

Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 8 | Br. 2 | 2019

ČLANCI

"Svoga tela gospodar" – Europska složena republika i kontrola *ultra vires* djelovanja tijela EU-a

Ana Horvat Vuković

Payment of the capital contribution of a company limited by shares in a cryptocurrency

Rino Siffert, Siniša Petrović, Tomislav Jakšić

Upravljanje sukobom interesa u sustavu javne nabave

Ljiljana Mavračić Tišma

Može li se sudskom odlukom nadomjestiti suglasnost suvlasnika za uspostavu etažnog vlasništva?

De lege lata i de lege ferenda

Dino Pivac

PRIKAZ

Charles Habib Malik and reflections of a Lebanese multi-religious landscape

Vanja Ivan Savić

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

Glavni urednik / Editor-in-chief

izv. prof. dr. sc. Đorđe Gardašević

Izvršni urednik / Executive editor

doc. dr. sc. Zoran Burić

Tehnički urednik / Technical editor

Krunoslav Fučkor

Uredništvo / Editorial board

prof. dr. sc. Zlata Đurđević, izv. prof. dr. sc. Hano Ernst, izv. prof. dr. sc. Viktor Gotovac, izv. prof. dr. sc. Lana Ofak, doc. dr. sc. Henrik Riko Held, doc. dr. sc. Tomislav Jakšić, doc. dr. sc. Ivan Kosnica, doc. dr. sc. Goranka Lalić Novak, doc. dr. sc. Hrvoje Lisičar, doc. dr. sc. Sunčana Roksandić Vidlička, doc. dr. sc. Iva Savić, doc. dr. sc. Ružica Šimić Banović, doc. dr. sc. Tena Hoško, dr. sc. Rutvica Rusan Novokmet

Međunarodno uredništvo / International editorial board

prof. dr. sc. Gordan Kalajdziev, Pravni fakultet Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij u Skopju, Makedonija; prof. dr. sc. Barbara Kresal, Fakultet za socijalni rad, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; prof. dr. sc. Nele Matz-Luck, direktorica na Walther Schücking Institutu za međunarodno pravo, Sveučilište u Kielu, Njemačka; prof. dr. sc. Meliha Povolakić, Pravni fakultet, Sveučilište u Sarajevu, Bosna i Hercegovina; prof. dr. sc. Charles Szymanski, Pravni fakultet, Vytautas Magnus Sveučilište, Kaunas, Litva; prof. dr. sc. Katja Šugman Stubbs, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; izv. prof. dr. sc. Polonca Kovač, Fakultet za javnu upravu, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; izv. prof. dr. sc. Vasilka Sancin, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; doc. dr. sc. Miloš Živković, Pravni fakultet Sveučilišta u Beogradu, Srbija; prof. dr. sc. Paul Cardwell, profesor prava, Sveučilište Strathclyde, Glasgow, Škotska; dr. sc. Mitja Grbec, Fakultet za pomorstvo i promet, Portorož, Slovenija; prof. dr. sc. Jurij Toplak, Sveučilište u Mariboru, Slovenija; dr. iur. Nataša Hadžimanović, Max Planck Institut, Hamburg, Njemačka.

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 Republike Hrvatske 14, 10 000 Zagreb

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

SADRŽAJ

ČLANCI

Ana Horvat Vuković

"Svoga tela gospodar" – Europska složena republika i kontrola *ultra vires* djelovanja tijela EU-a 77

Rino Siffert, Siniša Petrović, Tomislav Jakšić

Payment of the capital contribution of a company limited by shares in a cryptocurrency 95

Ljiljana Mavračić Tišma

Upravljanje sukobom interesa u sustavu javne nabave 115

Dino Pivac

Može li se sudskom odlukom nadomjestiti suglasnost suvlasnika za uspostavu etažnog vlasništva? *De lege lata* i *de lege ferenda* 145

PRIKAZ

Vanja Ivan Savić

Charles Habib Malik and reflections of a Lebanese multi-religious landscape 175

CONTENTS

ARTICLES

Ana Horvat Vuković

“Master of one's own body”: the European compound republic and scrutiny of *ultra vires* activities of EU bodies 77

Rino Siffert, Siniša Petrović, Tomislav Jakšić

Payment of the capital contribution of a company limited by shares in a cryptocurrency 95

Ljiljana Mavračić Tišma

Managing conflict of interests in the public procurement system 115

Dino Pivac

Can the required co-owners' consent for the establishment of condominium ownership be replaced by a court decision? *De lege lata* and *de lege ferenda* 145

REVIEW

Vanja Ivan Savić

Charles Habib Malik and reflections of a Lebanese multi-religious landscape 175

ČLANCI

„SVOGA TELA GOSPODAR“ – EUROPSKA SLOŽENA REPUBLIKA I KONTROLA *ULTRA VIRES* DJELOVANJA TIJELA EU-a¹

Izvorni znanstveni rad

UDK 341.176(4)EU

342.24(4)EU

341.213(4)EU

061.1(4)EU

342.565.2(430)

Primljeno: 18. travnja 2019.

