweilige Verfügung* in German. To make it clearer, the most important terms in the article will also be given in Slovenian.

court in each particular case, depending on its specific circumstances. Thus, case law is of the utmost importance for the interpretation of the requirements and their application in a specific case. This has a bearing on how broadly or strictly their content is assessed and, consequently, how accessible the interim injunction remedy is to creditors. This article will therefore present the requirements for the granting of interim injunctions under the Slovenian ESA, based on the case law of the Slovenian courts. It will assess the strictness of the courts' application of each requirement and answer the question of whether the courts are applying the same requirements in the same way. This is clearly important in order to ensure legal certainty for creditors who find themselves faced with the need for provisional security.

2. THE EXISTENCE OF A CLAIM

Regardless of whether a creditor's claim is monetary or non-monetary in nature, the ESA requires the creditor to show that his or her claim against the debtor exists or is about to arise.[2] It would not be fair to the debtor to secure a creditor's claim that he or she has failed to prove. However, the existence of the claim does not have to be proved with certainty, which is the standard of proof in ordinary legal proceedings,[3] since in such a case the court could decide on the claim already by a judgment. The probability suffices, which means that the court does not have to be convinced of its existence. Slovenian legal procedural acts do not define the content of any of standards of proof.[4] However, some definitions can be found in legal theory, and the same interpretations have been given in the case law. For the standard of probability, it is sufficient that the circumstances arguing in favour of the existence of a particular fact are stronger than those arguing against it.[5] The same can be found in legal theory. The standard of probability is met if there are more arguments in favour than against.[6] Thus, for an interim injunction to be granted, it is sufficient for the creditor to establish the probable existence or future

[2] For more on the requirement of the future incurrence of the claim, see Pogorelčnik Vogrinc Neža, "The requirements for the issuance of an interim order – a comparison of the Slovenian, Croatian, Austrian, and German regulations", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 66 (2016): 106-114.

[3] For more on this, see Ude Lojze, Betetto Nina, Galič Aleš, Rijavec Vesna, Wedam Lukić Dragica, Zobec Jan, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga* (Ljubljana: GV Založba, 2010), 330.

[4] Ude Lojze et al., *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga* (Ljubljana: GV Založba, 2010), 327.

[5] See, for example, the decision in VSL I Cpg 243/2021 of 12 May 2021, the decision in VSL III Cpg 1175/2010 of 12 October 2010, and the decision in VSL IV Ip 1546/2021 of 17 November 2021.

[6] Ude Lojze et al., *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga* (Ljubljana: GV Založba, 2010), 331.

existence of a claim. This is particularly important as interim injunctions can be issued not only during or after the conclusion of court proceedings, but also before such proceedings.

Usually (although not necessarily, as the order in which the requirements are assessed is not set by law), when deciding on an application for an interim injunction, the court first examines the existence of the first requirement. If it finds that the creditor has failed to prove the existence of the claim, the court rejects the application without having to go through the process of examining the second requirement.[7] If an action has already been brought, the court is assisted in assessing whether the requirement for a claim has been met, in particular by the description of the claim in the action itself, and by the evidentiary procedure (as to the existence of the claim), which may have already been carried out in the court proceedings. However, if the application for an interim injunction is made prior to the action, the court assesses the existence of the claim solely and exclusively on the basis of the allegations made and the evidence examined in the securing of claims proceedings. In such a case, it is important that the claim is precisely identified in the application for an interim injunction and that the creditor attaches evidence that will establish the existence of the claim to the standard of probability.[8] It is also important how the claim is defined under the substantive law.[9] The court may decide on the application for an interim injunction in a unilateral (*ex parte*) procedure, i.e. on the basis of the application alone, which is why it is important that the creditor, in this first step, already makes every effort to convince the court that the existence of the claim or it arising in the future is probable. According to the case law, the standard of probability is met where the applicant, in support of his or her allegations which are sufficient as a matter of substantive law (*sklepčnost*), submits such evidence as would, if successful in the subsequent proceedings, establish the truth of the applicant's allegations and thus lead to a decision in his or her favour.[10]

However, if an action has already been brought, it is important that the interim injunction is intended to secure the claim that is being sought. The security sought by the interim injunction must therefore correspond to the claim that is asserted in the action. Although this may seem obvious on the one hand, there are cases in the case law where the security sought with an interim injunction did not serve to

---

[7] See, for example, the decision in VSM I Cpg 21/2023 of 2 February 2023.

[8] Neža Pogorelčnik Vogrinc, "Ureditvene začasne odredbe", in: *XVII. DCGP, Dnevi civilnega in gospodarskega prava*, (Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, 2019), 40.

[9] Tadeja Zima, "Začasne odredbe: (v civilnih sodnih postopkih)", *Pravosodni bilten* 23, 3(2002): 83.

[10] The decision in VSL IV Ip 1546/2021 of 17 November 2021.

secure the claim. For example, in the decision in VSL I Cp 2760/2010 of 4 August 2010, the plaintiff's claim in the action was that the defendant should cease and desist from interfering with the exercise of a walking, driving, and cattle-driving easement. In her action, the applicant alleged that the defendant was under a special obligation to allow passage across the servient property by removing the fence and other obstructions on the servient property to access the servient property. Subsequently, the creditor applied for an interim injunction requiring the delivery of two keys to open the front gate to the courtyard located on the servient property in question. The applicant did not explain how the handing over of the two keys for the entrance gate to the courtyard would ensure the removal of the fence and other obstacles on the servient property in question, which were demanded in the action. The content of the interim injunction and the claim (in the application) were thus unrelated, rather than having a functional relationship. The requirement of the existence of a claim was therefore not established and the application for an interim injunction was dismissed. It is therefore imperative that the claim asserted in the action and the claim that is the basis for the interim injunction are "in a functional relationship."[11]

As the individual claims differ from case to case, it is impossible and meaningless to compare the court decisions that have established the (non-)existence of a claim. Such a comparison is easier with regard to the other requirements under which the courts assess a particular legal standard.

3. RISK OF THE FUTURE NON-ENFORCEMENT OF A CLAIM

The primary purpose of interim injunctions is to protect the creditor against the risk of being unable to enforce the judgment once it has been issued. This is because, for various reasons, circumstances may change during the pendency of the court proceedings, which may make (forced) enforcement unsuccessful at a later stage. In order for the creditor to demonstrate the need for interim relief, the ESA has provided for the requirement of a risk of the future non-enforcement of the claim. The creditor must therefore demonstrate that the "enforcement of his or her claim is likely to be rendered impossible or considerably impeded,"[12] and the interim injunction is then granted for the very purpose of enabling such enforcement. As this requirement is thus intended solely to protect future enforcement, it is inextricably linked to protective interim injunctions. It is thus not applicable to regulatory interim injunctions, which are intended to temporarily

[11] The decision in VSL I Cp 2760/2010 of 4 August 2010.

[12] Articles 270/II and 272/II(1) ESA.

regulate the legal relationship at issue.[13] Regulatory interim injunctions are usually (but not necessarily) issued in cases in which a constitutive or declaratory action is filed. In these cases, the enforcement of the judgment will not be possible anyway, which makes the requirement of a risk of future enforcement meaningless and its prior provisional protection unnecessary.

However, the requirement of a risk of future enforcement differs depending on whether it is a non-monetary or a monetary claim that is sought to be secured. For the former to be secured, the mere existence of a risk of future enforcement is sufficient, irrespective of what causes the risk. However, the ESA has made the risk requirement stricter for securing a monetary claim. Thus, as will be discussed in the next subsection, in the case of the protection of a monetary claim, the risk of future enforcement must arise from the debtor's sphere. However, regardless of whether a monetary or a non-monetary claim is to be secured, the ESA provides for a presumption of risk. Thus, a risk shall be deemed to exist if the claim is to be enforced abroad, but not if the claim is to be enforced in a Member State of the European Union (Articles 270/IV and 272/III ESA). It is understandable that enforcing a claim abroad involves several difficulties (not being familiar with the foreign legal rules, hiring a lawyer in another country, a foreign language, etc.), which is usually expensive and typically also time-consuming. The Slovenian ESA thus foresaw that the mere fact that a creditor will pursue the enforcement of a claim abroad fulfils the requirement of (subjective and objective) risk of future enforcement. In order for an interim injunction to be granted, it is sufficient (in addition to the existence of the claim) for the creditor to show that the claim is to be enforced abroad. The Member States of the European Union are exempt from this, since the various European mechanisms and regulations make it as easy (at least in theory) to enforce a claim in another Member State as it is at home.

3.1. Subjective risk

When it comes to securing monetary claims, we speak of what is known as a subjective risk (*subjektivna nevarnost*). The ESA determines that the court shall grant an interim injunction to secure a monetary claim if the creditor proves the existence of a risk that the enforcement of his or her claim is likely to be rendered impossible or considerably impeded due to the alienation, concealment, or other manner of disposal of property by the debtor (Article 270/II). The risk must therefore arise from the debtor's own domain, and therefore the risk must

[13] The Constitutional Court has explicitly linked the requirement of a risk of future enforcement to insurance interim injunctions. See paragraph 6 of its decision in Up-275/97. This is also established in the case law. See, for example, the decision in VSL I Cpg 565/2022 of 17 January 2023.

be subjective and concrete.[14] Since the claim is monetary in nature, it is irrelevant which assets the debtor is disposing of or preparing to dispose of. It is only important that such disposal adversely affects the creditor's ability to enforce the claim in the future.

Debtors dispose of assets in a variety of ways, e.g. by paying monthly electricity and water bills, buying food and fuel, paying wages to employees, and buying raw materials for production. This raises the question of what kind of disposals of assets satisfy the "disposal of property" requirement referred to in Article 272/II of the ESA. The ESA gives two examples of such disposals, namely alienation and concealment. However, the question arises as to how to interpret the legal terms alienation and concealment, and which other conduct of the debtor constitutes the legal term disposal of property. It is established case law that this requirement is not satisfied by the regular disposal of property (even if it might affect the creditor's ability to enforce his or her claim in the future).[15] However, extraordinary and unexplained disposals, which, at least in general terms, tend to impede or prevent the enforcement of a creditor's claim are likely to indicate the existence of a subjective risk. It is for the court to decide in each individual case whether a particular disposal is „regular" or „extraordinary".

It is not clear in the case law whether the avoidance must necessarily be linked to the claim to be secured by the interim injunction. Some courts say that this is not necessary, that it does not have to entail the avoidance of a particular claim, and that it is only necessary that the disposal affects the possibility of the enforcement of a particular claim.[16] On the other hand, it is possible to find the courts taking the view that there must be an avoidance of the payment of a specific claim.[17] In the author's view, there must be a subjective risk of any disposal of assets (even if it is for the purpose of paying the claims of other creditors) that will make it impossible or difficult to enforce a specific claim the securing of which is sought by the interim injunction.

A further question arises whether the debtor's sale of assets in exchange for a cash equivalent constitutes a subjective risk. While there has indeed been a

---

[14] Urška Kupec, "Pogoji za izdajo začasne odredbe za zavarovanje denarne terjatve", *Pravna praksa* 38, No. 12 (2019): 21.

[15] See, for example, the decision in VSL IV Ip 1546/2021 of 17 November 2021, the decision in VSL I Cpg 243/2021 of 12 May 2021, and the decision in VSL I Cpg 119/2012 of 6 March 2012.

[16] The decision in VSL IV Ip 1546/2021 of 17 November 2021.

[17] The decision in VSL I Cpg 299/2022 of 22 June 2022: "… *the fact ... that the debtor is not paying claims to other creditors could only be evidence of his insolvency. By its very nature, the non-payment of claims to other creditors does not satisfy the required requirement of 'alienation, concealment or other manner of disposal of property by the debtor'*." Similar also Vesna Rijavec, Tjaša Ivanc, "*Nova spoznanja na področju začasnih odredb*", in: Gospodarski subjekti na trgu (Maribor : Pravna fakulteta : Inštitut za gospodarsko pravo, 2012), 92–93.

disposal of assets, theoretically the debtor has now received another asset form (e.g. money) instead of a different asset form (e.g. movable/immovable property), which still makes the monetary claim repayable. The author of this article disagrees with this interpretation. The fact is that money is an extremely liquid asset, which can be disposed of, transferred, or hidden much more easily and quickly than movable, and especially immovable, assets. Therefore, the author considers that the court in VSL I CP 783/2022 of 23 May 2022 did not take the correct position:

> *The alienation of property does not in itself justify the granting of an interim injunction to secure a monetary claim where there is no doubt as to the acquisition of the equivalent of the property... Last but not least, the claimant does not even know whether and how the defendant disposes of the funds in her accounts.*

The author considers that the sale of an object constitutes the disposal of property, which is part of the subjective risk requirement, irrespective of the fact that a purchase price has been received in exchange. Interestingly, in the latter case, the court points out that the creditor is in a difficult position because he or she does not know what is happening to the debtor's assets. Therefore, if the creditor succeeds in proving the debtor's sale of assets, it is, in the author's view, too high a burden to impose on the creditor the further obligation to prove that, in addition to the subjective risk, the debtor will or is disposing of the money received.

Finally, the question has also arisen whether, in order to satisfy the requirement, set out in Article 272/II ESA, the debtor's disposal of property must have been made with the intention of making it impossible or difficult for the creditor to recover the claim. The Supreme Court RS dealt with this question already in the decision in III Ips 78/99 of 10 June 1999. The answer was negative, which has also been confirmed[18] in legal theory. The ESA does not require such an intention, and it would be too burdensome for the creditor to prove it. Since the intention to act is a private matter of a person, it would be excessive to require the creditor to know and prove the debtor's intention.

Subjective risk has recently been established in the case law by various circumstances:

- The decision in VSL I Cp 1688/2022 of 11 January 2023:

---

[18] See Anton Grilc, "»Subjektivna nevarnost« po 270. členu ZIZ", *Pravna praksa* 23, No. 13 (2004): 8-9. This view is also followed by the majority of case law. See, for example, the decision in VSL I Cpg 299/2022 of 22 June 2022. However, it is possible to find individual case law to the contrary. See Urban Vrtačnik, Neža Pogorelčnik, "Pogoji za izdajo začasne odredbe", *Odvetnik* 64, No. 1 (2014): 12. For more, see also Neža Pogorelčnik Vogrinc, *The requirements for the issuance of an interim order: a comparison of the Slovenian, Croatian, Austrian, and German regulations*, 114-118.

The defendant will not be able to repay the claimant's claim on the basis of a pension of EUR 900 per month, which is further burdened by loan obligations. She has no other significant assets, except for a co-ownership interest in a property, which she wishes to sell. Her intention to dispose of the only existing asset of greater value is established, which confirms with probability the alleged risk for the enforcement for the claimant's claim. The defendant's concrete conduct towards disposal is also established, since she has submitted to the court a contract for purchase and sale concluded with a real estate agency, the object of which is precisely the marketing of the property in question.[19]

Interestingly, the court subsequently points out that if the defendant finds a buyer for the property, she will be able to get out of the interim injunction (prohibiting the debtor from alienating or encumbering the immovable property) by making a security deposit as security for the claim (Article 274 ESA).

- In the interim injunction proceedings of VSL I Cp 962/2022 of 7 July 2022, the court established the existence of a monetary claim by the applicant (the ex-wife) against the defendant (the ex-husband) for the reimbursement of investments in the defendant's immovable property during the marriage. The court also established the defendant's disposal of an Audi car worth EUR 50,500 and a seven-metre-long vessel. The court went on to state the following:

  The plaintiff claimed that the Audi car had been acquired by leasing and that the instalments had been paid during the marriage out of the community property. She also claims that the BMW car was purchased during the marriage... The plaintiff claimed that the defendant's salary (EUR 1,000.00 to EUR 1,300.00 per month) was too low to cover such expenses. The defendant did not dispute this and did not claim that he has sufficient money or other assets at his disposal with which to repay the large sums of money that he owes. The applicant also alleges poor relations between the parties and claims that she cannot enter the office building and cannot find out what of the movable property still exists and claims that it may also be sold. These are all circumstances which must be assessed under 270/II of the ESA. In particular, it must be noted that the defendant does not dispute the applicant's allegations that substantial investments have been made in both

[19] Translations of parts of court decisions are the work of the author and are not official translations. The original court decisions are in Slovenian. Despite the care taken, it is possible that an error may have occurred in the translation. As only the decisions of the courts of second instance are publicly available in Slovenia, in all cases the factual situation and the decisions of the court of first instance on the fulfilment of the requirements have been established on the basis of the decisions of the courts of second instance.

the residential house and the commercial building during their marriage.... Therefore, in order to establish the existence of a subjective risk, it is not necessary that the defendant sells the business premises or the residential house, all of which are registered in his name in the Land Registry. It is sufficient that he sells other assets which the applicant claims were acquired during the marriage or which the applicant participated in the repayment of (e.g. the Audi car).”

On the other hand, a subjective risk has not been established in the following recent court cases:

- Where the creditor did not allege the disposal of assets by the debtor (a legal person), but relied on the conduct of the debtor's legal representative in her capacity as the legal representative of the related companies, which in itself does not prove the debtor's present conduct.[20]
- The decision in VSL I Cp 1902/2022 of 6 December 2022:

  The plaintiff stated in her application that the defendant is unemployed, that he has lived all his life at the expense of his deceased mother, that he obtains his money by means of illegal transactions, at least as regards the land transactions of which she is a co-owner, that he lives in her apartment which she inherited by will and does not pay the expenses. The only evidence which she has submitted in support of her claims is a copy of the accounts of the company A., showing the unpaid debts. Such allegations by the applicant do not show that the enforcement of the claim is endangered by the defendant's deliberate disposal of his assets, since they do not show what his assets are, whether he has reduced them in recent times, or that, if the withholding of half of the payment on the defendant's account was to be refrained from, the recovery of the monetary claim… would be jeopardized. Moreover, it is apparent from the applicant's pleadings that the defendant inherited co-ownership of several immovable properties.
- The decision in VSL I Cp 1335/2022 of 24 August 2022 in which the creditor wanted to secure his claim for the repayment of a loan:

  The fact that the defendant explained to the plaintiff at the time of the conclusion of the (first) loan agreement that she needed money to buy a smaller flat to move into, as she was going to leave the flat... to her son, and that she had not yet bought the new flat, does not demonstrate a risk that would support the plaintiff's thesis that the enforcement of the claim … would be impeded or impossible … The court further finds ... that the

[20] The decision in VSL I Cpg 203/2022 of 17 May 2022.

applicant has not alleged, much less demonstrated, any concrete active conduct by the defendant towards the alienation of the apartment or that the defendant has disposed of her assets in a manner which would be likely to support the applicant's theory that the enforcement of the applicant's claim would be impeded or impossible.... There is no merit in the appellant's submissions that the mere fact that the defendant has not paid the first loan indicates that the defendant is experiencing financial difficulties which will make it impossible for the claimant to enforce his claim under the action.

The case law suggests that it is often difficult for a creditor to prove that the debtor has disposed of assets.[21] The debtor's conduct is namely often, and may be deliberately, concealed, which makes it difficult for the creditor to become aware of it and, furthermore, to gather sufficient evidence of it to prove such conduct with probability in court proceedings. In order to show that the required condition is met, the creditor must namely prove not only the debtor's conduct, but also the causal link between such conduct and the impossibility of future enforcement.[22] The risk requirement for securing a monetary claim overlaps only partially with the similar requirement for securing a non-monetary claim. In comparison with the latter, necessarily the debtor's disposal of assets is the cause of the debtor's poor financial situation. The latter alone is therefore not sufficient.[23] See, for example, the following cases:

- The decision in VSL I Cpg 418/2022 of 7 September 2022:

  The creditor has made allegations concerning the debtor's poor financial situation, the debtor's evasion of payment, the frequent blocking of his account, the opening of an account abroad (in Lithuania), and the absence of business premises at his business address ... it has long been established in the case law that the mere existence of poor business, a poor financial situation, and evasion of the payment of the creditor's claim are not sufficient to show the probable existence of the second condition for the granting of an interim injunction. There must be active conduct on the part of the debtor to alienate, conceal, or otherwise dispose of assets. Such conduct on the part of the debtor was neither alleged by the creditor in the application for interim relief nor, consequently, proved ... The creditor repeats in his appeal his allegations that the debtor's sole transaction account with the bank D.H.

---

[21] Urban Vrtačnik, Neža Pogorelčnik, "Pogoji za izdajo začasne odredbe", *Odvetnik* 64, No. 1 (2014): 12.

[22] The decision in VSL IV Ip 1546/2021 of 17 November 2021.

[23] Šipec, Miha, Plavšak, Nina, Klampfer Marta, Jerovšek Tone, Čebulj Janez, *Začasne odredbe v civilnih sodnih postopkih, postopkih pred delovnimi in socialnimi sodišči, upravnimi sodišči, ustavnim sodiščem ter v upravnem postopku* (Ljubljana: GV Založba, 2001), 37.

is frequently or usually blocked, which is why the bill of exchange has not been cashed. The protest of the bill was also unsuccessful, since the debtor's registered office is not located on the business premises. The arguments referred to above relate to the alleged poor liquidity or assets of the debtor, which justifies an objective risk of enforcement of the claim, but not the subjective risk required in connection with the security of a monetary claim.

- The decision in VSL I Cpg 299/2022 of 22 June 2022:

  The creditor primarily based the subjective risk on allegations of the debtor's poor financial situation and insolvency. The conditions for issuing an interim injunction to secure a monetary claim under Article 270 of the ESA are stricter, requiring a subjective risk represented by some concrete and active action by the debtor to prevent or impede the enforcement of the creditor's monetary claim ... In order to establish a subjective risk of the enforcement of a creditor's claim, the creditor would therefore ... have to show active conduct by the debtor towards preventing the payment of his claim, which he has not alleged in any concrete manner.

The objective manifestation of a poor financial situation, that is to say, the absence of sufficient resources to pay the claim, is therefore not in itself sufficient to justify the issuance of an interim injunction to secure a monetary claim.[24] That circumstance itself does not give rise to any active management of the assets by the debtor that would have the effect of making it impossible or difficult to enforce the claim.[25] As the latter is the basis of a subjective risk, a poor financial situation alone is not sufficient. This is different in the case of an objective risk, which must be demonstrated in order to secure a non-monetary claim.

3.2. Objective risk

Unlike for securing monetary claims, the risk requirement for securing non-monetary claims is reduced. It is only necessary that there is a risk of future enforcement, without the reasons for the risk being relevant (so-called objective risk – *objektivna nevarnost*).[26] This may (as in the case of subjective risk) be due to the conduct of the debtor, but it may also be result of the conduct of a third party, *force majeure*, or something else, without the creditor having to allege and prove

[24] Urška Kupec, "Pogoji za izdajo začasne odredbe za zavarovanje denarne terjatve", *Pravna praksa* 38, No. 12 (2019): 21. See, for example, the decision in VSL I Cpg 506/2021 of 12 October 2021 and the decision in VSL I Cp 2086/2020 of 22 December 2020.

[25] The decision in VSL I Cpg 506/2021 of 12 October 2021.

[26] The decision in VSL II Cp 1158/2016 of 5 May 2016, and the decision in VSL I Cp 2087/2017 of 27 September 2017

the reason for the interim injunction to be issued.[27] The mere demonstration of the probable occurrence of the consequence itself, i.e. the risk of future enforcement, is sufficient. Thus, the situation regarding the debtor's poor financial situation and insolvency are included in the requirement of objective risk. In these cases, there is a risk that the creditor's claim will not be paid in the future, but at the same time it is not required that the debtor is still actively disposing of his or her assets at the present time.

The requirement of objective risk has recently been assessed in the decision in VSL IV Ip 655/2022 of 25 May 2022. Therein, the court found that an objective risk existed where the creditor had entered into a pre-contractual agreement with the debtor to conclude a sale and purchase agreement for an immovable property, for which the creditor had already paid the debtor a large amount of money. However, the debtor subsequently evaded communication with the creditor, did not respond to calls, postponed the execution of the pre-agreement and the conclusion of the contract, and finally started advertising the sale of the same property again on the internet. The court held that these circumstances indicated that there was a risk that the enforcement of the (non-monetary) claim would subsequently be prevented or impeded. The author adds that in that case the circumstances for a stricter subjective risk probably already existed, but were not necessary to prove given the non-monetary nature of the claim.

Similarly, the court found an objective (and additionally also subjective) risk of future enforcement in the decision in VSC I Cp 264/2022 of 18 August 2022, where the parties were ex-spouses who had acquired property by working together during their marriage. The ex-wife sued for a declaration that the immovable property constituted the joint property of the parties in equal shares. Despite the legal presumption that it was part of their common property, the defendant himself was registered in the land register as the sole owner of all the immovable property. The defendant was thus free to dispose of almost the entirety of the property, whereas, in the event of the sale of the immovable property to a *bona fide* purchaser, the enforcement of the creditor's claim would be considerably impeded, if not rendered impossible, by the fact that a new owner could be entered in the land register. The risk of the creditor's claim being enforced was further confirmed by the fact that the debtor had already published an advertisement for

[27] See, for example, the decision in VSC I Cp 264/2022 of 18 August 2022. It is also possible to find slightly different opinions. See, for example, the decision in VSL I Cp 155/2020 of 29 January 2020: "*Although the law does not require proof of the origin of the risk, the creditor must allege and prove the existence of circumstances of such a nature and extent as to be capable of giving rise to the risk claimed*." However, it is important that the creditor is not required to demonstrate the source or reasons, but that the focus is on the risk itself.

the sale of the immovable property, thus indicating his or her intention to dispose of the immovable property.

In both of these cases, the claim was a non-monetary claim affecting immovable property. In both cases, the objective risk was demonstrated, but in reality it was more than that. The court also found that the debtor had already been active in disposing of the property, which in reality had already created a subjective risk. The question arises as to what is sufficient to establish the existence of an objective risk for the purpose of securing a non-monetary claim affecting immovable property, and not at the same time also the "subjective" part of the risk. While it is true that the creditor does not have to prove the existence of the debtor's disposal of the immovable property, the question arises as to what less than this is sufficient to establish the existence of an objective risk. For the latter to exist, it is important that the risk is specified and concrete.[28] It is not sufficient that the creditor's allegations of the existence of a risk are stated at a generalized level and as hypothetical possibilities.[29] The question arises whether the fact that the debtor is the owner of the immovable property, even if he or she is not yet actively disposing of it, is sufficient to satisfy the requirement of objective risk. Legal theory[30] and the case law[31] are unanimous that the answer is negative. The mere fact that the debtor is the owner of the immovable property and that, as the owner, he or she is entitled to dispose of the immovable property is not sufficient for the existence of an objective risk.[32] For the latter, there must be some active conduct on the part of the debtor towards the alienation or encumbrance of the immovable property. It is true, however, that any activity of the debtor that goes in the direction of disposing of the immovable property is at the same time already a subjective risk (see, for example, the two cases above).

---

[28] The decision in VSL I Cp 1265/2021 of 1 September 2021, and the decision in VSL I Cp 2191/2020 of 11 January 2021.

[29] The decision in VSL I Cp 1938/2019 of 13 November 2019.

[30] Aleš Galič, "Učinki začasnih odredb", in: "*Učinkovito uveljavljanje terjatev - izkušnje ZIZ*", ed. Tomaž Keresteš, (Ljubljana: Nebra, 2007), 3.

[31] See, for example, the decision in VSL II Cp 1673/2022 of 4 January 2023: "*It is true that the risk must be concrete and that the existence of an objective risk must be established by something more than the hypothetical possibility that the debtor might dispose of the immovable property of which he or she is the owner. This is indeed a mere right and therefore a possibility for each owner.*" Similarly, also the decision in VSL I Cp 155/2020 of 29 January 2020.

[32] Logically, such a situation is even less likely to meet the requirement of a subjective risk. In practice, it is also possible to find erroneous judicial decisions, which imply that the mere ownership of immovable property, without other instances of disposal, is sufficient to satisfy the requirement of a subjective risk. See, for example, the decision in VSL I Cp 78/2022 of 19 July 2022: "*The risk to the repayment of the plaintiff's claim is also established by probability. The defendant has no other more valuable assets apart from the house in which the heat pump is located. She does not receive any regular income from her employment and has no savings in her account. The defendant has failed to prove her claims to the contrary. If the defendant encumbers or sells the property, it will be significantly more difficult to recover the claimant's claim.*"

The circumstances in which the court in the decision in VSL II Cp 1673/2022 of 4 January 2023 found that there was (only) an objective risk were as follows. The debtor had no assets and no income that could be subject to enforcement; furthermore, the debtor had assigned his deceased father's share of the inheritance to his mother (the defendant), thereby preventing the claimant from paying the debt out of the inherited assets, and, as a consequence, in the event of the defendant's alienation or encumbrance of the immovable property, the enforcement of the claim would be prevented. The property which the defendant would therefore have been able to dispose of as owner without the interim injunction in question is therefore the result of the disputed (contested) conduct of the plaintiff's debtor. Although the defendant did not dispose of (immovable) assets in any way, the court held that the circumstances relied on demonstrated a concrete and sufficient degree of probability of an (objective) risk that the enforcement of the claim would be prevented or impeded.

