

Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 3 | Br. 3 | 2014

ČLANCI

Priznavanje pravne i stranačke sposobnosti ortaštvu
Antun Bilić

Observing the Questions of Self-determination and Secession in
the Wake of Recent Events in Kosovo, Abkhazia, South Ossetia and Crimea
Adam Šućur

Kaznenopravna zaštita računalnih sustava, programa i podataka
Ivica Kokot

KOMENTARI SUDSKE I ZAKONODAVNE PRAKSE

Ovrha na vozilima
Igor Bošković

PRIKAZI

Okrugli stol "Unapređenje obrazovanja za javnu upravu:
problemi, pretpostavke i perspektive
Iva Lopižić

Zagreb Law Review
e-Journal of Postgraduate Studies of
Faculty of Law, University of Zagreb

ISSN: 1848-6118

ZAGREBAČKA PRAVNA REVIJA

**Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu**



revija.pravo.unizg.hr

Nakladnik / Publisher

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu / Faculty of Law of the University in Zagreb

Glavna urednica / Editor-in-chief

prof. dr. sc. Zlata Đurđević

Izvršni urednik / Executive editor

Zoran Burić

Tehnički urednik / Technical editor

dr. sc. Marko Jurić

Uredništvo / Editorial board

prof. dr. sc. Ivana Grgurev, prof. dr. sc. Ivana Jaramaz Reskušić, prof. dr. sc. Davorin Lapaš, prof. dr. sc. Gordana Marčetić, prof. dr. sc. Jasenko Marin, prof. dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas, prof. dr. sc. Tamara Perišin, prof. dr. sc. Nina Tepeš, doc. dr. sc. Đorđe Gardašević, doc. dr. sc. Romana Matanovac Vučković, doc. dr. sc. Ivana Milas Klarić, Nevla Čičin Šain

Međunarodno uredništvo / International editorial board

prof. dr. sc. Gordan Kalajdžijev (Pravni fakultet Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij u Skopju), prof. dr. sc. Barbara Kresal (Sveučilište u Ljubljani), prof. dr. sc. Nele Matz-Lück (Pravni fakultet u Kielu), prof. dr. sc. Meliha Povlakić (Pravni fakultet u Sarajevu), prof. dr. sc. Charles Szymanski (Sveučilište Vytautas Magnus, Pravni fakultet), prof. dr. sc. Katja Šugman Stubbs (Sveučilište u Ljubljani), doc. dr. sc. Polonca Kovač (Fakultet za javnu upravu Sveučilišta u Ljubljani), doc. dr. sc. Vasilka Sancin (Sveučilište u Ljubljani), doc. dr. sc. Miloš Živković (Pravni fakultet u Beogradu), dr. sc. Paul Cardwell (Sveučilište u Sheffieldu), dr. sc. Mitja Grbec (Fakultet za pomorstvo i promet, Portorož), dr. sc. Jurij Toplak (Sveučilište u Mariboru), dr. iur. Nataša Hadžimanović (Institut *Max Planck*, Hamburg).

Tajnik / Secretary

Kristian Relković

Lektor / Copyeditor

prof. dr. sc. Petar Vuković

Lektor za engleski jezik / Copyeditor for English language

Mark Davies

Adresa uredništva / Editorial board contact address

Zagrebačka pravna revija
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Trg maršala Tita 14, 10 000 Zagreb

Tel: +385 1 4564 351
Fax: +385 1 4564 381
E-mail: kristian.relkovic@pravo.hr

Izdavanje časopisa dijelom je financirano sredstvima Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske

SADRŽAJ

ČLANCI

Antun Bilić

Priznavanje pravne i stranačke sposobnosti ortaštvu 237

Adam Šućur

Observing the Questions of Self-determination and Secession in the Wake of Recent
Events in Kosovo, Abkhazia, South Ossetia and Crimea 273

Ivica Kokot

Kaznenopravna zaštita računalnih sustava, programa i podataka 301

KOMENTARI SUDSKE I ZAKONODAVNE PRAKSE

Igor Bošković

Ovrha na vozilima 329

PRIKAZI

Iva Lopižić

Okrugli stol "Unapređenje obrazovanja za javnu upravu: problemi, pretpostavke
i perspektive" 361

CONTENTS

ARTICLES

Antun Bilić

Recognition of Legal and Party Capacity to Civil Law Partnership 237

Adam Šućur

Observing the Questions of Self-determination and Secession in the Wake of Recent
Events in Kosovo, Abkhazia, South Ossetia and Crimea 273

Ivica Kokot

Criminal-law Protection of Computer Systems, Programs and Data..... 301

COMMENTARIES OF LEGISLATION AND CASE-LAW

Igor Bošković

Enforcement on Motor Vehicles..... 329

REVIEWS

Iva Lopižić

Round Table Discussion on the Improvement of Education for Public
Administration: Problems, Assumptions and Prospects 361

UVODNA RIJEČ

Poštovano čitateljstvo,

Zagrebačka pravna revija završava treću kalendarsku godine svojeg postojanja, što predstavlja dostatno vrijeme za predstavljanje čitateljima rezultata analize dosadašnjeg rada uredništva i sadržaja časopisa. Od šest brojeva časopisa prvi je objavljen u rujnu 2012. godine, dva su izašla tijekom 2013., a tri u 2014. godini. Cilj je uredništva održati kontinuitet od tri broja *Revije* godišnje. Ukupno je u *Reviji* objavljeno 38 radova, od čega šest izvornih znanstvenih radova, 17 preglednih znanstvenih radova, dva prethodna znanstvena priopćenja, dva stručna rada i 11 prikaza. Prema rubrikama časopisa, broj je do sada objavljenih priloga sljedeći: 21 članak, šest komentara sudske i zakonodavne prakse te 11 prikaza. Od objavljenih 38 radova 36 ih je pisano na hrvatskom, a dva na engleskom jeziku. Navedeni podaci pokazuju da se *Revija* profilirala kao znanstveni časopis, u kojem broj znanstvenih radova daleko nadilazi broj stručnih radova i prikaza. Iako se radi o časopisu primarno namijenjenom studentima poslijediplomskog studija, uredništvo je postavilo i održalo visoke kriterije prihvatanja i klasifikacije članaka. To proizlazi iz činjenice velikog broja znanstvenih radova u ukupnom broju radova, kao i iz broja odbijenih radova, koji čini gotovo trećinu ukupno primljenih radova. Svaki primljeni prilog osim prikaza podvrgnut je najmanje dvostrukoj anonimnoj recenziji. U pravilu je jedan od recenzenata s Pravnog fakulteta u Zagrebu, a drugi s drugih pravnih fakulteta ili iz drugih znanstvenih ustanova u Hrvatskoj ili inozemstvu. Uredništvo *Revije* nastoji u postupak recenzije uključiti u najvećoj mogućoj mjeri inozemne recenzente. Znatno broj radova prolazi kroz dva kruga recenzija, često zbog opsežnih izmjena koje recenzenti zahtijevaju. U drugom se krugu nastoje zadržati isti recenzenti, a ako to nije moguće, odabiru se novi. Ovako strog postupak kategorizacije osigurava visoku kvalitetu i stručnost časopisa.

Teme koje su obrađene u do sada objavljenim radovima u *Reviji* obuhvaćaju cjelokupnu pravnu znanost, odnosno sve pravne grane. Radovi su ravnomjerno raspoređeni po različitim pravnim predmetima, što znači da je časopis prepoznat te je poslužio kao medij za objavu studentima svih doktorskih i specijalističkih studija te znanstvenicima i stručnjacima iz raznih pravnih grana i pravnih područja. Iako su kvalitetu i važnost časopisa prepoznali i drugi znanstvenici i stručnjaci, znatnu većinu autora *Revije* čine polaznici poslijediplomskog studija pravnih fakulteta te ukupno kroz svih šest brojeva njihov udio iznosi više od 65 %. Time je časopis ostvario važnu svrhu svog nastanka, koja je istaknuta i u njegovu podnaslovu - Elektronički časopis poslijediplomskih studija Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

Dakle, *Zagrebačka pravna revija* kroz tri godine svojeg postojanja ostvarila je redovitu i pravovremenu objavu šest brojeva časopisa, objavljen je velik broj kvalitetnih znanstvenih radova iz svih pravnih grana, stvorena je mreža pouzdanih i kvalitetnih domaćih i inozemnih recenzenata, *Revija* je poslužila kao časopis u kojem je velik broj

studenata poslijediplomskog studija dobio priliku za objavu znanstvenih radova, uredništvo kvalitetno, intenzivno i pravovremeno radi na pripremi pojedinih brojeva, osigurana je dvogodišnja financijska potpora Ministarstva znanosti Republike Hrvatske, *Revija* se smatra međunarodno priznatim časopisom jer ima međunarodno uredništvo i inozemne recenzente te je upisana u jednu od baza podataka znanstvenih publikacija. S obzirom na navedeno, može se zaključiti da je *Revija* ne samo opravdala razlog svog osnivanja nego je prepoznata na hrvatskoj i regionalnoj pravnoj sceni kao relevantan i dostupan medij za objavu znanstvenih i stručnih radova. Za navedena postignuća posebno su zaslužni izvršni urednik Zoran Burić i tehnički urednik dr. sc. Marko Jurić.

U ovom broju časopisa objavljena su četiri znanstvena rada i jedan prikaz. Prvi je vrstan rad *Antuna Bilića* koji se bavi problematikom priznavanja pravne i stranačke sposobnosti ortaštva u hrvatskom pravu. Autor analizira mogućnosti da ortaštvo bude stranka u parničnim postupcima polazeći sa stajališta njemačkog prava te upozorava na prednosti takva rješenja dajući vrijedne prijedloge *de lege ferenda*. Zatim slijedi iznimno zanimljiv i aktualan rad *Adama Šućura* pisan na engleskom jeziku o pitanjima samoodređenja i secesije u svjetlu nedavnih događaja na Kosovu, u Abhaziji, Južnoj Osetiji i na Krimu. Rad se temelji na praktičnoj aplikaciji dvaju nerijetko suprotstavljenih glavnih međunarodnopravnih načela: jamstva teritorijalne cjelovitosti države i prava naroda unutar njezinih granica na samoodređenje, koje u određenim slučajevima može ići do stvaranja vlastite države. Posebna je vrijednost rada kritička analiza recentnih slučajeva odcjepljenja iz aspekta njihova utemeljenja u pozitivnom međunarodnom pravu. Treći rad o kaznenopravnoj zaštiti računalnih sustava, programa i podataka napisao je *Ivica Kokot*. U njemu se na sustavan način analiziraju domaća kaznena djela protiv tajnosti, cjelovitosti i dostupnosti računalnih podataka i sustava te računalna kaznena djela iz aspekta međunarodnih instrumenata za borbu protiv kibernetičkog kriminala, kao što su Konvencija o kibernetičkom kriminalu Vijeća Europe i Direktiva o napadima na informacijske sustave Europske unije. U rubrici Sudska i zakonodavna praksa u ovom broju ponovno objavljujemo rad koji analizira domaći zakon. Riječ je o radu *Igora Boškovića* koji se detaljno, argumentirano i sveobuhvatno bavi pitanjima ovrhe na vozilima te iznosi i dokazuje tezu da su motorna vozila podoban i poželjan predmet ovrhe, ali da ga postojeći pravni okvir čini neučinovitim. Naposljetku donosimo prikaz okruglog stola „Unapređenje obrazovanja za javnu upravu: problemi, pretpostavke i perspektive“ autorice *Ive Lopižić*. Okrugli je stol održan 21. siječnja 2015. na Pravnom fakultetu u Zagrebu u suorganizaciji Pravnog fakulteta, Studijskog centra za javnu upravu i javne financije te Instituta za javnu upravu.

Nadam se da je čitateljstvo pozitivno ocijenilo naš dosadašnji rad te da će svojim vrijednim priložima i nadalje podupirati izdavanje *Zagrebačke pravne revije*.

Glavna urednica,

prof. dr. sc. Zlata Đurđević

PRIZNAVANJE PRAVNE I STRANAČKE SPOSOBNOSTI ORTAŠTVU

Izvorni znanstveni rad

UDK 347.921.1

347.72.031

347.721.1

340.5

Primljeno: 13. listopada 2014.

Antun Bilić*

Vanjsko je ortaštvo zajednica koja u pravnom prometu predstavlja više od pukog zbroya svojih članova. U odnosima s trećim osobama nositelj pravne sposobnosti može biti ili samo ortaštvo ili ortaci koji se očituju kao članovi ortaštva. Njemačko se pravo nakon dugih rasprava opredijelilo za opću pravnu sposobnost ortaštva po uzoru na javno trgovačko društvo. U hrvatskom pravu takvo shvaćanje nije moguće zbog važećih zakonskih odredaba. Postoje, međutim, situacije u kojima bi pravna sposobnost ortaštva bolje odgovorila na neke probleme koji se pojavljuju u praksi. Pravna sposobnost ortaštva olakšala bi zahvat vjerovnika u zajedničku imovinu i pridonijela očuvanju kontinuiteta ako dođe do promjene članstva. To bi se moglo postići sudačkim priznavanjem stranačke sposobnosti za potrebe određene parnice temeljem čl. 77. st. 3. Zakona o parničnom postupku. Priznavanje stranačke sposobnosti dovodi do priznavanja ograničene pravne sposobnosti u mjeri u kojoj je nužno za sudjelovanje u rezultatima parnice. Potrebe predvidljivosti i ujednačavanja sudačkih kriterija mogle bi postupno dovesti do sličnog rezultata kao i priznavanje opće pravne sposobnosti.

Ključne riječi: ortaštvo, zajednička imovina, pravna sposobnost, stranačka sposobnost, procesna legitimacija, stvarna legitimacija, jedinstveno suparničarstvo

1. UVOD

Zakon o obveznim odnosima (dalje: ZOO) u čl. 637. st. 2. definira ortaštvo kao zajednicu osoba i dobara bez pravne osobnosti.¹ Ortaštvo je zajednica osoba zbog toga što se više ortaka ugovorom obvezuje uložiti rad ili imovinu radi postizanja zajedničkog cilja (čl. 637. st. 1. ZOO-a). To odgovara osnovnoj definiciji svakog društva kao privatnopravnog udruživanja osoba, osnovanog pravnim poslom radi ostvarenja točno određenog zajedničkog cilja.² Slijedi da je ortaštvo „otvoreni razred“, u smislu da obuhvaća sva

* Antun Bilić, dipl. iur., znanstveni novak na Katedri za trgovačko pravo i pravo društava Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Ovaj je rad rezultat istraživanja provedenog za potrebe znanstvenoistraživačkog projekta *Novi hrvatski pravni sustav* Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

¹ Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08, 125/11. Tako i Barbić, J., *Društva osoba*, Organizator, Zagreb, 2002, str. 3.

² Da je ortaštvo temeljni oblik društva, vidljivo je i iz toga što se odredbe ZOO-a koje uređuju ortaštvo primjenjuju podredno na javno trgovačko društvo (čl. 69. Zakona o trgovačkim društvima, NN 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 111/12, 68/13; dalje: ZTD), komanditno društvo (čl. 132. u svezi s čl. 69. ZTD-a), tajno društvo (čl. 149. st. 2. ZTD-a), gospodarsko interesno udruženje (čl. 585. st. 2 u svezi s čl. 69. ZTD-a) i udrugu (čl. 3. Zakona o udrugama, NN 88/01, 11/02).

društva koja ne zadovoljavaju pretpostavke ni za koji drugi posebni oblik.³ Da se radi o zajednici osoba, vidljivo je i iz toga što su ortaci osobno solidarno odgovorni za obveze ortaštva (čl. 648. st. 4. ZOO-a).

Pojam zajednice dobara razjašnjen je odredbama iz kojih proizlazi da je imovina ortaštva zajednička imovina ortaka (čl. 638. st. 3. ZOO-a), da pojedini ortak ne može raspolagati svojim udjelom ni stvarima i pravima iz zajedničke imovine niti može zahtijevati njezinu diobu (čl. 641. st. 5. ZOO-a) te da tražbine ortaštva pripadaju svim ortacima zajedno (čl. 648. st. 1. ZOO-a). Iz toga proizlazi da su stvari koje pripadaju ortaštvu u režimu zajedničkog vlasništva u smislu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (dalje: ZV), što znači da su vlasnički udjeli neodređeni i neprenosivi trećim osobama.⁴ Budući da zajednička imovina ne obuhvaća samo vlasništvo nego širi skup imovinskih, a među njima i obveznih, prava, u izostanku posebnih odredaba ZV bi se analogijom trebao primjenjivati i na njih.⁵ Na taj se način dolazi do pojma „zajedničarstva“, kojim su pokriveni svi imovinski odnosi između ortaka.⁶

Za ovaj rad osobito je važna podjela ortaštava na unutarnja i vanjska. Za unutarnja ortaštva svojstveno je da ugovor o ortaštvu djeluje isključivo među članovima, dok su prema trećim osobama nositelji prava i obveza samo jedan ili nekoliko njih, a ne svi ortaci.⁷ Imovina koju steknu pojedini ortaci može postati zajedničkom tek nakon što je taj ortak prenese na ostale ortake pravnim poslom raspolaganja.⁸ Ovaj rad neće se baviti unutarnjim ortaštvima jer se ne postavlja pitanje pravne i stranačke sposobnosti oblika udruživanja, koji i ne sudjeluju u pravnom prometu. Kod vanjskih ortaštava, s druge strane, svi ortaci ulaze u obvezne odnose s trećim osobama i imovina stečena poslovanjem

³ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 5, 33. Takav odnos ortaštva prema drugim društvima izričito je propisan čl. 530. st. 2. švicarskog *Obligationenrecht* (AS 27 317).

⁴ Čl. 57. st. 1. i čl. 58. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 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). Iako je neposredno nakon uvođenja ortaštva u ZOO još bilo mišljenja da se radi o suvlasništvu, danas je u vodećoj znanstvenoj literaturi univerzalno prihvaćeno da se radi o zajedničkom vlasništvu (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 24; Barbić, J., Ortaštvo kao oblik pravnog uređenja zajedničkog poduzetništva, *Pravo u gospodarstvu* 4, 2002, str. 28; Gorenc, V., Ortaštvo ostaje zajedničko vlasništvo i nakon novog Zakona o vlasništvu, *Pravo i porezi* 1, 1997, str. 6; slično i Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2008, str. 571, koji, bez pozivanja na ZV, kažu da se radi o zajedničkoj imovini).

⁵ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 24.

⁶ Usporedbe radi, u njemačkom Građanskom zakoniku (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje: BGB; BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738; BGBl. I S. 3719) „zajedničarstvo“ (*der Gesamthand*) načelo je kojem je podvrgnuta čitava imovina ortaštva, bez posebnog izdvajanja zajedničkog vlasništva (v. Ulmer, P.; Schäfer, C. u: Habersack, M. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* – 5. svezak, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 705., para. 289. i dalje). Kao i u hrvatskom pravu, naglasak je na nemogućnosti individualnog raspolaganja. Neki autori zastupaju da je *der Gesamthand* u prvom redu zajednica osoba, a tek potom zajednica imovine koja pripada toj zajednici (Flume, W., *Gesellschaft und Gesamthand*, ZHR 1972, str. 193).

⁷ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 40.

⁸ Za hrvatsko pravo tako Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 148, koji navodi da bi ortak ono što stekne bio dužan prenijeti svim ortacima u skladu s ugovorom o ortaštvu. U njemačkom se pravu zbog toga smatra da u unutarnjem ortaštvu načelno ne nastaje zajednička imovina. Moguće je, međutim, zamisliti da ortaci u unutarnjem ortaštvu osnuju zajedničku imovinu isključivo ulozima (Ulmer, P., Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 275., 280.; Habermeier, S. u: J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2. knjiga, Sellier de Gruyter, 2003, § 705., para. 58).

ortaštva na taj način postaje *eo ipso* zajedničkom imovinom (čl. 638. st. 1. ZOO-a).⁹ Prema ZOO-u takva su ortaštva pravilo, jer ako je vođenje poslova povjereno samo nekima od ortaka, oni se smatraju opunomoćenicima ostalih, dakle sklapaju ugovore i u njihovo ime (čl. 643. st. 1. ZOO-a).¹⁰

Jedno je od bitnih obilježja ortaštva da nema pravnu osobnost (čl. 637. st. 2. ZOO-a). Nositelji prava i obveza isključivo su ortaci koji stupaju u obvezne odnose. To, međutim, ne znači da vanjsko ortaštvo ne proizvodi izravne učinke prema trećim osobama. Ako svi ortaci djeluju zajednički, oni tada predstavljaju više od zbroya svojih članova. U suprotnom bi položaj treće osobe bio isti kao da se nalazi u obveznom odnosu s više vjerovnika i više dužnika,¹¹ a zajednička imovina imala bi isključivo funkciju međusobnog osiguranja samih ortaka. Da to nije bila namjera zakonodavca, vidljivo je već iz postojanja članka 648. ZOO-a, koji uređuje specifičnosti tražbina i dugovanja vanjskog ortaštva.

Cilj je ovoga rada razmotriti položaj ortaštva u odnosu prema trećima, uočiti glavne probleme i predložiti moguća rješenja. Na početku će biti izložen razvoj njemačkog prava, u kojem je, bez izmjene zakonskih odredaba, vanjsko ortaštvo postupno steklo opću pravnu sposobnost (2.). Takav prikaz može biti vrlo instruktivan budući da ZOO uređuje ortaštvo na način usporediv s rješenjima njemačkog Građanskog zakonika¹² (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje: BGB).¹³ Nakon toga bit će razmotreno trenutačno stanje hrvatskog prava, koje, iako ortaštvu odriče pravnu sposobnost, prava i obveze ortaka u njihovu

⁹ I vanjsko ortaštvo može biti bez zajedničke imovine ako je osobnog tipa, tako da s trećima i ne sklapa ugovore kojima može steći imovinu (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 39). Upitno je bi li vanjsko ortaštvo moglo stjecati imovinu od trećih osoba, a da ta imovina ne postane zajednička, odnosno je li ugovorom o ortaštvu moguće odstupiti od režima zajedničarstva. Uvjerljiv je stav prema kojemu bi to bilo moguće (npr. tako da imovina stečena poslovanjem vanjskog ortaštva ulazi izravno u režim suvlasništva) samo ako na to pristane dužnik od kojeg ortaštvo stječe imovinu (Ulmer, P., Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 718., para. 11., § 705., para. 267.; Flume, *op. cit.* u bilj. 6, str. 184). U suprotnom bi ortaštvo svojim unutarnjim dogovorom izravno utjecalo na dužnikove obveze iz njegova odnosa s ortaštvom. Dužniku, naime, nije svejedno jesu li tražbine koje vjerovnici imaju prema njemu zajednička imovina, suvlasništvo ili individualna imovina nekog od vjerovnika (o tome više u poglavlju 3.1.). Tomu nije protivan čl. 648. st. 1. ZOO-a, koji propisuje da tražbine ortaštva pripadaju svim ortacima zajedno ako ugovorom o ortaštvu nije određeno drugačije. Pretpostavka da drugačiji režim mora biti određen ugovorom o ortaštvu ne znači da se ne traži i pristanak dužnika. Osim toga, pristanak dužnika ne bi bio potreban kad bi se radilo u unosu već postojeće tražbine kao uloga u imovinu ortaštva (čl. 639. ZOO-a).

¹⁰ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 41, 42.

¹¹ Na tom je tragu bila odredba čl. 647. st. 1. ZOO-a, uvedena Zakonom o izmjenama i dopunama ZOO-a (NN 3/94), kojim je ortaštvo prvi put uvedeno u ZOO. Spomenuta odredba propisivala je da se na tražbine i dugove ortaštva, ako drugačije nije ugovoreno, primjenjuju odredbe ZOO-a o obvezama s više dužnika ili vjerovnika. Donošenjem ZOO-a 2005. navedena je odredba nadomještena važećim čl. 648. ZOO-a. Još dok je ta odredba bila na snazi, primijećeno je, međutim, da od općeg režima obveza s više dužnika i više vjerovnika postoje mnoge iznimke, koje proizlaze iz naravi ortaštva i načela zajedničarstva (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 151 i dalje).

¹² V. bilj. 6.

¹³ Kao dodatni razlog zašto je njemačko rješenje relevantno za hrvatsko pravo moglo bi se navesti da se hrvatsko pravo društava uvelike oslanja na njemački model (Barbić, J., *Pravo društava, Opći dio*, Organizator, Zagreb, 2008, str. 100, 101). Tako su osobito društva osoba (u njemačkom pravu uređena s *Handelsgesetzbuch*, dalje: HGB, zadnje izmjene BGBI. I S. 3746), na koja se propisi o ortaštvu primjenjuju podredno, oblikovana po uzoru na njemačko javno trgovačko društvo (*die offene Handelsgesellschaft*, HGB, § 105.-160.), komanditno društvo (*die Komanditgesellschaft* § 161.-177. a) HGB-a) i tajno društvo (*die stille Gesellschaft* § 230.-237. HGB-a).

članskom svojstvu tretira drugačije nego njihova pojedinačna prava i obveze (3.). Naposljetku bit će izložena razvojna perspektiva ortaštva u hrvatskom pravu, osobito koliko sudačko priznavanje stranačke sposobnosti za potrebe određene parnice (čl. 77. st. 3. Zakona o parničnom postupku, dalje: ZPP¹⁴) može pridonijeti konstruiranju njegove pravne sposobnosti (4.).

2. PRAVNA SPOSOBNOST ORTAŠTVA U NJEMAČKOM PRAVU

U njemačkom pravu ugovor o ortaštvu definiran je kao ugovor kojim se ortaci međusobno obvezuju težiti ostvarenju zajedničkog cilja na način predviđen ugovorom, a osobito ugovorenim ulozima (§ 705. BGB-a). Ulozi i imovina stečena vođenjem poslova zajednička su imovina ortaka (§ 718. (1.) BGB-a), a ortak ne može raspolagati njezinim dijelom ni tražiti njezinu podjelu (§ 719. (1.) BGB-a). Ortak kojem je povjereno vođenje poslova zastupa ortake (§ 714. BGB-a), a za dugove ortaštva ortaci odgovaraju solidarno.¹⁵ S obzirom na to da i njemačko pravo kao temelj ortaštva predviđa zajedničku imovinu¹⁶ i solidarnu odgovornost ortaka, iako se pravna sposobnost izrijeком ne isključuje, moglo bi se zaključiti da su ortaci jedini nositelji prava i obveza.¹⁷ I postupovne odredbe njemačkog Građanskog procesnog zakona (*Zivilprozessordnung*, dalje: ZPO)¹⁸ sugeriraju takvo tumačenje određujući da je ovrha na imovini ortaštva moguća samo temeljem presude protiv svih ortaka (§ 736. ZPO-a). To ujedno odgovara tradicionalnom, tzv. individualističkom shvaćanju ortaštva, koje je prevladavalo u znanosti veći dio

¹⁴ Zakon o parničnom postupku, NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08 123/08, 57/11, 25/13.

¹⁵ Tako § 733. (1.) BGB-a govori o „zajedničkim dugovima“ (*gemeinschaftliche Schulden*). Da se radi o solidarnoj odgovornosti, v. npr. BGH od 27. 9. 1999., br. II ZR 371/98, objavljeno u NJW 47, 1999, str. 3441-3512; NZG 22, 1999, str. 1077-1132.

¹⁶ Ortaštvo austrijskog prava, čije pravo društava također slič i hrvatskom pravu, nije utemeljeno na načelu zajedničarstva, nego suvlasništva na stvarima. Suvlasništvo manje pogađa treće osobe kao vjerovnike jer mogu valjano steći suvlasničke udjele, čak i ako bi takvo otuđenje predstavljalo povredu obveza ortaka iz internog odnosa (austrijski Vrhovni sud, *der Oberste Gerichtshof*, dalje OGH, od 20. 4. 2006., br. 50b297/05w; Krejci, H., *Gesellschaftsrecht*, Band I, Manz, Beč, 2005, str. 225; Kastner, W.; Doralt, P.; Nowotny, C., *Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts*, Manz, Beč, 1990, str. 58; Jabornegg, P., *Keine Aussonderungsrechte der Mitgesellschafter einer GesbR an Miteigentumsanteilen des Gemeinschuldners bei Einbringung quoad sortem*, JBL 2000, str. 241; Hofmann, T., *Gesellschafterhaftung in der GesbR*, Linde Verlag, Wien, 2008, str. 24; Kalss, S., *Das österreichische Gesellschaftsrecht im Spiegel der Entwicklung des deutschen Rechts*, NZG, 2012, str. 162, 163; Oberhammer, P., *Die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht – eine Gesamthandgesellschaft?*, JBL, 1997, str. 635). To znači da vanjsko ortaštvo neće imati toliko izražene učinke prema trećim osobama s kojima stupa u ugovorne odnose. Upravo se činjenica da ne postoji zajedničarstvo uzima kao ključni argument zašto na austrijsko pravo nije primjenjiva njemačka sudska praksa o pravnoj sposobnosti ortaštva. U austrijskom se pravu, „iz razloga praktičnosti“, smatra da se ispunjenje tražbina ortaštva može tražiti samo zajednički, ali i onda da se pojedinom vjerovničkom pozicijom može raspolagati (Oberhammer, P., *op. cit.* u ovoj bilj., str. 633-635). Zbog toga razloga njemačko je uređenje ortaštva hrvatskom pravu bliže nego austrijsko.

¹⁷ Schmidt K., *Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig*, NJW, 2001, str. 996.

¹⁸ BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781; BGBl. I S. 3786.

dvadesetog stoljeća,¹⁹ dok se njemački Vrhovni sud (*der Bundesgerichtshof*, dalje: BGH) odbijao opredijeliti.²⁰

Iako je već prije bilo pokušaja da se vanjsko ortaštvo predstavi kao pravno sposobno,²¹ prekretnica se dogodila 29. 1. 2001. s odlukom BGH,²² kojom je ortaštvu priznata univerzalna pravna sposobnost. U tom slučaju tužitelj je, kao mjeničnog akceptanta, na isplatu tužio udruženje za izvođenje građevinskih radova,²³ po svojoj pravnoj naravi ortaštvo. Iako je drugostupanjski sud odbacio tužbu jer ortaštvo nema stranačku sposobnost, BGH je zaključio da vanjsko ortaštvo ima pravnu sposobnost u opsegu u kojem stječe prava i obveze sudjelovanjem u pravnom prometu. S obzirom na to da se stranačka sposobnost izvodi iz pravne sposobnosti (§ 50. (1.) ZPO-a),²⁴ ortaštvo je i stranački sposobno. Odgovornost ortaka za obveze ortaštva odgovarala bi akcesornoj odgovornosti članova javnog trgovačkog društva, a ne više kao dotad odgovornosti za

¹⁹ Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 994; Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 296.

²⁰ Gummert, H. u: Gummert, H.; Weipert, L. (ur.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Svezak 1., Verlag C. H. Beck, München, 2009, § 17., para. 6.; Peifer, K. N., *Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität der Gesamthand – die GbR als OHG?*, NZG, 2001, str. 296; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 994.

²¹ Osobito u znanstvenom radu Flume, W., *op. cit.* u bilj. 6, str. 177, u kojem je Flume razvio tzv. *die Gruppen-Lehre*, po kojoj bi zajednica nositelja zajedničke imovine (*der Gesamthand*) bila nositelj prava i obveza, tj. pravno sposobna. Temeljna Flumeova teza bila je da zajednica predstavlja i u osobnom i u imovinskom smislu više od zbroya njezinih članova (str. 188). Još u 19. stoljeću do sličnih je zaključaka došao Otto v. Gierke, a nakon Flumea o tome se počelo ozbiljno raspravljati i u široj znanstvenoj zajednici (Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 994, 995; Altmeppen H., *Verfassungswidrigkeit der akzessorischen Haftung in der GbR?*, NJW, 2004, str. 1564). BGH je postupno priznao sposobnost ortaštva kao takva da bude članom u drugim društvima osoba i kapitala te njegovu mjeničnu i čekovnu sposobnost (Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 300., 316., 317.; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 993). To se nazivalo ograničenom pravnom sposobnošću ortaštva (*die Teilrechtsfähigkeit*).

²² BGH od 29. 1. 2001., broj: II ZR 331/00, objavljeno u BB 2001, str. 374-379. Nakon te presude prevladalo je stajalište da je ortaštvo opće pravno sposobno, osim ako se tome ne suprotstavljaju neke njegove posebne karakteristike koje ga razlikuju od javnog trgovačkog i komanditnog društva (Gummert, H., *op. cit.* u bilj. 20, § 19., para. 21., 22.; slično i Ulmer, P., *Die höchststrichterlich „enträtselte“ Gesellschaftsbürgerlichen Rechts*, ZIP, 2001, str. 588, 589).

²³ Njem. *Arbeitsgemeinschaft* (dalje: ARGE) sliči konzorciju za izvođenje radova, koji je također po svojoj naravi ortaštvo. U njemačkom se pravu ARGE razlikuje od konzorcija po tome što je kod ARGE naglasak na zajedničkoj povezanosti i odgovornosti ortaka za radove, dok su kod konzorcija zadaci, a i odgovornost između ortaka, podijeljeni (Messerschmidt, B.; Thierau, T.; Bonn, *Die Bau-ARGE, Teil 2: Dach-ARGE, Konsortium und faktische BGB-Gesellschaft am Bau*, preuzeto s marburg.de/fb01/studium/zusatzqualifikation/privates_baurecht/vorlesungen/baurecht_materialien/ws0607_materialien/baurecht_messerschmidt/ws0607_baurecht_arge2 dana 4. 1. 2013.) Također, u ARGE-u se formira zajednička imovina, dok u konzorciju najčešće ne (Lotz B., *Der Konsortialvertrag des Anlagebaus im In- und Ausland*, ZfBR, 1996, str. 233, 234). U švicarskom se pravu ARGE i konzorcij ne razlikuju (Lotz, B., str. 233), a razliku ne bi trebalo praviti ni u hrvatskom pravu jer je konzorcij u znanstvenoj literaturi (v. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 184 i dalje) dovoljno široko postavljen da obuhvaća i ono što je u njemačkom pravu ARGE.

²⁴ Prema § 50. ZPO-a stranačku sposobnost ima onaj tko ima i pravnu sposobnost. Takva se odredba nomotehnički razlikuje od čl. 77. st. 1. ZPP-a, koji nabroja dvije kategorije onih koji su stranački sposobni – fizičke i pravne osobe.

vlastitu obvezu.²⁵ Odluka BGH označena je kao prekretnica u pravnom poimanju ortaštva²⁶ te je danas opće prihvaćena u pravnoj teoriji²⁷ i sudskoj praksi.²⁸

S obzirom na to da se radi o naglom zaokretu i čvrstom zauzimanju stava o jednom od najvažnijih teorijskih pitanja u zadnjih nekoliko desetljeća,²⁹ potrebno je razmotriti glavne razloge koji su BGH ponukali na takav postupak. BGH je primijetio da kod vanjskog ortaštva postoji određena proturječnost ili u najmanju ruku nesuglasnost između režima zajedničke imovine i solidarne odgovornosti prema trećima. Pravila o zajedničkoj imovini znače da ortaci njome mogu raspolagati samo zajednički (§ 719. BGB-a), što uključuje i raspolaganje u svrhu podmirenja dugova ortaštva prema vjerovnicima. S druge strane, ortaci odgovaraju solidarno (§ 427. BGB-a), tako da vjerovnik može birati hoće li zahtijevati ispunjenje obveze od svih ili samo nekih ortaka (§ 421. BGB-a).³⁰ Ako se zahtjev postavi prema pojedinim ortacima, oni, lako moguće, neće moći ispuniti ugovorenu činidbu jer se njezin predmet nalazi u zajedničkoj imovini.³¹ U tom bi slučaju samo odgovarali za naknadu štete svojom osobnom, odvojenom imovinom, koja često neće biti dostatna za namirenje vjerovnika. Iako temeljem solidarne odgovornosti može tužiti bilo kojeg od njih, vjerovniku je zato od odlučujuće važnosti da tuži sve ortake zajedno. Zbog

²⁵ Dotad je bila vladajuća tzv. *die Doppelverpflichtungstheorie*, prema kojoj se ortaci obvezuju zajedničkom i privatnom imovinom po dvije različite pravne osnove. Kao ortaci, zajedničkom se imovinom obvezuju zastupanjem ovlaštenih ortaka kao organa društva. Osobnom imovinom obvezuju se zastupanjem ortaka na temelju posebne punomoći, koja konkludentno proizlazi iz ugovora o ortaštvu. Te odgovornosti nisu nužno ovisile jedna o drugoj, što znači da je krug prigovora bio drugačiji nego nakon što je BGH utvrdio da je odgovornost ortaka akcesorna odgovornosti ortaštva (Kindl, J., *Abschied von der Doppelverpflichtungstheorie beider BGB-Gesellschaft*, WM 2000, str. 697 i dalje). Treba primijetiti da već ta teorija odudara od tradicionalnog shvaćanja, prema kojem su samo pojedinačni ortaci nositelji prava i obveza.

²⁶ Ulmer, P., *op. cit.* u bilj. 22, str. 585.

²⁷ Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 299. i dalje; Gummert, H., *op. cit.* u bilj. 20, § 17., para. 6. i dalje; Schöne, T. u: Bamberger, H. G.; Roth, H. (ur.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Verlag C. H. Beck, München, dana 1. 8. 2012., § 705., para. 142. i dalje; Lindacher, W. u: Rauscher, T.; Wax, P.; Wenzel, J. (ur.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 1. svezak, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 50., para. 24. i dalje; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 993 i dalje; Ulmer, P., *op. cit.* u bilj. 22, str. 585 i dalje. Ipak ima i mišljenja da takvo shvaćanje ortaštva neprihvatljivo odudara od namjera zakonodavca te da bi navedenu presudu BGH trebalo što restriktivnije tumačiti u skladu s tradicionalnom teorijom (npr. Peifer, K. N., *op. cit.* u bilj. 20, str. 296 i dalje), kao i da se ortaštvo ne može izjednačiti s javnim trgovačkim društvom u pogledu akcesorne odgovornosti članova (Canaris, C. W., *Die Übertragung des Regelungsmodells der §§ 125–130 HGB auf die Gesellschaftsbürgerlichen Rechts als unzulässige Rechtsfortbildung contra legem*, ZGR, 2004, str. 69 i dalje.)

²⁸ U svojoj novoj presudi u istom postupku BGH se nadovezao na prijašnje zaključke (BGH od 18. 2. 2002., odluka br. II ZR 331/00, objavljena u WM, 2002, str. 1207), a na njih se pozvao i njemački Ustavni sud (Bundesverfassungsgericht), našavši da se ortaštvo, kao pravno sposobni subjekt, može pozivati na ustavno jamstvo nepovredivosti vlasništva (presuda od 2. 9. 2002., odluka br. 1 BvR 1103/02, objavljena u NJW, 2002, str. 3533).

²⁹ Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 27, str. 70; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 993.

³⁰ BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. A I. 2. a).

³¹ Pojedini bi ortaci onda svakako mogli solidarno namiriti vjerovnikov sekundarni zahtjev za naknadom štete zbog neispunjenja ugovora. I tada može, međutim, biti upitno hoće li njihova odvojena imovina dostajati za namirenje vjerovnikova zahtjeva. U odvojenu imovinu ortaka ulazi, naravno i njegov udio u imovini ortaštva. Međutim, budući da on imovinom ortaštva ne može samostalno raspolagati, njegov ortački udio morao bi se prvo zaplijeniti, ugovor o ortaštvu otkazati i pristupiti radnjama potrebnima za istup iz ortaštva. Da se to nikako ne može usporediti sa zahvatom u zajedničku imovinu, v. poglavlje 3.2.

toga je i dotad vladajuća teorija razlikovala zajedničku odgovornost svih ortaka od njihove pojedinačne odgovornosti za iste dugove.³²

BGH je zaključio da pravna sposobnost ortaštva nudi praktičniji i dosljedniji model nego što je to razdvajanje dviju vrsta dugova istih ortaka. To, naravno, ne znači da je pravna sposobnost nužna posljedica zajedničkog vlasništva te da bi se, analogno, bilo koja imovinska masa u režimu zajedničarstva mogla smatrati pravno sposobnom.³³ Za vanjsko je ortaštvo svojstveno upravo da kao društvo, zajednica osoba i imovine, sudjeluje u pravnom prometu. Osobito u slučajevima u kojima se ortaštvo predstavlja prema trećima pod zajedničkim imenom, a takav je i onaj o kojem je BGH odlučivao, ne može se očekivati od vjerovnika da ortaštvo tretira kao skupinu inače potpuno odvojenih solidarnih dužnika.

BGH je ustvrdio da se tradicionalna teorija suočava s nepremostivim teškoćama posebno nakon što dođe do promjene članstva.³⁴ S obzirom na to da su nositelji prava i obveza ortaci, njezina dosljedna primjena značila bi da bi obvezni odnosi trebali biti iznova sklopljeni, odnosno potvrđeni.³⁵ Ustup tražbina još bi se dao objasniti jer za njega nije potreban pristanak vjerovnika (§ 398. BGB-a). Problem predstavljaju promjene na dužničkoj strani. Do tada se smatralo da novi ortaci pristupaju već postojećem dugu starih ortaka.³⁶ Ni pristupanje dugu ne bi se, međutim, smjelo pretpostaviti,³⁷ nego je za njega nužan poseban ugovor s vjerovnikom.³⁸ Neki su autori problem pokušali zaobići tako što su konstruirali da, prilikom promjene članstva, dugovi starog ortaka za jednu logičku sekundu prirastaju ostalim ortacima i zatim se od njih prenose na novog ortaka.³⁹ BGH je takvo „vezivanje“ dugova za imovinski udio označio kao neuvjerljivo.⁴⁰ Čak i da se takvo rješenje prihvati, vezivanje dugova uz imovinsku masu i njihov zajednički prijenos na novog člana već se sami po sebi konceptualno približavaju priznavanju pravne sposobnosti.

³² Tu se u prvom redu misli na *die Doppelverpflichtungstheorie*, koja se objašnjava u bilj. 25. Na sličnim pozicijama nalazi se i hrvatska teorija o razlici između dugova za koje se odgovara zajedničkom imovinom i onih za koje se odgovara isključivo odvojenom imovinom (v. poglavlje 3.2.).

³³ U njemačkom pravu, osim ortaštva, pod režimom zajedničarstva nalaze se i nasljednička zajednica (*die Erbengemeinschaft*) te bračna zajednica dobara (*die eheliche Gütergemeinschaft*).

³⁴ Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 297. Da je to najslabija točka tradicionalne teorije, priznaju čak i oni koji se s njom načelno slažu (Peifer, K. N., *op. cit.* u bilj. 20, str. 299).

³⁵ BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. A I. 2. b).

³⁶ Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 297.; v. i Lange, O., *Die Haftung des Gesellschafter seiner GbR für Altverbindlichkeiten*, NZG, 2002, str. 402, bilj 9.

³⁷ Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 297.

³⁸ Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 999; Lange, O., *op. cit.* u bilj. 36, str. 402.

³⁹ Zöllner, W., *Festschrift Gernhuber*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1993, str. 575, navedeno prema Peifer, K. N., *op. cit.* u bilj. 20, str. 299. Potrebno je napomenuti da BGB više nema odredbu koja bi odgovarala čl. 102. ZOO-a, tj. pristupu duga preuzimanjem neke imovinske cjeline. Odgovarajuća odredba nalazila se u § 419. BGB-a, ali je 1999. izbrisana zbog mnogih problema koje je uzrokovala u teoriji i praksi (o tome više v. u bilj. 82, a o tome da je bilo sporno može li se ta odredba primijeniti na pristupanje dugu ortaštva v. Habermeyer, S., *op. cit.* u bilj. 8, § 718., para. 14.).

⁴⁰ BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. A I. 2. b); slično Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 297., koji navodi pristup dugu kao jedan od problema tradicionalne teorije.

Upitno je, nadalje, može li se ustupom tražbina i pristupanjem dugu prenijeti čitava ugovorna pozicija dotadašnjih ortaka. BGH naglašava da je promjenu članstva posebno teško objasniti s obzirom na trajne obvezne odnose (*die Dauerschuldverhältnisse*), u kojima se nalazi ortaštvo.⁴¹ Trajni se obvezni odnosi, teže od onih čiji je cilj jednokratni, bez ostatka mogu razložiti na pojedine tražbine i dugove, koje bi onda bilo moguće ustupiti, odnosno pristupiti im. U teoriji se uglavnom smatra da se ukupnost ugovorne pozicije, osobito kod trajnih ugovornih odnosa, može prenijeti samo prijenosom ugovora, za koji bi svakako bio potreban pristanak ugovornog partnera ortaka.⁴² Priznavanje pravne sposobnosti ortaštvu razrješava taj problem utoliko što ugovornom stranom ostaje uvijek jedan te isti pravni subjekt.

BGH kao primjer da pristupanje dugu nije u stanju osigurati potreban kontinuitet navodi svoju raniju sudsku praksu.⁴³ Ugovor koji s trećom osobom sklopi neki od ortaka, a da nije bio opunomoćen (§ 714. BGB-a) obvezivao bi ostale ortake samo ako ga oni naknadno odobre (§ 177. (1.) BGB-a). Ako dođe do promjene u članstvu, postavlja se pitanje tko je ovlašten na naknadno odobrenje – onaj tko je bio ortakom u vrijeme nastanka obveze i koji i dalje odgovara svojom odvojenom imovinom ili novi ortak, koji odgovara svojim udjelom u zajedničkoj imovini. Iako bi se moglo očekivati da ugovor odobrava (i) negdašnji ortak jer je on u trenutku njegova sklapanja bio neovlašteno zastupan, BGH je već zauzeo stav da je za odobrenje ovlašten ortak koji je član ortaštva u trenutku odobrenja.

Treba istaknuti da se u njemačkom pravu, usprkos priznavanju pravne i stranačke sposobnosti, ortaštvo ne smatra pravnom osobom. To je izričito naglašeno u razmatranoj presudi BGH od 29. 1. 2001.,⁴⁴ a prihvaćeno je i u najvećem dijelu znanstvene literature.⁴⁵ Kao razlike se navode da su, za razliku od ortaštva, u društvu pravnoj osobi udjeli načelno slobodno prenosivi, da društvo pravna osoba može stjecati vlastite udjele, da je može osnovati samo jedan član, da vrijedi načelo većinskog odlučivanja i da članstvo u organima nije vezano za članstvo u društvu.⁴⁶ Te razlike ujedno predstavljaju i razlike između društava osoba i društava kapitala. U njemačkom pravu, naime, ni ostala društva osoba nemaju pravnu osobnost, iako imaju zakonom priznatu pravnu sposobnost.⁴⁷ To se

⁴¹ BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. A I. 2. b).

⁴² Bydlinski, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* – 2. svezak, Verlag C. H. Beck, München, 2012, Vorbemerkung zur § 414., para. 8. Za razliku između prijenosa cijele ugovorne pozicije i pristupa pojedinom dugu v. Bartels, K., *Die vertragliche Schuldbeitritt im Gefüge gegenseitiger Dauerschuldverhältnisse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, str. 21 i dalje. Za raspravu u hrvatskom pravu o tome mogu li se i pod kojim uvjetima preobražajna prava prenijeti cesijom v. Markovinović, H., *Ugovor o cesiji*, Zagreb, 2005, str. 103 i dalje.

⁴³ BGH od 15. 12. 1980., broj II ZR 52/80, objavljeno u NJW, 1981, str. 1213, spominje se i u Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 300.

⁴⁴ Na samom početku obrazloženja u toč. A. I.

⁴⁵ Gummert, H., *op. cit.* u bilj. 20, § 19., para. 5.; Ulmer, P.; Schäfer, C.; *op. cit.* u bilj. 6., § 705., para. 307.-309.; Ulmer, P.; *op. cit.* u bilj. 22, str. 588; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 996.

⁴⁶ Ulmer, P.; *op. cit.* u bilj. 22, str. 588.

⁴⁷ Npr. javno trgovačko društvo, § 124. (1.) HGB-a.

opravdava time što su u društvima kapitala članovi i društvo jasno odvojeni,⁴⁸ dok u društvima osoba članovi ostaju u prvom planu.⁴⁹

U njemačkom je pravu odvajanje pravne sposobnosti od pravne osobnosti moguće jer BGB poznaje posebnu kategoriju pravno sposobnog društva osoba (*die rechtsfähige Personengesellschaft*), koje nije pravna osoba i koje se, donekle cirkularno,⁵⁰ definira kao društvo osoba sposobno stjecati prava i obveze (§ 14. (2.) BGB-a). Takvo shvaćanje pravne sposobnosti usko se veže uz institut zajedničarstva (*der Gesamthand*) i predstavlja posebnost njemačkog prava, za razliku od romanskog pravnog kruga, koji pravnu sposobnost izvodi iz svojstva fizičke ili pravne osobe.⁵¹ Ipak, čak i autori koji podržavaju dualitet pravne sposobnosti i pravne osobnosti u njemačkom pravu priznaju da to vrijedi samo „dok zakonodavac ostane na dosadašnjem stajalištu”.⁵² Osim toga, s obzirom na to da njemački Ustav razlikuje samo fizičke i pravne osobe, u ustavnom smislu i ortaštvo bi bilo pravna osoba.⁵³

3. ORTACI KAO NOSITELJI PRAVA I OBVEZA U HRVATSKOM PRAVU

Za razliku od njemačkog prava, hrvatsko se zakonodavstvo izrijeком izjašnjava oko toga tko može biti nositeljem prava i obveza u vanjskom ortaštvu. Da bi bilo pravno sposobno, ortaštvo bi moralo biti fizička ili pravna osoba (čl. 17. st. 1. ZOO-a), što mu je *ex lege* uskraćeno (čl. 637. st. 2. ZOO-a). Budući da čl. 77. st. 1. ZPP-a stranačku sposobnost izvodi iz fizičke ili pravne osobnosti, ortaštvo nema ni *ius standi in iudicio*.⁵⁴ Osim toga, navedena razlikovanja njemačkog prava između društava s pravnom osobnošću i društava bez pravne osobnosti u hrvatskom se pravu svode isključivo na razlike između društava kapitala i društava osoba. Sva trgovačka društva imaju pravnu osobnost pa tako i javno trgovačko društvo, komanditno društvo te gospodarsko interesno udruženje (čl. 2. st. 1. ZTD-a). Ne postoji, prema tome, oslonac iz kojeg bi se mogla izvesti pravna sposobnost ortaštva bez priznavanja pravne osobnosti.

Nedvojbeno je da treće osobe mogu stupiti u ugovorni odnos samo s ortacima. Ipak, postavlja se pitanje na koji se način činjenica da svi ortaci zajednički nastupaju u pravnom prometu odražava na prava i obveze koje stječu? Drugim riječima, koliko su ta prava i

⁴⁸ Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 308.

⁴⁹ Peifer, K. N., *op. cit.* u bilj. 20, str. 297.

⁵⁰ Ulmer, P., *op. cit.* u bilj. 22, str. 589; Reuter, D. u: Säcker, F. J. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. svezak, Verlag C. H. Beck, München, 2012, 1. knjiga, 1. odjeljak, 2. naslov: *Juristische Personen*, para. 10.

⁵¹ Reuter, D., *op. cit.* u bilj. 50, para. 7.

⁵² Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 309.

⁵³ To je izričito prepoznao njemački Ustavni sud u svojoj odluci cit. u bilj. 28. Tako i Schmidt, K., *op. cit.*, u bilj. 17, str. 996, 997. Kad ortaštvo ne bi bilo pravna osoba u ustavnom smislu, to bi značilo da ne može uopće biti nositeljem ustavnih prava.

⁵⁴ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 21.

obveze drugačiji nego da su ih ortaci stekli iz obveza s više dužnika, odnosno više vjerovnika (čl. 41.-64. ZOO-a)?

Uz to je usko vezano i pitanje je li sudjelovanje svih ortaka dovoljna pretpostavka za nastanak posebnog kruga prava i obveza ili se traži još i subjektivni element, da treća osoba, koja sklapa ugovor s ortaštvom, zna za ortačko svojstvo svojih ugovornih partnera? Pravila ZOO-a o ortaštvu treću osobu spominju samo uzgred (čl. 647., 648. ZOO-a), a da se o tome ne izjašnjavaju. Subjektivna će pretpostavka, prema tome, ovisiti o tome koliko su značajne posljedice koje za treću osobu proizlaze iz odnosa s ortaštvom. To proizlazi iz općeg načela obveznog prava, prema kojem ugovorne strane svojim očitovanjem volje moraju obuhvatiti sve bitne sastojke potrebne za nastanak određenih posljedica.⁵⁵ Na postavljena se pitanja može najbolje odgovoriti ako se odvojeno razmotri pozicija ortaka kao vjerovnika i ortaka kao dužnika.

3.1. Ortaci kao vjerovnici

Ako su ortaci vjerovnici, posljedice načela zajedničarstva znatno pogađaju dužnika. Zbog toga se one mogu opravdati samo ako su mu se ortaci predstavili da djeluju u tom svojstvu.⁵⁶ Posljedice zajedničarstva ne bi bile toliko izražene kad bi u zajedničku imovinu ulazio samo predmet činidbe prenesen na ortake dužnikovim poslom raspolaganja. Međutim, već i sama obveza prijenosa tražbina pripada ortacima zajednički (čl. 648. st. 1. ZOO-a). To izravno utječe na položaj druge ugovorne strane. Kada se ne bi radilo o ortaštvu, bila bi valjana raspolaganja pojedinog vjerovnika kojima on s dužnikom ugovara otpust duga, obnovu ili nagodbu.⁵⁷ Slično, dužnik bi mogao prebiti dio tražbine koji otpada na nekog od vjerovnika s tražbinom koju ima prema njemu iz njihova individualnog odnosa. Ako su, međutim, vjerovnici ortaci, tražbinom mogu raspolagati samo zajednički (čl. 641. st. 5., čl. 648. st. 5. ZOO-a). Dužnik se, pri tome, ne može osloniti na pravila o stjecanju od neovlaštenika u dobroj vjeri, kao što se to često događa kad postoji

⁵⁵ Ako bi postojanje vanjskog ortaštva imalo znatne posljedice za njegova ugovornog partnera, izostanak obavještanja o ortačkom statusu značio bi da te posljedice nisu ni nastale. Ne bi bila riječ o ništetnosti, jer se ne radi o protivnosti Ustavu RH, prisilnim propisima ili moralu društva (čl. 322. ZOO-a). Ne bi bila riječ ni o poboynosti zbog zablude, jer se ne radi o tome da se sklapa ugovor *intuitu personae*, s osobom određenih svojstava (čl. 280. ZOO-a). Svaka osoba, neovisno o svojem ortačkom svojstvu, može djelovati i izvan tog svojstva i ako svoje ortačko svojstvo ne očituje, sklopljen je ugovor bez posljedica svojstvenih vanjskom ortaštvu, jer za njih nedostaje bitan sastojak. Drugim riječima, radit će se o „običnom“ ugovoru s više dužnika ili više vjerovnika, a ne o ugovoru s ortaštvom koji je pobojan zbog zablude.