Ana Horvat Vuković *

U radu se analiziraju mogućnosti država članica EU-a da kroz doktrinu ultra vires nadziru poštovanje načela ograničenog prijenosa ovlasti u djelovanju europskih tijela. U prvom dijelu rada izlaže se teorija o EU-u kao složenoj republici, utemeljenoj na ravnopravnosti i međusobnom poštovanju autonomije njezinih sastavnica, te se ističe potreba za prihvaćanjem federalističke teorije u cilju osiguranja međusobne akomodacije institucija EU-a (kao derivativnog pravnog poretka) i država članica kao gospodarica njezine strukture i ovlasti. Drugi dio analizira pogrešnost ideje o imunitetu EU-a od zakonitosti federalističke teorije, koje naglašavaju konsenzualnost u donošenju odluka i odriču mogućnost stjecanja ovlasti arogacijom. Odbacuje se (navodno spontano razvijeni) samoovlašćujući normativni autoritet EU-a kao poretka neovisnog o nacionalnim legitimirajućim instrumentima, problematizira pristup „ustavnog pluralizma“ i argumentira u korist rješavanja problema „ustavne heterarhije“ na način da se prihvati ultimativni normativni i politički autoritet država članica i njihovih ustavnih dokumenata. U trećem se dijelu prikazuje jurisprudencija izabranih najviših nacionalnih sudova članica EU-a, prvenstveno njemačkog Saveznog ustavnog suda, te proceduralni i supstancijalni kriteriji provedbe ultra vires kontrole kojima se oni koriste. Konačno se zaključuje kako ultra vires kontrolu najviših nacionalnih sudova članica EU-a treba pozdraviti kao sredstvo borbe protiv nelegitimne ekspanzije ovlasti Unije, tj. kao instrument osiguranja kako vladavine prava i vrednota konstitucionalizma tako i dugoročne stabilnosti europske integracije.

Ključne riječi: EU, dioba vlasti, *ultra vires* kontrola, ustavna heterarhija, Njemački savezni ustavni sud

1. UVOD

S gledišta država članica EU-a produbljivanje integracije nosi povećanu odgovornost za nadzor nad postupanjem europskih tijela i njihovim pridržavanjem ograničenja nametnutih kako Lisabonskim ugovorom tako i nacionalnim ustavima (te na njima

* Doc. dr. sc. Ana Horvat Vuković, Katedra za ustavno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

¹ Ovaj je rad izrađen u okviru znanstveno-istraživačkog projekta Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu za 2018. godinu.

utemeljenim legitimirajućim aktima). Proceduralno su u praksi najviših nacionalnih sudova u tu svrhu formulirana tri mehanizma. Uz povijesno najstariji – nadzor poštovanja minimalnih standarda zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda – tu nalazimo i doktrinu ustavnog identiteta te *ultra vires* kontrolu. U ovome radu bavimo se posljednjim sredstvom, tj. kontrolom koju najviši nacionalni sudovi provode nad poštovanjem načela ograničenog prijenosa ovlasti. Ističemo pogrešnost ideje o imunitetu EU-a od provođenja takve kontrole, koja neminovno slijedi iz temeljnih postulata složene republike, pa se kao takva i koristi u praksi najviših sudova Njemačke, Češke, Danske, Mađarske, Poljske i Belgije, te dajemo pregled njezine konstrukcije. Rad zaključujemo sugestijama o komparativnopravnim poukama koje bi bez odlaganja valjalo primijeniti u djelovanju Ustavnog suda Republike Hrvatske.

2. EVOLUCIJA UNIJE: EUROPSKA SLOŽENA REPUBLIKA

Začeta u plemenitoj ideji Manifesta s otoka Ventotene o „uspostavi međunarodnog jedinstva“,² evolucija Unije pratila je impresivnu putanju. Suprotno današnjem naglašavanju ustavnog identiteta članica EU-a kao „vruće teme“ europskog ustavnog prava,³ Manifest je sastavljan u jeku tragičnog globalnog rata te je stoga podozrivo gledao prema „presijavajućoj lavi narodnih strasti“ i opasnostima ponovnog povratka u poznate (nacionalističke) „apsurdne“ kalupe. Kao integracija zasnovana na ideji supranacionalizma, EU se u svojem začetku jukstaponirala destruktivnom nacionalizmu i jasno je odražavao skepticizam prema naglašavanju suvereniteta država.⁴