However, it should be noted that the objective risk requirement is one of the alternative conditions for securing non-monetary claims (unlike in the case of monetary claims, where the subjective risk requirement is the primary requirement). Thus, when proposing to secure a non-monetary claim, the creditor may choose which of several alternative requirements he or she will demonstrate.

4. PREVENTION OF THE USE OF FORCE

As one of the alternative requirements for securing non-monetary claims, the ESA provides that the creditor must demonstrate that the injunction is necessary to prevent the use of force or to avoid difficult to repair damage (Article 272/II(2) ESA). This essentially combines two requirements, namely the imminent use of force and the occurrence of damage. The force requirement is rarely invoked in the case law, so it is difficult to draw conclusions about its interpretation from court decisions. The ESA does not specify the source of the force, which therefore does not require that the force comes from the debtor him- or herself, but can come from elsewhere. However, the choice of the word "use" of force in the legal provision suggests that the force must come from a human source.[33] The requirement of force is met if it is apparent from the circumstances that there is a serious threat to the life, body, or other essential possessions of the creditor or someone else.[34] In addition, the creditor must show that the proposed interim injunction is such that it is capable of preventing the threatened use of force.

[33] Urban Vrtačnik, Neža Pogorelčnik, "Pogoji za izdajo začasne odredbe", *Odvetnik* 64, No. 1 (2014): 13.

[34] Vesna Rijavec, Civilno izvršilno pravo (Ljubljana: GV Založba, 2003), 268.

4.1. Avoidance of difficult to repair damage

The second part of the requirement referred to in Article 272/II(2) is the prevention of damage that is difficult to repair (*težko nadomestljiva* škoda). The requirement must be alleged and proved by the creditor, whereby the creditor's mere reference to damage is not sufficient.[35] The standard was even stricter before the ESA was adopted, requiring irreparable harm (*nenadomestljiva* škoda),[36] which was difficult for a creditor to demonstrate. Despite the loosening of the requirement, for a long time it was still possible to find in the case law a requirement of irreparable damage, which was incorrect and unlawful.[37] Lowering the legal standard to irreparable harm has eased the creditor's burden of proof, but case law remains strict in interpreting this legal standard.

Given that damages can usually be recovered in money, the question arises whether the recoverability of damages in money means that they are not difficult to repair and, further, what the extent and nature of the damage must be in order to be found to be difficult to repair. Thus, the courts have held that any damage to property can be compensated for in monetary terms and therefore cannot be difficult to compensate for.[38] This cannot be entirely agreed with. On the one hand, the rules of civil law also provide for the compensation of non-monetary damage, which makes it compensable. On the other hand, it may be theoretically possible to compensate for material damage, but circumstances on the part of the debtor that make it impossible to do so may also have an impact on its recoverability. It is thus easier to agree with the softened position in the decision VSL I Cp 461/2023 of 30 March 2023: "*The risk of damage alleged by the plaintiff is, for the most part, of a purely monetary nature – which may only exceptionally constitute damage that is difficult to compensate for.*"

---

[35] The decision in VSL I Cp 1347/2022 of 30 August 2022, the decision in VSL I Cp 1634/2022 of 21 October 2022, and the decision in VSL I Cp 461/2023 of 30 March 2023. The decision in VSL II Cp 2061/2021 of 12 January 2022: "*With regard to the allegedly irreparable damage ... the plaintiff should state with specificity and clarity what damage is to be suffered, by what means or in what manner it is to be caused, in order to enable the court to assess whether there is irreparable damage*."

[36] See the Yugoslavian Enforcement Procedure Act (*Zakon o izvršilnem postopku*), Official Gazette SFRJ, No. 20/1978 *et seq*.

[37] Neža Pogorelčnik Vogrinc, Začasne odredbe v civilnih sodnih postopkih (Ljubljana: GV Založba, 2022) 125. The requirement of irreparable damage is still mentioned in Slovenian case law in one way or another. See, for example, the decision in VSL I Cp 1634/2022 of 21 October 2022, the decision in VSL I CP 2747/2017 of 18 September 2019, the decision in VSL I Cp 2304/2017 of 7 December 2007, and the decision in VSL I Cp 1912/2018 of 17 October 2018.

[38] See, for example, the decision in VSL I Cp 2054/2021 of 11 January 2022: "The applicant has not specified the allegations that she has suffered serious and irreparable damage which cannot be compensated for by the payment of monetary damages ... However, the damage allegedly suffered in connection with the repair of her car as a result of the mirror being detached is undoubtedly compensable ... Last but not least, only non-monetary damage is normally regarded as damage which is difficult to compensate for."

In order to gain an impression of the interpretation of the requirement of damage that is difficult to repair, the most recent case law dealing with this requirement is set out below.

- Damage to or the death of animals is difficult to repair damage.[39] According to Article 15(1)(I) of the Law of Property Code[40], animals are not things, but sentient living beings, and cannot be equated with the status of things. Damage caused by the death of an animal cannot be compensated for, irrespective of the species and breed of the animal. In the decision in VSC I Cp 174/2022 of 26 May 2022, the damage caused to cattle therefore cannot be compensated for in monetary value.
- There was also the threat of damage in a case where barriers were erected in front of a block of flats, where free half-hour parking will now be possible, 30 residents will be able to buy permanent permits, and the rest will no longer be able to park in the car park in front of their flats. The installation of barriers in a neighbourhood where there is a shortage of parking spaces thus excessively hampers the use of the property and reduces the quality of living, which, without an interim injunction (which would have restrained this type of interference), will result in damage to creditors that is difficult to repair.[41]
- The risk of difficult to repair damage arises when the debtors start parking their vehicles in the garage, in front of the entrance to the creditor's workshop, and in the driveway, thus occupying the space where the creditor carries out his business. As a result, the creditor will not be able to carry on his business, which is the only source of his income. Consequently, the creditor will not be able to carry out his work, to pay his pension and social security payments, to support his family, to meet his obligations towards suppliers and customers, or to pay his two mortgage loans. The applicant will thus be socially deprived and, if he or she fails to meet his obligations to suppliers and clients, will suffer, in addition to the financial consequences, a damaged reputation and a diminished trust from clients and other business partners. In the court's view, all of the above is sufficient to conclude that the applicant is likely to suffer damage that is difficult to repair in the absence of an interim injunction.[42]

---

[39] The decision in VSC I Cp 174/2022 of 26 May 2022.

[40] Law of Property Code (*Stvarnopravni zakonik*), Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 87/2002 *et seq*.

[41] The decision in VSL I Cp 1038/2021 of 9 September 2021.

[42] The decision in VSL I Cp 48/2022 of 26 April 2022.

- The court also considers that the least damage that is difficult to repair, if not irreparable damage, is caused if a debtor changes a lock and an individual can no longer enter his or her home. In this respect, the court points out that it is not only property damage that is caused when there is a need to purchase replacement items that remain in the dwelling, which can be replaced. There is also the risk of non-monetary damage resulting from the interference with the right to a home, which cannot be measured in monetary terms. In the case in point, the dwelling was also used by a minor child with special needs, who will suffer serious damage to his health and intellectual disability as a result of the loss of the adapted dwelling and its facilities. The court also points out that it can be difficult to repair the damage even in cases where the applicant has taken urgent and temporary measures to set up an emergency home after the disturbance.[43]
- The former secretary of a trade union continued to present herself as secretary of the trade union after her dismissal. The court followed the creditor (the trade union) in saying that such an action causes moral damage to the creditor, creates total confusion as to who really runs the trade union and which decisions are actually the decisions of legitimate bodies and which are the result of lies and misleading actions by the debtor. If the debtor were to continue her course of conduct, the damage to the trade union would be difficult to compensate.[44]

On the contrary, the court found that the requirement of difficult to repair damage is not fulfilled in the following cases.

- In a situation when the creditor does not have access to personal documents due to the disturbance of possession, as such documents are replaceable.[45]
- The debtor disturbed the creditor's possession of property by installing a wire fence in the creditor's warehouse. The creditor thus had no access to the material and could not deliver the goods (20 gates) to the customer, thereby causing him a commercial loss. The court held that such damage was not difficult to repair and that the creditor had failed to prove to the requisite degree of probability that the revenue from the 20 gates for the entire business would constitute such business damage that the he could not be compensated for it.[46]
- In a specific case, the debtor installed a barrier on a street. Prior to that, the plaintiff was able to drive to the rear service entrance of the restaurant, so

[43] The decision in VSL I Cp 1347/2022 of 30 August 2022.

[44] The decision in VSL IV Ip 686/2022 of 31 May 2022.

[45] The decision in VSL II Cp 2061/2021 of 12 January 2022.

[46] The decision in VSL II Cp 2074/2022 of 6 January 2023

> that goods could be carried into the restaurant at a distance of 10 metres, but now that she can no longer drive to the service entrance, she has to carry the goods from 100 metres away, and through the main entrance of the restaurant. Hand-carrying food and drink over a distance of approximately 100 metres – and this is a small restaurant, so the quantity of food delivered daily cannot be extremely large – cannot in itself constitute difficult to repair damage. Even if the applicant had had to purchase a trolley or occasionally hire a porter to carry the goods, that would have been compensable damage.[47]

4.2. Weighing of adverse consequences

As a third alternative requirement for the granting of an interim injunction to secure a non-monetary claim, the ESA provides for a weighing of adverse consequences. This is a test of whether, if the injunction applied for proves unsubstantiated, the harm to the debtor would not outweigh the harm to the creditor if the injunction is denied (Article 272/II(3) ESA). This is a weighing of two groups of consequences, namely the consequences for the alleged debtor if the interim injunction is granted but proves to be unfounded in the course of the proceedings, and the consequences for the alleged creditor if the interim injunction is not granted. Therefore, the court has to determine the circumstances on both sides.[48] These abstract, intangible circumstances are yet to emerge, which can make them difficult to define and establish. Furthermore, the creditor is generally reluctant to substantiate and demonstrate adverse consequences on the other, i.e. the debtor's side, when writing the application. Perhaps for this reason, the requirement is rarely used in practice. Creditors often claim its fulfilment in a generalized way.[49] Furthermore, it is usually confused and mixed (by the applicants, but also by the courts) with other requirements determined in the ESA for the granting of interim injunctions, or even with the requirement of reversibility imposed by the Constitutional Court RS for the granting of regulatory interim injunctions.

4.3. Insignificant loss

The ESA introduces an additional requirement, but not alongside the others described above. The requirement is namely set as a substitute for the risk-of-enforcement requirement. In Article 270, which lays down the requirements for the granting of an interim injunction for the purpose of securing a monetary claim, while referring to subjective risk, it states that the creditor shall not be bound to

[47] The decision in VSL II Cp 595/2023 of 31 March 2023.

[48] Urban Vrtačnik, Neža Pogorelčnik, "Pogoji za izdajo začasne odredbe", *Odvetnik* 64, No. 1 (2014): 14.

[49] See, for example, the decision in VSC Cp 208/2012 of 28 March 2012.

prove such risk if he or she proves that it is likely that the injunction will cause only insignificant loss to the debtor. This requirement is also referred to in Article 272/III ESA when listing the requirements for securing a non-monetary claim.

The ESA does not define what constitutes (only) insignificant damage. It is a legal standard to be assessed by the court in each specific case and the creditor must claim and prove the circumstances.[50] It has often been questioned in the case law whether the prohibition of the disposal of movable property (Articles 271/I(1) and 273/I(1) ESA), or even more, whether the prohibition of the alienation and encumbrance of immovable property (Articles 271/(I)(2) and 273/I(2) ESA) constitutes only insignificant damage to the debtor. Court decisions on this question are usually negative and in the direction that the prohibition of alienation and encumbrance entails more than insignificant damage to the property owner.[51] The decision is based on the fact that the possibility of disposing of (especially immovable) property is an essential element of the right to private property, which is a constitutionally protected category (see Article 33 of the Constitution of the Republic of Slovenia[52]).[53] The same position can be found regarding the prohibition of a debtor's debtor paying the claim to the debtor.[54] In the latter case, the court reiterated that such a prohibition on the disposal of the debtor's claim interferes with the substantial rights of the owner of that property. The court emphasized that a restrictive approach is necessary, in particular where the interim injunction seeks to prohibit or restrict the disposal of liquid assets, which, after all, are necessary for the ordinary course of the business of any company, and all the more so where the debtor is already in liquidity difficulties or even insolvent. The prohibition of the payment of the claim to the debtor's debtor therefore causes the debtor more than only an insignificant loss. The court has also ruled in the same way with regard to the prohibition on disposing of the funds in a bank account.[55]

An interim injunction restricting the disposal of any part of the debtor's property cannot therefore be granted based on the requirement of only insignificant damage. However, in some cases creditors have alleged such a requirement in circumstances where they wished to prohibit the disposal of immovable property

---

[50] See the decision in VSL I Cp 1254/2021 of 12 August 2021.

[51] See the decision in VSL I Cpg 447/2012 of 14 June 2012, and the decision in VSL II Cp 1631/2011 of 25 May 2011.

[52] Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 33/1991 *et seq*.

[53] The decision in VSL II Cp 226/2022 of 12 May 2022, and the decision in VSL I Cp 1254/2021 of 12 August 2021.

[54] The decision in VSL I Cpg 299/2022 of 22 June 2022.

[55] In the decision in VSL I Cpg 418/2022 of 7 September 2022, in which the court held that if the interim injunction had been granted, it would prevent the debtor from carrying on his business and fulfilling his (other) obligations, which cannot be merely insignificant damage.

on which some restriction on disposal already existed, i.e. the debtor's right of ownership had already been restricted in a certain way. In this respect, it was previously held in the case law that an additional interim injunction is unlikely to cause more than insignificant damage if the property is already encumbered by a contractual prohibition on alienation and encumbrance,[56] or if the debtor had previously mortgaged it[57]. Recently, however, the courts have taken a different view. Thus, in the decision in VSL I Cp 1254/2021 of 12 August 2021, where the debtor's property was already encumbered by a mortgage, the court stated that any interference with the right of ownership presupposes damage for the owner, as it limits the right to dispose of the property. It is not, however, decisive that the property is already encumbered by a mortgage. The court justified its decision on the grounds that the existence of a mortgage does not restrict the debtor's proprietary rights in the immovable property, although it may make the sale more difficult, but does not prevent it. It is therefore wrong to assume that only insignificant damage would be caused by the granting of an interim injunction restraining the defendant from alienating and encumbering the immovable property.

4.4. Reversibility

When referring to the requirements for the granting of an interim injunction, it is also necessary to mention the requirement of reversibility, which is not to be found in the ESA. In its decision in Up-275/97,[58] in which it confirmed the existence of regulatory interim injunctions, which can in substance overlap with the claim in the action, the Constitutional Court additionally required reversibility for the issuance thereof. The judicial protection would not have achieved its purpose if, after the issuance of a regulatory interim injunction, the court had dismissed the action and the situation could not be restored to what it had been before the interim injunction. A situation in which an interim measure has already established a situation which the creditor would otherwise have achieved only by succeeding in the main proceedings constitutes a serious disturbance of the debtor's position. Therefore, the interests of the other party must be taken into account at the same time when granting an interim injunction with such content. The Constitutional Court has therefore held that the court cannot issue a regulatory

[56] The decision in VSL I Cp 1945/2013 of 17 July 2013.

[57] The decision in VSL II Cp 197/2013 of 30 January 2013.

[58] The decision in Up-275/97, paragraph 9: "Respect for the rights of the defendant requires that such an interim order must not lead the court, without an adversarial procedure and without ensuring the defendant's rights to a defence, to actually grant the claim of the claimant or to actually prejudice the decision on the claim. That would be the case, however, if the court were to grant an interim injunction with the same content as that of the application and, if the application was subsequently rejected, the consequences of the interim injunction could not be remedied."

interim injunction if – provided the claim is later dismissed in the litigation – it will not be possible to restore the defendant to the status *quo ante*.

Although not laid down in ESA, case law generally correctly requires reversibility when issuing regulatory interim injunctions.[59] However, what are problematic are those cases where the court does not even consider the requirement of reversibility, or confuses it with other requirements set out in the ESA for the granting of an interim injunction – usually with the requirement of weighing adverse consequences set out in 272/II(3) of the ESA.[60]

Reversibility is thus an additional requirement, which, like the other requirements for the granting of an interim injunction, must be demonstrated with a probability.[61]

5. CONCLUSION

Although the requirements for the issuance of interim injunctions are relatively precisely defined in the Slovenian ESA, their content is left to the interpretation of case law. A review of the latter shows that the interpretation of legal standards is usually confused at first, but over time the positions of the courts become more harmonized and uniform. This is, of course, a natural and logical path. What is not acceptable, however, are situations wherein the courts apply a legal condition incorrectly or mix several of them up. These are mistakes which the courts could easily have avoided and which we therefore cannot easily accept.

[59] See, for example, the decision in VSL I Cp 48/2022 of 26 April 2022, the decision in VSL I Cpg 358/2022 of 24 August 2022, and the decision in VSL I Cpg 638/2021 of 14 December 2021.

[60] Igor Strnad, "Predpostavke ureditvenih začasnih odredb", *Pravna praksa* 40, No. 6/7 (2021): 15. However, it is also possible to find court decisions that are aware of this error and explicitly address it. See, for example, the decision in VSL I Cpg 638/2021 of 14 December 2021: „… an interpretation that equates reversibility with the requirement referred to in Article 272/II (3) of the ESA is wrong. The requirement referred to in the third indent is not intended to remedy the effects of the interim injunction granted, but to prevent the occurrence of damage by weighing the interests of both parties ... Even if the applicant demonstrates the extent of the adverse consequences on each side and, by weighing them, shows the need for an interim arrangement of the disputed relationship, the requirement of reversibility must still be assessed."

[61] The decision in VSL I Cpg 638/2021 of 14 December 2021.

LITERATURE

1. Galič, Aleš. "Učinki začasnih odredb". In: "*Učinkovito uveljavljanje terjatev - izkušnje ZIZ*", ed. Tomaž Keresteš, 1-18. Ljubljana: Nebra (2007).
2. Grilc, Anton. "»Subjektivna nevarnost« po 270. členu ZIZ". *Pravna praksa* 23, No. 13 (2004): 7-9.
3. Kupec, Urška. "Pogoji za izdajo začasne odredbe za zavarovanje denarne terjatve". *Pravna praksa* 38, No. 12 (2019): 21-22.
4. Pogorelčnik Vogrinc, Neža. "The requirements for the issuance of an interim order: a comparison of the Slovenian, Croatian, Austrian, and German regulations". *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 66, No. 1 (2016): 105-129.
5. Pogorelčnik Vogrinc, Neža. "*Ureditvene začasne odredbe*". In: *XVII. DCGP, dnevi civilnega in gospodarskega prava*, 37-41, Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, 2019.
6. Pogorelčnik Vogrinc, Neža. *Začasne odredbe v civilnih sodnih postopkih*. Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 2022.
7. Rijavec Vesna, Ivanc Tjaša. "*Nova spoznanja na področju začasnih odredb*". In: *Gospodarski subjekti na trgu*. Maribor: Pravna fakulteta : Inštitut za gospodarsko pravo, 2012, 83–101.
8. Rijavec, Vesna. *Civilno izvršilno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
9. Šipec, Miha, Plavšak, Nina, Klampfer Marta, Jerovšek Tone, Čebulj Janez, *Začasne odredbe v civilnih sodnih postopkih, postopkih pred delovnimi in socialnimi sodišči, upravnimi sodišči, ustavnim sodiščem ter v upravnem postopku.* Ljubljana: GV Založba, 2001.
10. Strnad, Igor. "Predpostavke ureditvenih začasnih odredb" *Pravna praksa* 40, No. 6/7 (2021):13-15.
11. Ude Lojze, Betetto Nina, Galič Aleš, Rijavec Vesna, Wedam Lukić Dragica, Zobec Jan, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga.* Ljubljana: GV Založba, 2010.
12. Vrtačnik, Urban, Pogorelčnik, Neža. "Pogoji za izdajo začasne odredbe". Odvetnik (64), No. 1 (2014): 11-17.
13. Zima, Tadeja. "Začasne odredbe: (v civilnih sodnih postopkih)". *Pravosodni bilten* 23, 3(2002): 73–102.

ZAHTJEVI ZA IZDAVANJE PRIVREMENE MJERE U NEDAVNOJ SLOVENSKOJ SUDSKOJ PRAKSI

U Sloveniji su privremene mjere važno sredstvo osiguranja vjerovnika. Oni im pružaju jamstvo buduće provedbe ili privremenog rješavanja spornog pravnog odnosa. Međutim, za odobrenje privremene mjere moraju se ispuniti određeni zahtjevi. Oni su (navedeni svi zajedno): postojanje zahtjeva; rizik da će izvršenje tražbine vjerovnika vjerojatno biti onemogućeno ili znatno otežano zbog otuđenja, prikrivanja ili drugog načina raspolaganja imovinom od strane dužnika; rizik da će izvršenje tražbine vjerovnika vjerojatno biti onemogućeno ili znatno otežano; neposredna uporaba sile ili sprečavanje štete koju je teško popraviti; činjenica da, ako se traženi privremeni nalog pokaže neutemeljenim ili neprovedivim, šteta za dužnika ne bi bila veća od štete za vjerovnika ako je sudski nalog odbijen; ili pojava samo beznačajne štete. Sve su to pravni standardi, čiji je sadržaj stvar sudske prakse koja odlučuje u svakom pojedinom slučaju. Članak ilustrira nedavnu sudsku praksu slovenskih sudova i analizira utvrđena jedinstvena stajališta koja su se pojavila u vezi sa zahtjevima za izdavanje privremenog sudskog naloga.

Ključne riječi: *privremene zabrane, zahtjevi, rizik, šteta koju je teško popraviti*

Izv. prof. dr. sc. Dinka Šago,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska*
Izv. prof. dr. sc. Marija Boban,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Republika Hrvatska**

PRAVO NA PRISTUP INFORMACIJAMA U VLASNIŠTVU DRŽAVE U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

UDK: 342.7
341.231.14 (4-6 EU)
341.645 (4)
Izvorni znanstveni rad

Autorice u radu obrađuju pitanje može li se i u kojoj mjeri pravo na traženje i pristup informacijama u vlasništvu države podvesti pod pravo na slobodu izražavanja iz članka 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Riječ je o pitanju koje je dugogodišnji predmet razmatranja Europskog suda za ljudska prava. Stoga ćemo u ovom radu obraditi neke od istaknutijih predmeta i za sada jedinu odluku koja je donesena u postupku protiv Republike Hrvatske.

Ključne riječi: *državna tajna, Europski sud za ljudska prava, pravo na pristup informacijama.*

1. UVOD

Pravo na slobodu izražavanja jedno je od temeljnih prava zaštićenih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Konvencija).[1] Ono predstavlja „…jedan od osnovnih temelja demokratskog društva i jedan od preduvjeta njegova napretka i razvoja svakog pojedinca". Kada je pristup informacijama ključan za ostvarivanje prava na primanje i prenošenje informacija, tada odbijanje prava na pristup informacijama može predstavljati povredu prava na slobodu izražavanja.

---

* Izvanredna profesorica na Katedri za građansko procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split, Republika Hrvatska, e-mail: dinka.sago@pravst.hr, ORCHID ID: 0000-0002-2957-2761.

** Izvanredna profesorica na Katedri za informacijske znanosti i statistiku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split, Republika Hrvatska, e-mail: marija.boban@pravst.hr, ORCHID ID: 0000-0001-6075-8794.

[1] (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Međunarodni ugovori 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17.

Sloboda izražavanja propisana je člankom 10. Konvencije i obuhvaća slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice.

Međutim, za razliku od drugih međunarodnih instrumenata (Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima,[2] Opće deklaracije o ljudskim pravima,[3] Američke konvencije o ljudskim pravima i Deklaracije načela o slobodi izražavanja u Africi), čl. 10. st. 1. Konvencije ne uključuje i slobodu traženja informacija. Samim tim ne propisuje ni pravo traženja i pristupa informacijama koje su u vlasništvu države, posebice ne onih koje je država klasificirala, niti s druge strane nameće obvezu države da takve informacije čini dostupnima.[4]

Vijeće Europe usvojilo je Konvenciju o pristupu službenim dokumentima 18. lipnja 2009. koja regulira pitanje prava traženja informacija od javnih tijela. Riječ je o prvom obvezujućem međunarodnom pravnom instrumentu kojim se svakome priznaje pravo na pristup službenim dokumentima u posjedu javnih tijela bez diskriminacije i bez obzira na ulogu podnositelja zahtjeva za informacijama ili svrhu takvog zahtjeva.[5]

Unutar prava Vijeća Europe može se pozvati na načela sadržana u Preporuci o pristupu službenim dokumentima koja je nadahnula autore Konvencije o pristupu službenim dokumentima (Konvencija br. 205).[6] Unutar prava Europske unije pravo pristupa dokumentima zajamčeno je Uredbom 1049/2001 o javnom pristupu dokumentima Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije (Uredba o pristupu dokumentima). Člankom 42. Povelje i čl. 15. st. 3. Ugovora u funkcioniraju Europske unije to je pravo pristupa prošireno na pristup „dokumentima institucija, tijela, ureda i agencija Unije, neovisno o njihovu obliku". Sukladno čl. 52. st. 2. Povelje, pravo pristupa dokumentima također je ostvarivo pod uvjetima i u okviru ograničenja iz čl. 15. st. 3. Ugovora u funkcioniraju Europske unije. To pravo može biti u suprotnosti s pravom na zaštitu podataka ako se pristupom dokumentu otkrivaju osobni podaci pojedinca. Stoga može biti potrebno uravnotežiti zahtjeve

---

[2] Članak 19. stavak 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima glasi: „Svatko ima pravo na slobodu izražavanja. To pravo obuhvaća slobodu traženja, primanja i širenja informacija i ideja svake vrste, usmeno, pismeno, tiskom ili umjetničkim oblikom, ili kojim drugim sredstvom prema svom osobnom izboru i bez obzira na granice."

[3] Članak 19. Opće deklaracije o ljudskim pravima glasi. „Svatko ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja; to pravo uključuje slobodu zadržavanja mišljenja bez uplitanja i slobodu traženja, primanja i širenja informacija i ideja putem bilo kojeg medija i bez obzira na granice."

[4] *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske* [VV], br. 18030/11, 8. studenog 2016., §156

[5] The Council of Europe Convention on Access to Official Documents (CETS No. 205), Pristup 24.srpnja 2023., ,https://www.coe.int/en/web/access-to-official-documents.

[6] Vijeće Europe, Odbor ministara (2002), Preporuka Rec (2002) 2 državama članicama o pristupu službenim dokumentima, 21. veljače 2002.; Vijeće Europe, Konvencija o pristupu službenim dokumentima, CETS br. 205, 18. lipnja 2009.

pristupa dokumentima ili informacijama javnih tijela s pravom na zaštitu podataka osoba čiji su podaci sadržani u zatraženim dokumentima.[7]

2. PRAVO NA PRISTUP INFORMACIJAMA I ZAŠTITA TAJNOSTI PODATAKA

S pojmom informacija susrećemo se u najraznovrsnijim situacijama, od uporabe u svakodnevnom životu do one u specijaliziranim znanstvenim područjima. Ona predstavlja osnovno obilježje informacijskog doba, informacijske znanosti, tehnologije i samog društva. Od mnoštva značenja koja posjeduje, u ovom dijelu obrađen je onaj aspekt informacije koji ju povezuje s konceptom poruke kao nositelja informacije. Informacija je rezultat obrade, analize i organiziranja podataka na način koji dodaje znanje primatelju. Drugim riječima, to je prije svega kontekst u kojem su podaci uzeti. Informacija kao koncept ima mnoštvo značenja, od svakodnevnih pa sve do tehničkih uporaba. Općenito govoreći, koncept informacije je ipak usko povezan sa notacijama ograničenja, komunikacije, upravljanja, podataka, oblika, instrukcije, znanja, značenja, mentalnog podražaja, uzroka, opažaja i predstavljanja.[8]

Budući da se podatak i informacija nerijetko koriste kao sinonimi, važno je napraviti razliku između tih pojmova. Naime, definicija informacije glasi da su to podaci stavljeni u značenjski kontekst, dok je podatak izvan samog konteksta. Prema ZTP-u: „podatak je dokument, odnosno svaki napisani, umnoženi, nacrtani, slikovni, tiskani, snimljeni, fotografirani, magnetni, optički, elektronički ili bilo koji drugi zapis podatka, saznanje, mjera, postupak, predmet, usmeno priopćenje ili informacija, koja s obzirom na svoj sadržaj ima važnost povjerljivosti i cjelovitosti za svoga vlasnika čl. 2.)“. Ili drugim riječima, podatak je beskoristan sve dok ne prenosi neku informaciju. Prema definiciji informacija je skup znakova koji primatelju nešto znače, odnosno otkrivaju nešto novo. Informacija je pojam s mnogo značenja ovisno o samom kontekstu, ali je kao pravilo usko povezana

[7] Priručnik o europskom zakonodavstvu o zaštiti podataka, Agencija Europske unije za temeljna prava, 2014., str. 26.