⁵⁶ Usporedbe radi, takvo rješenje vrijedi u njemačkom pravu, v. Habermeyer, S., *op. cit.* u bilj. 8, § 718., para. 6., što se podjednako odnosi i na razdoblje prije nego što je vanjskom ortaštvu priznata pravna sposobnost. Također i u austrijskom pravu vanjsko društvo postoji samo kad u pravnom prometu nastupa kao društvo (Kastner, W.; Doralt, P.; Nowotny, C., *op. cit.* u bilj. 16, str. 37).

⁵⁷ U slučaju djeljivih obveza svaki od više vjerovnika mogao bi otpustiti dug u dijelu u kojem se odnosi na njega, što proizlazi iz toga što se tražbina među njima dijeli na dijelove koji imaju samostalnu sudbinu (čl. 41. st. 3. ZOO-a). U slučaju nedjeljive obveze s više vjerovnika (čl. 64. st. 2. ZOO-a) pojedini vjerovnik ne bi mogao smanjiti dužnikovu činidbu u odnosu na ostale vjerovnike, ali bi mogao (npr. u slučaju otpusta duga) raspolagati svojim vjerovničkim statusom. Ako se tražbina nalazi u zajedničkoj imovini ortaka, pojedini ortak ne može raspolagati ni svojim statusom imatelja takve tražbine jer je njegov dio u zajedničkoj imovini neodređen.

diskrepancija između onog na što su se strane obvezale i stvarnopravnog ovlaštenja na raspolaganje, npr. kad se jedna strana obveže prenijeti vlasništvo na stvari koja joj ne pripada.⁵⁸ Pravila o povjerenju u promet u pogledu stjecanja stvari ne mogu se primijeniti na jednak način na stjecanje tražbina.⁵⁹ Osim toga, tu se ne radi o derivativnom stjecanju tražbine od drugog vjerovnika, nego o mogućnosti raspolaganja tražbinom između osoba među kojima je tražbina nastala. Dužnik nije mogao izraziti svoj pristanak na zajedničko raspolaganje ako nije bio svjestan odnosa među vjerovnicima. Nadomještati konstitutivnost dužnikova znanja zaštitom njegove dobre vjere protivilo bi se relativnosti obveznih odnosa.⁶⁰

Valja primijetiti da je zajedničko raspolaganje kao temeljno načelo zajedničarstva odredbama ZOO-a bitno oslabljeno u pogledu ispunjenja tražbine. Budući da zajednička imovina, osim ulozima, nastaje poslovanjem vanjskog ortaštva (čl. 638. st. 1. ZOO-a) i da se svi ortaci nalaze u obveznom odnosu, moglo bi se očekivati da je dužnik obavezan ispuniti svim ortacima zajednički. Čl. 648. st. 3. ZOO-a, međutim, određuje da, prije nego što svi ili neki ortaci zahtijevaju ispunjenje, dužnik može ispuniti obvezu ortaku kojeg sam izabere.⁶¹ Ako dužnik ispuni samo jednome ortaku ili čak svima, ali po dijelovima, neće nastati zajednička imovina,⁶² nego će ortaci iz svojeg unutaršnjeg odnosa imati zahtjev prema ortacima koji su primili ispunjenje da stečeno prenesu u zajedničku imovinu.

Takvo se rješenje ne može svesti ni na opća zakonska pravila o odnosima s više vjerovnika, jer u korist dužnika još radikalnije oslabljuje obvezu skupnog ispunjenja. U slučaju djeljive obveze s više vjerovnika, dužnik ne bi mogao ispuniti kome hoće, nego svakom vjerovniku u visini njegova dijela (čl. 41. st. 1. ZOO-a). Kad bi se radilo o nedjeljivoj obvezi, dužnik bi se načelno mogao osloboditi ispunjenjem samo svim vjerovnicima zajedno (čl. 64. st. 2.

⁵⁸ Čl. 118. ZV-a, koji govori o stjecanju od nevlasnika, odnosno čl. 61. st. 2. ZV-a koji govori o stjecanju trećih osoba stvari koje su u zajedničkom vlasništvu.

⁵⁹ Markovinović, H., *op. cit.* u bilj. 42, str. 36-39.

⁶⁰ Moglo bi se činiti da su navedeni zaključci protivni čl. 648. st. 6. ZOO-a, prema kojemu se prigovor da tražbina pripada imovini ortaštva ne može istaknuti prema dužniku koji to nije znao niti mu je moralo biti poznato. Ta odredba zvuči kao da usvaja načelo povjerenja u promet u slučajevima kad treća osoba nije morala znati da ulazi u obvezni odnos s ortaštvom. Ako bi se tako protumačila, to bi moglo dovesti do očito nepravdičnih posljedica. Primjerice, dužnik sklopi ugovor s više vjerovnika, a prema nekima od njih ima vlastite tražbine iz ranijih ugovora. Iako je dužnik računao s mogućnošću prijeboja, prijeboj bi postao nemoguć nakon što ga vjerovnici obavijeste da se nalaze u odnosu ortaštva. Od tog trenutka dužnik se ne može pozivati na to da nije znao da tražbina pripada imovini ortaštva. Taj primjer jasno pokazuje zašto se načelo povjerenja u promet ne može nadomjestiti znanjem o bitnim sastojcima obveznih odnosa. Čl. 648. st. 6. ZOO-a zato treba protumačiti kao u njemačkom pravu, da se odnosi samo na slučajeve derivativnog stjecanja, tj. kad je ortaštvo tražbinu protiv dužnika steklo cesijom (Schäfer, C., u: Habersack, M. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. svezak, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 720., para. 2.). U tom se slučaju relativnost obveznog odnosa štiti cesijskim pravilima o zaštiti dužnika (o tome v. Markovinović, H., *op. cit.* u bilj. 42, str. 187 i dalje). Tada dužniku određene okolnosti uistinu nisu morale biti poznate jer se odnose na novog vjerovnika, s kojim obvezni odnos originalno nije ni nastao.

⁶¹ To pravilo podsjeća na odredbu o solidarnosti vjerovnika (čl. 55. st. 2. ZOO-a).

⁶² Takvo zaključivanje za njemačko pravo u Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 60, § 718. para. 18. Nema nikakva razloga da ono ne bi vrijedilo i za hrvatsko pravo, budući da i u njemačkom i u hrvatskom pravu zajednička imovina nastaje na jednak način, ulozima i poslovanjem vanjskog ortaštva. V. i bilj. 8 i 9.

ZOO-a).⁶³ Odredba čl. 648. st. 3. ZOO-a zbog toga se ne može iskoristiti kao argument u prilog tome da dužnik u trenutku sklapanja ugovora nije morao znati da ulazi u obvezni odnos s ortacima. Upravo suprotno, ta odredba dužniku pruža beneficij u odnosu na obveze s više vjerovnika baš zato što je sklopio ugovor s ortaštvom.⁶⁴

Nakon što to zatraži neki od ortaka, dužnik može ispuniti samo svim ortacima zajedno (čl. 648. st. 2. i 3. ZOO-a).⁶⁵ To je izravna posljedica načela zajedničarstva.⁶⁶ Treba ipak primijetiti da bi se ona mogla konstruirati i iz općih odredaba o dužnikovu ispunjenju. Čl. 164. st. 1. ZOO-a propisuje da dužnik mora ispuniti obvezu, među ostalim, osobi koju odredi vjerovnik. Vjerovnikovi razlozi pri tome nisu bitni niti moraju biti poznati dužniku. Razlika je ipak u tome što će u slučaju ortaštva dužnik znati da ortacima zahtjev pripada isključivo zajednički. Budući da je individualno ispunjenje, prije nego što ga neki od ortaka pozove, dužnikov privilegij, a ne i dužnost, treba uzeti da bi dužnik mogao odbiti ispunjenje ako bi ga neki od ortaka tražio ispunjenje isključivo za sebe, bez posebnog ovlaštenja ostalih ortaka.

Usprkos značajnom favoriziranju dužnika u pogledu ispunjenja, može se zaključiti da je ne samo stupanje svih ortaka u obvezni odnos nego i znanje dužnika o tom njihovom svojstvu konstitutivno za nastanak vanjskog ortaštva. Samo će u tom slučaju načela zajedničarstva prema trećim osobama imati prednost pred pravilima o obvezama s više dužnika i više vjerovnika.⁶⁷

⁶³ Čl. 64. st. 2. ZOO-a, istina, ne govori o dužnikovu samoinicijativnom ispunjenju, nego samo o vjerovničkom zahtijevanju zajedničkog ispunjenja. To se, međutim, mora shvatiti i u obrnutom smjeru, da se dužnik može osloboditi samo ispunjenjem svima (to sugerira i Gorenc, V. (ur.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb, 2005, str. 104 te Blagojević, B. T.; Krulj, V., *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1983, koji napominju da bi dužnik trebao predmet činidbe položiti na sud ako se vjerovnici ne mogu dogovoriti o primanju ispunjenja). U suprotnom bi se, bez ikakva opravdanja, narušili opravdani interesi vjerovnika zajednički primiti činidbu. U tom smislu jasnija je odredba § 432. BGB-a, koja izričito određuje da, u slučaju nedjeljivih obveza, dužnik može ispuniti, kao i vjerovnici tražiti, samo zajedničko ispunjenje.

⁶⁴ Može se pretpostaviti da se zakonodavac odlučio za pogodovanje dužnika jer će prema ortaku koji je primio ispunjenje ostali ortaci ionako imati zahtjev iz svojeg unutarnjeg odnosa da stečeno prenese u zajedničku imovinu. Opravdanost takva pogodovanja dužniku upitna je jer je on svjesno sklopio ugovor s ortaštvom pa nema razloga rizik prijenosa u zajedničku imovinu s njega prebacivati na ostale ortake. Zakonodavac je pri tome i nekonzistentan jer tretira prijeboj drugačije od ispunjenja, iako su oboje usporedivi načini prestanka obveze. Dužnik po svom izboru može ispuniti samo jednom vjerovniku (čl. 648. st. 3. ZOO-a), ali ne bi mogao staviti u prijeboj tražbinu koju ima isključivo prema njemu (čl. 648. st. 5 ZOO-a).

⁶⁵ Iznimka od toga postojala bi samo ako bi ortak od svih ortaka bio ovlašten sam primiti ispunjenje (čl. 648. st. 2. ZOO-a). Može se postaviti pitanje pravne naravi tog ovlaštenja. Ovlaštenje se može sastojati u punomoći i u tom slučaju ortak koji traži ispunjenje djeluje u ime svih ortaka. To ovlaštenje može također predstavljati jednostavno oslobođenje dužnika ortaštva od obveze na zajedničko ispunjenje (u skladu s čl. 164. ZOO-a). U tom bi slučaju ortak koji prima ispunjenje djelovao samo u svoje ime, a stečeno bi bio obvezan prenijeti u zajedničku imovinu ortaštva. Ako bi pak to ovlaštenje značilo da ortak može zadržati primljeno, radilo bi se o ugovoru o darovanju između vanjskog ortaštva i jednog od njegovih ortaka (čl. 479. ZOO-a, čl. 647. st. 2. ZOO-a).

⁶⁶ Tako i Barbić, J., *Imovina u društvima bez pravne osobnosti*, Liber amicorum Nikola Gavella, Zagreb, 2007, str. 84.

⁶⁷ O tome Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 66, str. 84, Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 21.

3.2. Ortaci kao dužnici

Ako s vjerovnikom nije drugačije ugovoreno, ortaci su solidarni dužnici (čl. 648. st. 4. ZOO-a), što znači da svaki od njih može, a na zahtjev i mora, u cijelosti ispuniti dug. To znači da ne postoji zajedničarstvo na dugu na način na koji postoji na tražbini. U režimu zajedničarstva može se nalaziti samo imovina, aktiva, a ne i dugovi. Vjerovniku ipak nipošto nije svejedno nalazi li se u obveznom odnosu s ortacima ili „običnim“ solidarnim dužnicima. Ako vjerovnik ishodi presudu protiv samo jednog ili nekolicine ortaka, neće se moći namiriti izravno iz zajedničke imovine ortaštva. Ortaci koji nisu obuhvaćeni presudom moći će istaknuti izlučni prigovor treće osobe koja ima određeno pravo na predmetu ovrhe da je ovrha nedopuštena (čl. 59. Ovršnog zakona, dalje: OZ⁶⁸). U slučaju da je znatan dio imovine ortaka unesen u zajedničku imovinu, lako je moguće da njihove odvojene imovine neće biti dovoljno velike da vjerovnik namiri svoju tražbinu.

Važnost izravnog zahvata u zajedničku imovinu ne umanjuje u čl. 652. st. 5. ZOO-a predviđena mogućnost da vjerovnik nekog od ortaka zaplijeni njegov udio, otkáže ortaštvo i namiri se iz ortakova prava na povrat stvari koje su dane samo na upotrebu (*quod usum*) te iz ortakova prava na otpremninu.⁶⁹ Ortakova tražbina s naslova otpremnine svodi se na sudjelovanje u ukupnoj dobiti i gubitku na dan prestanka njegova članstva (čl. 654. st. 5. ZOO-a).⁷⁰ Vjerovnik će, prema tome, moći zahvatiti imovinu samo ako je aktiva ortaštva veća od pasive, i to u onom dijelu koji na tog ortaka otpada. To ga stavlja u znatno nepovoljniji položaj nego da se, temeljem ovršne isprave protiv svih ortaka, namiri iz čistog iznosa zajedničke imovine, neovisno o dugovima.⁷¹

Pljenidba otpremnine primjeren je način namirenja za vjerovnike pojedinih ortaka iz obveznih odnosa u kojima ne sudjeluje vanjsko ortaštvo, odnosno ostali ortaci. Ti su vjerovnici ušli u odnos samo s jednim od ortaka pa ne bi ni bilo opravdano da zahvate više nego što bi to mogao ortak čiji se udio plijeni. S druge strane, taj put nije ni najmanje prikladan za vjerovnike vanjskog ortaštva jer je zajednička imovina nastala upravo zajedničkim sudjelovanjem u pravnom prometu, među ostalim i temeljem istog obveznog odnosa iz kojeg je nastala vjerovnikova tražbina. Tako bi npr. vjerovnik koji postavi zahtjev za vraćanjem zajma samo protiv nekih ortaka kao solidarnih dužnika mogao ostati bez tog iznosa, jer on ulazi u zajedničku imovinu pa se, prije eventualne pljenidbe udjela i isplate otpremnine, „obračunava“, saldira, s ukupnim dugovima ortaštva.

⁶⁸ Ovršni zakon, NN 112/12, 25/13. Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 154, 155.

⁶⁹ Više v. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 124 i dalje, str. 140.

⁷⁰ Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 126.

⁷¹ To je ujedno jedna od najvažnijih razlika između režima zajedničarstva u ortaštvu kakvo poznaju hrvatsko i njemačko pravo i režima suvlasništva, koje usvaja austrijsko pravo (v. bilj. 16). U njemačkom pravu vjerovnik također može plijeniti samo udio ortaka u dobiti ortaštva (§ 725. BGB-a, tako Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 60, § 725. para. 24.). U austrijskom Općem građanskom zakoniku (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, zadnje izmjene BGBI. I Nr. 179/2013; dalje: ABGB), s druge strane, nema posebne odredbe o vjerovničkoj pljenidbi ortačkog udjela. Budući da se ortačkim suvlasničkim udjelom može raspolagati, makar i protivno ugovoru o ortaštvu, nema razloga da se vjerovnik, kao treći, ne namiri iz čiste vrijednosti imovine koja otpada na pojedinog ortaka (Hofmann, T., *op. cit.* u bilj. 16, str. 31; Krejci, H., *op. cit.*, u bilj. 16, str. 228).

Odgovornost zajedničkom imovinom samo ako se zahtjev postavi prema svim ortacima još je jedan argument u prilog gore iznesenom stajalištu da treća osoba mora znati da stupa u obvezni odnos s vanjskim ortaštvom. Postavljajući zahtjev za ispunjenjem, vjerovnik se očituje želi li se namiriti iz zajedničke imovine ili iz odvojenih imovina pojedinih ortaka. To se razlikuje od situacije kad vjerovnik na suprotnoj strani ima obične solidarne dužnike, koji odgovaraju pukim zbrojem svojih odvojenih imovina. Kod solidarnosti dužnika nema kvalitativne razlike zahtijeva li se ispunjenje od jednog, nekolicine ili svih dužnika.⁷²

Razlikovanje zahtjeva koji su usmjereni na zajedničku imovinu od onih kojima se može zahvatiti samo odvojena imovina ortaka u interesu je svih ugovornih strana. Zbog toga treba uzeti u obzir da će katkad htjeti njima različito raspolagati. Ako vjerovnik ugovori određenu iznimku ili oslobođenje od odgovornosti samo s pojedinim ortakom, opravdano je pretpostaviti da su imali na umu isključivo njihov individualni odnos te da su ortaka htjeli osloboditi samo od odgovornosti njegovom odvojenom imovinom.⁷³ Ta iznimka ili oslobođenje ne vrijede u odnosu s vanjskim ortaštvom pa ih ne može istaknuti ni taj ortak ako je vjerovnikov zahtjev usmjeren na namirenje isključivo iz zajedničke imovine. Zato se smatra da vjerovnik može isključiti tzv. subjektivne prigovore postavljanjem zahtjeva prema svim ortacima te naglašavanjem da traži ispunjenje od ortaštva, odnosno iz zajedničke imovine.⁷⁴ Ortak bi tada mogao koristiti samo objektivne prigovore, kao što su prigovor da obveza nije nastala, da nije dospjela, da je već ispunjena ili da je prestala na neki od drugih zakonom propisanih načina, da je vjerovnik u zakašnjenju (čl. 49. ZOO-a), da je dug otpušten prema svim ortacima (čl. 45. ZOO-a) ili da obnova duga djeluje prema svim ortacima (čl. 46. ZOO-a).⁷⁵ Budući da ortak nije bilo dopušteno isticati okolnosti iz njegova individualnog odnosa s vjerovnikom, ni vjerovnik neće moći provesti ovrhu na njegovoj odvojenoj imovini.

Subjektivne prigovore ortak bi mogao s uspjehom koristiti ako vjerovnik postavi zahtjev protiv njega, nekolicine ili čak svih ortaka, ali bez naznačivanja da zahtijeva ispunjenje iz zajedničke imovine. U tom slučaju ortak u uvijek prijeti opasnost da se vjerovnik namiri (i) iz njegove osobne, odvojene imovine.⁷⁶ Subjektivni su prigovori ortaka, primjerice, da

⁷² Postavljanje zahtjeva protiv svih ortaka čini kvalitativnu, a ne samo kvantitativnu razliku jer omogućuje izravan zahvat u izdvojenu imovinsku masu. Primjera radi, ako postoje četiri „obična“ solidarna dužnika s približno jednakim imovinama, vjerovnik postavljanjem zahtjeva protiv svakog sljedećeg povećava proporcionalno imovinu koju može zahvatiti za 1/4. S druge strane, kod četiri solidarno odgovorna ortaka s približno jednakim imovinama, od kojih svaki s polovicom imovine sudjeluje u zajedničkoj imovini, postavljanjem zahtjeva protiv prva tri dužnika vjerovnik može izravno (bez pljenidbe udjela) zahvatiti maksimalno 3/8 imovine, dok obuhvaćanje posljednjeg ortaka tužbenim zahtjevom donosi povećanje raspoložive imovine za 5/8. Iz ekonomske perspektive granična dobit (u smislu sigurnosti namirenja) zahvaćanja posljednjeg ortaka daleko je iznadproporcionalna.

⁷³ Radi se, naravno, o oborivoj presumpciji. Budući da je tražbina dio vjerovnikove imovine, nema nikakva razloga zašto on ne bi mogao ugovoriti da pojedini ortak spomenutu osobitost ili oslobođenje ne može koristiti i ako je zahtjev usmjeren prema vanjskom ortaštvu. Moguće je, dapače, kao ugovor u korist trećega s pojedinim ortakom ugovoriti da se svi ortaci mogu koristiti navedenim osobitostima i oslobođenjima.

⁷⁴ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 154.

⁷⁵ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 156-158.

⁷⁶ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 155.

je obveza nastala nakon što je on prestao biti ortakom, da je s vjerovnikom ugovorio namirenje tražbine isključivo iz zajedničke imovine, da je s vjerovnikom ugovorio da će namirenje tražbine iz odvojene imovine ortaka uslijediti tek ako namirenje iz zajedničke imovine ne uspije, da je s vjerovnikom ugovorio da će prvo tražiti namirenje od nekog drugog ortaka, da prebija svoje tražbine iz ranijeg odnosa s vjerovnikom s vjerovnikovom tražbinom⁷⁷ (čl. 44. st. 2. ZOO-a), da mu je vjerovnik otpustio dug s individualnim učinkom (čl. 45. st. 2. ZOO-a), da je s vjerovnikom obnovu ograničio samo na dio obveza koji na njega otpada (čl. 46. st. 2. ZOO-a), da je s vjerovnikom sklopio nagodbu koju ostali ortaci nisu prihvatili (čl. 47. ZOO-a), da je tražbina zastarjela (čl. 51. ZOO-a), da na njega nema učinak zakašnjenje drugog ortaka (čl. 50. ZOO-a), da na njega nema učinak priznanje duga drugog ortaka (čl. 50. ZOO-a).⁷⁸ Podrazumijeva se da bi pojedini ortaci protiv kojih je postavljen zahtjev mogli koristiti i objektivne prigovore jer se oni odnose na samu narav tražbine, neovisno o subjektivnim svojstvima dužnika.

Razlikovanje zahtjeva usmjerenih prema zajedničkoj i odvojenoj imovini osobito je nužno ako se uzme u obzir praktična potreba primanja novih članova u ortaštvo, uz očuvanje njegova identiteta prema trećim osobama. Kad to ne bi bilo moguće, bile bi ugrožene tržišne pozicije mnogih vanjskih ortaštava koja imaju određeni krug stalnih klijenata (ortaštva koja vode poduzeće, npr. zajedničko obavljanje obrta). Iako bez izričitog zakonskog uporišta, u hrvatskoj sudskoj praksi i pravnoj znanosti zbog toga je nesporno da novi ortaci mogu stupiti u ortaštvo pristupom ili prijenosom udjela.⁷⁹

Za kontinuitet vanjskog ortaštva ključno je da se zahtjev koji smjera na namirenje iz zajedničke imovine može postaviti i prema novom ortaku. U suprotnom, vjerovnik se više ne bi mogao izravno namiriti iz zajedničke imovine jer bi takva ovrha bila nedopuštena (čl. 59. OZ-a). Da nije došlo do promjene ortaka, još bi se moglo uzeti da je vjerovnik sam „kriv“ što zahtjevom nije obuhvatio sve ortake. Ovako bi se vjerovnik našao u znatno lošijem položaju, a da na to nije mogao nikako utjecati. Na taj bi se način jedna od funkcija zajedničke imovine⁸⁰ kao osiguranja vjerovnika vanjskog ortaštva pretvorila u svoju

⁷⁷ Ne i da je prijeboj već izvršen, što bi bio objektivni prigovor da je obveza prestala, koji mogu koristiti i drugi ortaci (čl. 44. st. 1. ZOO-a).

⁷⁸ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 158-161.

⁷⁹ Za sudsku praksu v. VSRH Rev 1783/2010-2 od 22. 5. 2012., preuzeto s www.iusinfo.hr dana 1. 8. 2014., koji prihvaća navode nižestupanijskih sudova da je došlo do promjene ortaka u zajedničkom obavljanju obrta u obliku ortaštva (sadašnji čl. 33. Zakona o obrtu, NN 134/13). Za pravnu znanost v. Barbić J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 50-54.; Markovinović, H., *op. cit.* u bilj. 42, str. 113. Istog su stajališta i njemačko i austrijsko pravo.

⁸⁰ Zajednička imovina služi osiguranju vjerovnika jer onemogućuje raspolaganje pojedinih ortaka, a da za to nisu opunomoćeni. Kad bi ugovorom o ortaštvu bilo ugovoreno da ne nastaje zajednička imovina, vjerovnik bi za to znao jer, ako je ujedno i dužnik ortaštva, na to bi morao pristati (v. bilj. 9, kao i poglavlje 3.1.). Nastanak zajedničke imovine, naravno, ne pruža nikavu sigurnost da će ta zajednička imovina i dalje postojati. Dužnik ne može spriječiti ustup tražbina, ali ga štite cesijska pravila na način da zadržava prigovore koje bi imao prema ortacima (čl. 84. ZOO-a). Zaštitna funkcija zajedničke imovine vidljiva je i iz toga što se u fazi likvidacije iz zajedničke imovine najprije podmiruju dugovanja ortaštva, a ako su nedospjela ili sporna, u zajedničkoj se imovini ostavlja onoliko koliko je potrebno za njihovo podmirenje (čl. 658. st. 1. ZOO-a). Iako su te odredbe dispozitivne (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 182; VSRHRev-x 181/09-2 od 3. 6. 2009., preuzeto s pretraživača sudske prakse VSRH, <http://sudskapraksa.vs>

suprotnost. Vjerovnik bi se čak mogao naći u lošijem položaju nego da je u ugovornom odnosu sa samo jednim ortakom iz unutarnjeg ortaštva.⁸¹

Upitno je, međutim, po kojoj bi pravnoj osnovi novi ortak bio odgovoran za obveze nastale prije nego što je on stupio u ortaštvo, s obzirom na to da nikad nije stupio u kontakt s vjerovnikom.⁸² Treba početi od već spomenutog razlikovanja zahtjeva kojim se može namiriti samo iz zajedničke imovine i zahtjeva kojim se može namiriti i iz odvojene imovine ortaka. U skladu s dispozitivnošću obveznih odnosa, vjerovnik i ortaci mogu svojim ugovorom te zahtjeve različito oblikovati. Ako to odgovara njihovim zajedničkim interesima, katkad se takvo različito oblikovanje može i presumirati. Kao što je objašnjeno, vjerovnik ulazi u obvezni odnos s ortacima upravo s obzirom na to njihovo svojstvo. Ako dođe do promjene ortaka, vjerovniku je u interesu da mu odgovaraju ne samo osobe s kojima je sklopio ugovor nego ortaci kao nositelji zajedničke imovine. Zbog toga je opravdano pretpostaviti da on konkludentno ugovara da će mu, osim konkretnih ortaka, svojim udjelom u zajedničkoj imovini odgovarati svakodobni ortaci. To je podjednako i u interesu ortaka koji sklapaju ugovor s vjerovnikom jer smanjuje vjerojatnost da će se u budućnosti vjerovnik namirivati iz njihovih odvojenih imovina, a oni onda imati tek regresni zahtjev prema zajedničkoj imovini.⁸³ Takva bi pogodba predstavljala ugovor na teret budućih ortaka, koji njome nisu vezani sve dok ne izraze svoj pristanak (čl. 341. ZOO-a, čl. 312. ZOO-a). Novi ortaci izražavaju svoj pristanak na navedene odredbe u trenutku ulaska u ortaštvo, što dovodi do valjanog pristupanja dugu

rh.hr/supra/Default.asp?Menu=Pocetna dana 1. 8. 2014.), one znače da je vjerovniku i nakon nastupa razloga za prestanak ortaštva najoportunije zajednički tužiti sve ortake.

⁸¹ U slučaju unutarnjeg ortaštva vjerovnik nije ni mogao računati s namirenjem iz zajedničke imovine. Kod vanjskog ortaštva može se pretpostaviti da je vjerovnik računao s imovinom zajedničkog ortaštva, koja bi mu promjenom ortaka postala nedostupnom.

⁸² Jedno od mogućih rješenja bilo bi pristupanje dugu u slučaju preuzimanja neke imovinske cjeline (čl. 102. ZOO-a). Njegova je privlačnost u tome što se radi o kogentnoj odredbi koja služi zaštiti vjerovnika u slučajevima kad dolazi do prijenosa imovine na novog nositelja. Ipak, pažljivije razmatranje pokazuje da ta odredba ne može poslužiti za učinkovito uspostavljanje odgovornosti novih ortaka zajedničkom imovinom. Preuzimatelj imovinske cjeline odgovarao bi isključivo do vrijednosti njezine aktive u trenutku preuzimanja, a ne i za vrijednost za koju se ta imovinska cjelina poveća nakon tog trenutka (to, među ostalim, sugeriraju Blagojević, B. T.; Krulj, V., *op. cit.* u bilj. 63, str. 453, i Gorenc, V., *op. cit.* u bilj. 63, str. 155). U većini slučajeva nakon preuzimanja imovinska cjelina neće ni ostati izdvojena, nego će se stopiti s ostalom preuzimateljevom imovinom, npr. u slučaju prijenosa poduzeća, budući da jedan nositelj može imati samo jedno poduzeće, preneseno poduzeće postaje dijelom već postojećeg poduzeća. Za ortaštvo bi to značilo da se odgovornost novog ortaka poklapa s visinom njegova udjela u zajedničkoj imovini samo u trenutku ulaska u ortaštvo. Čim se vrijednost zajedničke imovine, a time i udjela, izmijeni, novi bi ortak s naslova čl. 102. ZOO-a odgovarao s manjom ili većom vrijednošću od svojeg udjela. Ako bi takva odgovornost bila manja, novi bi ortak opet mogao istaknuti izlučni prigovor da je ovrha na zajedničkoj imovini nedopuštena. U austrijskom se pravu za odgovornost novih ortaka djelomično zagovara primjena § 1409. ABGB-a, koji približno odgovara čl. 102. ZOO-a (Hofmann, T.; *op. cit.* u bilj. 16, str. 132-139). Valja napomenuti da ABGB nepovoljnost te odredbe za preuzimatelja ublažava kvalifikacijom da stjecatelj imovine pristupa samo onim dugovima za koje je prilikom preuzimanja znao, odnosno morao znati. Teret dokaza da je preuzimatelj znao, odnosno morao znati na vjerovniku je (Mayrhofer, H., *Das Recht des Schuldverhältnisse, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1. Abteilung – Allgemeine Lehre*, Wien, 1986, str. 530). Njemačko je pravo ukinulo odgovarajuću odredbu § 419. BGB-a jer je smatralo da nerazmjerno privilegira vjerovnika (Möschel, W., u: Rebmann, K.; Säcker, F. J.; Rixecker, R. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. svezak, Verlag C. H. Beck, 2003, München, § 419. para. 2., 7.).

⁸³ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 153.

(čl. 101. ZOO-a). Pristupanje dugu samo po sebi njima nije u interesu, ali, budući da je ortaštvo zajednica ne samo imovine nego i osoba i njihovih dugova, samo na taj način mogu steći članstvo.⁸⁴

Izložena analiza pokazuje da, iako su ortaci isključivi nositelji obveza kao solidarni dužnici, treba odvojeno promatrati njihovu odgovornost zajedničkom imovinom od odgovornosti odvojenom imovinom. Vjerovniku je od odlučujuće važnosti izravno namirenje iz zajedničke imovine i zbog toga na takav zahtjev načelno ne utječu prigovori iz njegovih odnosa s pojedinačnim ortacima kao ni promjena članske strukture ortaštva. Vjerovnik to može postići samo ako u svojem zahtjevu naznači da traži namirenje od ortaka u njihovu članskom svojstvu, odnosno iz zajedničke imovine. Takva odgovornost ortaka predstavlja paralelu zajedničarstvu na tražbinama kad ortaci nastupaju kao vjerovnici.

Hrvatsko pravo ne priznaje pravnu sposobnost ortaštvu kao takvom. Kad se, međutim, svi ortaci zajednički očituju kao vjerovnici ili dužnici, oni stječu drugačiji krug prava i obveza nego što bi ih stekli kao skup pojedinaca na istoj ugovornoj strani. Na taj se način ortaštvo i bez posebnog priznanja statusnog prava izdvaja kao oblik udruživanja koji ima čvrsto oblikovan identitet na obveznopravnoj razini.

4. PRIZNAVANJE STRANAČKE SPOSOBNOSTI ORTAŠTVU U HRVATSKOM PRAVU

Opisano stanje hrvatskog prava približno se poklapa s njemačkom tradicionalnom teorijom o naravi ortaštva prije nego što mu je priznata pravna sposobnost. Postavlja se pitanje postoji li u hrvatskom pravu mogućnost priznavanja pravne sposobnosti ortaštvu i postoji li uopće za tim potreba.

Već su izložene odredbe ZOO-a koje pravnu sposobnost vežu uz status fizičke ili pravne osobe, a ortaštvu nedvosmisleno odriču pravnu osobnost. Ondje gdje je statusno materijalno pravo restriktivno pravila postupovnog prava možda mogu ponuditi rješenje. ZPP u čl. 77. st. 3. predviđa da „parnični sud može, iznimno, s pravnim učinkom u određenoj parnici, priznati svojstvo stranke i onim oblicima udruživanja koji inače ne bi imali stranačku sposobnost, ako utvrdi da, s obzirom na predmet spora, u suštini

⁸⁴ Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 48 i dalje. To se može povezati i s čl. 641. st. 5. ZOO-a i zabranom da ortak raspolaže samo svojim udjelom u zajedničkoj imovini. Radi se o prisilnom propisu jer ni svi ortaci zajedno ne bi nekom trećem mogli prenijeti udio u zajedničkoj imovini, a da ujedno ne postane članom ortaštva s odgovarajućim pravima i obvezama. To bi, među ostalim, bilo protivno čl. 57. st. 2. ZV-a, prema kojem stvar može biti u zajedničkom vlasništvu samo temeljem zakona. Može se postaviti pitanje bi li se ugovorom o ortaštvu moglo ugovoriti da novi ortak stekne takav članski udio koji ne bi uključivao odgovornost za već nastale, nego samo za buduće obveze? Takvo što ne bi se smjelo dopustiti jer ulaskom u ortaštvo ortak ulazi u ukupnost odnosa koji su, osobito prema trećim osobama, jedinstveni i nepodijeljeni (tako za njemačko pravo Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 60, § 719. para. 4.-7.; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 27, § 719. para. 2.-3.; slično i Flume, W., *op. cit.* u bilj. 6, str. 190). Treba imati na umu da je zajednička imovina i nastala *ex lege* upravo zajedničkim djelovanjem ortaka prema trećim osobama (čl. 638. st. 1. ZOO-a). Razdvajanje obveza od imovine bilo bi protivno samoj biti vanjskog ortaštva. Podjela odgovornosti unutar ortaštva izigrala bi vjerovnike, koji više ne bi mogli izravno zahvatiti zajedničku imovinu.

udovoljavaju bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti, a osobito ako raspolažu imovinom na kojoj se može provesti ovrha“. ZPP, dakle, za razliku od ZOO-a, koji ne dopušta mogućnost novih pravno sposobnih entiteta, krug nositelja stranačke sposobnost ostavlja otvorenim.⁸⁵

Na prvi se pogled može činiti da priznavanje stranačke sposobnosti, s učinkom u pojedinoj parnici, ne može utjecati na pravnu sposobnost. Stranačka sposobnost (*ius standi in iudicio*) u znanstvenoj se literaturi određuje isključivo u odnosu na postupovne posljedice, kao svojstvo nekog pravnog subjekta da bude nositeljem parničnih procesnih prava i dužnosti.⁸⁶ Priznaje se svim imateljima pravne sposobnosti (čl. 77. st. 1. ZPP-a), jer kad to ne bi bilo tako, neke kategorije građanskopravnih ovlaštenika ostale bi bez sudske zaštite, koja je jedno od ustavnih jamstava.⁸⁷ Utjecaj između pravne i stranačke sposobnosti, međutim, nužno je obostran jer imatelj stranačke sposobnosti mora moći sudjelovati u rezultatima konkretne parnice.⁸⁸ On je vezan pravomoćnošću presude koja stvara, utvrđuje ili nalaže ispunjenje određenih materijalnopravnih obveza. Ograničena stranačka sposobnost na taj će način dovesti do ograničene pravne sposobnosti tog oblika udruživanja.⁸⁹

Najprije treba utvrditi udovoljava li ortaštvo pretpostavkama koje se traže po čl. 77. st. 3. ZPP-a. Ta se odredba može raščlaniti na dva osnovna dijela: mora se raditi o obliku udruživanju koji inače ne bi bio stranački sposoban (4.1.) i takav oblik udruživanja mora u suštini udovoljavati bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti, i to s obzirom na predmet spora (4.2.). Raspolaganje imovinom na kojoj se može provesti ovrha nije nužno, ali pomaže prilikom procjene udovoljava li oblik udruživanja bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti.⁹⁰ Nakon što se utvrdi da ortaštvo načelno udovoljava pretpostavkama čl. 77. st. 3. ZPP-a, treba objasniti kako priznavanje stranačke sposobnosti utječe na pravnu sposobnost ortaštva (4.3.). Osobito je važno razumjeti kako se takva ograničena pravna sposobnost može pomiriti s time da izvan konkretne parnice ortaci ostaju nositeljima prava i obveza.

Čl. 77. st. 3. ZPP-a određuje da i nakon udovoljavanja nužnim pretpostavkama sud samo „može“ priznati stranačku sposobnost obliku udruživanja. Ostaje razmotriti koji bi argumenti išli u prilog priznavanju stranačke, a onda i pravne sposobnosti ortaštvu (4.4.). S obzirom na potrebe pravne sigurnosti i ujednačavanja sudske prakse treba zagovarati

⁸⁵ Zbog toga se u znanstvenoj literaturi smatra da je krug stranački sposobnih osoba širi od kruga pravno sposobnih osoba, v. Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 304; za primjere v. Dika, M., *Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, Narodne novine, Zagreb, 2008, str. 31. i dalje.

⁸⁶ V. i Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 303. Slična, još šira definicija nalazi se i u Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 28.

⁸⁷ Čl. 29. st. 1. Ustava Republike Hrvatske (NN 85/10). Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 303-304 i 8.

⁸⁸ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 35, 36.

⁸⁹ Detaljnije objašnjenje tog zaključka u poglavlju 4.3.

⁹⁰ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 35, bilj. 73.

konvergenciju kriterija tako da se priznavanje stranačke sposobnosti ne svede na sudsku samovolju.⁹¹

4.1. Oblik udruživanja bez stranačke sposobnosti

Sintagma „oblik udruživanja“ iz čl. 77. st. 3. ZPP-a sugerira kako nije dovoljno da se radi o skupu fizičkih osoba, nego da taj skup mora djelovati u nekom smjeru koji je prepoznao kao zajednički. Udruživanje podrazumijeva koordinirano djelovanje k ostvarenju zajedničkog cilja, a to je ujedno i osnova ortaštva te uopće svih društava.⁹² Zajednički cilj ortaka jest *differentia specifica* ugovora o ortaštvu u odnosu na čiste ugovore obveznog prava i ono što tvori njegovu organizacijsku narav.⁹³ Nije teško zaključiti da će svako ortaštvo udovoljavati prvoj pretpostavci čl. 77. st. 3. ZPP-a u smislu da je oblik udruživanja bez stranačke sposobnosti.

Ostaje još razmotriti je li oblik udruživanja bez stranačke sposobnosti širi pojam od ortaštva ili se oni u potpunosti preklapaju. Drugim riječima, koji još oblici udruživanja ulaze u doseg čl. 77. st. 3. ZPP-a? Iako se oblik udruživanja može činiti širim pojmom od ortaštva, čija su obilježja prilično precizno uređena ZOO-om, detaljnija analiza pokazuje da se ti pojmovi u najmanju ruku približavaju.

Iz pojma oblik udruživanja trebalo bi u svakom slučaju isključiti sve tvorevine javnog prava. Javna se tijela mogu osnovati samo na temelju izričite zakonske ovlasti.⁹⁴ Moglo bi se pretpostaviti da je zakon, dajući stranačku sposobnost nekim javnim tijelima, svjesno isključio njezino postojanje za ostala. Javno pravo ne predviđa mogućnost da dođe do samoinicijativnog okupljanja koje bi tek naknadno tražilo priznavanje pravne osobnosti ili stranačke sposobnosti. Već i na jezičnoj razini teško bi se za članove javnog tijela moglo reći da se „udružuju“. To se razlikuje od privatnopravnih tvorevina, kod kojih su dopušteni različiti, dotada nepredviđeni oblici povezivanja, dok god nisu protivni kogentnim propisima. S tim je suglasna i sudska praksa, koja je zauzela stav da veleposlanstvo,⁹⁵ ministarstvo⁹⁶ i mjesni odbor⁹⁷ ne mogu biti strankom u postupku jer ne ispunjavaju uvjete da im se to na temelju ZPP-a prizna. Stjecanje stranačke sposobnosti javnopravnih

⁹¹ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 36.

⁹² Čl. 637. st. 1. ZOO-a, Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 13, str. 5, 133 i dalje.

⁹³ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 11.

⁹⁴ Čl. 5. st. 1. Ustava Republike Hrvatske određuje da u Republici Hrvatskoj svi zakoni moraju biti u skladu s Ustavom, a ostali propisi s Ustavom i zakonom. Čl. 19. Ustava određuje da akti tijela koja imaju javne ovlasti moraju biti utemeljeni na zakonu.

⁹⁵ VSRH, Revr 997/09-2, od 7. 9. 2011. (preuzeto s <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra> dana 21. 11. 2012.).

⁹⁶ OS Krapina, P-277/97, od 18. 1. 2000. (preuzeto s <http://www.sudacka-mreza.hr> dana 21. 11. 2012.).

⁹⁷ ŽS Dubrovnik, Gž-2161/06, od 4. 1. 2007. (preuzeto iz ING Pregled sudske prakse, <http://www.ingbiro.com/> dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.644, 1.2007).

tvorevina, neovisno o pravnoj osobnosti, uvijek će se oslanjati na čl. 77. st. 2. ZPP-a, odnosno ona će im biti dodijeljena posebnim zakonom.⁹⁸

Ostaje razmotriti koje se sve zajednice privatnoga prava mogu smatrati oblicima udruživanja bez pravne osobnosti. Osim društava, privatno pravo poznaje i različite druge entitete s pravnom osobnošću (npr. zaklade, fundacije) ili bez nje (suvlasništvo, zajedničko vlasništvo, nasljednička zajednica, bračna stečevina, stečajna masa nakon prestanka postojanja stečajnog dužnika).⁹⁹ Svima je njima zajedničko da se ne radi o udruživanju osoba, nego isključivo o imovinskim zajednicama.¹⁰⁰ Iako se katkad u znanstvenoj literaturi i za njih koristi naziv „udruženja“, on se upotrebljava ponajprije kad im sam zakon dodjeljuje pravnu osobnost.¹⁰¹ Bez izravnog zakonskog uporišta imovina podvrgnuta određenom režimu, koju ne prati koordinirano djelovanje imatelja te imovine, ne bi se mogla nazvati udruživanjem.¹⁰² Udruživanje podrazumijeva djelovanje radi ostvarenja zajedničkog cilja, što upućuje na pravo društava.

Osim ortaštva, hrvatsko pravo poznaje i druga društva bez pravne osobnosti: tajno društvo, udrugu bez pravne osobnosti te predgrupa društava pravnih osoba.¹⁰³ Svako od tih društava po svojoj je strukturi blisko ortaštvu i na sva se propisi o ortaštvu primjenjuju podredno.¹⁰⁴ Moglo bi se reći da se ostala društva bez pravne osobnosti

⁹⁸ Čl. 77. st. 2. ZPP-a propisuje da se posebnim propisima određuje tko može biti stranka u postupku. Na taj su način u određenim slučajevima predviđena stranačka sposobnost državnog odvjetnika i Vlade Republike Hrvatske (detaljnije v. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 33, 34).

⁹⁹ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 13, str. 10, 134.

¹⁰⁰ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 13, str. 134. V. čl. 2. Zakona o zakladama i fundacijama (NN 36/95, 64/01); čl. 36. ZV-a i dalje te čl. 57. ZV-a i dalje; čl. 248. i dalje Obiteljskog zakona (NN 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13); čl. 141. i dalje Zakona o nasljeđivanju (NN 48/03, 163/03, 35/05, 127/13); čl. 141. st. 7. i čl. 63. st. 5. Stečajnog zakona (NN 29/99, 129/00, 123/03, 197/03, 187/04, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12, 45/13, dalje SZ).

¹⁰¹ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 14, str. 134, 135. Čak i kad se radi o pravnoj osobi, imovinsku zajednicu ispravnije bi bilo nazvati „zajednicom stvari“, kao prijevodom lat. *universitas rerum*, nego udruživanjem, jer samo se osobe mogu udružiti u pravom smislu te riječi.

¹⁰² To potvrđuje i sudska praksa. VTS, Pž-5319/06, od 17. 9. 2008. (preuzeto s <http://www.iusinfo.hr/Default.aspx> dana 21. 11. 2012.); ŽS Dubrovnik, Gž-2/06, od 17. 1. 2008. (preuzeto iz ING Pregled sudske prakse s <http://www.ingbiro.com/> dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.6, 1.2008.); ŽS Koprivnica, Gž-1757/05-2, od 4. 11. 2005. (preuzeto iz ING Pregled sudske prakse s <http://www.ingbiro.com/> dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.64, 1.2006) odbili su priznati stranačku sposobnost temeljem čl. 77. st. 3. ZPP-a suvlasničkoj zajednici. V. i VTS, Pž 2184/05-3, od 17. 8. 2005, (preuzeto s <http://www.iusinfo.hr/Default.aspx> dana 21. 11. 2012.) i ŽS Dubrovnik, Gž-435/09, od 9. 4. 2009. (preuzeto iz ING Pregled sudske prakse s <http://www.ingbiro.com/> dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.644, 1.2009), koji su odbili priznati stranačku sposobnost zajedničkoj pričuvi koja je u režimu zajedničkog vlasništva (čl. 90. ZV-a).

¹⁰³ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 66, str. 73; Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 13, str. 154; Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 30. Kao primjer gdje je stranačka sposobnost priznata udruzi bez pravne osobnosti (savez sindikata kao udruga više razine u smislu čl. 229. st. 1. Zakona o radu, NN 149/09, 61/11, 82/12, 73/13. dalje: ZR, koja nije imala pravnu osobnost v. USRH, U-III-1199/97 od 5. 4. 2001., preuzeto iz: Gerkman-Rudec, R., Stranke u postupku - presjek prakse Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Hrvatska pravna revija* 7-8 (2005), str. 200.

¹⁰⁴ Za tajno društvo v. čl. 149. st. 2. ZTD-a, za udrugu bez pravne osobnosti v. čl. 3. Zakona o udrugama, a za predgrupa društava osoba v. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 66, str. 94. Moglo bi se, dapače, reći da su ta društva podvrsta ortaštva (tako npr. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 66, str. 79. za tajno društvo, kao i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 9 za predgrupa društava osoba, iako na drugom mjestu (str. 32.) da je ortaštvo i predgrupa društava bolje smatrati različitim oblicima društava).

odnose prema ortaštvu kao posebno prema općem. Prva pretpostavka iz čl. 77. st. 3. ZPP-a odnosi se, prema tome, u prvom redu na društva osoba bez pravne osobnosti, od kojih je ortaštvo najvažniji predstavnik.¹⁰⁵

4.2. Suštinsko udovoljenje bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti s obzirom na predmet spora

Druga pretpostavka za priznavanje stranačke sposobnosti zakonski je formulirana kao „suštinsko udovoljenje bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti s obzirom na predmet spora“. Lako je uočiti nedostatke takva izričaja. Upućuje se, naime, na bitne uvjete za stjecanje stranačke sposobnosti, koji se kao takvi nigdje ne navode, nego se stranačka sposobnost enumerativno daje dvjema kategorijama – fizičkih i pravnih osoba (čl. 77. st. 1. ZOO-a). Zbog toga što se radi o skupini osoba, oblik udruživanja iz čl. 77. st. 3. ZPP-a može udovoljiti uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti samo ako udovolji uvjetima za stjecanje pravne osobnosti.¹⁰⁶ Procesno pravo na taj način posredno upućuje na materijalno statusno pravo. Za tumačenje čl. 77. st. 3. ZPP-a, prema tome, bit će odlučujuća svojstva pravnih osoba. Pri tome je dovoljno da se tim svojstvima udovolji „u suštini“, dakle u njihovim najvažnijim crtama.

Iako je u hrvatskom pravu krug pravnih osoba zatvoren, njihovi su oblici raznovrsni te je njihove zajedničke osobine moguće izdvojiti samo na najopćenitijoj razini. Izuzev službenog čina priznavanja pravne osobnosti, koji oblicima udruživanja iz čl. 77. st. 3. ZPP-a svakako nedostaje, kao najvažnije karakteristike pravnih osoba navode se čvrsta i trajna organizacija te imovina odvojena od imovine njihovih članova.¹⁰⁷ Značaj imovine izričito prepoznaje i čl. 77. st. 3. ZPP-a, kada kao jedan od bitnih uvjeta navodi raspolaganje imovinom na kojoj se može provesti ovrha. Pri tome se raspolaganje imovinom ne smije shvatiti u doslovnom smislu, budući da oblik udruživanja bez pravne osobnosti ne može biti formalnim nositeljem imovinskih prava. Smisleno protumačena, ta odredba znači da treba postojati imovina izdvojena iz osobne imovine osoba koje se udružuju, koja obliku

¹⁰⁵ Po pitanju tumačenja pojma „oblik udruživanja“ sudska je praksa neujednačena i zakonske kriterije ne primjenjuje uvijek dosljedno. Iako se dijelovima već postojećih pravnih osoba, kao što su podružnice ili organi, ne bi mogla priznati stranačka sposobnost jer oni djeluju u ime te pravne osobe (tako VTS, Pž-3376/05-3 od 25. 5. 2005.; VTS, Pž-2588/04-3 od 6. 6. 2007., oboje preuzeto s <http://www.sudacka-mreza.hr> dana 21. 11. 2012.; ŽS Bjelovar, Gž-1316/05-2, od 26. 9. 2005., ING Pregled sudske prakse, preuzeto s <http://www.ingbiro.com/> dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.644, 1.2011, za predstavništvo v. VSRH, Rev 828/2005-2 od 24. 1. 2006., preuzeto s <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra> dana 21. 11. 2012.), ima i presuda gdje je podružnicama stranačka sposobnost priznavana (VSRH, Revr 287/06-2 od 5. 7. 2006. i VSRH, Gž 8/05-2 od 9. 6. 2005., oboje preuzeto s <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra> dana 21. 11. 2012.; prema takvu stavu s pravom kritičan Dika, M., op. cit. u bilj. 85, str. 31 i 38).

¹⁰⁶ Tako i Dika, M., op. cit. u bilj. 85, str. 35.

¹⁰⁷ V. Klarić, P.; Vedriš, M.; op. cit. u bilj. 4, str. 48 i dalje. O različitim teorijskim koncepcijama pravne osobe u njemačkom pravu v. Flume, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Die Juristische Person*, Springer Verlag, 1983, str. 1-31. Iako se shvaćanja razlikuju, kao „realna osnova“ pravne osobe, neovisno o dodjeljivanju pravne osobnosti, najčešće se spominju udruživanje osoba i odvojena imovina.

udruživanja stoji na raspolaganju radi ostvarenja njegova cilja. Samo se na taj način, uvjetno rečeno, može smatrati da oblik udruživanja „raspolaže“ imovinom.

Čak i kad to nije posebno ugovoreno, ortaštvo će uvijek imati određene organizacijske elemente, kakvi su svojstveni i pravnim osobama. Smatra se da je ugovor o ortaštvu ne samo obveznopravni nego i organizacijski ugovor, što, među ostalim, znači da je organizacija jedno od njegovih bitnih obilježja.¹⁰⁸ Razina organiziranosti i njezino trajanje proizlaze iz cilja ortaštva. Izuzev prigodnih ortaštava, uglavnom će se raditi o trajnom odnosu,¹⁰⁹ često i na neodređeno vrijeme (čl. 652. st. 1. ZOO-a). Ako vanjsko ortaštvo ima imovinu, ona će se nalaziti u režimu zajedničarstva (čl. 638. st. 3. ZOO-a) i postojat će za čitavo vrijeme njegova trajanja.¹¹⁰ Kao što je objašnjeno, eventualna promjena članstva neće dovesti u pitanje kontinuitet te imovine. Na zajedničkoj imovini moći će se provesti ovrha ako se ishodi ovršna isprava protiv svih ortaka. Ortaštvo će, prema tome, u većini slučajeva udovoljavati bitnim uvjetima za stjecanje pravne osobnosti. To će se osobito odnositi na ortaštva čiji je cilj vođenje poduzeća,¹¹¹ na duže ili neodređeno vrijeme. S druge strane, prigodna ortaštva bez imovine uglavnom ne bi prolazila test čl. 77. st. 3. ZPP-a.

Od ostalih oblika udruživanja uvjete za stjecanje pravne osobnosti najpotpunije ispunjavaju preddruštva društava pravnih osoba.¹¹² Budući da je njihova registracija u sudskom registru samo završni čin dodjeljivanja pravne osobnosti, preddruštva će do toga trenutka morati udovoljiti svim zakonskim pretpostavkama, inače će sud odbaciti, odnosno odbiti prijavu.¹¹³ To znači da preddruštvo u sadržajnom smislu ima sva svojstva koja će imati i nakon registracije. To se osobito odnosi na organizaciju¹¹⁴ i imovinu preddruštva.¹¹⁵ Tajno društvo, s druge strane, neće ispunjavati uvjete za stjecanje pravne osobnosti jer se radi o unutarnjem društvu koje kao takvo ne nastupa u pravnom prometu. Ono ne raspolaže imovinom izdvojenom iz osobne imovine njegovih članova, nego tajni član ulaže svoju imovinu u poduzetnikovo poduzeće (čl. 148. ZTD-a). Za udrugu bez pravne sposobnosti vrijede propisi o ortaštvu, što znači da postoji organizacija te da može

¹⁰⁸ Barbić, J.; *op. cit.* u bilj. 1, str. 5.