Iz današnje perspektive možemo ocijeniti da se prešutno radilo o nadi dostizanja Omega točke⁵ paneuropske federacije, no na deklarativnom planu EU od samog početka pati od izostanka definirane, konsenzualne ideje o cilju tog političkog projekta. Elazar i Greilsammer nalaze da je „u mnogočemu proces integracije u Europi bio sasvim suprotan onome u Americi: integracija je u Europi težila tome da bude prepoznata kao vrijednost sama po sebi, miješajući sredstva s ciljevima, pa je propitivanje tipa vladavinskog sustava, kao i prirode cijelog političkog pothvata, zaista počelo tek onda kada je ovaj proces počeo donositi neke rezultate“.⁶ Iako takav „*we'll see how it goes*“ pristup može djelovati osvježavajuće, njegova kaotičnost uzrokuje rastuću potrebu država članica za

² Altiero Spinelli, Ernesto Rossi, *Ventotene Manifest* („*For a Free and United Europe*“), 1941, na: <http://www.federalists.eu/uef/library/books/the-ventotene-manifest/>, 28. ožujka 2019.

³ Pietro Faraguna, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, *Brooklyn Journal of Constitutional Law*, vol. 41, no. 2, 2016, str. 492.

⁴ Leonard F. M. Besselink, *National and Constitutional Identity Before and After Lisbon*, *Utrecht Law Review*, vol. 6, no. 3, 2010, str. 39.

⁵ Termin filozofa Pierrea Teilharda de Chardina o evolutivnoj prirodi Svemira, gdje materija evoluirala intencionalno, dok se konačno ne sjedini u „Omega točki“ potpune svjesnosti. - Udias, A., *Jesuit Contribution to Science: A History*, Springer, 2014, str. 213.

⁶ Daniel Elazar, Ilan Greilsammer, *Federal Democracy: The USA and Europe Compared - A Political Science Perspective*, u: Capeletti, M.; Secombe, M.; Weiler, J. (ur.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, de Gruyter, Berlin, 1985, str. 84-85, prema: Andrew Glencross, *E Pluribus Europa? Assessing the Viability of the EU Compound Polity by Analogy with the Early US Republic*, European University Institute, Firenca, svibanj 2007., str. 87.

uspostavom reda sve glasnijim isticanjem neprekoračivih granica vlastite autonomije. Desetljećima održavan *Pax Europaea* – danas (kratkovidno) tretiran kao samorazumljiva danost⁷ – nije prikladan *ratio existendi* integracije koja se inkrementalno širi. Štoviše, nada u stvaranje europske federacije doživjela je konačni poraz propašću Ustavnog ugovora 2005. u pogrešno procijenjenom ustavnom trenutku.⁸ Lisabonski ugovor jasno odražava njezino napuštanje, tako da je i samo načelo supremacije prava EU-a, po prvi put artikulirano prije već više od pola stoljeća, u njemu tek spomenuto u jednoj (br. 17.) od niza deklaracija pridodanih Ugovoru.⁹ U sedmom desetljeću postojanja Unije nema dakle jasne narativne vodilje koja bi upravljala budućnošću integracije (pa ne čudi njezina aktualna politička i ekonomska stagnacija). No ta nam činjenica ne smije poslužiti kao izlika za negiranje temeljnih postavki federalističke teorije, primjenjive čak (ili možda osobito?) na takve netipske oblike međudržavnih integracija. Spontanost evolucije ograničena je barem zahtjevima koji proizlaze iz njezine potrebe za legitimitetom, dakle zahtjevom voljnosti/konsenzusa članica.

Sa stajališta ustavne teorije EU nije podložna jednostavnom svrstavanju u neki od tipiziranih organizacijskih oblika kojima se ozbiljuje federalno načelo.¹⁰ Slično istinskoj federalnoj državi, ona uspostavlja izravan odnos s građanima pojedinih država članica, posjeduje zajedničku valutu i tržište te jamči temeljne tržišne i ljudske slobode.¹¹ No te iste članice ostaju zasebni subjekti međunarodnog prava, vode vlastitu obrambenu politiku i ustrajno naglašavaju derivativni karakter Unije kao tvorevine legitimirane i na životu održavane nacionalnim ustavima (v. *infra*). Područja najvažnija građanima (fiskalna i redistributivna politika, obrazovanje ili obrana) izvan su nadležnosti Unije, a donošenje odluka na polju integracije ima prvenstveno međuvladin karakter (pa i kad posve zaobilazi pravni i institucionalni okvir Unije, kao kod odgovora na euro-krizu).¹² No je li nam precizno pozicioniranje Unije na nekoj točki spektra federalnog načela uopće potrebno? Održivost ustavnih koncepata ne proizlazi iz opredjeljenja za „federalno“ ili „konfederalno“ uređenje, već iz izvanustavnih i općenito izvanpravnih uvjeta.¹³ Ti uvjeti –

⁷ S obzirom na „više od šest desetljeća doprinosa unapređenju mira i pomirenja, demokracije i ljudskih prava u Europi“, Unija je bila i dobitnica Nobelove nagrade za mir u 2012. godini.