[8] S jedne strane, analiza pojmovne prirode pojma informacija često vodi nekoj vrsti relativizirajućeg historizma koji odražava neprestanu mijenu značenja, te zbunjujući broj proizvoljnih definicija koje ne osiguravaju temelje novom razumijevanju ovog pojma. S druge strane, analiza postavljajuće prirode pojma informacije ukazuje na dvije teškoće: velik broj jednakovrijednih dokaza koji uspijevaju prikazati termin informacije, te izvjestan subjektivitet pri odabiru. Navedeno predstavlja ozbiljnu teškoću svakome istraživaču povijesti jednog pojma koji želi genealogijski i kritički razjasniti pojam informacije uz pomoć etimologijske metode. Tako i šire Andrea Horić, „Informacija – povijest jednog pojma o Capurrovom razumijevanju pojma informacije“. *Vjesnik bibliotekara Hrvatske,* Vol. 50, br. 1/2 (2007): 98. Vidi i Rafael Capurro, *Information: ein Beitrag zur etymologischen und ideengeschichtlichen Begründung des Informationsbegriffs* (München: Saur Verlag., 1978.), 116.

s konceptima kao što su značenje, znanje, percepcija, instrukcija, komunikacija i razni mentalni procesi. Jednostavno rečeno, informacija je primljena i shvaćena poruka. Ali prije svega, ona je rezultat procesiranja, manipuliranja i organiziranja podataka na načina da isti nadograđuju znanje osobe koja tu informaciju prima.

Također, prema Zakonu o pravu na pristup informacijama (dalje: ZPPI)[9] definira informaciju kao "svaki podatak koji posjeduje tijelo javne vlasti u obliku dokumenta, zapisa, dosjea, registra ili u bilo kojem drugom obliku, neovisno o načinu na koji je prikazana (napisani, nacrtani, tiskani, snimljeni, magnetni, optički, elektronički ili neki drugi zapis)" (ZPPI čl. 5 st. 3.)

S druge strane, poruka je materijalizirani oblik informacije. Osnovna osobina poruke jest da je informativna, odnosno da onome kome je namijenjena (primatelju) pruža neku (novu) informaciju. Informacija je uvijek o nečemu te u tom smislu ona može biti lažna ili istinita. Da bi bila što korisnija i svrsishodnija važno je da svi sudionici u komunikacijskom kanalu posjeduju određeno predznanje o predmetnoj materiji. Iako teorija razmatra i modele koji uz primatelja nužno podrazumijevaju postojanje pošiljatelja i stoga ne pridaju važnost ideji da informacija može proizaći iz samog okoliša, potrebno je napomenuti da informaciju i poruku ne smijemo gledati u uvijek strogo lingvističkom kontekstu, jer čak nam i buka koja ometa tok komunikacije daje određenu informaciju. Informatička tehnologija je razvoj, istraživanje, provedba, dizajn i upravljanje informatičkim sustavima pogotovo programskom opremom (softver, programi) i računalnom sklopovnom podrškom (hardver, računala). Koristi se računalima za prenošenje, obradu, analizu, čuvanje i zaštitu podataka. To je opći naziv za svaku tehnologiju, koja nam pomaže u radu s informacijama. Stručnjaci informatičke tehnologije izvode širok raspon radnji od instaliranja sustava pa sve do dizajniranja složenih računalnih mreža i informatičkih baza podataka. Područje djelatnosti IT stručnjaka obuhvaća izradu samih računalnih sklopova, umrežavanje, dizajniranje programske opreme, izradu sustava baza podataka kao i upravljanje i održavanje cijeloga sustava.[10] Informatička tehnologija je spoj računala i informacija, upravljanje informacijama putem računala, a naziva se i infotehnologija. Informatička tehnologija pomaže prenošenju znanja i obrazovanju.

[9] Zakonu o pravu na pristup informacijama, Narodne novine, br. 25/13, 85/15, 69/22.

[10] Mogućnost pristupa raznolikim informacijama vezanih uz tvrtke i posao uz pomoć web preglednika, predstavlja nov način suvremenog poslovanja. Samo pročišćenim pogled na osnovne informacije neke tvrtke, vremenom više nije zadovoljavao potrebe korisnika već su zahtijevali personalizaciju i adaptaciju portala. S obzirom na to da su devedesete bile doba inovacija u području web portala, mnoge su tvrtke počele nuditi pomagala za svoje informatičare, kako bi im pomogle u što lakšem vladanju podacima, aplikacijama i informacijama. Na taj način nastali su tzv. „*korporativni portali* "koji su omogućili ubrzano razvijaju novih i poslovnih rješenja te mogućnosti kao što su proces rada, povećana i kvalitetnija suradnja između radnih grupa te dopuštanje kreatorima sadržaja da promoviraju vlastiti stil i informacije. Tako i šire vidi u Boban, Marija. „Pravo na privatnosti i pravo na pristup informacijama u suvremenom informacijskom društvu", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, br. 3 (2012) : 575 - 598.

3. ZAKONODAVNI OKVIR TAJNOSTI PODATAKA U REPUBLICI HRVATSKOJ

3.1. Pravni izvori

Pojam klasificiranih i neklasificiranih podataka, stupnjevi tajnosti, postupak klasifikacije i deklasifikacije, pristup klasificiranim i neklasificiranim podacima i njihova zaštita u Republici Hrvatskoj uređeni su Zakonom o tajnosti podataka (dalje: ZTP)[11] i Zakonom o zaštiti tajnosti podataka (dalje: ZZTP),[12] u onom dijelu koji se odnosi na uređenje poslovne i profesionalne tajne (ZZTP, čl. 19.-27.).

Naime, iako su stupanjem na snagu ZTP-a prestale važiti odredbe ZZTP-a, odredbom čl. 34. ZTP-a propisano ja da i nakon njegova stupanja na snagu, odnosno i nakon 8. srpnja 2007., i dalje važe odredbe ZZTP-a navedene u glavi VIII. i IX., odnosno odredbe čl. 19.-27. ZZTP-a kojima se uređuju poslovna i profesionalna tajna. Ovo držimo značajnim i stoga što se ZTP-om utvrđuje samo pojam klasificiranih i neklasificiranih podataka te stupnjevi tajnosti, a ne i pojam i vrste tajni, koji su (bili) uređeni ZZTP-om. Stoga ćemo se u objašnjenju pojma i vrsta tajni koristiti, među ostalim i definicijama iz ZZTP-a, a posebno o poslovnoj i profesionalnoj tajni.[13]

S tom su materijom djelomice povezani i Zakon o sigurnosno-obavještajnom sustavu Republike Hrvatske,[14] Zakon o sigurnosnim provjerama[15] i Zakon o informacijskoj sigurnosti.[16]

3.2. Pojam i vrste tajni

3.2.1. Tajnom možemo držati podatak koji je poznat i koji smije biti poznat samo određenom krugu osoba, a pri tome moraju postojati određene društvene norme koje brane iznošenje takvih podataka izvan tog kruga osoba.[17] Tajna je podatak koji je zakonom, drugim propisom, općim aktom ili drugim aktom nadležnog tijela donesenim na temelju zakona, određen tajnim. Izraz tajna ima dva značenja. U širem značenju tajnom se naziva sve što je nepoznato, dok se u užem

---

[11] Zakon o tajnosti podataka, Narodne novine, br. 79/07. i 86/12.

[12] Zakon o zaštiti tajnosti podataka, Narodne novine, br. 108/96.

[13] Podrobnije o tome kod Jozo Čizmić, „Zaštita prava iz područja industrijskog vlasništva poslovnom tajnom". *Pravo u gospodarstvu*, god. 38, br. 2, (1999): 236-237. i Dragan Zlatović, „Zaštita i čuvanje poslovne tajne". *Slobodno poduzetništvo*, br. 8. (1997): 149.-152.

[14] Zakon o sigurnosno-obavještajnom sustavu Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 79/06. i 105/06.

[15] Zakon o sigurnosnim provjerama, Narodne novine, br. 85/08. i 86/12.

[16] Zakon o informacijskoj sigurnosti, Narodne novine, br. 79/07.

[17] Usp. Zabel, Bojan. *Poslovna tajna*, Beograd, Institut za uporedno pravo, 1970., str. 9.

smislu tajna javlja u međuljudskim odnosima i čine je činjenice koje pojedine uže ili šire grupe ljudi, ili država čuvaju za sebe, skrivaju od drugih ljudi, odnosno od javnosti. Skrivanje činjenica i podataka obavlja se u cilju zaštite nekih interesa i ostvarivanja nekih ciljeva. Tajna je dinamična kategorija, tj. ono što je danas tajna ne mora biti sutra. Zaštita poslovnom tajnom može ponekad potisnuti u drugi plan pravno, ali ne uvijek i ekonomski učinkovitiju zaštitu koju pruža pravo industrijskog vlasništva.[18] Tajna predstavlja i znanje određenih činjenica koje su doznate u obavljanju poziva ili na neki drugi povjerljiv način i koje ne mogu biti priopćene u javnosti a da se pri tome ne nanese šteta interesima pojedinca ili zajednice.[19]

ZZTP je propisivao pojam, vrste i stupnjeve tajnosti te mjere i postupke za utvrđivanje, uporabu i zaštitu tajnih podataka (ZZTP, čl. 1.). Tako se tajna definirala kao podatak koji je zakonom, drugim propisom, općim aktom ili drugim aktom nadležnog tijela donesenim na temelju zakona, određen tajnim (ZZTP, čl. 2.).

3.2.2. U pojmovno-teorijskom smislu, po vrsti podataka i osobama koje su ih dužne i ovlaštene štititi tajne bi se mogle i dalje dijeliti na državnu, vojnu, službenu, poslovnu ili profesionalnu tajnu. U načelu sve vrste tajni mogli bismo u tom pogledu svrstati u dvije skupine – u **javne** i **privatne tajne**.

3.2.2.1. U **javnu tajnu** mogli bismo svrstati podatke koje su u skladu s propisanim uvjetima dužni čuvati: državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima te pravne i fizičke osobe koje, u skladu sa ovim Zakonom, ostvare pristup ili postupaju s klasificiranim i neklasificiranim podacima. Tu svakako po vrsti spadaju državna, vojna, i službena, a možemo ubrojiti i poslovnu tajnu jer je vezana za tajnost podataka pravnih, a ne fizičkih osoba kao što je to slučaj kod privatnih tajni.

Državnu tajnu predstavljali bi podaci koje su zbog njihove klasifikacije i stupnja tajnosti dužni tajnim čuvati državni dužnosnici. **Vojnu tajnu** predstavljali bi podaci koje su zbog njihove klasifikacije i stupnja tajnosti dužni tajnim čuvati pripadnici oružanih snaga. **Službenu tajnu** predstavljali bi podaci koje su zbog njihove klasifikacije i stupnja tajnosti dužni tajnim čuvati državni službenici. **Poslovnu tajnu** predstavljaju podaci koji su kao poslovna tajna određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili

[18] *Ibid.,* str. 98.

[19] Vidi Ljubiša Jovanović, *Lekarska tajna* (Beograd: Institut za uporedno pravo, 1959) 11. Jelačić drži da bi bilo točnije kazati ne da «tajna predstavlja znanje određenih činjenica», nego da «same činjenice saznate u obavljanju poziva predstavljaju tajnu», jer znanje o tim činjenicama predstavlja pojam posjedovanja tajne pošto je objekt zaštite sama činjenica koja se ne smije otkriti, pošto znanje kao takvo ne može biti objektom zaštite. Olga Jelačić, „Liječnička tajna u našem zakonodavstvu“ *Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu*, god X, (1973):14.

druge pravne osobe, a koji predstavljaju proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada te druge podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za njezine gospodarske interese (ZZTP, čl. 19.).

3.2.2.2. Privatna tajna predstavlja saznanje određenih podataka jedne osobe od strane druge na temelju **bliskog odnosa i osobnog povjerenja** koje postoji između njih.[20] Pojam privatne tajne viši je rodni pojam osobnoj i profesionalnoj tajni. Privatni interesi primaran su predmet pravne zaštite koja se ostvaruje institutima osobne i profesionalne tajne.[21]

3.2.2.2.1. Osobna tajna je podatak o osobi koji je zakonom, drugim propisom ili općim aktom nadležnoga tijela donesenim na temelju zakona određen tajnom. Osobni podatak je, pak, svaka informacija koja se odnosi na identificiranu fizičku osobu ili osobu čiji se identitet može utvrditi izravno ili neizravno, posebno na osnovi jednog ili više obilježja specifičnih za njezin fizički, psihološki, mentalni, gospodarski, kulturni ili socijalni identitet (ZZOP, čl. 2.).

Zaštita osobnih podataka uređuje se ZZOP-om s ciljem zaštite privatnog života i ostalih ljudskih prava i temeljnih sloboda. Zaštita osobnih podataka u Republici Hrvatskoj osigurana je svakoj fizičkoj osobi bez obzira na državljanstvo i prebivalište te neovisno o rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama (ZZOP, čl. 1.).

U subjektivnom smislu osobnu tajnu bismo mogli definirati kao podatak koji je poznat samo osobi na koju se odnosi, a koja ne želi da bude poznat drugoj/drugim osobama ili širem krugu osoba.

3.2.2.2.2. Profesionalna tajna je, dakle, posebna podvrsta privatne tajne. Zaštita profesionalne tajne od osobitog je značenja s obzirom na osobno pravo na privatnost, jer njezino protupravno otkrivanje redovito vrijeđa nečije pravo na privatnost.[22] Profesionalno povjerenje ne podrazumijeva se samo po sebi. Ono se dokazuje unutar konkretnog odnosa u konkretnom slučaju. Zato izlazak informacija iz tog odnosa ima svoju konkretnu posljedicu - gubitak povjerenja u konkretnu osobu i predstavnika profesije koju ta osoba predstavlja.

Profesionalna tajna sadrži podatke o osobnom ili obiteljskom životu stranaka koje u obavljanju svoga zvanja i djelatnosti saznaju odvjetnici, branitelji, javni

[20] Tako Jovanović, *Lekarska tajna*, 11.

[21] Vidi Renata Cvrcić, „Poslovna, profesionalna i službena tajna“. *Pravo i porezi*, god. XV, br. 9 (2006): 50.

[22] Usp. Nikola Gavella, *Osobna prava – I. dio* (Zagreb: Pravni fakultet Zagreb, 2000.), 222.

bilježnici, doktori medicine, doktori stomatologije, primalje ili drugi zdravstveni djelatnici, psiholozi, djelatnici skrbništva, vjerski ispovjednici te druge osobe u obavljanju svoga zvanja.[23]

Svatko je dužan čuvati profesionalnu tajnu, bez obzira na način saznanja tajnih podataka ili pribavljanja odnosno stjecanja mogućnosti uvida u tajne podatke, ako je nedvojbeno da se radi o tajni (ZZTP, čl. 28. st. 1.). Tajna ne mora potjecati isključivo od osobe na koju se podaci i činjenice odnose, već može biti saznata i na neki drugi način, a da bi se neki povjerljivi podatak ili činjenica mogao smatrati saznatim u obavljanju poziva, mora postojati uzročna veza između saznanja te činjenice i samog obavljanja poziva.[24]

Profesionalna tajna je tuđa tajna, a ne tajna pripadnika određenih profesija. Pripadnik slobodne profesije dužan je čuvati tuđe tajne kao svoje profesionalne tajne, tajne svojih klijenata s kojima dolazi u doticaj i s kojima svakodnevno radi. Već sama činjenica da netko obavlja takve složene profesije nameće obvezu i pripadniku slobodnih profesija da čuva tajnu svojih klijenata, da dopusti svojim klijentima da mu se s povjerenjem obrate kako bi i oni na taj način mogli razvijati svoje pravo osobnosti u ispravnom smjeru.[25]

3.2.3. ZTP-om se utvrđuju pojam klasificiranih i neklasificiranih podataka, stupnjevi tajnosti, postupak klasifikacije i deklasifikacije, pristup klasificiranim i neklasificiranim podacima, njihova zaštita i nadzor nad provedbom njegovih odredbi u državnim tijelima, tijelima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnim osobama s javnim ovlastima te pravnim i fizičkim osobama koje, u skladu sa ZTP-om, ostvare pristup ili postupaju s klasificiranim i neklasificiranim podacima (ZTP, čl. 1.).

Odredbom čl. 32. ZZTP-a stupnjevi tajnosti određeni međunarodnim ugovorima koje je Republika Hrvatska potvrdila prije njegova stupanja na snagu, stupnjevi tajnosti podataka dobivenih međunarodnom razmjenom prije njegova stupanja na snagu, kao i stupnjevi tajnosti podataka koji su utvrđeni prije njegova stupanja na snagu, prevedeni su na način: a/ »DRŽAVNA TAJNA« u »VRLO TAJNO«, b/

---

[23] ZZTP određuje da profesionalnu tajnu predstavljaju podaci o osobnom ili obiteljskom životu (stranaka) koje saznaju svećenici, odvjetnici, zdravstveni i socijalni djelatnici, i druge službene osobe u obavljanju svog poziva (ZZTP, čl. 27.). Kazneni zakon («Narodne novine», 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, dalje - **KZ**) propisuje, pak, da je profesionalna tajna podatak o osobnom ili obiteljskom životu stranaka koji saznaju odvjetnici, branitelji, javni bilježnici, doktori medicine, doktori stomatologije, primalje ili drugi zdravstveni djelatnici, psiholozi, djelatnici skrbništva, vjerski ispovjednici i druge osobe u obavljanju svoga zvanja (KZ, čl. 145.).

[24] Vidi Zdravko Rajić, Mirko Tomić, Zvonko Miljko, *Komentar Kaznenog zakona,* (Mostar: OSCE, Ured za demokratizaciju, 2000.), 217.

[25] Tako Petar Miladin, „Poslovna i profesionalna tajna kao prava osobnosti". u: *Pravo na pristup informacijama,* ur. Jozo Čizmić (Split: Pravni fakultet Split,2008), 6.

»SLUŽBENA TAJNA – VRLO TAJNO« i »VOJNA TAJNA – VRLO TAJNO« u »TAJNO«, c/ »SLUŽBENA TAJNA – TAJNO« i »VOJNA TAJNA – TAJNO« u »POVJERLJIVO«, d/ »SLUŽBENA TAJNA – POVJERLJIVO« i »VOJNA TAJNA – POVJERLJIVO« u »OGRANIČENO«. Tako su se u sadržajnom smislu, s aspekta klasificiranosti i stupnja tajnosti, prestali koristiti pojmovi „vojna" i „državna" tajna.[26] Time se uređuje područje tajnosti podataka kroz određivanje pojmova klasificiranih i neklasificiranih podataka i novih stupnjeva tajnosti podataka usklađenih sa suvremenim standardima tajnosti podataka zemalja EU i NATO-a, te drugih razvijenih demokratskih zemalja.[27]

3.2.3.1. Državna tajna. Državnu tajnu predstavljali bi podaci koje su zbog njihove klasifikacije i stupnja tajnosti dužni tajnima čuvati državni dužnosnici.[28]

Državnu tajnu predstavljaju podaci koji su zakonom, drugim propisom ili općim aktom nadležnog tijela donesenim na temelju zakona određeni državnom tajnom te otkrivanjem kojih bi nastupile štetne posljedice za nacionalnu sigurnost ili nacionalni interes (vojne, političke, gospodarske i druge procjene od osobite važnosti za obranu, nacionalnu sigurnost ili nacionalne interese države, planovi obrane, mobilizacijski planovi i ratni ustroj, planovi proizvodnje oružja, ratne tehnike i streljiva te pobliži podaci o provedbi tih planova, vrste, ukupne količine i razmještaj robnih zaliha nužnih u slučaju rata, podaci o ukupnom stanju rudnih

[26] Već smo ranije konstatirali da se pojmovima „vojna" i „državna" tajna može koristiti kada se vrste podataka koji se štite tajnom navode pojmovno-teorijskom smislu, primjerice prema osobama koje su ih dužne i ovlaštene štititi tajnima, a ne i u smislu klasificiranosti ili stupnja tajnosti tih podataka jer je to područje sada uređeno odredbama ZZTP-a na drugi način. Ovi se pojmovi u navedenom smislu još uvijek koriste u javnoj komunikaciji, zadržani su i u nekim propisima (vidi, primjerice, Zakon o proizvodnji, remontu i prometu naoružanja i vojne opreme, pročišćeni tekst zakona, Narodne novine, br. 33/02, 173/03, 146/08., čl. 13.).

[27] Tako i šire vidi u: Jozo Čizmić, Marija Boban, . „Utjecaj novih tehnologija na zaštitu tajnosti podataka i informacijsku sigurnost". *Pravo na pristup informacijama i zaštita osobnih podataka*, Split, Hrvatska (2015): 67-103.

[28] Državna tajna, u smislu odredbe čl. 7. Zakona o zaštiti tajnih podataka, su naročito podaci koji se odnose na: 1. vojne, političke, gospodarske i druge procjene od osobite važnosti za obranu, nacionalnu sigurnost ili nacionalne interese Republike Hrvatske, 2. planove obrane, mobilizacijske planove i ratni ustroj Republike Hrvatske, 3. planove obrane trgovačkih društava i drugih pravnih osoba koje su od osobitog značenja za obranu Republike Hrvatske, planovi proizvodnje oružja, ratne tehnike i streljiva te pobliži podaci o provedbi tih planova, 4. vrste, ukupne količine i razmještaj robnih zaliha nužnih u slučaju rata te na mogućnosti ratne proizvodnje, 5. stožerne raščlambe i ocjene stanja priprema za obranu Republike Hrvatske, 6. planove priprema i uređenja državnog teritorija za potrebe obrane Republike Hrvatske, 7. objekte od osobitog značenja za nacionalnu sigurnost i obranu Republike Hrvatske, 8. znanstvene i tehničke izume od osobitog značenja za nacionalnu sigurnost i obranu Republike Hrvatske, 9. procjene, raščlambe i pojedine djelatnosti obavještajnih tijela i službi sigurnosti od osobitog značenja za nacionalnu sigurnost i obranu Republike Hrvatske, 10. ustroj sustava kriptološke zaštite, kriptološke sustave, planove, sredstva, pravila i postupke provedbe kriptozaštite za potrebe javnih tijela te drugih pravnih osoba od posebnog značenja za Republiku Hrvatsku, 11. podatke o ukupnom stanju rudnih zaliha od strategijskog značenja za Republiku Hrvatsku - zalihe obojenih, rijetkih ili plemenitih metala, radioaktivnih elemenata, plina i nafte, 12. otkrića i pronalasci koji imaju veliko vojno i znanstveno te gospodarsko značenje, 13. podaci o ustroju, sastavu, brojnosti, opremljenosti i razmještaju djelatnika obavještajnih službi, oružanih snaga i redarstvenih vlasti Republike Hrvatske.

zaliha od strategijskog značenja itd.). te državne ustanove.[29] Svaka država ponaosob uređuje problematiku zaštite bitnih podataka.

3.2.3.2. Vojna tajna. Vojnu tajnu predstavljali bi podaci koje su zbog njihove klasifikacije i stupnja tajnosti dužni tajnima čuvati pripadnici oružanih snaga. Vojna tajna je tajna informacija koja nije dostupna javnosti kako bi se štitili vitalni interesi države. Objava takvih informacija kažnjava se kaznenim zakonom. Razlozi mogu biti, primjerice, onemogućavanje ili davanje prednosti neprijateljskoj strani ili otkrivanje vlastitih slabih točki. Većina vojnih tajni obuhvaćaju primjerice prednosti i slabosti sustava naoružanja, taktika, broj i raspored pojedinih oružja i vojne planove.[30] Vojna tajna je informacija o borbenim poslovima koja se namjerno ne stavlja na raspolaganje široj javnosti, a time i neprijatelju, kako bi se stekla prednost ili se ne otkrila slabost, izbjegla a ili pomoglo u propagandnim naporima. Većina vojnih tajni taktičke su prirode, kao što su snage i slabosti oružnog sustava, taktike, metode obuke, planovi te broj i mjesto određenog oružja. Neke tajne uključuju informacije[31] u širim područjima, poput sigurne komunikacije, kriptografije, obavještajnih operacija i suradnje s trećim stranama.[32] Vojna tajna definira se i kao podaci koji su zakonom, drugim propisom, općim aktom ili aktom nadležnog tijela donesenim na temelju zakona proglašeni vojnom tajnom (planovi obrane i mobilizacijski planovi jedinica lokalne uprave i samouprave, istraživanje geološkog sastava zemljišta, geomagnetizma, hidroloških karakteristika terena i parametara mora od posebnog značenja za obranu, znanstveni i tehnički izumi i pronalasci važni za obranu itd.).

Zakon o zaštiti tajnosti podataka određuje da su vojna tajna podaci koji su zakonom, drugim propisom, općim aktom ili aktom nadležnog tijela donesenim na temelju zakona proglašeni vojnom tajnom (članak 3.). Vojna tajna stupnja tajnosti "Vrlo tajno", u smislu ovoga Zakona, su naročito podaci koji se odnose na: 1. planove obrane i mobilizacijske planove jedinica lokalne uprave i samouprave te jedinice lokalne samouprave, 2. na planove obrane i ratni ustroj javnih tijela i drugih pravnih osoba od posebnog značenja za obranu, 3. na ustroj službe, planove, sredstva i sustav ratnih veza, 4. na planove ustroja i djelovanja službe motrenja i obavješćivanja, 5. na vrste, ukupne količine i razmještaj robnih zaliha jedinica lokalne uprave i samouprave te jedinice lokalne samouprave, 6. na istraživanje geološkog sastava zemljišta, geomagnetizma, hidroloških karakteristika terena i parametara mora od posebnog značenja za obranu, 7. na znanstvene i tehničke

[29] Jasmina Trstenjak, Razotkrivamo sve vrste tajni, „Lider", Pristup 24. srpnja 2023. https://lider.media/aktualno/biznis-i-politika/hrvatska/razotkrivamo-sve-vrste-tajni-75952.

[30] https://hr.wikipedia.org/wiki/Vojna_tajna, posjet 24. 07. 2023.

[31] Jasmina Trstenjak, Pristup 24. srpnja 2023. https://lider.media/aktualno/biznis-i-politika/hrvatska/razotkrivamo-sve-vrste-tajni-75952.

[32] *Secrecy,* https://en.wikipedia.org/wiki/Secrecy, posjet 24. 07. 2023.

izume i pronalaske značajne za obranu, 8. na raščlambe i ocjene stanja priprema pojedinih javnih tijela, trgovačkih društava i drugih pravnih osoba od posebnog značenja za obranu, 9. na izvješća s inspekcijskih nadgleda o stanju obrambenih priprema, 10. na ratne propise i druge propise značajne za obranu, 11. na planirano izmještanje, rušenje ili onesposobljavanje objekata te materijalno-tehničkih i drugih sredstava, 12. na dužnosti i radna mjesta od posebnog značenja za obranu koje treba štititi primjenom posebnih sigurnosnih mjera (članak 9.).

3.3. Zaštita prava intelektualnog vlasništva poslovnom tajnom

Prava s područja industrijskog vlasništva kojima poduzeća[33] raspolažu, mogu se zaštititi: poslovnom tajnom, oblikom industrijskog vlasništva ili oblikom autorskog ili njemu srodnog prava.[34]

Pojam tajne o pravima iz područja industrijskog vlasništva znatno je širi od pojma poslovne tajne, jer obuhvaća, pored isprava i podataka koji se smatraju poslovnom tajnom, i podatke i isprave iz područja industrijskog vlasništva koji se štite drugim vrstama tajni. Državnu tajnu, među ostalim, mogu predstavljati i znanstveni i tehnički izumi od osobitog značenja za nacionalnu sigurnost i obranu Republike Hrvatske,[35] a znanstveni i tehnički izumi značajni za obranu mogu predstavljati i vojnu tajnu.[36]

---

[33] Radi preglednosti i svrsishodnosti riječ „poduzeće“ koristit ćemo u tekstu za označavanje raznih oblika trgovačkih društava i pravnih osoba u kojima se prava iz područja intelektualnog vlasništva štite poslovnom tajnu.