¹⁰⁹ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 37-39.

¹¹⁰ To je vidljivo iz čl. 655. st. 1. toč. 3. ZOO-a, prema kojem ortaštvo prestaje propašću zajedničke imovine. Razumije se da na taj način ne bi prestalo ortaštvo kojem imovina nije potrebna za ostvarenje zajedničkog cilja.

¹¹¹ V. odluku ŽS Koprivnica, Gž-39/01-2, od 12. 7. 2001. (preuzeto s pretraživača sudske prakse VSRH, <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/Default.asp?Menu=Pocetna> dana 1. 8. 2014.), u kojoj se radilo o ortaštvu za vođenje poduzeća.

¹¹² Slično i Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 35, koji kao oblike udruživanja koji ispunjavaju uvjete za pravnu osobnost navodi oblike udruživanja koji ispunjavaju uvjete propisane za trgovačka društva osoba – javno trgovačko i komanditno društvo. Isti autor ipak, pomalo proturječno, smatra da čl. 77. st. 3. ZPP-a ne bi uključivao preddruštva jer su njihovi osnivači određeni kao nositelji prava i obveza (str. 37).

¹¹³ Čl. 45. st. 4. Zakona o sudskom registru (NN 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11, 148/13), koji određuje da će se prijava koja ne bude ispravljena odbaciti, odnosno odbiti u skladu sa zakonom.

¹¹⁴ Što je vidljivo iz čl. 62. st. 4. ZTD-a, prema kojem prijavu za upis u sudski registar podnose članovi određeni za zastupanje, odnosno izabrani organi preddruštva.

¹¹⁵ Koja je, prije registracije, zajednička imovina osnivača, čl. 6. st. 2. ZTD-a.

nastati zajednička imovina. Udruga ne smije djelovati s namjerom stjecanja dobiti (čl. 2. st. 1. Zakona o udrugama), što znači da imovina, osobito većeg opsega, uglavnom neće biti ključna za ostvarenje njezina cilja. Može se pretpostaviti da će takva udruga rjeđe proći test čl. 77. st. 3. ZPP-a nego preddruštvo ili ortaštvo koje vodi poduzeće.

Vrlo važan element čl. 77. st. 3. ZPP-a jest što se bitni uvjeti za stjecanje stranačke sposobnosti ne ocjenjuju apstraktno, nego s obzirom na predmet spora. U procesnopravnoj teoriji predmet spora određuje se kao „pravo“ tužitelja da, s obzirom na rezultate konkretnog postupka, njegov zahtjev bude prihvaćen.¹¹⁶ To mijenja uobičajeni odnos stranačke sposobnosti i procesne legitimacije.¹¹⁷ Stranačka je sposobnost, inače, apstraktna sposobnost biti nositeljem procesnih prava i dužnosti, neovisna o pojedinoj parnici, a procesna legitimacija označava odnos stranke prema konkretnom predmetu spora.¹¹⁸ To znači da će se ocjeni procesne legitimacije uobičajeno pristupiti tek nakon što se utvrdilo da navodna stranka ima stranačku sposobnost. Iz uloge predmeta spora u čl. 77. st. 3. ZPP-a proizlazi da se stranačka sposobnost može priznati samo u slučaju ako sud prethodno ocijeni da je stranka procesno legitimirana.¹¹⁹

Uloga predmeta spora u čl. 77. st. 3. ZPP-a ne ograničava se na postojanje procesne legitimacije. Zakon jasno kaže da u odnosu na predmet spora moraju biti zadovoljeni bitni uvjeti za stjecanje stranačke sposobnosti, koji su, kao što je pokazano, zapravo uvjeti materijalnog statusnog prava. Teško je zamisliti kako bi se svojstva pravnih osoba mogla dovesti u vezu s predmetom spora u njegovu čisto procesnom značenju. S obzirom na predmet spora, oblik udruživanja mogao bi se usporediti s pravnom osobom samo na način da se pojavi u ulozi tužitelja ili tuženika. Jasno je da puko stavljanje u pasivnu ili aktivnu procesnu poziciju, podizanje tužbe ili bivanje tuženim, bez dodatnih okolnosti, ne može dovesti do priznavanja stranačke sposobnosti. U suprotnom bi institut bio potpuno cirkularan pa bi netko zadovoljavao pretpostavku stranačke sposobnosti upravo time što je naveden kao stranka. Nameće se zaključak da je zakonodavac u čl. 77. st. 3. ZPP-a pod

¹¹⁶ Dika, M., *Građansko parnično pravo, Tužba*, Narodne novine, Zagreb, 2009, str. 177.

¹¹⁷ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 69, aktivnu procesnu legitimaciju definira kao ovlaštenje da se u svojstvu tužitelja protiv određenog tuženika vodi parnica u kojoj je istaknut određeni kondemnatorni, konstitutivni ili deklaratorni tužbeni zahtjev, a pasivnu procesnu legitimaciju kao pravnu poziciju određenog tuženika protiv kojega je stanoviti tužitelj ovlašten voditi takvu parnicu.

¹¹⁸ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 32, 58.

¹¹⁹ Hrvatski su se sudovi u priznavanju stranačke sposobnosti znali i pretjerano osloniti na procesnu legitimaciju pa su na temelju nje, *praeter legem*, priznavali stranačku sposobnost nekim tvorevinama koje ne udovoljavaju ostalim pretpostavkama čl. 77. st. 3. ZPP-a. Tako je npr. VSRH, Gž 26/05-2 od 24. 10. 2005. (preuzeto s <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra> dana 21. 11. 2012.), priznao stranačku sposobnost izbornom odboru za provođenje izbora za radničko vijeće, iako je njegov cilj jednokratn (čl. 143. i dalje ZR-a), nema trajnu organizaciju ni imovinu (osobito jer je nema ni radničko vijeće, čl. 154. st. 2. ZR-a) niti sliči društvu s obzirom na to da se ne osniva na temelju pravnog posla, nego prisilne odredbe zakona. Budući da odredbe ZR-a ne preciziraju tko može biti tužen u slučaju teške povrede obveza ZR-a o izborima za radničko vijeće (čl. 161. st. 1. ZR-a samo određuje da izborni odbor, među ostalima, može nastupiti u ulozi tužitelja), Vrhovni je sud priznao stranačku sposobnost izbornom odboru kao „onome koji teškim kršenjem odredaba ZR-a utječe na rezultate izbora“. Iz toga je vidljivo da sud priznanje stranačke sposobnosti nije utemeljio na udovoljavanju bitnim uvjetima za stjecanje pravne osobnosti, nego na bliskoj povezanosti s posrednim predmetom spora. Sličnu je odluku donio i ŽS Koprivnica, Gž-78/97-2, od 28. 8. 1997. (preuzeto s <http://www.sudacka-mreza.hr> dana 21. 11. 2012.).

predmetom spora mislio ne samo na tužbeni zahtjev kao neposredni predmet spora nego i na materijalna prava i obveze koji su obuhvaćeni tužiteljevim zahtjevom, odnosno na posredan predmet spora. To bi značilo da se oblik udruživanja mora moći usporediti s pravnim osobama upravo u pogledu prava i obveza o kojima se u parnici raspravlja. Drugim riječima, prava i obveze morali bi nastati u vezi s ciljem zbog kojeg je došlo do udruživanja,¹²⁰ a tražbine biti dijelom izdvojene imovine oblika udruživanja.

Ortaštvo će u većini slučajeva zadovoljiti kriterije čl. 77. st. 3. ZPP-a jer se radi o obliku udruživanja koji, iako nema pravnu osobnost, po svojim osobinama sliči pravnoj osobi, posebno ako ima trajnu organizaciju i zajedničku imovinu s kojima nastupa u pravnom prometu. Osim toga, u konkretnom će slučaju valjati ocijeniti ima li ortaštvo procesnu legitimaciju u odnosu na neposredan predmet spora te jesu li prava i obveze o kojima se raspravlja (posredan predmet spora) u vezi s ostvarenjem njegova cilja.

4.3. Utjecaj priznavanja stranačke sposobnosti na pravnu sposobnost ortaštva

Stranačka sposobnost znači da ortaštvo može biti nositeljem procesnih prava i dužnosti, što uključuje i posljedice pravomoćnosti sudske presude. Postavlja se pitanje znači li to da bi ortaštvo, kojem bi se priznala stranačka sposobnost, postalo i nositeljem materijalnih prava i obveza koji su posredan predmet spora. Procesna teorija u određenim slučajevima dopušta da netko bude ovlašten ne samo voditi postupak (procesna legitimacija) nego i ishoditi za sebe povoljnu presudu (stvarna legitimacija), a da sam nije ovlaštenik materijalnog zahtjeva (materijalnopravna legitimacija).¹²¹ Primjer toga jest kad netko učini vjerojatnim svoj pravni interes da sud donese deklaratornu presudu o postojanju nekog pravnog odnosa u kojem on sam izravno ne sudjeluje, nego ga pogađa na neki drugi način. Moglo bi se protumačiti da je svrha čl. 77. st. 3. ZPP-a priznati stranačku sposobnost obliku udruživanja samo kad on i ne tvrdi da je nositelj materijalnih prava i obveza, nego traži njihovo ostvarenje za nekog drugog (u prvom redu svoje članove).¹²²

Iako privlačnost takva shvaćanja leži u tome što ne bi došlo do promjene nositelja materijalnih prava, postoji nekoliko uvjerljivih razloga zašto se čl. 77. st. 3. ZPP-a ne može

¹²⁰ Vezivanje priznavanja stranačke sposobnosti uz cilj oblika udruživanja dobiva na važnosti u svjetlu promjena koje su se dogodile s donošenjem ZOO-a 2005. Do tad je čl. 54. Zakona o obveznim odnosima iz 1978. određivao da ugovori sklopljeni izvan okvira pravne osobnosti nemaju pravni učinak. Iako i ZOO iz 2005. propisuje da pravna osoba može sklapati ugovore samo u okviru svoje pravne sposobnosti, pravni su poslovi koje sklopi izvan toga valjani (čl. 274. st. 2. ZOO-a). Pravna osoba, prema tome, ima opću pravnu sposobnost. Čl. 77. st. 3. ZPP-a sugerira da bi za oblike udruživanja bez pravne osobnosti bilo drugačije i da bi prava i obveze koji su posredni predmet spora morali biti u skladu s ciljem oblika udruživanja. Takva ograničavajuća funkcija čl. 77. st. 3. ZPP-a potpuno je opravdana jer, iako su pravni poslovi sklopljeni izvan predmeta poslovanja pravne osobe valjani u svrhu zaštite trećih osoba, nema potrebe da to isto vrijedi u iznimnim situacijama priznavanja stranačke sposobnosti za potrebe konkretne parnice. U tim slučajevima ne štite se treće osobe jer, s obzirom na opće odredbe o odgovornosti, one ionako nisu mogle računati s odgovornošću i sa stranačkom sposobnošću oblika udruživanja bez pravne osobnosti, nego samo njegovih članova.

¹²¹ O tome detaljnu raspravu v. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 58-84, osobito str. 67-73.

¹²² Ako se čl. 77. st. 3. ZPP-a shvati na takav način, a oblik udruživanja tvrdi da je sam nositelj prava i obveza, tužbu bi već na početku postupka trebalo odbiti zbog nedostatka stvarne legitimacije.

ograničiti na takav način.¹²³ U prvom redu to bi značilo da se obliku udruživanja može priznati stranačka sposobnost samo kada nastupa u ulozi tužitelja. On bi tada ostvarivao u svoje ime zahtjev svojih članova, dakle tuđi tužbeni zahtjev.¹²⁴ Oblik udruživanja ne bi se mogao pojaviti kao tuženik jer procesno pravo ne dopušta da tuženik bude netko na koga se tužbeni zahtjev ne odnosi. Čak i deklaratornim tužbenim zahtjevom moraju biti obuhvaćeni oni između kojih određeni pravni odnos navodno postoji (pozitivna deklaratorna tužba), odnosno ne postoji (negativna deklaratorna tužba).¹²⁵ Takvo ograničavanje čl. 77. st. 3. ZPP-a dovelo bi u pitanje svrhu čitavog instituta jer on u prvom redu ima smisla kada je oblik udruživanja tuženik. Tada se štiti tužitelja na način da se ne mora zamarati utvrđivanjem članstva oblika udruživanja koji mu se u pravnom prometu predstavljao kao jedinstvena cjelina.¹²⁶ Kad je oblik udruživanja tužitelj, nije značajna razlika hoće li tužbeni zahtjev njegovih članova biti postavljen u njegovo ili njihovo ime. Za ortaštvo je to posebno aktualno jer svaki od ortaka može postaviti vlastiti materijalni zahtjev za zajedničkim ispunjenjem (čl. 648. st. 2. ZOO-a).

Nadalje, izričaj čl. 77. st. 3. ZPP-a sugerira da bi upravo oblik udruživanja trebao postati nositeljem prava i obveza. Već je objašnjeno¹²⁷ da se traži da oblik udruživanja udovoljava pretpostavkama za pravnu osobu u odnosu na materijalna prava i obveze koji su posredan predmet spora, što znači da moraju biti u funkcionalnoj vezi s njegovim ciljem. Osim toga, čl. 77. st. 3. ZPP-a spominje mogućnost da oblik udruživanja „raspolaze imovinom“. Jasno je, prema tome, da je odlučujući kriterij za priznavanje stranačke sposobnosti materijalnopravni, dakle odnos oblika udruživanja prema pravima i obvezama o kojima se u sporu raspravlja. Drugačije bi bilo da se stranačka sposobnost priznaje samo u svrhu procesne ekonomičnosti.

Naposljetku, povijest nastanka i sudska praksa potvrđuju da primjena čl. 77. st. 3. ZPP-a dovodi do toga da oblik udruživanja postaje nositeljem prava i obveza. Priznavanje stranačke sposobnosti jedan je od rijetkih instituta hrvatskoga prava koji je nastao kreativnim sudačkim djelovanjem i prije nego što je za to postojala zakonska osnova. Sudovi su samoinicijativno reagirali na nastanak različitih kolektivnih djelovanja, a zakonodavac je donošenjem ZPP-a 1976. legalizirao tu pravosudnu intervenciju.¹²⁸ Glavni

¹²³ Tako i Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 35-36, koji navodi da oblik udruživanja postaje nositeljem prava i obveza.

¹²⁴ Za kondemnatorni ili konstitutivni zahtjev stvarnu legitimaciju imaju samo oni koji tvrde da su sami ovlaštenici materijalnopravnog zahtjeva, odnosno kojima to zakon izričito priznaje (Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 75 i dalje; Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 396-409). Postoje, ipak, slučajevi u kojima su hrvatska praksa i doktrina dopustili postavljanje tuđeg materijalnopravnog zahtjeva u vlastito ime (po uzoru na „procesno namjesništvo“ njemačkog prava, *die Prozessstandschaft*). Tako je član d. o. o.-a ovlašten u svoje ime ostvariti zahtjev društva prema drugom članu (*actio pro socio*, v. Barbić, J., *Društva kapitala – Svezak II*, Organizator, Zagreb, 2013, str. 283; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 77). Moglo bi se analogno konstruirati i da je ortaštvo takav „procesni namjesnik“ koji ostvaruje tužbeni zahtjev ortaka u vlastito ime.

¹²⁵ Primjere za to v. Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 398. Ne postoji nešto poput „procesnog namjesništva“ na pasivnoj strani.

¹²⁶ O tome više u poglavlju 4.4. b).

¹²⁷ V. poglavlje 4.2.

¹²⁸ NN 4/77, *Službeni list SFRJ*; Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 306. Posljedica je takva nastanka da se u usporedivim pravnim sustavima germanskoga kruga, na koje se naša procesnopravna teorija najviše

kriterij za kojim su se sudovi vodili bilo je sudjelovanje tih oblika udruživanja u pravnom prometu, što ih je praktički izjednačavalo s pravnim osobama.¹²⁹ Činjenica da je zakonodavac zadržao taj institut i nakon prestanka socijalističkog uređenja pokazuje da on ima svoju funkciju i u tržišnom gospodarstvu. I u novije vrijeme sudovi tumače čl. 77. st. 3. ZPP-a na sličan način, dodjeljujući oblicima udruživanja ograničenu pravnu sposobnost za potrebe konkretne parnice.¹³⁰ Može se zaključiti da je putem građanskog procesnog prava zakonodavac namjerno ostavio prostora proširenju kruga nositelja pravne sposobnosti.

Postavlja se pitanje kako uskladiti ograničenu pravnu sposobnost ortaštva, dodijeljenu za potrebe određene parnice, s općom pravnom sposobnošću koja pripada ortacima. Budući da se ortaci razlikuju od ortaštva kojem je priznata pravna sposobnost, radikalna bi posljedica bila da svatko od njih ostaje nositeljem vlastitog kruga prava i obveza. To bi značilo da postoje dvije imovine (imovina ortaštva i zajednička imovina ortaka), s tim da ortaštvo kao takvo svojom imovinom uopće više ne bi moglo raspolagati s obzirom na to da i ne postoji izvan spomenute parnice.

Jasno je da je takvo shvaćanje neodrživo. Čl. 77. st. 3. ZPP-a ima smisla samo ako se protumači da postoji identitet između oblika udruživanja kojem je dodijeljena pravna sposobnost i njegovih članova kao uobičajenih nositelja prava i obveza. To proizlazi iz čl. 77. st. 3. ZPP-a, koji sugerira da je oblik udruživanja „raspolagao imovinom“ i prije priznavanja stranačke sposobnosti (čl. 77. st. 3. ZPP-a). To se mora shvatiti u smislu da postoji izdvojena imovina kojom udružene osobe mogu raspolagati kad djeluju u tom svojstvu, u skladu s ciljem udruživanja.

U slučaju vanjskog ortaštva identitet između ortaštva kao pravno sposobnog i njegovih članova očit je. Već je objašnjeno da će zajednička imovina izravno nastati temeljem pravnih poslova samo ako se ortaci prema trećima predstave kao takvi.¹³¹ Ako se u korist stranački sposobnog ortaštva donese presuda, imovina koju je ono steklo postaje dijelom

oslanja, ne može naići na slično rješenje. Tako npr. § 50. njemačkoga ZPO-a predviđa samo da je stranački sposoban tko je pravno sposoban (uz iznimku za udruge bez pravne osobnosti). Čl. 6. švicarskoga *Zivilprozessordnung* (AS 2012 1739) također stranačku sposobnost veže isključivo uz pravnu sposobnost.

¹²⁹ Tipični primjer oblika udruživanja kojima su sudovi priznavali stranačku sposobnost jesu odbori za elektrifikaciju sela i slične kolektivne akcije. Iako u socijalizmu nije postojala podjela između privatnog i javnog prava u današnjem smislu, oblici kolektivnih akcija najprije bi se mogli podvesti pod današnji pojam ortaštva jer su utemeljeni na privatnopravnom udruživanju. Osobito se to tiče oblika udruživanja kao što su udruženi korisnici prava mlinarenja (VsHRev 2754/87 – PSP 48/98 u: Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 306). Razlog priznavanja stranačke sposobnosti bilo je njihovo „aktivno sudjelovanje u pravnom prometu“, što znači da im je priznavana i pravna sposobnost (Triva, S.; Dika M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 306).

¹³⁰ VSRH, REV-110/1994-2 od 7. 2. 1999. (preuzeto s <http://www.sudacka-mreza.hr> dana 3. 12. 2012.). Iako je tamo tuženik bio „poslovna jedinica“, iz obrazloženja presude proizlazi da se ne radi o poslovnoj jedinici kao dijelu pravne osobe, nego o jedinici koja „sklapa pravne poslove, dakle, stječe prava i obveze“. U današnjoj sistematizaciji prava društava, s obzirom na to da je ono otvoreni razred, takva se poslovna jedinica najviše približava ortaštvu. V. i presudu VTS, Pž 7393/06-3 od 13. 2. 2007. (preuzeto s <http://www.iusinfo.hr/Default.aspx> dana 21. 11. 2012.), u kojoj se radilo o tužbi na predaju posjeda – iako je sud tek spomenuo mogućnost da prvostupanjski sud prizna stranačku sposobnost. Ako bi do toga došlo, bila bi priznata u tom pogledu i pravna sposobnost oblika udruživanja.

¹³¹ V. poglavlje 3.1.

zajedničke imovine ortaka, kojom onda oni mogu raspolagati u skladu s općim pravilima.¹³²

4.4. Prednosti priznavanja stranačke sposobnosti ortaštvu

Zadovoljenje pretpostavki iz čl. 77. st. 3. ZPP-a, kao što je već spomenuto, ima za posljedicu da sud ortaštvu „može“ priznati stranačku sposobnost. Takav se izričaj mora shvatiti kao poziv na sudačko uspostavljanje dosljednih kriterija kada stranačku sposobnost priznati, a kada je otkloniti. Pri tome sudovi moraju podjednako uzeti u obzir interese ortaštva i njegova parničnog protivnika, neovisno o tome tko je postavio zahtjev za priznavanjem stranačke sposobnosti.¹³³ U suprotnom bi se moglo dogoditi da jedna od stranaka bude stavljena u lošiji položaj bilo u procesnom bilo u materijalnopravnom smislu, čak i da se naruše njezina stečena prava.¹³⁴

U ovom će se dijelu razmotriti koje bi okolnosti išle u prilog priznavanju stranačke sposobnosti ortaštvu. Neke su od njih materijalnopravne prirode, tj. odnose se na posljedice koje će priznanje stranačke sposobnosti ortaštva imati na njegovu pravnu sposobnost. Druge su okolnosti čisto procesne prirode i odnose se na brže i jednostavnije vođenje postupka.

4.4.1. Odgovornost zajedničkom imovinom ortaštva razdvaja se od odgovornosti odvojenom imovinom ortaka

Imovina koju pravno sposobno ortaštvo stekne u parnici postaje dijelom zajedničke imovine na koju se primjenjuju opća pravila (čl. 642., 643., 648. ZOO-a). Iz toga se ne smije zaključiti da je priznavanje pravne sposobnosti samo naziv bez ikakvih stvarnih posljedica. Imovina ortaka ionako je dovoljno zaštićena režimom zajedničarstva te ne bi bilo velike razlike ni da je ortaštvo pravna osoba.¹³⁵ Materijalnopravna prednost priznavanja pravne sposobnosti postoji u odnosu na odgovornost za obveze nastale

¹³² Primjera radi, ni u njemačkom pravu, priznajući pravnu sposobnost ortaštvu, BGH nije želio reći da je ortaštvo nešto drugo nego zajednica svojih članova. Samo je zato i bilo moguće priznati pravnu sposobnost ortaštvu, a da to ne izazove tektonske promjene u obliku kontinuiteta i stečenih prava dotadašnjih ortaka.

¹³³ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 36. ZPP ne sadrži posebne odredbe o inicijativi za priznavanje stranačke sposobnosti. Očito je da sam tužbeni zahtjev, u kojem je kao stranka imenovan oblik udruživanja bez stranačke sposobnosti, sadrži zahtjev za njezinim priznavanjem. Inicijativa će, prema tome, uglavnom biti na strani tužitelja. Bilo bi, međutim, zamislivo i da skupina tuženih suparničara postavi zahtjev za priznavanje jedinstvene stranačke sposobnosti njihovu kolektivu. Takav bi se zahtjev mogao uvažiti samo ako ni na koji način ne mijenja tužbeni zahtjev. Ortaštvo bi se, naravno, moglo nalaziti u obje procesne pozicije.

¹³⁴ Da obje stranke mogu imati interesa za priznavanjem stranačke sposobnosti, vidljivo je iz toga što bi obje imale pravo na žalbu protiv rješenja suda kojim odbija zahtjev za priznanje stranačke sposobnosti (Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 36).

¹³⁵ Tako npr. ni imovina javnog trgovačkog društva nije ništa bolje „zaštićena“ od zajedničke imovine ortaka. Dapače, imovinom javnog trgovačkog društva načelno će moći raspolagati svaki član društva (čl. 91. ZTD-a), dok će imovinom ortaštva, ako ne postoji punomoć, moći raspolagati samo svi ortaci zajednički (čl. 642., 643. ZOO-a).

poslovanjem ortaštva. Već je objašnjeno kako vjerovniku nije svejedno hoće li tužiti samo pojedine ortake, što će značiti namirenje na njihovim osobnim, odvojenim imovinama, uz eventualnu pljenidbu ortačkog udjela, ili će tužiti sve ortake, što će dovesti do izravne odgovornosti zajedničkom imovinom. Objašnjeno je također kako vjerovnik može izbjeći subjektivne prigovore pojedinih ortaka samo ako u tužbenom zahtjevu naznači da će se namirivati isključivo na zajedničkoj imovini.

To rješenje zamjetno odudara od općih pravila obveznog prava, prema kojima se prigovori vežu uz osobu, a ne uz odgovornost određenom imovinom. Nije uobičajeno da se tužbeni zahtjev ograničava na imovinsku masu. Dužnik načelno može birati kojim će dijelom svoje imovine ispuniti činidbu koju mu presuda nalaže. Tek u ovršnom prijedlogu ovrhovoditelj navodi konkretne predmete ovrhe (čl. 5. OZ-a). Pri njihovu izboru ovrhovoditelj je obično ograničen samo zakonom, ne i ovršnom ispravom.¹³⁶ Priznavanje pravne sposobnosti ortaštvu zahtjeve usmjerene prema različitim imovinskim masama vratilo bi u dogmatski prihvatljivije okvire. Vjerovnik bi otklonio sve nedoumice oko toga hoće li tužiti ortaštvo, pojedine ortake ili sve njih zajedno. Ovisno o tome, ovrha bi se provodila na imovinama koje pripadaju točno određenom pravnom subjektu.

U slučaju da vjerovnik želi u ovrsi imati na raspolaganju i zajedničku i odvojenu imovinu ortaka, priznavanje pravne sposobnosti nudi više od dogmatski čiste konstrukcije. Kao što je izloženo, po trenutno važećem rješenju, vjerovnik može zahvatiti i zajedničku i odvojenu imovinu samo ako tuži sve ortake, a da se u tužbenom zahtjevu pritom ne ograniči na namirenje iz zajedničke imovine.¹³⁷ U tom slučaju, međutim, ortaci mogu istaknuti i svoje subjektivne prigovore i, ako uspiju, spriječiti ovrhu na zajedničkoj imovini. Ako bi se ortaštvu priznala pravna sposobnost, ortaci bi subjektivnim prigovorima sprečavali osobnu odgovornost, a objektivnim prigovorima odgovornost ortaštva. Tek bi se tada vjerovniku nedvojbeno isplatilo tako široko postaviti tužbeni zahtjev.

Bitno je istaknuti da priznavanje takve ograničene pravne sposobnosti ne bi ugrozilo stečena prava ortaka. Dugovi ortaštva nastali su sudjelovanjem u pravnom prometu pa je opravdano vjerovniku pojednostavniti zahvat u zajedničku imovinu, koja je također nastala takvim poslovanjem. Ortaci koji uspiju sa subjektivnim prigovorima ionako bi morali dopustiti regresno namirenje iz zajedničke imovine ortacima koji su vjerovnika namirili iz svoje osobne, odvojene imovine.¹³⁸

4.4.2. Osigurava se kontinuitet prava i obveza prilikom promjene članstva

Kontinuitet odnosa s trećim osobama kao vjerovnicima u slučaju promjene ortaka najveći je problem s kojim se suočava osobna, solidarna odgovornost ortaka. Izloženo je rješenje

¹³⁶ V. čl. 4. st. 2. OZ-a, koji definira da su predmeti ovrhe stvari na kojima se po zakonu može provesti ovrha.

¹³⁷ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 155.

¹³⁸ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 153.

prema kojem bi se kontinuitet mogao objasniti konkludentno ugovorenim pristupanjem dugu na teret budućih ortaka (čl. 101., čl. 341. ZOO-a), na koji bi oni davali svoj pristanak ulaskom u ortaštvo.¹³⁹ Takvo rješenje počiva na presumpciji izvedenoj iz objektivnih interesnih pozicija ugovornih strana, bez uporišta u njihovim očitovanjima. Budući da je riječ o sklapanju ugovora, interesi razumne osobe ne bi smjeli potpuno nadomjestiti konkretne izjave volje (čl. 249 ZOO-a).¹⁴⁰ Osim toga, pitanje je što bi se dogodilo ako bi, prilikom prijma u ortaštvo, novi ortaci ugovorili da odgovaraju samo za buduće obveze ortaštva. Iako je u ovom radu zauzet stav da bi takva klauzula bila ništetna,¹⁴¹ u najmanju je ruku upitno kako bi se o tome očitovali hrvatski sudovi, što vjerovnika izlaže dodatnom riziku.

Poseban problem čini vjerovnikovo saznavanje za identitet novih ortaka, osobito ako se radi o većim ortaštvima koja brzo mijenjaju članstvo.¹⁴² Može se pretpostaviti da će jednostavno utužiti svoje ugovorne partnere, što će zajedničku imovinu ostaviti izvan dosega ovrhe. Iako bi se iz načela savjesnosti i poštenja mogla izvesti obveza ortaka da obavještavaju vjerovnika o promjeni članstva,¹⁴³ iako su moguće zlouporabe. Vjerovnik bi takve zlouporabe mogao ispravljati samo putem zahtjeva za naknadom štete, za ostvarenje kojeg bi mu opet bilo ključno da dozna identitet svih ortaka.

Priznavanjem stranačke, a onda i pravne sposobnosti za potrebe određene parnice, pružilo bi se uvjerljivije objašnjenje odgovornosti ortaštva zajedničkom imovinom neovisno o članskoj strukturi. Konstrukcija pristupanja svim dugovima i ustupa svih tražbina postala bi suvišna. Vjerovnikova očitovanja volje ne bi se morala pretpostavljati niti bi novi ortak internim ugovaranjem mogao izbjeći odgovornost zajedničkom imovinom. Vjerovnik u tužbi ne bi morao navoditi sve ortake kao tuženike, nego bi bilo dovoljno da naznači ortaštvo onako kako mu se očitovalo u pravnom prometu.¹⁴⁴

¹³⁹ V. poglavlje 3.2.

¹⁴⁰ Za njemačko pravo da se pristupanje dugu načelno ne bi smjelo pretpostaviti v. Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 297.

¹⁴¹ V. bilj. 84.

¹⁴² U njemačkom pravu takva društva s velikim brojem članova, čije se sudjelovanje temelji ponajprije na ulaganju kapitala, a ne na osobnim odnosima, predstavljaju poseban pojavni oblik ortaštva (i općenito društava osoba) pod nazivom *die Publikumsgesellschaft* (Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 27, § 705., para. 192.).

¹⁴³ Za austrijsko pravo tako Hofmann, T., *op. cit.* u bilj. 16, str. 134, 138.

¹⁴⁴ Ovo otvara posebno pitanje kako bi tužba protiv ortaštva trebala biti naslovljena. Iako to prelazi doseg ovog rada, dostajat će spomenuti da se u stranoj literaturi smatra da bi bilo dovoljno navesti ime pod kojim se pojavljuje u prometu, tj. tvrtku ortaštva. Mogu se navesti i ortaci, ali nije nužno da su svi navedeni, kao kod nužnog suparničarstva (Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 996). Neki autori smatraju da upravo ta potreba određivanja ortaštva, kao različitog od njegovih članova, ima za posljedicu da se pravna sposobnost može priznati ne svim vanjskim ortaštvima nego samo onima koja imaju „oblikovan identitet“ (*die Identitätsausstattung*) u smislu tvrtke, sjedišta i organa (Ulmer, P., *op. cit.* u bilj. 22, str. 589).

4.4.3. Izbjegava se vođenje postupka protiv više jedinstvenih, odnosno nužnih suparničara

Da bi se uvidjele postupovne prednosti koje donosi priznavanje stranačke sposobnosti, potrebno je razmotriti kako se trenutačno rješavaju postupci u kojima sudjeluju ortaci. U hrvatskoj znanstvenoj literaturi tradicionalno je stajalište da su ortaci kao tužitelji procesno legitimirani samo zajednički, kao nužni suparničari.¹⁴⁵ Nužni su suparničari oni koji moraju kao stranke sudjelovati u postupku da bi vođenje parnice bilo dopušteno, jer bi u suprotnom bilo povrijeđeno načelo saslušanja.¹⁴⁶ Ako svi ortaci nisu nastupili kao tužitelji, sud bi morao odbiti tužbu.¹⁴⁷ Nužno suparničarstvo proizlazilo bi iz zajedničkog raspolaganja imovinom ortaštva. Takvo je rješenje, čini se, napušteno novim čl. 648. st. 2. ZOO-a iz 2005., koji određuje da svaki ortak može zahtijevati od dužnika da obvezu ispuni svim ortacima zajedno. Ta odredba predstavlja važnu iznimku od pravila da, ako ugovorom o ortaštvu nije drugačije određeno, poslovodstvo i zastupanje pripadaju svim ortacima zajednički (čl. 642. st. 1. ZOO-a). Ona daje svakome od ortaka vlastiti materijalnopravni zahtjev da od dužnika traži zajedničko ispunjenje.¹⁴⁸

Iz takva materijalnopravnog ovlaštenja slijedi da bi svaki od ortaka bio procesno legitimiran na podizanje tužbe, ali bi mogao ishoditi povoljnu presudu samo ako je tužbenim zahtjevom zahtijevao ispunjenje svim ortacima. I dalje bi se, dakle, tražilo navođenje imena svih ortaka, ali sad kao isključivo meritorna pretpostavka, o kojoj će ovisiti tužiteljeva stvarna legitimacija.¹⁴⁹ Spor se može riješiti samo na jednak način prema svim ortacima, a pravomoćnošću presude bit će vezani i oni koji nisu osobno sudjelovali u postupku. To ih čini jedinstvenim suparničarima.¹⁵⁰ Za razliku od nužnih suparničara, dovoljno je da jedinstveni suparničari budu potencijalne stranke, što znači da bi se u bilo kojem trenutku, pa i u žalbi, mogli uključiti u parnicu.¹⁵¹ Mogućnost

¹⁴⁵ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1., str. 150. Do priznavanja stranačke sposobnosti ortaštvu takvo je stajalište postojalo i u njemačkom pravu, npr. Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 319.

¹⁴⁶ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 166.

¹⁴⁷ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 169. Sud bi odbijao, a ne odbacivao tužbeni zahtjev jer se nedostatak procesne legitimacije samo nekih ortaka izvodi iz njihova nedostatka stvarne legitimacije.

¹⁴⁸ Više v. poglavlje 3.1. Ne radi se, dakle, o vrsti „procesnog namjesništva“ u kojem tužitelj ostvaruje tuđi materijalnopravni zahtjev, v. bilj. 124.

¹⁴⁹ V. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 67 i dalje. Stvarna legitimacija vjerovnika koji tuži značila bi da je on ovlašten ishoditi povoljnu presudu samo ako zahtjev postavi u odnosu na sve ortake.

¹⁵⁰ Za definiciju jedinstvenih suparničara v. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 162. Kada pravomoćnošću presude ne bi bili vezani svi ortaci, moglo bi se dogoditi da idući ortak postavi tužbeni zahtjev koji se, međutim, može riješiti samo na jednak način kao i već donesena presuda. To se razlikuje od solidarnosti vjerovnika, gdje dužnik može dugovati solidarnu obvezu svakom od vjerovnika pod drugačijim uvjetima, zbog čega bi bilo moguće donijeti drugačiju presudu.

¹⁵¹ U hrvatskom pravu razlika između nužnih i jedinstvenih suparničara vrlo je tanka. Svi su nužni suparničari ujedno i jedinstveni. Postoji, međutim, potreba da svi jedinstveni suparničari ujedno budu i nužni jer im se tako najbolje osigurava načelo saslušanja (Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 445). I jedno i drugo suparničarstvo mogu proizaći iz prirode pravnog odnosa ako su sve strane tog odnosa ovlaštene samo zajednički raspolagati materijalnim zahtjevom (Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 165, 167). Ipak, postoje određeni primjeri jedinstvenih suparničara gdje je na temelju zakona jasno da će presuda djelovati prema njima čak i ako nisu sudjelovali u postupku (npr. čl. 141. st. 7. SZ-a). To bi značilo da jedinstveni suparničari i ne moraju biti stvarne stranke, nego da je dovoljno da budu „potencijalni suparničari“ (tako Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 163). Posljedice su takva potencijalnog suparničarstva da bi, kao jedinstveni suparničari,

raspravljanja pred sudom osigurava se time što bi ih sud morao obavijestiti o postupku, a propuštanje toga predstavljalo bi apsolutno bitnu povredu parničnog postupka (čl. 354. st. 2. toč. 6. ZPP-a). Procesna radnja koju je poduzeo jedan jedinstveni suparničar imala bi učinka prema ostalima samo ako je načelno povoljna za sve njih.¹⁵² To znači da se ortak tužitelj ne bi mogao odreći tužbenog zahtjeva, sklopiti nagodbu, priznati činjenične navode niti bi se protiv njega mogla donijeti presuda zbog ogluhe ili izostanka.

Što se tiče ortaka kao tuženika, zbog njihove solidarne odgovornosti vjerovnik može birati hoće li svoj tužbeni zahtjev upraviti protiv jednoga, samo nekih ili svih ortaka.¹⁵³ Ako tuži više ortaka, oni bi bili samo obični materijalni suparničari (čl. 196. st. 1. toč. 1. ZPP-a) jer spor prema njima može biti drugačije riješen.¹⁵⁴ Iznimka od toga bio bi spomenuti tužbeni zahtjev, koji je usmjeren samo na zajedničku imovinu i protiv kojeg nisu dopušteni subjektivni prigovori. Tada bi ortaci bili nužni suparničari jer bi morali biti svi zajedno tuženi. U suprotnom se ovrha ne bi mogla provesti na zajedničkoj imovini (čl. 59. OZ-a), a tužitelju bi nedostajao pravni interes za vođenje takva postupka.

U odnosu na takvu aktivnu i pasivnu procesnu legitimaciju, priznavanje stranačke sposobnosti ortaštvu donosi određene prednosti koje ne narušavaju legitimne interese ortaštva ni njegova parničnog protivnika. Već je spomenut problem saznavanja identiteta ortaka zbog promjene članstva.¹⁵⁵ Tužitelju će u svakom slučaju biti lakše nasloviti tužbu na ortaštvo nego navoditi sve njegove članove s adresama stanovanja. Zatim, iako jedinstveno suparničarstvo podrazumijeva uračunavanje najpovoljnijih radnji ostalim suparničarima,¹⁵⁶ ono ne proizvodi iste učinke kao priznavanje stranačke sposobnosti.¹⁵⁷ Svaki suparničar prema postupovnim odredbama i dalje ima pravo samostalno poduzimati parnične radnje. Ako mu prizna stranačku sposobnost, sud će uvažavati samo volju ortaštva očitovanu prema njegovim internim pravilima o zastupanju.¹⁵⁸

morali biti barem obaviješteni o postupku (Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 163) te da bi mogli stupiti u postupak u bilo kojem trenutku, dok god je još moguće poduzimati parnične radnje (čl. 202. ZPP-a).

¹⁵² Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 170 i dalje; Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 444.

¹⁵³ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 152.

¹⁵⁴ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 134, 159.

¹⁵⁵ U jednom takvom slučaju BGH je izišao u susret vjerovniku ortaštva time što je naknadno navođenje ortaka kao nužnih suparničara *praeter legem* ocijenio ne kao subjektivnu preinaku, nego kao ispravak oznake stranke (BGH od 12. 3. 1990., br. II ZR 312/88, objavljena u: NJW-RR 1990, 867).

¹⁵⁶ Povoljne radnje pojedinih jedinstvenih suparničara uračunavaju se svima ostalima (čl. 201. ZPP-a) te se svi mogu koristiti rokovima suparničara kod kojih najduže traju (čl. 202. ZPP-a). Nepovoljne, odnosno nepovoljnije radnje pojedinog suparničara sud uopće ne bi uzimao u obzir (Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 174).

¹⁵⁷ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 170. Za njemačko pravo, za slučaj nužnog suparničarstva (iako su njemačke odredbe o nužnom suparničarstvu nešto drugačije) v. Weth, S. u: H. J. Musielak (ur.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, Verlag Franz Vahlen, München, 2012, § 62., para. 13.

¹⁵⁸ O tome više u poglavlju 4.4. e).

4.4.4. Promjene članstva u ortaštvu za vrijeme trajanja postupka ne utječu na tužbeni zahtjev

Suparničarstvo ortaka dovodi do posebnih problema ako dođe do promjene članstva za vrijeme trajanja parnice. Što se tiče ortaštva na aktivnoj strani, kao što je objašnjeno, ortaci nisu nužni suparničari, ali tužbeni zahtjev mora biti usmjeren na zajedničko ispunjenje. Zbog toga subjektivna preinaka (čl. 192. ZPP-a) neće biti potrebna, ali će biti nužna objektivna preinaka tužbenog zahtjeva da bi se uključilo i ispunjenje novim ortacima. Objektivna je preinaka moguća sve do zaključenja prethodnog postupka (čl. 190. st. 1. ZPP-a). Iako bi se tuženik mogao protiviti preinaci nakon što mu je dostavljena tužba, u takvoj situaciji sud bi trebao dopustiti preinaku jer je to očito svrsishodno za konačno rješenje odnosa među strankama (čl. 190. st. 2. ZPP-a). Problem nastaje ako bi se članstvo promijenilo nakon zaključenja prethodnog postupka, a prije trenutka zaključenja glavne rasprave. Budući da sud odlučuje na temelju stanja u vrijeme zaključenja glavne rasprave,¹⁵⁹ takav tužbeni zahtjev trebao bi odbiti zbog pomanjkanja stvarne legitimacije.

Što se tiče promjene ortaka na pasivnoj strani, za tužbeni zahtjev ograničen na namirenje iz zajedničke imovine bila bi nužna subjektivna preinaka, odnosno morali bi biti tuženi i novi ortaci. U obzir bi došla primjena odredaba o otuđenju stvari ili prava za vrijeme trajanja parnice,¹⁶⁰ po kojima se parnica dovršava među dotadašnjim strankama, a stjecatelj može stupiti na mjesto jedne od njih samo ako se one s time slože (čl. 195. ZPP-a).¹⁶¹ Ako neki od potrebnih pristanaka izostane, sud bi trebao odbaciti tužbu zbog pomanjkanja pravnog interesa.¹⁶²

¹⁵⁹ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 122; Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 580.

¹⁶⁰ Osim odredaba o otuđenju stvari i prava, u njemačkom se pravu za te slučajeve pokušalo konstruirati i da se radi o zakonskoj promjeni stranaka, poput one zbog smrti ili prestanka postojanja stranke, te da bi, dok novi ortak ne preuzme postupak, parnicu trebalo prekinuti (o tome raspravlja BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. II., 2.c.) i Gummert, H., *op. cit.* u bilj. 20, § 19., para. 5.-6.). Tome se može staviti nekoliko prigovora. Teško da se može govoriti o univerzalnoj sukcesiji s obzirom na to da je člansko pravo jedinstvena pravna cjelina, iako se sastoji od drugih prava i obveza na koje se može razložiti. Jedinstveni karakter članstva u ortaštvu proizlazi iz toga što se pojedina prava i obveze ne mogu odvajati, nego se prenose uvijek zajedno s članstvom u ortaštvu (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 49). Univerzalna sukcesija označava prijelaz svih prava i obveza s dotadašnjeg na novi subjekt, dok je prijenos jednog prava, makar i složenog, i dalje singularna sukcesija. Čak i da se to prizna kao poseban slučaj univerzalne sukcesije, ZPP kao razlog za prekid i promjenu stranaka ne predviđa univerzalnu sukcesiju općenito, nego samo točno nabrojene oblike – smrt i prestanak postojanja pravne osobe (čl. 212. ZPP-a). Naposljetku i BGH je ocijenio takvu konstrukciju nezadovoljavajućom, pogotovo jer bi ortaci mogli konstantnom promjenom članstva odugovlačiti parnicu i šikanirati drugu stranku (BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22).

¹⁶¹ Tako Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 154; za njemačko pravo Gummert, H., *op. cit.* u bilj. 20, § 19., para. 5.

¹⁶² Pristanak drugih ortaka kao tuženika ne mogu nadomjestiti pravila o jedinstvenom suparničarstvu iako se jedinstveni suparničari inače i naknadno mogu uključiti u postupak (v. poglavlje 4.4.c). Položaj jedinstvenih suparničara mora proizlaziti već iz tužbenog zahtjeva tako da se vidi da će presuda imati učinak i prema njima, što onda opravdava njihovo naknadno uključivanje. Ako netko tek naknadno stekne materijalni položaj koji bi ga činio jedinstvenim suparničarom, primjenjuju se ista pravila kao i kad netko naknadno stekne stvar ili pravo (čl. 195. ZOO-a).

Priznavanje stranačke sposobnosti ortaštvu riješilo bi te probleme utoliko što promjena članstva u ortaštvu ne bi utjecala na identitet ortaštva kao parnične stranke. Ne bi više bilo potrebe ni za objektivnom ni za subjektivnom preinakom tužbenog zahtjeva.

4.4.5. U postupku vrijede pravila o zastupanju ortaštva

U prilog priznavanja stranačke sposobnosti ortaštvu govori i nepodudarnost između građanskopravnih ovlaštenja na zastupanje iz odnosa ortaštva i ovlaštenja na zastupanje u parničnom postupku. ZOO predviđa mogućnost da se ugovorom o ortaštvu prenese ovlast na vođenje poslova na jednoga ili samo neke ortake, koji se smatraju opunomoćenicima (čl. 643. st. 1. ZOO-a). Iako takva punomoć podrazumijeva i ovlaštenje na zastupanje prema trećima,¹⁶³ pitanje je po kojoj bi osnovi takvi ortaci mogli zastupati ostale pred sudom budući da se ne radi o odvjetnicima, srodnicima niti o osobama u radnom odnosu (čl. 89. a) ZPP-a). Za razliku od pravnih osoba koje zastupaju njihovi organi,¹⁶⁴ procesno pravo ne poznaje zastupnike suparničara na temelju materijalnog odnosa iz kojeg njihovo suparničarstvo proizlazi. Protezanje građanskopravnog ovlaštenja na zastupanje ortaštva na parnični postupak predstavljalo bi, iako nepotpun, oblik priznanja stranačke sposobnosti ortaštva.¹⁶⁵ Ortaci ovlašteni na zastupanje tada bi nastupali ne kao opunomoćenici, nego u svojstvu organa ortaštva.¹⁶⁶

Ortaštvo bi svakako imalo interes da ga zastupaju oni ortaci koje je ono samo odabralo.¹⁶⁷ To osobito dolazi do izražaja kad su ortaci tuženici jer na aktivnoj strani ionako bilo koji ortak koji je ovlašten na zastupanje ortaštva može kao tužitelj tražiti ispunjenje svim ortacima (čl. 648. st. 2. ZOO-a).¹⁶⁸ Međutim, i na aktivnoj strani postoji razlika između toga kad ortak u postupku zastupa ostale ortake ili samo u vlastito ime traži zajedničko ispunjenje. U potonjem slučaju ostali su ortaci jedinstveni suparničari, sud ih mora obavještavati o pokretanju postupka te ne priznavati radnje koje su za njih načelno nepovoljne. Priznavanjem stranačke sposobnosti ovlašteni bi ortaci djelovali u ime ortaštva te bi mogli poduzimati podjednako povoljne i nepovoljne radnje.

¹⁶³ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 84, 87; Gorenc, V., *op. cit.* u bilj. 63, str. 982.

¹⁶⁴ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 178.

¹⁶⁵ Tako za njemačko pravo BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. II., 2. a).

¹⁶⁶ U smislu čl. 308. st. 2. ZOO-a, oni bi zastupali ortaštvo ne više na osnovi očitovanja volje (punomoći), nego na osnovi društvenog ugovora.

¹⁶⁷ Za njemačko pravo v. Ulmer, P.; Schäfer C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 319.

¹⁶⁸ Ako ortaci posebnom odlukom opunomoće za zastupanje samo neke od njih (čl. 643. st. 1. ZOO-a), trebalo bi smatrati da više nisu svi (čl. 648. st. 2. ZOO-a), nego samo ti ortaci ovlašteni zahtijevati od dužnika da obvezu ispuni svim ortacima. Davanje ovlaštenja za zastupanje implicitno u sebi nosi i prijenos zakonskog ovlaštenja zahtijevati od dužnika ispunjenje.

5. ZAKLJUČAK

Provedena analiza pokazuje da ortaštvo koje počiva na načelu zajedničarstva i sudjeluje u pravnom prometu ima tendenciju osamostaljivanja i stjecanja vlastitog kruga prava i obveza neovisno o tome je li mu zakonodavac namijenio pravnu sposobnost. Ta je tendencija posljedica toga što pravila o ortaštvu nužno pogađaju treće osobe prema kojima se ortaštvo očitovalo kao jedinstvena cjelina. Treće osobe moraju praviti razliku između toga imaju li posla s ortacima u njihovu pojedinačnom ili u njihovu ortačkom svojstvu. Između toga i priznavanja pravne sposobnosti ortaštva „kao takva“ nedostaje još samo jedan korak.

Njemačko je pravo prije više od deset godina napravilo taj korak i danas se ortaštvo poima slično javnom trgovačkom društvu. Ortaci opunomoćeni voditi poslove ortaštva imaju svojstvo organa, a odgovornost ortaka njihovim osobnim, odvojenim imovinama akcesorne je naravi. Glavna razlika naspram javnog trgovačkog društva jest to što ortaštvo nije registrirano i nema prava koja iz toga proizlaze.

Hrvatsko se pravo i dalje drži tradicionalne teorije o naravi ortaštva, a usprkos određenim problemima koje to uzrokuje, do radikalnog zaokreta ne može doći dok god je zakonodavac na postojećim pozicijama o *numero clauso* pravno sposobnih entiteta. Ipak, znakovito je da je taj isti zakonodavac u okviru procesnog prava ostavio prostora za proširenje stranačke sposobnosti oblicima udruživanja koji udovoljavaju bitnim uvjetima za stjecanje pravne osobnosti. Već na prvi pogled čl. 77. st. 3. ZPP-a zvuči kao da je sastavljen upravo za ortaštvo, s tim da može obuhvatiti i još neka, ortaštvu slična, društva osoba bez pravne osobnosti.

Iako će se udovoljenje pretpostavkama čl. 77. st. 3. ZPP-a uvijek procjenjivati od slučaja do slučaja, u ovom su radu istaknuti neki razlozi zbog kojih bi ortaštvu načelno trebalo priznavati stranačku sposobnost. Imajući to u vidu, može začuditi relativno mali broj objavljenih sudskih odluka koje ortaštvu stranačku sposobnost uistinu i priznaju.¹⁶⁹ Iako nije zahvalno spekulirati o razlozima zašto je tako, čini se da se većina sporova između ortaštava i trećih osoba rješava bez pozivanja na odredbe o ortaštvu.¹⁷⁰ Takvoj procjeni u

¹⁶⁹ Npr. VSRH, REV-110/1994-2 od 7. 2. 1999. (preuzeto s <http://www.sudacka-mreza.hr> dana 3. 12. 2012.), već objašnjena u bilj. 130. Također, odlukom VTS, Pž-6617/06-3 od 29. 5. 2007. (preuzeto s <http://www.sudacka-mreza.hr> dana 3. 12. 2012.) priznata je stranačka sposobnost trajnoj radnoj zajednici samostalnih umjetnika, koja u vrijeme preuzimanja obveze koja je posredni predmet spora nije imala pravnu sposobnost. Iako u to vrijeme (25. 4. 1989.) ortaštvo još nije ni bilo uvedeno u hrvatsko pravo, iz perspektive današnjeg sustava radilo bi se ili o ortaštvu ili o udruzi bez pravne osobnosti (neovisno o tome što su pravni sljednici radnih zajednica pravne osobe, tj. umjetničke organizacije na temelju čl. 23. Zakona o pravima samostalnih umjetnika i poticanju kulturnog i umjetničkog stvaralaštva, NN 43/96, 44/96).

¹⁷⁰ Od stotinjak presuda VSRH, ŽS i VTS koje se odnose na ortaštvo i koje su uzete u obzir za potrebe ovog rada, samo u nekoliko njih bilo je riječi o sporu između ortaka i trećih osoba, dakle iz odnosa vanjskog ortaštva. U presudi VTS, Pž 940/05-3, od 12. 7. 2007. (preuzeto s www.iusinfo.hr dana 1. 8. 2014.) sud je zaključio da su ortaci solidarni dužnici prema trećima iz svih odnosa u kojima se pojavljuje njihov zajednički obrt; u presudi VTS, Pž 6789/08-3, od 31. 10. 2008. (preuzeto s www.iusinfo.hr dana 1. 8. 2014.) sud je odlučio da interno oslobođenje od odgovornosti nema učinka prema trećima koji su stupili u odnos s vanjskim ortaštvom; u presudi ŽS Varaždin, Gž.472/08-2, od 29. 4. 2008. (preuzeto s pretraživača sudske prakse VSRH <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/Default.asp?Menu=Pocetna> dana 1. 8. 2014.) sud je našao da su ortaci solidarno odgovorni tužitelju za isplatu plaće; u presudi ŽS Dubrovnik, Gž-393/12, od 18. 7. 2012. (preuzeto s ING pregled sudske prakse, br. 0982 - S - 832.611, 2.2012), sud je ocijenio da tužitelj nije

prilog govori da se ortaštvo ne spominje ni u odlukama u kojima je stranačka sposobnost priznata oblicima udruživanja koji po svojoj pravnoj prirodi očito jesu ortaštvo.¹⁷¹ Postoje također odluke koje su odbile priznati stranačku sposobnost određenim oblicima udruživanja, a da nije razmotreno radi li se o ortaštvu te jesu li zadovoljene pretpostavke iz čl. 77. st. 3. ZPP-a.¹⁷² Neovisno o opravdanosti sudskih odluka u konkretnom slučaju, ostaje dojam da bi stranačka sposobnost mogla biti ortaštvima češće priznavana, osobito ako se uzme u obzir potreba ujednačavanja sudske prakse i stvaranja predvidljivih kriterija stranačke sposobnosti.