⁸ Branko Smerdel, *European Union: The Continuing Process of Constitutional Choice*, na: https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/EUROPEAN_UNION_THE_CONTINUING_PROCESS.doc str. 1, 28. ožujka 2019.

⁹ Deklaracija je neassertivnog karaktera, tek se referira na mišljenje Pravne službe Vijeća od 22. lipnja 2007.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2FAFI%2FDCL%2F17>, 28. ožujka 2019.

¹⁰ O federalnom načelu v. Smerdel, B., *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2010, str. 215-219.

¹¹ Potonje se kognentno jamče tek od stupanja na snagu Lisabonskog ugovora 2009. godine budući da je Povelja temeljnih prava EU-a iz 2000. godine do tada imala snagu tek *soft law* instrumenta. Zbog njihove opsežnosti, pitanja razvoja zaštite ljudskih prava u praksi Europskog suda od sredine 70-ih godina 20. stoljeća do danas, sadržaja Povelje i njezine interakcije s jamstvima nacionalnih europskih ustava i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (i utjecaja na snižavanje tih jamstava) ne mogu biti adekvatno obrađena u ovom radu.

¹² Ana Horvat Vuković, *Rule of Law and Economic Exigency in „Postdemocratic executive federalism“: Some Constitutional Issues of the Euro Crisis*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 38, no. 2, 2017.

¹³ Branko Smerdel, *Convention on the Future of Europe and the Process of Constitutional Choice*, The Federal Trust for Education and Research online paper 35/03, 2003, str. 4.

trajno nepostojanje europskog *demos*a i zajedničkog komunikacijskog prostora, nepovjerenje u europske institucije, nepoznavanje njihovih temeljnih nadležnosti, ustrajan demokratski deficit, političko nepovjerenje i fragmentacija među državama, pogoršani euro- i migrantskom krizom ukazuju na krizu identiteta Unije. Na to nadovezana podozrivost članica prema integracionističkoj agendi i vezanoj arogaciji ovlasti Suda pravde dovodi do podebljavanja orisa *nacionalne* države i njezine autonomije. Europski odgovor na tu rastuću potrebu država članica tek je jedno neodređeno jamstvo nacionalnih identiteta u Lisabonskom ugovoru, dok Europska komisija u Bijeloj knjizi 2017. nudi ne jedan, nego pet scenarija razvoja Unije.¹⁴ Važno je opaziti da Komisija te scenarije nudi tek kao „poticaje za razmišljanje“,¹⁵ implicirajući prepuštanje inicijative članicama¹⁶ kao „gospodaricama Ugovora“.¹⁷ Takvo je suzdržavanje zaista politička nužnost s obzirom na to da je Komisija, zahvaljujući rekordno niskom povjerenju u tu političku elitu, koja djeluje bez izravne demokratske odgovornosti, „jedinstveno neprikladna“ za predvođenje reforme Unije.¹⁸

Bilo bi dobrodošlo kada bi odustajanje od mogućnosti tehnokratskog navođenja evolucije EU-a bilo odraz konačnog predavanja postulatima ustavne teorije izbora, koja je u inačici prikladnoj za promišljanje budućnosti Unije najbolje artikulirana u radovima Vincenta Ostroma pod nazivom politička teorija složene („*compound*“) republike.¹⁹ U takvoj je republici politički sustav sastavljen od usporednih i međusobno preklapajućih vlasti, od više centara autoriteta, koji zastupaju međusobno suprotstavljene interese. U ovom elegantnom modelu upravo je taj – intencionalni - multiplicitet ono što osigurava antihijerarhijski i antihegemonistički karakter republike.²⁰ Demokratski model takva složenog sustava organizacijski je nužno drugačiji od njegovih (unitarnih) sastavnih dijelova²¹ i oslanja se na međusobno uravnotežujuće i oponirane strukture, koje građanima omogućuju dogovaranje u zajednički definiranim područjima, uz višestruke mogućnosti ulaganja veta. Tenzija između centrifugalnih i centripetalnih tendencija u ovom se modelu ne promatra kao nedostatak koji treba korigirati discipliniranjem „neposlušnih“ dijelova, već kao neizostavna karakteristika sustava koja generira potrebu

¹⁴ Europska komisija, *White Paper on the Future of Europe – Reflections and Scenarios for the EU27 by 2025*, COM(2017)2025 od 1. ožujka 2017., na: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/white_paper_on_the_future_of_europe_en.pdf, 28. ožujka 2019.

¹⁵ *Ibid.*, str. 15.

¹⁶ Armin Cuyvers, *Five Scenarios for Europe*, *Verfassungsblog* od 10. travnja 2017., na: <http://verfassungsblog.de/five-scenarios-for-europe-understanding-the-eu-commissions-white-paper-on-the-future-of-europe/>, 28. ožujka 2019.

¹⁷ *Maastricht* odluka od 12. listopada 1993., BVerfGE 89, 155.