[34] Miladin, *Poslovna i profesionalna tajna kao prava osobnosti*, 111. O razgraničenju pojmova povjerljivih informacija i poslovne tajne detaljnije kod Mijat Jocović, „Pojam povlašćene informacije u pravnoj teoriji i praksi“. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 34., br.2 (2013): 949. O poslovnoj tajni i njenoj pravnoj zaštiti detaljnije kod Zlatović, *Zaštita i čuvanje poslovne tajne*, 149.-152. i Petar Miladin, „Poslovna, profesionalna i službena tajna“. *Godišnjak tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, Zagreb*, (2006): 97-124.

[35] Pojam „**povjerljivi izum**“, odnosno „**tajni izum**“ nalazimo u (patentnim) zakonima mnogih zemalja. Ovo područje u Europskoj uniji nije uređeno posebnim direktivama, već je njegovo pravno uređenje prepušteno nacionalnim zakonodavstvima država članica. Usp. Krešimir Puharič, *Zakon o industrijski lastnini s komentarjem* (Ljubljana: GV založba, 2003), 99-101. i Albert Verona, *Pravo industrijskog vlasništva*, (Zagreb: Informator, 1978.),72. **Tajni patent** (engl. *the secret patent*, njem. *das Geheimpatent*, franc. *le brevet secret*, rus. *patent sekretnii,* slov. *zaupni izum*) je opći pojam za patente koji se izdaju za povjerljive izume. Razvojno, za ove izume bio je predviđen je posebni postupak ispitivanja i izdavanja patenta. Države uređuju uvjete i postupak zaštite povjerljivih izuma prema svojim interesima, ali se pri tome uvijek traži i ispunjavanje stvarnih i formalnih uvjeta koji se traže za bilo koju prijavu izuma (pisani zahtjev, opis izuma, pristojbe, kriteriji patentibilnosti i dr.). U Republici Hrvatskoj ovo je područje uređeno Zakonom o proizvodnji, remontu i prometu naoružanja i vojne opreme (Narodne novine, br. 33/02 i 173/03.), Uredbom o kriterijima za određivanje izuma povjerljivim i načinu priznavanja patenta za takve izume (NN, 10/05 od 19. siječnja 2005.) i Pravilnikom o vođenju registra patenata za povjerljive izume (Narodne novine, br. 85/05. od 13. srpnja 2005. godine). Više o pregledu razvitka zakonodavne osnove vidi kod Jozo Čizmić & Zoran Kostović, *Tajnost izuma od interesa za obranu Republike Hrvatske*, rad objavljen u zborniku radova sa znanstvenog skupa «Pravo na tajnost podataka», Novalja 22. veljače 2008., str. 87.-98.

[36] Više o tome kod Jozo Čizmić, „Ustupanje prava iz područja industrijskog vlasništva - ugovor o licenciji žiga i ugovor o know howu”. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1. (2001): 377-406., Jozo Čizmić, „Know - How”. *Hrvatska gospodarska revija*, god. XLVIII., br. 3 (1999): 288-294.

4. SUDSKA PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

4.1. Sudska praksa do presude u predmetu *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske*

Pitanje može li se i u kojoj mjeri pravo na traženje i pristup informacijama u vlasništvu države podvesti pod pravo na slobodu izražavanja iz članka 10. Konvencije, dugogodišnji je predmet razmatranja Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP).

Presuda u predmetu *Leander protiv Švedske*[37] predstavljala je prvu značajniju odluku o ovom pitanju, a stav koji je ESLJP u njoj zauzeo postao je standardno pravno stajalište tijekom naknadnih godina.[38] U tom predmetu, ESLJP je naveo da: „pravo na slobodu primanja informacija u osnovi zabranjuje vladi da ograniči osobu u primanju informacija koje su mu drugi voljni prenijeti. Međutim, članak 10. Konvencije ne daje pojedincu pravo pristupa registru koji sadrži podatke o njegovom osobnom položaju, niti utjelovljuje obvezu vlade da mu te informacije priopći".[39]

U nizu kasnijih predmeta koji su se odnosili na pristup informacijama koje su bile relevantne za privatni život podnositelja i potpadale pod članak 8. Konvencije (*Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *Guerra i drugi protiv Italije, Roche protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *Eccleston protiv Ujedinjenog Kraljevstva* i *Jones protiv Ujedinjenog Kraljevstva*), Europski sud je ponovio svoj gore navedeni stav. Dodao je da se sloboda primanja informacija, u takvim okolnostima, ne može tumačiti kao nametanje državnim tijelima pozitivne obveze prikupljanja i prenošenja zatraženih informacija na vlastitu inicijativu.

Daljnjim razvojem prakse, ESLJP je utvrdio da je došlo do miješanja u pravo na slobodu izražavanja u predmetima *Kenedi protiv Mađarske, Gillberg protiv Švedske*, *Inicijativa mladih za ljudska prava protiv Srbije, Roşiianu protiv Rumunjske* i *Guseva protiv Bugarske*, u kojima je pravo na pristup informacijama bilo utvrđeno pravomoćnom sudskom odlukom, međutim do realizacije tog prava nije došlo. Taj sud je uzeo u obzir da je pristup predmetnim informacijama bio bitan element ostvarivanja prava podnositelja zahtjeva na slobodu izražavanja, odnosno da se odnosio na prikupljanje informacija od javnog interesa s namjerom prenošenja tih informacija javnosti i time doprinosa javnoj raspravi.

Dodatno, ESLJP je u predmetima *Társaság a Szabadságjogokért protiv Mađarske* i *ÖsterreichischeVereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung*

[37] *Leander protiv Švedske*, br. 9248/81, 26. ožujka 1987.

[38] *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske*, ranije citiran, §127

[39] *Ibid.*

eines wirtschaftlich gesunden land und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes protiv Austrije priznao, uz određene uvjete, postojanje ograničenog prava na pristup informacijama, kao dijela sloboda sadržanih u članku 10. Konvencije. Naglasio je važnost uloge podnositelja zahtjeva kao "javnog čuvara" uključenog u prikupljanje informacija u stvarima od javnog interesa.[40]

Prekretnicu u sudskoj praksi predstavlja presuda Velikog vijeća[41] u predmetu *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske*, u kojoj je ESLJP razmatrao može li se i u kojoj mjeri pravo na pristup informacijama u vlasništvu države smatrati obuhvaćenim člankom 10. Konvencije, unatoč činjenici da to pravo ne proizlazi iz teksta te odredbe.

4.2. Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske

U predmetu podnositelj zahtjeva, Magyar Helsinki Bizottság (Mađarski helsinški odbor), nevladina je organizacija koja se bavi promicanjem zaštite ljudskih prava. Tijekom 2009. godine, u okviru projekta „Koraci prema transparentnom sustavu postavljanja branitelja za pružanje pravne pomoći u kaznenim postupcima", podnositelj je od 28 policijskih uprava zatražio podatke o imenima branitelja po službenoj dužnosti postavljenim tijekom prethodne godine i broju predmeta koji je svakom od njih dodijeljen. Cilj njegovog zahtjeva bio je utvrditi postoje li razlike u praksi policijskih uprava pri odabiru i postavljanju branitelja s popisa odvjetničkih komora. Većina policijskih uprava je podnositelju dostavila tražene informacije, međutim dvije policijske uprave su njegov zahtjev odbile uz objašnjenje da imena branitelja nisu podaci od javnog interesa, već da se radi o privatnim podacima koji se ne smiju otkrivati. Podnositelj zahtjeva je protiv njih podnio tužbu, tvrdeći da su branitelji po službenoj dužnosti obavljali dužnost koja se financirala iz javnih sredstava, te da podaci o njima predstavljaju informacije koje podliježu objavi u javnom interesu.

Temeljni problem u pokušaju ostvarivanja prava na pristup informacijama u ovom predmetu je činjenica da su tražene informacije bile klasificirane kao osobni podaci. Takve se informacije nisu smjele otkrivati, osim u slučajevima kada je to bilo izričito propisano, ili je riječ o osobama koje su lokalni i državni dužnosnici, ili obavljaju „druge javne dužnosti". Nakon što je Vrhovni sud isključio branitelje po službenoj dužnosti iz kruga osoba koje obavljaju „druge javne dužnosti",

[40] Iva Lukin, „Pravo na pristup informacijama u vlasništvu države u praksi Europskog suda za ljudska prava s posebnim osvrtom na važnije presude tog suda." (2023): 1-9, https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/pravo-na-pristup-informacijama-u-vlasnistvu-drzave-u-praksi-europskog-suda-za-ljudska-prava-s-posebnim-osvrtom-na-vaznije-presude-tog-suda.

[41] Sukladno članku 30. Konvencije i pravilu 72. stavku 1. Poslovnika Europskog suda, Vijeće je ustupilo nadležnost Velikom vijeću.

udruga nije imala nikakav drugi pravni put kojim bi dokazala da su joj tražene informacije potrebne radi obavljanje uloge u smislu članka 10. Konvencije.

Nakon provedenog postupka, domaći sudovi odbili su tužbeni zahtjev podnositelja. Zaključili su da branitelji po službenoj dužnosti ne obavljaju javne dužnosti, neovisno o činjenici da su financirani od strane države. Iako je osiguravanje prava na obranu, koje provode branitelji po službenoj dužnosti, zadaća države, aktivnosti koje branitelji provode nakon postavljanja su privatne naravi, pa stoga njihova imena ne predstavljaju javnu informaciju.

Podnositelj zahtjeva potom se obratio ESLJP-u navodeći da mu je povrijeđeno pravo na slobodu izražavanja zbog odbijanja domaćih tijela da mu dostave tražene podatke u vlasništvu države. Tužena država usprotivila se navodima podnositelja, te je prigovorila da njegov zahtjev nije spojiv *ratione materiae* s odredbama Konvencije. Ispitujući navedeni prigovor, zajedno s osnovanošću zahtjeva, Veliko vijeće je provelo test je li uopće, te ako je, u kojoj mjeri, odbijanje pristupa određenoj informaciji predstavljalo miješanje u podnositeljevo pravo na slobodu izražavanja zajamčeno člankom 10. Konvencije. Istaknulo je da se navedeno treba procjenjivati u svakom pojedinačnom slučaju u svjetlu posebnih okolnosti predmeta imajući u vidu sljedeće kriterije:

a) svrhu zahtjeva za pristupom informaciji - pristup informacijama u vlasništvu države mora omogućiti podnositelju zahtjeva ostvarivanje slobode „primanja i širenja informacija i ideja " drugima,
b) prirodu tražene informacije - informacije, podaci ili dokumenti kojima se traži pristup moraju zadovoljiti test javnog interesa kako bi potaknuli potrebu za otkrivanjem prema Konvenciji,
c) ulogu podnositelja zahtjeva - ESLJP ocjenjuje djeluje li osoba koja traži pristup informacijama u svojstvu „javnog čuvara" i posebnu težinu pridaje ulozi podnositelja zahtjeva kao novinara, nevladine organizacije čije se aktivnosti odnose na pitanja od javnog interesa, akademskog istraživača i autore literature o pitanjima od javnog interesa, te
d) spremnost i dostupnost informacije - činjenica da su tražene informacije spremne i dostupne predstavlja važan kriterij u ukupnoj ocjeni može li se odbijanje davanja informacija smatrati miješanjem u slobodu „primanja i davanja informacija".[42]

Primjenjujući navedene kriterije, ESLJP je utvrdio da su tražene informacije podnositelju bile potrebne radi dovršetka istraživanja o funkcioniranju sustava

[42] U odluci *Saure protiv Njemačke* (br. 6106/16, 19. listopada 2021., §34) Europski sud je zauzeo stav da ti kriteriji moraju biti kumulativno ispunjeni.

postavljanja branitelja po službenoj dužnosti. Uskraćivanje pristupa tim informacijama od strane dviju policijskih uprava predstavljalo je prepreku utvrđivanju i objavljivanju potpunih podataka i onemogućilo je podnositelja u ostvarivanju slobode primanja i prenošenja informacija. Nadalje, ESLJP je utvrdio da informacije o postavljanju branitelja po službenoj dužnosti predstavljaju informacije od izrazitog javnog interesa, a da je podnositelj zahtjeva nevladina organizaciji koja se zalaže za širenje informacija o pitanjima ljudskih prava i vladavine prava. Naveo je da su tražene informacije bile spremne i dostupne, te da niti jedna od stranaka nije pred ESLJP-om tvrdila da bi njihovo otkrivanje bilo posebno opterećujuće za državna tijela.

ESLJP je zaključio da je došlo do miješanja u pravo podnositelja na slobodu izražavanja, ali je ocijenio da je ono bilo "propisano zakonom" jer se uskraćivanje pristupa traženim informacijama temeljilo na Zakonu o podacima, te je imalo legitiman cilj zaštite prava drugih.

Prilikom ocjene je li miješanje bilo "nužno u demokratskom društvu", ESLJP je primijetio da su domaće vlasti tražene informacije okarakterizirale kao osobne podatke koji ne podliježu otkrivanju. Naime, prema mađarskom zakonu, pojam osobnih podataka obuhvaćao je sve informacije koje bi mogle identificirati pojedinca, te je takve informacije bilo moguće otkriti javnosti samo ako je to izričito predviđeno zakonom, ako se informacije odnose na obnašanje dužnosti lokalnih ili državnih dužnosnika ili drugih osoba koje obavljaju javne dužnosti. Obzirom da je Vrhovni sud isključio branitelje po službenoj dužnosti iz kategorije "drugih osoba koje obavljaju javne dužnosti", podnositelj zahtjeva nije imao nikakvu drugu zakonsku mogućnost dokazivati da su mu predmetne informacije nužne radi obavljanja uloge "javnog čuvara" u smislu članka 10. Konvencije.

ESLJP je utvrdio da podaci koji se tiču imena branitelja po službenoj dužnosti i broja predmeta u kojima su postavljeni doista predstavljaju osobne podatke, međutim zahtjev za tim informacijama odnosio se na informacije koje nisu privatne naravi, tj. na obavljanje profesionalne djelatnosti branitelja u javnim sudskim postupcima. Isto tako, tražene informacije se nisu odnosile na konkretne radnje koje su branitelji po službenoj dužnosti poduzimali prilikom zastupanja stranaka, već su predstavljale statističke podatke o tome koliko su puta oni postavljeni za pružanje pravne pomoći u kaznenim postupcima.[43]

Objava predmetnih podataka ne bi dovela branitelje do većeg stupnja izloženosti javnosti od onog na koji su pristali kada su se upisali na listu branitelja

[43] Iva Lukin, „Pravo na pristup informacijama u vlasništvu države u praksi Europskog suda za ljudska prava s posebnim osvrtom na važnije presude tog suda." (2023): 1-9, https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/pravo-na-pristup-informacijama-u-vlasnistvu-drzave-u-praksi-europskog-suda-za-ljudska-prava-s-posebnim-osvrtom-na-vaznije-presude-tog-suda.

po službenoj dužnosti, obzirom da su predmetne informacije o njima svakako mogle biti poznate javnosti (uvidom u liste pružatelja pravne pomoći, raspored sudskih ročišta ili prisustvovanjem javnim raspravama). Zbog navedenog je ESLJP zaključio da se udovoljavanje podnositeljevom zahtjevu ne bi negativno odrazilo na pravo na poštovanje privatnog života branitelja.

ESLJP je također istaknuo da je tema podnositeljevog istraživanja (učinkovitost sustava obrane po službenoj dužnosti) usko povezana s pravom na pošteno suđenje. Kritika ili prijedlog za poboljšanje tog sustava predstavljali su stoga pitanje od javnog interesa, te je odbijanje njegovog zahtjeva onemogućilo podnositelja da doprinese javnoj raspravi o pitanju od općeg interesa.

Uzimajući u obzir sve navedeno ESLJP je zaključio da mjere koje su primijenjene u ovom predmetu (odbijanje prava na pristup informacijama) nisu bile proporcionalne legitimnom cilju kojem se težilo, te da je došlo do povrede prava na slobodu izražavanja podnositelja.

4.3. Šeks protiv Hrvatske

ESLJP je u samo jednom predmetu protiv Republike Hrvatske razmatrao pitanje pristupa dokumentima u vlasništvu države temeljem članka 10. Konvencije.[44]

ESLJP je dana 3. veljače 2022. objavio presudu u predmetu Šeks protiv Hrvatske[45] kojom je utvrdio da podnositelju zahtjeva nije povrijeđena sloboda izražavanja (članak 10. Konvencije), zbog odluke domaćih tijela da mu uskrate pravo na pristup dokumentaciji klasificirane naravi.

U svrhu pisanja dokumentarne kronologije o osnivanju Republike Hrvatske, podnositelj je od Hrvatskog državnog arhiva (dalje: Državni arhiv) zatražio uvid u dokumentaciju iz arhivskog fonda Ureda predsjednika Republike Hrvatske (dalje: Ured predsjednika) za razdoblje od 1994. do 1999. godine. Navedeni dokumenti bili su klasificirani oznakom tajnosti "državna tajna-strogo povjerljivo", te je stoga Državni arhiv, prije donošenja svoje odluke zatražio od Ureda Predsjednika kao vlasnika dokumentacije donošenje odluke o njihovom eventualnom deklasificiranju.

Nakon pribavljenog mišljenja Ureda vijeća za nacionalnu sigurnost, Ured predsjednika odlučio je deklasificirati 31 traženi dokument. Za preostalih 25

---

[44] Pred Europskim sudom u tijeku je još jedan postupak protiv Republike Hrvatske u kojem je podnositelj prigovorio temeljem članka 10. Konvencije zbog uskraćivanja pristupa klasificiranim informacijama u vlasništvu države. Riječ je o predmetu *GONG protiv Hrvatske*, u kojem su državna tijela odbila zahtjev predmetne nevladine organizacije da od Vlade Republike Hrvatske dobije presliku ugovora zaključenog između Vlade i inozemnog odvjetničkog ureda o zastupanju generala Hrvatske vojske u žalbenom postupku pred Međunarodnim kaznenim sudom za bivšu Jugoslaviju.

[45] *Šeks protiv Hrvatske*, br. 39325/20, 3. veljače 2022.

dokumenata, za koje to nije učinio, utvrdio je da bi otkrivanje njihovog sadržaja nanijelo nepopravljivu štetu vrijednosti zbog kojih su ti zapisnici inicijalno bili proglašeni tajnima, a to su neovisnost, cjelovitost i nacionalna sigurnost Republike Hrvatske i njezini međunarodni odnosi, te da zaštita tih vrijednosti preteže pred interesom javnosti.

Nakon donošenja navedenih odluka Ureda predsjednika, Državni arhiv odbio je podnositeljev zahtjev u odnosu na 25 zapisnika koji su ostali vrlo tajni, dok je odobrio njegov zahtjev za prijevremeni pristup u odnosu na 31 zapisnik koji su deklasificirani. Podnositelj zahtjeva podnio je žalbu Povjereniku za informiranje protiv rješenja Državnog arhiva kojim je njegov zahtjev odbijen, navodeći da je pobijano rješenje proizvoljno i bez odgovarajućeg obrazloženja. Povjerenik za informiranje izvršio je uvid u predmetnu dokumentaciju i suglasio se sa stavom da bi deklasificiranje predmetnih dokumenata moglo nanijeti štetu gore navedenim vrijednostima, te je njegovu žalbu odbio. Podnositelj je potom pokrenuo upravni spor, međutim Visoki upravni sud Republike Hrvatske je utvrdio da je Povjerenik za informiranje zakonito postupio kada je odbio podnositeljevu žalbu te da je za takvu svoju odluku dao jasno i valjano obrazloženje. Povodom njegove ustavne tužbe, Ustavni sud Republike Hrvatske utvrdio je da podnositelju nije povrijeđeno pravo na slobodu izražavanja.

Kako bi utvrdio je li ovaj članak primjenjiv u podnositeljevom predmetu, ESLJP je uzeo u obzir sljedeće kriterije: 1. svrhu zahtjeva za pristup informaciji, 2. prirodu tražene informacije, 3. ulogu podnositelja zahtjeva u primanju i širenju informacija te 4. spremnost i dostupnost informacije.

Pristup klasificiranim dokumentima podnositelj je zatražio kako bi dobivene informacije upotrijebio u svrhu pisanja knjige o stvaranju hrvatske države i kako bi svojim čitateljima pružio potpunu i detaljnu kronologiju događaja koji su se zbili tijekom tog razdoblja.

Razmatrajući prirodu traženih informacija, ESLJP se složio sa zaključkom Ustavnog suda da je znanstvena monografija o stvaranju RH bila stvar od javnog interesa. ESLJP je istaknuo da akademski istraživači i autori literature o pitanjima od javnog interesa uživaju visoku razinu zaštite.[46]

Iako deklasificiranje dokumenata može biti složen proces koji uključuje nekoliko različitih tijela, ništa ne pokazuje da traženi dokumenti u ovom predmetu nisu bili spremni ili dostupni. Slijedom navedenog, ESLJP je zaključio da je podnositeljev prigovor spojiv *ratione materiae* s odredbama članka 10. Konvencije.

[46] Iva Lukin, „Pravo na pristup informacijama u vlasništvu države u praksi Europskog suda za ljudska prava s posebnim osvrtom na važnije presude tog suda.“ (2023): 1-9, https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/pravo-na-pristup-informacijama-u-vlasnistvu-drzave-u-praksi-europskog-suda-za-ljudska-prava-s-posebnim-osvrtom-na-vaznije-presude-tog-suda.

Nadalje, u odnosu na prigovor tužene države da podnositelj nije pretrpio nikakvu značajnu štetu, ESLJP je istaknuo da povreda konvencijskog prava mora doseći određenu minimalnu težinu pri čemu je potrebno uzeti u obzir kako subjektivnu percepciju podnositelja zahtjeva tako i ono što je objektivno dovedeno u pitanje u konkretnom predmetu (Korolev protiv Rusije). ESLJP nije smatrao da je činjenica da je podnositelj zahtjeva u konačnici objavio svoju knjigu, odlučna za ocjenu toga je li pretrpio značajnu štetu. Naime, kako je podnositelj sam objasnio, uskraćivanje pristupa klasificiranim dokumentima dovelo je do potrebe za daljnjim istraživanjem i do odlaganja objavljivanja knjige. On je smatrao da je njegov objavljeni rad nepotpun i čvrsto je odlučio ažurirati ga ako mu ikada bude odobren pristup klasificiranim dokumentima. Neovisno o podnositeljevoj osobnoj percepciji, ESLJP je zaključio da se primjena Zakona o tajnosti podataka od strane domaćih tijela objektivno odnosila na važna načelna pitanja u vezi s pristupom klasificiranim dokumentima te je nadišla opseg podnositeljeva predmeta. Stoga, uzimajući u obzir ono što je bilo dovedeno u pitanje za podnositelja zahtjeva kao i važna načelna pitanja otvorena u njegovu predmetu, ESLJP je odlučio da nije primjereno odbaciti ovaj zahtjev zbog nepostojanja značajne štete.

Miješanje u podnositeljevo pravo na slobodu izražavanja bilo je u skladu s člankom 22. Zakona o arhivskom gradivu i arhivima te je težilo legitimnim ciljevima zaštite neovisnosti, cjelovitosti i sigurnosti države i njezinih međunarodnih odnosa. Opća načela o pitanju je li miješanje u slobodu izražavanja „nužno u demokratskom društvu" dobro su utvrđena u sudskoj praksi Europskog suda (Delfi AS protiv Estonije [VV], st. 131., ECHR 2015).

U predmetima kao što je ovaj, koji uključuju pitanja povezana s nacionalnom sigurnošću i rezultiraju odlukama kojima se ograničavaju ljudska prava, ESLJP mora pažljivo ispitati nacionalni postupak donošenja odluka kako bi se uvjerio da je uključivao odgovarajuće zaštitne mjere za zaštitu interesa dotične osobe.[47] Podnositelj zahtjeva je prigovorio da nijedno domaće tijelo koje je preispitivalo njegov predmet nije provelo detaljnu analizu razmjernosti kojom bi odvagnulo njegove interese u odnosu na javni interes koji se nastojalo zaštititi, tj. da domaća tijela nisu dokazala da je takva analiza provedena. ESLJP se s tim nije složio. Naime, utvrdio je da je podnositeljev zahtjev za pristup informacijama pažljivo ocijenilo pet različitih državnih tijela od kojih su najmanje dva tijela izravno pregledala tražene dokumente. Rješenje Ureda predsjednice temeljilo se na mišljenju specijaliziranog tijela za rješavanje pitanja nacionalne sigurnosti, a u konačnici su ga preispitali i potvrdili Povjerenik, Visoki upravni sud i Ustavni sud.

[47] Regner protiv Češke Republike [VV], br. 35289/11, st. 149.

U žalbenom postupku je Povjerenik, kao neovisno tijelo zaduženo za zaštitu, praćenje i promicanje prava na pristup informacijama, izvršio izravni uvid u klasificirane dokumente i tako preispitao materijalne kriterije sadržane u rješenju izvršne vlasti. Povjerenik se ni u jednom trenutku nije usprotivio mišljenju VNS-a, složio se sa zaključkom Ureda predsjednice da deklasificiranje dokumenata o kojima je riječ može nanijeti štetu nacionalnoj sigurnosti i međunarodnim odnosima države te nije utvrdio zlouporabu diskrecijskih ovlasti od strane izvršne vlasti. Osim toga, i Visoki upravni sud imao je mogućnost uvida u predmetne dokumente. U takvi okolnostima, ESLJP nije smatrao da je način na koji su domaća tijela ocijenila podnositeljev zahtjev bio manjkav ili bez odgovarajućih postupovnih mjera zaštite. ESLJP je naglasio da se ne može očekivati da će obrazloženja nadležnih tijela u postupcima koji se tiču nacionalne sigurnosti biti jednako detaljna kao u redovnim građanskim ili upravnim predmetima. Naime, pružanje detaljnih obrazloženja za odbijanje pristupa klasificiranim dokumentima može biti u suprotnosti sa samom svrhom zbog koje su te informacije klasificirane. Uzimajući u obzir opseg postupovnih mjera zaštite koje su osigurane podnositelju zahtjeva u ovom predmetu, ESLJP je utvrdio da su razlozi koje su navela državna tijela za odbijanje pristupa predmetnim dokumentima bili relevantni i dostatni.

Za razliku od predmeta *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske*,[48] ESLJP je pitanje primjenjivosti članka 10. Konvencije na ovaj predmet ispitao prije ispitivanja osnovanosti zahtjeva podnositelja. Vodeći se kriterijima utvrđenima u naprijed navedenom predmetu (svrha zahtjeva za pristup informaciji, priroda tražene informacije, uloga podnositelja zahtjeva i spremnost i dostupnost informacije), ESLJP je utvrdio da je podnositelj zahtjeva zatražio pristup klasificiranim dokumentima u svrhu pisanja knjige o stvaranju hrvatske države; da je takva znanstvena monografija stvar od javnog interesa; da je podnositelj autor literature o pitanjima od javnog interesa, kojima se priznaje visoka razina zaštite kada se radi o slobodi izražavanja, te da nema naznaka da traženi zapisnici nisu bili spremni ili dostupni. Stoga je ESLJP zaključio da je članak 10. Konvencije primjenjiv na predmet podnositelja zahtjeva.[49]

Prilikom odlučivanja o osnovanosti podnositeljevog zahtjeva, ESLJP je utvrdio da je zbog odluke domaćih tijela da podnositelju uskrate pristup traženim dokumentima došlo do miješanja u njegovo pravo zaštićeno člankom 10. stavkom 1. Konvencije. Međutim, predmetno miješanje je bilo „propisano

[48] *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske,* ranije citiran, § 71

[49] ESLJP je ispitao i prigovor nepostojanja značajne štete. Utvrdio je da je uskraćivanje pristupa klasificiranim dokumentima dovelo do potrebe za daljnjim istraživanjem od strane podnositelja zahtjeva i odgode objavljivanja njegove knjige. Nadalje, taj je sud zauzeo stav da se primjena Zakona o tajnosti podataka od strane domaćih tijela odnosi na važna načelna pitanja u vezi s pristupom klasificiranim dokumentima i nadilazi opseg podnositeljeva predmeta. Stoga je njegov zahtjev proglasio dopuštenim.

zakonom", i to člankom 22. Zakona o arhivskom gradivu i arhivima, te je težilo legitimnim ciljevima zaštite neovisnosti, cjelovitosti, državne sigurnosti i njezinih međunarodnih odnosa.

Ocjenjujući je li miješanje bilo „nužno u demokratskom društvu", ESLJP je ustanovio da je zahtjev podnositelja za pristup informacijama pažljivo razmotrilo pet različitih državnih tijela, od kojih su najmanje dva izvršila neposredan uvid u zatražene dokumente. ESLJP je nadalje utvrdio da se odluka Ureda Predsjednika kojom je odbijena deklasifikacija nekih od traženih dokumenata temeljila na mišljenju specijaliziranog tijela za rješavanje pitanja nacionalne sigurnosti, a potvrdili su je i Povjerenik za informiranje, Visoki upravni sud i Ustavni sud. Stoga je ESLJP zaključio da način na koji su domaća tijela ocijenila zahtjev podnositelja nije bio manjkav ili lišen odgovarajućih postupovnih jamstava.