Sudačko priznavanje stranačke sposobnosti vrijedi samo za potrebe određene parnice. U tom opsegu to za sobom povlači i priznavanje ograničene pravne sposobnosti. To se ne može usporediti s općom pravnom sposobnošću koju ima ortaštvo u njemačkom pravu.¹⁷³ Ipak, ne znači da do postupne konvergenције ne može doći daljnjim razvojem sudske prakse. Ako bi se priznavanje stranačke sposobnosti ortaštva uobičajilo u određenim vrstama sporova, što je cilj prema kojem treba težiti, dokinuli bi se prigovori nepredvidljivosti. Podrazumijeva se da je to postupan razvoj, međutim, drugačije nije bilo ni sa samim institutom priznavanja stranačke sposobnosti, koji je uobličen sudačkom aktivnošću. Ustaljeno priznajući stranačku sposobnost nekom obliku udruživanja, moglo bi se reći da sudovi postupno „izgrađuju“ i njegovu pravnu sposobnost.

Posebno je pitanje postoji li stvarna društvena i gospodarska potreba za ortaštvom kao pravno sposobnim subjektom. Primjer njemačkog prava to bi sugerirao, međutim, ne treba zaboraviti da je i ondje taj razvoj trajao čitavo stoljeće, a intenzivno se o tome raspravljalo tridesetak godina otkako su se pojavili brojniji zagovornici takva rješenja. U Hrvatskoj dosadašnja sudska praksa pokazuje da nema puno sporova koji uključuju ortaštvo, osobito ne sporova između ortaštva i trećih osoba. U tom smislu vjerojatnije je da će redovito priznavanje stranačke sposobnosti ostati tek na razini mogućnosti. Ipak, ni ulogu takve mogućnosti ne treba podcjenjivati. Vrlo se često važne gospodarske aktivnosti obavljaju u pravnom obliku ortaštva, o čemu svjedoči postojanje konzorcija za izvođenje građevinskih radova, konzorcija banaka za davanje zajma, *poola*, zajedničkog pothvata (*joint venture*) i holdinga.¹⁷⁴ Kao što pokazuje primjer njemačkog prava, dovoljan je jedan važan slučaj da pitanje pravne i stranačke sposobnosti ortaštva stavi u prvi plan.

ni stupio u odnos s vanjskim ortaštvom jer je ortaštvo nastalo tek nakon sklapanja predmetnog ugovora. Budući da je, s obzirom na učestalost ortaštava, takvih sporova moralo biti znatno više, može se pretpostaviti da i stranke i sud često ne prepoznaju djelovanje vanjskog ortaštva u pravnom prometu.

¹⁷¹ Presude pod bilj. 169.

¹⁷² Tako je npr. VTS, Pž-3325/06, od 15. 9. 2009. (preuzeto iz Informatora, br. 5963 od 30. 4. 2011.) i VTS, Pž 4598/06-3, od 23. 7. 2007. (preuzeto s <http://www.iusinfo.hr/Default.aspx> dana 21. 11. 2012.) zaključio da zajednički odvjetnički ured nema stranačku sposobnost ne upustivši se u analizu čl. 77. st. 3. ZPP-a i bez osvrta na to da je zajednički odvjetnički ured zapravo ortaštvo (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 12, 22). Također, stranačka sposobnost nije priznata ni glazbenoj skupini, a drugostupanjski sud samo je konstatirao da nema „obrazloženja u prvostupanjskom rješenju o tome temeljem čega je toj skupini priznato pravo *iudis standi in iudicio* prema odredbi čl. 77. st. 3. ZPP-a“ (VTS, Pž-1872/00 od 24. 5. 2000., preuzeto s ING Pregled sudske prakse, <http://www.ingbiro.com/> dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.644, 2000).

¹⁷³ U hrvatskom pravu takvo što ne bi bilo moguće zbog toga što opća pravna sposobnost proizlazi iz fizičke ili pravne osobnosti. Za razliku od toga, njemačko pravo poznaje još i treću, „otvorenu“ kategoriju pravno sposobnog društva osoba (v. 2. Pravna sposobnost ortaštva u njemačkom pravu).

¹⁷⁴ Za detaljno razmatranje tih pojavnih oblika ortaštva v. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 184-303.

Summary

RECOGNITION OF LEGAL AND PARTY CAPACITY TO CIVIL LAW PARTNERSHIP

External partnership is a community that in legal transactions represents more than the sum of its members. In relations with third persons, legal capacity can only be bestowed on the partnership or the partners that act as members of the partnership. German law, after many long discussions, opted for the general legal capacity of partnerships, which is modelled on public companies. Such an interpretation is not possible in Croatian law due to the legislation in force. However, there are situations where the legal capacity of a partnership would be more suitable to respond to some problems that appear in practice. The legal capacity of partnerships would facilitate the access of creditors to common assets and would contribute to maintaining continuity if a change in membership occurs. This could be achieved by the judicial recognition of party capacity for the needs of a particular civil procedure pursuant to Article 77 paragraph 3 of the Civil Procedure Act. The recognition of party capacity leads to the recognition of limited legal capacity to the extent necessary to participate in the results of the civil procedure. The need to standardise judicial criteria and enhance their foreseeability could gradually lead to a result similar to the recognition of general legal capacity.

Keywords: partnership, common assets, legal capacity, party capacity, *legitimatío ad causam* *legitimatío ad processum* (legal standing), unique joindership

Antun Bilić, LLB,

Junior research assistant in the Department of Commercial Law and Company Law at the Faculty of Law, University of Zagreb

OBSERVING THE QUESTIONS OF SELF-DETERMINATION AND SECESSION IN THE WAKE OF RECENT EVENTS IN KOSOVO, ABKHAZIA, SOUTH OSSETIA AND CRIMEA

Pregledni znanstveni rad

UDK 341.231(497.115)

341.231(479.224)

341.231(479.225)

341.231(477.75)

Primljeno: 10. studenog 2014.

Adam Šućur*

Events in Kosovo, Abkhazia, South Ossetia and most recently Crimea have once again brought the controversial topics of self-determination and secession to the attention of the international community. Unfortunately, many issues that have riddled these two topics and which made them controversial in the first place, not the least of which is poor legal regulation, are still present to this day. This paper will consider the theory behind self-determination and secession and then focus on the recent cases that have pinpointed all the shortcomings, inconsistencies and illogicalities of these and related topics.

Keywords: self-determination, secession, Kosovo, Abkhazia and South Ossetia, Crimea

1. INTRODUCTION

Given the recent and ongoing events in Ukraine, a number of important questions have arisen within the international community. One of the most intricate to arise from the said events is that of Crimea. The case of Crimea is highly interesting from a theoretical standpoint, but at the same time the outcome will have serious ramifications on the international community. By examining the case of Crimea, one can observe the delicate interplay of law and politics and, within it, a number of shortcomings and inconsistencies. The crux of the matter lies in the right to self-determination and its potential embodiment – secession, both of which are problematic due to their regulation within international law, or, more pertinently, the lack of it, as this paper will show.

Over the years, self-determination has been entering and leaving the international community's consciousness, but never quite fading from it completely. The right of self-determination, and all that it entails and potentially clashes with, is both complex and intriguing. This right is often misinterpreted and misused, which is why it needs to be closely examined. This should be done not only by observing theoretical teachings, but

* Adam Šućur, LL.M., attending postgraduate doctoral study at the Faculty of Law, University of Zagreb.

also by looking at some of the cases that have occurred so far and their influence on subsequent events in the same vein.

Before this paper turns its focus to some of the more recent examples, one must look at the basic terms and principles regarding the topic at hand and understand the distinction and interaction between them. Hence, this paper will begin with an examination of statehood, the most fundamental term related to this subject. Given the tight connection between statehood and recognition, recognition will be observed next. Following the question of recognition, the right to self-determination, perhaps the most complex of the terms tackled in this paper, will then be examined. Later, the principle of territorial integrity, often seen as a counter-principle to that of self-determination, and *uti possidetis* will be considered, and finally the controversial topic of secession will require close inspection.

Secession is a rather specific occurrence, and it does not take much for it to start a chain reaction on a global scale. The case of Kosovo proved to be a powerful agent in causing such an effect. Then, two other cases emerged which share a fair bit in common, but with varying end results, which is why this paper will then shift focus to the cases that preceded the case of Crimea and which are, in a way, linked to it. Namely, South Ossetia and Abkhazia. After observing all three cases, the case of Crimea will be considered. Given that the pro-secession movement in Crimea was a long time in the making, history and recent developments will be examined first, since they hold the key to understanding the most recent events. Only then will the paper focus on Crimea's claims for self-determination and secession, bringing the main focus of this paper to its conclusion.

2. BASIC TERMS

2.1. Statehood and recognition

Modern international law has heavily expanded its range to a variety of new participants. No longer are states regarded as the only subjects of international law, but intergovernmental organisations, alongside *sui generis* entities (such as the Holy See and the Sovereign Military Order of Malta), have also been widely recognised as subjects of international law. On the other hand, certain subjects, such as non-governmental organisations and individuals, have been at the core of many debates as to whether or not they should be recognised as subjects of international law. Nevertheless, despite the increasing range of actors and participants in the international legal system, states remain by far the most important legal persons. In addition, despite the rise of globalisation and all that it entails, states retain their attraction as the primary focus for the social activity of humankind and thus for international law.¹

¹ Shaw, M. N., *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 197.

Given the prevailing role of states in international law, it is of utmost importance to determine the exact criteria for gaining statehood. Unfortunately, international law provides only glimpses of the requirements for statehood. In saying this, however, there has been one convention in particular that has outlined the criteria for statehood. The convention in question is the Montevideo Convention on the Rights and Duties of States,² which specified that: "The State as a person of international law should possess the following qualifications: a) a permanent population; b) a defined territory; c) government; and d) capacity to enter into relations with other states".³ It is most curious that a convention of a regional character has, so far, produced the most thorough answer to the question of the required criteria for statehood. Nevertheless, the stated criteria have been widely accepted by the international community as a set of guidelines when it comes to giving recognition to newly formed states.

However, the said provisions are neither exhaustive nor immutable.⁴ For example, the way a new State came to be is often one of the deciding factors that the international community takes into account when deciding whether or not to recognise it. Naturally, a newly formed State that emerged from a peaceful event is likely to garner recognition from the international community faster than one that emerged from a war waged with its predecessor State. The latter example brings a few other criteria into the mix. Namely, who was the agitator in the conflict and have human rights violations occurred?

Although the conditions for statehood, listed in the Montevideo Convention, can be expanded to feature several other conditions, they can likewise be reduced to only three or even two necessary conditions. As will be shown later, some states in their early stages met only the first two conditions of the Montevideo Convention before gaining recognition from other states. That being said, it is hard to find any consistency among recent examples of state recognition. This all points to the fact that the act of recognition is heavily influenced by politics, while the law regarding the topic is severely lacking.

In terms of recognition, there are two different schools of thought regarding its importance for the creation of a State and thus there are two related theories: the constitutive theory and the declaratory one. Essentially, the constitutive theory of recognition holds that recognition creates the international legal personality of a State, by attributing rights and duties to the recognised State.⁵ The declaratory theory, on the other hand, attributes much less importance to the role of recognition, as it states that statehood

² The Montevideo Convention on the Rights and Duties of States was signed on 26 December 1933, at the Seventh International Conference of American States in Montevideo, Uruguay, while it entered into force exactly one year later. The contents of this convention centre on the definition and rights of statehood.

³ Article 1 of the Montevideo Convention on the Rights and Duties of States.

⁴ Shaw, *op. cit.* (n. 1) p. 198.

⁵ Dugard, J., "The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo", *RCADI*, vol. 357, 2013, p. 45.

is a question of fact,⁶ and recognition simply provides evidence of the existence of a State.⁷ Basically, for the constitutive theorists, the heart of the matter is that fundamentally an unrecognised "State" can have no rights or obligations in international law, while the declaratory theorists emphasise the factual situation and minimise the power of states to confer legal personality.⁸

Nowadays, of the said two theories, the declaratory theory is the more widely accepted, although the reality of the importance of recognition lies somewhere in between. While most agree that recognition is not actually a condition for the creation of a State, it is hard to imagine a State existing without, at least, some kind of recognition. In essence, it is of paramount importance for an aspiring State not only to fulfil the legal criteria for statehood, but also to garner as much recognition from the international community as possible.

2.2. Self-determination

The principle or, better still, the right to self-determination⁹ has an interesting history. Nowadays, it is no longer talked about as a novel theoretical possibility in legal or political debates, but rather as an indisputable legal right. Treaties, solemn declarations of the General Assembly of the United Nations¹⁰ and decisions of the International Court of Justice¹¹ recognise self-determination as a legal right.¹² That being said, while the right to self-determination has indeed been explored, given its context and relevance to contemporary international law, this does not mean it is free from many dangling questions. In fact, as a whole, the right of people to self-determination is frustratingly ambiguous.¹³

⁶ Declaratory theorists mostly point to the Montevideo Convention on the Rights and Duties of States for the list of requirements that need to be fulfilled in order for an entity to become a State.

⁷ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 47.

⁸ Shaw, *op. cit.* (n. 1) p. 446.

⁹ As a legal term, it first emerged in the Treaty of Versailles (1919), which was used as a constitutive act for the League of Nations. Some scholars even point to the American Declaration of Independence (1776) and the French Revolution (1789) as some sort of origin for the right to self-determination.

¹⁰ Self-determination consolidated its place in international law by being mentioned in the Charter of the United Nations, but it was not until the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and People (1960) and the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations (1970) that self-determination was provided with a more detailed explanation.

¹¹ Several cases were brought before the International Court of Justice, such as the Western Sahara Case (1975) and the East Timor Case (1995). The East Timor Case in particular is interesting, given how the International Court of Justice explicitly stated that self-determination is "one of the essential principles of contemporary international law", which enjoys "an *erga omnes* character". See: Summary of the Judgment of 30 June 1995 in the case concerning East Timor (Portugal v. Australia) <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=430&p1=3&p2=3&case=84&p3=5>

¹² Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 31.

¹³ Summers, J., "The Internal and External Aspects of Self-determination Reconsidered", in: French, D. (ed.), *Statehood and Self-determination*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 229.

The first question that arises is: what exactly is self-determination? While the question is relatively simple, the answer is unfortunately anything but. While the right to self-determination is indeed mentioned, in some form or another, in many instances of international law, the exact definition of the said right eludes us. There have been many attempts¹⁴ to define self-determination as a right, but all these can be boiled down to the same few core elements. For example, the Declaration on the Granting Independence to Colonial Countries and People, contained in resolution 1514 (XV) of 1960, proclaims that: "All people have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development."¹⁵ The elements of this distilled definition are at the core of almost every other definition, but with this, vagueness starts and questions arise. Who are these "people"? How and when can they enforce their right to self-determination?

While there are still no clear-cut answers to these questions, especially since there is no continuity to be found in the (recent) cases concerning the said right, some things have become at least a bit clearer during its development. In order to truly understand this right, one must observe it from the very beginning, since it is neigh on impossible to fully comprehend it from just a single source of international law.

The full implications of the notion of self-determination, introduced into international politics by Woodrow Wilson¹⁶ after World War I and affirmed by the Charter of the United Nations, were unknown, but feared, by the international community in 1945.¹⁷ Because it was more of a political aspiration¹⁸ first and foremost, especially during World War I, regulations concerning the topic were essentially non-existent. Such uncertainty filled many states with apprehension, given that such a principle could very well endanger the territorial integrity of a State.

To alleviate such concerns, the whole principle was limited to the context of dealing with decolonisation. Between the 1950s and 1960s, self-determination was frequently invoked in the United Nations to end colonial rule and this led to the adoption, in 1960, of General Assembly resolution 1514 (XV), entitled the Declaration on Granting Independence to

¹⁴ For instance, the definition of self-determination can be found in the International Covenant of Civil and Political Rights, the African Charter of Human and People's Rights, the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, and many others.

¹⁵ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 78.

¹⁶ For him, self-determination was the "logical corollary of popular sovereignty and synonymous with the principle that governments must be based on the 'consent of the governed'". Velasco, Z. A., "Self-determination and Secession: Human Rights-based Conflict Resolution", *International Community Law Review*, vol. 16, issue 1, 2014, p. 78.

¹⁷ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 79.

¹⁸ It would not be unreasonable to think that behind this "push for a noble cause" were hidden ulterior motives. The political and economical map of the world was vastly different at that time compared to the present day. Several European countries (such as the United Kingdom, France and Spain, to name a few) had a very wide network of colonies throughout the world. With that came economic benefits and, more importantly, political leverage on a global scene. The United States was facing the possibility of falling behind in relevance, since it was not able to keep up with the rise of the said colonial empires.

Colonial Countries and People, which proclaimed "the necessity of bringing to a speedy and unconditional end colonialism in all its forms and manifestations", pursuant to the people's right to self-determination.¹⁹

However, things began to change. As the process of decolonisation drew to a close, new situations emerged²⁰ and the field of application of the right to self-determination was greatly expanded. This is no more apparent than in the two conventions on human rights,²¹ both dating from 1966. Article 1 of both the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights uses almost the same wording found in the previously mentioned Declaration on the Granting Independence to Colonial Countries and People when discussing the right to self-determination. With those two conventions, the right to self-determination strengthened its position in international law not only as a legal right, but as a basic human right.

The transformation of self-determination as a political principle into a basic human right is not the only major stage of its development. The second major change for this right came in the light of making a distinction between internal and external self-determination. However, the division of self-determination into internal and external aspects is not spelled out with any precision in international instruments, leaving considerable ambiguity as to what these two aspects might relate to.²²

Since self-determination was no longer reserved for people that lived in colonies, fear, figuratively speaking, started to creep into many states. Since states feared that their territorial integrity was at stake, legal theorists across the world began to figure out a way to essentially minimise the risk of a possible follow-up event - secession. So, in an effort to accommodate both the competing right to self-determination and the principle of territorial integrity, legal theorists propounded the view that self-determination could be pursued internally "within the framework of existing sovereign states and consistently with the maintenance of the territorial integrity of those states".²³

Although there is uncertainty over the precise meaning of internal self-determination, it is widely seen as encompassing the right of the people within an independent State to choose the government of that State and to participate in a government that represents

¹⁹ Velasco, *op. cit.* (n. 16) p. 79.

²⁰ The African continent in particular saw the emergence of many dissatisfied people within states, who clamoured for secession as a means to an end. That is, they sought to exercise their right to self-determination. The results vary greatly. While there are examples of unsuccessful secessions (i.e. Katanga and Biafra), there are also secessions that proved to be successful (i.e. Eritrea and South Sudan). For a more detailed analysis as to why these secessions proved to be either successful or unsuccessful, see: Dugard, *op. cit.* (n. 5).

²¹ Apart from the said conventions, the Helsinki Accords (1975), the Charter of Paris (1990), the European Community's Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and the Soviet Union, the European Community's Declaration on Yugoslavia (1991) and the Vienna Declaration on Human Rights (1993) all contemplate the right to self-determination, unrelated to decolonisation. Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 83.

²² Summers, *op. cit.* (n. 13) p. 233.

²³ Velasco, *op. cit.* (n. 16) p. 82.

the whole people of the territory and which confers equal rights on all persons and respects and protects their human rights.²⁴ Essentially, internal self-determination is the preferred way of dealing with self-determination, while external self-determination is seen as the last resort. The frequently cited criteria of the right to external self-determination²⁵ are: grave and repeated violations of human rights and the continuous negation of the right to internal self-determination.²⁶

The whole point of dividing the right to self-determination into two separate subcategories was and still is completely redundant. It just shows how muddled the thought process behind this right truly is. Over time, self-determination almost became a synonym for secession. While the two terms do indeed have a point of intersection, the two should not be seen as one. Self-determination pertains to human rights, while secession forms part of a wider debate on statehood and state recognition,²⁷ which is why dividing self-determination into two groups makes no sense. The division itself means that essentially a group of people are "locked out" of the said right in certain circumstances, which makes no sense, seeing how self-determination is a basic human right meant for all people. Furthermore, the division itself actually appears to approve the tight linkage between the right to self-determination and the follow-up process of secession.

With the division came the question: "who are these people that enjoy the right to external self-determination?" Unfortunately, there is no general consensus on an answer, just theoretical speculation. One of the most well-rounded theories notes that in order to qualify as a "people", a minority must demonstrate that it occupies part of the territory of an established State in which it forms a clear majority.²⁸ However, had the two terms been clearly separated, ultimately, the problem of defining "people" would disappear entirely and become irrelevant.²⁹

2.3. Territorial integrity and *uti possidetis*

One of the key elements that defines a State is its territory. It should come as no surprise then that international law plays a crucial part in protecting a State's territory. Two principles in particular ensure that the territorial boundaries of states will be respected,

²⁴ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 86.

²⁵ In a sense, external self-determination can be seen as some sort of remedy for an ungrateful position people may find themselves in, in certain states, and that is why external self-determination is generally called the right to "remedial self-determination" and the instrument that enforces it is often called "remedial secession". Velasco, *op. cit.* (n. 16) p. 82

²⁶ Ryngaert, C., Sobrie, S., "Recognition of States: International Law of Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia", *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, issue 2, 2011, p. 479.

²⁷ Velasco, *op. cit.* (n. 16) p. 87.

²⁸ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 91.

²⁹ Velasco, *op. cit.* (n. 16) p. 87.

if necessary at the expense of self-determination – territorial integrity and *uti possidetis*.³⁰ These two principles are not nearly as controversial³¹ as the previously explained self-determination, but both principles still need clarification.

Territorial integrity as a principle can be found in many declarations, resolutions, constituent acts and the like.³² For example, it is mentioned in the already cited³³ Declaration on the Granting Independence to Colonial Countries and People of 1960 and the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations of 1970. The latter declaration notes that "every State shall refrain from any action aimed at the partial or total disruption of the national unity and territorial integrity of any other State or country". Whenever the principle of territorial integrity is mentioned, it is always regarded as one of the founding principles of utmost importance for a State. Basically, the principle of respect for territorial integrity is a corollary of state sovereignty, as it provides the territorial framework, that is, the spatial context for the existence of the State.³⁴

Territorial integrity is closely connected with the doctrine of *uti possidetis*, according to which colonial boundaries and possibly the boundaries of federal units are to be respected and protected by international law, however arbitrary and unjust their origin.³⁵ *Uti possidetis* played an important role in the decolonisation era, as it was considered the only workable solution to protect the stability of administrative or colonial borders during the process of decolonisation.³⁶ One thing worth noting is that *uti possidetis* is not *ius cogens*, which means that it does not necessarily have a crucial effect on the formation

³⁰ The doctrine of *uti possidetis* is rooted in an edict of Roman property law which allowed a person in possession of property to provisionally continue possession of the property during litigation over ownership of the property. The edict was summarised in the phrase *uti possidetis, ita possideatis* – as you possess, so may you possess. Dugard, *op. cit.* (n. 5) pp. 31 and 100.

³¹ Which, no doubt, has to do with the subjects at whom these principles are aimed. Territorial integrity and *uti possidetis* are aimed at states and the protection of their territories, while self-determination is aimed at people, and at their protection from states. Since states are *de facto* the creators of international law, it is clear to see who has the upper hand in this matter. Besides, it is in the best interest of states to precisely regulate the question of territorial boundaries, while at the same time leave the question of self-determination vague and open to interpretation.

³² Apart from the declarations listed in the next sentence of the main text, the most notable examples would be: the Charter of the United Nations, the constitutive acts of the Organization of American States and the African Union and the Charter of the Association of South-east Asian Nations.

³³ See *supra*, p. 4.

³⁴ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 99.

³⁵ Cf. *ibid.*, p. 100.

³⁶ Ryngaert, Sobrie, *op. cit.* (n. 26) p. 479. However, that does not mean the principle of *uti possidetis* died out alongside the process of decolonisation. Most recently, it was invoked in the process of Yugoslavia's dissolution, but its usage outside the process of decolonisation was met with heavy criticism (for a detailed explanation as to why it was criticised, see: Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 151) and was not invoked in later cases. That being said, one should also question the use of the principle of *uti possidetis* within the context of decolonisation. What exactly makes its use in the process of decolonisation more justifiable than in the process of Yugoslavia's dissolution? Regardless of the context, the principle of *uti possidetis* is a seriously flawed solution for determining borders, which arguably creates more problems than it solves.

of new territorial boundaries. Other factors need to be taken into account, such as self-determination and whether or not there is an agreement between the two states.

3. SECESSION

Secession is another controversial topic, enveloped in a mist of uncertainty. There is no multilateral treaty on the said subject, which means its content depends upon the following variables: the state practice of nearly 200 nations, the influence of their half-dozen major legal systems, the-not-so-subtle impact of distinct cultures and politics, and the varied perceptions about the content of the laws that govern them.³⁷ That being said, in this case, politics have the final word on the matter. The problem with the notion of politics taking over the role of law, apart from the obvious uncertainty it brings, is the sheer inconsistency and hypocrisy visible across many, if not most, cases revolving around the question of secession. The excuse which occasionally appears, proclaiming that each case is *sui generis*, is quite absurd. Without consistency, not even customary law can be formed.

When people within a State are denied the right to co-exist equally with the rest of the State's population and when gross violations of human rights are repeatedly committed against them, they have the right to secede. In other words, once a certain threshold of violations has been perpetrated by the government against a collective of individuals located on an identifiable part of the territory of the State, the right for this collective of individuals to secede from that territory is triggered.³⁸ Secession is seen as the last resort,³⁹ when every other option fails and people's lives would be seriously endangered if they were to remain in such a State. Therefore, some see secession as some sort of remedy, and hence the coined term "remedial secession".

Remedial secession, however, is a legal myth; secession is not a remedy recognised in international law for violations committed by a State.⁴⁰ In fact, remedial secession as a term can be seen as some sort of oxymoron. Secession, in reality, does not remedy the fact that people are not given the opportunity to participate in the government of a State, nor does it remedy the fact that there have been continuous violations of human rights against them. What secession actually does is that it shifts the balance of power in the newly-formed State. In other words, rather than remedying the human rights situation by

³⁷ Slomanson, W. R., "Legitimacy of the Kosovo, South Ossetia and Abkhazia Secessions: Violations in Search of a Rule", *Miskolc Journal of International Law*, vol. 6, issue 2, 2009, p. 2.

³⁸ Del Mar, K., "The Myth of Remedial Secession", in: French (ed.), *op. cit.* (n. 13) p. 79.

³⁹ The notion that oppressed people have a right to secede, as a last resort, has its roots in the writings of classical international law jurists, Grotius and Vattel. Grotius, in his work *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, argues that part of a territory has no right to separate "unless it plainly appears that it is absolutely necessary for its own preservation". Vattel similarly says, in *Le droit des gens: principes de la loi naturelle, appliques a la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, that people may only secede in the "case of clear and glaring wrongs, [such as] when a prince for no apparent reason attempts to take away our life or deprive us of things without which life would be miserable". Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 113.

⁴⁰ Del Mar, *op. cit.* (n. 38) p. 79.

ensuring greater compliance through the establishment and/or strengthening of a "human rights culture" in the State in question, the implementation of the doctrine would reproduce a similar starting point on a smaller scale; a new State in which minorities are present and in which the ethnic tensions might remain equally unresolved.⁴¹ This is not to say that secession in itself is a bad thing. It certainly is most unfortunate when it has to occur on account of the factors that preceded it, but, if it can lead to less suffering and oppression of the people in a State, then that is the way to go.

The most difficult problem secession encounters is the unspecified criteria that need to be met in order for it to be realised. Since there are no treaties concerning the topic and the practice of states across the board is inconsistent at best, it is rather difficult to list the criteria. However, Dugard has managed to assemble five conditions that seemingly have to be met for secession to happen:

- 1) there must be people with a separate identity based on ethnicity, race, religion, language or culture;
- 2) the said people must occupy a distinct part of a territory of the State⁴² and constitute a majority in that territory;⁴³
- 3) the said people must have been denied the right to meaningful participation in government and representation in the political structures of the State;⁴⁴
- 4) the said people must have been subjected to widespread and gross violations of their fundamental human rights;
- 5) the said people must have exhausted all reasonable opportunities to secure respect for their human rights and to exercise the right to meaningful participation in government and representation in the political structures of the State.⁴⁵

The first four conditions are relatively straightforward and there should not really be any problems in discerning whether or not the given people meet the mentioned criteria. The fifth condition, however, poses its fair share of problems. What exactly are these "reasonable opportunities" the said people must exhaust before securing the right to secede? This usually means that representatives of both the State and the people must sit down and negotiate. However, this begs the following question: how soon after particularly serious violations begin is secession triggered?⁴⁶ One cannot expect that these negotiations will eventually and miraculously produce a solution, after just giving them some time, while fundamental human rights are being violated. Yet, this is exactly what the international community expects in most cases of (potential) secession. Often

⁴¹ Cf. *ibid.*, p. 80.

⁴² This effectively means that minorities that are widespread across a State, without having a notable concentration on a particular piece of territory, would not be eligible for secession, even if all the other criteria were met.

⁴³ These first two criteria link secession with self-determination.

⁴⁴ If one were to accept the division of self-determination into internal and external subcategories, this criterion would point to internal self-determination.

⁴⁵ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 117.

⁴⁶ Del Mar, *op. cit.* (n. 38) p. 102.

the validity of secession, in the eyes of the international community, hinges on whether or not the said community deems that the oppressed people have engaged in enough negotiations, even if all the previous talks have failed miserably.

Apart from these five conditions, a sixth one could also be added. Namely, the secession of a territory accomplished by the use of force, by a third state against the predecessor State, would be illegal and would be met with the sanction of non-recognition.⁴⁷ This prohibition comes from a peremptory norm contained in the Charter of the United Nations⁴⁸ and the General Treaty for the Renunciation of War (1928).⁴⁹ While the aforementioned five conditions could be classified as positive ones that need to be met, this condition, the use of force by a third State, is a negative one and should not be met if secession is to be deemed valid.

Still, Dugard's aforementioned five conditions are purely of a theoretical nature and are not part of international law. In reality, these conditions are nothing more than a set of guidelines which states may or may not choose to follow when giving validity to secession and thus to its end product, a newly emerged State. Even though statehood itself, as was previously mentioned, has its fair share of criteria that need to be fulfilled, and recognition of other states is of a declaratory nature, there is no denying that a State cannot function in international relations without gaining some significant recognition. As demonstrated by past and recent events, the decision to recognise a new State, to accord independence to or to give approval of secession is a matter of political judgment, and so it is largely affected by the interests of the effective power players and of the international community as a whole.⁵⁰ Therefore, giving validity to secession is still, sadly, a question more of a political nature than a legal one, while the answer to it can easily be manipulated.

3.1. Recent cases

3.1.1. Kosovo

The cases of Kosovo, Abkhazia and South Ossetia are interesting in relation to the potential formation of legal criteria regarding secession. These three cases are not unlike each other, yet the outcome of Kosovo, on one hand, and Abkhazia and South Ossetia, on the other, differs greatly. Not only that, but the international community's perspective also changed radically over the years. While the international community disregarded the sovereignty claims of these entities during the early 1990s, a number of states re-

⁴⁷ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 30.

⁴⁸ Article 2 of the Charter of the United Nations.

⁴⁹ Article 1 of the General Treaty for the Renunciation of War, also known as the Kellogg-Briand Pact.

⁵⁰ Velasco, *op. cit.* (n. 16) p. 88.

evaluated their claims to independence fifteen years after the collapse of the federations.⁵¹

Situated south of Serbia and bordered by Macedonia, Albania, Montenegro and Serbia, Kosovo has a population of some 2 million, of which 90 per cent are Kosovo Albanians and 8 per cent Serbs.⁵² Kosovo enjoyed some form of autonomy in the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, although in 1989 Serbia unilaterally and unconstitutionally removed Kosovo's autonomy,⁵³ prompting Kosovo to declare independence in 1991.⁵⁴ This declaration of independence was almost completely ignored by the international community⁵⁵ due to the Badinter Arbitration Commission's⁵⁶ controversial take on the situation. The Commission did not accept that Kosovo could secede, since Kosovo was a province of Serbia, albeit autonomous.⁵⁷ Years of bloodshed then ensued.

The first years of declared independence featured a non-violent separatist movement of the people of Kosovo. However, by 1995-1996, the non-violent separatist movement was largely replaced by the Kosovo Liberation Army, an armed guerrilla group, whose campaign of attacks against Serbian security forces led to a major military reaction by the then Federal Republic of Yugoslavia, causing massacres and massive expulsions of ethnic Albanians.⁵⁸ After failed attempts at negotiations, this conflict culminated in 1999 with NATO's intervention and the subsequent aerial bombardment of Serbia that lasted three months, which made the Yugoslav army withdraw from Kosovo.

Following the said events, the Security Council of the United Nations adopted Resolution 1244 (1999) in which it replaced Serbian sovereignty in Kosovo with an international civilian administration and a NATO-led⁵⁹ military force.⁶⁰ This in turn led to more autonomy for Kosovo that peaked in 2008 with the Kosovo Assembly's unilateral declaration of independence for Kosovo.

There is often a difficult and unclear dividing line between the acceptable recognition of a new State, particularly one that has emerged or is emerging as a result of secession, and

⁵¹ Bolton, G., "International Responses to the Secession Attempts of Kosovo, Abkhazia and South Ossetia 1989-2009", in: French (ed.), *op. cit.* (n. 13) p. 79.

⁵² Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 157.

⁵³ Following the abolition of Kosovo's autonomy, a number of discriminatory laws were introduced, prohibiting Albanians from the unauthorised sale of private property and restricting Albanian language education. Bolton, *op. cit.* (n. 51) p. 113.

⁵⁴ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 157.

⁵⁵ Albania was the only State that recognised Kosovo at that time, which in itself is understandable taking into account the actual people who inhabited Kosovo.

⁵⁶ The Badinter Arbitration Commission is the more commonly used name for the Arbitration Commission created with the intention of providing legal advice to the peace conference on Yugoslavia.

⁵⁷ Welhengama, G., Pillay, N., "Minorities' Claim to Secession by Virtue of the Right to Self-Determination: Asian Perspectives with Special Reference to Kosovo and Sri Lanka", *Nordic Journal of International Law*, vol. 82, issue 2, 2013, p. 259.

⁵⁸ Gioia, A., "Kosovo's Statehood and the Role of Recognition", *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 18, issue 1, 2008, p. 13.

⁵⁹ Later, NATO's presence was replaced by that of the European Union.

⁶⁰ Welhengama, Pillay, *op. cit.* (n. 57) p. 260.

intervention in the domestic affairs of another State by way of premature or precipitate recognition.⁶¹ In this regard, it is striking how quickly the international community was to embrace Kosovo as an independent State. Within less than two weeks from the declaration of independence, 21 states had already recognised Kosovo as a sovereign State, including 12 European Union Member States and, most notably, the United States of America,⁶² while the most prominent states that opposed recognition, apart from Serbia, were Russia and China. A legitimate question arose: "how could Kosovo be recognised as a State when it does not actually fulfil the criteria for statehood?" Even though Kosovo had indeed declared independence, it is also undeniable that Kosovo itself did not have effective control over its territory. As the UN Secretary-General pointed out in July 2008, the Serbian Government had consolidated its control of structures in Serb-majority areas, particularly Northern Kosovo, where local municipal elections had been held and, as a result of these elections, new parallel municipal authorities were operating in all Serb-majority municipalities.⁶³ There is also no denying the crucial influence and the enduring presence of the United Nations and, now, the European Union, among Kosovo's institutions.

Worth noting are two radically different approaches to justifying the given recognition, or lack of it, of Kosovo by states. Most recognising states stressed different political considerations⁶⁴ in support of their act, without going into detail about the law concerning the terms and conditions of secession, including possible exceptions,⁶⁵ while non-recognising states based their arguments more on the principles of international law,⁶⁶ with varying clarity. This is not to say that the arguments of the non-recognising states were completely void of political stances, but these were carefully and discretely woven between the lines. Non-recognising states were also quick to point out the dangers of precedent-setting recognition of a breakaway region such as Kosovo for international and local stability, while several recognising states acknowledged this danger and explicitly stressed the "unique character" of Kosovo in their declarations of recognition, anxious to refute the claim that a dangerous precedent was being set.⁶⁷ In the end, it seems that the recognising states intended not to recognise Kosovo as a State that met the requirements of statehood, but rather to ensure the fulfilment of these requirements through their act of recognition,⁶⁸ which made the political nature of recognition ever more apparent.

⁶¹ Shaw, *op. cit.* (n. 1) p. 461.

⁶² Gioia, *op. cit.* (n. 58) p. 5.

⁶³ Cf. *ibid.*, p. 16.

⁶⁴ The most prominent political considerations were those that stressed that giving recognition to Kosovo would provide peace and stability to the region.

⁶⁵ Almqvist, J., "The Politics of Recognition: The Question about the Final Status of Kosovo", in: French, D. (ed.), *op. cit.* (n. 13) p. 173.

⁶⁶ The most obvious principle of international law that was evoked in this context was the principle of territorial integrity.

⁶⁷ Almqvist *op. cit.* (n. 65) p. 476.

⁶⁸ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 161.

Obviously, Serbia was not thrilled by the declaration of independence, even though everything pointed to its inevitability. Almost as an act of desperation, Serbia turned to the International Court of Justice. The United Nations' General Assembly, at the behest of Serbia, requested from the International Court of Justice an advisory opinion⁶⁹ on the legality of this declaration under international law.⁷⁰ The posed question was extremely narrow in scope and, unfortunately, so was the Court's advisory opinion. The Court simply stated that the declaration itself "did not violate any applicable rule of international law".⁷¹ More importantly, the Court kept silent about the consequences of the declaration of independence, including the recognition of Kosovo.⁷² What is clear is that the approach of the International Court of Justice to Kosovo was consistent with the classical trend to allow power politics and civil war to determine the emergence of states.⁷³

When Kosovo's secession is observed through those five aforementioned conditions, there is no doubt that the said secession is valid. Kosovo Albanians certainly fit the bill of people with a separate identity, when compared to Serbs. Their ethnicity, culture and language are all fundamentally different from those of Serbs. However, if one were to expand on this condition and consider the identity of Kosovo Albanians in relation to that of native Albanians, things become more complicated and not as easily discernible. This condition, a potential seventh one if you will, could prove to be very important in determining the future of an aspiring State, since people who seek secession might not want as the end result a new State *per se*, but rather a merger with the State they originate from, if there is one. This condition would open up a whole new set of questions and it is debatable if it should even factor in, considering the very nature of the right of secession. This potential condition is rather complex and would require a far more elaborate analysis, not one merely on the sidelines of a paper, but rather forming the main topic of it. However, for now it serves more as food for thought. Moving on, given how Kosovo Albanians populate a distinct part of the territory and how they greatly outnumber every other population there, it is easy to see how the second condition is also fulfilled. With Serbia's unilateral removal of Kosovo's autonomy, its suppression, and the following war atrocities committed during the conflict, there is no denying that the third and fourth conditions were met. And finally, there have been several attempts at negotiations, but each failed due to Serbia's unwillingness to show even a sign of good faith.

So, in all, the theoretical five conditions that need to be satisfied in order for secession to gain validity were satisfied. However, if the sixth condition, the prohibition on the use of

⁶⁹ The exact question being: "Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?" See: Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on whether the unilateral declaration of independence of Kosovo is in accordance with international law, UN Doc. A/RES/63/3 (2008).

⁷⁰ Ryngaert, Sobrie, *op. cit.* (n. 26) p. 474.

⁷¹ See: Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion), Advisory Opinion of 22 July 2010, ICJ Reports, ISSN 0074-4441, ISBN 978-92-1-071107-4, 2010, para. 122.

⁷² Ryngaert, Sobrie, *op. cit.* (n. 26) p. 475.

⁷³ Welhengama, Pillay, *op. cit.* (n. 57) p. 264.

force by a third State against a predecessor State, comes into play, things become slightly tricky. The legality, or illegality for that matter, of NATO's intervention and the following aerial bombardment is a topic for another discussion, but there is no doubt that the autonomy and, ultimately, the independence of Kosovo was, if not made possible, then at least greatly hastened by NATO's intervention.

Even if one is to say that all six of the listed conditions for secession were met successfully, this still leaves the question of Kosovo's statehood and its recognition. If one was just to take into account the Montevideo Convention's four criteria for statehood, it is doubtful whether Kosovo constituted a State, at least at the beginning of its proclaimed independence. While a permanent population and a defined territory are apparent, a government and the capacity to enter into relations with other states are, or at least were, questionable. At different stages, the United Nations and the European Union have heavily incorporated their institutions within Kosovo's government and its own institutions, so that the true sovereignty of Kosovo, especially in its beginnings, is questionable, as is the question of its recognition before it gained true sovereignty over its territory.

In conclusion, there are still lingering questions about Kosovo's secession and recognition, but without doubt a precedent has been set.⁷⁴ All subsequent cases of secession will be viewed through the prism of Kosovo's example, whether or not that is to the liking of the recognising states.

3.1.2. Abkhazia and South Ossetia

The cases of Abkhazia and South Ossetia share many similarities with the case of Kosovo, which is why the comparison of these cases is inevitable. Both Abkhazia and South Ossetia were autonomous regions⁷⁵ in the Republic of Georgia, with an approximated population of 240,000 and 70,000 respectively. Both became regions of Georgia after World War II, although Russia began to issue its passports to the ethnic Russian inhabitants of both provinces in the early 1990s, which resulted in a shift of ethnic balance.⁷⁶

The shift in ethnic balance resulted in palpable ethnic tensions, which ultimately led to civil war. After a period of civil war in the early 1990s, the Republic of Georgia reached uneasy coexistence with the two ethnic regions, which had organised themselves as *de facto* autonomous entities, supported by Russia.⁷⁷ However, the push for independence of both regions became greater with each passing year. Both regions declared their independence unilaterally: Abkhazia in 1999 and South Ossetia in 2005 – but neither of

⁷⁴ Especially given the vast number of recognising states. Currently, the number of recognising states stands at around 110. See: <http://www.kosovothankyou.com/>

⁷⁵ The Soviet Union, which was led by Stalin, ceded both South Ossetia and Abkhazia to the then Georgian Soviet Socialist Republic and both regions enjoyed a certain amount of autonomy within a new State. However, after the demise of the Soviet Union, Georgia stripped the said regions of their autonomy, which sparked the separatist movement that only grew in strength as time passed.

⁷⁶ Slomanson, *op. cit.* (n. 37) p. 5.

⁷⁷ Ryngaert, Sobrie, *op. cit.* (n. 26) p. 476.

these declarations resulted in recognition by other states.⁷⁸ Several years later and following certain events Russia formally recognised both Abkhazia and South Ossetia as independent states. Soon after Russia's recognition, a few other states followed suit.

Russia proclaimed itself a mediator in these ethnic conflicts and sent some of its peacekeeping troops⁷⁹ to the conflict-torn territories of Georgia. However, underlying tensions escalated in the summer of 2008, when Georgian troops launched an offensive against the South Ossetian capital, Tskhinvali, which in turn made Russia react immediately with a fierce counter-offensive, officially in response to the killing of Russian peacekeeping forces by Georgian troops.⁸⁰ Soon afterwards, Abkhazia joined the conflict. With two fronts opened and Georgia's military power being heavily outstripped by Russia's, Georgia quickly retreated and the conflict ended within days of breaking out. Thanks to mediation by the European Union's president Nicolas Sarkozy, who was also the French president at the time, the parties reached a six-point ceasefire agreement on 12 August 2008.⁸¹

It did not take long for Russia to capitalise on the precedent set by the secession and recognition of Kosovo. On 26 August 2008, a few weeks after the cessation of hostilities, Russia formally recognised South Ossetia and Abkhazia as independent states.⁸² This move by Russia mirrors perfectly the recognition of Kosovo by western states and, especially, the United States of America. Unlike the recognising states in the case of Kosovo, Russia did not solely provide political reasoning for its given recognition.

On the contrary, Russia cited many international documents⁸³ that should have given legal validity not only to its given recognition, but also to the secession of both regions. This is certainly a step in the right direction, although it has to be said that Russia's recognition was primarily politically driven, since Russia is yet to recognise Kosovo. Rarely has any other State⁸⁴ followed Russia's recognition.

One other thing that connects the cases of South Ossetia and Abkhazia with the case of Kosovo is the involvement of the International Court of Justice. Georgia mainly sought to assert the legitimacy of its claim to sovereignty over Abkhazia and South Ossetia by

⁷⁸ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 164.

⁷⁹ Worth noting is the fact that, in October 2003, Russia announced its right to militarily intervene in all former Soviet States wherever ethnic-Russian human rights are allegedly violated. Slomanson, *op. cit.* (n. 37) p. 7.

⁸⁰ Ryngaert, Sobrie, *op. cit.* (n. 26) p. 476.

⁸¹ Tancredi, A., "Neither Authorized nor Prohibited? Secession and International Law after Kosovo, South Ossetia and Abkhazia", *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 18, issue 1, 2008, p. 49.

⁸² Ryngaert, Sobrie, *op. cit.* (n. 26) p. 476.

⁸³ Among others, Russia cited the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, since it claimed that people of South Ossetia and Abkhazia were denied the right to self-determination.

⁸⁴ Other recognition that followed Russia's came from Nicaragua, Venezuela, Nauru, Transnistria and, of course, mutual recognition from both states.

bringing disputes before the International Court of Justice, but the application failed on procedural grounds.⁸⁵

It would be wise to run again through those five conditions that are often used as guidelines for determining the validity of secession to see if the cases of South Ossetia and Abkhazia fulfil the theoretical requirements. Right from the start, some difficulties arise. Given the history of these regions and how a substantial number of people that claimed the right to self-determination acquired Russian nationality, alongside their previous nationality, be it of South Ossetia or Abkhazia, it is slightly more difficult than in the case of Kosovo to determine whether these people have a separate identity. This fact, coupled with the fluctuation in numbers, also makes it somewhat difficult to proclaim that these people form a majority in their respective regions. Difficulties aside, these questions have already been resolved by the parties themselves, since Georgia had previously granted South Ossetians the right to self-determination.⁸⁶ Abkhazia is a similar story.

Georgia's unilateral decision to deny South Ossetia and Abkhazia the right to autonomy in the early 1990s, which later led to civil war, is a clear breach of the right to self-determination. The question of widespread and gross violations of human rights is muddled by the fact that the conflicts were poorly catalogued by the international community. In his speech, Medvedev, who was at the time the acting president of Russia, claimed that ethnic cleansing occurred twice: between 1990 and 1994 and during the 2008 war.⁸⁷ It is not easy to determine the exact number of people killed or displaced during the given timeframes, as numbers differ greatly depending on the source, but even without the exact number it seems most sources do agree that the number is indeed high. The case of Abkhazia, on the other hand, is characterised by cross-accusations⁸⁸ for ethnic cleansing. With the launch of Georgia's military offensive against the two said regions, the condition of exhausting all reasonable other options before secession flew out of the window. Clearly, Georgia was no longer interested in negotiating the matter, even if it had shown the will for negotiating in the beginning and actually proposed some promising solutions.⁸⁹

Russia's intervention is similar in effect to NATO's in Kosovo. Perhaps it was even more justified, at least at the beginning. Even though Russia was a self-proclaimed mediator, the fact remains that Georgia's troops killed Russia's peacekeeping forces, which Russia deemed as an assault on its integrity. However, Russia clearly overstepped the mark when

⁸⁵ Dugard, *op. cit.* (n. 5) p. 166. Also see: Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, ISSN 0074-4441, ISBN 978-92-1-071125-8, 2011.

⁸⁶ Thomas, R., "The Distinct Cases of Kosovo and South Ossetia: Deciding the Question of Independence on the Merits and International Law", *Fordham International Law Journal*, vol. 32, issue 6, 2008, p. 2040.

⁸⁷ Bolton, *op. cit.* (n. 51) p. 125.

⁸⁸ Although a 1994 UNHCR report described "ethnic cleansing", the UNSC adopted more neutral language, condemning "attempts to change the demographic composition of Abkhazia". *Cf. ibid.*, p. 127.

⁸⁹ Georgia came to favour "asymmetrical" federalism, according to which Abkhazia would receive a higher level of self-government than South Ossetia. *Cf. ibid.*, p. 129.

it pushed its military forces deeper into Georgia's territory, and it still keeps a portion of its forces in the region to this day.

When all is said and done, South Ossetia is a clearer case for secession and is not entirely unlike Kosovo, while the case of Abkhazia is harder to justify with the cross-accusation of ethnic cleansing. However, as was the case with Kosovo, Russia's recognition of statehood for both these regions came prematurely, as neither of the regions had effective control over their territories, nor could they act in international relations without Russia's heavy assistance. Still, it has to be noted that the double standards of all actors involved in these cases is striking.

3.2. The Case of Crimea

3.2.1. Brief history and recent developments

The Crimean Peninsula, colloquially called Crimea, is a peninsula surrounded by the Black Sea and the Sea of Azov. To the north lies the Ukrainian mainland, while to the east, across the sea, it borders with the Russian Federation and one of its regions, Kuban to be precise. Its specific location has made it an important strategic position for centuries, while different points of entry to the peninsula, be it via sea or land, meant that different cultures⁹⁰ would inevitably clash and ultimately mix.

Historically, Crimea has seen many changes in its political status and ethnic composition. To explain the ethnic diversity and the resulting tension found in Crimea today, one must look at three defining moments in Crimea's history. In the Middle Ages, Crimea was under the control of the then Kiev Empire, thus in the beginning it was mostly populated by Ukrainians. That was up until the 13th century, when Tatars made an assault on the Kiev Empire and the "Golden Horde" took over Crimea.⁹¹ After the fall of the Mongolian Empire, the majority of Tatars left Crimea, so Ukrainians again made up the vast majority of the population. That is, until the 18th century, when it fell under the control of the Russian Empire. With the internal migrations within the Russian Empire during the 19th century, a process of fundamental change to the ethnic balance in Crimea began.⁹²

The ethnic balance continued to change drastically after World War II. Following the end of the war, on Stalin's orders, nearly all the Tatars were forced to leave Crimea, while a new batch of Russians moved in and inhabited the territory, thus forming the majority of the Crimean population.⁹³ In 1954, Crimea was put under the control of the Ukrainian Soviet Socialist Republic, within the Soviet Union. As time passed, Crimea's wish for

⁹⁰ Through the centuries, various nomads would penetrate the peninsula by land from the north, while the maritime superpowers (such as Ancient Greece and the Roman and Ottoman Empires) would occupy the south of the peninsula in order to build ports and cities for their commercial and military activities.

⁹¹ Burda, S. *Povijest Ukrajine*, Zagreb, Hrvatsko-ukrajinsko društvo, 2009, p. 339.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

independence grew, especially within the Russian population there. The idea of Crimean autonomy came to partial fruition in 1991. The Parliament of the newly independent Ukraine brought a decision in 1991 to form the Soviet Autonomous Republic of Crimea within Ukraine.⁹⁴

The given autonomy meant that Crimea was granted its own administration, albeit only within the boundaries of Ukraine. However, this form of autonomy did not satisfy the Russians' strong desire for independence. For this reason, encouraged by the support and the politics of Moscow, which tried to nullify the 1954 transfer of Crimea, Russian separatists issued a declaration of independence in 1992, brought forth in the Crimean parliament, but it was soon rendered null and void.⁹⁵ With that, the cry for independence seemingly died away. However, a single spark was all that was needed for that cry to blaze out again. The trigger came in late 2013, in the form of the Ukrainian crisis.

Following the decision of Ukraine's government in late November 2013 to call off preparations for the Association Agreement with the European Union, massive public demonstrations engulfed Kiev's Independence Square (Maidan) and other major Ukrainian cities.⁹⁶ A number of outside observers attributed Kiev's implicit rejection of the European Union to pressure from Moscow.⁹⁷ The demonstrations were peaceful in nature, but as it became evident that the protesters planned to "occupy" Maidan for as long as it took, even staying overnight on the square, the government sent in the riot police to forcefully clear it from the protesters. This resulted in many injured and/or arrested people.⁹⁸ This turned the once peaceful protests into riots. Violent clashes between protesters and police erupted in late January 2014 in Kiev, with the first deaths reported on 22 January.⁹⁹

The protests changed not only in intensity, but in their end goal as well. The protesters, now furious with their government, demanded the government's resignation, the organisation of new parliamentary and presidential elections, the release of the demonstrators that had been arrested and the repealing of the restrictive laws adopted by the parliament on 16 January and signed by the President the following day.¹⁰⁰ In the months to come, elections took place and the arrested demonstrators were set free.

This political crisis in Ukraine served as tinder to reignite Crimea's separatist movement. During the Ukraine crisis, two political currents clashed: one that was pro-European, and the other that was pro-Russian. Most of Crimea's population favoured the latter, which

⁹⁴ Cf. *ibid.*, p. 340.

⁹⁵ Cf. *ibid.*, p. 342.

⁹⁶ Ramet, V., Garcés de los Fayos, F., Romanyshyn, I., *Policy Briefing: Ukraine's Crisis Intensifies: Protests Grow More Radical, the Authorities More Repressive*, Brussels, Directorate-General for External Policies of the Union - Policy Department, 2014, p. 5.

⁹⁷ Cf. *ibid.*, p. 10.

⁹⁸ Among the injured and arrested were not only protesters, but journalists as well.

⁹⁹ Ramet, Garcés de los Fayos, Romanyshyn, *op. cit.* (n. 96) p. 4.

¹⁰⁰ *Ibid.*

comes as no surprise given the ethnic make-up of the population, so when the pro-Russian government fell, the clashes between the two currents became especially intensive in Crimea.

Russia expressed concern over the whole situation and the safety of Russian speakers who inhabited Crimea. It did not take long for Russia to act. On 1 March 2014, the Federal Council of the Russian Federation authorised the deployment of Russian Federation armed forces in Ukraine, in order to protect the interests of Russia and of the Russian-speaking population¹⁰¹ in Crimea and in the entire country.¹⁰² Russia went on to hasten the procedure of giving Russian citizenship to the Russian-speaking population, which would lead to an even greater ethnic imbalance in the region. Following Russia's intervention, the supposedly self-proclaimed and illegitimate authorities of Crimea decided on 6 March 2014 to ask Russia to incorporate Crimea into the Russian Federation and called a referendum for 16 March 2014 on Crimean secession from Ukraine, thus violating the constitutions of both Ukraine and Crimea.¹⁰³

Russia's intervention was condemned by the international community, and several measures¹⁰⁴ have already taken effect to put pressure on Russia to pull out its forces from Crimea and to stop it from supporting the pro-Russian separatists across Ukraine.