¹⁸ James Bartholomeusz, *Juncker's White Paper Has the Answers – and That is the Great Tragedy*, Heinrich-Böll-Stiftung European Union, 23. ožujka 2017., na: <https://eu.boell.org/en/2017/03/23/junckers-white-paper-has-answers-and-great-tragedy>, 28. ožujka 2019.

¹⁹ Smerdel, *op. cit.* u bilj. 8, str. 1.

²⁰ Fabbrini, S. (ur.), *Democracy and Federalism in the European Union and the United States: Exploring Post-National Governance*, Routledge, 2005, str. 12.

²¹ *Ibid.*, str. 13. Za razliku od Lijphartovih ideal-tipova majoritarne i konsenzualne demokracije Fabbrini „složenu demokraciju“ definira kao treći analitički model, koji počiva na višestrukim diobama vlasti - Sergio Fabbrini, *The Constitutionalization of a Compound Democracy: Comparing the European Union with the American Experience*, Constitutionalism Web-Papers, ConWEB br. 3/2008, str. 5.

za pregovorima i konsenzusom. Tenzije su te koje osiguravaju homeostazu, pa su doktrine ustavnog identiteta i *ultra vires* kontrole iz te perspektive zdrave „push back“ strategije, koje prisiljavaju Sud pravde i druge institucije EU-a na akomodaciju u istinskom federalističkom duhu.²² U takvu pristupu, koji prvenstveno naglašava ravnopravnost i glas svih sudionika, nedefinirana priroda unije ne može biti korištena kao izlika za arogaciju ovlasti.²³

Ta je federalistička teorija stoga čvrsto uporište ponajprije manjih članica. Kako ističe Smerdel, narav politike nepromjenjiva je i tendencije zlouporabe moći uvijek su prisutne u političkom procesu, pa su interesni sukobi sastavni dio političkog procesa.²⁴ Rješenje je inzistirati na primjeni federalističke teorije kako ne bismo pretrpjeli ozbiljne posljedice i razočaranja.²⁵ S hrvatskog gledišta naš je Ustav povijesno „sredstvo zaštite državnog identiteta u različitim oblicima državnih saveza... dakle ustav se razumijevao kao štit, usmjeren prema vani“.²⁶ Takvo iskustvo pomaže u pridržavanju trezvenih očekivanja i razmatranja objektivnih mogućnosti osiguravanja vlastitih interesa u Uniji.²⁷ Nipošto nije pametno odreći se ustava kroz prihvaćanje nekvalificirane supremacije EU-a. Ravnopravnost, poštovanje različitosti, uvažavanje interesa i konstitutivnog značaja udruženih entiteta osnovni su postulati federalističke teorije.²⁸ Nije stoga teško na njezinu temelju konstruirati osnove nadležnosti najviših nacionalnih sudova za nadzor pridržavanja granica prenesenih ovlasti. Neki ustavi tu su izričiti, pa tako Ustav Republike Hrvatske u čl. 2. jamči državni suverenitet i autonomiju odlučivanja o opsegu i identitetu ovlasti prenesenih na saveze s drugim državama.²⁹ Odbacujući primitivno načelo tekstualne interpretacije, sustavna metoda zahtijeva da upravo ta odredba kvalificira voljnost Ustava da na hrvatskom teritoriju primjenjuje akte prihvaćene u institucijama EU-a (čl. 145.). Obveza je svake članice da nadzire pridržavaju li se tijela Unije povjerenih ovlasti u svojem postupanju i odlučivanju. Kontrola konstitutivnih dijelova nad funkcioniranjem cjeline njihovo je neotuđivo pravo, nepodložno osporavanju kroz autopoietično samoodređivanje granica ovlasti od strane europskih tijela.

²² Glencross, *op. cit.*, str. 60.

²³ Smerdel, *op. cit.* u bilj. 8, str. 1.

²⁴ Branko Smerdel, *Primjena federalnog načela i pouke ustavne reforme iz 1971.*, u: Smerdel, B. (ur.), *Primjena federalnog načela i pouke ustavne reforme 1971.*, Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, Zagreb, 2007, str. 20.

²⁵ *Ibid.*, str. 21.

²⁶ Branko Smerdel, *Hrvatska ustavnost u Europskoj uniji – Apel eurorealista*, 5 *Studia lexicographica* 1 (2011), str. 9.

²⁷ *Ibid.*, str. 11.

²⁸ Smerdel, *op. cit.* u bilj. 10, str. 216.

²⁹ Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 8/98 – pročišć. tekst, 113/00, 124/00 – pročišć. tekst, 28/01, 41/01 – pročišć. tekst, 55/01 - ispravak, 76/10, 85/10 – pročišć. tekst i 05/14 – Odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014. Stoga st. 2. čl. 143. izrijekom govori o „povjeravanju“ ovlasti. Zanimljivo je da pri tome citira čl. 140. i 141. Ustava, koji se odnose na međunarodne ugovore.