ESLJP je naveo da se u kontekstu nacionalne sigurnosti, koja tradicionalno čini dio unutarnje jezgre državnog suvereniteta, ne može očekivati da će obrazloženja odluka nadležnih tijela biti jednako detaljna kao u redovnim sudskim predmetima (npr. građanskim ili upravnim). Navođenje detaljnih razloga za odbijanje uklanjanja tajnosti strogo povjerljivih dokumenata bilo bi u suprotnosti sa samom svrhom zbog koje su ti podaci uopće bili klasificirani. Uzimajući u obzir opseg postupovnih jamstava pruženih podnositelju zahtjeva u ovom predmetu, Sud je utvrdio da su razlozi koje su navela nacionalna tijela za odbijanje pristupa predmetnim dokumentima ne samo relevantni, već i u datim okolnostima, dovoljni.[50]

Zbog svega navedenog, ESLJP je utvrdio da je miješanje u podnositeljevu slobodu izražavanja odnosno onemogućavanje pristupa informacijama bilo potrebno i proporcionalno važnim ciljevima nacionalne sigurnosti, te da domaća tijela u konkretnom slučaju nisu ispitala njegov zahtjev izvan širokeslobode procjene države. Stoga nije došlo do povrede članka 10. Konvencije.

4.4. Saure protiv Njemačke

Primjenjujući standarde iz predmeta *Šeks protiv Hrvatske*,[51] ESLJP je u predmetu *Saure protiv Njemačke*[52] otišao korak dalje, te je razmatrao podnositeljev prigovor da mu je povrijeđeno pravo na slobodu izražavanja, ali ne iz razloga jer mu nisu dostavljeni traženi klasificirani dokumenti u vlasništvu države, već zbog toga što mu nije odobren fizički pristup tim dokumentima. Podnositelj zahtjeva je

[50] Vlada Republike Hrvatske, Ured zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, Pristup 24.srpnja 2023. https://uredzastupnika.gov.hr/vijesti/nova-presuda-seks-protiv-hrvatske/775

[51] *Šeks protiv Hrvatske,* ranije citiran, §§60-65

[52] *Saure protiv Njemačke*, br. 8819/16, 8. studenog 2022.

g. Saure, novinar koji je od Njemačke obavještajne službe (dalje: Služba) zatražio uvid u spis o U.B.-u, bivšem premijeru pokrajine Schleswig-Holstein. U svom zahtjevu podnositelj je naveo da ga posebno zanimaju rezultati istrage Službe o okolnostima U.B.-ove smrti i glasinama da je surađivao s obavještajnom službom jedne istočnoeuropske zemlje koja ga je ucjenjivala.

Služba je odbila podnositeljev zahtjev obzirom da za pristup predmetnim dokumentima nisu bili ispunjeni uvjeti iz Zakona o saveznim arhivima.[53] Nezadovoljan odlukom Službe, podnositelj je pokrenuo upravni postupak, a potom i spor, međutim domaća tijela su utvrdila da on temeljem domaćih zakona nema pravo uvida u traženi spis.

Četiri mjeseca nakon što je podnio tužbu Saveznom upravnom sudu, podnositelj je od Službe zatražio informaciju o opsegu spisa o U.B.-u, razlogu njegovog stvaranja i njegovom sadržaju. Nedugo nakon podnošenja tog zahtjeva, podnositelj i Služba su postigli dogovor, te mu je Služba dostavila sažetak deklasificiranih informacija u vezi s okolnostima U.B.-ove smrti. Odgovorila je i na njegov naknadni zahtjev i dostavila mu tražene dodatne informacije.

Dvije godine kasnije podnositelj je objavio dva članka u njemačkom časopisu Bild. U jednom od njih upotrijebio je neke od informacija koje mu je Služba otkrila.

Ispitujući dopuštenost zahtjeva,[54] ESLJP je pitanje važnosti fizičkog pristupa i uvida u predmetne spise za ostvarivanje podnositeljevog prava na slobodu izražavanja, a time i pitanje primjenjivosti članka 10. Konvencije, ocijenio usko povezanim s meritumom spora. Stoga ih je iznimno odlučio ispitati zajedno.

Prilikom odlučivanja o meritumu, ESLJP se nije decidirano izjasnio je li u ovom predmetu došlo do miješanja u podnositeljevu slobodu izražavanja. Međutim, naveo je da čak i pod pretpostavkom da je fizički pristup spornim spisima bio od ključne važnosti za ostvarivanje podnositeljevog prava na slobodu

[53] Dokumenti su sačinjeni prije manje od trideset godina, a njihovo arhiviranje, radi skraćivanja roka tajnosti podatka, nije bilo moguće jer su Službi i dalje bili potrebni predmetni spisi.

[54] Europski sud je utvrdio da je podnositelj svojim tvrdnjama da mu je bio uskraćen pristup informacijama, stvorio pogrešan dojam da od Službe nije dobio nikakve informacije. Međutim, iako je ocijenio da je podnositeljevo ponašanje "u najmanju ruku vrijedno žaljenja", Europski sud je uzeo u obzir njegove tvrdnje da informacije koje je primio nisu mogle zamijeniti osobno pregledavanje spisa zbog različite kvalitete i količine primljenih informacija, te je zaključio da ne može s dovoljnom sigurnošću utvrditi da ga je podnositelj imao namjeru dovesti u zabludu. Stoga je Europski sud utvrdio da podnositeljev propust da ga obavijesti da je od Službe primio informacije o U.B.-u nije predstavljao zlouporabu prava na podnošenje zahtjeva u smislu članka 35. stavka 3. (a) Konvencije. U odnosu na prigovor neiscrpljivanja dostupnih i djelotvornih domaćih pravnih sredstava, Europski sud je utvrdio da je podnositelj tijekom cjelokupnog postupka pred domaćim tijelima tražio da mu se omogući osobni uvid u spise Službe o U.B.-u, pozivajući se na domaće pravo i sudsku praksu Europskog suda temeljem članka 10. Konvencije. Stoga je Europski sud zauzeo stav da je podnositelj pred domaćim sudovima iscrpio domaća pravna sredstva.

izražavanja, te da je uskraćivanje takvog pristupa stoga predstavljalo miješanje u njegovo pravo iz članka 10. Konvencije, ono je u svakom slučaju bilo opravdano prema članku 10. stavku 2. Konvencije. Nadalje, bilo je u skladu sa zakonom, odnosno člankom 5. Zakona o saveznim arhivima, te je slijedio dva legitimna cilja predviđena člankom 10. stavkom 2. Konvencije, i to zaštitu državne sigurnosti i sprječavanje odavanja povjerljivih informacija.

Kod ocjenjivanja je li miješanje u podnositeljevu slobodu izražavanja bilo „nužno u demokratskom društvu", ESLJP ponovio je stav zauzet u predmetu *Šeks protiv Hrvatske*, prema kojem države uživaju široku slobodu procjene u području nacionalne sigurnosti. Međutim, čak i kada je nacionalna sigurnost u pitanju, mora postojati mogućnost preispitivanja i osporavanja odluka izvršnih vlasti u kontradiktornom postupku pred neovisnim tijelom. U suprotnom bi državna tijela mogla samovoljno zadirati u prava zaštićena Konvencijom.[55]

ESLJP je utvrdio da je podnositelj u ovom predmetu imao pristup kontradiktornom postupku na upravnoj razini pred Službom i naknadno pred Saveznim upravnim sudom. Međutim, domaća tijela nisu mogla adekvatno procijeniti razmjernost odbijanja pristupa informacijama, isključivo zbog ponašanja samog podnositelja.

U zahtjevu upućenom Službi, podnositelj je općenito ukazao na ulogu novinara kao "javnog čuvara", na interes javnosti da bude informirana o okolnostima U.B.-ove smrti, te na opsežnost predmetnog spisa, čime je onemogućio domaće vlasti da izvrše balansiranje suprotstavljenih interesa. On nije objasnio zašto mu je potreban fizički pristup predmetnim spisima radi ostvarivanja prava na slobodu izražavanja, niti je u postupku pred domaćim sudovima isticao da je bio spriječen u podnošenju takvog obrazloženog podneska.

Stoga se domaćim sudovima ne može zamjeriti što nisu proveli balansiranje interesa podnositelja zahtjeva da dobije fizički pristup spisima s jedne strane i interesa nacionalne sigurnosti s druge strane, niti se može zaključiti da je način na koji su domaća tijela ocijenila podnositeljev zahtjev bio u osnovi manjkav ili lišen odgovarajućih postupovnih mjera zaštite.

Slijedom svega navedenog, ESLJP je utvrdio da domaće vlasti nisu prekoračile područje svoje slobodne procjene kada su odbile podnositeljev zahtjev za fizički pristup spisima Službe, te da nije došlo do povrede članka 10. Konvencije.

---

[55] *Šeks protiv Hrvatske*, ranije citiran, §§63-64.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Jedna od temeljnih značajki sudske prakse ESLJP-a odnosi se na shvaćanje Konvencije kao "živog instrumenta koji ... se mora tumačiti u svjetlu uvjeta današnjice".[56] Vodeći se navedenim stavom, ESLJP je razvijao i mijenjao svoju praksu i u odnosu na pravo na pristup informacijama u vlasništvu države. S protekom vremena ESLJP se polako odmicao od stava da pojedinac nema pravo na pristup informacijama u vlasništvu države, niti da vlada ima obvezu prenijeti mu takve informacije i proširivao ga i priznao da „…u određenim situacijama i u specifičnim okolnostima,[57] mogu postojati prevladavajući razlozi u korist tumačenja te odredbe na način da pojedinac ima pravo na pristup informaciji koja je u vlasništvu države i s druge strane postojanje obveze države da ustupi takvu informaciju".[58]

Međutim, iako je presuda u predmetu *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske* predstavljala značajan pomak od ranije prakse, niti ta presuda, kao ni presude koje su pozivom na nju donesene, nisu ustanovile da pravo na slobodu izražavanja bezrezervno obuhvaća i pravo na pristup navedenim informacijama.[59]

Preostaje nam vidjeti u budućim odlukama ESLJP-a hoće li daljnji razvoj shvaćanja ići u smjeru priznavanja apsolutnog prava na pristup informacijama u vlasništvu države temeljem članka 10. Konvencije.

Za učinkovitu primjenu Konvencije na nacionalnoj razini nužno je poznavanje, i stalno praćenje prakse ESLJP-a. Kao najvažniji zaključak, ističemo da su u skladu s načelom supsidijariteta nacionala tijela ta koja su prva pozvana i dužna osigurati prava zajamčena Konvencijom, a ne ESLJP. Stoga kada nepristrani domaći sud pažljivo razmotri činjenice, primjenjujući relevantne standarde ljudskih prava u skladu s Konvencijom i njegovom sudskom praksom, te pravično uspostavi ravnotežu između suprotstavljenih prava stranaka ili prava osobnih interesa stranke i interesa šire javnosti u predmetu i donese zaključke koji „nisu bili niti proizvoljni ni očito nerazumni", ESLJP neće (osim ako za to postoje „snažni razlozi") ocjenu domaćeg suda zamijeniti svojom ocjenom osnovanosti (uključujući, posebice,

---

[56] *Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 5856/72, 25. travnja 1978., § 31

[57] Takvo pravo ili obveza mogu se javiti u situacijama u kojima je otkrivanje informacija naloženo pravomoćnom sudskom odlukom, te u okolnostima u kojima je pristup informacijama ključan za ostvarivanje prava pojedinca na slobodu izražavanja, točnije „slobodu primanja i širenja informacija" i u kojima bi uskraćivanje informacija predstavljalo miješanje u to pravo.

[58] *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske,* ranije citiran, § 137

[59] Iva Lukin, „Pravo na pristup informacijama u vlasništvu države u praksi Europskog suda za ljudska prava s posebnim osvrtom na važnije presude tog suda." (2023): 1-9, https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/pravo-na-pristup-informacijama-u-vlasnistvu-drzave-u-praksi-europskog-suda-za-ljudska-prava-s-posebnim-osvrtom-na-vaznije-presude-tog-suda.

njegovu vlastitu ocjenu činjeničnih pojedinosti koje se odnose na razmjernost). Ili riječima samog ESLJP-a: „Tamo gdje su nacionalne vlasti test ravnoteže provele u skladu s kriterijima određenima praksom Suda, Sudu će trebati snažni razlozi da zamijeni stajališta domaćih sudova svojim stajalištem".

LITERATURA

1. (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Međunarodni ugovori 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17.
2. Boban, Marija. „Pravo na privatnosti i pravo na pristup informacijama u suvremenom informacijskom društvu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 49, br. 3 (2012): 575- 598.
3. Capurro, Rafael. *Information: ein Beitrag zur etymologischen und ideengeschichtlichen Begr*ündung des Informationsbegriffs, München: Saur Verlag., 1978.
4. Cvrcić, Renata. „Poslovna, profesionalna i službena tajna". *Pravo i porezi*, god. XV, br. 9 (2006): 50-54.
5. Čizmić, Jozo, Marija Boban. „Utjecaj novih tehnologija na zaštitu tajnosti podataka i informacijsku sigurnost*". Pravo na pristup informacijama i zaštita osobnih podataka*, Split, Hrvatska (2015): 67-103.
6. Čizmić, Jozo. „Know - How". *Hrvatska gospodarska revija*, god. XLVIII., br. 3 (1999): 288-294.
7. Čizmić, Jozo. „Ustupanje prava iz područja industrijskog vlasništva - ugovor o licenciji žiga i ugovor o know howu". *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1. (2001):377-406.
8. Čizmić, Jozo. „Zaštita prava iz područja industrijskog vlasništva poslovnom tajnom". Pravo u gospodarstvu, god. 38, br. 2, (1999): 236.-237
9. Čizmić, Jozo., Zoran Kostović. „Tajnost izuma od interesa za obranu Republike Hrvatske" U: *Pravo na tajnost podataka*, Novalja 22. veljače (2008): 87.-98.
10. Gavella, Nikola. *Osobna prava – I. dio*, Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 2000.
11. Horić, Andrea. „Informacija – povijest jednog pojma o Capurrovom razumijevanju pojma informacije". *Vjesnik bibliotekara Hrvatske* Vol. 50, br. 1/2 (2007).
12. Jelačić, Olga. „Liječnička tajna u našem zakonodavstvu" *Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu*, god X, (1973).
13. Jocović, Mijat. „Pojam povlašćene informacije u pravnoj teoriji i praksi". *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 34., br.2 (2013): 941-962.
14. Jovanović, Ljubiša. *Lekarska tajna*, Beograd: Institut za uporedno pravo, 1959.
15. *Leander protiv Švedske*, br. 9248/81, 26. ožujka 1987.
16. Lukin, Iva, „Pravo na pristup informacijama u vlasništvu države u praksi Europskog suda za ljudska prava s posebnim osvrtom na važnije presude tog suda." (2023): 1-9,

https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/pravo-na-pristup-informacijama-u-vlasnistvu-drzave-u-praksi-europskog-suda-za-ljudska-prava-s-posebnim-osvrtom-na-vaznije-presude-tog-suda

17. *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske (*VV), br. 18030/11, 8. studenog 2016.
18. *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske* (VV), br. 18030/11, 8. studenog 2016.
19. Miladin, Peatr. „Poslovna, profesionalna i službena tajna". *Godišnjak tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba*, Zagreb, (2006): 97-124.
20. Miladin, Petar. „Poslovna i profesionalna tajna kao prava osobnosti". U: *Pravo na pristup informacijama,* ur. Jozo Čizmić, Split: Pravni fakultet Split (2008): 109 – 125.
21. Priručnik o europskom zakonodavstvu o zaštiti podataka, Agencija Europske unije za temeljna prava, 2014.
22. Puharič, Krešimir, *Zakon o industrijski lastnini s komentarjem*. Ljubljana: GV založba, 2003.
23. Rajić, Zdravko, Mirko Tomić, Zvonko Miljko, *Komentar Kaznenog zakona*, Mostar: OSCE, Ured za demokratizaciju, 2000.
24. *Regner protiv Češke Republike* [VV], br. 35289/11.
25. *Saure protiv Njemačke*, br. 6106/16, 19. listopada 2021.
26. *Saure protiv Njemačke*, br. 8819/16, 8. studenog 2022.
27. *Secrecy, Pristup 24. srpnja 2023.,* https://en.wikipedia.org/wiki/Secrecy,
28. *Šeks protiv Hrvatske*, br. 39325/20, 3. veljače 2022.
29. The Council of Europe Convention on Access to Official Documents (CETS No. 205), Pristup 24.srpnja 2023., https://www.coe.int/en/web/access-to-official-documents
30. Trstenjak, Jasmina, Razotkrivamo sve vrste tajni, „Lider", Pristup 24. srpnja 2023. https://lider.media/aktualno/biznis-i-politika/hrvatska/razotkrivamo-sve-vrste-tajni-75952.
31. *Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 5856/72, 25. travnja 1978.
32. Verona, Albert, Pravo industrijskog vlasništva, Zagreb: Informator, 1978.
33. Vijeće Europe, Odbor ministara (2002), Preporuka Rec(2002)2 državama članicama o pristupu službenim dokumentima, 21. veljače 2002.; Vijeće Europe, Konvencija o pristupu službenim dokumentima, CETS br. 205, 18. lipnja 2009.
34. Vlada Republike Hrvatske, Ured zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, Pristup 24.srpnja 2023. https://uredzastupnika.gov.hr/vijesti/nova-presuda-seks-protiv-hrvatske/775
35. Vojna tajna, pristup 24. srpnja 2023. https://hr.wikipedia.org/wiki/Vojna_tajna
36. Zabel, Bojan Poslovna tajna, Beograd: Institut za uporedno pravo, 1970.
37. Zakon o informacijskoj sigurnosti, Narodne novine, br. 79/07.

38. Zakonu o pravu na pristup informacijama, Narodne novine, br. 25/13, 85/15, 69/22.
39. Zakon o proizvodnji, remontu i prometu naoružanja i vojne opreme, pročišćeni tekst zakona, Narodne novine, br. 33/02, 173/03, 146/08.
40. Zakon o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka, Narodne novine, br. 42/18.
41. Zakon o sigurnosnim provjerama, Narodne novine, br. 85/08. i 86/12.
42. Zakon o sigurnosno-obavještajnom sustavu Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 79/06. i 105/06.
43. Zakon o zaštiti tajnosti podataka, Narodne novine, br. 108/96.
44. Zakon o tajnosti podataka, Narodne novine, br. 79/07. i 86/12.
45. Zlatović, Dragan. „Zaštita i čuvanje poslovne tajne". *Slobodno poduzetništvo*, br. 8. (1997): 149.-152.

THE RIGHT TO ACCESS STATE-OWNED INFORMATION IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

In the paper, the authors deal with the question of whether and to what extent the right to seek and access information owned by the state can be subsumed under the right to freedom of expression from Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms. This is an issue that has been the subject of consideration by the European Court of Human Rights for many years. Therefore, in this paper we will deal with some of the more prominent cases and, for now, the only decision that was made in the proceedings against the Republic of Croatia.

Key words: *state held informations, European Court of Human Rights, the right to access information.*

Full. Prof. Regina Garcimartín Montero, Ph.D.,
Faculty of Law, University of Zaragoza, Spain*

DIGITALIZATION OF JUSTICE: THE SPANISH EXPERIENCE

UDK: 342.56 : 004 (460)
Original scientific paper

Use of videoconference for the hearings and electronic evidence was possible under Spanish Procedural Law from year 1985. Two important milestones were year 2000, when it was approved the Civil Procedure Act, that allowed the use of electronic evidence and 2015 when our country approved compulsory rules that required the electronic communication of the parties with the court and achieved the goal of zero paper in the Administration of Justice.

Electronic evidence is considered in the Spanish Civil Procedure Law as sound, video or data recordings. Although its regulation is quite scarce and reveals a certain distrust of the legislator towards these means, in general the jurisprudence admits it and grants it authentic probative value as any other means and it is used quite often in the process.

The same cannot be said about the use of videoconference. Although it is a possibility that the Spanish Law allows it is used only before the impossibility of witnesses and experts to attend to the hearing at the courtroom. A draft law that generalizes the use of videoconference for claims up to 600 € is being processed, although this process has been interrupted by the presidential election from July 23.

Key words: *IT, video conference, electronic evidence, judicial training in IT, digitalization of justice.*

1. DIGITALIZATION OF JUSTICE AND COVID-19 PANDEMIC

For years, Justice was one of the areas most neglected by Spanish authorities in terms of the provision of material means and especially computerization. While other government bodies such as National Health System or the Treasury have been widely computerized Spanish Justice still continued working mainly in paper. About 20 years ago most of the work of Justice in Spain was done in paper: service of documents, evidence, documentation of proceedings, etc.

The Organic Act on the Judiciary Power that was approved in 1985, established in its art. 230: "Any technical means of documentation and reproduction may be

* Full professor at the Department of Civil Procedure Law, Faculty of Law, University of Zaragoza, Pedro Cerbuna, 12, 50009 Zaragoza, Spain, e-mail: reginagm@unizar.es, ORCID ID: 0000-0002-4078-2196

used in the process, as long as they offer due guarantees of authenticity. The law will regulate the requirements and manner of its use". This regulation was just a possibility for the courts of which almost no use was made, so this rule at the moment of the approval of the Organic Act on the Judiciary Power didn't have any practical consequences.

Nowadays, several decades later, after multiple amendments of this article, we can fin in its words a mandatory rule for the parties: "People who demand judicial protection of their rights and interests will necessarily relate to the Administration of Justice, when this is established in the procedural rules, through technical means".

Between these two regulations, one of the milestones of the modernization of Justice in terms of use of electronic system was the approval of the Civil Procedure Act in 2000. This Act, although it was applied to the civil proceedings, brought some important changes that soon spread to all the proceedings. Among these changes we can highlight the regulation of electronic evidence or the documentation of all the oral hearings by means of a video recording.

At the same time, the widespread use of video recording as a form of documentation of oral hearings allowed the courts of Justice to become familiar with recordings as a regular working tool.

Thus, the Civil Procedure Law was very important in what concerns to the recognition for the first time of the procedural value of electronic means, but in the following years other laws were passed that furthered these achievements.

Some years later it was passed the Act 18/2011, of 5 July, regulating the use of information and communication technologies in the Administration of Justice. It aimed to achieve a "widespread and compulsory" (as it was said in its Preamble) use of IT that would contribute to better management in judicial offices.

But probably one of the most outstanding acts is the Act 42/2015 of 5th October, amending the Act of Civil Procedure. According to this amendment all documents and any other information in the civil process must be provided electronically through an IT application.

The implementation of this law in practice was not at all easy; in the months following the approval of the new Act, practitioners and courts had to face the difficulties of using an electronic system of communication and notification after a centuries-old tradition of paper-based system.

This application that legal professionals and courts have to use is not the same for the 17 Autonomous Communities in Spain; although the commonest application is Lexnet. Barristers must log in the application and provide all the

files through it; of course, they will receive the files of the counter litigant and any other communication from the courts in the same way. The objective, that has already been achieved, is "zero paper" in the domain of justice.

Communication and service of documents was done by electronic means from year 2015, however the use of electronic means in the oral hearings was not very common in civil proceedings (with the exception of the use of video as a form of documentation, which has been required since 2000). The complete digitalization of justice has not been achieved, including the holding of hearings by videoconference.

As it happened in other countries it was the COVID-19 epidemic that forced the immediate implementation of the use of technological means in the Administration of Justice.

COVID-19 pandemic required certain measures to be adopted. During the first weeks of the lockdown (that in Spain took place in March 2020) Justice ceased its activity completely. No oral hearings were held and all the procedural time limits were suspended.

Civil courts where already overburdened at the moment of the lockdown but obviously the situation got worst with the suspension of all proceedings[1]. In addition, the multiple incidents that occurred in legal traffic as a result of the pandemic and the confinement increased litigiousness.

Since communication and service of documents were already done by electronic means from year 2016 most of the proceedings could continue by electronic means, but none oral hearing could take place; for this reason, when the law provided for an oral hearing, the proceedings had to be suspended. In short, the courts were overwhelmed with cases to respond to and at the same time the health situation prevented justice from acting.

The new scenario required legal measures that were taken by the Spanish government mainly through the Royal Decree 16/2020, 28th April, of procedural and organisational measures to address COVID-19 in the field of the Administration of Justice.

Article 19 of this Act established in its first paragraph: "While the state of alarm is in force and up to three months after its end, once the Court or Tribunal has been constituted at its seat, the acts of trial, appearances, statements and hearings and, in general, all procedural acts, shall preferably be carried out by means of

[1] Sonia Calaza Lopez, "Ejes esenciales de la justicia post-COVID", en *Diario La Ley*, n. 9737, 2020, p. 1.

telematic presence, provided that the Courts, Tribunals and Public Prosecutor's Offices have the necessary technical means at their disposal for this purpose".

This new regulation announces one of the difficulties to fulfil this rule: the videoconference depends on the technical means at the disposal of the courts and not all the courts were properly equipped with the technical means to held a videoconference. The provision of computer equipment in the Spanish courts was taking place slowly at that moment. The courtrooms were equipped with video recording systems, but the appropriate software to hold videoconferences between several people as required in a trial was not available.

Consequently, at that moment the hearings were held using different videoconference platforms according to the technical resources available for the judge and the parties in each proceeding. Probably it was not the best way to held videoconferences, since the sound or the image was not always clear al all times, what could breach procedural guarantees.

Other articles of Royal Decree 16/2020, 28th April established other important rules to manage the COVID-19 circumstances such as the necessity to guarantee the physical presence of the accused in criminal processes, the possibility to hold the deliberation of the court by telematic presence when the necessary technical means were available to the members of the court, etc.

Royal Decree 16/2020 found a solution to avoid a total suspension of judicial activity but at the same time revealed the shortcomings on the provision of IT resources in Spanish courts. In addition to this scarcity of resources, it made clear that not all lawyers and judges were sufficiently trained to adapt to a new situation in which technology predominates in the conduct of hearings.

However, the situation generated by the pandemic also highlighted the advantages of telematic trials. The use of videoconferencing was not something that should be reserved only for emergency situations, but made legislators and legal professionals think twice about the advisability of implementing telematic means for the ordinary work of justice. This would imply considerable time and cost savings, not only for the courts, but also for lawyers, parties, experts, witnesses... who do not need to travel to the court when they have to intervene in a hearing.

In this paper I will refer to the two areas in which the greatest advances are being made in the digitization of justice in Spain: the electronic evidence and the holding of hearings via videoconference and electronic evidence. I will also pay attention to two aspects that, in my opinion, are the challenges that the digitalization of justice in Spain currently has to face: the training of judges and the need for new legislative reforms.

2. ELECTRONIC EVIDENCE

2.1. Regulation of electronic evidence in civil procedure

There is not a definition under Spanish law of electronic evidence in the Act of Civil Procedure or in any other law, actually Spanish legislator avoids the use of the words "electronic evidence" and refers to the "means of reproduction of sound and image and any other data"[2]. The current legislation for the civil procedure was approved in 2000 (the previous regulation was an act of year 1881). In the regulation of 2000, among the regulation of all the means that can be used as evidence in civil procedure, legislator includes a section with three articles about the evidence by means of reproduction of sound and image and any other data.

Before the approval of the Act of Civil Procedure of 2000 it was also possible to use as evidence in civil procedure this kind of instruments since the means of evidence in Spanish Law are not a *numerus clausus*.

Even now, and from a theoretical point of view, the distinction between electronic evidence and any other taking of evidence is not relevant, since art. 299.3 allows the party to use any other means of evidence in the process (as it happened before the approval of the Act of Civil Procedure).

However, it is very positive that instruments containing data, images or sound have an specific regulation in the current Act of Civil Procedure.

According to the Act of Civil Procedure there are two types of electronic evidence: "means to record words, sounds and images shall also be admitted, as shall any instruments that allow words, data and mathematical operations carried out for accounting purposes or any other purposes"(art. 299 of the Act of Civil procedure). The rules for the practice and value of these means of proof are regulated in arts. 382 to 384 of the Act of Civil Procedure.

On of the surprising rules contained in this articles is that this means "shall be examined by the court through the means which the party proposing provides" (art. 384.1 of the Act of Civil Procedure); it can be seen that the legislator himself admits a possible lack of technological means in the courts and leaves the provision of means for the taking of evidence in the hands of the parties. Usually, courts in main villages are very properly provide of any king of means of reproduction and reading data. However, it may happen than in small villages the IT means are not so suitable.

[2] Photographs are not included in these means to obtain evidence, since art. 333 of the Act of Civil Procedure, that includes in the regulation of documents "drawings, photographs, sketches, plans, maps and others documents which are not mainly comprised of written texts".