3.2.2. Secession of Crimea and the territorial integrity of Ukraine

Crimea shares some of the similarities with the cases of Kosovo, Abkhazia and South Ossetia, but at the same time it is a very different case of secession. The events that preceded it are, in many ways, rather unique. It would be best to explore the uniqueness of Crimea and its similarities with the three aforementioned cases through the prism of Dugard's five theoretical conditions for secession.¹⁰⁵ This section focuses primarily on the Russian ethnic group found in Crimea, since, of all the ethnic groups there, it is the one that advocates the secession of Crimea the most.

The demographics of Crimea, as already stated, have undergone some drastic changes over the course of Crimea's history. However, since the 19th century, there was continuity in the form of three ethnic groups that together consistently formed almost the entirety

¹⁰¹ This is effectively the same reasoning Russia used when it sent its peacekeeping forces to Abkhazia and South Ossetia. Russia bases this practice on the decision made in October 2003. See: *supra*, note 79.

¹⁰² Point F of the European Parliament Resolution of 13 March 2014 on the Invasion of Ukraine by Russia (2014/2627(RSP)).

¹⁰³ Point D of the European Parliament Resolution of 13 March 2014. For the text of the Resolution, see: *supra*, n. 102.

¹⁰⁴ For example, the talks on visa matters have been suspended, the Member States of the European Union have suspended their participation in the G8 Summit in Sochi and, most recently, Russia has been the target of many economic measures from both the European Union and the United States. In fact, most recently, the European Union agreed to a package of significant additional restrictive measures targeting sectoral cooperation and exchanges with Russia. See the Answer given by High Representative/Vice-President Ashton on behalf of the Commission (5 September 2014) Register Reference: P8_RE(2014)005969.

¹⁰⁵ See: *supra*, p. 284.

of the population of the peninsula – Russians, Ukrainians and Crimean Tatars. All three of these groups, apart from not sharing the same ethnicity, have their own cultures and languages, which is to say that each of these groups has its own identity.

With all the recent developments, it is hard to pin an exact number and percentage on each of these groups. However, in the 2001 Ukrainian Census,¹⁰⁶ around 60% of the people declared themselves Russians, while around 25% and 10% declared themselves Ukrainians and Crimean Tatars respectively. Another thing that must be taken into account is the language chosen as their native one by Crimea's population. According to the same 2001 census, around 75% of Crimea's population gave Russian as their native language, while the Crimean Tatar and Ukrainian languages were each claimed to be their native language by 10% of the population respectively.¹⁰⁷ This is especially important, because Russia expressed its desire to speed up the process of granting Russian citizenship for the Russian-speaking population. This effectively means that the balance might swing even more to the Russian ethnic side.

The distinctness of the territory these people inhabit could not be any clearer. The Crimean peninsula is surrounded by sea and the part of land that connects it with the mainland can be seen as a natural border that separates Crimea from Ukraine. While the exact number of how many Russians truly inhabit Crimea today is not known, given that the most recent numbers came from 2001, it is without doubt that they form the majority of Crimea's population. Apart from the origin of such a vast majority, no one really disputes the fact that Russians in Crimea fulfil the first two theoretical conditions. The case of the overwhelming majority of the population recalls the case of Kosovo, while the origin of such a majority comes strikingly close to the cases of Abkhazia and South Ossetia. The distinct part of the territory is what all four cases share. And this is pretty much where all the similarities between Crimea and the other three cases end.

The problems in the claims of secession start in the following three conditions. The first is what is commonly known as "internal self-determination". While the idea of the Autonomous Republic of Crimea with its own administration, albeit only within the boundaries of Ukraine, was not exactly what Russians had in mind when they demanded autonomy, it is hard to argue that Crimea's population and, among it, the Russians, were denied the said right. The Russians may not have been satisfied with their overall influence over the years in Ukraine's government, but in recent years, before the crisis broke out, it is undeniable that the government was indeed pro-Russian.

The question would certainly be more open for debate during the time before the creation of the Autonomous Republic of Crimea. There is also the question of how the new pro-European government would treat Crimea in the months and years to come, when it

¹⁰⁶ See: <http://2001.ukrcensus.gov.ua/eng/results/general/nationality/Crimea/>

¹⁰⁷ See: <http://2001.ukrcensus.gov.ua/eng/results/general/language/Crimea/>

properly took the reins of the State. One cannot avoid feeling that, at this point in time, the Russians might have misjudged the moment for their long-awaited secession.

Another stumbling point is the non-existent violations of the fundamental human rights of Russians. There were no instances whatsoever of attacks on or intimidation of Russian or ethnic Russian citizens in Crimea.¹⁰⁸ Even Russia's intervention, or invasion, depending on one's stance, was intended more as an early protective measure to ensure the safety of its citizens in Crimea and not to extinguish possible breaches of human rights. While Russia's presence might, in theory, have prevented an escalation of events and possible human rights violations, the fact remains that there were no reports of gross and widespread violations up until that point.

The separatists were, however, so adamant in their desire for Crimea to secede that they never even wanted negotiations with the new Ukrainian government, and no real negotiations ever took place. They sought to capitalise fully on Ukraine's crisis and went on to call a referendum on secession. The referendum was successful,¹⁰⁹ but was disregarded as unlawful by Ukraine and almost the entirety of the international community. Obviously, separatists had not exhausted all reasonable opportunities for negotiations, since the object of their long-lasting desire was something that was not negotiable.

One must also ponder on the validity of Russia's intervention and its influence on the outcome of the secession. Putting aside the questionable pre-emptive nature of the intervention, as one could possibly attempt to justify it as an early protective measure, that was carried out to ensure the safety of Russians in Crimea, but the sheer scope and tenacity of it are especially problematic. The European Parliament took a position in which it described Russia's intervention as an act of aggression and, as such, a violation of the sovereignty and territorial integrity of Ukraine that is against international law and in breach of Russia's obligation¹¹⁰ to respect the territorial integrity and sovereignty of Ukraine.¹¹¹ The problem with this intervention is that it did not stop at being a defensive action that was meant to ensure peace in this time of crisis, but it also assumed traits of aggression.¹¹² Not only did Russian and pro-Russian soldiers seize many key strategic

¹⁰⁸ Point C of the European Parliament Resolution of 13 March 2014. For the text of the Resolution, see: *supra*, n. 102.

¹⁰⁹ The final results show that almost 97% of voters in Crimea voted in favour of joining Russia. See: http://www.huffingtonpost.com/2014/03/17/crimea-referendum-final-results_n_4977250.html

¹¹⁰ Russia signed the Budapest Memorandum on Security Assurances for Ukraine in 1994, alongside the United States and the United Kingdom.

¹¹¹ Point A of the European Parliament Resolution of 13 March 2014. For the text of the Resolution, see: *supra*, n. 102.

¹¹² In fact, on 13 March 2014, the Government of Ukraine referred to the European Court of Human Rights a breach of the provisions of the European Convention on Human Rights by the Russian Federation and lodged an inter-state application under article 33 of the Convention against the Russian Federation. Letter dated 17 March 2014 from the Permanent Representative of Ukraine to the United Nations addressed to the President of the Security Council (S/2014/196). The European Court of Human Rights decided to grant an interim measure calling upon both Contracting Parties concerned to refrain from taking any measures, in particular military actions, which might entail breaches of the Convention rights of the civilian

points in Crimea, but Russia deployed even more troops to the area and continued to support the pro-Russian gunmen.

This brings the question of the probability of successful secession without Russia's intervention. While, indeed, the pro-Russian separatists held their own against Ukraine's military force and even managed to hold a referendum on the question of secession, it is also unquestionable that Ukraine's forces only started to retreat after Russia intervened. One could draw a parallel between the United Nations' intervention in Kosovo and Russia's intervention in Crimea, as both shared a similar outcome – after a quick, but forceful intervention, the military troops of the predecessor states had to withdraw. However, the circumstances that preceded the intervention radically differ in the said cases.

It is clear, if one is to take the five conditions set by Dugard as paramount for the validity of secession, that Crimea would not classify as a prime candidate for secession. However, since there are essentially no legal rules governing the topic, merely theoretical contemplations, one should not immediately dismiss Crimea as a potential precedent-setting candidate. It is true that there were no gross violations of human rights in the case of Crimea, but one has to wonder how rational it is for a State to dismiss long-lasting calls for independence from people that constitute a majority in a distinct part of its territory and that are clearly unhappy at being a part of the said State? If neither of the parties is happy with this "relationship" and if such discontent persists for a great amount of time, perhaps it would be best for both parties to accept the reality and allow secession to take place. Of course, the eventual outcome of any secession could go either way for both states, but it would be irrational to persist with a stalemate indefinitely.

Politics, however, are usually guided by interest, and this is why governments will always try to prevent secession from happening in their own State, while at the same time, if it is in their interest, they will support claims for secession from other aspiring states. This is also the main reason the topic of secession is not regulated by international law. Such openness to interpretation easily leads to manipulation, which is one of the key elements of politics.

Nevertheless, states occasionally do fit legal reasoning in their decisions to offer or deny support to a newly emerging State. In the case of Crimea, states opted for the international principle of territorial integrity as the defining theme of their reasoning as to why they did not support the secession of Crimea. However, there is a catch in this reasoning. The said principle is aimed at relations between states and not at internal matters of a State. Since, at the time, Crimea was a part of Ukraine, the principle of territorial integrity would

population, including putting their life and health at risk, and to comply with their engagements under the Convention, notably in respect of Articles 2 (right to life) and 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment). Both states were also asked to inform the Court as soon as possible of the measures taken to ensure that the Convention was fully complied with. Press release issued by the Registrar of the Court ECHR 073 (2014).

not really be applicable. But, alas, because of Russia's intervention, the international community could still use the said principle as their argument. Which it repeatedly does.

In the case of Crimea, what is happening is that the international community is focusing less on the reasoning behind the secession and more on Russia's intervention. Between the lines it can be read that the international community, apart from Ukraine, does not actually automatically dismiss the call for secession because of the reasoning behind it, but more because of how it was executed. This was done mainly with the aid of Russia. One also has to wonder whether the reaction of the international community would be the same if some western state had intervened instead of Russia.

The question of the held referendum must also be addressed. The Parliament of Crimea decided to accede to the Russian Federation, and with a decree¹¹³ it scheduled for 16 March 2014 a local Crimean referendum, including the city of Sevastopol, with the following questions: "Do you support Crimea's reunification with the Russian Federation?" and "Do you support the restoration of Crimea's Constitution of 1992 and Crimea's status as a part of Ukraine?"¹¹⁴ The decree was suspended the following day by the Acting President of Ukraine, and was immediately referred to the Constitutional Court of Ukraine. The Constitutional Court found that, by having adopted the Decree, the Crimean Parliament had violated the principle of territorial integrity of Ukraine enshrined in the Constitution of Ukraine¹¹⁵ and had thus breached the Constitution of Ukraine.¹¹⁶ Apparently, according to the Constitution of Ukraine, the Autonomous Republic of Crimea can only organise referendums on local matters and not on the topic of changing borders.

This stance was accepted by both the European Parliament¹¹⁷ and the General Assembly of the United Nations.¹¹⁸ It is worth noting that this constitutional principle of territorial integrity differs from the principle of the same name found in international law. One focuses on the inner-state, while the other on inter-state relations. Both principles are called upon in Crimea's case. When secession, as one of the embodiments of self-determination, enters into play, things become even more interesting. A question arises: which right takes precedence in this case – the State's right to territorial integrity or the people's right to secede, based on the basic human right of self-determination?

¹¹³ The full name of the decree is the "Decree on Holding an All-Crimean Referendum", dated 6 March 2014.

¹¹⁴ Letter dated 15 March 2014 from the Permanent Representative of Ukraine to the United Nations addressed to the President of the Security Council (S/2014/193) p. 1.

¹¹⁵ According to Article 73 of the Constitution of Ukraine, any question of changing the territory of Ukraine shall be subject, exclusively, to an all-Ukrainian referendum and the only body that can announce such a referendum is Ukraine's parliament. Further, in Article 134 of the Constitution, the Autonomous Republic of Crimea is stated to be an integral part of Ukraine's territory.

¹¹⁶ Letter dated 15 March 2014 from the Permanent Representative of Ukraine to the United Nations addressed to the President of the Security Council (S/2014/193) p. 1.

¹¹⁷ See: points D and 3 of the European Parliament Resolution of 13 March 2014. For the text of the Resolution, see: *supra*, n. 102.

¹¹⁸ See: Resolution adopted by the General Assembly on 27 March 2014 (RES/68/262).

While it is true that Ukraine's constitution does not directly forbid secession, it clearly attempts to restrict it. The principle of territorial integrity found in Ukraine's constitution limits any change of Ukraine's territory to an all-Ukrainian referendum in all cases, which goes against the reasoning behind the right to secession, in which a minority of a certain State seeks to secede from the predecessor State. In saying this, however, a referendum on the matter is not actually needed for secession to take place.

Another thing worth mentioning is the fact that a couple of other regions, located in the east of Ukraine, followed in the footsteps of Crimea, spearheaded by the cities of Donetsk and Luhansk.¹¹⁹ Perhaps unsurprisingly, both of these regions were condemned by Ukraine and the vast majority of western states for their wish to secede from Ukraine and, ultimately, join Russia.

Ultimately, even if one justifies the secession of Crimea, the questions of statehood and the following recognition still remain. Similar to the cases of Kosovo, Abkhazia and South Ossetia, the case of Crimea does not yet fulfil all the criteria for statehood. As with the previously examined cases, Crimea does indeed feature a permanent population and a defined territory, but, given Russia's heavy presence on its territory, the effectiveness of its government is, at this moment in time, highly questionable. This means that Crimea is not yet fit to be recognised by the international community and, as such, any recognition of it that has already been granted or that will be granted in the near future would count as premature.

4. CONCLUSION

The topics of self-determination and secession are riddled with vagueness, inconsistencies and hypocrisy, which are best seen in the cases of Kosovo and South Ossetia. There does not seem to be a will within the international community to finally regulate the said topics, since there have been many examples, whether successful or not, of secession over the last few decades and yet the law concerning the topic has barely moved from its initial starting point. It is even debatable if any customary law has been formed, based on the sheer inconsistencies found in practice. Although it has to be said that even if states are preventing the creation of law in this case, theoreticians have all the while been hard at work trying to make at least some sense of this mess. However, even theoreticians have stumbled occasionally, while trying to justify the actions of (their) states.

The case of Crimea is particularly interesting. If we go solely by the theoretical teachings, then it certainly should not be recognised as a State. However, the reality is that the legal aspect of secession is so underdeveloped that, if there is a will, Crimea could easily be

¹¹⁹ According to the results, announced by the *de facto* authorities in Donetsk and Luhansk, about 90% of a turnout of 70%, and 96% of a turnout of nearly 75% respectively voted for State sovereignty. See: <http://www.theguardian.com/world/2014/may/12/ukraine-crisis-donetsk-region-asks-join-russia>

recognised as a State. Politics, not law, have conjured up the current state that Crimea finds itself in and, ultimately, will determine its future. Even though rare are those who support Crimea's pursuit for secession from Ukraine, one has to be realistic and admit that a substantial number of people do not wish to be part of Ukraine and that they inhabit a large portion of the land. Nobody "wins" by forcing Crimea and its inhabitants to remain part of Ukraine, while secession offers uncertainty for both sides, but mainly for Crimea. The crux of the problem is that secession still resides mostly in the political, not legal, sphere and hopefully this paper has shown some of the major shortcomings of such a situation and why this area of international law is in dire need of further development, primarily through regulation. Until the international community musters the courage to finally regulate this topic and many others related to it, and provides consistency in its decisions, there will be many other "Crimeas" across the world. And who is to say they do not have the right to secede? Certainly not international law.

Sažetak

RAZMATRANJE PITANJA SAMOODREĐENJA I ODCJEPLJENJA U SVJETLU NEDAVNIH DOGAĐAJA NA KOSOVU, U ABHAZIJI, U JUŽNOJ OSETIJI I NA KRIMU

Događaji na Kosovu, u Abhaziji, u Južnoj Osetiji i nedavni događaji na Krimu još su jednom pozornost međunarodne zajednice usmjerili na kontroverzna pitanja samoodređenja i odcjepljenja. Na žalost, mnoga pitanja koja prožimaju ove dvije teme i koja ih čine kontroverznima, među koja pripada i manjkava pravna regulacija, do danas su nerazjašnjena. Ovaj članak razmatra teorijske temelje ovih dviju tema te se nakon toga usredotočuje na nedavne slučajeve koji su upozorili na sve nedostatke, nedosljednosti i nelogičnosti u ovim i s njima povezanim temama.

Ključne riječi: samoodređenje, odcjepljenje, Kosovo, Abhazija, Južna Osetija, Krim

Adam Šućur, mag.iur.,

polaznik poslijediplomskog doktorskog studija na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

KAZNENOPRAVNA ZAŠTITA RAČUNALNIH SUSTAVA, PROGRAMA I PODATAKA

Pregledni znanstveni rad

UDK 343.7

004.3/4

Primljeno: 8. listopada 2014.

Ivica Kokot*

Većina država u svijetu načelno se složila u potrebi da se najteži napadi na informacijske sustave kriminaliziraju, iako i na međunarodnoj i na nacionalnoj razini nailazimo na različite pristupe. Najvažniji međunarodni instrument u borbi protiv kompjutorskog kriminala, Konvencija o kibernetičkom kriminalu Vijeća Europe iz 2001. godine, s vremenom se pokazao nedostatnim, tako da su Europski parlament i Vijeće EU-a donijeli Direktivu o napadima na informacijske sustave, kojom bi manjkavosti Konvencije trebale biti otklonjene. Odredbe Konvencije i prijedloga Direktive R. Hrvatska preuzela je u novo kazneno zakonodavstvo, kao i obveze koje iz toga proizlaze. Kako se radilo o jedinstvenoj prilici da se kod donošenja novog Kaznenog zakona, koji je stupio na snagu 1. 1. 2013. godine, područje kriminalizacije prvi put sustavno uredi, ovaj rad testirat će uspješnost novih odredaba poredbenom i drugim metodama.

Ključne riječi: kibernetički kriminalitet, napadi na informacijske sustave, računalni sustavi, računalni programi, računalni podaci

1. KAZNENOPRAVNI OKVIR KRIMINALIZACIJE NAPADA NA INFORMACIJSKE SUSTAVE U REPUBLICI HRVATSKOJ

Reformom hrvatskog kaznenog zakonodavstva 1997. godine uvedeno je prvo pravo kazneno djelo računalnog kriminaliteta u članku 223. KZ-a pod nazivom „Oštećenje i uporaba tuđih podataka” u Glavi XVII. Kaznena djela protiv imovine.

U isto vrijeme, 1997. godine Vijeće Europe otišlo je korak dalje i osnovalo Odbor stručnjaka za kriminalitet u kibernetičkom prostoru, koji je radio na izradi međunarodnog instrumenta za suzbijanje kriminaliteta u kibernetičkom prostoru.¹ Razlog takvoj aktivnosti bio je nagli razvoj informacijsko-komunikacijskih tehnologija, prije svega interneta, a time i kaznenih djela na internetu, čime je kazneno pravo usmjereno na kompjutorski kriminalitet postalo preusko, pa se kaznenopravna zaštita proširila na cijeli kibernetički prostor. Konvencija o kibernetičkom kriminalitetu (ETS 185) usvojena je na

* Ivica Kokot, univ. spec. crim., polaznik poslijediplomskog doktorskog studija na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

¹ *Explanatory Report to the Convention on Cyber Crime*, II. The Preparatory Work, alineja 12., dostupno na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/185.htm> (7. 1. 2014.)

konferenciji Vijeća Europe u Budimpešti 23. 11. 2001. godine, gdje je otvorena za potpisivanje i tada ju je potpisala i Republika Hrvatska. Konvencija je objavljena u *NN - Međunarodni ugovori* broj 9/2002. U odnosu na Republiku Hrvatsku, Konvencija je stupila na snagu 1. 7. 2004. godine. Konvencijom su države stranke preuzele obvezu da usvoje takve zakonske i druge mjere kojima bi se omogućio kazneni progon počinitelja kaznenih djela protiv tajnosti, integriteta i dostupnosti računalnih sustava i podataka, kaznenih djela u svezi s računalom, kaznenih djela u svezi sa sadržajem, kao i kaznenih djela u vezi s povredama autorskih i drugih srodnih prava te kažnjavanje pokušaja, poticanja i pomaganja tih djela. Osim sankcioniranja, Konvencijom je predviđeno i rješavanje pojedinih procesnih pitanja.

Zakonom o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona objavljenim 15. 7. 2004. godine u *NN* 105/2004. unesena je u kazneno zakonodavstvo novela članka 223., koji je promijenio naziv u "Povreda tajnosti, cjelovitosti i dostupnosti računalnih podataka, programa ili sustava" te su dodani članci 223. a) "Računalno krivotvorenje" i 224. a) "Računalna prijevara", koji su stupili na snagu 1. 10. 2004., čime je kazneno zakonodavstvo usklađeno s odredbama Konvencije.

Sljedeća velika kaznenopravna reforma u Republici Hrvatskoj dogodila se 2011. godine, kad je donesen novi Kazneni zakon, objavljen u *NN* br. 125/2011., koji je stupio na snagu 1. 1. 2013. godine. Novim, aktualnim Kaznenim zakonom kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka izdvojena su iz glave kaznenih djela protiv imovine u posebnu glavu XXV. pod nazivom „Kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka“. Prema Obrazloženju uz Kazneni zakon² kaznena djela protiv računalnih sustava i programa usklađena su s Konvencijom o kibernetičkom kriminalu, a Glava XXV. obuhvaća osam kaznenih djela iz članka 266. „Neovlašteni pristup“, članka 267. „Ometanje računalnog sustava“, članka 268. „Oštećenje računalnih podataka“, članka 269. „Neovlašteno presretanje računalnih podataka“, članka 270. „Računalno krivotvorenje“, članka 271. „Računalna prijevara“, članka 272. „Zloupotreba naprava“ i članka 273. „Teška kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka“.

Nedugo nakon ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju 12. 8. 2013. godine Europski parlament i Vijeće Europske unije, temeljem članka 83. stavka 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije,³ donijeli su Direktivu 2013/40/EU o napadima na informacijske sustave i o zamjeni Okvirne odluke Vijeća 2005/222/PUP.⁴ Ciljevi su Direktive 2013/40/EU, među ostalim, približiti kaznena prava država članica u području napada na informacijske sustave utvrđivanjem minimalnih pravila o definiranju kaznenih djela i odgovarajućih sankcija. Direktiva 2013/40/EU nije u suprotnosti s Konvencijom o kibernetičkom kriminalu, nego se na nju nadovezuje. O Konvenciji se govori kao o referentnom okviru za borbu protiv kibernetičkog kriminala, uključujući i napade na informacijske sustave.

² Konačni prijedlog Kaznenog zakona, Obrazloženje, P.Z.E. br. 866, dostupno na <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=41259> (7. 1. 2014.)

³ Official Journal of the European Union (Službeni list Europske unije, dalje: SL), C 236, 26. 10. 2012.

⁴ SL L 218, 14. 8. 2013.

Dovršetak procesa ratifikacije Konvencije od svih država članica u najkraćem mogućem roku postavlja se kao prioritet.

Razloge za donošenje Direktive uz već postojeću Konvenciju treba tražiti u naravi Konvencije, nedovoljnoj harmonizaciji kaznenog prava na području napada na informacijske sustave te manjkavostima glede sadržaja. Sam postupak izmjena i dopuna Konvencije dugotrajan je, skup i kompliciran, za razliku od postupka unutar EU-a nakon Lisabonskog ugovora. Kod harmonizacije kako materijalnog tako i procesnog prava ostavljene su brojne rezervacije država članica na odredbe Konvencije, osobito glede prekograničnog pristupa podacima.⁵

Značajnije novine uvedene Direktivom u području materijalnog prava jesu: proširenje kažnjivog ponašanja, uvođenje otežavajućih okolnosti te određivanje visine kazni.⁶ Države članice u obvezi su donijeti zakone i druge propise za usklađivanje do 4. rujna 2015. godine.

2. INFORMACIJSKI SUSTAVI I KIBERNETIČKI KRIMINAL

2.1. Kriminalitet u virtualnom svijetu

Određivanju kriminala u virtualnom prostoru moguće je pristupiti na različite načine. Za potrebe ovog rada koristit ćemo definicije preuzete u Kazneni zakon RH iz Konvencije o kibernetičkom kriminalu VE⁷ i Direktive 2013/40/EU jer, usprkos brojnim prigovorima, ipak se radi o rješenju oko kojeg postoji konsenzus velikog broja država relevantnih za kaznenopravnu suradnju na području informacijske sigurnosti.

U Konvenciji VE sam pojam *cybercrime* pojavljuje se na svega nekoliko mjesta. Prije svega pojavljuje se u samom naslovu *Convention on cybercrime*, u kojem je leksička osnova *cyber* prevedena na hrvatski kao „kibernetički“. Iako se u načelu prilikom prijevoda polazi od korijena riječi na latinskom, grčkom ili drugom jeziku, što bi u ovom slučaju bila grčka riječ *kiber*, sam pojam kibernetički odnosi se na znanost o istraživanju i automatskim sustavima kontrole u strojeva i živih bića, istraživanje procesa upravljanja raznim sustavima (biološkim, tehničkim, ekonomskim i dr.).⁸ No ako dalje pratimo pojavljivanje leksičke osnove *cyber* u Konvenciji, vidimo da se javlja u preambuli te na samom kraju u članku 46., koji se odnosi na savjetovanje stranaka. Stoga se može zaključiti da pojam *cybercrime* ima više kriminalnopolitičko značenje te da svoj sadržaj crpi iz ukupnog

⁵ TC-Y Guidance note # 3, Transborder access to data (Article 32), dostupno na: http://www.coe.int/t/dg hl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY%202013/TCY_2013_7E_GN3_transborder_V2public.pdf (7. 1. 2014.)

⁶ Explanatory Memorandum of the Proposal for directive on attacks against information system, Brussels, 30. 9. 2010., COM(2010), 517 final, str. 6-9. ,

⁷ Council of Europe Convention on Cybercrime, dostupno na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm> (8. 1. 2014.)

⁸ Hrvatski jezični portal, dostupno na <http://hjp.novi-liber.hr/index.php?show=search> (9. 1. 2014.)

sadržaja Konvencije, odnosno da *cybercrime* čine sva kaznena djela koja su opisana u odjeljku 1. - kazneno materijalno pravo. Na sličan način pojam *cybercrime* koristi se i u Direktivi 2013/40/EU. Rijetki ga pravni instrumenti, bilo na međunarodnoj bilo na nacionalnoj razini, definiraju ili koriste za određivanje konkretnog sadržaja, već više kao pravnog okvira jer međunarodni instrumenti to i ne traže.

2.2. Informacijski sustav

Povijesno gledano, pravno relevantni sadržaj pojma „informacijski sustav“ dolazi iz definicije koju je OECD usvojio u svojim Smjernicama za sigurnost informacijskih sustava 1992. godine.⁹ Svoj konačni oblik pojam je dobio u Konvenciji VE iz 2001. godine i u Okvirnoj odluci Vijeća EU 2002. godine o napadima na informacijske sustave.¹⁰

Prema definiciji iz čl. 2. Konvencije računalni sustav označava svaku napravu ili skupinu međusobno spojenih ili povezanih naprava, od kojih jedna ili više njih na osnovi programa automatski obrađuje podatke. U dopunjenom obliku definicija je preuzeta u Okvirnu odluku Vijeća 2005/222/PUP, poslije Direktivu EU-a o napadima na informacijske sustave, kao i u kazneno zakonodavstvo RH. Kao takva, definicija obuhvaća i računalne podatke koji su u računalu spremljeni, obrađeni, učitani ili preneseni za svrhe njegova rada, korištenja, zaštite i održavanja.

U definiciji pojma računalni ili informacijski sustav izraz „related devices“ iz Konvencije preveden je kao „povezane naprave“ te se takav koristi i u Kaznenom zakonu RH, dok je isti taj izraz iz Okvirne odluke EU-a, poslije Direktive, koja je poslužila kao model definiciji računalnog sustava u Kaznenom zakonu RH, preveden drugačije, kao „srodni uređaji“.¹¹

Takva rješenja kod samog prijevoda i implementacije dovode do konfuzije, pa nas sama gramatička metoda tumačenja zakona ne može dovesti do sadržaja i opsega pojma. Gramatičku je metodu stoga potrebno proširiti, odnosno prije svega koristiti njezinu inačicu, poredbenu (komparativnu) metodu, ali i sve ostale metode tumačenja zakona.¹²

Obrazloženje uz Konvenciju VE ETS 185¹³ precizira sadržaj pojma računalnog sustava pa se navodi da računalni sustav, osim *hardvera*, pokriva i sistemski *softver* te da je razvijen za automatsku obradu digitalnih podataka. On može uključiti ulazne i izlazne jedinice te uređaje za pohranu podataka, može stajati sam ili biti povezan u mrežu s drugim sličnim uređajima. „Automatska obrada“ označava obradu bez izravne ljudske intervencije.

⁹ OECD Guidelines for the Security of Information System, dostupno na: <http://www.oecd.org/interne/t/economy/oecdguidelinesforthesecurityofinformationsystems1992.htm> (15. 1. 2014.)

¹⁰ Proposal for a Council Framework Decision on attacks against information system, SL C 203 E, 27. 8. 2002.

¹¹ Turković, K.; Novoselec, P.; Grozdanić, V.; Kurtović Mišić, A.; Derenčinović, D.; Bojanić, I.; Munivrana Vajda, M.; Mrčela, M.; Nola, S.; Roksandić Vidička, S.; Tripalo, D.; Maršavelski, A. *Komentar Kaznenog zakona i drugi izvori novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva*, Narodne novine, Zagreb, 2013, str. 129.

¹² Novoselec, P.; Bojanić, I. *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013, str. 84-93.

¹³ *Explanatory Report to the Convention on Cyber Crime*, op.cit. (bilj. 1.), čl. 1 (a), Računalni sustav.

„Obrada podataka“ znači da se podacima u računalnom sustavu upravlja izvršenjem računalnog programa. Nadalje, u obrazloženju Konvencije iz 2001. godine navodi se da se računalni sustav sastoji od različitih uređaja te je potrebno razlikovati procesor ili središnju procesorsku jedinicu od periferije. Periferiju čine uređaji koji izvode određenu specifičnu funkciju u interakciji s procesorskom jedinicom, kao što su printer, videoekran, CD čitač/pisač ili uređaji za pohranu podataka.

Sa strelovitim razvojem tehnologije, koja je prešla okvire središnjeg i stolnog računala, pojavila se potreba za savjetovanjem među državama članicama. Temeljem članka 46. Odbor stranaka Konvencije izdao je 2012. godine Smjernice,¹⁴ prema kojima definicija računalnog sustava obuhvaća i moderne uređaje kao što su mobilni telefoni, pametni telefoni, PDS uređaji, tableti i sl. jer i oni imaju mogućnost proizvodnje, obrade ili prijenosa podatka, osobito jer imaju pristup internetu, omogućuju slanje elektroničke pošte, prosljeđivanje poveznica, slanje sadržaja ili skidanje dokumenata.

S daljnjim razvojem tehnologije od vremena izdavanja Smjernica Odbora pojavio se čitav niz novih uređaja, razvio se internet praktično svega, a što je još važnije, pojavljuju se novi koncepti poimanja i korištenja samog kibernetičkog prostora, stvara se novi hibridni svijet¹⁵ kao mješavina realnog i virtualnog, koji će također biti potrebno pravno urediti i definirati.

2.2.1. Računalne mreže

Računalna mreža, prema obrazloženju iz Konvencije VE ETS 185, jest veza između jednog ili više računalnih sustava, žičana ili bežična. Mreža može biti ograničena na manje područje (*local area networks*) ili može pokrivati široko područje (*wide area networks*) i takve mreže mogu biti međusobno povezane.

Internet je globalna mreža koja se sastoji od više međusobno povezanih mreža koje sve koriste iste protokole. Druge vrste mreža postoje, neovisno o tome jesu li spojene na internet, ukoliko mogu slati podatke između računalnih sustava. Računalni sustavi mogu biti povezani na mrežu kao krajnje točke ili predstavljati sredstvo komunikacije na mreži. Ključno je da se podaci putem mreže razmjenjuju.

Direktivom 2002/21/EZ o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge Europskog parlamenta i Vijeća EU-a definirana je elektronička komunikacijska mreža koja označava prijenosne sustave, prema potrebi opremu za prospajanje ili usmjeravanje i druga sredstva koja omogućavaju prijenos

¹⁴ T-CY Guidance Note # 1 On the notion of „computer system“, Article 1a, dostupno na http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY2012/T-CY%282012%2921E_guidanceNote1_article1_final.pdf (15. 1. 2014.)

¹⁵ Curvelo, P.; Guimarães Pereira, A.; Boucher, P.; Breitegger, M.; Ghezzi, A.; Rizza, C.; Tallacchini, M.; Vesnic-Alujevic, V. *The constitution of the hybrid world*, Europska komisija, JRC Scientific and policy reports, Lisabon, 2014, str. 2.

signala žičanim, radijskim, svjetlosnim ili drugim elektromagnetskim sustavom, uključujući satelitske mreže, nepokretne zemaljske mreže (komutirana mreža s prospajanjem kanala i prospajanjem paketa, uključujući internet) i zemaljske mreže pokretnih komunikacija, elektroenergetske kabelske sustave u mjeri u kojoj se koriste za prijenos signala, radiodifuzijske mreže i mreže kabelske televizijske, bez obzira na vrstu podataka koje prenose.¹⁶

Sukladno europskoj pravnoj regulativi, u Republici Hrvatskoj elektronička mreža definirana je čl. 2., st. 1., toč. 7. Zakona o elektroničkim komunikacijama (NN 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14), a slično je stanje i u zakonodavstvima drugih članica EU-a. Pojam „računalna mreža“ nalazimo na nekoliko mjesta u KZ-u RH, i to u čl. 147. Uvreda, čl. 148. Sramoćenje, čl. 149. Kleveta, čl. 151. Javno objavljivanje presude za kaznena djela protiv časti i ugleda i čl. 165. Upoznavanje djece s pornografijom, u kontekstu da se sadržaj, među ostalim, „putem računalnog sustava ili mreže“ učini pristupačnim većem broju osoba.

Način na koji je uveden pojam mreža, uz izraz računalni sustav, otvara pitanje njegova tumačenja. Dvojbeno je odnosi li se pridjev računalni i na mrežu te odvaja li se time računalna mreža od računalnog sustava ili se pojam „mreža“ tumači samostalno bez pridjeva računalna te označava i druge mreže osim računalne.

Prema dosadašnjoj pravnoj teoriji i praksi na području kriminalizacije računalnog kriminaliteta, računalne mreže razmatrale su se u okviru pojma računalnog sustava, stoga je uvođenje pojma mreže uz računalni sustav, iako zvuči efektno, zbunjujuće. U tom smislu pojam mreže može se jedino protumačiti kao svaka mreža kojom se sadržaj učini dostupnim većem broju osoba.

2.3. Računalni programi i podaci

Niti Konvencija VE ETS 185, niti Direktiva 2013/40/EU ne definiraju posebno pojam računalnog programa, nego ga opisuju kao dio pojma računalnog podatka.¹⁷ KZ RH računalni program definira kao skup računalnih podataka koji su u stanju prouzročiti da računalni sustav izvrši određenu funkciju. Uzimajući u obzir navedeno, primjećujemo da se radi o cirkularnim definicijama koje definiraju same sebe. U Konvenciji i Direktivi računalni je podatak tako računalni program, a u KZ-u RH računalni je program računalni podatak. Posljedica je toga da uz svaki preuzeti članak iz Konvencije KZ RH uz pojam računalni podaci dodaje još i posebnu vrstu računalnih podataka, a to su računalni

¹⁶ Direktiva 2002/21/EZ o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge Europskog parlamenta i Vijeća EU-a, SL L 108, 7. 3. 2002., čl. 2a,

¹⁷ Konvencija o kibernetičkom kriminalu, članak 1., točka b), izrazom »računalni podaci« označava svako iskazivanje činjenica, informacija ili koncepata u obliku prikladnom za obradu u računalnom sustavu, uključujući i program koji je u stanju prouzročiti da računalni sustav izvrši određenu funkciju.

programi. S obzirom na navedeno, uputno je držati se definicije pojma programa iz Konvencije ili Direktive 2013/40/EU.

Uz informacijske sustave i programe, računalni podaci treći su izraz koji se najčešće upotrebljava na području inkriminacije napada na računalne sustave. Prema Konvenciji ETS 185, Direktivi 2013/40/EU i KZ-u RH, računalni podaci označavaju svako predstavljanje činjenica, informacija i zamisli u obliku prikladnom za obradu u informacijskom sustavu, a prema Direktivi i Konvenciji uključuju još i odgovarajući program kojim informacijski sustav provodi određenu funkciju.

Prema obrazloženju Prijedloga Okvirne odluke Vijeća Europske Zajednice iz 2002. godine o napadima na informacijske sustave, izraz računalni podatak izrađen je po uzoru na definiciju koju je stvorila Međunarodna organizacija za standardizaciju (ISO). Izraz ne bi trebao uključivati materijalne predmete, međutim, uključuje primjerice knjigu pohranjenu u obliku računalnog podatka ili pretvorenu u računalni podatak skeniranjem. Iz tog razloga definicija jasno navodi da računalni podaci trebaju biti izrađeni ili stavljeni u oblik prikladan za obradu u informacijskom sustavu ili oblik koji je prikladan izazvati neku funkciju računalnog sustava.¹⁸

2.4. Informacijski sustavi i podaci na globalnoj razini

Učinkovita prevencija i borba protiv kibernetičkog kriminaliteta ne može se provoditi izolirano na nacionalnoj razini jer kibernetički kriminalitet ne poznaje prostorna ograničenja. Učinkovita prevencija i borba provodi se na međunarodnoj, regionalnoj ili globalnoj razini.

Ranije definirane pojmove stoga je potrebno razmotriti i izvan okvira nacionalnog, odnosno regionalnog okvira. Osim Konvencije VE i Direktive EU-a, u ovom će se radu uzeti u obzir i pravne definicije pojmova međunarodnih instrumenata donesenih unutar Zajednice neovisnih država (CIS), Šangajske organizacije za suradnju (SCO), međuvladinih organizacija Afrike, Lige arapskih država, Ujedinjenih naroda i sličnih. Broj definicija pojmova unutar pravnih instrumenata kreće se od svega nekoliko, kao što je to slučaj kod Konvencije VE ETS 185 i Direktive 2013/40/EU, pa do dvadesetak definicija.

Govoreći o osnovnim pojmovima, neki međunarodni instrumenti i ne definiraju računalni sustav, kao, primjerice, Sporazum o suradnji država članica Zajednice neovisnih država u borbi protiv djela povezanih s računalnim podatkom ili Sporazum o suradnji u polju međunarodne informacijske sigurnosti Šangajske organizacije za suradnju. Neki za isti sadržaj umjesto pojma računalni sustavi koriste i izraze informacijski sustav ili kompjutorski sustav.

¹⁸ *Explanatory Report to the Convention on Cyber Crime*, op. cit. (bilj. 1.), alineja 25.

Većina međunarodnih instrumenata koristi istu osnovu za definiranje računalnog sustava, a isto tako i podatka i mreže. Razlikuju se najčešće u naglašavanju pojedinih elemenata koji nisu isključeni iz definicija drugih instrumenata, odnosno najčešće su i sadržani u predgovoru, uvodu, obrazloženju i tumačenju. Tako se za informacijski sustav, primjerice, propisuje i da uređaj ili više njih budu sposobni obraditi podatke automatski, velikom brzinom ili prema programu.

Drugi pristupi definiciju sustava vežu uz uređaje za pohranu, obradu ili promet podataka. Definicija informacijskog sustava u modelu zakonskog teksta ITU/CARICOM/CTU o kibernetičkom kriminalu posebno spominje i internet.

Pojmovi informacijskog sustava, programa i podatka definirani u međunarodnim instrumentima čine dostatnu osnovu za ostvarivanje suradnje u borbi protiv kibernetičkog kriminala.

3. TIPOLOGIJA KAZNENIH DJELA NAPADA NA INFORMACIJSKE SUSTAVE

Pojmovi informacijski sustav, programi i podaci osnova su za određivanje opsega zaštićenog pravnog dobra. Kod kibernetičkih kaznenih djela u užem smislu štiti se njihova povjerljivost, cjelovitost i raspoloživost. Povjerljivost osigurava da informacijski sustavi, programi i podaci budu dostupni samo za to ovlaštenim korisnicima. Cjelovitost osigurava informacijske sustave, programe i podatke od neovlaštenih izmjena. Raspoloživost osigurava da informacijski sustavi, podaci i programi budu uvijek dostupni ovlaštenim korisnicima. Kod kibernetičkih kaznenih djela u širem smislu informacijski sustavi, programi i podaci štite se od raznih oblika zlouporaba. U tim slučajevima dolazi do konkurencije više pravnih dobara. Ovisno o ocjeni prevladavajućeg pravnog dobra, takve inkriminacije različito se raspoređuju unutar odredaba kaznenog zakona.

Informacijski sustavi, programi i podaci tako se mogu štititi kaznenopravnim odredbama kojima se štite druga pravna dobra, primjerice imovina, privatnost, opća sigurnost i sl. te ne postoje odredbe koje bi se primjenjivale samo na to područje. Potom je moguće da postoje specijalne odredbe koje se odnose na dio ili na sva kaznena djela kibernetičkog kriminaliteta. U slučaju da postoje posebne odredbe o kibernetičkom kriminalu, moguće je da su one sadržane u glavnom ili u posebnom, sporednom kaznenom zakonu. Daljnja je sistematizacija moguća prema kriterijima opsega materije koja se uređuje posebnim odredbama.

3.1. Kaznena djela protiv tajnosti, cjelovitosti i dostupnosti računalnih podataka i sustava

3.1.1. Neovlašteni pristup

Kaznenim djelom neovlaštenog pristupa, tzv. *hackingom*, kriminalizira se nezakoniti pristup tuđem računalnom sustavu. *Hacking* postoji od postanka informacijskog sustava. Kriminalizacijom neovlaštenog pristupa štiti se prije svega integritet računalnog sustava. Neovlašteni pristup računalnom sustavu može se figurativno usporediti s povredom nepovredivosti doma. Pravno dobro stoga nije povrijeđeno samo kad osoba bez ovlaštenja zamijeni ili „ukrade podatke“ koji se nalaze u informacijskom sustavu nego i kada ga samo razgledava. Neovlašteni pristup sustavu u osnovnom obliku ne zahtijeva ni da počinitelj zaista pristupi datotekama ili pohranjenim podacima kao krajnjem cilju. Sam pristup nije posebno definiran, stoga je kao pojam otvoren i za daljnji razvoj, a obuhvaća i pristup internetom, bežičnim komunikacijskim sredstvom, kao i neovlašten pristup računalu koje nije spojeno ni na jednu mrežu. Pristup sustavu putem otvorene javne veze nije neovlašten, kao niti pristup po ovlaštenju vlasnika ili korisnika sustava. Međutim, činjenica da je žrtva kaznenog djela predala lozinku ili pristupni kod počinitelju ne znači nužno i da je počinitelj ovlašteno pristupio sustavu. Ako je počinitelj uvjerio žrtvu da mu otkrije lozinku, primjerice putem socijalnog inženjeringa, potrebno je provjeriti pokriva li to ovlaštenje i poduzetu radnju.

Motivi i ciljevi napada različiti su. Kad je u pitanju motivacija, neki počinitelji ograničavaju svoje napade na zaobilaženje sigurnosnih mjera radi dokazivanja sposobnosti, neki drugi politički su motivirani, no većina ih predstavlja samo pripremnu radnju za počinjenje drugih, težih kaznenih djela i predstavljaju nužni prvi korak.¹⁹ U tom je slučaju stjecaj ovog i težeg kaznenog djela samo prividan jer teže djelo konzumira pripremnu radnju.

Većina država propisuje neovlašteni pristup računalnom sustavu kao posebno kazneno djelo. Manji broj država neovlašteni pristup pokriva općim odredbama, dok nekoliko država u svijetu uopće ne kriminalizira neovlašteni pristup.

Zaštitni objekt kod kaznenih djela neovlaštenog pristupa jest računalni sustav, bilo cijeli bilo neki njegov dio. No moguće je da se zaštitni objekt iz kriminalnopolitičkih razloga ograniči na računalne podatke ili informacije ili da se kriminalizira oboje u istom ili različitim člancima. Objekt zaštite može se suziti još i više time da se ograniči na određenu vrstu informacija, primjerice na one koje su zaštićene zakonom, kao što je to propisano u

¹⁹ Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response, ITU 2012, dostupno na: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Cybersecurity/Documents/CybercrimeE.pdf> (30. 9. 2014.) str. 17-18.

Sporazumu o suradnji između država članica Saveza nezavisnih država u suzbijanju kaznenih djela povezanih s računalnim informacijama (sporazum CIS-a).²⁰

Daljnje razlikovanje moguće je s obzirom na to kriminalizira li se sam neovlašteni pristup ili se traži daljnja namjera ili radnja. Tako, primjerice, Konvencija VE ostavlja državama članicama mogućnost propisivanja da kazneno djelo neovlaštenog pristupa bude počinjeno povredom sigurnosnih mjera s namjerom pribavljanja računalnih podataka ili s drugom nepoštenom namjerom ili u pogledu računalnog sustava koji je spojen s drugim računalnim sustavom. Direktiva EU-a o napadima na informacijske sustave propisuje da države članice poduzimaju potrebne mjere kojima se osigurava da se bespravni pristup kažnjava kao kazneno djelo ako je počinjen kršenjem sigurnosne mjere, barem kad nije riječ o lakšim slučajevima. Sporazumom CIS-a propisano je da se neovlašteni pristup kažnjava ako takav postupak rezultira uništenjem, blokiranjem, mijenjanjem ili kopiranjem podataka ili narušavanjem funkcioniranja računala, računalnog sustava ili povezanih mreža.

Dodatni zahtjevi, osobito za poduzimanje daljnjih radnja, mogu dovesti do problema u razlikovanju tog kaznenog djela od kaznenih djela ometanja rada računalnog sustava, oštećenja računalnih podataka ili neovlaštenog presretanja računalnih podataka. Moguće je i takvo pravno tehničko rješenje gdje je neovlašteni pristup samo jedan od elemenata kaznenog djela ometanja rada računalnog sustava. Kazneno djelo ometanja rada računalnog sustava postojat će samo ako je počinjeno neovlaštenim pristupom kao nužnim prvim korakom.

Svi ranije spomenuti međunarodni instrumenti zahtijevaju da je neovlašteni pristup počinjen s namjerom. Nacrt Konvencije Afričke unije²¹ te Nacrt Direktive ECOWAS²² zahtijevaju da je neovlašteni pristup ostvaren prijevarom.

Oblici mentalnog elementa u kaznenim djelima na razini država jesu namjera, znanje, htijenje i prijevarna namjera. Međutim, moguće je naći i rješenja u kojima je dovoljna i nesmotrenost počinitelja, odnosno nehajni oblik krivnje. Nekoliko međunarodnih instrumenata predviđa i otežavajuće okolnosti. Za ovaj rad najvažnije su odredbe Direktive 2013/40/EU, koja u čl. 9. propisuje kaznene okvire.

Konvencija VE ETS 185 ne navodi posebno otežavajuće okolnosti, već samo čl. 13., koji se odnosi na sankcije i mjere te nalaže usvajanje zakonskih i drugih mjera potrebnih kako bi se osiguralo da utvrđena kaznena djela budu kažnjiva učinkovitim, razmjernim i

²⁰ Sporazum CIS-a, čl. 3. st. 1. toč. (a) predviđa kriminaliziranje neovlaštenog pristupa računalnim podacima zaštićenim zakonom, gdje postupak rezultira uništenjem, blokiranjem, mijenjanjem ili kopiranjem podataka ili narušava funkcioniranje računala, računalnog sustava ili povezanih mreža.

²¹ Nacrt Konvencije Afričke unije, poglavlje I., odjeljak 1., članak III-2: „Svaka država članica Afričke unije poduzet će zakonodavne mjere potrebne da se utvrdi kao kazneno djelo prijevarni pristup ili pokušaj pristupa cijelom ili dijelu računalnog sustava.“

²² Nacrt Direktive ECOWAS, članak 4.: „Prijevarni pristup računalnom sustavu djelo je kojim osoba prijevarno pristupi ili pokuša pristupiti cijelom ili dijelu računalnog sustava.“

odgovarajućim sankcijama, koje uključuju i lišavanje slobode. Ta odredba pokazala se kao glavna slaba točka Konvencije s obzirom na to da zemlje potpisnice u slučaju težih napada sa štetom velikih razmjera nisu imale odgovarajuće osnove za teže kažnjavanje počinitelja.

Konvencija Lige arapskih država o suzbijanju informacijsko-tehnoloških kaznenih djela člankom 6. stavkom 2. kao otežavajuće propisuje okolnosti da neovlašteni pristup dovodi do ukidanja, izmjene, izobličenja, kopiranja, premještanja ili uništenja spremljenih podataka, elektroničkih instrumenta, sustava i komunikacijskih mreža te do štete korisnicima ili do stjecanja tajnih podataka vlade.²³

Na nacionalnoj razini najčešće su otegotne okolnosti ostvarenje financijske koristi, ometanje rada sustava, uništenje ili zamjena podataka, pristup trećem računalu, prouzročenje znatne štete, prouzročenje javnog nereda, poticanje ili podupiranje terorizma, počinjenje djela u sklopu organizirane grupe, počinjenje djela s elementima nasilja. Najveći broj država kao otežavajuće okolnosti prepoznaje neovlašteni pristup računalnom sustavu države ili sustavu povezanom s radom kritične infrastrukture kao što su banke, telekomunikacije, zdravstvene ustanove i sl. U takvim slučajevima treba voditi računa o preklapanju kaznenih djela.²⁴

Kazneno djelo neovlaštenog pristupa opisano je u članku 266. Kaznenog zakona. Za postojanje kaznenog djela dovoljan je sam neovlašteni pristup pa nisu postavljeni nikakvi dodatni uvjeti. Štoviše, tim kaznenim djelom ne sankcionira se samo neovlašteni elektronički pristup nego i slučajevi neovlaštenog fizičkog pristupa računalnom sustavu ili računalnim podacima.²⁵

Za razliku od odredaba Konvencije VE ETS 185, Direktive 2013/40/EU i odredbe ranijeg KZ-a, čl. 266. aktualnog KZ-a RH od neovlaštenog pristupa, osim računalnog sustava, štiti i računalne podatke, koji se ne moraju nalaziti na računalnom sustavu, nego se mogu nalaziti i na nekom mediju izvan računalnog sustava. Međutim, u odnosu na odredbe Konvencije i Direktive, čl. 266. ne razlikuje posebno neovlašteni pristup cijelom ili dijelu računalnog sustava.

Ako uzmemo u obzir novu definiciju pokušaja iz čl. 34. Kaznenog zakona i činjenicu da neovlašteni pristup najčešće predstavlja pripremnu radnju, možemo zaključiti da je kažnjiva zona postavljena široko, čak šire od zahtjeva i obveza preuzetih članstvom u Vijeću Europe i Europskoj uniji. Stoga se može uputiti prigovor prekomjerne

²³ Arab Convention on Combating Information Technology Offences (League of Arab States Convention), League of Arab States, 2010,

²⁴ Comprehensive Study on Cybercrime, UNODC - Ured za drogu i kriminal UN-a, 2013, dostupno na http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf (30. 9. 2014.), str. 84 i 85.

²⁵ Turković, K.; Novoselec, P.; Grozdanić, V.; Kurtović Mišić, A.; Derenčinović, D.; Bojanić, I.; Munivrana Vajda, M.; Mrčela, M.; Nola, S.; Roksandić Vidička, S.; Tripalo, D.; Maršavelski, A., *op. cit.*, str. 129.

kriminalizacije, i to osobito uzimajući u obzir odredbu čl. 3. Direktive, koja propisuje kršenje sigurnosnih mjera kao minimalni uvjet za kriminalizaciju.

3.1.2. Neovlašteno ostajanje u informacijskom sustav

Situacija u kojoj osoba ostaje u informacijskom sustavu i nakon isteka ovlaštenja prepoznata je jednako ozbiljnom prijetnjom kao i neovlašteni pristup. Nekoliko međunarodnih instrumenata stoga propisuje neovlašteno ostajanje u informacijskom sustavu kao kazneno djelo. Nacrt Direktive Ekonomske zajednice država zapadne Afrike (ECOWAS) u borbi protiv kibernetičkog kriminaliteta u čl. 5. propisuje kao kazneno djelo prijevarno ostajanje ili pokušaj ostajanja u cijelom ili dijelu informacijskog sustava.²⁶ Sličnu definiciju možemo pronaći i u čl. 5. st. 1. modela zakonskog teksta o kibernetičkom ili e-kriminalitetu ITU/CARICOM/CTU, koji ostavlja mogućnost državama da ne kriminaliziraju ostajanje u sustavu ukoliko postoje drugi djelotvorni lijekovi. Većina međunarodnih instrumenata, među kojima i nama najvažnije Konvencija VE ETS 185 i Direktiva 2013/40/EU, ne pokriva ovo područje.

Na nacionalnoj razini također samo manji broj država prepoznaje neovlašteno ostajanje u informacijskom sustavu kao kazneno djelo. Neovlašteno ostajanje u informacijskom sustavu može biti propisano kao zasebno kazneno djelo ili obuhvaćeno kaznenim djelom neovlaštenog pristupa. Ostajanje u informacijskom sustavu znači da osoba još ima pristup sustavu, primjerice ostaje prijavljena na sustavu ili poduzima neke radnje u sustavu nakon isteka autorizacije. Činjenica da osoba ima teoretske mogućnosti prijaviti se na informacijski sustav neće biti sama po sebi dovoljna.²⁷ Kazneni zakon RH ne poznaje kazneno djelo neovlaštenog ostajanja u računalnom sustavu.