3. „KOMPETENZ-KOMPETENZ“ I IDEJA USTAVNE HETERARHIJE

Američkom predsjedniku Abrahamu Lincolnu pripisuje se da je rado citirao narodnu izreku: „Koliko nogu ima pas ako nazovemo njegov rep nogom? Četiri – nazivanje repa nogom i dalje ga neće pretvoriti u nogu“. ³⁰ Weilerov metanarativ „integracije kroz pravo“ fokusiran na Sud pravde prikazuje njegovu izrazito političku ulogu promotora sve dublje integracije i europeizacije. ³¹ Dan-danas osporavan „izum“ nadređenosti europskog prava, zajedno s doktrinom izravnog učinka, predstavlja temelje „novog pravnog poretka“ ³² i konstitucionalizacije Unije. ³³ Temeljeći autonomiju tog poretka na navodno izravnom odnosu Unije s europskim narodima, Sud se zarana upustio u projekt izgradnje nezavisnog normativnog autoriteta Zajednica. ³⁴ Činjenica je da je za tu arogaciju ovlasti korištena slaba argumentacija i da su ta načela deklarirana u „ustavnom vakuumu“. Sud nije posjedovao ni ustavnu infrastrukturu ni izvore prava koji bi mu dodjeljivali takvu ustavnu ovlast, ³⁵ već samo visoku razinu „odvažne samopercepcije“. ³⁶ Ključno je dakle pitanje razgraničenja autonomnih nacionalnih domena od „puzajućih kompetencija“ Unije – tko je nadležan za nadzor nad poštovanjem načela izričitog prijenosa ovlasti čl. 5. TEU-a? Na taj problem „Kompetenz-kompetenz“ Sud pravde odgovara drugačije od nacionalnih ustavnih sudova, što dovodi do dvije divergentne vizije federalističke matrice u kojoj treba konceptualizirati budući razvoj Unije. Pitanje kojem od sukobljena dva zahtjeva za priznavanjem ultimativnog pravnog autoriteta dati prioritet više nego ijedno drugo razotkriva šizmu oko pitanja prirode Unije i njezina odnosa s članicama.

Ovaj u osnovi ustavni sukob proizlazi iz multipliciteta pravnih izvora te ga pristupi ujedinjeni pod egidom „ustavnog pluralizma“ ³⁷ različito rješavaju. Smatramo da je od

³⁰ William Safire, *Calling a Tail a Leg*, The New York Times od 22. veljače 1993.

³¹ Antonine Vauchez, „Integration-through-law“ – *Contribution to a Socio-history of EU Political Commonsense*, EUI Working Paper RSCAS 2008/10, European University Institute, na: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/8307/RSCAS_2008_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 28. ožujka 2019. Anne Peters čak ide tako daleko da Europskom sudu pridaje značaj permanentne *pouvoir constituante* s autonomnom (!) sposobnošću dodjeljivanja normativnog autoriteta europskom pravu – Příbáň, J., *Self-Constitution of European Society: Beyond EU Politics, Law and Governance*, Routledge, 2016, str. 15.

³² Case 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, ECLI:EU:C:1963:1.

³³ Ne postoji europski ustav u formalnom smislu. No Europski sud, počevši od slučajeva *Van Gend* i *Costa* (Case 6/64 *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66), promiče shvaćanje o osnivačkim ugovorima kao kvazi-ustavnim dokumentima. Koncept konstitucionalizacije posve je empirijski, no ipak posjeduje realne normativne implikacije – Fabbrini, *op. cit.* u bilj. 21, str. 7. Grimm je skeptičan prema korištenju „konstitucionalističkog“ diskursa u ovom smislu – Dieter Grimm, *Integration by Constitution*, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, str. 208.

³⁴ Nadređenost i izravan učinak mogli su, umjesto toga, lako biti utemeljeni na legitimirajućim instrumentima nacionalnih ustavnih poredaka - Miguel Poiares Maduro, *The Importance of Being Called a Constitution: Constitutional Authority and the Authority of Constitutionalism*, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, str. 336-337.

³⁵ Augenstein, D., *Integration Through Law“ Revisited: The Making of the European Polity*, Routledge, 2016, str. 15.

³⁶ Weiler, J., *The Constitution of Europe: „Do the New Clothes Have an Emperor?“ and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, 1999, str. 24.