Documents and electronic evidence, as required on art. 265 Act of Civil Procedure must be filed jointly with the claim; the scope of this rule to allow the other party to be aware of the most important evidences that are going to be used in the process.

In the civil process documents are supposed to be usually the most important evidence to be used by the parties, the scope of the measure of art. 265 of the Act of Civil Procedure is that at the moment of the hearing both the claimant and the defendant and, of course, the judge have (and know the content) of most of the evidences of the counterparty.

Another scope of this rule is as follows: the hearing is performed orally so at the moment of the oral hearing the documents are not read, the parties just refer to their content, because all the involved parties: judge, claimant and defendant are supposed to have read by that moment the content of all the documents (or have seen the video or the data).

At the beginning of the oral hearing, the parties must refer the evidence they are going to use, but some of the evidence has already been enclosed at the moment of the claim or the response. So, at this moment, the only evidences that are going to be disclosed are witness testimony and examination and cross interrogation of the parties.

2.2. Electronic evidence and electronic documents

It must be underlined that the regulation of electronic evidence in the Spanish Act of Civil Procedure does not refer to the electronic document, but to instruments for filming, recording and similar instruments, as well as data. Evidence by documents is regulated in arts. 317 and following of the Act of Civil Procedure,

Initially regulation of documents, according to the wording of the different articles, referred mostly to a paper document, but some of the articles have been amended to adapt the regulation to electronic documents and to the requirements of Regulation (UE) n. 910/2014. In addition, we must remember that from year 2015 parties are obliged to issue all the documents in electronic support from year 2015. This means that no physical documents (that is, paper documents) are allowed in civil procedure. So, the possible discussion between electronic or physical form of the documents has disappeared in the domain of Justice.

In what concerns to the electronic signature of documents is regulated Act 6/2020, of 11st November, regulating certain aspects of electronic trust services. According to its art. 3 “Public, administrative and private electronic documents have the legal value and effectiveness that corresponds to their respective nature, in accordance with the legislation applicable to them”.

Neither Act 6/2020 nor Act of Civil Procedure provides a definition of electronic document, even a definition of document. Act of Civil Procedure just regulates the requirements and value of public documents.

Authors underline that electronic evidence, according to the Act of Civil Procedure, is different from electronic documents[3]. ORMAZÁBAL considers that the accurate distinction would be: electronic documents, documents and electronic evidence[4]. However, the Spanish Act of Civil Procedure only distinguishes between documents and electronic evidence, being the latter data or records of sounds or images.

So, as a general rule, we must consider that electronic evidence should be referred to regulation of arts. 383 to 384 of the Act of Civil Procedure, meanwhile electronic document must be subject to the regulation of documents of arts. 317 and following of Act of Civil Procedure and, finally, electronic signature (that of course is used always in electronic documents) is regulated Act 6/2020, of 11th November, regulating certain aspects of electronic trust services[5].

The amendment of Act of Civil Procedure in 2020 by means of Act 6/2020 of 11th November has confirmed this interpretation. This amendment introduces a new paragraph 3 and 4 in art. 326, within the regulation of private documents that establishes as following: "3. Where the party in whose interest the effectiveness of an electronic document is sought or the authenticity, integrity, date and time accuracy or other characteristics of the electronic document that a non-qualified electronic trust service as provided for in Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23rd July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market can attest, is challenged, the procedure shall be as set out in paragraph 2 of this Article and in Regulation (EU) No 910/2014".

Even though the Law does not provide a definition of electronic document, Judgement of Provincial Court of Cádiz, considers that the concept of electronic

---

[3] Pita M. Díaz, "Prueba electrónica y proceso civil: los documentos electrónicos, ¿un nuevo medio de prueba? o ¿nuevas perspectivas del concepto de documento desde la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza?", in LLORENTE, M. and others, *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2022, p. 231; Gimeno Sacristán, "Comentarios al artículo 382", in Fernández, M. A. et. al. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Ed. Iurgium, 2000, p. 1761.

[4] Guillermo Ormazábal, El documento electrónico como medio de prueba" in *Boletín de la Confederación de Asociaciones de Archiveros Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas*, 2006, n. 4, p. 69.

[5] At the same time there are some judicial decisions in this regard that refer to the difference between a handwritten signature in a document that has been scanned considering that it cannot be equated to a digital signature. See Judgement of Provincial Court of Girona 8th February 2021. This judgement has been delivered in the domain of civil contracts, not in the administration of justice.

document could be: "a document drawn up on an electronic medium incorporating data which are electronically signed, as referred to in art. 326.3 of the Act of Civil Procedure".

It is important to underline that the Act of Civil Procedure in many respects assimilates electronic media to the documents; this appreciation has been accentuated over the years with the application of the Act of Civil Procedure.

The Provincial Court of Barcelona considers that there are several reasons to defend the analogy between electronic evidence and documentary evidence. The first one is the words of the Preamble of the Act of Civil Procedure comparing documents and electronic evidence[6]. The second reason is that the rules of form and time of attachment of electronic evidence and documents are the same. The third reason is that the amendments of the Act of Civil Procedure after its approval in 2000 have confirmed this equalization on the regulation of electronic evidence and documents[7].

2.3. Value of electronic evidence

In what concerns to the value of electronic evidence arts. 382 and 384 of the Act of Civil Procedure, establish that judge is free to value electronic evidence in accordance with the rules of fair criticism; this means that this kind of evidence has not a privileged value.

However, free value of evidence is the general rule in Spain, so the judge is free to attribute the value that he considers to electronic evidence, but of course judge must reason this value in the judgement, especially when the judge considers that the result of the evidence is not to be taken into account as the basis for the judgement.

Although the court is free to value any evidence, there is a certain mistrust on the part of the legislator towards electronic means of evidence.

---

[6] The wording of the Preamble comparing the use and efficacy of electronic evidence and documents is as follows: "The Law, attentive to the present and foreseeable of the future, opens the door to the presentation of writings and documents and to the acts of notification by electronic, telematic and other similar means, but without imposing on the litigants and citizens who have these means and without ceasing to regulate the demands of this communication. In order for the acts carried out by these means to take full effect, it will be necessary for the instruments used to include the guarantee that the communication and what is communicated are surely attributable to whoever appears as the author of one or the other. And full reception and other legally relevant circumstances must also be guaranteed".

[7] Judgement of the Provincial Court of Barcelona 2nd May 2007: "Initially, the thesis of the analogy with the documentary evidence, judicial or expert recognition, was accepted, which somehow 'maintains' since the analogy with the documentary is alluded to in the Preamble, particularly the „instruments" of the art. 384 (including some precept, expressly regulates them as documents, such as art. 812 Act of Civil Procedure among those who can access monitoring; or regarding the contribution, art. 265 et seq. or the possibilities of exhibition, arts. 329 to 334), with the expert, as complementary with respect to authenticity (art. 382 L.E.C.) or with judicial recognition (art. 382, as the 'video')".

Art. 382.2 Act of Civil Procedure allows the party to propose any evidence to prove the reliability of the electronic evidence: "The party which proposes this means of evidence may provide the opinions and instrumental means of evidence it considers to be advisable. The other parties may also provide opinions and means of evidence when they question the authenticity and precision of what has been reproduced". This article does not refer expressly to the expert but, of course, includes it; if could be for example an expert who declares that a video has not been edited or manipulated.

Of course this possibility is allowed for any kind of evidence, for example, a party may present evidence to show that a witness could not properly witness the event about which he is testifying. The fact that the legislator alludes to this possible presentation of evidence in order to disprove the recording or data instruments suggests that the legislator considers them to be easily manipulated.

In spite of this mistrust of the legislator towards, we find a favourable and trustful attitude of our courts towards electronic evidence.

As a general rule, Spanish courts do not hesitate to give value to electronic evidence to support the judgement, and in certain areas of contracting electronic evidence is quite common. For example, in the field of some essential services such as telephony, electricity, etc., telephone contracting is the general rule. In the event that there is, in addition to the telephone recording, any document, court usually gives the same value to both of them. This is the case, for example, of the Judgement of the Provincial Court of Zaragoza of 22nd October 2020, in which an insurance company refuses to pay damages to the insured. The reason given by the company is that the driver had taken alcohol at the moment of the car accident and, in that case, the insurance company is not responsible for damages. The insurance company submitted an electronic evidence (a phone recording) but the insured considered that it was not clear, according to the words and the intonation of the insurance company employee, the exclusion of the compensation of the damages when the driver is drunk but the court ruled as follows: "In these circumstances, this court considers that the requirement of clarity of the exclusion is sufficiently fulfilled. The offeror referred to cases of exclusion from compensation and was listed. That the intonation or the rhythm of the speech it is not an obstacle to identify two concepts, driving and alcohol. What in the cultural heritage of an average consumer has a clear meaning"?

The courts may not give value to a specific means of evidence if they consider that electronic evidence would be more suitable in order to prove the facts. As an example, in the Judgement of Provincial Court of Madrid of 31st January 2011, the claimant considered that a TV commercial violated fundamental rights, the judgement dismissed the claim because the court considered that the proper

evidence would be a video recording but the claimant just attached to the claim screen shots of the commercial.

Illegally obtained evidence has an unitary regulation for every process (civil, criminal, administrative and labour) in art. 11.1 of the Organic Act on the Judiciary Court: "Every type of proceeding shall respect the principle of good faith. Evidence obtained directly or indirectly in a manner that violates fundamental rights and freedoms shall be deemed inadmissible". Please, note that illegally obtained evidence, under Spanish Law is only the evidence that violates fundamental rights and not any kind of violation of the Law, even of the Spanish Constitution.

In civil procedure regulation of illegally obtained evidence has been developed in art. 287 Act of Civil Procedure: "1. When one of the parties deems that fundamental rights have been infringed upon when obtaining evidence or in the origin of evidence, the party shall allege this immediately, and the other parties shall be notified of the fact, as the case may be".

According to this article, any of the parties or the judge, at any moment, can allege the fact that an evidence has been illegally obtained. According to the moment (even though the law is not very clear in this regard) the consequences will be different: if the illegality of the evidence has been denounced before the admission of the proof the consequence should be a decision of the judge in the sense of rejecting the admission of the evidence. If it has been denounced before the admission but before the practice, the consequence should be that the evidence would not be practiced in court (e.g.: in the case of a record of a phone conversation, it will not be reproduced in court). And finally, if the cause of illegality is known after having practised the evidence in court the consequence is that the judge is not allowed to value it.

An example of illegally obtained evidence (in the domain of civil procedure) could be, for example, a video that has been recorded with a violation of the right to privacy[8].

3. HEARINGS BY VIDEOCONFERENCE SYSTEMS

In year 2003 art. 229 of the Organic Act on the Judiciary was amended in order to introduce the possibility of using videoconference that was regulated as follows:

"1. Court proceedings shall be predominantly oral, especially in criminal matters, without prejudice to their documentation.

[8] Judgement of the Provincial Court of Baleares 36/2014, 18th February.

2. Statements, interrogations, testimonies, confrontations, explorations, reports, ratification of expert reports and hearings shall be conducted before a judge or court in the presence or intervention, as the case may be, of the parties and in open court, except as provided for by law.

3. These proceedings may be conducted by videoconference or any other similar system that allows two-way and simultaneous communication of image and sound and visual, auditory and verbal interaction between two persons or groups of persons who are geographically distant, ensuring in all cases the possibility of contradiction of the parties and the safeguarding of the right of defence, when so agreed by the judge or court".

This article does not mean that before the amendment of Organic Act on the Judiciary, didn't exist the videoconference in our proceedings; the judge has always had wide faculties to manage the oral hearing so, he is enabled to authorize the videoconference if he considered it necessary for the process. However, the use of this possibility provided for in the law was quite rare.

Although the reform of the Organic Act on the Judiciary clearly established the possibility of using videoconferencing systems, in general it did not bring about any significant change in practice. Videoconferencing was used mainly when it was difficult for witnesses or experts to travel to the town where the trial is held or to ensure that minor witnesses will not testify at the courtroom[9].

In 2020 it was approved the Act 3/2020 of 18th September, of procedural and organisational measures to cope COVID-19 in the field of the Administration of Justice.

According to art. 14 of this Act, until the moment the pandemic is finished all the oral proceedings will be performed preferably by videoconference. The scope of this regulation was clearly to address the health situation, but it allowed rapid progress to be made in the experience of conducting proceedings by videoconference. Since then, and although the health circumstances that justified it have ended, the legislator is trying to promote the use of video conferencing, in this case for an economic reason of lower cost in justice.

The party who wants to use in the process a videoconference system will address a petition to the court, explaining the reasons for the use of videoconference, in this petition the party can suggest the means to be used, etc. The petition can never come from the witness since he is not part in the process.

[9] In this case, the child testifies in a separate room accompanied by someone he trusts (usually a relative) and the communication with the court takes place by videoconference.

The judge must seek the opinion of the counter party and answer to the petition; in the event that the request is granted the videoconference will be developed according to the rules established by the judge.

However, when the pandemic finished and the lawyers were allowed to attend hearings in the courtrooms, lawyers returned to in-person hearings[10], and the commonest case of the use of videoconference is in the witness testimony, when for the witness is very difficult to attend the court, e.g.: when a witness lives abroad. The Act on Civil procedure establishes other means to obtain the witness in this cases: international judicial cooperation or domiciliary testimony; but videoconference is more commonly used now than international judicial cooperation.

Regarding the use of videoconferencing for oral hearings, the doctrine and court professionals have shown that although the use of this system has undoubted advantages, it also has certain disadvantages.

One of the most important advantages of the use of videoconferencing is the obvious economic savings it entails: the parties and any other person involved in the process do not have to travel, and even the material resources used to hold court hearings can be reduced, even if we take into account that the generalization of videoconferencing will require a strong economic investment in the courts[11].

In addition, the use of videoconferencing makes it possible to speed up court proceedings: as physical presence is not necessary, it is easier to ensure the attendance of all persons whose presence is required by law[12]. Moreover, there are circumstances such as the impossibility of travelling that would give rise to a suspension of a face-to-face hearing but not of a telematic hearing.

However, perhaps the most relevant disadvantage stems from the difficulty of proving the reliability and spontaneity of the statements. For example, in the case of a witness testifying by videoconference, it may happen that outside the scope of the screen there is a person who is assisting the witness or providing indications regarding his testimony. It is obvious that in a courtroom the possibility of manipulating or influencing a statement is almost impossible.

[10] Rafael Guerra González, "Generalización de los juicios celebrados por vidoconferencia", en *Diario La Ley*, n. 9854, 2021, p. 1.

[11] Ibid., p. 2.

[12] Vincente Margo Servet, "Experiencias de un juicio celebrado por videoconferencia", en *La Ley Penal*, n. 4, 2004, p. 3.

Another disadvantage is that when the statement is made by videoconference and not in person, there is a certain risk of losing spontaneity in the statements[13].

In addition, there is no doubt that the generalization of the use of videoconferencing with due guarantees will still require many reforms. On the one hand, a revision of the notion of immediacy is necessary; the legislator of 2000 was probably not taking into consideration the presence before the judge telematically but in person. However, our Supreme Court maintains that videoconference cannot be consider *per se* a violation of inmediacy and contradiction[14].

It is also essential to guarantee the publicity of hearings which, since they are not held in person, require other forms of compliance with the constitutional principle of publicity of judicial proceedings.

In any case, the use of videoconferencing in justice is a reality that can be considered inevitable in the medium term. It is somewhat inconsistent that for some years now our courts have been admitting the use of videoconferencing or any other telematic means as a common means of communication and that it can be used to accredit acts of legal content; however, it is not so widespread for proceedings of a procedural nature[15].

The truth is that beyond allowing trials by videoconference, the Law does not establish any specifications: neither of the technical characteristics of the systems to be used in the videoconference, nor how the hearings are to be held by this means, etc.

In the absence of a legal regulation the General Council of the Judiciary issued the "Guide for the conclusion of telematic proceedings", it was delivered in 2021 an in its 17 pages contents very useful protocols for the use of videoconferences. However, it must be highlighted that this Guide is not a law even though it has been already "amended"[16].

The "Guide for the conclusion of telematic proceedings" allows the use of videoconference also for internal proceedings, such as the deliberation of the judges of the court. It is quite complete and establishes rules to guarantee the right

---

[13] Carolina Fons Rodríguez, "La videoconferencia en el proceso (La telepresencia judicial)", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2008, p. 56.

[14] Judgement of the Supreme Court 22nd October 2012: "In relation to the breach of the principle of immediacy and contradiction, the videoconference system, whose transmission is carried out in real time, cannot be considered to imply a violation of such rights or of the right of the accused to submit witnesses to examination in court in equality of arms with the Prosecutor (…)."

[15] Judgement of Provincial Court of Madrid of 31st January 2011.

[16] https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Informacion-COVID-19/Guias-y-Protocolos/Guia-para-la-celebracion-de-actuaciones-judiciales-telematicas [Date of access: September 2023]

of defence, the publicity, etc. In any case the Guide shows the need for a detailed regulation of the hearings through videoconference.

4. AS A CONCLUSION: CHALLENGES IN THE DIGITALIZATION OF JUSTICE IN SPAIN

We can say that the digitization of justice has taken place mainly in the last 20 years, although it was foreseen in the law long before that. This does not mean that this process can be considered concluded; there is still a long way to go. In this section I will refer to what I consider to be the areas where there is still room for improvement: the training of both judges and parties and the forthcoming legal amendments establish the mandatory use of videoconference in oral hearings.

4.1. Training of judges and legal practitioners

In Spain, the selection and training of prospective judges is entrusted to the Department of Justice. When a person passes the exam to become a judge he must follow a training course after this exam. This training course lasts a year, and it takes place at the Judicial School of the General Council of the Judiciary in Madrid or Barcelona. Once a prospective juror passes the exam, the training course and the mark obtained in it will influence in the chances of the new judge to choose a destination, but the training course will rarely involve an impediment to become a judge for the person who has already passed the exam.

This course includes different subjects, one of them deals with transversal competences which contain new technologies strategies but this training does not refer to evidence but to the use of the IT applications used in the Administration of Justice and artificial intelligence[17].

For the judges there are continuous training courses, also organized by the General Council of the Judiciary; following these courses is not mandatory for the judges but they can be taken into account as a merit for judges who want to move up in their professional career[18].

Some training has special value as a merit, for example, the training in commercial matters to serve as judge in a Commercial Court, or the knowledge of

[17] According to the syllabus of the training for the prospective judges that will take place during the course 2023-24.

[18] https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Escuela-Judicial/Formacion-Continua/ [Date of access: September 2023].

any of the co-official languages in Spain when a judge wants to move to a territory with a co-official language[19].

Same could be said for court personnel such as Court Secretaries[20]; their training is entrusted to the Department of Justice, but it does not include any specific training for the use of the IT during the process. For other categories of personnel working for the Administration of Justice training is not taken into account to transfer to other court; only the knowledge of language of the Autonomous Community may be considered.

In what concerns to legal practitioners they don't have either any obligation of being trained in electronic evidence. To become a legal practitioner one must hold a Law Degree and a Master Degree in lawyering, but it does not necessarily include specific training in electronic evidence[21].

It can be easily deduced from the above that neither the judges or all the personal working for the Administration of Justice nor barristers are required to have a complete and specific training in IT. However, the use of new technologies is essential in the process and, therefore, it should be required of any of these professionals. It is not about turning any judge and lawyer into a specialist in computing and new technologies, but at least we should make sure that they have certain skills for the use of IT that are essential in justice, especially considering that the use of IT sometimes compromises rights and procedural guarantees.

4.2. Procedural Efficiency Measures Act

A draft law is currently in the process of being passed, it is known as the Procedural Efficiency Measures Act, and it provides for the general use of videoconferencing in its art. 5:

"Article 5. Actions carried out by telematic means.

1. The parties may agree that all or some of the negotiation proceedings within the framework of an appropriate means of dispute settlement shall be carried out by telematic means, by videoconference or other similar means of voice or image transmission, provided that the rules laid down in this Title and, where

[19] Spanish is the official language in all the country; but some Autonomous Comunities (Galicia, País Vasco, Cataluña, Comunidad Valenciana and Islas Baleares) have their own language. In these Autonomous Communities there are two official languages: Spanish and the language of the Autonomous Community. If a judge wants to move to a court in one of these Autonomous Communities, the knowledge of the language of the Autonomous Community will be considered as a merit.

[20] For Court Secretary the training is also provided official organization that depends on the Ministry of Justice. See: https://letradosdejusticia.es/.

[21] As an example, see the Master Program for Attorneys of Carlos III University of Madrid. The contents of this Master is a good example of the contents of the Masters of the different Spanish universities: https://www.uc3m.es/master/abogacia#programa

appropriate, the implementing regulations specifically envisaged for mediation are complied with.

2. When the object of the dispute is a claim for an amount not exceeding 600 euros, it shall preferably be carried out by telematic means, unless the use of such means is not possible for any of the parties".

This draft law still does not constitute a complete regulation of the development of videoconferencing in the courts, because it lacks of many of the rules that should be needed for a proper development of the hearings: persons who should connect, publicity, rules about the absence of any of the participants for technical reasons, the defective sound or image for any of them, etc.

In addition, at the moment the processing of this law has been interrupted due to the absence of a government in Spain. But in any case, all these events show a concern about the desirability of introducing widespread videoconferencing into our legal system as soon as possible.

LITERATURE

1. Calaza Lopez Sonia, "Ejes esenciales de la justicia post-COVID", en Diario La Ley, n. 9737, 2020.
2. Court Secretary, the Ministry of Justice, https://letradosdejusticia.es/. [Date of access: September 2023].
3. Díaz, Pita M., "Prueba electrónica y proceso civil: los documentos electrónicos, ¿un nuevo medio de prueba? o ¿nuevas perspectivas del concepto de documento desde la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza?", in Llorente, M. and others,
4. Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2022.
5. Fons Rodríguez, Carolina, "La videoconferencia en el proceso (La telepresencia judicial)", en Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente, Valencia, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2008.
6. Guerra González, Rafael, "Generalización de los juicios celebrados por vidoconferencia", en Diario La Ley, n. 9854, 2021.
7. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Informacion-COVID-19/Guias-y-Protocolos/Guia-para-la-celebracion-de-actuaciones-judiciales-telematicas [Date of access: September 2023]
8. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Escuela-Judicial/Formacion-Continua/ [Date of access: September 2023].
9. Judgement of Provincial Court of Girona 8th February 2021.
10. Judgement of Provincial Court of Madrid of 31st January 2011.

11. Judgement of the Provincial Court of Baleares 36/2014, 18th February.
12. Judgement of the Provincial Court of Barcelona 2nd May 2007.
13. Judgement of the Supreme Court 22nd October 2012.
14. Margo Servet, Vincente, "Experiencias de un juicio celebrado por videoconferencia", en La Ley Penal, n. 4, 2004.
15. Master Program for Attorneys of Carlos III University of Madrid, https://www.uc3m.es/master/abogacia#programa, [Date of access: September 2023].
16. Ormazábal, Guillermo, El documento electrónico como medio de prueba" in Boletín de la Confederación de Asociaciones de Archiveros Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas, 2006.
17. Sacristán, Gimeno, "Comentarios al artículo 382", in Fernández, M. A. et. al. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Barcelona, Ed. Iurgium, 2000.
18. Spanish Act of Civil Procedure

DIGITALIZACIJA PRAVOSUĐA-ŠPANJOLSKO ISKUSTVO

Korištenje videokonferencije za rasprave i elektroničke dokaze bilo je moguće u skladu sa španjolskim procesnim zakonom iz 1985. Dvije važne prekretnice bile su 2000. godina, kada je donesen Zakon o parničnom postupku, koji je omogućio korištenje elektroničkih dokaza i 2015. kada je naša zemlja odobrila obvezna pravila koji su zahtijevali elektroničku komunikaciju stranaka sa sudom i postigao cilj od nula papira u pravosuđu.

Elektronički dokazi se u španjolskom Zakonu o građanskom postupku smatraju zvučnim, video ili podatkovnim zapisima. Iako je njegova regulativa dosta oskudna i otkriva određeno nepovjerenje zakonodavca prema ovim sredstvima, sudska praksa je općenito priznaje i daje joj autentičnu dokaznu snagu kao i svakom drugom sredstvu, a u postupku se vrlo često koristi.

Isto se ne može reći za korištenje videokonferencije. Iako je to mogućnost koju španjolski zakon dopušta, koristi se samo pri nemogućnosti svjedoka i vještaka da prisustvuju raspravi u sudnici. Nacrt zakona koji generalizira korištenje videokonferencije za zahtjeve do 600 € je u obradi, iako je ovaj proces prekinut predsjedničkim izborima 23. srpnja.

Ključne riječi: *informatika, video konferencija, elektronički dokazi, izobrazba sudaca u informatici, digitalizacija pravosuđa.*

Dr. sc. Juraj Brozović,
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Republika Hrvatska*
Ivana Zeljko, mag. iur.**

OBVEZNI PRETPROCESNI POKUŠAJ MIRNOG RJEŠENJA SPORA

UDK: 347.952 (497.5)
Izvorni znanstveni rad

Krajem lipnja 2023. stupio je na snagu novi Zakon o mirnom rješavanju sporova koji ima ambiciozan zadatak proširiti kulturu autonomnog rješavanja sporova u Republici Hrvatskoj. Iako su u procesnom zakonodavstvu postojale i ranije, novim se procesnim pravilima izričito uvodi pretprocesna dužnost pokušaja mirnog rješenja spora, a uređuju se i pravne posljedice neizvršavanja te dužnosti u postupcima radi naknade štete koja ne proizlazi iz radnih odnosa. Svrha je ovog rada ponuditi smisleno tumačenje novih odredbi koje će biti usklađeno s ostatkom procesnog zakonodavstva. Nakon pojašnjavanja teorijske osnove i svrhe pretprocesnih dužnosti, u radu se pojašnjava u kojim su postupcima postoji dužne pokušati riješiti svoj spor mirnim putem uoči pokretanja postupka, a u kojim postupcima potreba očuvanja prava stranaka na pravično suđenje iznimno stranke oslobađa te dužnosti. U radu se daje tumačenje odredbi i o različitim načinima na koje stranke mogu izvršiti pretprocesnu dužnost te koje su pravne posljedice pasivnosti stranaka.

Ključne riječi: *mirno rješavanje sporova, pretprocesna dužnost, medijacija, pregovori, pravično suđenje*

1. UVOD

Krajem lipnja 2023. stupio je na snagu novi Zakon o mirnom rješavanju sporova (dalje: ZMRS).[1] Njime se, kako je to formulirano u samom zakonskom tekstu, pokušavaju stvoriti uvjeti „za sporazumno rješavanje sporova, izbjegavanje nepotrebnog pokretanja sudskih postupaka te osiguravanje uravnoteženog odnosa između postupka mirnog rješavanja spora i sudskog postupka.“ (čl. 3. st. 1.

* Asistent na Katedri za građansko procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb, Republika Hrvatska, e-mail: juraj.brozovic@pravo.unizg.hr, ORCID:0000-0003-2362-4580.

** Ivana Zeljko, mag. iur., odvjetnička vježbenica u odvjetničkom uredu Aleksandar Joksović, e-mail: ivana.zeljko123@gmail.com.

Ovaj rad se dijelom temelji na radu *Obvezni pokušaj mirnog rješenja spora* koji je kolegica Ivana Zeljko izradila pod mentorstvom dr. sc. Jurja Brozovića i obranila kao svoj diplomski rad na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu u prosincu 2022.

[1] Narodne novine, br. 67/2023.

ZMRS-a). Ta bi se svrha trebala ostvarivati na nekoliko načina: osnivanjem Centra za mirno rješavanje sporova (dalje: Centar) kao centralne ustanove i koordinatora čitavog sustava (čl. 6. ZMRS-a), uvođenjem novih postupaka mirnog rješavanja sporova (čl. 4. st. 1. al. 1. u vezi s 11. ZMRS-a) te poticanjem stranaka da spor riješe mirnim putem već uoči pokretanja parničnog postupka (čl. 9. – 10. ZMRS-a).