3.1.3. Neovlašteno pribavljanje računalnih podataka

Prema odredbama Konvencije VE ETS 185, drugo temeljno kazneno djelo protiv informacijskog sustava nakon nezakonitog pristupa opisanog u članku 2. jest kazneno djelo nezakonitog presretanja opisano u čl. 3. Između ta dva kaznena djela, međutim, postoji velik prostor za zlouporabe koje mogu ugroziti računalne sustave. Osim neovlaštenog ostajanja u informacijskom sustavu iz prethodnog poglavlja, takvo je i djelo neovlaštenog stjecanja računalnih podataka. Dok se kazneno djelo neovlaštenog presretanja odnosi, kao što ćemo kasnije vidjeti, na presretanje podataka u prijenosu, ostaje nejasno definirano područje u kojem osoba pribavlja podatke koji nisu u prijenosu, a da se radi o ovlaštenom pristupu računalnom sustavu, ili računalne podatke koji se ne nalaze u računalnom sustavu i ne predstavljaju dio sustava prema definiciji računalnog sustava. Primjerice, ukoliko se radi o računalu koje se nalazi na popravku kod servisera, ako on kopira podatke, ili ukoliko se radi o zlonamjernom zahvatu ovlaštenih službenih

²⁶ Nacrt Direktive ECOWAS, članak 5.: „Prijevarno ostajanje u računalnom sustavu djelo je kojim osoba prijevarno ostane ili pokuša ostati u cijelom ili dijelu računalnog sustava“, str. 4.

²⁷ Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response, *op. cit.* (bilj. 19.), str. 182.

osoba u računalne podatke koji se nalaze na sustavu kojem imaju pristup. S obzirom na važnost podataka pohranjenih na računalnom sustavu, potrebno je ocijeniti potrebu kaznenopravne zaštite. Kako je većina međunarodnih i nacionalnih instrumenata rađena po uzoru na Konvenciju VE ETS 185, takve su odredbe vrlo rijetke ili ograničene na teže slučajeve.

Kao primjer na nacionalnoj razini najcitiranija je odredba § 202a njemačkog Kaznenog zakona²⁸ Špijuniranje podataka, iz glave XV. Povreda privatnosti, koja se odnosi na onoga tko za sebe ili drugoga nezakonito pribavi podatke koji mu nisu namijenjeni i koji su posebno zaštićenih od neovlaštenog pristupa ukoliko zaobiđe zaštitu. Ova odredba odnosi se na one podatke koji su spremljeni ili preneseni elektronički ili magnetski ili na drugi način, a da nisu odmah percipirani. Kazneno djelo špijuniranja podataka koje se sastoji od pribavljanja podataka njemački kazneni zakon razlikuje od kaznenog djela presretanja podataka opisanog u § 202b.

Slično rješenje nalazimo u članku 8. Model zakonskog teksta o kibernetičkom ili e-kriminalitetu ITU/CARICOM/CTU, kao i članku 1831. Kaznenog zakona Sjedinjenih Američkih Država, ali koji se odnosi na točno određene važne podatke.²⁹

Hrvatski kazneni zakon ne sadrži takve posebne odredbe o kriminalizaciji pribavljanja računalnih podataka, ukoliko se ne radi o općim odredbama o zaštiti autorskih prava, osobnih podataka te odredbama o odavanju poslovne, službene ili druge tajne.

3.1.4. Neovlašteno presretanje računalnih podataka

Za razliku od klasičnog prijenosa i dostave pošiljaka, uporaba informacijsko-telekomunikacijskih tehnologija uključuje brojne pružatelje usluga i mjesta na kojim se podaci mogu presresti. Stoga je zbog specifičnosti tehnologije, uz postojeća kaznena djela povrede privatnosti, uvedeno i posebno kazneno djelo neovlaštenog presretanja računalnih podataka s računalnim podatkom u prijenosu kao pravim dobrom. Kriminalizacijom neovlaštenog presretanja zaštita se širi s podataka koji se nalaze u računalnom sustavu i na podatke u prijenosu. Podaci koji se štite korporativni su podaci, osobni podaci, podaci o broju kreditnih kartica, brojevi socijalnog osiguranja, lozinke, pristupne šifre, brojevi bankovnih računa i sl.³⁰

Ovo kazneno djelo, uz ranije opisano kazneno djelo neovlaštenog pribavljanja podataka, predstavlja tzv. kompjutersku špijunažu. Mnogi međunarodni i nacionalni instrumenti sadrže posebne odredbe o kriminalizaciji kaznenog djela neovlaštenog presretanja.

²⁸ Strafgesetzbuch, § 202a Ausspähen von Daten, dostupno na <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html> (30. 9. 2014.).

²⁹ United States Code, § 1831 dostupno na <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title18/part1&edition=prelim> (30. 9. 2014.).

³⁰ Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response, *op. cit.* (bilj. 19), str. 184-186.

Nacionalni instrumenti koji ne sadrže posebne odredbe primjenjuju postojeće odredbe o nezakonitom prisluškivanju i snimanju, odnosno povredi tajnosti dopisivanja. To je moguće stoga što nezakonito presretanje može služiti kako zaštititi privatnosti tako i zaštititi integriteta računalnih podataka ili i jednom i drugom.

Navedeno kazneno djelo propisano je čl. 3. Konvencije VE te preuzeto u brojne druge instrumente kojima je kao najvažniji međunarodni instrument u borbi protiv kibernetičkog kriminaliteta poslužilo kao model. Prema obrazloženju,³¹ cilj je ove odredbe izjednačavanje zaštite elektroničkog prijenosa sa zaštitom govorne komunikacije od neovlaštenog prisluškivanja i snimanja, koja je već postojala u nacionalnim zakonodavstvima. Njegova primjena ograničena je na presretanje prijenosa podataka tehničkim sredstvima, odnosno na pribavljanje podatka za vrijeme prijenosa. Stoga se članak ne može primijeniti na podatke koji nisu u prijenosu, kao primjerice pribavljanje podataka koji se nalaze pohranjeni na tvrdom disku. Iako se u obrazloženju naglašava da se prijenos podataka može odvijati i unutar pojedinog sustava (primjerice od CPU prema ekranu ili printeru), između dva računalna sustava koji pripadaju istoj osobi, između dva računala ili računala i osobe (primjerice, preko tipkovnice), upitno je mogu li se odredbe čl. 3. primijeniti i na slučajeve kad počinitelj sam upravlja prijenosom podataka. Ukoliko počinitelj pristupi sustavu i upotrijebi ga za kopiranje podataka na vanjski disk, tada njegova radnja dovodi do prijenosa podataka, međutim, takva radnja nije presretanje, nego iniciranje prijenosa.

Smatra se da su podaci u prijenosu sve dok nisu došli do krajnjeg odredišta, bilo sustava bilo primatelja. Podaci se mogu smatrati podacima u prijenosu i sve dok primatelj ne ostvari pristup tim podacima. Razlikovanje je bitno s obzirom na privremenu pohranu podataka prilikom izvršenja protokola. Pravni sustavi nekih zemlja i neki međunarodni instrumenti radi pravne sigurnosti pojam prijenosa podataka posebno određuju, pa tako i Konvencija o kibernetičkom kriminalu u članku 1. točki d).

Da bi postojalo kazneno djelo, potrebno je da prijenos bude nejavan, odnosno povjerljiv. Razlikovanje javnog od nejavnog prijenosa ne ovisi o prirodi podataka koji se prenose, nego o prirodi prijenosa, pa se može raditi o kaznenom djelo i ako se radi o javnim podacima, ali stranke žele komunicirati tajno. Jednako tako uporaba javne mreže automatski ne isključuje nejavnu komunikaciju. Da bi postojalo kazneno djelo, presretanje mora biti počinjeno s namjerom i mora se raditi o neovlaštenom presretanju. Prema obrazloženju uz Konvenciju, o ovlaštenom presretanju radilo bi se ukoliko se radi o nalogu ili ovlaštenju sudionika prijenosa, ovlaštenom testiranju ili zaštitnim mjerama odobrenima od strane sudionika u komunikaciji, ovlaštenjima koja proizlaze iz odredaba kaznenog prava te ukoliko se radi o pitanju nacionalne sigurnosti. U hrvatskom kaznenom zakonodavstvu kazneno djelo neovlaštenog presretanja računalnih podataka opisano je u čl. 269. i u potpunosti je usklađeno s odredbama Konvencije o kibernetičkom kriminalu.

³¹ *Explanatory Report to the Convention on Cyber Crime, op. cit. (bilj. 1), alineja 51-59.*

3.1.5. Ometanje rada računalnog sustava

Nacionalna kaznena zakonodavstva mogu se naći u problemu ako pokušavaju primijeniti tradicionalne kaznene odredbe o oštećenju materijalnih stvari na oštećenje ili ometanje računalnih sustava i računalnih podataka s obzirom na nematerijalnu komponentu računalnog sustava i neopipljivost računalnih podataka. Ometanje rada računalnog sustava kao jedno od kaznenih djela računalne sabotaze nije u svim zemljama propisano kao kazneno djelo. U onim zemljama u kojima je propisano kao kazneno djelo moguće je da je propisano kao posebno računalno kazneno djelo ili je obuhvaćeno tradicionalnim odredbama, a moguće su i kombinacije tradicionalnih odredaba s odredbama posebnog kaznenog djela računalnog kriminaliteta. Većina nacionalnih odredaba pokriva ometanje računalnog sustava, dok je manji dio ograničen na računalne mreže ili računalo. Time se domet odredaba znatno sužava pa mogu, primjerice, biti isključeni slučajevi sabotaze računalnog sustava koji nije umrežen ili slučajevi napada na druge uređaje kao što su mrežni usmjerivači virusima ili DDOS napadima.³²

Ondje gdje je ometanje rada računalnog sustava propisano kao posebno kazneno djelo moguće je da je ono jasno odvojeno od kaznenog djela oštećenja računalnih podataka, moguće je da su oba kaznena djela opisana u istom članku ili pak postoji mogućnost da je granica između ta dva kaznena djela ostala nejasna. Na međunarodnoj razini većina multilateralnih instrumenata stoga i zahtijeva odvajanje odredaba o sabotazi računalnog sustava od sabotaze računalnih podataka, dok, primjerice, Konvencija o suzbijanju informacijsko-tehnološkog kriminaliteta Lige arapskih država ne predviđa kriminalizaciju ometanja sustava kao samostalno kazneno djelo.

Klasični oblici ometanja sustava koje prepoznaje većina pravnih sustava jesu mijenjanje, brisanje i prenošenje podataka. Šira definicija može obuhvatiti ne samo manipulaciju podacima nego i prekidanje električnog napajanja, uzrokovanje elektromagnetskih smetnja ili kvarenje sustava bilo kojim sredstvom.³³ Lista radnja koju koristi Konvencija VE ETS 185 konačna je i obuhvaća unošenje, prenošenje, oštećivanje, brisanje, kvarenje, mijenjanje ili činjenje neuporabljivih računalnih podataka. Unošenje kao način počinjenja ne definira se posebno ni Konvencijom ni u obrazloženju uz nacrt. S obzirom na to da se pojavljuje zajedno s pojmom prenošenje podataka, unos bi obuhvaćao korištenje fizičkog sučelja, dok bi prenošenje obuhvaćalo daljinski prijenos podataka.

Pojmovi oštećenje i kvarenje prema obrazloženju uz Konvenciju preklapaju se, a predstavljaju negativnu izmjenu integriteta podatka i programa. Brisanje predstavlja uklanjanje podatka iz medija za pohranu. Brisanjem se podaci uništavaju i postaju neprepoznatljivi. Pojam *suppressing*, koji ćemo detaljnije obrazložiti u nastavku, prema obrazloženju Konvencije, označava radnju koja negativno utječe na dostupnost podataka

³² Comprehensive Study on Cybercrime, *op. cit.* (bilj. 24), str. 88-92.

³³ Commonwealth Model Law on Computer and Computer Related Crime, London, 2002, dostupno na: <https://www.commonwealthcybercrimeinitiative.org/wp-content/uploads/2013/01/Commonwealth-Model-Law-2002.pdf> (30. 9. 2014.) čl. 7.

osobi koja ima pristup mediju gdje je informacija pohranjena. Mijenjanje obuhvaća modificiranje podataka, a da se nužno ne umanjuje njihova uporabljivost.³⁴ Kao nužan element u nekim slučajevima propisuje se šteta ili gubitak prouzročen kaznenim djelom ili pak šteta predstavlja kvalifikatorni element.

Konvencija VE zahtijeva inkriminiranje ozbiljnog ometanja sustava, a Direktiva 2013/40/EU da se ne inkriminiraju lakši slučajevi. Nacionalnim zakonodavstvima propuštena je diskrecijska ocjena o tome kada će se raditi o ozbiljnom ili lakšem slučaju ometanja. U odnosu na Konvenciju VE, Direktiva EU 2013/40/EU obuhvaća kao alternativu i prekidanje funkcioniranja informacijskog sustava. Druga je uočljiva razlika da Direktiva predviđa mogućnost da se sustav može ometati i onemogućivanjem pristupa podacima. Takav učinak može imati i Konvencija, iako to izravno ne propisuje, ako se originalni pojam, koji na engleskom jeziku glasi *suppressing*, protumači u najširem smislu, kako ga je protumačila i sama ekspertna grupa na izradi Nacrta Konvencije. Službeni prijevod pojma *suppressing* za potrebe Konvencije glasi „činjenje neuporabljivim računalnih podataka“, a za potrebe Direktive „prikriivanje računalnih podataka“, što dodatno čini složenim primjenu i tumačenje. Jednako tako, za prijevod na hrvatski jezik za potrebe Konvencije pojam *deteriorating* preveden je kao kvarenje, a za potrebe Direktive kao uništavanje.

Nomotehnički u članku 267. Kaznenog zakona RH taj je problem riješen izbjegavanjem opisivanja načina počinjenja kaznenog djela, no, s druge strane, a imajući u vidu skromnu judikaturu i iskustvo, ostavljen je širok prostor za diskrecijsku ocjenu domaćih tijela vlasti u okviru ranije spomenuta četiri moguća opsega pojma, pa i daleko izvan toga, s rizikom prekomjerne kriminalizacije.

Nadalje, sam pojam *hindering* za potrebe Konvencije preveden je na hrvatski kao sprječavanje funkcioniranja, a za potrebe Direktive kao ometanje funkcioniranja, dok Kazneni zakon RH govori o onemogućivanju ili otežavanju rada ili korištenja. Model zakonskog teksta o kibernetičkom ili e-kriminalitetu ITU/CARICOM/CTU u članku 3. posebno definira pojam *hindering*.

Oblik krivnje koji se traži u većini slučajeva jest namjera, međutim, neki sustavi traže i posebnu namjeru, prijevartu ili usmjerenost na onemogućivanje rada sustava. U manjem broju država moguće je počiniti kazneno djelo ometanja rada računalnog sustava i iz nehaja, opravdavajući to činjenicom da je lakše nehajno omesti računalni sustav nego oštetiti materijalni objekt ili imovinu, radi čega računalni sustav treba posebnu zaštitu, kao što je to slučaj sa čl. 7. *Commonwealth Model Law on Computer and Computer Related Crime*, spomenutim u bilješci broj 57. U tom bi slučaju, primjerice, i nenamjerno presijecanje naponskog kabla računalnog sustava moglo dovesti do kaznene odgovornosti. Na kraju treba imati na umu da je ometanje sustava samo jedan od načina

³⁴ Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response, *op. cit.* (bilj. 19), str. 189-192.

manipulacije sustava kojim se onemogućava ili otežava rad ili korištenje te se postavlja pitanje kriminalizacije i drugih oblika manipulacija koji nemaju za posljedicu ometanje.

Kazneno djelo ometanja računalnog sustava u hrvatskom kaznenom pravu opisano je u članku 267. Kaznenog zakona. U odnosu na ranije odredbe, došlo je do značajne izmjene u dijelu koji se odnosi na oblik krivnje. Dok se ranije tražilo da djelo bude počinjeno s ciljem, što je upućivalo na izravnu namjeru, trenutno važeći Kazneni zakon ne postavlja taj uvjet pa se kazneno djelo može počiniti i s neizravnom namjerom, čime se domet odredaba znatno proširio. Ostale su odredbe neizmijenjene. Međutim, ni prethodni, a ni trenutno važeći Kazneni zakon nije usvojio pravno tehnička rješenja opisana u odredbama Konvencije VE ETS 185 niti ona opisana u Direktivi EU 2013/40/EU. Dok članak 5. Konvencije i članak 4. Direktive taksativno navode načine na koje se sustav može ometi, i to isključivo utjecajem na podatke, odredba Kaznenog zakona ne sadrži posebne odredbe o načinu počinjenja djela te je samim time i šira jer osim ometanja sustava manipulacijom podataka obuhvaća i druge vrste manipulacija, uključujući i oštećenje ili uništenje hardvera ili druge infrastrukture. U tom dijelu dolazi do preklapanja s kaznenim djelima oštećenja tuđe stvari te se otvara pitanje prekomjerne kriminalizacije.

3.1.5.1. Spam

Spamovi predstavljaju neželjene poruke e-poštom. Procjenjuje se da više od 70 % ukupnog prometa e-poštom otpada na *spamove*, čak i do 95 %. Kod *spamova* se prije postavlja pitanje pristanka nego li pitanje sadržaja poruke. Međutim, problem *spamova* veći je od samog ometanja korisnika. *Spamovi* iskorištavaju resurse sustava, utječu na propusnost, ispunjavaju kapacitete servera, koriste mrežnu infrastrukturu, predstavljaju ulaznu točku za širenje virusa i *phishing*-napade na pristupne šifre i povjerljive informacije. Stoga se *spamovi* mogu povezati s ometanjem sustava i podataka, odnosno s ugrožavanjem cjelovitosti i dostupnosti sustava i podataka.

Dva multilateralna neobvezujuća instrumenta, COMESA u članku 19. Nacrta modela zakona i ITU/CARICOM/CTU u članku 15. Modela zakonskog teksta, propisuju kriminalizaciju, dok ni jedan obvezujući ne zahtijeva kriminalizaciju.³⁵ Direktiva o privatnosti i elektroničkim komunikacijama EU-a³⁶ u preambuli ističe da je nužno zabraniti uporabu lažnog identiteta ili lažnih povratnih adresa, odnosno brojeva prilikom slanja neželjenih poruka u svrhe izravnog marketinga (alineja 43). Dalje u čl. 13. regulira neželjenu komunikaciju te u stavku 3. zahtijeva od država članica da poduzmu odgovarajuće mjere kako bi osigurale da besplatne neželjene komunikacije u svrhu izravnog marketinga ne budu dopuštene, bilo bez pristanka pretplatnika kojih se to tiče

³⁵ Comprehensive Study on Cybercrime, *op. cit.* (bilj. 24), str. 95 i 96.

³⁶ Direktiva 2002/58/EZ o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 201, 31. 7. 2002.

bilo u svezi s pretplatnicima koji ne žele primati komunikacije. Međutim, odredba ne traži kriminalizaciju *spamova*, kao ni Direktiva 2013/40/EU.

Prema istraživanju UN-a, jedna trećina zemalja propisuje slanje ili kontrolu *spamova* kao kazneno djelo, a samo devet posto ih ima i posebnu odredbu za to kazneno djelo. U borbi protiv prijetnja koje proizlaze iz *spamova* koriste se i druge odredbe koje se odnose na kompjutorske viruse ili *phishing*-napade.³⁷ Konvencija VE ETS 185 ne kriminalizira posebno *spamove*, nego ima u fokusu ometanje računalnih sustava. Sastavljači u obrazloženju navode da bi kriminalizacija trebala obuhvatiti samo ozbiljno i namjerno ometanje. Odredbe o kriminalizaciji *spamova* za potrebe komparativne analize nalazimo i u HIPCAR-ovu Modelu zakona o kompjutorskom kriminalu u članku 15. te u Kaznenom zakoniku SAD-a u članku 1037.³⁸

3.1.6. Oštećenje računalnih podataka

Načini počinjenja kaznenih djela ometanja računalnog sustava i oštećenja računalnih podataka, kako su određeni Konvencijom VE ETS 185 i Direktivom 2013/40/EU, u bitnom se dijelu preklapaju. Oba ta kaznena djela mogu se počiniti oštećenjem, brisanjem, kvarenjem, mijenjanjem ili činjenjem neupotrebljivim računalnih podataka. Šire poimanje kaznenog djela ometanja računalnih podataka prema nekim pravnim rješenjima može obuhvatiti i druge radnje, pa čak i unošenje ili prijenos podataka. Ovo kazneno djelo pojavilo se kako bi se ispunile pravne praznine i kako bi se računalnim podacima osigurala zaštita od oštećenja i uništenja kakvu uživaju fizički predmeti. Jedno od alternativnih rješenja jest da se pojam stvari ili dobara proširi i na računalne podatke, no uvijek će ostati nedorečenosti i prijepora. Kazneno djelo ometanje podataka u Konvenciji VE nalazimo u članku 4., a u Direktivi EU-a kazneno je djelo opisano u članku 5.

Prema studiji UN-a,³⁹ dio država za kažnjavanje ometanja računalnih podataka traži da je to ometanje imalo utjecaj na funkcioniranje računalnog sustava. Neke države uključuju kao nužan element kaznenog djela štetu ili gubitak, neke štetu ili gubitak uzimaju kao kvalifikatorni element, dok polovica ispitanih država za postojanje kaznenog djela ne postavlja nikakav dodatni uvjet.

Radi pravne sigurnosti bitno je pobliže odrediti pojedine pojmove. Prema Obrazloženju uz Konvenciju VE, brisanje predstavlja uklanjanje podatka iz medija za pohranu. Brisanjem se podaci uništavaju i postaju neprepoznatljivi, kao, primjerice, materijalni predmeti. Prema tome, podaci se mogu izbrisati na različite načine. Stavljanje podataka u virtualnu kantu za smeće ne predstavlja uklanjanje podataka s tvrdog diska. Čak i pražnjenje kante ne mora odmah nužno značiti i trajno uklanjanje podataka. Stoga je

³⁷ Comprehensive Study on Cybercrime, *op. cit.* (bilj. 24), str. 95.

³⁸ United States Code, § 1037., dostupno na <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title18/pdf/USCODE-2011-title18-partI-chap47-sec1037.pdf> (1. 10. 2014.).

³⁹ Comprehensive Study on Cybercrime, *op. cit.* (bilj. 24.), str. 89.

neodređeno isključuje li mogućnost povratka podataka primjenu kaznenih odredaba o oštećivanju podataka.

Da bi se radilo o kaznenom djelu prema Konvenciji, počinitelj mora poduzimati opisane radnje neovlašteno. Osim ranije spomenutih situacija, kao što su testiranje sustava i posjedovanje odobrenja, neće se raditi o neovlaštenom ometanju podataka i u slučaju modificiranja podataka u svrhu anonimne komunikacije putem *remailera* ili kriptiranja jer su te radnje poduzete u svrhu zaštite privatnosti, a samim time i s ovlaštenjem.⁴⁰ Gotovo sve države i međunarodne organizacije zahtijevaju da je djelo počinjeno s namjerom. Izuzetak je Model zakona zemalja Commonwealtha, koji u članku 6. predviđa da ometanje podataka može biti počinjeno i nehajno. U stavku drugom članka 6. Modela jasno se navodi da ometanje podataka može imati čak i samo privremeni učinak.

Kazneno djelo oštećenja računalnih podataka u hrvatskom kaznenom pravu opisano je u članku 268. KZ-a RH. U naslovu kaznenog djela koristi se izraz oštećenje, iako službeni prijevodi i Konvencije VE ETS 185 i Direktive 2013/40/EU glase ometanje. Analizom kaznenih djela oštećenja računalnih podataka i ometanja računalnog sustava može se zaključiti da ne prate ideju izraženu u spomenutim međunarodnim izvorima, što dovodi do preklapanja i poteškoća u primjeni. Iako bi se kazneno djelo ometanja sustava trebalo odnositi na sustav, uključujući komunikaciju, odnosno programe i podatke koji služe za potrebe njegova rada, korištenja, zaštite i održavanja, u definiciju su dodani i onemogućavanje ili otežavanje rada i korištenje i ostalih računalnih podataka i programa. U tom dijelu ometanje sustava preklapa se s kaznenim djelom oštećenja podataka.

Nadalje, ostaje otvoreno pitanje ovlaštenog pristupa sustavu i zlonamjernog korištenja resursa sustava, pa i podataka bez ometanja sustava, kopiranja podataka koji nisu u prijenosu, korištenja podataka bez njihova oštećivanja i sl. Sve navedeno upozorava na potrebu za reformom i doradom sustava zaštite ICT-a, osobito kad je u pitanju kritična nacionalna infrastruktura. U slučajevima oštećenja podataka i ometanja sustava potrebno je držati se osnovnih ideja izraženih u obvezujućim međunarodnim izvorima.

3.2. Računalna kaznena djela

Druga skupina kaznenih djela koja čine grupu kaznenih djela kibernetičkog kriminala jesu računalna kaznena djela. U odnosu na preostale tri skupine, koje su određene prema skupnom užem zaštitnom objektu, skupina računalnih kaznenih djela određena je prema *modus operandi*, odnosno sredstvu počinjenja. Najvažnija iz skupine jesu kaznena djela računalnog krivotvorenja i računalne prijevare. U istu skupinu Međunarodna telekomunikacijska unija (ITU) uvrštava i *phishing*, krađu identiteta te zlouporabu naprava.⁴¹ Za računalna kaznena djela bitno je da trebaju računalni sustav kao sredstvo počinjenja te da postoje i paralelna tradicionalna kaznena djela kojim se štite iste ili slične

⁴⁰ *Explanatory Report to the Convention on Cyber Crime*, op. cit. (bilj. 1.), komentar uz čl. 4., alineja 60-64.

⁴¹ *Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response*, op. cit. (bilj. 19), str. 29.

vrijednosti u materijalnom obliku od napada klasičnim sredstvima. Direktiva 2013/40/EU o napadima na informacijske sustave ne propisuje računalna kaznena djela.

3.2.1. Računalno krivotvorenje

Pravno dobro koje se štiti kaznenim djelom računalnog krivotvorenja jest vjerodostojnost isprave u digitalnom obliku. Ono pokriva manipulaciju digitalnim dokumentima, odnosno podacima. Na međunarodnoj i regionalnoj razini šest instrumenata sadrži odredbe o računalnom krivotvorenju.⁴² U obrazloženju uz članak 7. Konvencije VE ETS 185 o računalnom krivotvorenju navodi se da je cilj kriminalizacije bio izraditi djelo koje će biti pandan krivotvorenju materijalnih dokumenata, a s ciljem popunjavanja pravnih praznina povezanih s tradicionalnim poimanjem krivotvorenja. Manipulacija digitalnim podacima može imati iste ozbiljne posljedice kao i tradicionalno kazneno djelo. Računalno krivotvorenje u osnovi stoga obuhvaća izradu ili izmjenu pohranjenih podataka tako da oni dobiju drugu vrijednost u pravnom prometu koji se temelji na vjerodostojnosti podataka.

Tradicionalno poimanje krivotvorenja u pravilu podrazumijeva postojanje pisane isprave ili predmeta u materijalnom obliku i vizualnu prezentaciju, dok digitalni podaci zahtijevaju računalnu obradu i prezentaciju.

Posebno se naglašava u obrazloženju da dogmatska struktura nacionalnih pravnih sustava jako varira, od koncepta utemeljenog na autentičnosti autora do koncepta utemeljenog na istinitosti izjave sadržane u ispravi. Usuglašeno je da se obmana vjerodostojnosti odnosi u najmanju ruku na autentičnost izdavatelja, bez obzira na točnost ili istinitost sadržaja. Međutim, stranke mogu ići i dalje i pojmom vjerodostojnosti obuhvatiti i istinitost podataka.

Odredba o krivotvorenju jednako pokriva javne i privatne isprave koje imaju vrijednost za pravne odnose. Dakle, ova odredba ne štiti isprave koje nemaju vrijednost za pravne odnose. Objekt napada ovdje je računalni podatak, neovisno o tome je li odmah lako čitljiv ili shvatljiv. Neovlašteni unos, prema mišljenju sastavljača Konvencije, točnih ili netočnih podataka predstavlja situaciju jednaku izradi lažne isprave. Naknadne promjene (modifikacije, varijacije, parcijalne izmjene), brisanja (uklanjanje podataka s nositelja podataka) ili činjenje podataka neuporabljivim (zadržavanjem/prikrivanjem) odgovara krivotvorenju materijalne isprave. Ipak, za postojanje kaznenog djela ne traži se samo poduzimanje neke od spomenutih radnja na podacima nego i da te radnje rezultiraju nevjerodostojnim podacima.

U drugim pravnim izvorima mogu se pronaći rješenja koja zahtijevaju da manipulacija na podacima bude povezana s ometanjem sustava. Člankom 7. Konvencija dopušta

⁴² Comprehensive Study on Cybercrime, *op. cit.* (bilj. 24), Dodatak 3., str. 268.

državama strankama da kaznenu odgovornost vežu na postojanje prijevare ili druge nepoštene namjere.

Na nacionalnoj razini situacija s kriminalizacijom varira ovisno o tome postoje li specifična računalna kaznena djela o krivotvorenju ili se isto pokriva tradicionalnim odredbama ili se pak koriste oba rješenja. Razlika proizlazi iz mogućnosti učinkovitog proširenja tradicionalnih odredaba o krivotvorenju i na računalne podatke. Tako je moguće da se definicija isprave dopuni i računalnim podacima ili pak da se bez dopune zakona koristi tradicionalna definicija, ukoliko je moguće da se ona protumači na način da obuhvati digitalne isprave, digitalni potpis i podatke. Tipična dva elementa kaznenog djela računalnog krivotvorenja na nacionalnoj razini jesu izmjena ili manipuliranje računalnim podacima i posebna namjera uporabe podataka kao da su vjerodostojni.⁴³

Kazneno djelo računalnog krivotvorenja u hrvatskom kaznenom pravu izrađeno je po uzoru na članak 7. Konvencije, a opisano je u čl. 270. KZ-a RH. U odnosu na ranije kaznene odredbe, ispušten je računalni program kao objekt napada te je dodan nov način počinjenja kroz formulaciju činjenja računalnih podataka nedostupnima.

3.2.2. Računalna prijevare

Računalna prijevare podizanjem gotovog novca iz bankomata s ukradenom, a u nemalom broju slučajeva i krivotvorenom bankovnom karticom i odgovarajućim tajnim osobnim brojem najzastupljeniji je oblik računalnog kriminaliteta u RH.⁴⁴

Kao i kod računalnog krivotvorenja, neki pravni sustavi ne propisuju računalnu prijevare kao zasebno kazneno djelo, nego kao običnu prijevare. Glavna razlika između obične i računalne prijevare, gdje takva distinkcija postoji, jest u objektu napada. Kod klasične prijevare objekt je napada osoba koju počinitelj dovodi u zabludu ili održava u zabludi, dok je kod računalne prijevare objekt napada računalni sustav ili su to računalni podaci. Međutim, cilj je isti kako kod obične tako i kod računalne prijevare – stjecanje protupravne imovinske koristi.

Konvencija VE računalnu prijevare opisuje u čl. 8. U obrazloženju uz Konvenciju navodi se da je cilj čl. 8. kriminalizacija svake neprikladne manipulacije podacima u obradi s namjerom ilegalnog prijenosa imovine. Kako bi svi mogući oblici manipulacije bili obuhvaćeni, temeljnim oblicima unošenju, mijenjanju, brisanju ili činjenju neuporabljivim računalnih podataka dodana je u točki 2. generalna klauzula koja se odnosi i na bilo kakvo ometanje funkcioniranja sustava. Tako da točka 2. obuhvaća i djela kao što su manipulacija hardverom, činjenje neuporabljivim ili prikrivanje ispisa, djela kojima se utječe na snimanje ili protok podataka ili djela kojima se utječe na slijed kojim su programi pokrenuti. Manipulacije koje predstavljaju računalnu prijevare kriminaliziraju se samo

⁴³ Comprehensive Study on Cybercrime, *op. cit.* (bilj. 24), str. 97 i 98.

⁴⁴ Novoselec, P., *Sudska praksa*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu vol. 15, broj 2/2008, str. 1166-1167.

ako je drugome prouzročen gubitak imovine, a počinitelj postupa s ciljem da sebi ili drugome pribavi protupravnu imovinsku korist. Pojam gubitak imovine u širem smislu uključuje novac i ekonomski vrijednu materijalnu i nematerijalnu imovinu. Prema čl. 8 Konvencije, djelo mora biti počinjeno neovlašteno. Zajednička trgovinska praksa usmjerena ostvarivanju ekonomske dobiti ne bi trebala biti obuhvaćena ovim djelom jer se ona provodi u skladu s pravom, kao što je, primjerice, aktivnost onesposobljavanja *web*-stranice temeljem uvjeta iz valjanog ugovora.

Računalna prijevara može se počiniti samo s namjerom. Opći element namjere odnosi se na prouzročenje štete na imovini drugoga manipulacijom ili ometanjem računalnog sustava. Specijalni element namjere pak se odnosi na prijevarnu ili drugu nepoštenu namjeru pribavljanja protupravne imovinske koristi sebi ili drugome. Stoga se ni ovdje ne zahtijeva kriminalizacija trgovačke prakse u pogledu tržišnog natjecanja, koja dovodi do ekonomske štete s jedne, a koristi s druge strane, jer se ne provodi s prijevarnom ili drugom nepoštenom namjerom. Tako, primjerice, korištenje programa za prikupljanje podataka radi uspoređivanja trgovina na internetu, pa čak i bez odobrenja trgovine čiju je stranicu *bot* posjetio, ne bi trebalo predstavljati kazneno djelo računalne prijevare.⁴⁵

Kazneno djelo računalne prijevare u hrvatskom kaznenom pravu izraženo je po uzoru na čl. 8. Konvencije, a opisano je u čl. 271. KZ-a RH. U odnosu na ranije kaznene odredbe, ispušten je računalni program kao objekt napada te samo korištenje sustava kao jedan od načina počinjenja. Međutim, u opis kaznenog djela dodani su novi načini počinjenja oštećenjem ili činjenjem nedostupnim računalnih podataka. U novom Kaznenom zakonu ispuštena je i odredba koja je propisivala kažnjavanje za postupanje s ciljem nanošenja štete drugom, a dodana je kvalifikatorna okolnost pribavljanja znatne imovinske koristi ili prouzročenja znatne štete.

3.2.3. Krađa identiteta

Krađa identiteta predstavlja prijevarno pribavljanje i uporabu identiteta druge osobe. Može biti počinjena bez uporabe tehničkih sredstava, ali i *online*, uporabom interneta. Iz tih je razloga i svrstana u grupu računalnih kaznenih djela koja, osim tradicionalnim sredstvima, mogu biti počinjena i sredstvima ICT-a. S obzirom na to da se socijalna i ekonomska interakcija preselila na mrežu i predstavlja prioritetna područja razvoja, podaci vezani za identitet osobe od krucijalnog su značenja. Paralelno s tim razvojem, mijenjalo se i poimanje pojma identiteta od više filozofskog deskriptivnog, koje obuhvaća skup osobnih karakteristika, prema identificiranju osobe na temelju brojčanih oznaka.

Općenito, krađa identiteta odvija se kroz tri faze. U prvoj počinitelj nabavlja informacije povezane s identitetom, primjerice napadom malicioznim softverom, korištenjem *phishing*-tehlike, socijalnim inženjeringom, krađom računala i sl. U drugoj fazi dolazi do

⁴⁵ *Explanatory Report to the Convention on Cyber Crime, op. cit.* (bilj. 1), komentar uz članak 8., alineja 86.-90.

raspolaganja podacima, posjedovanja i prijenosa, s ciljem da se uporabe u kriminalne svrhe, kao što je prodaja informacija o identitetu. U trećoj fazi podaci o identitetu koriste se kod počinjenja kaznenog djela, primjerice kod krivotvorenja osobnih isprava ili kod prijevara kreditnim karticama.⁴⁶

Temeljem iznesenoga, dva su temeljna pristupa kriminalizaciji krađe identiteta. U prvom slučaju postoji posebno kazneno djelo koje kriminalizira djela pribavljanja, posjedovanja ili uporabe podatka o tuđem identitetu u kriminalne svrhe. U drugom slučaju kriminaliziraju se pojedine radnje koje spadaju u jednu od tri opisane faze kroz druga kaznena djela pa tako pribavljanje podataka može biti kriminalizirano kroz odredbe o neovlaštenom pristupu, zlouporabi naprava, neovlaštenom presretanju, ometanju podataka i dr., a neovlašteno posjedovanje i uporaba, primjerice, kroz kazneno djelo računalnog krivotvorenja.⁴⁷

Najpoznatiji primjer jedinstvenog kaznenog djela krađe identiteta jest američki Kazneni zakonik, koji u člancima 1028(a)(7) i 1028A(a)(1) opisuje sve tri ranije spomenute faze. Kao drugi primjer može se navesti odredba članka 14. HIPCAR modela zakona o kompjutorskom kriminalu. Smjernicom broj 4. Komisije za tumačenje Konvencije VE ETS 185 o krađi identiteta i *phishingu* povezanom s prijevarom detaljno je obrazložen drugi pristup, s obzirom na to da Konvencija nema posebne odredbe o krađi identiteta.

Na razini nacionalnog zakonodavstva samo mali broj država propisuje posebno računalno kazneno djelo povezano s krađom identiteta, dok u nekima krađa identiteta i ne predstavlja kazneno djelo.⁴⁸ Ondje gdje takva odredba postoji najčešće se ne pokrivaju sve tri faze krađe identiteta. Tako ranije spomenuti članci američkog kaznenog zakonika ne pokrivaju baš sve aktivnosti vezane uz krađu identiteta. One ne pokrivaju situaciju gdje žrtva sama prosljeđuje podatke na inicijativu počinitelja, s obzirom na to da se počinitelja kažnjava za prijenos, a ne i za samo iniciranje prijenosa podataka o identitetu. Neke pak druge odredbe pokrivaju samo posjedovanje ili posjedovanje i uporabu ili pak samo uporabu. Neke pak idu i dalje te kriminaliziraju izradu lažnih osobnih podataka.

Direktiva 2013/40/EU u članku 9. stavku 5., uzimajući u obzir manjkavosti nacionalnih zakonodavstava na području krađe identiteta, propisuje da države članice poduzimaju potrebne mjere kojima osiguravaju da se, kada su kaznena djela ometanja sustava i ometanja podataka počinjena zlouporabom osobnih podataka druge osobe s ciljem zadobivanja povjerenja treće strane i uz nanošenje štete legitimnom vlasniku identiteta, ti elementi mogu smatrati otegotnim okolnostima, osim ako su te okolnosti već obuhvaćene drugim djelom kažnjivim prema nacionalnom pravu. U području zaštite

⁴⁶ T-CY Guidance Note # 4, Identity theft and phishing in relation to fraud, dostupno na http://www.co.e.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY%202013/T-CY%282013%298REV_GN4_id%20theft_V10adopted.pdf (1. 10. 2014.), str. 3-5.

⁴⁷ Model zakonskog teksta o kibernetičkom ili e-kriminalitetu ITU/CARICOM/CTU, str. 33.

⁴⁸ Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response, *op. cit.* (bilj. 19), str. 100.

osobnih podataka Europska je komisija pokrenula inicijativu za donošenje Ugovora o zaštiti podataka za Europu.⁴⁹

Kazneni zakon RH također ne poznaje posebno računalno kazneno djelo vezano za krađu identiteta, već se, prema smjernici 4. T-CY Komisije za tumačenje Konvencije VE, ono procesuirala kroz odredbe različitih članaka, sa svim manjkavostima kojih smo se ranije dotaknuli. Međutim, sukladno Prijedlogu Direktive, u st. 2. čl. 273. KZ-a RH, koji se odnosi na Teška kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka, propisan je teži oblik kaznenih djela neovlaštenog pristupa, ometanja rada računalnog sustava, oštećenja računalnih podataka i neovlaštenog presretanja računalnih podataka, čime je pokriven samo dio radnja koje se mogu okarakterizirati kao krađa identiteta.

3.3. Zloupotreba naprava

Kaznenim djelom zloupotreba naprava kriminaliziraju se određene pripremne radnje poduzete radi počinjenja nekih od računalnih kaznenih djela. Softveri i drugi alati koji se koriste za počinjenje kaznenih djela u računalnom okruženju, kao i lozinke i pristupne šifre, postali su ilegalna roba na crnom internetskom tržištu.

Inkriminacija djela nailazi na brojne izazove. Najznačajniji je od njih različit pristup razgraničenju stadija pripremanja i pokušaja kaznenog djela. Drugi se odnosi na dvostruku ulogu sredstva, koja se mogu upotrijebiti kako u kriminalne tako i u nekriminalne svrhe. Inkriminacija pripremni radnja nije nepoznata kod klasičnih kaznenih djela, primjerice kad su u pitanju pripremne radnje izrade i nabavljanja oružja i sredstava za počinjenje kaznenog djela.⁵⁰

Zloupotreba naprava opisana je u članku 6. Konvencije ETS 185. Pojam „naprava“ prema obrazloženju uz Konvenciju odnosi se kako na hardver tako i na softverska rješenja namijenjena počinjenju nekog iz grupe kaznenih djela. Kao primjer softvera navode se virusi ili programi izrađeni ili prilagođeni za ostvarivanje neovlaštenog pristupa računalnom sustavu. Kompjutorske lozinke, pristupne šifre ili slični podaci ne izvode nikakve operacije, nego jednostavno predstavljaju pristupne kodove. Konvencija VE kriminalizira širok spektar radnja. Osim proizvodnje, kriminalizira se i prodaja, pribavljanje radi uporabe, uvoz, distribucija ili činjenje dostupnim na drugi način. Slična rješenja nalazimo i u dokumentima EU-a o pitanju povrede autorskih prava.⁵¹

Odredbe Konvencije ne odnose se samo na naprave koje su dizajnirane isključivo za olakšavanje počinjenja računalnog kriminaliteta nego i na naprave koje se inače koriste u legalne svrhe, kad ih počinitelj koristi s namjerom počinjenja nekog računalnog kaznenog

⁴⁹ Inicijativa za donošenjem novog Ugovora o zaštiti podataka za Europu, komunikacija dostupna na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-70_hr.htm (1. 10. 2014.)

⁵⁰ Comprehensive Study on Cybercrime, *op. cit.* (bilj. 24), str. 92-94.

⁵¹ Direktiva 2001/29/EZ o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 167, 22. 6. 2001., čl. 6.

djela iz grupe kaznenih djela protiv tajnosti, cjelovitosti i dostupnosti računalnih podataka. Sastavljači Konvencije u obrazloženju navode da bi ograničavanje samo na naprave koje su dizajnirane isključivo za počinjenje kaznenog djela bilo preusko i da bi moglo dovesti do nepremostivih teškoća dokazivanja u kaznenom postupku, čineći odredbu neprimjenjivom ili primjenjivom samo u rijetkim slučajevima.

Kao i u slučaju ostalih kaznenih djela iz Konvencije, ovo kazneno djelo moguće je počiniti samo s namjerom. Kao posebni element zahtijeva se namjera usmjerena na počinjenje kaznenih djela opisanih u člancima 2.-5. Za usporedbu, treba spomenuti da odredbe Modela zakona o kompjutorskom kriminalu zemalja Commonwealtha predviđaju kriminalizaciju čak i nehajne zlouporabe naprava. Za razliku od Konvencije VE, ne zahtijevaju svi multilateralni instrumenti ni specijalnu namjeru počinjenja točno određenih kaznenih djela, već je dovoljno da je naprava izrađena s primarnom svrhom počinjenja kaznenog djela. Kako bi izbjegli prekomjernu kriminalizaciju, HIPCAR-ov zakonski tekst o računalnom kriminalu u članku 10. predviđa da države mogu odlučiti kriminalizirati samo naprave koje bi se nalazile na popisu.

Jedno od drugačijih rješenja jest i da se kriminalizacija odnosi samo na maliciozne softvere, a ne i na naprave i na pristupne lozinke. Neki multilateralni instrumenti također dodatno pokrivaju naprave i predmete za počinjenje specifičnih kaznenih djela, kao što to, primjerice, propisuje Vijeće EU-a u okvirnoj odluci o borbi protiv prijevара i krivotvorenja povezanih s bezgotovinskim sredstvima plaćanja.⁵²

U hrvatskom kaznenom pravu kazneno djelo zlouporabe naprave opisano je u članku 272. Kaznenog zakona. Zakonski tekst u skladu je s odredbama Konvencije VE ETS 185 i Direktive 2013/40/EU. U odnosu na Konvenciju VE postavljen je šire te obuhvaća i naprave koje se koriste za počinjene kaznenih djela računalne prijevare i računalnog krivotvorenja.

3.4. Teška kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka, sankcije i mjere

Jedan od prigovora Konvenciji o kibernetičkom kriminalitetu odnosio se na okolnost da ne osigurava odgovarajuću reakciju na najteže oblike napada na informacijske sustave. U skladu s tim, u situacijama u kojima je prouzročena šteta velikih razmjena, kao kod napada na Estoniju ili Gruziju, nije postojala odgovarajuća zakonska odredba koja bi osigurala učinkovitu, razmjernu i odvrćajuću sankciju počinitelju. Stoga su Direktivom 2013/40/EU posebno razrađene odredbe o sankcijama i, za razliku od Konvencije, detaljno propisane.

⁵² Council framework decision of 28 May 2001 combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment, SL L 149, 2. 6. 2001., čl. 4.

Pri tome je posebna pozornost dana novim, posebno opasnim pojavnim oblicima napada kad je pogođen znatan broj računalnih sustava, primjerice stvaranjem i uporabom „botneta“, kad su napadi počinjeni u okviru zločinačke organizacije, kad je napadom prouzročena ozbiljna šteta ili je napad počinjen protiv informacijskog sustava ključne nacionalne infrastrukture, kao i zlouporabom podataka druge osobe.

Na sličan način u čl. 273. Kaznenog zakona RH predviđeni su i opisani kvalificirani oblici pod nazivom „Teška kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka“. Članak je usklađen s odredbama Prijedloga Direktive o napadima na računalne sustave. Također su u skladu s Prijedlogom Direktive usklađene i odredbe o sankcijama u svakom pojedinom članku.

4. ZAKLJUČAK

U kazneno zakonodavstvo Republike Hrvatske preuzete su odredbe koje proizlaze iz obveza utvrđenih Konvencijom o kibernetičkom kriminalu VE i Direktivom EU-a o napadima na informacijske sustave. Međutim, način na koji su preuzete pravno-tehnički slabi njihovu uporabnu vrijednost. Temeljni pojmovi, kao što su računalni podaci, programi, mreža, u bitnim dijelovima različito su prevedeni, protumačeni i kroz zakonski tekst međusobno različito postavljeni. Većina kaznenih djela kibernetičkog kriminala postavljena je šire od minimalnih okvira spomenutih međunarodnih izvora, dok su pojedina kaznena djela ostala nedorađena. Iako takva u radu opisana rješenja nisu zabranjena niti nepoznata na međunarodnoj razini, postavlja se pitanje njihove kriminalno-političke opravdanosti, poštivanja načela zakonitosti, prekomjerne kriminalizacije i standarda pravne zaštite i sigurnosti. S druge pak strane, uočljive su pravne praznine kad su u pitanju djela neovlaštenog ostajanja u računalnom sustavu i neovlaštenog pribavljanja računalnih podataka. Takva rješenja nisu usamljena i preslika su stvarnog stanja na području kriminalizacija napada na informacijske sustave na međunarodnoj razini.

S obzirom na ogroman doprinos informacijsko-komunikacijskih tehnologija razvoju društva, potrebno je slobode i prava koje ljudi imaju izvan kibernetičkog prostora osigurati i unutar kibernetičkog prostora, sa svim raspoloživim sredstvima, a kriminalizaciji napada pribjeći tek kao krajnjem sredstvu suzbijanja najtežih od njih. U tom pogledu kao prikladnije rješenje kod blažih oblika napada bilo bi uvođenje i prekršajne odgovornosti po uzoru na druga posebna područja, čime bi se otvorio prostor za detaljniju razradu složene terminologije i sveukupne problematike. Kod najtežih pojava oblika bit će potrebno popuniti ranije spomenute pravne praznine.

Za kraj, može se zaključiti da, bez obzira na pravni kontinuitet zaštite informacijskih sustava, programa i podataka u kaznenom zakonodavstvu Republike Hrvatske, i dalje ostaju otvorena pojedina pitanja koja su od važnosti za sveobuhvatno uređenje područja.

Summary

CRIMINAL-LAW PROTECTION OF COMPUTER SYSTEMS, PROGRAMS AND DATA

A large majority of countries around the world have agreed in principle on the need to criminalise the most serious cyber attacks, although there are different approaches to this issue at international and national levels. The most important international instrument to combat attacks against information systems, the Council of Europe Convention on Cybercrime of 2001, has over time proven to be insufficient, hence the European Parliament and the Council adopted a Directive on attacks against information systems, whose aim is to remove these shortcomings. The Republic of Croatia transposed the provisions of the Convention and of the proposed Directive into its new criminal legislation, and assumed the commitments arising therefrom. Since the adoption of the new Criminal Code has presented a unique opportunity to systematically regulate this area of criminalisation, this paper gauges the success of the new provisions, using comparative and other methods.

Keywords: cybercrime, attacks against information systems, computer systems, computer programs, computer data

Ivica Kokot, univ. spec. crim., attending postgraduate doctoral study at the Faculty of Law, University of Zagreb

**KOMENTARI SUDSKE I
ZAKONODAVNE PRAKSE**

OVHRHA NA VOZILIMA

Pregledni znanstveni rad

UDK 347.952

656.1

340.5

Primljeno: 8. veljače 2014.

Igor Bošković*

U ovome radu bit će izložena analiza posebnih odredaba o ovrsi na vozilima s naglaskom na probleme koji se pojavljuju u praksi. Bit će predstavljeni podaci o relevantnosti i zastupljenosti ovog instituta u domaćem pravnom poretku, s iznošenjem konkretnih prijedloga za poboljšanje njegove učinkovitosti. Provedba ovrhe na vozilima bit će uspoređena s rješenjima njemačkog prava. Također, bit će izložena inicijativa na području europskog zakonodavstva za obveznim uvođenjem sustava e-call kao tehnološke inovacije u automobilske industriji, čija bi adekvatna primjena u ovršnom postupku riješila problem lociranja vozila, koji je jedan od glavnih uzroka neučinkovitosti ovrhe na vozilima.

Ključne riječi: ovrha, vozilo, registracija, založno pravo, sustav e-call

1. UVOD

Provedba ovrhe na vozilima regulirana je posebnim propisima u okviru općih odredaba Ovršnog zakona¹ o ovrsi na pokretninama. Za razliku od ostalih pokretnina, motorna i priključna vozila specifična su po tome što je za njihovu upotrebu, odnosno sudjelovanje u prometu, potrebno prethodno provesti upravni postupak registracije. Iznimka su lake prikolice, koje se ne registriraju, ali se označavaju registarskom pločicom i o njima se također vodi evidencija. U postupku registracije utvrđuje se tehnička ispravnost vozila, provjerava se plaćanje propisanih obveza te se vozilo registrira na ime vlasnika. Posebna pravila o ovrsi na vozilima utemeljena su upravo na opisanom postupku registracije, odnosno posebnim upisnicima koji se u tu svrhu vode. U ovom radu bit će analizirana opravdanost takva rješenja, uz raščlambu pozitivnih i negativnih učinaka. Ovrha na vozilima nastojat će se prikazati kao skriveni potencijal OZ-a kojemu se neopravdano ni u teoriji ni u praksi nije pridavalo dovoljno pozornosti. Nema dvojbe da se svaka važnija analiza propisa mora pozabaviti rezultatima koje ti propisi daju u praksi, odnosno načinu njihove primjene. Iz te perspektive možemo postaviti početnu tezu da je trenutačno obilježje ovrhe na vozilima dugotrajnost postupaka, koji uglavnom završavaju obustavom zbog nemogućnosti provedbe. Kada se uzme u obzir da ovrhovoditelji u pravilu nemaju

* Igor Bošković, dipl. iur., polaznik poslijediplomskog specijalističkog studija na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

¹ Ovršni zakon (*Narodne novine* 112/12 i 93/14, u daljnjem tekstu: OZ).

velik izbor predmeta na kojima mogu predložiti ovrhu, razvoj i modernizacija ovog instituta dobivaju prioritetno mjesto u planovima budućih izmjena OZ-a.

2. RAZVOJ INSTITUTA KROZ NOVELE OZ-A

Ovršni zakon² iz 1996. godine nije propisivao posebna pravila o ovrsi na vozilima, nego se ona provodila jednako kao i na ostalim pokretninama. Propisane ovršne radnje bile su: zapljena, procjena, prodaja i namirenje ovrhovoditelja iz iznosa dobivenog prodajom. Provodio ih je sud, odnosno sudski ovršitelj, s time da tadašnji zakon nije poznavao javnobilježničku ovrhu. Predmetom pljenidbe bila su u pravilu ona vozila koja su bila u posjedu ovršenika, a ovrhovoditelj bi stjecao založno pravo pljenidbenim popisom. Prvenstveni red založnog prava određivao se prema danu kada je obavljen popis, a ako su se stvari popisivale u korist više ovrhovoditelja istodobno, prvenstveni se red računao prema danu kada je prijedlog za ovrhu primljen u sudu. Ukoliko bi prijedlozi bili primljeni istoga dana, založna prava imala bi isti prednosni red. U slučaju neuspješne pljenidbe ovrhovoditelj je mogao u roku od tri mjeseca predložiti ponovnu pljenidbu, pa ukoliko bi i ova pljenidba ostala bez uspjeha, ovrha bi se obustavljala. Važno obilježje postupka bilo je da se, izuzmemo li nekoliko propisanih iznimaka, pokretnina mogla prodati tek nakon pravomoćnosti rješenja o ovrsi. Sama prodaja obavljala se putem usmenih dražba ili neposrednom pogodbom, s time da se pokretnine na prvoj dražbi nisu mogle prodati ispod dvije trećine procijenjene vrijednosti, a na drugoj dražbi ispod jedne trećine procijenjene vrijednosti. Navedena ograničenja minimalne cijene odnosila su se i na prodaju neposrednom pogodbom. Kupac je u pravilu bio dužan položiti kupovninu odmah nakon zaključenja dražbe ili prodaje neposrednom pogodbom. Iznimno ovrhovoditelj je mogao pristati na to da se predmet prodaje preda kupcu i prije polaganje kupovnine. U tom slučaju sud bi određivao rok za uplatu.