³⁷ Kao *locus classicus* ovdje navodimo rad Neila Walkera, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002. Halberstam definira „ustavni pluralizam“ kao pluralizam ustavnih sustava čije pravne norme i izvori stoje u međusobnom odnosu sukoba i uzajamnog priznavanja - Daniel Halberstam, *Constitutional*

primarne važnosti da prilikom njihove procjene zadržimo svijest o činjenici da u razvoju Unije nema ničeg što ne bi moglo biti kontrolirano osnovnim zakonitostima klasične federalističke teorije. Neovisno o trenutnoj slici Unijina odnosa s članicama i projekcijama njegova daljnjeg razvoja, on počiva na konsenzusu između država Europe i njime mora biti omeđen. Status članica kao „gospodarica [osnivačkog] ugovora“ ne ovisi o dopusnici Suda pravde, već je kamen-temeljac europske ustavne arhitekture. Pitanje budućnosti EU-a ne može biti rješavano odlukama Suda, već mora počivati na konsenzusu legitimiranom kroz ustavne odluke naroda Europe.³⁸ S tog gledišta ne možemo se složiti s Walkerovom tvrdnjom da se EU autonomno razvila dalje od svojih prvotnih ograničenja na način da sada postavlja nezavisan zahtjev normativnog autoriteta ravnopravno suprotstavljenog onomu država članica.³⁹ Taj nezavisni normativni autoritet pokušava se (počevši od slučaja *Van Gend en Loos*) bazirati na tumačenju Europskog suda da su osnivački ugovori sporazum među narodima (umjesto državama) Europe te da tako izravno legitimiraju europsko pravo i pridaju Uniji suverene ovlasti.⁴⁰ Na takav se samostalan pravni autoritet, tvrdi Maduro, nadovezuje povećani i nezavisni *politički* autoritet, koji – tvrdi – sve više autonomno definira oblike i ciljeve političkog djelovanja Unije.⁴¹ Europska pravila navodi kao primjer „nepotpuno teoretiziranih dogovora“ („*incompletely theorized agreements*“), tj. sporazuma postignutih uz pristajanje na toleranciju različitih polazišnih normativnih pretpostavaka.⁴² Halberstam pak tzv. „ustavnu heterarhiju“ – navodno otvoreni karakter pitanja kome pripada konačni pravni autoritet u Uniji – smatra središtem arhitekture zajednice i intencionalnim elementom njezina poretka.⁴³ Dozvoljava da ta heterarhija nije simptom tvrdoglavosti članica koji bi valjalo slomiti, već prilika za uzajamno uvažavanje i akomodaciju dva sustava. Time on polazi od neprihvatljivog prihvaćanja samoovlašćujućeg normativnog autoriteta jednog derivativnog pravnog poretka i ima trpki prizvuk milosrdnog ustupka zahtjevima članica radi smanjivanja izglednosti velikih ustavnih sukoba u Uniji.⁴⁴

Činjenica jest da je akomodacija europskog i nacionalnih pravnih poredaka odlučujuća karakteristika europskog federalističkog projekta, no iz posve drugačijih razloga. Umjesto

Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States, Public Law and Legal Theory Working Paper, br. 111, lipanj 2008., str. 11.

³⁸ To je i stajalište BVerfGE-a, koji upućuje na neprihvatljiv demokratski strukturni deficit u scenariju u kojem bi Unija dosegla razinu ovlasti koja odgovara federalnoj državi bez istodobnog podizanja razine demokratske legitimacije. Europski parlament morao bi biti središtem institucionalnog sustava, biran putem jednakog prava glasa pripadnika novog, federalnog naroda - Christoph Schönberger, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones at Sea*, German Law Journal, vol. 10, no. 8, 2009, str. 1206.

³⁹ Walker, *op. cit.*, str. 337. Dok je nesporno da takav zahtjev postoji, on ujedno nije i legitiman.

⁴⁰ Maduro, *op. cit.* u bilj. 38, str. 337, citirajući *Van Gend en Loos*, 12.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Miguel Poiares Maduro, *Interpreting European Law – Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, Instituto de Empresa Law School, Working Paper WPLS08-02 od 5. veljače 2008., str. 6. Takvu koncepciju naziva „kontrapunktnim pravom“, gdje različita promišljanja supremacije prava EU-a mogu biti međusobno kompatibilna sve dok dovode do identičnih rezultata – *ibid.*, str. 12.

⁴³ Halberstam, *op. cit.*, str. 3. Tvrdnja je da ta heterarhija odražava decentraliziranu i spontanu međusobnu akomodaciju raznih ustavnih aktera (EU-a i država članica).