Dok ćemo na početak djelovanja novoosnovanog Centra trebati pričekati još neko vrijeme,[2] ostale odredbe već su na snazi i donekle mijenjaju način postupanja stranaka i njihovih odvjetnika uoči parnice, barem u sporovima radi naknade štete koji ne proizlaze iz radnih odnosa (čl. 9. st. 1. ZMRS-a). S obzirom da istodobno nije došlo do izmjene Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP),[3] nova zakonska rješenja mogla bi uzrokovati niz poteškoća i dvojbi u praksi jer se sadržaj novih odredbi o pretprocesnom postupanju djelomično preklapa sa sadržajem važećeg čl. 186.d ZPP-a koji uređuje upućivanje na medijaciju.[4]

Upravo je djelomično i suptilno podudaranje procesnih odredbi osnovni problem usklađivanja ovih dvaju propisa. Umjesto da posluži samo kao još jedna kritika, ovaj rad nastoji ponuditi smisleno tumačenje odredbi o obveznom pretprocesnom pokušaju mirnog rješenja spora. On je konstruiran kao posebna procesna dužnost stranaka pa izlaganje kreće od pojašnjavanja teorijskog okvira za sada, čini se, još uvijek nedovoljno raširene ideje da stranke u parničnom postupku imaju prave procesne dužnosti, a ne samo terete. U nastavku se pojašnjava kontekst i važnost pretprocesnih dužnosti u modernom parničnom postupku, da bi se potom dao odgovor na pitanje u kojim postupcima postoji ta pretprocesna dužnost, na koje načine može biti izvršena te koje su pravne posljedice pasivnosti stranaka.

2. TEORIJSKI OKVIR I SVRHA PRETPROCESNE „DUŽNOSTI“ POKUŠAJA MIRNOG RJEŠENJA SPORA

Još je u jugoslavenskoj literaturi opće prihvaćeno i uvriježeno stajalište da stranke u parničnom postupku imaju samo terete, a ne i dužnosti. Drugim riječima, stranke nisu dužne poduzimati bilo kakve parnične radnje, već je to tek njihovo

[2] Prema nama dostupnim informacijama, Centar je već osnovan odlukom ministra nadležnog za poslove pravosuđa, što je i bila obveza u roku od 30 dana od stupanja na snagu Zakona (čl. 6. st. 6. u vezi s čl. 31. st. 2. ZMRS-a).

[3] Narodne novine, br. 53/1991, 91/1992, 112/1999, 129/2000, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 25/2013, 89/2014, 70/2019, 80/2022 i 114/2022.

[4] O svim problemima vezanim uz postupak donošenja ZMRS-a, uključujući problem usklađivanja propisa, v. Alan Uzelac, Juraj Brozović, „Zakon o mirnom rješavanju sporova: Korak unaprijed ili još jedna propuštena prilika?“ *Portal IUSINFO*, 14. lipnja 2023., https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/zakon-o-mirnom-rjesavanju-sporova-korak-unaprijed-ili-jos-jedna-propustena-prilika.

ovlaštenje kojim se oni mogu i ne moraju koristiti, riskirajući pritom jedino neuspjeh u sporu.[5]

Zanimljivo je da takvo ekstremno stajalište, koje stranke lišava bilo kakvih dužnosti u postupku, ima izvorište u dijelu njemačke doktrine koji nije naišao na velik odjek.[6] U germanskoj je literaturi zapravo mnogo prihvaćenija podjela zadaća stranaka na prave dužnosti (njem. *Pflichten*) i puke terete (njem. *Lasten*), pri čemu su kriterij razlikovanja pravne posljedice.[7] Povreda pravih dužnosti dovodi do konkretnih pravnih posljedica (novčane i druge kazne, dužnosti naknade troškova, naknade štete i sl.), dok neudovoljavanje teretu jedino može dovesti do neuspjeha u sporu.[8] Danas u njemačkoj doktrini prevladava shvaćanje po kojem razlikovanje dužnosti od tereta ovisi isključivo o tome utječe li nepoduzimanje određene zadaće na interese koji nadilaze interese pojedine stranke. Ako je odgovor potvrdan, pojedina zadaća može se smatrati dužnošću.[9]

Čini se da su takvo stajalište preuzele i međunarodne smjernice poput Načela i Pravila transnacionalnog građanskog postupka Američkog pravnog instituta i UNIDROIT iz 2004. (dalje: ALI/UNIDROIT Načela/Pravila)[10] te Transnacionalnih pravila građanskog postupka Europskog pravnog instituta i UNIDROIT (dalje: ELI/UNIDROIT Pravila).[11] Potonja sasvim otvoreno i jasno ekspliciraju dužnost lojalne suradnje suda, stranaka i njihovih odvjetnika.[12] Kad stranke i njihovi

[5] Tako Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo* (Zagreb: Narodne novine, 2004.), 312.

[6] Prema *Goldschmidtu*, stranke nemaju prava, već samo procesne mogućnosti, izglede ili oslobođenje od određenog tereta, a umjesto dužnosti imaju puke terete. Ti tereti imaju značenje samo moralnih obveza. James Goldschmidt, „Zivilprozessrecht", u *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaf*t, ur. Eduard Kohlrausch, Hans Peters, (Berlin: Springer, 1929.), 71-74. Ovakvo stajalište je usamljeno u njemačkoj doktrini. Horst Konzen, *Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien* (Berlin: Duncker & Humblot, 1976.), 62.

[7] Friedrich Lent, „Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß", *Zeitschrift für Zivilprozess,* 67(1954): 348.

[8] Cornelis Hendrik (Remco) Van Rhee, „Obligations of the Parties and their Lawyers in Civil Litigation", u *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*, ur. Jens Adolphsen, et al. (München: C.H.Beck, 2014.), 693-694.

[9] Dieter Leipold, „Prozesförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung", *Zeitscrhift für Zivilprozess*, 93, br. 3 (1980.): 240-241; Leo Rosenberg, *Zivilprozessrecht*, *16. izd.* (München: C. H. Beck, 2004.), 14; Othmar Jauernig, Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht. Ein Studienbuch* (München: C.H. Beck, 2011.), 105-106.

[10] Dostupni na stranicama UNIDROIT, pristup 7. rujna 2023., https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles/.

[11] Dostupna na stranicama UNIDROIT, pristup 7. rujna 2023., https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf.

[12] ELI/UNIDROIT Pravilo br. 2.

odvjetnici ne bi imale takvu „obvezu“,[13] ostvarenje svrhe razmjerno brzog, jeftinog i pravičnog postupka bilo bi nemoguće, što je problematično ako prihvatimo tezu da pravosuđe predstavlja specifičnu javnu uslugu.[14] Naime, društvu je u interesu da sud rješavanju svakog spora posveti onoliko vremena, novca i rada koliko je to potrebno da bi se spor otklonio, ali tako da se istodobno i drugim građanima, postojećim ili tek potencijalnim strankama sudskih postupaka, omogući pristup sudu (*načelo razmjernosti*). Takva pravična raspodjela društvenih resursa nužno uvjetuje da se neke od zadaća stranaka u parničnom postupku konstruiraju kao dužnosti.[15]

Dužnost lojalne suradnje je nakon 2019. našla svoje mjesto i u osnovnim odredbama ZPP-a. Sada su svi procesni sudionici, među kojima najvažniju ulogu pored suda imaju stranke i njihovi odvjetnici, dužni doprinijeti brzom i jeftinom postupku koji će se provesti bez odugovlačenja (čl. 10. st. 1. ZPP-a).[16] No, ta je dužnost, zapravo, već i ranije bila implicirana.

Čak i u vrijeme bivše države bilo je jasno da su stranke dužne suzdržavati se od procesnih zloupotreba, što vrijedi i za dužnost govorenja istine.[17] Obje dužnosti prepoznate su kao osnovna načela parničnog postupka, a uz njihovu povredu povezane su konkretne pravne posljedice.[18] Dužnost pravovremenog iznošenja činjenica i dokaznih prijedloga, pod prijetnjom prekluzije, nešto je novijeg vijeka.

---

[13] ELI/UNIDROIT Pravila koriste engleski pojam *obligations*, što ima smisla u nastojanju zaobilaženja tradicionalne rasprave o tome imaju li stranke dužnosti ili ne (tako Alan Uzelac, „Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations“, *Hungarian Journal of Legal Studies,* 58, br.1 (2017.): 12-13). Ipak, kako je riječ o pojmu karakterističnom za privatno pravo, pojam obveza trebalo u hrvatskom bi kontekstu bilo uputno izbjegavati (Juraj Brozović, *Priprema i organizacija raspravljanja u parničnom postupku*. Doktorska disertacija (Zagreb: Pravni fakultet, 2021.), 258-259.

[14] Zuckerman, Adrian A. S., „Court Adjudication of Civil Disputes: A Public Service to be Delivered With Proportionate Resources, Within a Reasonable Time and at Reasonable Cost“, u *The French Code of civil procedure (1806) after 200 years, The civil procedure tradition in France and abroad,* ur. Cornelis Hendrik van Rhee, Dirk Heirbaut, Marcel Storme (Kluwer, Mechelen, 2008.), 435-436; Laura Ervo, *Changing Civil Proceedings - Courts Service or State Economy*, u *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure: materials of international conference*, ur. Federico Carpi et al., (Vilnius: Vilnius University, 2013.), 56-57.

[15] To ne znači da stranke u postupku nemaju terete. Stranka, primjerice, ima teret dokazivanja. Ako ne želi iznijeti neku povoljnu činjenicu ili predložiti neki dokaz u prilog svojim tvrdnjama, na to nipošto nije obvezana. Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo. Utvrđivanje činjenica*, VII. knjiga (Zagreb: Narodne novine, 2018.), 51-61. No, to ne znači da može činjenice i dokaze iznijeti kad god i na koji god način to želi. Ako odlučiti iznijeti povoljne činjenice i ponuditi dokaze, mora to učiniti u rokovima i na način predviđen zakonom i/ili u sudskoj odluci. Brozović, Doktorska disertacija, 258.

[16] Neizvršenje te opće dužnosti ne samo da može dovesti do ranije opisanih konkretnih pravnih posljedica, već može ugroziti rad sudova, a time i prava drugih stvarnih i potencijalnih stranaka.

[17] Srećko Zuglia, Siniša Triva, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Sv.1 (Zagreb: Narodne novine, 1957.), str 30.

[18] Sud je ovlašten novčanom kaznom kazniti (između ostalog) stranku i njezina odvjetnika koji teže zloupotrebi svoja procesna ovlaštenja (čl. 10. ZPP-a). Povreda načela traženja istine može dovesti do dužnosti naknade troškova po načelu *culpae*, do novčane kazne, a uz ispunjenje određenih pretpostavki i do kaznenog progona. Dika, *Utvrđivanje činjenica*, 72.

U sporovima male vrijednosti postoji od 2008. (čl. 461.a ZPP-a), a u redovnom parničnom postupku od 2013 (čl. 299.a ZPP-a). Stranke su dužne i druge parnične radnje poduzeti u zakonom predviđenim rokovima.[19]

Lojalna suradnja, međutim, nije ograničena samo na vrijeme dok parnični postupak traje. Od stranaka se očekuje ne samo da se suzdržavaju od radnji koje bi osujetile ostvarenje cilja parničnog postupka (*negativne procesne dužnosti*), odnosno da poduzimaju sve radnje potrebne da doista dođe do njegova ostvarenja (*pozitivne procesne dužnosti*), već i da se sudskom zaštitom koriste samo kad je ona prijeko potrebna (*supsidijarnost sudske zaštite*). Brojni sporovi mogu se uspješno riješiti autonomno, bez intervencije suda, čime se otvara prostor za one kojima je sudska zaštita prijeko potrebna.

Iz tog razloga su stranke u modernom parničnom postupku dužne uložiti razumne napore da spor riješe mirnim putem, u tijeku i uoči pokretanja parničnog postupka, što je i međunarodni standard.[20] Opseg pretprocesnih dužnosti nije jednak u svim državama, posebno ne u svim vrstama sporova. Stranke su tako dužne:

- razmotriti mirno rješenje spora, bez posebnih dužnosti; ili
- razmijeniti informacije o osnovnim elementima spora (koje zahtjeve postavljaju i na temelju kojih činjenica i dokaza); ili
- sudjelovati na informativnom/prvom sastanku o medijaciji ili sličnom postupku mirnog rješavanja spora (poput rane neutralne procjene); ili
- aktivno (u dobroj vjeri) sudjelovati u takvim postupcima. [21]

Neovisno o obliku izvršenja pretprocesne dužnosti, svrha tih aktivnosti nije samo potaknuti stranke na mirno rješenje spora, već i stvoriti osnovu za učinkovitije provođenje parničnog postupka koji će uslijediti ako pokušaj bude bezuspješan.[22]

Svi spomenuti oblici izvršenja pretprocesnih dužnosti stranaka u većoj ili manjoj mjeri postoje i u hrvatskom procesnom pravu. U nastavku ćemo se posebno osvrnuti na izmjene koje je u tom pogledu donio ZMRS.

---

[19] To već dugo vremena vrijedi za prigovor nenadležnosti (čl. 17. st. 2. i čl. 20. st. 1. ZPP-a), a od 2013. i za preinaku (čl. 190. i 192. ZPP-a), prigovor radi prijeboja (čl. 288.a st. 6. ZPP-a) i protutužbu (čl. 189. ZPP-a)

[20] ALI/UNIDROIT Načela 24(3) i 25(2); ELI/UNIDROIT Pravila br. 9(1) i 51.

[21] Cornelis Hendrik (Remco) van Rhee, „Mandatory Mediation before Litigation in Civil and Commercial Matters: A European Perspective“, Access to Justice in Eastern Europe, 12, br. 4 (2021.): 7–24.

[22] ELI/UNIDROIT Pravilo br. 9(4), kom. 5.

3. OPSEG PRETPROCESNE DUŽNOSTI POKUŠAJA MIRNOG RJEŠENJA SPORA

3.1. U kojim postupcima postoji pretprocesna dužnost pokušaja mirnog rješenja spora?

Iako se možda čini da je ZMRS u pogledu pretprocesnih dužnosti donio značajne novine, u procesnom zakonodavstvu već je i ranije bilo moguće identificirati neke odredbe iz kojih proizlazi da stranke imaju određene pretprocesne dužnosti.

Stranke su tako još od 2003. prije podnošenja tužbe protiv Republike Hrvatske dužne prethodno se obratiti nadležnom državnom odvjetništvu sa zahtjevom za mirno rješenje spora, pod prijetnjom odbačaja tužbe (čl. 186.a ZPP-a), a od 2008. i *vice versa*. U literaturi se ovaj postupak nekad nespretno poistovjećuje s medijacijom.[23] Ne samo da za pokretanje postupka vrijede pravila koja su srodnija parničnom postupku nego medijaciji,[24] već se zahtjev za mirno rješenje spora podnosi zastupniku jedne od strana u sporu. Ispravnije je zato govoriti o zakonom propisanim obveznim strukturiranim pregovorima. ZMRS u tom pogledu nije izmijenio postojeća pravila, već je samo dao zakonski okvir takvim pregovorima (čl. 11. st. 2. ZMRS-a) i službeno ih uvrstio u jedan od postupaka mirnog rješavanja spora (čl. 4. st. 1. t. c ZMRS-a).

Slična dužnost provođenja strukturiranih pregovora postoji i u nekim drugim sporovima. Ako oštećenik prije pokretanja parničnog postupka podnese odštetni zahtjev osiguravajućem društvu zbog štete nastale motornim vozilom i podnese tužbu prije isteka šezdeset dana od podnošenja zahtjeva, njegova se tužba smatra preuranjenom (čl. 12. st. 2. Zakona o obveznim osiguranjima u prometu).[25] Ako oštećenik prethodno ne zatraži ispravak informacije, odnosno ispriku nakladnika, ne može pred sudom zahtijevati naknadu nematerijalne štete zbog objave sporne informacije (čl. 22. st. 2. Zakona o medijima).[26] Ako oštećenik davatelju poštanskih usluga prethodno ne podnese zahtjev za naknadu štete nastale u unutarnjem i međunarodnom prometu u roku od 30 dana od primitka prihvaćenog prigovora, odnosno pritužbe ili odluke Hrvatske regulatorne agencije za mrežne

---

[23] Katarina Knol Radoja, „Obvezno mirenje - osvrt na rješenja iz komparativnog i hrvatskog prava", *Pravni vjesnik*, 31, br. 2 (2015.): 121. Dika, doduše, govori o prethodnoj obveznoj koncilijaciji (Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo. Tužba*, VI. knjiga (Zagreb: Narodne novine, 2009.), 63) koji može i ne mora imati isto značenje kao medijacija.

[24] Tako zahtjev za mirno rješavanje spora treba sadržavati sve sastojke kao i tužba (čl. 186.a st. 1. ZPP-a).

[25] Narodne novine, br. 151/05, 36/09, 75/09, 76/13, 152/14.

[26] Iako odbačaj tužbe nije izričito propisan kao pravna posljedica izostanka prethodnog zahtjeva nakladniku, ovlaštenje suda da odbaci tužbu postoji u čl. 282. ZPP-a, što je potvrdila i sudska praksa (npr. Županijski sud u Rijeci, Gž-575/2022-2, 28. travnja 2022.).

djelatnosti, ne može zahtijevati naknadu štete pred sudom (čl. 57. st. 6. Zakona o poštanskim uslugama).[27] Ako oštećenik ne podnese pisani zahtjev za naknadu štete lovoovlašteniku na čijem se području šteta dogodila te nakon njegova odgovora u roku od 30 dana ne predloži sklapanje sporazuma o naknadi štete o kojem lovoovlaštenik ima pravo odlučivati u roku od daljnjih 30 dana, ne može se obratiti tužbom radi naknade štete nadležnom sudu (čl. 82. Zakona o lovstvu).[28] Ako radnik prije pokretanja radnog spora koji se ne odnosi na ostvarivanje prava na naknadu štete ili drugo novčano potraživanje ne podnese poslodavcu zahtjev za zaštitu povrijeđenog prava, sud je ovlašten odbaciti takvu tužbu (čl. 133. st. 3. Zakona o radu)[29] itd.

Nekad dužnost pregovaranja proizlazi iz samog sporazuma stranaka. U ugovorima se često može naći odredba da su stranke dužne „nastojati sporove rješavati sporazumno/mirnim putem". Stranke u ugovoru mogu preciznije odrediti koje su radnje dužne poduzeti u svrhu ispunjenja ove ugovorne dužnosti, primjerice pokušati spor riješiti u medijaciji ili pred posebnim tijelom.[30] Ako stranke pobliže ne odrede način izvršenja ugovorne dužnosti, takvu bi načelnu ugovornu odredbu trebalo tumačiti kao dužnost provođenja strukturiranih pregovora u skladu sa sporazumom stranaka, za što sad postoji i izričito zakonsko ovlaštenje (čl. 11. st. 1. ZMRS-a).

Posebni zakoni samo iznimno propisuju da se pretprocesna dužnost stranaka sastoji u provođenju medijacije. U kolektivnim radnim sporovima, u slučaju sporova koji mogu dovesti do štrajka ili drugog oblika kolektivne akcije, stranke su prethodno dužne spor pokušati riješiti u medijaciji (čl. 206. ZOR-a). U individualnim radnim sporovima medijacija može biti obvezna ako je stranke ugovore, odnosno ako je zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu predviđen postupak mirnoga rješavanja nastaloga spora koji mora prethoditi sudskoj zaštiti prava radnika (čl. 133. st. 4. u vezi s čl.

[27] Narodne novine, br. 144/12, 153/13, 78/15, 110/19. I ovdje je tek sudska praksa protumačila da pravo na naknadu štete prestaje ako se prethodno u roku ne podnese zahtjev davatelju poštanskih usluga. Doduše, u odluci Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Pž-4282/2022-2 od 19. listopada 2002., spominje se odbijanje tužbenog zahtjeva jer (više) ne postoji pravo na naknadu štete. Da je ta činjenica utvrđena prilikom odlučivanja o procesnim pretpostavkama, možda već i prilikom prethodnog ispitivanja tužbe, smatramo da je postojala osnova za odbačaj takve nepravovremene tužbe (čl. 282. ZPP-a). Čini se da je u konkretnom predmetu ta činjenica utvrđena nakon provedenog dokaznog postupka pa je imalo smisla dati prednost jačoj zaštiti (o konkurenciji razloga za odbačaj, odnosno odbijanje tužbenog zahtjeva, v. Triva, Dika, Građansko parnično procesno pravo, 31.

[28] Narodne novine, br. 99/18, 32/19, 32/20.

[29] Narodne novine, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 64/23 (dalje: ZOR). U sudskoj praksi je to prepoznato i ranije, ali nakon Novele ZPP-a iz 2019. Više nema dvojbe da se tužba može odbaciti kad se ne provede postupak radi mirnog ili drukčijeg ostvarivanja prava „kad se bez njegova provođenja ne može ostvarivati pravo pred sudom".

[30] Npr. pred Vijećem za rješavanje sporova u građevinskim ugovorima prema FIDIC-u. V, stranicu FIDIC-a, pristup 7. rujna 2023., https://fidic.org/).

205. ZOR-a). U brojnim obiteljskim sporovima (razvod braka koji uključuje maloljetno dijete, sporovi u vezi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom), stranke su prije podnošenja tužbe dužne sudjelovati u tzv. obveznom savjetovanju (čl. 322. Obiteljskog zakona).[31] Iako obvezno savjetovanje nije medijacija, sadržajno se djelomično preklapa sa onime što ZMRS naziva informativnim sastankom o medijaciji (čl. 10. st. 2. ZMRS-a).[32] Medijacija kao takva, odnosno prvi sastanak medijacije, obvezan je, barem još neko vrijeme,[33] samo u sporovima radi razvoda braka koji uključuje maloljetno dijete, pod uvjetom da se stranke nisu već tijekom obveznog savjetovanja dogovorile o planu o zajedničkoj roditeljskoj skrbi (čl. 320. st. 3. ObZ-a).

ZMRS je unio značajnu novinu jedino u sporove radi naknade štete koji ne proizlaze iz radnih odnosa (čl. 9. st. 1. ZMRS-a). Neizvršavanje dužnosti obvezne pretprocesne komunikacije u takvim sporovima dovodi do pravnih posljedica predviđenih ZMRS-om (v. *infra*) iako neće izravno spriječiti tužitelja u podnošenju tužbe. Naime, obvezni pretprocesni pokušaj mirnog rješenja spora nema značenje procesne pretpostavke pa sud neće odbaciti tužbu ako tužitelj nije ispunio svoju pretprocesnu dužnost. Čini se da je tijekom donošenja ZMRS-a otpala izvorna ideja da se takav oblik pretprocesne dužnosti, na tragu načela lojalne suradnje, protegne na sve sporove. To ne bi trebalo tumačiti kao poziv da se u ostalim postupcima tužba podnosi bez ikakve pretprocesne komunikacije.[34]

3.2. Iznimke od pretprocesne dužnosti i pravo na pravično suđenje

Beziznimno inzistiranje na pretprocesnim dužnostima može imati ozbiljne reperkusije na ustavno i konvencijsko pravo stranaka na pristup sudu. Pristup sudu znači da stranka može zahtijevati od suda zaštitu svojih prava, i to bez uvjeta

---

[31] Narodne novine, br. 103/15, 98/19, 47/20, 49/23.

[32] Obvezno savjetovanje prije svega je usmjereno na dijete jer osvještava roditelje o važnosti donošenja sporazumnih odluka o djetetu. Ujedno se koristi kako bi se roditelji upoznali s prednostima rješavanja spora u obiteljskoj medijaciji umjesto u sudskom postupku (čl. 321. ObZ-a). Na neki način je riječ o kontinuitetu nekadašnjeg posredovanja do kojeg je dolazilo u tijeku sudskog postupka radi razvoda braka. Slađana Aras Kramar, „Obiteljska medijacija“, u: *Suvremeno obiteljsko pravo i postupak*, ur. Branka Rešetar et al. (Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2017.), 300.

[33] Ova dužnost prestaje 1. siječnja 2024., s obzirom da je Ustavni sud Republike Hrvatske ukinuo odredbe koje se tiču obveznog sudjelovanja na prvom sastanku obiteljske medijacije. Za kritiku ove odluke, v. *infra* bilješku 38.

[34] Nužnost njezina provođenja je, naime, implicirana u čl. 10. st. 1. ZPP-a. Ona posredno proizlazi iz drugih zakonskih pravila, primjerice pravila da tužitelj ne može ostvariti pravo na naknadu sudskih troškova ako tuženik njegov tužbeni zahtjev prizna prije upuštanja u raspravljanje (čl. 157. ZPP-a). Tako Uzelac i Brozović, Zakon o mirnom rješavanju sporova, 5.

financijske i slične naravi koji bi to pravo učinili iluzornim.[35] Dužnost provođenja postupaka čija je svrha pokušaj mirnog rješenja spora može predstavljati jedno ograničenje prava na pristup sudu jer su stranke dužne poduzeti određene radnje prije nego što su ovlaštene obratiti se sudu, a u suprotnom riskiraju nepovoljne pravne posljedice.[36]

U slučajevima u kojima su se stranke samoinicijativno prethodno obvezale spor riješiti mirnim putem u pravilu ne možemo govoriti o nerazmjernom ograničenju prava na pravično suđenje. Primjerice, ako je u ugovoru predviđeno da su stranke dužne eventualne sporove u vezi s izvršenjem ili valjanosti ugovora pokušati riješiti mirnim putem, ograničenje prava na pristup sudu izraz je slobodne volje stranke, a u praksi Europskog suda za ljudska prava prepoznato je da se stranke mogu odreći jamstava propisanih čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: EKLJP).[37] S druge strane, kad je dužnost provođenja strukturiranih pregovora ili prvog sastanka medijacije propisana zakonom, situacija je bitno drukčija.

Je li prilikom propisivanja obveznog pretprocesnog pokušaja mirnog rješenja spora došlo do nerazmjernog ograničenja prava na pristup sudu ovisi o više elemenata koji nisu jasno definirani u praksi Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) i Suda Europske unije (dalje: EU). Iako ima ustavnih sudova koji su sam obvezni pokušaj mirnog rješenja spora ocijenili suprotnim pravu na pristup pravosuđu,[38] nadnacionalni sudovi ipak su prepoznali opravdanost takvih postupaka i identificirali neke kriterije koji se mogu koristiti prilikom ocjene je li ograničenje tog prava nerazmjerno. Najjasnije kriterije dao je Sud EU u predmetu *Rosalba Alassini* u kojem je posredno tumačio predstavlja li propisivanje obvezne medijacije uoči pokretanja postupka nerazmjerno ograničenje prava na pristup

[35] Alan Uzelac, „Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60, br. 1, 2010., 107-108. V. presude Europskog suda u predmetima *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (4451/70 od 21. veljače 1975.) i *Airey protiv Irske* (6289/73 od 9. listopada 1979.).

[36] Shirley Shipman, „Alternative dispute resolution, the threat of adverse costs, and the right to acccess to court“, u The Civil Procedure Rules Ten Years On, ur. Déirdre Dwyer (Oxford: Oxford University Press, 2012.), 341.

[37] Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17. Štoviše, takvo odricanje ne mora biti ni izričito (v. npr. odluku u predmetu Suovaniemi protiv Finske (31737/1996 od 23. veljače 1999.).

[38] Tako npr. Ustavni sud Rumunjske u odluci br. 266/2014. od 7. svibnja 2014. Nažalost, takvoj paušalnoj ocjeni nedavno se pridružio i Ustavni sud RH (odluka U-I/3941/2015 od 18. travnja 2023., posl. br., para. 41). Ustavni sud RH u potpunosti je neargumentirano ukinuo odredbu o prvom sastanku obiteljske medijacije, tvrdeći da je time narušeno načelo dobrovoljnosti medijacije, čime je ujedno pokazao da ne razumije (ili ne želi razumjeti) koja je svrha i sadržaj prvog sastanka medijacije. Stranke su, naime, dužne sudjelovati samo na prvom sastanku koji ima informativni karakter i tek treba dovesti do očetka medijacije. Ustavni sud RH se također paušalno pozvao na povredu prava na pristup sudu, citiravši odluke Europskog suda za ljudska prava koje činjenično nemaju veze s tom zakonskom odredbom i u potpunosti zanemario spomenute relevantne odluke Suda EU.

pravosuđu. Osim što je Sud EU potvrdio da je riječ o legitimnom cilju i podržao postupke mirnog rješavanja sporova koji se sami po sebi ne protive Direktivi o mirenju,[39] definirao je situacije u kojima bi se moglo smatrati da je ograničenje nerazmjerno:

- ako stranke nemaju kontrolu nad postupkom i postupak može biti okončan obvezujućom odlukom za stranke (*kriterij dobrovoljnosti postupka*)
- ako je postupak toliko dugotrajan da značajno dulje vrijeme sprječava stranku u pokretanju sudskog postupka (*kriterij dugotrajnosti postupka*)
- ako provođenje postupka ne prekida tijek zastarnog roka, zbog čega stranka sudjelovanjem u postupku riskira nemogućnost ostvarivanja svojeg prava u okviru sudskog postupka (*kriterij mogućnosti naknadnog pokretanja sudskog postupka*)
- ako sudjelovanje u postupku je povezano sa značajno velikim troškovima (*financijski kriterij*)
- ako se postupak može provoditi isključivo elektroničkim putem (*kriterij oblika postupka*)
- ako provođenje postupka od utjecaja je na mogućnost donošenja rješenja o privremenim mjerama (*kriterij mogućnosti osiguranja prava*).[40]

Kasnije je sud EU u predmetu *Menini* identificirao dodatne kriterije koji vrijede u potrošačkim sporovima. Tako bi suprotnima pravu na pristup pravosuđu, a i Direktivi o rješavanju potrošačkih sporova,[41] ocijenio postupke u kojima se stranke ne mogu u svakom trenutku povući iz postupka (čime je zapravo potvrdio kriterij dobrovoljnosti) te postupke u kojima potrošače obvezno treba zastupati odvjetnik (*kriterij obvezatnosti odvjetničkog zastupanja*).[42] Ovdje bi svakako trebalo spomenuti i odluku ESLJP-a u predmetu Momčilović protiv Hrvatske u kojima je i ESLJP, prilikom ocjenjivanja opravdanost obveznog pretprocesnog pokušaja mirnog rješenja spora u povodu tužbe protiv RH; kao kriterije ograničenja čl. 6. EKLJP-a također spomenuo dugotrajnost mogućnost naknadnog pokretanja sudskog postupka.[43]

---

[39] Direktiva 2008/52/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2008. o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovačkim stvarima (SL L 136/3).