Zakonom o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona iz 2003. godine³ kao važna izmjena uvedena je mogućnost komisije prodaje pokretnina te prodaje posredstvom Financijske agencije. Ovom novelom u ovršni postupak uvedeni su javni bilježnici, međutim, oni, jednako kao i danas, nisu sudjelovali u samoj provedbi ovrhe na pokretninama.

Zakonom o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona iz 2005. godine⁴ ovrha na motornim vozilima postaje zaseban institut u okviru općih odredaba o ovrsi na pokretninama. Prije svega, u ovrsi na pokretninama izmijenjene su ovršne radnje na način da se ovrha provodi zapljenom, procjenom, oduzimanjem, otpremanjem, povjeravanjem na čuvanje sudu, ovrhovoditelju ili trećoj osobi, njihovom prodajom te namirenjem ovrhovoditelja iz iznosa dobivenog prodajom. U skladu s time, detaljno je uređen postupak otpreme i čuvanja pokretnina, a preciznije je propisana i njihova prodaja putem javnih komisionara.

² Ovršni zakon (*Narodne novine* 57/96, u daljnjem tekstu: OZ 96.).

³ Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona (*Narodne novine* 173/03, u daljnjem tekstu: Novela OZ-a 2003.).

⁴ Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona (*Narodne novine* 88/05, u daljnjem tekstu: Novela OZ-a 2005.).

Formiran je sustav posebnih pravila o ovrši na motornim vozilima, koju je određivao sud na temelju ovršne isprave i izvotka iz evidencije Ministarstva unutarnjih poslova.⁵ Odredbe o stjecanju založnog prava zabilježbom ovrhe u upisniku MUP-a, uvedene ovom novelom, na snazi su i danas. Posebna nelogičnost tadašnjeg uređenja bio je čl. 143. k), stavak 2., koji je propisivao obvezu sudskog ovršitelja da prilikom oduzimanja motornog vozila mora skinuti registarske oznake. Ovom odredbom stvoren je posve nepotreban dodatni trošak angažiranja vučne službe, umjesto da se ispravno vozilo samostalno preveze do mjesta čuvanja. Daljnja nelogičnost tadašnjeg uređenja bilo je propisivanje pravila da kupac vozila nad kojim se provodi ovrha stječe vlasništvo tek upisom u evidenciju MUP-a, dakle registracijom na svoje ime. Razlog tome vjerojatno je pogrešna predodžba zakonodavca o značenju ove evidencije MUP-a, koja nije evidencija o vlasnicima vozila, već evidencija o registriranim vozilima. Nažalost, ova pogrešna predodžba obilježje je i trenutačno važećeg OZ-a, što će se detaljno elaborirati u nastavku ovog rada.

Zakonom o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona iz 2008. godine⁶ ispravljen je propust da se ovrha na motornim vozilima mogla odrediti isključivo na temelju ovršne isprave. Sada je uvedena mogućnost takve ovrhe i na temelju vjerodostojne isprave.

U 2010. godini donesen je novi Ovršni zakon,⁷ kojim su se u ovršni postupak nastojali uvesti javni ovršitelji. Međutim, ova izmjena nikada nije zaživjela u praksi. Ipak, jedno vrijeme na snazi je bila odredba čl. 205. predmetnog Zakona, koja je propisivala mogućnost da ovršno tijelo može zatražiti od policije da prilikom obavljanja svojih poslova zadrži vozilo nad kojim se provodi ovrha, a koje se nije moglo pronaći kod ovršenika. Ova je odredba doista povećavala izgled ovrhovoditelja za provedbom ovrhe, međutim, kasnijim je izmjenama izostavljena iz zakonskog teksta.

Nakon toga uslijedio je čitav niz izmjena kojima je jedini cilj bio da odredbe o javnim ovršiteljima ne stupe na snagu. Konačno, u 2012. godini donesen je novi Ovršni zakon,⁸ koji je propisivao vraćanje na uređenje koje je postojalo prije 2010. godine. U ovrši na motornim vozilima značajnija promjena uvedena je čl. 162., kojim je promijenjen način provedbe ovrhe. Sada sud rješenje o ovrši prethodno dostavlja ovršeniku s nalogom da u roku od osam dana preda vozilo osobi kojoj je povjereno na čuvanje. Ukoliko ovršenik ne postupi po nalogu, ovrhovoditelj je dužan u daljnjem roku od šezdeset dana predložiti vrijeme, mjesto i način oduzimanja te osigurati potrebna sredstva i radnu snagu.

Posljednja izmjena OZ-a uslijedila je u 2014. godini.⁹ Tom su prigodom učinjene znatne intervencije u provedbu ovrhe na nekretninama. Važna izmjena kod ovrhe na

⁵ Ministarstvo unutarnjih poslova (u daljnjem tekstu: MUP).

⁶ Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona (*Narodne novine* 67/08, u daljnjem tekstu: Novela OZ-a 2008.).

⁷ Ovršni zakon (*Narodne novine* 139/10).

⁸ Ovršni zakon (*Narodne novine* 112/12).

⁹ Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona (*Narodne novine* 93/14, u daljnjem tekstu: Novela OZ-a 2014.).

pokretninama jest uvođenje mogućnosti da se prodaja pokretnina provodi elektroničkom javnom dražbom. Ovom izmjenom u cijelom tekstu zakona riječi „motorno vozilo“ zamijenjene su riječju „vozilo“.

3. VOZILA KAO PREDMET OVRHE

Svakom ovršnom postupku prethodi odluka ovrhovoditelja o predmetu ovrhe, odnosno odabiru stvari i prava na kojima može provesti ovrhu. Dakako, najprivlačniji predmeti ovrhe bit će oni na kojima se ovrha može provesti brzo i sa što manje troškova. U praksi to će najčešće biti novčana tražbina po računu ovršenika ili tražbine po osnovi plaće i drugih stalnih novčanih primanja. Takva vrsta ovrhe provodi se u pravilu kao izvansudska ovrha, s relativno malo ovršnih radnja i troškova. Međutim, malo je onih ovršenika koji raspolažu tražbinama koje se mogu zaplijeniti pa će ovrhovoditelji nerijetko morati posegnuti za drugim opcijama OZ-a.

Tako je prema službenim podacima Financijske agencije¹⁰ na dan 31. 12. 2013. godine na području Republike Hrvatske ukupno 62.100 poslovnih subjekata (pravnih osoba i fizičkih osoba koje obavljaju registriranu djelatnost) imalo blokirane račune. Pritom je vrijednost neizvršenih osnova za plaćanje iznosila 33,45 milijardi kuna. Kod 39.479 poslovnih subjekata blokada računa trajala je duže od 360 dana. Istovremeno, u blokadi je bilo 299.795 građana, s iznosom neizvršenih osnova za plaćanje od 23,82 milijarde kuna.¹¹ Pridodamo li tome broju i nezaposlene osobe koje nemaju otvorenih računa u bankama, dolazimo do zaključka kako će ovrha na drugim dopuštenim predmetima u velikom broju slučajeva biti jedini način na koji ovrhovoditelji mogu naplatiti svoje tražbine.

Kada su u pitanju motorna vozila, u Republici Hrvatskoj, na dan 31. 12. 2012. godine bilo je registrirano ukupno 1.863.741 takvih vozila. Od 2008. godine, kada je započela ekonomska kriza, ova je brojka u kontinuiranom padu. Tako je 2008. godine bilo registrirano 2.021.936 motornih vozila, 2009. godine 2.005.210 motornih vozila, 2010. godine 1.969.587 motornih vozila te 2011. godine 1.969.405 motornih vozila.¹² Međutim, podaci o smanjenju broja registriranih motornih vozila ne znače da se u tom iznosu smanjio i broj potencijalnih predmeta ovrhe. Pojedini vlasnici zbog nedostatka financijskih sredstava jednostavno odjavljuju motorna vozila i ne sudjeluju s njima u prometu, ali ta su vozila i dalje u njihovu vlasništvu, što znači da bi mogla biti obuhvaćena ovrhom.

Iako je potencijalnih predmeta ovrhe u kvantitativnom smislu mnogo, ne možemo zanemariti činjenicu da se prosječna starost, primjerice, osobnih automobila od 2008.

¹⁰ Financijska agencija (u daljnjem tekstu: FINA).

¹¹ Preuzeto s: <http://www.fina.hr> (stanje na dan 7. 2. 2014. godine).

¹² Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Bilten o sigurnosti cestovnog prometa 2012, str. 67, preuzeto s: <http://www.mup.hr> (stanje na dan 21. 12. 2013. godine).

godine pa do 2013. godine kretala u rasponu od 9,89-11,38 godina.¹³ Vrijednost motornih vozila kao potencijalnih predmeta ovrhe, dakle, u većini slučajeva neće biti velika, posebno kada se uzme u obzir da se u ovrsi takvo vozilo može prodati i za jednu polovinu procijenjene vrijednosti. Međutim, isto tako, nesporno je da bi se brzom i učinkovitom ovrhom na takvim vozilima namirio znatan broj ovrhovoditelja, čime bi se smanjio i pritisak na sudove.

Prema podacima MUP-a, na dan 4. 2. 2014. godine zabilježba ovrhe postojala je na ukupno 15.421 motornom i priključnom vozilu, što je relativno mali broj kada se usporedi s brojem fizičkih i pravnih osoba koje imaju blokirane račune te s ukupnim brojem registriranih motornih vozila.¹⁴ Jedan od razloga zašto se ovrhovoditelji ne odlučuju za ovrhu na vozilima zasigurno je mala vjerojatnost naplate, uz stvaranje dodatnih troškova. Zakonodavnom intervencijom ovi trendovi mogli bi se promijeniti na način da ovrha na vozilima postane prva alternativa u slučaju nemogućnosti naplate na novčanim tražbinama ovršenika. Time bi se postigli i pozitivni socijalni učinci jer bi se smanjio broj ovrha na nekretninama.

4. PRIMJENA ODREDABA O OVRSI NA VOZILIMA

Skupina posebnih pravila koja uređuju ovrhu na vozilima nosi naslov „Prodaja vozila“.¹⁵ Već je sam ovaj naslov terminološki i sadržajno neprecizan jer se radi o propisima koji uređuju mnogo više ovršnih radnja od same prodaje. Štoviše, o prodaji se govori samo u čl. 163. OZ-a. Isto tako, terminološki je neprecizno, a praktično nemoguće, primjenjivati ove odredbe na sva vozila. Pojam vozila definiran je Zakonom o sigurnosti prometa na cestama¹⁶ kao svako prijevozno sredstvo namijenjeno za kretanje po cesti, osim dječjih prijevoznih sredstava, prijevoznih sredstava na osobni ili motorni pogon za osobe s invaliditetom ili starije osobe, ako se pritom ne kreću brzinom većom od brzine čovječjeg hoda (čl. 2. stavak 1. točka 28. ZSPC-a). Prema tome, vozilo je i bicikl i zaprežno vozilo, a na takva se vozila ne mogu primijeniti posebne odredbe o ovrsi jer se takva vozila ne registriraju i o njima MUP ne vodi evidenciju. Sve do posljednje novele OZ-a iz 2014. godine ove posebne odredbe nosile su naslov „Prodaja motornih vozila“. Tada bismo gramatičkim tumačenjem čl. 161.-165. OZ-a došli do zaključka da se ove odredbe ne primjenjuju, primjerice, i na priključna vozila. U tom slučaju imali bismo situaciju da se kod ovrhe na tegljaču s poluprikolicom posebna pravila ovršnog postupka primjenjuju za tegljač (motorno vozilo), a posebna za poluprikolicu (priključno vozilo). Priključna se vozila, sukladno čl. 238. stavak 1. ZSPC-a, također moraju registrirati te se i o njima vode

¹³ Preuzeto s: <http://www.cvh.hr> (stanje na dan 7. 2. 2014. godine).

¹⁴ Dopis Službe za odnose s javnošću Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske od 4. 2. 2014. godine.

¹⁵ Člankom 83. Novele OZ-a 2014. u cijelom tekstu zakona riječi „motorno vozilo“ zamijenjene su riječima „vozilo“.

¹⁶ Zakon o sigurnosti prometa na cestama (*Narodne novine* 67/08, 48/10 – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 74/11, 80/13, 158/13 – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske i 92/14, u daljnjem tekstu: ZSPC).

evidencije, jednako kao i o motornim vozilima, pa nema razloga da se na njih ne primjenjuje isti režim. Od postupka registracije izuzete su samo lake prikolice, ali se i one označavaju registarskom oznakom, o čemu MUP vodi evidenciju (čl. 238. stavak 3. i 4. ZSPC-a). Slijedom navedenoga, posebna pravila o ovrsi trebala bi se primjenjivati samo na motorna i priključna vozila jer se samo takva vozila registriraju, odnosno označavaju i o njima MUP vodi evidencije, a ne i na ostala vozila koja su izvan tog režima. Nažalost, zakonodavac u svim dosadašnjim novelama OZ-a nije uspio terminološki uskladiti zakonske pojmove s posebnim odredbama ZSPC-a, što može stvoriti daljnje nedoumice u praksi.

4.1. Vlasništvo i registracija vozila

4.1.1. Prikupljanje podataka o vlasništvu vozila

Kako bi se u konkretnom slučaju moglo utvrditi raspolaže li ovršenik motornim ili priključnim vozilom kao potencijalnim predmetom ovrhe, ovrhovoditelj će morati uputiti zahtjev MUP-u, tj. nadležnoj policijskoj upravi. Njime će zatražiti izvadak iz evidencije registriranih i označenih vozila, iz kojega će biti vidljivo je li konkretna osoba upisana kao vlasnik takva vozila. U zahtjevu se mora navesti tražbina radi čijeg će se ostvarenja pokrenuti ovršni postupak te priložiti isprava na kojoj se ona temelji (čl. 18. stavak 7. OZ-a). U pravilu, to će biti ona isprava temeljem koje ovrhovoditelj namjerava pokrenuti ovršni postupak. Čl. 18. stavak 2. OZ-a propisuje koje je podatke o vozilu MUP dužan dostaviti ovrhovoditelju, s time što je ovdje izostavljen najvažniji podatak za identifikaciju, a to je VIN oznaka (*vehicle identification number*) ili broj šasije. Vozilo se mora u prijedlogu za ovrhu precizno odrediti kako ne bi bilo dvojbe što je predmet ovrhe. VIN oznaka identifikacijska je oznaka vozila propisana međunarodnom normom HRN ISO 3779:1998 s ciljem da se na svjetskoj razini utvrdi jedinstveni identifikacijski sustav za cestovna vozila. Registarska oznaka može biti korisna za identifikaciju vozila jer je lako uočljiva, ali svakako valja imati na umu da registarska oznaka može prelaziti s jednog vozila na drugo (na zakonit, ali i nezakonit način), što može dovesti do pogrešne identifikacije vozila. U izvacima iz evidencije o registriranim i označenim vozilima MUP će, pored podataka navedenih u čl. 18. stavku 2. OZ-a, navesti i VIN oznaku, pa je uputno za ovrhovoditelja u ovršnome prijedlogu prepisati sve podatke iz takva izvotka.

4.1.2. Značenje evidencije o registriranim i označenim vozilima

Ovdje odmah valja razjasniti da evidencija MUP-a nije registar vlasnika vozila, nego registar onih vozila koja mogu valjano sudjelovati u prometu.¹⁷ Pravo vlasništva na vozilima stječe se i prenosi u skladu s općim odredbama o stjecanju i prijenosu vlasništva na pokretninama. Osoba koja stekne pravo vlasništva na vozilu, ukoliko njime želi

¹⁷ Čuveljak, Jelena, *Prodaja motornih vozila u ovršnom postupku*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 12, Organizator, Zagreb, 2005, str. 677.

sudjelovati u prometu, mora pokrenuti upravni postupak u kojem će se vozilo registrirati na njezino ime (čl. 9. stavak 1. Pravilnika o registraciji i označavanju vozila).¹⁸ Kada je vozilo u suvlasništvu, ono se registrira samo na jednog suvlasnika, kojega svi ostali odrede u pisanoj izjavi (čl. 9. stavak 2. Pravilnika o registraciji). U tom upravnom postupku nadležno tijelo izvršit će registraciju samo ukoliko vlasnik, između ostaloga, priloži dokaz o vlasništvu (čl. 3. Pravilnika o registraciji). Potonje odredbe nedvojbeno dokazuju da vlasnik svoje pravo vlasništva mora steći prije pokretanja upravnog postupka registracije i u tom postupku mora priložiti ispravu kojom dokazuje to svoje pravo. Kako se postupak registracije pokreće isključivo na zahtjev stranke, vozilo može promijeniti i nekoliko vlasnika, a da i dalje ostane registrirano na onog prvog u slijedu.

Imajući ovo u vidu, opravdano se postavlja pitanje nije li značenje koje OZ pridaje izvratku iz evidencije o registriranim i označenim vozilima precijenjeno. Naime, čl. 161. OZ-a propisuje da se ovrha radi naplate novčane tražbine na vozilu provodi temeljem ovršne ili vjerodostojne isprave i izvratka iz evidencije o registriranim i označenim vozilima. Kako se ovršni postupak u pravilu pokreće na prijedlog ovrhovoditelja, to znači da ovrhovoditelj uz prijedlog za ovrhu mora priložiti predmetni izvadak kao isključivi dokaz da je predmet ovrhe u vlasništvu ovršenika. Ovakvo rješenje bilo bi opravdano kada bi upis u takvu evidenciju bio *modus* stjecanja prava vlasništva na vozilima. Međutim, kako to nije slučaj, radi se o nepotrebnom ograničavanju ovrhovoditelja prilikom dokazivanja pravno relevantnih činjenica. Kako u velikom broju slučajeva ova činjenica uopće neće biti sporna, postavlja se i pitanje opravdanosti njezina prethodnog dokazivanja.

Izvadak iz evidencije o registriranim vozilima u osnovi je javna isprava uz koju se vezuje oboriva presumpcija da je istinito ono što ona potvrđuje ili određuje. Podaci iz evidencije odgovaraju podacima iz važeće prometne dozvole, koja je također javna isprava, za koju je izrijekom propisano da, između ostaloga, dokazuje pravo vlasništva na vozilu (čl. 2. stavak 1. točka 89. ZSPC-a). Međutim, s obzirom na prethodno istaknuto pravno značenje javnih isprava, zainteresirana strana može osporavati njihovu dokaznu snagu kako u parničnom tako i u upravnom postupku (čl. 230. Zakona o parničnom postupku¹⁹ i čl. 60 stavak 2. Zakona o općem upravnom postupku²⁰). Stoga ostaje nejasnim iz kojeg bi razloga u ovršnom postupku jedna javna isprava imala apsolutno značenje, čak u toj mjeri da o njoj ovisi priznanje prava ovrhovoditelju na sudsku zaštitu. To više što se i u ovršnom postupku supsidijarno primjenjuju odredbe parničnog postupka (čl. 21. stavak 1. OZ-a).

Ovrhovoditelj, dakle, uz prijedlog za ovrhu ne može priložiti ni jednu drugu ispravu kojom dokazuje vlasništvo ovršenika na vozilu osim spomenutog izvratka. Čak ni sudska presuda

¹⁸ Pravilnik o registraciji i označavanju vozila (*Narodne novine* 151/08, 89/10, 104/10 i 83/13, u daljnjem tekstu: Pravilnik o registraciji).

¹⁹ Zakon o parničnom postupku (*Narodne novine* 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11 i 148/11 – pročišćeni tekst i 25/13, u daljnjem tekstu: ZPP).

²⁰ Zakon o općem upravnom postupku (*Narodne novine* 47/09, u daljnjem tekstu: ZOU).

ili solemnizirana izjava ovršenika kojom priznaje svoje vlasništvo prema sadašnjim propisima nisu vjerodostojno dokazno sredstvo kojim se ovrhovoditelj može poslužiti.

Ovakvo rješenje OZ-a, gledano iz perspektive ovrhovoditelja, ne samo što je nepravедno nego je i neustavno. Naime, ovrhovoditelju se faktično uskraćuje sudska zaštita njegova prava na naplatu tražbine iz razloga što ovršenik nije ispunio svoju obvezu da vozilo koje ima u vlasništvu registrira na svoje ime. Ova slučajna ili namjerna protupravna radnja ovršenika, prema trenutno važećem OZ-u, razlog je da sud odbaci prijedlog za ovrhu i time onemogući naplatu tražbine sudskim putem. Pravo na sudsku zaštitu jedno je od temeljnih ustavnih prava sadržano u čl. 29. Ustava Republike Hrvatske,²¹ koji propisuje da svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama. Nažalost, čini se da ovo pravo ovrhovoditelja koji svoju tražbinu želi naplatiti ovrhom na vozilu ovisi o dobroj volji ovršenika.

Navedeno rješenje dovodi u pitanje i ustavno načelo jednakosti pred zakonom (čl. 14. stavak 2. Ustava) jer ovrhovoditelj određenu pravno-relevantnu činjenicu može dokazivati samo jednom ispravom – izvatom, dok bi ovršenik u pravnom lijeku činjenicu da nije vlasnik mogao dokazivati svim dopuštenim dokaznim sredstvima. Isto tako, treća osoba koja bi povodom izlučnog prigovora tvrdila da je vlasnik vozila može tu činjenicu dokazivati bilo kojim dokaznim sredstvom.

4.1.3. Vlasništvo ovršenika kao pretpostavka za provedbu ovrhe

Propisivanjem izvotka kao obveznog priloga uz prijedlog za ovrhu zakonodavac je evidentno želio spriječiti provedbu ovrhe na tuđem predmetu smatrajući kako navedena isprava s dovoljnim stupnjem vjerojatnosti upućuje na činjenicu vlasništva ovršenika na predmetu ovrhe. Međutim, provedba ovrhe na tuđem predmetu može se spriječiti drugim instrumentima OZ-a, bez negativnih reperkusija koje su prethodno opisane. Prije svega ovršenik koji nije vlasnik vozila na kojemu je određena ovrha mogao bi uložiti žalbu, odnosno prigovor protiv rješenja o ovrsi.²² Iz čitavog niza odredaba OZ-a nedvojbeno

²¹ Ustav Republike Hrvatske (*Narodne novine* 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 i 5/14, u daljnjem tekstu: Ustav).

²² Drugačije Hrvatin, Branko, *Izlučni prigovor i tužba protiv ovrhe*, u: Kuznić, M.; Hercigonja, J. (ur.), *Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse*, Inženjerski biro, Zagreb, 2004, str. 76. Autor smatra da ovršenik ne može u žalbi isticati da na predmetu ovrhe postoji neko pravo treće osobe koje sprječava ovrhu jer bi se sadržajno radilo o prigovoru treće osobe, na koji pravo imaju samo treće osobe, a ne i stranke postupka. Nije sporno da je institut prigovora treće osobe rezerviran isključivo za osobe koje nisu stranke postupka. Međutim, svrha je ovog instituta spriječiti provedbu ovrhe na tuđem predmetu, što bi predstavljalo povredu materijalnog ovršnog prava. Nema razloga da ovaj institut isključuje pravo ovršenika na žalbu koja bi bila usmjerena na istu povredu materijalnog ovršnog prava zbog kojega treća osoba može podnijeti prigovor. Pored toga, u skladu je s načelom ekonomičnosti da sud već po žalbi ovršenika spriječi ovrhu na tuđem predmetu umjesto da provodi ovršne radnje čekajući prigovor treće osobe, koji se može staviti sve do dovršetka ovršnog postupka. Također, prilikom provedbe ovrhe na nekretninama i vozilima, OZ kao obavezan prilog prijedlogu za ovrhu propisuje odgovarajuće izvotke kao dokaze vlasništva ovršenika na predmetu ovrhe. Ukoliko takva dokaza nema, ovršni će se prijedlog odbaciti kao nepotpun. Sud, dakle, i u početnoj fazi postupka ima ovlasti spriječiti ovrhu na tuđem predmetu ukoliko ovrhovoditelj ne priloži

proizlazi da se ovrha može provesti samo na predmetima koji ulaze u imovinu ovršenika. Tako je članom 18. OZ-a propisana obveza dostave podataka o stvarima i pravima koji čine imovinu dužnika. Kada je riječ o vozilima, propisano je da MUP mora dostaviti podatke o tome je li određena osoba upisana kao vlasnik vozila. Konačno, i institut prigovora treće osobe iz čl. 59. OZ-a ima svrhu spriječiti provedbu ovrhe na predmetu koji ne pripada ovršeniku.

Ukoliko bi sud, dakle, odredio ovrhu na predmetu koji ne pripada ovršeniku, učinio bi povredu materijalnog ovršnog prava jer bi ovrha bila određena na predmetu na kojemu se po zakonu ne može odrediti (čl. 4. stavak 2. OZ-a). Istovremeno, radilo bi se i o pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju jer je pitanje prava vlasništva pravno relevantna činjenica. Analizirajući razloge za žalbu protiv rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave propisane čl. 50. OZ-a, mogli bismo zaključiti da je navedena povreda materijalnog prava obuhvaćena žalbenim razlogom opisanim u stavku 1. točki 6. tog članka, koji se odnosi na određivanje ovrhe na predmetu koji je izuzet od ovrhe. Gramatičko tumačenje OZ-a navelo bi nas na zaključak da se pravila o izuzeću od ovrhe odnose prvenstveno na predmete koji su u vlasništvu ovršenika pa su kao takvi izuzeti od ovrhe, a ne i na predmete u vlasništvu trećih osoba. Primjerice, čl. 75., 76. i 135. OZ-a propisuju pravila kojima se određeni dijelovi imovine ovršenika izuzimaju od ovrhe. Međutim, čl. 4. stavak 2. OZ-a sadrži opće pravilo da predmetom ovrhe mogu biti samo one stvari i prava na kojima se po zakonu može provesti ovrha. Kako se ovrha po zakonu ne može provesti na tuđim stvarima, znači da takve stvari ne mogu biti predmetom ovrhe, odnosno da su i takve stvari izuzete od ovrhe.

Određivanje ovrhe na predmetu koji nije u vlasništvu ovršenika može se, dakle, podvesti pod žalbeni razlog naveden u čl. 50. stavak 1. točka 6. OZ-a. Pritom treba naglasiti kako čl. 50. OZ-a ne propisuje taksativno navedene isključive razloge za žalbu, nego bi ovršenik mogao uložiti žalbu i zbog svih ostalih razloga zbog kojih je može izjaviti u parničnom postupku.²³ Dakle, i zbog pogrešne primjene bilo koje materijalnopravne odredbe OZ-a te zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja.

Drugo pitanje koje se postavlja prilikom ocjene dopuštenosti žalbe ovršenika jest pitanje pravnog interesa. Na prvi pogled, ovršenik nema nikakav pravni interes osporavati rješenje o ovrsi koje se provodi na tuđoj imovini, iako je on formalno stranka u postupku. Ipak, sud bi pasivnost ovršenika mogao protumačiti kao opstrukciju postupka te mu temeljem čl. 16. stavka 6. OZ-a izricati novčane kazne ili kaznu zatvora. Stoga ovršeniku treba priznati pravni interes za osporavanje rješenja o ovrsi koje je doneseno na tuđem predmetu jer on realno ne može izvršavati naloge koje mu sud određuje (npr. nalog iz čl.

odgovarajuće dokaze o vlasništvu ovršenika, pa mu to pravo treba priznati i nakon donošenja rješenja o ovrsi povodom žalbe ovršenika. S obzirom na to da žalba u ovršnom postupku u pravilu nema suspenzivni učinak, ona ne bi trebala utjecati na odugovlačenje postupka.

²³ Dika, Mihajlo, *Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Opće građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007, str. 316.

162. stavak 1. OZ-a, kojim se poziva na dobrovoljnu predaju vozila) i nije dužan trpjeti ovršne radnje za koje unaprijed zna da su neprovedive (npr. pljenidbu pokretnina).

Kada ovršenik izjavi žalbu osporavajući svoje pravo vlasništva na predmetu ovrhe, ovršni sud može se naći u teško rješivoj situaciji. S jedne strane, u ovršnom se postupku u pravilu ne utvrđuju sporne činjenice. S druge strane, sud nema ovlasti iz čl. 52. OZ-a uputiti ovršenika na parnicu jer su tim člankom taksativno propisani žalbeni razlozi uslijed kojih bi sud imao takve mogućnosti. Dakle, o žalbi bi morao odlučiti prvostupanjski sud koristeći svoje remonstrativne ovlasti ili drugostupanjski sud kojemu je sud prvog stupnja prosljedio žalbu. Odluku neće biti teško donijeti ukoliko ovršenik osnovanost žalbe dokaže pravomoćnom presudom ili drugom javnom ispravom ili javno ovjerovljenom privatnom ispravom ili se žalba temelji na općepoznatim činjenicama ili se činjenice mogu utvrditi primjenom pravila o zakonskim predmnijevama. Tada bi na odgovarajući način trebalo primijeniti odredbu čl. 52. i čl. 60. OZ-a, odnosno sud bi o žalbi mogao odlučiti u ovršnom postupku.

Međutim, kada takve pretpostavke nisu ispunjene, dokazivanje prava vlasništva na vozilu može biti vrlo problematično. Prethodno je rečeno kako pravo vlasništva na vozilu nije registarsko pravo koje se stječe upisom u određeni upisnik. Razloga tome je mnogo. Naime, vozila su kao pokretne stvari uključena u intenzivnu trgovačku razmjenu na dnevnoj bazi. U svjetskoj trgovini razvijene su distributerske mreže s određenim ustaljenim oblicima trgovačkih odnosa koji ne poznaju formalne pretpostavke za stjecanje vlasništva, kao što bi bio upis tog prava u upisnik. Propisivanjem režima kao što vrijedi za, primjerice, nekretnine stvorio bi se čitav niz problema koji bi usporili, ako ne i potpuno paralizirali trgovinu vozilima. Tako kupac ne bi mogao postati vlasnikom vozila sve do upisa u upisnik. Kako se ova vrsta pravnih poslova sklapa poprilično često, takvom bi upisniku dnevno stizalo na desetke novih prijedloga za upis, što bi s vremenom dovelo do gomilanja predmeta. U nezgodnom položaju našli bi se zastupnici proizvođača vozila koji bi kupili i platili određenu količinu vozila od inozemnog partnera, ali prema domaćem pravu ne bi stekli pravo vlasništva sve do upisa u takav upisnik. Time bi nastala pravna nesigurnost u pogledu polaganja prava na još neupisanim vozilima, ali i dodatni troškovi za subjekte koji u sklopu svoje djelatnosti prodaju vozila.

Pored toga što pravo vlasništva na vozilu nije registarsko pravo, prema općim pravilima obveznog prava, za ugovor o kupoprodaji vozila nije propisan poseban oblik. To znači da se takvi ugovori mogu sklapati i neformalno, usmenom pogodbom. Dakle, sasvim legitimno sredstvo kojim se dokazuje postojanje takva ugovora mogli bi biti svjedoci, isprave kojima se dokazuje isplata cijene i sl. Sve ovo nadilazi mogućnosti ovršnog suda prilikom utvrđivanja činjenica i jedino se može raspraviti u okvirima parničnog postupka. Stoga u slučaju spora o pravu vlasništva koji ovršni sud ne može razriješiti kvalificiranim dokaznim sredstvima u nedostatku izričite odredbe jedini je način na odgovarajući način primijeniti pravila o upućivanju ovršenika na parnicu.

U takvu parničnom postupku sudovi bi trebali imati u vidu da stjecatelj vozila u postupku registracije mora priložiti dokaz o vlasništvu. To može biti račun prodavatelja, kupoprodajni ugovor i dr. Dakle, logično je pretpostaviti da svatko onaj tko je kupio vozilo s namjerom da ga koristi u prometu mora imati određeni materijalni dokaz takva pravnog posla. U suprotnome, iskaze svjedoka ili stranaka ne treba smatrati vjerodostojnima. S druge strane, kada bi netko kupio vozilo bez namjere registracije, primjerice da ga koristi kao izložbeni primjerak ili radi dijelova, tada bi se iskazi o dokazivanju neformalnog ugovora mogli uzeti u obzir.

Nema dvojbe da bi se problem dokazivanja ovih pravnih poslova u velikoj većini slučajeva riješio propisivanjem obaveznog pisanog oblika ugovora, uz ovjeru potpisa prodavatelja. Takvo rješenje mogli bismo pravdati činjenicom da se kupljeno vozilo u pravilu registrira i upisuje u određeni registar, što zahtijeva veću vjerodostojnost isprave temeljem koje se vrši takav upis. Ovakav režim propisan je u zemljišnoknjižnom pravu, a slično je i u registarskom pravu trgovačkih društava. Međutim, zbog načina na koji se tradicionalno odvija trgovina vozilima praktičnije je zadržati postojeće rješenje, prema kojemu se vozila mogu prodavati neformalnim poslovima, uz obavezan dokaz takva posla u upravnom postupku registracije. Na sudovima ostaje da u svakom pojedinom slučaju, uzevši u obzir cjelokupne okolnosti, utvrde postojanje takvih pravnih poslova.

4.1.4. Prigovor treće osobe

Pravni interes osporavanja ovrhe koja se provodi na tuđoj stvari svakako treba priznati i trećoj osobi koja polaže pravo na predmetu na kojemu se provodi ovrha. OZ je ovaj problem riješio putem prigovora treće osobe, gdje se takvoj osobi omogućuje putem prigovora tražiti da se ovrha proglasi nedopuštenom. Ovakav prigovor može se podnijeti sve do dovršetka ovršnog postupka, međutim, njegovo podnošenje ne sprječava provedbu ovrhe i namirenje ovrhovoditeljeve tražbine. Treća osoba mogla bi, međutim, zatražiti odgodu ovrhe, ali mora učiniti vjerojatnim postojanje svog prava te da bi provedbom ovrhe pretrpjela nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu. Također, sud može donijeti odluku o odgodi ovrhe samo ukoliko treća osoba u roku pokrene parnicu na koju je upućena (čl. 67. stavak 1. OZ-a). Povodom prigovora treće osobe sud će pozvati ovrhovoditelja i ovršenika na očitovanje o prigovoru te im u tu svrhu ostaviti rok od osam dana. Ako se ovrhovoditelj u propisanom roku ne očituje o prigovoru ili ako se jedna stranka usprotivi prigovoru, sud će podnositelja prigovora rješenjem uputiti da protiv stranaka u roku od petnaest dana pokrene parnicu radi proglašenja ovrhe nedopuštenom. Iznimno, ukoliko podnositelj prigovora dokaže njegovu osnovanost pravomoćnom presudom ili drugom javnom ispravom ili javno ovjerenom privatnom ispravom, odnosno ukoliko su činjenice na kojima se temelji prigovor općepoznate ili se mogu utvrditi na temelju pravila o zakonskim predmnijevama, sud će o prigovoru odlučiti u ovršnom postupku (čl. 60. stavak 2. OZ-a). Ukoliko bi treća osoba pokrenula parnicu bez prethodnog upućivanja ovršnog suda, sud bi takvu tužbu trebao odbaciti kao

nedopuštenu jer je dužnost treće osobe da svoje pravo pokuša prvo ostvariti u ovršnom postupku.²⁴

4.1.5. Usporedba s režimom koji vrijedi za nekretnine

U skladu s prethodno navedenim, možemo konstatirati kako je kod ovrhe na vozilima pogrešno primijenjena tehnika ovrhe na nekretninama, gdje se zahtijeva da ovrhovoditelj uz prijedlog za ovrhu priloži i izvadak iz zemljišnih knjiga kao dokaz da je nekretnina u vlasništvu ovršenika. Upis prava vlasništva u zemljišnim knjigama ima posve drugačije pravne učinke od registracije vozila na ime vlasnika. Tako, primjerice, osoba koja temeljem pravnog posla kupi nekretninu još nije stekla pravo vlasništva sve dok se ne upiše u zemljišne knjige. Osim toga, za zemljišne knjige primjenjuje se načelo istinitosti, potpunosti i javnosti. To znači da se smatra da zemljišna knjiga, kao javna knjiga u koju svatko može izvršiti uvid, istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje nekretnine, pa tko je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u zemljišne knjige, uživa zakonom propisanu zaštitu (čl. 7. i čl. 8. Zakona o zemljišnim knjigama²⁵). Kod vozila je drugačije jer se vlasništvo po osnovi pravnog posla stječe sklapanjem tog posla i predajom u posjed. Evidencije MUP-a o registriranim vozilima niti su javne niti za njih vrijedi načelo istinitosti i potpunosti vezano za činjenicu prava vlasništva. Ovakav pogrešan pristup određivanja ovrhe na vozilima dovodi do toga da su faktično od ovrhe izuzeta sva ona vozila koja nisu registrirana na ime ovršenika, neovisno o tome što su u njegovu vlasništvu. Osim toga, kod ovrhe na nekretninama čl. 82. stavak 2. OZ-a propisuje da se prijedlogu za ovrhu može udovoljiti i onda kada ovršenik nije upisan kao vlasnik u zemljišnim knjigama ukoliko ovrhovoditelj podnese ispravu koja je podobna za upis ovršenikova prava. Ova odredba nije primjenjiva kod ovrhe na vozilima zbog izričite dikcije čl. 161. OZ-a da se ovrha određuje na temelju ovršne ili vjerodostojne isprave i izvatka iz evidencije o registriranim i označenim vozilima.

Dakle, ovrhu na vozilu ne treba uvjetovati izvatkom iz evidencije MUP-a kao isključivom dokazu o vlasništvu vozila, nego se i ovdje trebaju primijeniti opća pravila o presumiranom vlasništvu na pokretninama koje su u posjedu ovršenika. Pritom su pravni lijekovi i prigovor treće osobe dovoljni zaštitni mehanizmi koji sprječavaju da se ovrha provede na predmetu koji nije u vlasništvu ovršenika.

²⁴ Gović, Iris, *Prigovor treće osobe (izlučni prigovor) protiv ovrhe na pokretninama*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, 5/1998, str. 571.

²⁵ Zakon o zemljišnim knjigama (*Narodne novine* 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13 i 60/13).

4.2. Izuzeća od ovrhe i ograničenja ovrhe na vozilima

Činjenica da je ovršenik vlasnik vozila koje je i registrirano na njegovo ime sama po sebi još nije dovoljno jamstvo da se ovrha na takvu vozilu može provesti. U određenim slučajevima ovrha na vozilima bit će ograničena ili će vozila biti izuzeta od ovrhe. Opće je pravilo da predmetom ovrhe ne mogu biti stvari izvan prometa, kao ni one stvari za koje je to određeno posebnim zakonom. Također, od ovrhe su izuzeti objekti, oružje i oprema namijenjeni obrani te oprema i objekti namijenjeni radu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravosudnih tijela. Ove odredbe služe zaštiti važnih državnih i društvenih interesa te se samo iznimno mogu primijeniti kod ovrhe na vozilima (npr. izuzeće od ovrhe radnih strojeva koji se kao oružje koriste za potrebe oružanih snaga).

Znatno širu primjenu imaju odredbe čl. 5. stavak 2. OZ-a, prema kojima će sud na prijedlog ovršenika ovrhu ograničiti samo na neka od vozila koja su obuhvaćena ovršnim prijedlogom ukoliko se ispostavi da su dovoljna za ostvarenje tražbine ovrhovoditelja. Kod ove procjene sud bi trebao uzeti u obzir činjenicu da se u ovrsi vozilo može prodati za polovicu procijenjene vrijednosti pa ovrhu treba ograničiti samo ukoliko bi i takav iznos pokrio tražbinu ovrhovoditelja. Pritom uvijek postoji vjerojatnost da će ovrhovoditelj biti oštećen jer se kod ograničenja ovrhe teško može predvidjeti koja će se vozila prije prodati. S druge strane, treba zaštititi i interese ovršenika kako mu zbog relativno malih tražbina ne bi bila blokirana cjelokupna imovina. Ova dva suprotstavljena interesa sud će morati prosuđivati od slučaja do slučaja, vodeći pritom računa o načelima i svrsi ovršnog postupka.

OZ u čl. 75. i 76. sadrži opća pravila o zaštiti ovršenika, koja sama po sebi ograničavaju mogućnost provedbe ovrhe. Pritom se ovršenici dijele u tri kategorije: fizičke osobe koje ne obavljaju registriranu djelatnost, fizičke osobe koje obavljaju registriranu djelatnost i pravne osobe. Ove opće odredbe ipak neće doći do primjene kada se ovrha provodi na vozilima jer će tada vrijediti posebna pravila o izuzimanju ili ograničenju ovrhe (čl. 75. stavak 4. i čl. 76. stavak 2. OZ-a).

Jedno od takvih posebnih pravila propisuje da su od ovrhe izuzeti poljoprivredni strojevi koji su ovršeniku poljodjelcu nužni za održavanje poljoprivrednog gospodarstva u mjeri u kojoj je to nužno za njegovo uzdržavanje i za uzdržavanje članova njegova obiteljskog kućanstva (čl. 135. stavak 1. točka 3. OZ-a). Važna stavka ove odredbe jest da strojevi moraju biti nužni za ostvarenje propisanih ciljeva, što znači da svi ostali poljoprivredni strojevi mogu biti predmetom ovrhe. Pod pojam poljoprivrednog stroja mogli bi se ubrojiti pojedini radni strojevi, što su također motorna vozila.

Kada se ovrha provodi protiv obrtnika ili trgovca pojedinca, od ovrhe su izuzeti strojevi koji su ovršeniku nužni za obavljanje njegove djelatnosti (čl. 135. stavak 1. točka 4. OZ-a). Ovdje se opet mogu pojaviti radni strojevi pa se postavlja pitanje u kojoj su mjeri takva vozila izuzeta od ovrhe. Odgovor valja potražiti u čl. 242. OZ-a, koji propisuje ograničenja ovrhe na imovini pravnih osoba koje djelatnost obavljaju radi stjecanja dobiti, a koji se na

odgovarajući način promjenjuje i na ovrhu protiv fizičkih osoba koje obavljaju registriranu djelatnost (čl. 75. stavak 3. OZ-a). Ovdje je također propisano da se ovrha neće moći provesti na onim pokretninama nužnim za obavljanje djelatnosti ovršenika.

Međutim, takvim pokretninama neće se smatrati one koje služe obavljanju djelatnosti koju druge osobe pružaju odgovarajućim pokretninama na tržištu ili one koje se mogu iznajmiti na tržištu. Dakle, radni strojevi koje bi ovršenik obrtnik ili trgovac pojedinac mogao unajmiti na tržištu mogli bi biti predmetom ovrhe. Prema istom pravilu, ovrha bi se mogla odrediti i na „službenim“ osobnim automobilima ovršenika pravne osobe jer djelatnost prijevoza pruža taksi-služba, a takva se vozila mogu i unajmiti na tržištu.²⁶

Svakako su najinteresantnije odredbe o ograničenju ovrhe protiv pravnih osoba i fizičkih osoba koje obavljaju registriranu djelatnost kada se radi o prijevoznčkoj djelatnosti i djelatnosti iznajmljivanja vozila. Takve osobe u pravilu će imati u vlasništvu veći broj motornih vozila pa OZ propisuje posebna pravila o opsegu unutar kojega se ovrha može provesti.

Ovrha na takvim vozilima neće se ograničiti ako se zbog ovrhe djelatnost ovršenika ne smanji za više od dvije trećine (čl. 242. stavak 4. OZ-a). Prilikom utvrđivanja ovih okolnosti sud ne bi smio ograničiti ovrhu samo zato što bi prijedlogom bilo zahvaćeno više od dvije trećine voznog parka ovršenika, nego ovršenik mora dokazati da bi mu se provedbom ovrhe djelatnost smanjila za više od dvije trećine. Pritom se misli isključivo na prijevoznčku djelatnost i djelatnost iznajmljivanja vozila, a ne na eventualne druge djelatnosti koje ovršenik obavlja. Isto tako, ovo smanjenje djelatnosti ne mora nužno značiti i smanjenje prihoda jer ovršenik može većinu prihoda ostvarivati samo s nekoliko vozila, a djelatnost obavljati s mnogo više vozila. Kriterij bi, dakle, trebao biti da ovršenik ne može više od dvije trećine vozila koristiti u poslovne svrhe prijevoza ili iznajmljivanja vozila, s time da se mora raditi o vozilima koje on inače koristi u navedene svrhe. Sva vozila ovršenika koja nisu u funkciji, jer npr. nisu registrirana ili su u kvaru, nisu relevantna za ocjenu ovih okolnosti.

Zakon o obrtu²⁷ sadrži posebne odredbe o ograničenju ovrhe u odnosu na obrtnike, čime je nastavljena loša praksa da se odredbe o ovrsi, umjesto u OZ-u, nalaze u nekoliko zakona. Kada su u pitanju vozila, čl. 36. stavak 2. tog Zakona propisuje da se ovrha radi ostvarenja novčane tražbine protiv obrtnika ne može provesti na onim stvarima i pravima na kojima se protiv njega ne bi mogla provesti kada ne bi obavljao gospodarsku djelatnost te na onima koja su nužna za obavljanje takve djelatnosti ako mu je ona glavni izvor sredstava za život. S obzirom na to da Zakon o obrtu ne propisuje daljnju razradu ovih odredaba, do primjene dolaze prethodno opisane posebne odredbe OZ-a o ovrsi protiv fizičkih osoba koje obavljaju registriranu djelatnost.

²⁶ Dika, M., *op. cit.* (bilj. br. 24), str. 492.

²⁷ Zakon o obrtu (*Narodne novine* 143/13).

Važno je napomenuti da se prethodno izložene odredbe o izuzimanju i ograničenju ovrhe neće primijeniti ukoliko je ovrhovoditelj na temelju pravnog posla s ovršenikom stekao na vozilu založno ili slično pravo radi osiguranja tražbine čije prisilno ostvarenje traži na tom vozilu. Isto tako, ovršenik se ne može pozivati na izuzeće i ograničenje ovrhe kada je vozilo stekao od ovrhovoditelja koji pokretanjem postupka traži ostvarenje svoje tražbine nastale u vezi s tim stjecanjem (čl. 77. stavak 1. i 2. OZ-a).

5. PROVEDBA OVRHE NA VOZILU

Opće je pravilo da se ovrha na pokretninama provodi zapljenom, procjenom, oduzimanjem, otpremanjem, povjeravanjem na čuvanje sudu, ovrhovoditelju ili trećoj osobi, njihovom prodajom te namirenjem ovrhovoditelja iz iznosa dobivenog prodajom. Redoslijed i način poduzimanja ovih radnja detaljno je propisan OZ-om. Kada se ovrha provodi na vozilima, poduzet će se i određene dodatne provedbene radnje, odnosno neke od ovih općih radnja poduzet će se na drugačiji način. Za ovrhovoditelja je važno u prijedlogu za ovrhu navesti ovršne radnje onako kako su naznačene u zakonskom tekstu. Tako je u jednome predmetu prijedlog za ovrhu pravomoćno odbačen jer je ovrhovoditelj umjesto oduzimanja pokretnina predložio njihovu transferaciju. Sud nije uvažio argument da izraz transferacija pokretnina u sebi sadržava radnju oduzimanja i otpremanja, nego da se radnje moraju naznačiti onako kako je propisano OZ-om.²⁸

U nastavku posebno će biti obrađena upravo ova specifična pravila OZ-a koja propisuju provedbene radnje ovrhe na vozilima.

5.1. Određivanje ovrhe na vozilu

Ovrha na vozilu može se predložiti temeljem ovršne ili vjerodostojne isprave. U prvome slučaju ovrhu će odrediti sud, a u potonjem javni bilježnik. Sudjelovanje javnih bilježnika u ovrsi svakako je pozitivna inovacija u odnosu na sustav isključive sudske nadležnosti, međutim, kada je riječ o ovrsi na vozilima, prednosti javnobilježničke ovrhe ne dolaze do izražaja. Osnovni je razlog u tome što javni bilježnik ne može izvršiti ni jednu radnju provedbe ovrhe, nego se pravomoćno i ovršno rješenje o ovrsi javnog bilježnika kojim je ovrha određena na vozilu mora provesti na sudu. Javni bilježnik ne bi mogao u rješenju o ovrsi ni odrediti zabilježbu ovrhe jer se također radi o provedbenoj radnji koju može odrediti samo sud.²⁹ Ovakvo zakonsko rješenje trpi ozbiljne prigovore jer je najveća prednost javnobilježničke ovrhe u tome što se rasterećuju sudovi i ubrzava postupak. Ukoliko javni bilježnik s jedne strane može donijeti rješenje o ovrsi općenito na imovini

²⁸ GŽovr-3410/08 od 17. 2. 2009. godine, u: Mijoč, Mirela; Marković, Sandra, *Zakonodavni okvir sudske provedbe ovršnih postupaka na pokretninama – uz praksu redovitih sudova i Ustavnog suda Republike Hrvatske*, Informator 6119/12, str. 3.

²⁹ Mihelčić, Gabrijela, *Novine u ovrsi na pokretninama nakon stupanja na snagu Novele Ovršnog zakona iz 2008.*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 15, Organizator, Zagreb 2008., str. 774.

ovršenika, koje po pravomoćnosti ima takav učinak da ovrhovoditelju omogućuje izravnu naplatu, bez posredovanja suda, postavlja se pitanje zašto javni bilježnik ne bi mogao odrediti zabilježbu ovrhe na vozilu. Naime, trenutak upisa zabilježbe ključan je za ovrhovoditelja jer on tada stječe založno pravo i mjesto u prvenstvenome redu. Stoga nije pretjerano zaključiti da se vjerojatnost naplate za ovrhovoditelja smanjuje svakim danom koji protekne od predaje prijedloga za ovrhu pa do upisa zabilježbe. Ne treba zaboraviti da ovrhovoditelj može na provedbu sudu dostaviti tek pravomoćno rješenje o ovrsi javnog bilježnika. To pak znači da je ovršenik upoznat s provedbom ovrhe jer mu je rješenje prethodno dostavljeno pa bi mogao i otuđiti vozilo prije nego što ovrhovoditelj stekne založno pravo. Stoga bi za učinkovitost javnobilježničke ovrhe na vozilima bilo ključno da zabilježbu odredi već javni bilježnik. Što se tiče dostave takva rješenja na upis zabilježbe nakon njegove pravomoćnosti, radi se o obvezi koja se može prepustiti javnom bilježniku, ali i ovrhovoditelju, jer je njemu u interesu da tu radnju obavi u što skorijem roku. Prema trenutačnom rješenju OZ-a, javni bilježnik može donijeti rješenje u kojemu će se samo navesti da se primjerak tog rješenja, temeljem čl. 161. stavak 2. OZ-a, dostavlja policijskoj upravi kod koje se vodi evidencija o registriranim i označenim vozilima radi provedbe zabilježbe. Takvo rješenje policijskoj upravi može dostaviti isključivo sud s nalogom upisa zabilježbe.

5.2. Stjecanje založnog prava i ostali učinci zabilježbe ovrhe

Kao što je prethodno navedeno, prva provedbena radnja suda bit će dostaviti rješenje o ovrsi nadležnoj policijskoj upravi radi upisa zabilježbe ovrhe kojom ovrhovoditelj stječe založno pravo. Prednosni red založnog prava računa se od dana dostave rješenja o ovrsi policijskoj upravi. Isto tako, primjerak rješenja o ovrsi bit će dostavljen Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima³⁰ radi provedbe odgovarajućeg upisa. Upisnik je javna knjiga koju vodi Služba upisa u sklopu FINA-e i u koju se upisuju prava i mjere koje se ne upisuju u druge javne knjige. Neka od tih prava bit će i založno pravo na pokretnini, koje se, u skladu sa zakonom, stječe ovrhom i osiguranjem, te prijenosi prava vlasništva na pokretnini ili prijenosi kojeg drugog prava radi osiguranja u skladu s posebnim zakonom. Čl. 16. stavak 1. Zakona o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima³¹ propisuje da se založno pravo koje se upisuje u Upisnik, a koje je stečeno ovrhom ili osiguranjem bez pristanka ovršenika, odnosno protivnika osiguranja, stječe na način i u vrijeme utvrđeno OZ-om. Kada su u pitanju vozila, to će, dakle, biti zabilježbom u evidencijama MUP-a s danom dostave rješenja o ovrsi policijskoj upravi. S druge strane, čl. 17. stavak 1. Zakona o upisniku propisuje da se sudsko i javnobilježničko založno pravo na temelju sporazuma stranaka stječe upisom u Upisnik. Takvo pravo stječe se glavnim upisima u vrijeme kada je prijedlog za upis zaprimljen u Službi upisa. Dakle, u Upisnik se

³⁰ Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima (u daljnjem tekstu: Upisnik).

³¹ Zakon o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima (*Narodne novine* 121/05, u daljnjem tekstu: Zakon o Upisniku).

s konstitutivnim učinkom upisuju založna prava na vozilima na temelju sporazuma stranaka te fiducijarno osiguranje, dok upis založnog prava stečenog prisilnim putem ima samo deklaratorni učinak. Poseban značaj Upisnika kao javne knjige pronalazimo u čl. 21. stavku 4. Zakona o Upisniku, koji propisuje da se od dana upisa treći ne mogu pozivati na to da nisu znali za postojanje upisa. Ova odredba ima važne implikacije u odštetnim parnicama, pa i u parnicama kojima se osporava valjanost pravnih poslova, gdje se stranke ne bi mogle pozivati da im nisu bile poznate činjenice koje su upisuju u Upisnik, npr. postojanje tereta.

Razlog opisanog dvostrukog režima stjecanja založnih prava na vozilima treba potražiti u čl. 161. stavak 6. OZ-a, koji propisuje da nakon zabilježbe ovrhe nije dopušten upis promjene prava vlasništva na vozilu ni upis tereta na temelju raspoložbi ovršenika, bez obzira na vrijeme kada su raspoložbe poduzete. Raspoložbe učinjene protivno ovoj zabrani nemaju pravnog učinka. Zbog neprecizne zakonske terminologije ova odredba zahtijeva posebno tumačenje.

Iz same formulacije čl. 161. stavak 6. OZ-a odmah možemo uočiti da je u ovom slučaju ponovno prepisana tehnika ovrhe na nekretninama, kao da upis vlasništva u zemljišnu knjigu i evidenciju MUP-a imaju isti učinak. Vlasništvo nekretnina se na temelju pravnog posla stječe upisom u zemljišne knjige. Kako OZ u čl. 84. stavak 3. propisuje da upisom zabilježbe ovrhe na nekretnini nije dopušten upis promjene prava vlasništva niti kojeg drugog stvarnog prava utemeljenog na raspoložbi ovršenika, time je onemogućeno da ovršenik nakon tog trenutka proda nekretninu koja je predmet ovrhe. Takav ugovor ne bi imao pravnog učinka i stjecatelj ne bi mogao postati vlasnikom nekretnine, pa eventualni prigovori da nekretnina nije u vlasništvu ovršenika ne bi bili osnovani. S druge strane, vlasništvo na vozilima stječe se na temelju pravnog posla predajom vozila u samostalan posjed na temelju valjano očitovane volje dotadašnjeg vlasnika usmjerene na to da njegovo vlasništvo prijeđe na stjecatelja (čl. 116. stavak 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima).³²

Kada OZ propisuje da nakon zabilježbe ovrhe nije dopušten upis promjene prava vlasništva na vozilu, doslovnim tumačenjem došli bismo do zaključka da se ovom odredbom zabranjuje registracija vozila na ime kupca, a ne i stjecanje prava vlasništva od strane kupca. Drugim riječima, kupac bi postao vlasnikom vozila, ali ga ne bi mogao registrirati. Dakako, ovakva zabrana ne bi imala nikakva smisla. Još bi apsurdnije bilo to da bi tada ovršenik mogao prodati vozilo, ali ne bi mogao zasnovati terete na njemu, jer se takvi tereti stječu upisom u Upisnik, što također nije dopušteno nakon zabilježbe ovrhe. Stoga je jedino smisljeno tumačenje ovih odredaba analogna primjena propisa koji vrijede za ovrhu na nekretninama.

³² Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (*Narodne novine* 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09 i 143/12, u daljnjem tekstu: ZV).

To znači da nakon upisa zabilježbe ovrhe nije dopušten prijenos prava vlasništva na vozilu temeljem dobrovoljne raspoložbe ovršenika te bi eventualni takvi pravni poslovi bili ništetni.³³ Kako se na ovrhu na pokretninama na odgovarajući način primjenjuje ovrha na nekretninama ukoliko tijekom ovršnog postupka dođe do promjene vlasnika vozila na neki drugi način (npr. univerzalnom sukcesijom), postupak bi se mogao nastaviti protiv novog vlasnika kao ovršenika (čl. 168., vezano za čl. 84. stavak 4. OZ-a).

Ovršenici će nerijetko pokušati prolongirati ili sabotirati postupak, pa i naknadnim sklapanjem kupoprodajnih ugovora, temeljem kojih će tvrditi da vozilo više nije u njihovu vlasništvu. Na ruku im svakako ide i činjenica da im je za takav pravni posao dovoljan i neformalni ugovor. Stoga je *ratio* ovih odredaba osigurati efikasnost u provedbi ovrhe, odnosno oduzeti ovršenicama mogućnost da zloupotrebom svojih prava blokiraju ovršni postupak. Tako je u jednome predmetu treća osoba podnijela prigovor nedopuštenosti ovrhe tvrdeći kako je stekla vlasništvo na motornom vozilu temeljem kupoprodajnog ugovora s ovršenikom. Nakon upućivanja u parnicu sud je pravomoćno odbio tužbeni zahtjev da se ovrha proglasi nedopuštenom, uz obrazloženje da se radi o prividnom ugovoru, jer stranke nisu izrazile volju da se vlasništvo automobila prenese na tužitelja.³⁴

Kako se vozila koja su pod ovrhom ne mogu dalje prodavati trećim osobama niti se na njima mogu zasnivati tereti, logično je da se u odnosu na takva vozila ne može izvršiti ni promjena registracije. Dakle, propisivanjem da se založno pravo stječe zabilježbom u evidencijama MUP-a zakonodavac je želio onemogućiti da se nakon toga izvrši promjena registracije jer će djelatnicima MUP-a prilikom pokušaja promjene registracije biti vidljivo da se nad vozilom provodi ovrha. Međutim, nedostatak je ovog rješenja u tome što kupac vozila koje je pod ovrhom ne može na vrijeme saznati ovu važnu okolnost koja utječe na valjanost ugovora o kupoprodaji.

Naime, evidencije MUP-a u koje se upisuje založno pravo stečeno ovrhom nemaju svojstvo i značenje javne knjige kao što ga ima Upisnik. Ova evidencija vodi se, sukladno čl. 20. stavak 1. Pravilnika o registraciji, na Informacijskom sustavu MUP-a, u koji zainteresirane osobe nemaju mogućnosti uvida kao u ostale javne knjige. Iz tog razloga nerijetko se događa da kupac sazna da se nad vozilom provodi ovrha tek kada bezuspješno pokuša izvršiti registraciju na svoje ime. Činjenica da se rješenje o ovrsi dostavlja i Upisniku ne pridonosi znatno pravnoj sigurnosti jer se u slučaju neslaganja podataka kao mjerodavno uzima stanje zabilježeno u evidencijama MUP-a. U Upisniku će biti zabilježeno da je založno pravo stečeno prisilnim putem, tj. ovrhom, te kada je poduzeta radnja kojim je stečeno (čl. 16. stavak 3. Zakona o Upisniku). Da bi se to moglo evidentirati, sud će prije dostave rješenja o ovrsi Upisniku morati pričekati povratnicu od pismena kojim je dostavio rješenje o ovrsi policijskoj upravi. Inače nije jasno na koji bi se način u Upisnik

³³ Stuhne, Zinajda, *Ovršni zakon s komentarom*, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2006, str. 298.

³⁴ VSRH, Rev-1947/1999-2 od 8. 1. 2003. godine, preuzeto s: <http://www.vsrh.hr> (stanje na dan 20. 1. 2014. godine).

upisao podatak kada je stečeno založno pravo na vozilu. Sve će to opet trajati neko vrijeme tako da podaci u Upisniku neće odražavati trenutačno stanje u evidencijama MUP-a.

Svakako, jedno od rješenja bilo bi propisati da se založno pravo u ovrsi stječe danom dostave rješenja o ovrsi Upisniku. Tada bismo izbjegli situaciju da imamo jedan javni Upisnik, gdje se s konstitutivnim učinkom upisuju prava na vozilu temeljem sporazuma stranaka, i jednu nejavnu evidenciju, u koju se s konstitutivnim učinkom upisuju prava stečena ovrhom.³⁵ Međutim, tada bi upis založnog prava istovremeno trebao biti vidljiv i na Informacijskom sustavu MUP-a kako bi se uskratila promjena registracije takva vozila. U svakom slučaju, trenutačno rješenje, prema kojemu se založno pravo stječe upisom u evidencije MUP-a, bolje je od režima koji je vrijedio prije Novele iz 2005., kada se založno pravo stjecalo temeljem pljenidbenog popisa, pa su ovršenici skrivanjem vozila onemogućavali ovrhovoditelje u stjecanju tog prava.³⁶

5.3. Oduzimanje i čuvanje vozila

Nakon upisa založnog prava u korist ovrhovoditelja, čl. 162. OZ-a propisuje da će sud ovršeniku dostaviti rješenje o ovrsi te mu istodobno zaključkom naložiti da u roku od osam dana preda vozilo sa svim njegovim pripadcima i ispravama osobi kojoj je rješenjem o ovrsi vozilo povjereno na čuvanje. Ukoliko ovršenik ne postupi u skladu sa zaključkom, vozilo će biti oduzeto na bilo kojem mjestu na kojemu se zatekne. Ovrhovoditelj tada mora u roku od 60 dana predložiti vrijeme, mjesto i način provedbe te radnje i osigurati sva potrebna sredstva i radnu snagu. Ove relativno novije odredbe uvedene su OZ-om iz 2012. godine, međutim, već sada se s velikim stupnjem izvjesnosti može pretpostaviti da se radi o lošem rješenju. Naime, do sada je jedan od najvećih problema provedbe ovrhe na vozilima bio pronalazak vozila. Radi se o pokretnini koja se vrlo lako premjesti, a praksa je pokazala da ovršenici u velikom broju slučajeva nisu kooperativni. Razlog zbog kojega je člankom 137. OZ-a kao opće pravilo ovrhe na pokretninama propisano da će sudski ovršitelj prije pljenidbe predati ovršeniku rješenje o ovrsi upravo je to da ovršenik ne može skloniti pokretnine i onemogućiti ovrhu. Prema sadašnjim propisima, sud će rješenje o ovrsi dostaviti ovršeniku, zajedno sa zaključkom da dobrovoljno preda vozilo, čime će ga obavijestiti o postupku. Osim toga, policijske će uprave, nakon što im sud dostavi rješenje o ovrsi zbog upisa založnog prava, pozvati ovršenika kako bi se u napomenu prometne dozvole evidentirala ovrha i zabrana otuđenja (čl. 20. stavak 6. Pravilnika o registraciji). Ovi propisi omogućavaju ovršeniku da, pošto sazna za provedbu ovrhe, premjesti vozilo možda i nekoliko metara izvan svoga dvorišta ili ulaza te time izbjegne ovrhu. Tome valja dodati da se ovrha obustavlja već ukoliko se prilikom prve pljenidbe ne pronađu pokretnine (čl. 144. stavak 4. OZ-a). Analizom ovih propisa, ali i

³⁵ Drugačije Dika, M., *op. cit.* (bilješka 24.), str. 525. Autor smatra da je upis zabilježbe ovrhe u Upisnik funkcionalno suvišan s obzirom na to da se založno pravo s konstitutivnim učinkom stječe zabilježbom ovrhe u evidencijama MUP-a.

³⁶ Garac, Slavica; Marinčić, Ana, *Ovrha na pokretninama na temelju ovršne isprave u skladu s odredbama Novele Ovršnog zakona iz 2005.*, Hrvatska pravna revija 6/2006, str. 121.

poznajući životnu realnost, vrlo jednostavno možemo zaključiti da su šanse ovrhovoditelja za potpunu provedbu ovrhe na vozilima svedene na puku slučajnost.

Iluzorno je očekivati da će ovrhovoditelj naknadno moći locirati vozilo, nego će u pravilu kao mjesto gdje se vozilo nalazi navoditi adresu ovršenika. Stoga bi znatno učinkovitije rješenje bilo ono koje je propisano za ostale pokretne i prema kojemu se rješenje o ovrsi uručuje ovršeniku neposredno prije pljenidbe. Što se tiče upisa zabilježbe ovrhe u prometnu dozvolu, radi se o odredbi koja ima svrhu obavijestiti treće osobe, prvenstveno potencijalne kupce, da se na vozilu provodi ovrha, odnosno da postoji založno pravo ovrhovoditelja i zabrana dobrovoljnog raspolaganja. Međutim, kada bi se založno pravo stjecalo upisom u Upisnik koji je javna knjiga, tada bi i ova odredba bila suvišna. Osim toga, može se očekivati u bližoj budućnosti da će se svi prometni dokumenti izdavati u obliku digitalnih kartica, u koje se neće moći upisivati naknadne napomene, što će zahtijevati i izmjenu ovih propisa.

Pored navedenoga, jedna od važnih provedbenih radnja ovrhe na pokretninama jest njihova zapljena. Trenutak zapljene iznimno je važan jer od tada ovršenik ne smije raspolagati zaplijenjenim stvarima. Kako ovršenik još od zabilježbe založnog prava ne smije otuđiti niti opteretiti vozilo, od trenutka pljenidbe on ga više ne smije ni upotrebljavati i koristiti. Drugim riječima, ovršenik gubi faktičnu vlast nad predmetom ovrhe, čak i kada mu je vozilo povjereno na čuvanje. S obzirom na to da se pljenidba obavlja sastavljanjem pljenidbenog popisa, prema sadašnjem uređenju ta bi se radnja provela tek ukoliko ovršenik dobrovoljno ne preda vozilo. Navedeno pak znači da bi ovršenik sve do tada mogao upotrebljavati i koristiti motorno vozilo, što pak može dovesti do njegova uništenja ili oštećenja, dakako, na štetu ovrhovoditelja. Pljenidbu kao ovršnu radnju svakako treba provesti i ukoliko ovršenik dobrovoljno preda vozilo, s time da bi dan pljenidbe trebao biti dan kada je ovršenik predao vozilo na čuvanje osobi određenoj u rješenju o ovrsi. Iz sadašnjeg zakonskog teksta nije jasno tko je dužan obavijestiti sud o toj činjenici kako bi sudski ovršitelj uopće mogao sastaviti zapisnik o pljenidbenom popisu i procjeni.

5.3.1. Primjena sustava *e-call* u ovršnome postupku

Već je prije naglašeno kako je jedan od glavnih provedbenih problema ovrhe na vozilima njihov pronalazak. Ovrha će se uglavnom provoditi na mjestu prebivališta ili sjedišta ovršenika jer ovrhovoditelji najčešće neće raspolagati drugim podatkom gdje bi se vozila mogla nalaziti. Situaciju otežava i to što prema sadašnjim propisima ovršenici znaju za ovršni postupak pa vrlo jednostavno mogu premjestiti vozilo na drugu lokaciju. Rješenje ovog problema treba potražiti u tehnologiji, odnosno ovršni postupak već sada treba usklađivati s razvojem automobilske industrije kako bi se tehnološki potencijali maksimalno iskoristili. U tom smislu Europska je komisija u 2013. godini u zakonodavnu proceduru uputila dva prijedloga naziva *Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council concerning type-approval requirements for the deployment*

*of the eCall in-vehicle system and amending Directive 2007/46/EC*³⁷ i *Proposal for a decision of the European parliament and of the council on the deployment of the interoperable EU-wide eCall*.³⁸

Radi se o inicijativi na razini Europske unije koja predviđa da se od 2015. godine prilikom proizvodnje novih motornih vozila kategorije M1 (motorna vozila za prijevoz osoba koja osim sjedala za vozača imaju još najviše 8 sjedala) i N1 (motorna vozila za prijevoz tereta najveće dopuštene mase ≤ 3500 kg) obavezno ugrađuje sustav *e-call*. Radi se o sustavu koji bi u slučaju prometne nezgode automatski pozivao centar 112 i omogućavao nadležnim službama točnu lokaciju vozila. Da bi to mogao, sustav *e-call* morat će biti usklađen s postojećim satelitskim navigacijskim sustavima. Ukoliko se s implementacijom ovih propisa započne kako je predviđeno, od 2015. godine, možemo zaključiti da će za 20-ak godina velika većina motornih vozila imati ugrađen sustav *e-call*. Implementacija ovog sustava u ovršnom postupku svakako je zadatak na kojemu tehnološki i zakonodavno treba raditi u narednim godinama. Iako se već sada u materijalima koje je izradila Europska komisija naglasak stavlja na zaštitu privatnosti i onemogućavanje trajnog praćenja vozila putem sustava *e-call*, svakako je izgledno očekivati da će se on primjenjivati i u drugim slučajevima kada javni interes treba prevladati nad zaštitom privatnosti pojedinca. Tako bi se, primjerice, u slučaju otuđenja motornog vozila putem ovog sustava ono moglo odmah locirati. Jednaka je situacija i kod prikrivanja vozila nad kojim se provodi ovršni postupak. Kako je sada predviđeno, sustav *e-call* moći će se aktivirati ručno iz vozila ili automatski kada senzori detektiraju prometnu nezgodu. Međutim, da bi se ova tehnologija primijenila u ovršnom postupku, sustav bi morao imati opciju aktivacije od strane nadležnih tijela, i to u odnosu na konkretno vozilo koje je predmet ovrhe. Svakako, s tehničke strane radi se o izvedivim modifikacijama, ali ostaje da se vidi u kojem će se pravcu razvijati prije svega europsko, a u skladu s time i unutarnje zakonodavstvo. U svakom slučaju, primjenom sustava *e-call* u ovršnom postupku riješio bi se problem pronalaska motornog vozila nad kojim se provodi ovrha, što je danas jedan od glavnih razloga neučinkovitosti provedbe ovrhe.

5.4. Procjena i prodaja vozila

Prije prodaje vozila važno je utvrditi njegovu procijenjenu vrijednost. Procjenu će u pravilu obaviti sudski ovršitelj prilikom sastavljanja pljenidbenog popisa. Iznimno, sud može odrediti da procjenu obave sudski procjenitelj ili posebni vještak. Kada se vozilo povjerava na čuvanje komisionaru, procjenu i prodaju tada obavlja komisionar, u skladu s posebnim odredbama koje reguliraju takav način prodaje. Stranka može u roku od osam

³⁷ Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council concerning type-approval requirements for the deployment of the eCall in-vehicle system and amending Directive 2007/46/EC, (Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o homologacijskim zahtjevima za uvođenje eCall sustava i izmjena Direktive 2007/46/EC), preuzeto s: <http://eur-lex.europa.eu> (stanje na dan 1. 1. 2014. godine).

³⁸ Proposal for a decision of the European parliament and of the council on the deployment of the interoperable EU-wide eCall, (Prijedlog odluke Europskog parlamenta i Vijeća o uvođenju interoperabilnog eCall sustava u EU) preuzeto s: <http://eur-lex.europa.eu> (stanje na dan 1. 1. 2014. godine).

dana od obavljene procjene predložiti utvrđivanje više ili niže vrijednosti od procijenjene, o čemu će sud odlučiti zaključkom.

Važno je naglasiti da između dana pljenidbenog popisa i dana prodaje mora proteći najmanje petnaest dana. To znači da se vozilo može prodati i prije pravomoćnosti rješenja o ovrsi. Naravno, samo u slučaju kada je rješenje o ovrsi doneseno na temelju ovršne isprave. Pravomoćnost rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave uvjet je za daljnju provedbu ovršnih radnja, pa tako i prodaje.

Vozilo se može prodati usmenom javnom dražbom ili neposrednom pogodbom. Kako se *de facto* radi o pokretninama veće vrijednosti, sud će u pravilu održavati javne dražbe, koje provodi sudski ovršitelj ili javni bilježnik. Novelom OZ-a iz 2014. godine uvedena je mogućnost da se na prijedlog ovrhovoditelja prodaja pokretnina provede elektroničkom javnom dražbom, uz odgovarajuću primjenu odredaba koje uređuju takvu prodaju nekretnina (čl. 149. stavak 7. OZ-a). Ova odredba nalazi se u dijelu općih odredaba o ovrsi na pokretninama, dok u posebnim odredbama o ovrsi na vozilima i dalje stoji formulacija da se vozila prodaju javnom dražbom ili neposrednom pogodbom (čl. 163. OZ-a). Iz ovoga može nastati dilema da se čl. 163. OZ-a primjenjuje kao *lex specialis*, odnosno da vozila nije moguće prodavati elektroničkom javnom dražbom. Međutim, smislenije je tumačenje da se ovdje zapravo radi o lošoj nomotehnici jer nema opravdanog razloga zbog kojega bi vozila bila izuzeta od mogućnosti prodaje elektroničkom javnom dražbom. Štoviše, takav način prodaje imao bi značajne prednosti i bio bi u skladu s modernim načinima komunikacije i trgovine.

Takvu prodaju provodila bi FINA na temelju zahtjeva koji joj dostavi sud. Tom zahtjevu sud bi trebao priložiti rješenje o ovrsi, izvadak iz evidencije MUP-a o registriranim i označenim vozilima i zaključak o prodaji (čl. 95. a) stavak 2., vezano za čl. 149. stavak 7. OZ-a). Ostaje nejasno iz kojeg razloga sud mora dostavljati FINA-i izvadak iz evidencije MUP-a kada se svi podaci iz tog izvotka već nalaze na rješenju o ovrsi. Elektronička javna dražba započinje objavom poziva na sudjelovanje na mrežnim stranicama FINA-e. Od objavljivanja poziva pa do početka prikupljanja ponuda mora proteći najmanje 60 dana. I na ovoj vrsti dražbe mogu sudjelovati samo osobe koje su dale jamčevinu. Prikupljanje ponuda traje deset radnih dana, a ako se na prvoj elektroničkoj javnoj dražbi ne prikupi nijedna valjana ponuda, druga dražba počinje objavom poziva na sudjelovanje prvog dana nakon završetka prve dražbe. Ukoliko i druga dražba ostane bez uspjeha, FINA će obavijestiti sud, koji će obustaviti ovrhu (čl. 102. OZ-a). Ponuda se predaje elektroničkim putem, a mora sadržavati cijenu koja je ista ili veća od cijene koja je naznačena u pozivu za sudjelovanje.

Ukoliko je dražba uspješno okončana, FINA sve podatke prosljeđuje sudu, koji utvrđuje koji je kupac ponudio najveću cijenu i jesu li ispunjene pretpostavke za donošenje zaključka iz čl. 164. OZ-a, temeljem kojega će kupac izvršiti registraciju na svoje ime. Kako se u postupku prodaje pokretnina ne donosi rješenje o dosudi kao kada su u pitanju nekretnine, postavlja se pitanje može li sud u zaključku, uz analognu primjenu čl. 103.

stavak 6. OZ-a, utvrditi da se kupcem smatra osoba koja je ponudila nižu cijenu ukoliko ona osoba koja je ponudila višu cijenu ne položi kupovninu u zadanom roku. Iz praktičnih razloga svakako bi valjalo zagovarati ovakvo tumačenje, iako bismo tada imali nelogičnu situaciju da je ova opcija moguća kod elektroničke javne dražbe, dok se kod obične javne dražbe smatra da nije uspjela ukoliko kupac ne uplati cijenu. Elektronička javna dražba svakako je pozitivna promjena ovršnog zakonodavstva. Sporna je, međutim, nadležnost FINA-e, koja počinje preuzimati sve više poslova koji su u primarnoj nadležnosti suda.³⁹

Prodaja se može vršiti i putem javnih komisionara. Sud će tada zaključkom odrediti hoće li se vozilo prodati na javnoj dražbi ili neposrednom pogodbom. Javnu dražbu kod komisije prodaje provodi javni bilježnik. Mogućnost komisije prodaje vozila svakako ima niz prednosti. Prije svega, predmet prodaje može se na jednostavniji način prezentirati tržištu. Poslove javnih komisionara organizira i provodi Hrvatska gospodarska komora,⁴⁰ ali će te poslove u pravilu obavljati posebno ovlaštene fizičke i pravne osobe, koje imaju svoje prodajne i komercijalne mreže. Zatim, komisionar prodaje vozilo u svoje ime, a za račun ovršenika, što znači da ovršenik neće saznati tko je kupac, čime se kupcu jamči diskrecija. Trenutačno je pri HGK registrirano osam pravnih osoba koje su ovlaštene provoditi komisiju prodaju pokretnina u ovršnom postupku.⁴¹ Usporedbe radi, na dan 31. 10. 2007. godine HGK je potpisala ugovore o povjeravanju poslova javnog komisionara s osamnaest pravnih subjekata.⁴² Razlog smanjenja broja javnih komisionara zasigurno je u drastičnom smanjenju gospodarske aktivnosti u posljednjih nekoliko godina, što se reflektiralo i na ovome području.

Kada je riječ o komisijoj prodaji pokretnina, propisi su prilično liberalni te ostavljaju široku mogućnost ovrhovoditelju i komisijaru ugovoriti uvjete takve prodaje. Iako bi se sve pokretnine procijenjene vrijednosti veće od 50.000,00 kn trebale evidentirati u očevidniku nekretnina i pokretnina, koji također vodi HGK, komisijona prodaja osigurava izravan pristup kupcima putem pravnih subjekata čija je osnovna djelatnost u pravilu trgovima motornim vozilima. Negativna strana komisije prodaje jesu dodatni troškovi za ovrhovoditelja, bez jamstva da će se vozilo doista i prodati.

Bez obzira na to provodi li dražbu komisionar ili sudski ovršitelj ili se provodi elektroničkim putem, za sudjelovanje zainteresirane osobe moraju položiti jamčevinu, što će se posebno provjeriti te uskratiti sudjelovanje osobama koje jamčevinu nisu položile. Pitanje jamčevine kao pretpostavke za sudjelovanje na dražbi trebalo bi posebno preispitati jer se radi o nepotrebnom formaliziranju postupka. Jamčevina bi trebala biti svojevrsna potvrda o ozbiljnosti kupca koji namjerava sudjelovati na dražbi. Međutim, upravo će ova formalna pretpostavka pojedinim ozbiljnim kupcima onemogućiti sudjelovanje na dražbi. Razloga za to može biti mnogo, od propuštanja roka za uplatu pa

³⁹ Kontrec, Damir, Novine u ovrsi na nekretninama, u: Marica Kuzmić (ur.), *Izmjene i dopune Ovršnog zakona 2014.*, Inženjerski biro, Zagreb, 2014, str. 16.

⁴⁰ Hrvatska gospodarska komora, u daljnjem tekstu: HGK.

⁴¹ Preuzeto s: <http://www.hgk.hr> (stanje na dan 7. 1. 2014. godine).

⁴² Hrvatin, Branko, Marković, Nevenka, *Ovrha na pokretninama*, Pravo u gospodarstvu 46 (2007) 6, str. 504.

do nedostatka gotovinskih sredstava, kada se vozilo kupuje kreditom banke. S druge strane, jednostavnom izmjenom OZ-a može se eliminirati problem kupaca koji sudjeluju na dražbi bez stvarne namjere kupnje vozila. Prema sadašnjem čl. 151. stavku 2., koji se u skladu s čl. 164. OZ-a primjenjuje na odgovarajući način, ukoliko kupac odmah nakon dražbe ili u roku koji mu odredi sud ne položi kupovninu, smatra se da dražba nije uspjela. Izmenom ovih odredaba na način da se u potonjem slučaju kupcem smatra prvi sljedeći ponuditelj koji je ponudio najvišu cijenu ubrzao bi se postupak, uz istovremeno odstranjivanje onih osoba koje zloupotrebljavaju svoje pravo sudjelovanja na dražbi. Ovakva mogućnost propisana je za dražbu nekretnina pa nema razloga da se ne primijeni i kada su u pitanju vozila.

5.5. Predaja vozila kupcu

Kupac preuzima vozilo odmah nakon dražbe pod uvjetom da je položio kupovninu. Iznimno on može preuzeti vozilo i ako nije odmah položio kupovninu ako na to pristane ovrhovoditelj, u granicama iznosa koji bi mu pripao iz postignute cijene. S obzirom na to da će kupci u određenim slučajevima kupovninu podmirivati kreditom, ne bi bilo svrhovito uvjetovati im plaćanje odmah po završetku dražbe. Predajom vozila kupcu on postaje vlasnikom. Iz ovih odredaba može se zaključiti kako sud neće donijeti posebno rješenje o dosudi vozila kupcu, na koje bi stranke i sudionici na dražbi imali pravo žalbe, kao što je to slučaj kod prodaje nekretnina.⁴³ Kupac vozilo preuzima odmah i postaje vlasnikom, a registraciju na svoje ime moći će izvršiti temeljem zaključka suda u kojemu će se navesti svi podaci potrebni za izdavanje prometnih dokumenata. Sud će zaključkom odrediti i brisanje prava vlasništva ovršenika, založnih prava na vozilu kao i ostalih prava koja prestaju prodajom. Dakako, sam zaključak suda neće biti dovoljan kupcu za registraciju vozila, nego će kupac morati priložiti i druge dokumente predviđene Pravilnikom o registraciji, a to su: dokaz o plaćenim propisanim obvezama, dokaz o tehničkoj ispravnosti vozila, osobnu iskaznicu i potvrdu o osobnom identifikacijskom broju ili drugu javnu ispravu koja sadrži podatak o osobnom identifikacijskom broju.

U praksi provedbe ovrhe na pokretninama pokazalo se da u velikom postotku slučajeva pokretnine preuzimaju u vlasništvo ovrhovoditelji jer drugih zainteresiranih kupaca nema. Kao jedno od rješenja za ubrzanje postupka predlaže se smanjenje broja provedbenih radnja na način da se ovrhovoditelj prilikom pljenidbe izjasni želi li provedbu prodaje pokretnina ili će odmah preuzeti pokretnine u vlasništvo, i to po stimulativnoj cijeni, jer kupuje stvari koje mu nisu potrebne i koje mora sam unovčiti.⁴⁴ Ovakvo rješenje, međutim, nije prihvatljivo jer dužnik čija se imovina prodaje ima pravo postići najveću moguću prodajnu cijenu. Osim toga, svrha je ovršnog postupka namirenje

⁴³ Nekić Plevko, Nada, *Ovrha na pokretninama*, preuzeto s: <http://www.tszg.hr> (stanje na dan 15. 1. 2014. godine).

⁴⁴ Stokić, Matija, *Ovrha na pokretninama – (ne)učinkovitost prodaje i namirenja*, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse* 20/2013, str. 634.

tražbine ovrhovoditelja iz imovine ovršenika, a ne konfiskacija te imovine u korist ovrhovoditelja, i to još po nerazmjernim cijenama.

5.6. Namirenje ovrhovoditelja

Namirenje ovrhovoditelja posljednja je provedbena radnja. Ukoliko se iz prodajne cijene namiruje samo ovrhovoditelj, sud neće održavati ročište za diobu, nego će odmah donijeti rješenje o namirenju. Ukoliko postoji više osoba koje se namiruju, rješenje o namirenju donosi ne nakon održanog ročišta za diobu, u skladu s odredbama OZ-a o redoslijedu namirenja. Prilikom donošenja takva rješenja sud će uzeti u obzir samo one tražbine za koje je rješenje o ovrsi postalo pravomoćno do dana prodaje. Ostale tražbine namirit će se nakon pravomoćnosti rješenja o ovrsi iz preostalog iznosa kupovnine, ako ga ima, a ostatak će biti vraćen ovršeniku.

6. OVRHA NA VOZILIMA U NJEMAČKOM PRAVU

Odredbe o ovrsi u njemačkom pravu sadržane su u *Zivilprozessordnung*,⁴⁵ s time da navedeni propis ne sadrži posebna pravila o ovrsi na vozilima, nego se ona provodi u okviru općih odredaba o ovrsi na pokretninama. Postupak se u pravilu pokreće na prijedlog ovrhovoditelja temeljem taksativno navedenih isprava, koje moraju sadržavati ovršnu klauzulu. Ovršne radnje neznatno se razlikuju od onih propisanih OZ-om za ovrhu na pokretninama, s time da u njemačkom pravu važnu ulogu u provedbi ovrhe ima službenik suda *Gerrichtsvollzieher*.⁴⁶ On je u prvom redu zadužen za prikupljanje podataka o imovini ovršenika. Ove podatke pokušat će prikupiti od samog ovršenika, a može ih zatražiti i od nadležnih tijela (poreznih tijela i dr.). Ovršeniku koji ne surađuje s ovim službenikom sud može, na prijedlog ovrhovoditelja, odrediti zatvor u najduljem trajanju od šest mjeseci. Na temelju podataka koje je prikupio, *Gerrichtsvollzieher* sastavlja popis imovine, koji dostavlja sudu i ovrhovoditelju. Ovi popisi, međutim, nemaju učinak samo u konkretnom postupku, nego se od njih stvara zbirna baza podataka o imovini dužnika, koju zainteresirani subjekti pod propisanim uvjetima mogu pregledavati.⁴⁷ *Gerrichtsvollzieher* ovlašten je ponuditi dužniku plan obročne otplate duga, o čemu mora bez odgode obavijestiti ovrhovoditelja, koji se tom planu može usprotiviti.⁴⁸

⁴⁵ *Zivilprozessordnung* (u daljnjem tekstu: ZPO), preuzeto s: <http://www.gesetze-im-internet.de>, stanje na dan 10. 11. 2014. godine.

⁴⁶ *Gerrichtsvollzieher* je službenik suda, a ima ovlasti slične sudskom ovršitelju.

⁴⁷ Poseban registar s podacima o ovršnim postupcima vodi se i u Finskoj. Ovdje se upisuju različite informacije o provedbi ovrhe, učinjenim radnjama, strankama, ali i podaci o imovini dužnika. Više o tome u: Ervo, Laura, *Enforcement Procedure in Finland - an Overview Based on Questionnaire*, u: Kengyel, M., Harsági, V., (ur.) *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, Sellier, European law publishers GmbH, München, 2011.

⁴⁸ Vollkommer, Gregor, *Die Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung – Ein Überblick*, Neue Juristische Wochenschrift 51/2012, str. 3684.

Ovdje pronalazimo važnu razliku u odnosu na hrvatski sustav, u kojemu je teret potrage za imovinom dužnika prevaljen na ovrhovoditelja. Iako je ovrhovoditelj ovlašten zatražiti relevantne podatke od nadležnih tijela i trećih osoba, on često neće imati saznanja kome konkretno uputiti takav dopis. Primjerice, ovršenik može imati nekretninu na području bilo kojeg suda u Republici Hrvatskoj. Da bi pronašao takvu nekretninu, ovrhovoditelj bi morao poslati dopise svim područnim katastarskim uredima u zemlji te potom pretraživati zemljišne knjige prema dostavljenim podacima iz katastra. Situacija je još manje optimistična kada su u pitanju tražbine ovršenika prema trećim osobama. Ovrhovoditelju takve tražbine u pravilu nisu poznate pa nema od koga posredstvom suda zatražiti podatke o tim tražbinama. Rješenje ovog problema postojalo je kroz institut prokazne izjave i prokaznog popisa imovine. Prokazna je izjava posebna izjava koju je ovršenik bio dužan dati pred sudom, na prijedlog ovrhovoditelja, ukoliko se stvari radi čije se predaje ili isporuke provodi ovrha nisu mogle pronaći kod njega. Izjava je morala sadržavati podatke o tome gdje se stvari nalaze, odnosno da ih nema ili da ne zna gdje se nalaze. Prokazni popis imovine podnosio je ovršenik, na prijedlog ovrhovoditelja, u slučaju kada je ovrha ostala bez uspjeha zato što se nisu našli predmeti na kojima se ovrha može provesti ili zato što su nađeni samo takvi predmeti koji očito nisu dovoljni za namirenje ovrhovoditeljeve tražbine. Ovršeniku koji nije postupio u skladu s rješenjem suda o davanju prokazne izjave i prokaznog popisa imovine sud je mogao izricati novčane kazne sve dok se ovršenik ne pokori nalogu suda. Novelom OZ-a iz 2014. godine institut prokazne izjave i prokaznog popisa imovine zbog nepoznatih razloga brisan je iz zakonskog teksta.

Što se tiče ovlasti njemačkog suda na izricanje kazne zatvora ovršeniku koji ne surađuje s ovršnim tijelima, sličnu odredbu imamo u čl. 16. OZ-a. Tako je u hrvatskom pravu sud ovlašten ovršeniku izreći novčanu kaznu ili čak kaznu zatvora osobama koje, primjerice, ometaju provedbu ovrhe ili skrivaju imovinu ovršenika. Iako ova mogućnost postoji, sudovi je u pravilu ne primjenjuju tako da ovršenici koji opstruiraju postupak ne trpe nikakve sankcije.

U njemačkom pravu od ovrhe su izuzeti predmeti koji ovršeniku služe za obavljanje ekonomskih aktivnosti kojima osigurava svoju egzistenciju (čl. 811. st. 5. ZPO-a). Jedan od takvih predmeta može biti i vozilo.⁴⁹ Međutim, ovrha će biti dopuštena i na takvu predmetu ukoliko se ovršeniku osigura zamjenski predmet. O ovom prijedlogu ovrhovoditelja odlučuje sud. Ovrhovoditelj bi, dakle, mogao osigurati ovršeniku vozilo manje vrijednosti i zaplijeniti mu ono veće vrijednosti, iako mu ono služi za namirenje životnih potreba. Hrvatsko pravo ne poznaje mogućnost osiguranja zamjenskog predmeta, ali su i razlozi za izuzeće od ovrhe postavljeni znatno užo, tako da za ovrhu na vozilima ovo ne bi imalo praktične važnosti. Međutim, u nekim drugim slučajevima rješenje iz njemačkog prava moglo bi imati praktičnu primjenu. Primjerice, kada se ovršeniku koji ima skupe kućanske predmete osiguravaju zamjenski manje vrijednosti.

⁴⁹ Deubner, G., Karl, *Aktuelles Zivilprozessrecht*, Juristische Schulung 9/2010, str. 785.

I u njemačkom pravu ovrha na pokretninama provodi se njihovom pljenidbom, kojom ovrhovoditelj stječe založno pravo. Pljenidbu provodi *Gerrichtvollzieher*. Čl. 808. ZPO-a propisuje da se predmeti u pravilu ostavljaju u posjedu dužnika, osim ukoliko to može ugroziti namirenje ovrhovoditelja. Kada su u pitanju vozila, čl. 157. *Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher*⁵⁰ kao opće pravilo propisuje oduzimanje vozila upravo zbog postojanja opasnosti da će namirenje ovrhovoditelja biti ugroženo. Vozilo se iznimno može ostaviti ovršeniku kada na to pristane ovrhovoditelj ili je to iz drugih razloga opravdano. Ukoliko *Gerrichtvollzieher* zbog nekog razloga ne može oduzeti posjed vozila, dužan je poduzeti sve mjere da spriječi njegovo neovlašteno korištenje, od oduzimanja prometnih dokumenata pa čak do onesposobljavanja motora. Prilikom oduzimanja vozila *Gerrichtvollzieher* će oduzeti i prometne dokumente.

Potom se vrši procjena vrijednosti vozila i prodaja na javnoj dražbi, s time da se dražbe mogu provoditi i putem interneta. Ove radnje također obavlja *Gerrichtvollzieher*. Minimalna cijena za koju se pokretnine mogu prodati jest polovina procijenjene vrijednosti. Na prijedlog ovrhovoditelja ili ovršenika, *Gerrichtvollzieher* može unovčiti zaplijenjeni predmet i na drugi način. Novelom OZ-a iz 2014. godine u hrvatski ovršni postupak uvedena je mogućnost provedbe elektroničke javne dražbe. Iako se ne radi o internetskoj dražbi koja se provodi u realnom vremenu, nego o elektroničkom prikupljanju ponuda, svakako se radi o pozitivnoj promjeni koja bi u bližoj budućnosti trebala pokazati prve rezultate.

Iz prethodno izloženih odredaba možemo zaključiti kako se provedba ovrhe na vozilima u njemačkom pravu odvija na vrlo sličan način kao u hrvatskom pravu. Razlike koje postoje u provedbenim radnjama više su tehničke nego suštinske prirode. Međutim, ovršni postupak u Njemačkoj postavljen je tako da omogući brzu i učinkovitu naplatu tražbine ovrhovoditelja i u tom su smislu postavljene nadležnosti i dužnosti ovršnih tijela. Ovrhovoditelju se ne nameću obveze lociranja imovine ovršenika niti druge obveze prilikom provedbe ovrhe koje će, ne budu li ispunjene, rezultirati obustavom postupka. Svako nastojanje ovršenika da onemogući provedbu ovrhe rezultirat će strogim sankcijama, pa čak i zatvorom. S druge strane, naš zakonodavac kao da je provedbu ovrhe na vozilima prepustio ovrhovoditelju, koji mora utvrditi ima li ovršenik vozilo u vlasništvu, saznati lokaciju vozila ukoliko ga ovršenik dobrovoljno ne preda te osigurati otpremu. Čak ni sve nabrojeno ne bi stvaralo teškoće kada bi iza ovrhovoditelja stajala državna prisila koja bi demotivirala ovršenika od odugovlačenja i sprječavanja ovrhe. Suprotno tome, naš zakonodavac ukida institute kao što su prokazna izjava i prokazni popis imovine, na svakom koraku prijeti ovrhovoditelju obustavom ovrhe, a sudovi sankcije koje imaju na raspolaganju protiv ovršenika uopće ne koriste. Upravo u ovim malim detaljima, a ne u revolucionarnim izmjenama zakona, krije se razlika između učinkovite i neučinkovite ovrhe.

⁵⁰ *Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher* (Proceduralna pravila za službenike koji provode ovrhu), preuzeto s: <https://beck-online.beck.de>, stanje na dan 20. 12. 2014. godine.

7. ZAKLJUČAK

Da bi ovršni postupak mogao ostvariti svoju osnovnu svrhu, on mora biti proveden brzo i sa što manje troškova. To znači smanjenje broja ovršnih radnja, njihovo pojednostavnjenje i onemogućavanje zlorabe procesnih prava stranaka. Kada su u pitanju vozila, broj ovršnih radnja determiniran je samom prirodom vozila kao pokretnih stvari. Međutim, prilikom propisivanja načina poduzimanja tih radnja svakako ima prostora za modernizaciju ovog instituta. Prije svega, OZ nije terminološki i sadržajno usklađen s posebnim propisima koji uređuju vlasništvo i registraciju vozila. U tom smislu uvijek postoji opasnost pogrešne interpretacije pojedinih odredaba, što može znatno usporiti postupak. Od zakonom propisanih provedbenih radnja jedna od problematičnih jest stjecanje založnog prava upisom u nejavne evidencije MUP-a. Kada bi se založno pravo u ovrsi stjecalo upisom u javni Upisnik, otpao bi znatan broj teškoća koje mogu nastati uslijed vođenja dvostrukih evidencija. U tom slučaju upis založnog prava morao bi biti vidljiv na Informacijskom sustavu MUP-a kako bi se spriječila promjena registracije vozila pod ovrhom. Kod javnobilježničke ovrhe temeljem vjerodostojne isprave valjalo bi razmisliti o proširenju ovlasti javnih bilježnika kod provedbe ovrhe. Prema sadašnjem rješenju javni bilježnik ne može izvršiti ni jednu provedbenu radnju, pa čak ni dostaviti pravomoćno i ovršno rješenje radi upisa zabilježbe ovrhe, što direktno utječe na trajanje postupka. Propise koji uređuju dobrovoljnu predaju i pljenidbu vozila trebalo bi uskladiti s realnošću da ovršenici u velikom broju slučajeva nisu kooperativni. Sadašnje im uređenje omogućuje da vrlo jednostavno uzrokuju obustavu ovršnog postupka, a šanse ovrhovoditelja da pronađe i zaplijeni vozilo minimalne su. Na razini Europske unije uspostavlja se pravni okvir za primjenu sustava *e-call*. Radi se o novoj tehnologiji, koja primarno nije namijenjena za uporabu u ovrsi, ali čija bi primjena u ovršnom postupku dovela do gotovo stopostotne učinkovitosti prilikom pronalaska vozila. Velik broj postupaka koji se sada obustavljaju zbog nemogućnosti pronalaska vozila uporabom ovog sustava mogao bi biti proveden. Sustav *e-call* bliska je budućnost i vrlo vjerojatno možemo očekivati njegovu primjenu i izvan domene dojavljivanja prometnih nesreća. Kada su u pitanju ostale ovršne radnje, svakako treba zagovarati komisiju prodaju vozila jer se radi o odnosu u kojemu ovrhovoditelj može znatno brže ostvariti unovčenje predmeta ovrhe. Komisionar će također biti motiviran angažirati se oko prodaje, a redovito se radi o osobama koje imaju izravan pristup tržištu vozila, kao i svoje komercijalne mreže. Osim toga, povjeravanjem prodaje komisionaru dodatno se rasterećuju sudovi. Pozitivna inovacija svakako je prodaja putem elektroničke javne dražbe. Ostaje da se vidi je li povjeravanje operativnih poslova provedbe ove dražbe FINA-i najbolje rješenje. U skladu s rješenjima pojedinih europskih zemalja, trebalo bi ustrojiti posebne elektroničke registre u koje bi se upisivali podaci o imovini dužnika, ali i ostali podaci vezani za provedbu i tijek ovršnog postupka. Time bi se postupak ubrzao, smanjili bi se troškovi, a cijeli postupak bio bi transparentniji jer bi sud u svakom trenutku mogao na jednostavan način izvršiti nadzor nad radnjama sudskog ovršitelja. Podaci o imovini dužnika prikupljeni u jednom postupku mogli bi se koristiti i u svim ostalim ovršnim postupcima protiv istog ovršenika, ali i drugim postupcima (stečaj, predstečajna nagodba, porezni

nadzor i dr.). Odgovornost za provedbu ovrhe trebala bi biti na sudskim ovršiteljima, koji bi trebali prikupiti podatke o imovini ovršenika te se brinuti za pronalazak predmeta ovrhe. Ovrhovoditelji jednostavno nemaju učinkovitih instrumenata kojima bi ostvarili ove ciljeve. U tom smislu u zakonski tekst treba vratiti institut prokazne izjave i prokaznog popisa imovine, a u praksi pojačati primjenu odredaba koje osiguravaju procesnu disciplinu prilikom provedbe ovrhe.

Iz svega navedenoga proizlazi da u odredbama OZ-a o ovrsi na vozilima itekako ima prostora za doradu i modernizaciju pojedinih rješenja. Neučinkovit postupak dovodi do nemogućnosti naplate tražbine ovrhovoditelja. Samim time, on nije u mogućnosti podmirivati tražbine svojim vjerovnicima i stvara se začarani krug problematičnih pravnih subjekata, što se negativno odražava na čitavom nizu društvenih područja. Stoga učinkovita ovrha mora biti prioritet svih razina vlasti jer se kroz taj aspekt izravno aktualizira učinkovitost pravosudnog sustava u cjelini.

Summary

ENFORCEMENT ON MOTOR VEHICLES

This paper presents an analysis of the special provisions dealing with enforcement on motor vehicles, while emphasising the problems that this raises in practice. The paper presents data on the relevance and scope of this instrument in the domestic legal order, while giving specific suggestions for improving its efficiency. The execution of enforcement on motor vehicles is compared with the solutions offered in German law. The author also presents an initiative of the European legislation regarding the obligatory introduction of an e-call system as a technological innovation in the automotive industry. Its proper application in the enforcement procedure would resolve one of the major causes of the inefficiency of enforcement on motor vehicles, the problem of identifying their location.

Keywords: enforcement, motor vehicle, registration, lien, e-call system

Igor Bošković, LLB, attending postgraduate specialist study at the Faculty of Law, University of Zagreb

PRIKAZI

OKRUGLI STOL UNAPREĐENJE OBRAZOVANJA ZA JAVNU UPRAVU: PROBLEMI, PRETPOSTAVKE I PERSPEKTIVE

UDK 35.08:378.35(497.5)(047)
378.35:35.08(497.5)(047)

Iva Lopižić, mag. iur.*

Dana 21. siječnja 2015. u prostorijama Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu u organizaciji Pravnog fakulteta, Studijskog centra za javnu upravu i javne financije, te Instituta za javnu upravu održan je okrugli stol na temu *Unapređenje obrazovanja za javnu upravu: problemi, pretpostavke i perspektive*. Postojanje jasne veze između izvrsnosti institucija koje obrazuju i usavršavaju osobe za rad u javnoj upravi te visoke kvalitete i produktivnosti organizacija javne uprave odavno je prepoznato pa se rasprava o postojećem stanju i poželjnom pravcu razvoja hrvatskog sustava obrazovanja za javnu upravu nametnula kao neophodan odgovor akademske zajednice na društveni pritisak za reformom javne uprave s ciljem unapređenja efikasnosti i kvalitete njezinih usluga. Poticaj organizaciji okruglog stola dali su i predstavnici studenata, koje zanimaju poboljšanje kvalitete studija te mogućnost daljnjeg obrazovanja, a zatim i zapošljavanja.

Na okruglom stolu okupilo se više desetaka članova akademske zajednice, upravnih praktičara, studenata i ostalih zainteresiranih, a moderatorica uvodnih izlaganja i žive rasprave koja je uslijedila bila je Goranka Lalić-Novak, docentica na Katedri za upravnu znanost. Okrugli stol uvodnim izlaganjem otvorio je prof. dr. sc. Ivan Koprić, predstojnik Studijskog centra za javnu upravu i javne financije Pravnog fakulteta u Zagrebu, dajući uvid u postojeću strukturu, temeljne probleme i potencijalna rješenja za unapređenje sustava upravnog obrazovanja na zagrebačkom Sveučilištu. Nakon izlaganja prof. Koprića slijedila su izlaganja prof. dr. sc. Damira Borasa, rektora Sveučilišta u Zagrebu, prof. dr. sc. Hrvoja Sikirića, dekana Pravnog fakulteta u Zagrebu, dr. sc. Zorana Pičuljana, zamjenika ministra uprave, Siniše Kuhara iz Sindikata državnih i lokalnih službenika i namještenika, mr. sc. Dragice Kemeter, pročelnice u Gradu Čakovcu, te Marka Glamočaka, predsjednika Sekcije prvostupnika Instituta za javnu upravu, koji su pristupanjem temi iz svoje specifične perspektive dali sveobuhvatan pregled sadašnjeg stanja i viđenje budućeg razvoja obrazovanja za javnu upravu.

Današnja struktura grane upravnog obrazovanja rezultat je zamjenjivanja starog pristupa, koji je naglasak stavljao na postdiplomsku razinu obrazovanja za javnu upravu, novim pristupom, koji zagovara vertikalno strukturiranje upravnog obrazovanja. Proces je, međutim, ostao nedovršen: pri Studijskom centru za javnu upravu i javne financije Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu organiziran je stručni studij javne uprave u trajanju od tri godine, uz koji se od 2013. izvodi i dvogodišnji specijalistički studij javne

* Iva Lopižić, mag. iur., asistentica na Katedri za upravnu znanost Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

uprave, ali nakon kojeg studenti zbog binarnog sustava obrazovanja u RH (stručni i sveučilišni studiji u različitom su statusu) ne mogu upisati poslijediplomski studij, pa specijalistički studij javne uprave, za koji su posebno zainteresirani, ostaje rezerviran samo za diplomirane pravnike i politologe. Hrvatska je tako jedina europska država bez sustava upravnog obrazovanja koji bi sadržavao sve stupnjeve sveučilišnog upravnog studija. Uvodničari su se složili oko dva načina na koje se može ostvariti vertikalna prohodnost: izmjenom uvjeta za upis specijalističkog poslijediplomskog studija kojom će se omogućiti specijalistima javne uprave da se prijave za upis studija te utemeljenjem sveučilišnog diplomskog studija javne uprave, na kojem će se najbolji kandidati obrazovati za daljnje napredovanje u struci i znanosti. Sveučilišni studij javne uprave počivao bi na međufakultetskoj suradnji, čime bi se omogućio interdisciplinarni pristup upravnom obrazovanju, a studij javne uprave u kolokvijalnom govoru napokon bi se prestao nazivati „studijem upravnog prava“, što je ostavljalo dojam da je javna uprava podvrsta prava, a ne samostalna disciplina. Važnost buduće suradnje svih sastavnica Sveučilišta pri izvođenju programa za javnu upravu osobito je naglasio rektor, izrazivši pritom podršku svim inicijativama koje bi promicale takav studij. Kao prijedlog unapređenja obrazovanja za javnu upravu dekan i prof. Koprić iznijeli su i ideju o organizaciji združenog doktorskog studija za javnu upravu sa stranim sveučilištima, u okviru kojeg bi se formirao znanstveni pomladak nužan za dugoročnu održivost studija u ovom području. Unapređenje sustava upravnog obrazovanja svakako implicira i osiguranje nastavnog kadra za izvođenje nastave, što bi značilo i obvezu resornog ministarstva u pogledu zapošljavanja novog te osiguranja napredovanja već zaposlenog nastavnog osoblja.

Osim pri Sveučilištu u Zagrebu, obrazovni programi iz javne uprave nude se na desetak drugih obrazovnih institucija u Republici Hrvatskoj. U razdoblju od 2009. do 2012. broj programa porastao je za čak 46%. Međutim, kvaliteta tih programa i nastave upitna je, što dovodi do inflacije završenih studenata s u znatnoj mjeri niskom razinom znanja, vještina i kompetencija. S obzirom na ograničenu apsorpcijsku moć javne uprave, prof. Koprić nužnim je prepoznao provjeru kvalitete tih studija i njihovu akreditaciju od strane struke.

Uvodničari su se osvrnuli i na mogućnosti zapošljavanja studenata upravnog studija, u čemu su glavnu riječ imali dr. sc. Zoran Pičuljan kao predstavnik javne uprave kao poslodavca, Marko Glamočak kao predstavnik studenata te mr. sc. Dragica Kemeter i Siniša Kuhar. Područje zapošljavanja studenata upravnih studija široko je i veliko, ali je politička volja da se zapošljavaju prikladno i kvalitetno obrazovani ljudi koji su uz obrazovanje stekli i etičke i vrijednosne temelje rada za opće dobro i u javnom interesu nedovoljno izražena. Upravno obrazovanje u društvu ima nedostatan dignitet, a stav tijela javne uprave prema prvostupnicima nije ohrabrujući, iz iskustva svojih kolega iznio je Glamočak. Čelnici tijela uglavnom imaju negativan stav prema službenicima koji se obrazuju, formalni uvjeti za raspored na radno mjesto prilagođavaju se partikularnim interesima, a cjeloživotno učenje nije na cijeni, rekao je iz svog iskustva rada u praksi g.

Kuhar, dok je mr. sc. Kemeter navela neka pozitivna iskustva Grada Čakovca s prvostupnicima javne uprave.

Nakon ove otvorene i konstruktivne diskusije u kojoj je pokazana svesrdna podrška rektora, dekana, studenata i ostalih sudionika okruglog stola daljnjoj izgradnji sustava upravnog obrazovanja pri Sveučilištu u Zagrebu i njegovoj adaptaciji globalnim trendovima, uslijedili su komentari, primjedbe i zaključci publike, koji su najviše bili usmjereni na isticanje specifičnosti javne uprave kao poslodavca, potrebi da prepozna kadar koji joj stoji na raspolaganju te ulozi Ministarstva uprave u pokretanju promjene. Okrugli stol okončan je zaključkom prof. Koprića da je tema prepoznata, podrška postoji, a zadaća je sada na struci, koja mora nastaviti ići istim putem i nadograđivanjem na već postignute rezultate ostvariti one ciljeve koji su na okruglom stolu istaknuti. Pisani prilozi s okruglog stola dostupni su na *web*-stranici Instituta za javnu upravu (www.iju.hr).