[40] *Rosalba Alassini v. Telecom Italia SpA* (C-317/08: ECLI:EU:C:2010:146).

[41] Direktiva 2013/11/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2013. o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova i izmjeni Uredbe (EZ) br. 2006/2004 i Direktive 2009/22/EZ (Direktiva o ARPSu)(SL 2013., L 165, 63.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 28., 214.) i Direktiva 2008/52/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2008. o nekim aspektima mirenja u građanskim i trgovačkim stvarima (SL 2008., L 136, 3.). (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 9., str 281.).

[42] Predmet *Livio Menini and Maria Antonia Rampanelli v Banco Popolare* (C-75/16: ECLI:EU:C:2017:457), para. 71.

[43] Momčilović protiv Hrvatske (11239/11 od 26. ožujka 2015.), para. 52-53.

Jedna situacija u kojoj bi se također moglo smatrati da je pravo na pristup pravosuđu nerazmjerno ograničeno jest ona u kojoj uspjeh takvog postupka nije izgledan (*kriterij prikladnosti postupka*).[44] Prisiljavanje stranke na provođenje takvog postupka doista može biti nerazumno, a time i suprotno pravu na pravično suđenje, ako određene okolnosti upućuju da među strankama ne postoji minimalna razina ravnopravnosti koja bi mogla garantirati uredno provođenje postupka mirnog rješavanja spora. Očigledan primjer bila bi prisutnost nasilja.

Upravo je kriterij prikladnosti postupka onaj koji je korišten u ZMRS-u. Slično kao u ObZ-u,[45] pretprocesna dužnost ne postoji u slučajevima kad zbog nasilja nije razumno očekivati da će stranke ispunjenjem te dužnosti postići mirno rješenje spora ili kad tužitelj, unatoč svim naporima, nije saznao prebivalište odnosno boravište druge stranke (čl. 9. st. 6. ZMRS-a). Iako bi povezanost s pravom na pravično suđenje implicirala primjenu tih općih kriterija na sve postupke u kojima postoji pretprocesna dužnost, čini se je to ZMRS, nažalost, isključio i ograničio samo na pretprocesne dužnosti uvedene tim zakonom.[46] Ipak, ako posebni zakoni ne sadrže odredbe o tome kad pretprocesni pokušaj mirnog rješenja spora nije obvezan, a riječ je o sporovima radi naknade štete koji ne proizlaze iz radnih odnosa, nema razloga da se ta odredba kao opće pravilo ne primijeni i u tim postupcima.

4. NAČINI IZVRŠENJA PRETPROCESNE DUŽNOSTI POKUŠAJA MIRNOG RJEŠENJA SPORA

Pretprocesna dužnost propisana posebnim propisima izvršava se na način i u vrijeme određeno u tim propisima. Međutim, te odredbe rijetko preciznije određuju konkretne radnje kojima se te dužnosti izvršavaju. Primjerice, u slučaju povrede prava iz radnog odnosa, radnik treba poslodavcu podnijeti zahtjev za ostvarivanje tog prava (čl. 133. st. 1. ZOR-a). Dostava (u pravilu) preporučenom poštom implicira nužnost pisane forme, no ne znamo što će se u komunikaciji između stranaka dalje događati, osim da postoji mogućnost da se poslodavac na taj zahtjev pisano očituje (čl. 133. st. 2. ZOR-a). Možda najviše detalja o pretprocesnim dužnostima sadrže odredbe ZPP-a kojima je uređena tužba protiv RH. Tužitelj koji podnosi tužbu

[44] Tako npr. u kotekstu engleskog postupka v. Odluku Vrhovnog suda Engleske i Walesa u predmetu *Halsey v Milton Keynes General Trust NHS,* EWCA Civ 576 od 11. svibnja 2004.

[45] Čl. 332. ObZ-a spominje i poslovnu nesposobnost kao dodatan razlog nepostojanja pretprocesne dužnosti.

[46] Osim što se u čl. 9. st. 1. ZMRS-a spominju sami sporove radi naknade štete koji ne proizlaze iz radnih odnosa, u čl. 9. st. 2. ZMRS-a spominje se mogućnost da posebni propis propiše drukčiji način ispunjenja pretprocesne dužnosti.

protiv RH dužan je nadležnom državnom odvjetništvu podnijeti takav zahtjev koji ujedno sadrži sve sastojke kao i tužba (čl. 186.a st. 1. i 2. ZPP-a). Kako bi postupak trebao izgledati nakon podnošenja zahtjeva nije zakonom precizno određeno, no minimalno je za očekivati da će stranke izravno pregovarati o sklapanju nagodbe, a nije isključeno i da se sporazumiju o rješavanju spora u medijaciji ili čak u arbitraži.[47] Slično bi vrijedilo u bilo kojoj drugoj situaciji u kojoj posebni zakon od stranaka očekuje pretprocesnu komunikaciju, odnosno da jedna drugoj uoči pokretanja parničnog postupka upućuju određene zahtjeve.

ZMRS detaljno propisuje način ispunjenja pretprocesne dužnosti uoči podnošenja tužbe radi naknade štete koja ne proizlazi iz radnih odnosa. Iako je odredba kompleksna i sadrži niz nepotrebnih formalnih elemenata, iz historijata donošenja ZMRS-a moglo bi se zaključiti da postoje dva načina ispunjenja pretprocesne dužnosti.[48] Stranke mogu sudjelovati u medijaciji, odnosno strukturiranim pregovorima sukladno svojem sporazumu (čl. 9. st. 2. al. 1. u vezi s čl. 11. st. 1. i čl. 13. ZMRS-a) ili se mogu ograničiti na minimalnu pretprocesnu komunikaciju razmjenom informacija o osnovnim elementima spora (čl. 9.s t. 2. al. 2. ZMRS-a).

Što se tiče prvog načina, čini se da je ZMRS spominjanjem „bezuspješnog" okončanja postupka mirnog rješavanja spora nepotrebno otvorio niz pitanja. Ako su se stranke nagodile samo o dijelu zahtjeva, jesu li stranke ispunile svoju pretprocesnu dužnost? Jesu li je ispunile ako nisu postigle nagodbu, ali su možda postigle sporazum oko pravne osnove zahtjeva ili nekih činjenica koje su bile sporne do tog trenutka? Na sva bi ova pitanja trebalo odgovoriti pozitivno. Pretprocesna komunikacija doprinosi razumijevanju predmeta spora i njegove činjenične i pravne osnove te može bitno skratiti parnični postupak.

Iz tog razloga bi u pravilu svaki pokušaj medijacije, neovisno kako je ona dovršena (čl. 19. ZMRS-a), trebalo smatrati ispunjenjem pretprocesne dužnosti. Ako je dovršena sklapanjem nagodbe, daljnja mogućnost provođenja parničnog postupka ovisila bi o načinu njezina sklapanja. Ako bi bila sklopljena u obliku javnobilježničkog akta, sudske nagodbe ili nagodbe pred arbitražnim sudom, mogla bi predstavljati procesnu smetnju za vođenje postupka (*arg. ex* čl. 286. st. 2. ZPP-a).[49] Sklopljena izvan takve posebne forme mogla bi predstavljati jedino izvansudsku nagodbu koja, sama po sebi, ne bi sprječavala provođenje parničnog postupka, ali bi se mogla, uz pridržavanje zakonom propisanih ograničenja,

[47] Mihajlo Dika, Tužba, 62.

[48] Tako i Uzelac, Brozović, Zakon o mirnom rješavanju sporova, 9-10.

[49] To bi, dakako, ovisilo i o sadržaju nagodbe.

koristiti kao dokaz u tom postupku (čl. 22. ZMRS-a).[50] Ako medijacija nije dovršena sklapanjem nagodbe, u pravilu bi se trebalo smatrati da je pretprocesna dužnost ispunjena. Iz općih procesnih načela i svrhe ZMRS-a mogao bi se izvesti i suprotan zaključak ako okolnosti upućuju na to da je stranka medijaciju koristila kao puko sredstvo odugovlačenja. Primjerice, to bi mogao biti slučaj ako nije aktivno sudjelovala na sastancima ili je radnjama, koje se mogu pripisati njezinoj krivnji, odnosno slučaju koji joj se dogodio, uzrokovala odgode tih sastanaka.[51]

Je li ispunjena dužnost sudjelovanja u pregovorima sukladno sporazumu stranaka ovisilo prije svega o samom sadržaju sporazuma. Stranke su slobodne precizno ugovoriti koje su radnje, u kojim rokovima i uz sudjelovanje kojih osoba dužne poduzeti prije nego što se upuste u parnicu. Ako sporazum ne bi precizno uređivao ta pitanja, kao smjernica za tumačenje mogla bi se koristiti odredba o minimalnoj pretprocesnoj komunikaciji kao drugi način izvršenja pretprocesne dužnosti.

Najjednostavniji i minimalni oblik ispunjenja pretprocesne dužnosti, a ujedno i opći zakonom definiran oblik strukturiranih pregovora (čl. 11. st. 2. ZMRS-a), jest razmjena pisanih podnesaka u kojima stranke jedna drugu obavještavaju o svim bitnim elementima spora – zahtjevima, prigovorima, činjenicama i dokazima na kojima se ti zahtjevi i prigovori temelje. Sadržaj podneska ne mora se preklapati sa sadržajem tužbe, ali mora sadržavati dovoljno informacija da bi se protivnik mogao orijentirati te donijeti odluku hoće li se i u kojoj mjeri upustiti u sudski postupak.[52] U tim podnescima stranke mogu jedna drugoj uputiti i ponude za rješavanje spora u medijaciji, što je protivna stranka samo iznimno ovlaštena odbiti.[53] S obzirom da komunikacija pretpostavlja dijalog, a da ujedno jedino tako doista ima potencijal ostvariti svoju svrhu, važno je da stranka omogući drugoj strani da se očituje na navode protivnika.[54] Očekivano je da će impuls za pretprocesnu komunikaciju u pravilu dati tužitelj, no to može biti i tuženik ako njegov pisani podnesak ispunjava sadržajne i formalne uvjete koje traži ZMRS, pogotovo ako sadrži ponudu za rješavanje spora u medijaciji. Razmjena pisanih podnesaka je okončana i tužitelj može bez ikakvih pravnih posljedica pokrenuti parnični postupak ako su stranke

[50] Čak i ako udovoljava uvjetima da bi se mogla smatrati ovršnom ispravom (čl. 20. ZMRS-a), ona sama po sebi ne bi mogla imati značenje *res iudicatae*.

[51] Ovo bi proizlazilo iz načela zabrane zloupotrebe procesnih ovlaštenja (čl. 9. ZPP-a) načela lojalne suradnje (čl. 10. ZPP-a). Jasno je da bi od ovakvog postupka prije svega mogao imati koristi tuženik. Nažalost, u ZMRS-u je izostala bilo kakva konkretna sankcija za takvo ponašanje, što savjesne tužitelje stavlja u nezavidan i neravnopravan položaj (v. *infra*).

[52] ELI UNIDROIT, 96, Pravilo 52, para. 3.

[53] Stranka koja bez opravdanog razloga odbije ponudu nije ispunila svoju pretprocesnu dužnost (*arg. ex* čl. 9. st. 5. i 6. ZMRS-a).

[54] Dakako, tu je dužnost dužna ispuniti samo jednom. U suprotnom bi se stranka našla u apsurdnoj situaciji da vječno odgovara na dopise druge strane, ostajući tako „zarobljena pred vratima pravde."

jedna drugoj uputile podneske, a da pritom nijedna stranka nije odbila ponudu druge strane da se spor riješi u postupku mirnog rješavanja sporova.[55]

Da bi ostvarila svoju zakonom zamišljenu svrhu, važno je da opisana razmjena pisanih podnesaka ne bude puka formalnost. Ako stranke angažiraju odvjetnike, a čini se da je to često slučaj,[56] važan početni impuls za pretprocesnu komunikaciju mogu dati kvalitetno formulirane opomene pred tužbu. Brisanje dužnosti odvjetnika da prije pokretanja postupka u pravilu opomenu protivnu stranku (bivši čl. 77. Kodeksa odvjetničke etike), ne bi trebalo shvatiti kao poziv da se ta praksa u potpunosti dokine. Uostalom, poticanje stranaka na mirno rješenje spora i dalje je etička dužnost odvjetnika (Pravilo 51 Kodeksa odvjetničke etike).[57] S obzirom da ta dužnost postoji „ako je to u interesu stranke", sazrijelo je vrijeme da se prilagodi i klasičan pristup u odnosu sa strankom.[58] Pritom se možda čini da će financijski interesi odvjetnika uvijek usmjeriti spor prema parnici, no to uopće ne mora biti slučaj. Poticanje stranaka na mirno rješavanje spora i zastupanje u medijaciji ima potencijal za daljnji angažman u budućnosti te, posljedično, uvećanje prihoda.[59]

5. PRAVNE POSLJEDICE PASIVNOSTI STRANAKA

Iako je obvezni pretprocesni pokušaj mirnog rješenja spora procesna dužnost prije svega zato što njegovo nepoduzimanje dovodi u pitanje ostvarivanje prava drugih stvarnih i potencijalnih stranaka te funkcioniranje samog pravosudnog sustava, ništa ne potvrđuje da je riječ o procesnoj dužnosti u punom smislu te riječi kao pravne posljedice koje brojna zakonodavstva u Europi i svijetu predviđaju za njezinu povredu. One se mogu sastojati u:

- u odbačaju tužbe, odnosno, u nemogućnosti ostvarivanja sudske zaštite,
- zastoju postupka dok ne bude proveden postupak mirnog rješavanja sporova, te

---

[55] To će u pravilu biti medijacija, ali načelno dolaze u obzir bilo koji drugi postupci, uključujući neutralnu procjenu. Ona je bila dijelom nacrta ZMRS-a koji je upućen u javno savjetovanje. ZMRS i dalje u čl. 4. st. 1. t. 1. omogućuje daljnji razvoj i takvih kvazi-adjudikativnih metoda rješavanja sporova (Alan Uzelac, „Mirenje kao alternativa suđenju", u *Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovim*a, ur. Alan Uzelac et. al. (Zagreb: Tim Press, 2004.), 19-20.),

[56] Juraj Brozović, Doktorska disertacija, 73-74.

[57] Narodne novine br. 64/07., 72/08., 64/18., 52/21., 83/21., 81/22.

[58] Fokusiranje isključivo na pozicije i pravne norme, bez pokušaja identifikacije potreba i interesa stranaka, nije dobra osnova za uspješno mirno rješavanje sporova.

[59] Marjorie Mantle, *Mediation. A practical guide for lawyers*. 2. izd. (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2017.), 8.

- u nemogućnosti ostvarenja prava na naknadu sudskih troškova, neovisno o eventualnom uspjehu u sporu (eng. *adverse cost sanctions*),[60]

U hrvatskom je procesnom zakonodavstvu pravna posljedica neizvršavanja pretprocesnih dužnosti uglavnom odbačaj tužbe (v. *supra*). Tijekom parničnog postupka može doći do privremenog zaustavljanja procesnih aktivnosti u svrhu pokušaja mirnog rješenja spora iako ne u vezi s neizvršavanjem pretprocesnih dužnosti.[61] Ako sud stranke uputi na medijaciju jer na to upućuje zakon ili okolnosti spora, a one na prvom sastanku medijacije ne sudjeluju, parnični se postupak može nastaviti, ali stranka koja nije sudjelovala na prvom sastanku medijacije ne može ostvariti pravo na naknadu sudskih troškova (čl. 186.d ZPP-a).

U sporovima radi naknade štete koji ne proizlaze iz radnih odnosa ZMRS je uveo rješenje na koji se supsidijarno primjenjuje čl. 186.d ZPP-a.[62] Sudjelovanje u nekom od postupaka mirnog rješavanja spora ili izvršavanje minimalnih pretprocesnih dužnosti (čl. 9. st. 2. ZMRS-a) nema značenje procesne pretpostavke, već je jedina posljedica da će sud stranku koja nije ispunila svoju pretprocesnu dužnost uputiti na prvi sastanak medijacije koji ZMRS naziva informativnim sastankom o medijaciji (čl. 10. st. 1. ZMRS-a).[63] Svrha tog sastanka je razmijeniti informacije o osnovnim elementima spora i upoznati stranke s prednostima rješavanja spora u medijaciji (čl. 10. st. 2. ZMRS-a). Stranke mogu, iako nisu dužne, prihvatiti taj prijedlog, u kojem slučaju se u roku od 60 dana provodi medijacija, uz ograničenje da ona ne smije biti od utjecaja na zakazana ročišta (čl. 10. st. 1. ZMRS-a). Medijator obavještava sud i Centar o tome jesu li stranke pristupile informativnom sastanku, jesu li prihvatile prijedlog za rješavanje spora u medijaciji, te ako je odgovor potvrdan, kako je medijacija dovršena (čl. 10. st. 3. i 5. ZMRS-a). Informacija o tome jesu li stranke prisustvovale informativnom sastanku ključna je jer u slučaju izostanka s tog sastanka stranka gubi pravo

[60] Van Rhee, Mandatory mediation, 22-23.

[61] Tako je do 2013. izričiti ili konkludentan sporazum stranaka mogao dovesti do mirovanja postupka (bivši čl. 216. ZPP-a), a između 2013. i 2022. do zastoja postupka (bivši čl. 186.f i 186.g ZPP-a). Te su odredbe brisane Novelom ZPP-a iz 2022. pa sad u okviru parničnog postupka jedino može doći do faktičnog zastoja dok se ne provede medijacija prema uputi suda (čl. 186.d – 186.e ZPP-a). I u parnicama radi razvoda braka dolazilo je do faktičnog zastoja kad bi sud stranke uputio na posredovanje (čl. 46. ObZ-a/2023), no taj je institut bitno izmijenjen stupanjem na snagu novog ObZ-a 2014., odnosno 2015. U obiteljskim sporovima sad je moguć zastoj od tri mjeseca radi provođenja medijacije (čl. 338. ObZ-a).

[62] Tako posredno Uzelac, Brozović, Zakon o mirnom rješavanju sporova, 9-10.

[63] Na taj će postupak uputiti tužitelja koji se u parnicu upustio bez da je tuženiku omogućio izjašnjavanje o osnovnim elementima spora i tužitelja koji je odbio tuženikov prijedlog da se spor riješi u medijaciji ili drugom postupku mirnog rješavanja spora (*arg ex* čl. 9. st. 2 ZMRS-a). Tuženikova pasivnost u pravilu neće dovesti do upućivanja na informativni sastanak, ali sud može i takve stranke uputiti na medijaciju (čl. 10. st. 5. ZMRS-a u vezi s čl. 186.d st. 1. ZMRS-a).

zahtijevati naknadu troškova daljnjeg sudskog postupka (*arg. ex* čl. 186.d st. 9. ZPP-a).[64]

6. ZAKLJUČAK

Iako se isprva čini da je donošenjem ZMRS-a došlo do značajne izmjene pretprocesnog postupanja stranaka, pretprocesne dužnosti – koje su doista prave procesne dužnosti, a ne samo tereti – u našem zakonodavstvu postoje već dulje vrijeme. Pretprocesne dužnosti postoje da bi se svim stvarnim i potencijalnim strankama omogućilo ostvarivanje njihovih prava u postupku koji neće samo rezultirati pravilnom i zakonitom odlukom, već u kojem će broj parničnih radnji, brzina i troškovi postupka ovisiti o vrijednosti, važnosti i kompleksnosti predmeta. Sporovi koji se mogu riješiti autonomno neće nepotrebno opterećivati pravosudni sustav, a ni njegove korisnike.

Unatoč nomotehničkim nesavršenostima, ZMRS može predstavljati opći okvir mirnog rješavanja sporova u RH. Međutim, nove je odredbe nemoguće tumačiti izolirano od procesnih odredbi koje su sadržane ili u općim procesnim pravilima ZPP-a ili u posebnim zakonima kojima se uređuju specifične vrste građanskopravnih zahtjeva. Također, važno je pretprocesne dužnosti na adekvatan način uskladiti i s ustavnim i konvencijskim pravom stranaka na pravično suđenje, pri čemu je primjereno inspirirati se praksom ESLJP-a i Suda EU.

LITERATURA

1. Airey protiv Irske (6289/73 od 9. listopada 1979.).
2. Alan Uzelac, „Mirenje kao alternativa suđenju“, u Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovima, ur. Alan Uzelac et. al. (Zagreb: Tim Press, 2004.).
3. Alan Uzelac, „Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60, br. 1, 2010.
4. Alan Uzelac, „Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations“, Hungarian Journal of Legal Studies, 58, br.1 (2017.): 12-13.
5. Alan Uzelac, Juraj Brozović, „Zakon o mirnom rješavanju sporova: Korak unaprijed ili još jedna propuštena prilika?“ Portal IUSINFO, 14. lipnja 2023., https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/zakon-o-mirnom-rjesavanju-sporova-korak-unaprijed-ili-jos-jedna-propustena-prilika.

[64] V. *supra* bilješku 62.

6. Cornelis Hendrik (Remco) van Rhee, „Mandatory Mediation before Litigation in Civil and Commercial Matters: A European Perspective“, Access to Justice in Eastern Europe, 12, br. 4 (2021.): 7–24.
7. Cornelis Hendrik (Remco) Van Rhee, „Obligations of the Parties and their Lawyers in Civil Litigation“, u Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag, ur. Jens Adolphsen, et al. (München: C.H.Beck, 2014.).
8. Dieter Leipold, „Prozesförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung“, Zeitscrhift für Zivilprozess, 93, br. 3 (1980.): 240-241.
9. Direktiva 2008/52/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2008. o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovačkim stvarima (SL L 136/3).
10. Direktiva 2008/52/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2008. o nekim aspektima mirenja u građanskim i trgovačkim stvarima (SL 2008., L 136, 3.). (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 9., str 281.).
11. Direktiva 2013/11/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2013. o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova i izmjeni Uredbe (EZ) br. 2006/2004 i Direktive 2009/22/EZ (Direktiva o ARPS u)(SL 2013., L 165, 63.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 28., 214.).
12. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Međunarodni ugovori br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17.
13. Fidic, pristup 7. rujna 2023., https://fidic.org/.
14. Friedrich Lent, „Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß“, Zeitschrift für Zivilprozess, 67(1954): 348.
15. Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva (4451/70 od 21. veljače 1975.).
16. Halsey v Milton Keynes General Trust NHS, EWCA Civ 576 od 11. svibnja 2004.
17. Horst Konzen, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien (Berlin: Duncker & Humblot, 1976.).
18. James Goldschmidt, „Zivilprozessrecht“, u Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, ur. Eduard Kohlrausch, Hans Peters, (Berlin: Springer, 1929.).
19. Juraj Brozović, Priprema i organizacija raspravljanja u parničnom postupku. Doktorska disertacija (Zagreb: Pravni fakultet, 2021.
20. Katarina Knol Radoja, „Obvezno mirenje - osvrt na rješenja iz komparativnog i hrvatskog prava“, Pravni vjesnik, 31, br. 2 (2015.): 121.
21. Kodeks odvjetničke etike, Narodne novine br. 64/07., 72/08., 64/18., 52/21., 83/21., 81/22.
22. Laura Ervo, Changing Civil Proceedings - Courts Service or State Economy, u Recent trends in economy and efficiency of civil procedure: materials of international conference, ur. Federico Carpi et al., (Vilnius: Vilnius University, 2013.).
23. Leo Rosenberg, Zivilprozessrecht, 16. izd. (München: C. H. Beck, 2004.)

24. Marjorie Mantle, Mediation. A practical guide for lawyers. 2. izd. (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2017.).
25. Mihajlo Dika, Građansko parnično pravo. Tužba, VI. knjiga (Zagreb: Narodne novine, 2009.).
26. Mihajlo Dika, Građansko parnično pravo. Utvrđivanje činjenica, VII. knjiga (Zagreb: Narodne novine, 2018.
27. Momčilović protiv Hrvatske (11239/11 od 26. ožujka 2015.), para. 52-53.
28. Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/15, 98/19, 47/20, 49/23.
29. Othmar Jauernig, Burkhard Hess, Zivilprozessrecht. Ein Studienbuch (München: C.H. Beck, 2011.).
30. Predmet Livio Menini and Maria Antonia Rampanelli v Banco Popolare (C-75/16: ECLI:EU:C:2017:457), para. 71.
31. Rosalba Alassini v. Telecom Italia SpA (C-317/08: ECLI:EU:C:2010:146).
32. Shirley Shipman, „Alternative dispute resolution, the threat of adverse costs, and the right to acccess to court“, u The Civil Procedure Rules Ten Years On, ur. Déirdre Dwyer (Oxford: Oxford University Press, 2012.).
33. Siniša Triva, Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo (Zagreb: Narodne novine, 2004.)
34. Slađana Aras Kramar, „Obiteljska medijacija“, u: Suvremeno obiteljsko pravo i postupak, ur. Branka Rešetar et al. (Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2017.).
35. Srećko Zuglia, Siniša Triva, Komentar Zakona o parničnom postupku, Sv.1 (Zagreb: Narodne novine, 1957.
36. Suovaniemi protiv Finske (31737/1996 od 23. veljače 1999.).
37. UNIDROIT, pristup 7. rujna 2023., https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf.
38. UNIDROIT, pristup 7. rujna 2023., https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles/.
39. Ustavni sud RH, U-I/3941/2015 od 18. travnja 2023.
40. Ustavni sud Rumunjske, br. 266/2014. od 7. svibnja 2014.
41. Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-4282/2022-2 od 19. listopada 2002.
42. Zakon o lovstvu, Narodne novine, br. 99/18, 32/19, 32/20.
43. Zakon o mirnom rješavanju sporova, Narodne novine, br. 67/2023.
44. Zakon o obveznim osiguranjima u prometu, Narodne novine, br. 151/05, 36/09, 75/09, 76/13, 152/14.
45. Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/1991, 91/1992, 112/1999, 129/2000, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 25/2013, 89/2014, 70/2019, 80/2022 i 114/2022.

46. Zakon o poštanskim uslugama, Narodne novine, br. 144/12, 153/13, 78/15, 110/19.
47. Zakon o radu, Narodne novine, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 64/23.
48. Zuckerman, Adrian A. S., „Court Adjudication of Civil Disputes: A Public Service to be Delivered With Proportionate Resources, Within a Reasonable Time and at Reasonable Cost“, u The French Code of civil procedure (1806) after 200 years, The civil procedure tradition in France and abroad, ur. Cornelis Hendrik van Rhee, Dirk Heirbaut, Marcel Storme (Kluwer, Mechelen, 2008.).
49. Županijski sud u Rijeci, Gž-575/2022-2, 28. travnja 2022.

MANDATORY PRE-PROCESS ATTEMPT TO RESOLVE THE DISPUTE PEACEFULLY

The Amicable Dispute Resolution Act, that entered into force at the end of June of 2023, has the ambitious task of expanding the culture of autonomous dispute resolution in the Republic of Croatia. Although some form of pre-commencement obligations had already been present in the existing procedural rules, the new rules expressly introduced a pre-commencement obligation to attempt an amicable dispute settlement and regulated the legal consequences of failure to perform such obligations in the proceedings for the compensation of damages not arising from the breach of employment contract. The purpose of this paper is to offer a meaningful interpretation of the new provisions that will be harmonized with the existing procedural rules. After clarifying the theoretical basis and purpose of pre-commencement obligations, the paper explains in which type of proceedings the pre-commencement obligation exists and in which it is not the case to preserve the right of the party to a fair trial. The paper also provides an interpretation of the provisions introducing different methods of fulfillment of pre-commencement obligation, as well as the provisions regulating the legal consequences of the parties' non-compliance.

Key words: *amicable dispute settlement, pre-commencement obligations, mediation, negotiations, fair trial*