⁴⁴ O nezadovoljavajućoj prirodi takve „teške idealizacije“ sukoba v. Alexander Somek, *Monism: A Tale of the Undead*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, no. 10-22, lipanj 2010., str. 29.

na neautoriziranoj mutaciji instrumenta u samolegitimirajući cilj, taj se diskurzivni proces temelji na fundacijskoj ulozi članica, koje si u institucionalnom inženjeringu Unije kao kontroliranom projektu dobrovoljno nameću obveze koje proizlaze iz članstva sukladno obvezi poštovanja elementarnog međunarodnog pravnog pravila *pacta sunt servanda*. Europskom terminologijom, obveza iskrene suradnje poštuje se ne kao izraz prepoznavanja autonomnog normativnog autoriteta Unije, već kao samonametnuta obveza pridržavanja uvjeta međunarodnog ugovora u dobroj vjeri. Kontinuirana egzistencija sudbeno konstruiranog načela supremacije prava EU-a omogućena je *dobrovoljnim* pristajanjem članica na praktične nužnosti osiguravanja učinkovitosti europskog prava – uvjetovano i ograničeno zahtjevima njihovih individualnih ustavnih poredaka. Bilo bi pogrešno zaključiti da matrična konfiguracija složene europske republike u svojoj eliminaciji grube hijerarhije cilja na ukidanje jasnog „*bottom-up*“ karaktera zajednice. Ona, naprotiv, smjera dokidanju plošne dominacije, ne negirajući vlastitih strukturnih ograničenja kako bi se legitimirala reinterpretacija naravi Unije. Somek zaključuje da je „ustavni pluralizam“ na razini EU-a samo reformulacija monističkog pogleda. Pitanje konačnog normativnog autoriteta *nije* neodlučeno jer bi nacionalni sudovi u slučaju prihvaćanja bezuvjetne supremacije prava EU-a postali agenti tog supranacionalnog sustava i prekinuli vezu s nacionalnim sustavom.⁴⁵ EU nema načina da prisili nacionalne sudove na donošenje odluka suprotnih pravu EU-a, pa dok god su države voljne platiti cijenu neposluha, konačna ovlast za rješavanje sukobljenih tvrdnji o supremaciji pripada njima.⁴⁶

Govoreći o ustavnom pluralizmu, Maduro priznaje da je supremacija prava EU-a osporavana od strane nacionalnih ustavnih sudova. U tom smislu navodi da je normativni autoritet Unije daleko od neupitnog te je predmet pregovora.⁴⁷ Prema stajalištu artikuliranom npr. u Njemačkoj i Danskoj, činjenica da je EU kreacija međunarodnog ugovora nužno znači da je sudjelovanje članica uvjetovano pridržavanjem granica koje postavljaju nacionalni ustavni poreci. U Bellamyjevoj formulaciji republikanskog načela nedominacije poštovanje ultimativnog suvereniteta članica predstavlja ključno sredstvo zaštite tog načela⁴⁸ i već uspostavljeni, stabilni okvir za smisleno ostvarivanje narodnog suvereniteta.⁴⁹ Javne politike moraju se bazirati na razlozima koji se bar nominalno jednako primjenjuju na sve jer promoviraju dijeljeni javni interes. Demokratska legitimacija stoga ovisi i o vezi koju oni koji donose takve kolektivne odluke dijele.⁵⁰

⁴⁵ Alexander Somek, cit. prema Maduro, *op. cit.* u bilj. 47, str. 6.

⁴⁶ (Ne slažući se) Maduro, *Three Claims of Constitutional Pluralism*, u: Avbelj, M.; Komarek, J. (ur.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, 2012, str. 73.

⁴⁷ Maduro, *op. cit.* u bilj. 47, str. 1.

⁴⁸ Richard Bellamy, *A European Republic of Sovereign States: Sovereignty, Republicanism and the EU*, European Journal of Political Theory, lipanj 2016., str. 2.

⁴⁹ Kao pretpostojeća zajednica, nacija je ta koja građanima osigurava „komunitarni“ osjećaj. Ona je stoga jedina moguća domena demokracije - Daniel Innerarity, *Does Europe Need a Demos to be Truly Democratic?*, LSE „Europe in Question“ Discussion Paper Series br. 77/2014, srpanj 2014., str. 3.

⁵⁰ *Ibid.*, str. 9. Ugovorni poreci gdje su kontraktualne strane države članice ne sklapaju društveni ugovor među građanima. Dominantna u donošenju odluka jesu međuvladina tijela, gdje se vode pregovori i vrše pogodbe temeljem nacionalno fiksiranih preferencija i interesa. Takvi poreci ne odgovaraju normativnim kriterijima autonomnog političkog legitimiteta - Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum, *Bringing European Democracy*

Demos koji vrši demokratski proces kolektivnog odlučivanja nastaje na visokom stupnju međuovisnosti njegovih članova. Ujedno taj stupanj mora biti stabilan kroz produljeni period vremena. Građani moraju konstituirati „javnost“ kao komunikacijski prostor temeljen na dijeljenoj kulturi, zajedničkoj prošlosti, jeziku i običajima koji stvaraju osjećaj povezanosti u sličnosti razmišljanja i sudjelovanja u zajedničkom projektu.⁵¹ U svojoj „uronjenosti u legalistički sumrak“ jurnjave od direktive do direktive, od Ugovora do Ugovora, Europa zanemaruje potrebu za njegovanjem osjećaja političke zajednice.⁵² Europski je *demos* u tom smislu nepostojeći,⁵³ pa građani Europe ne konstituiraju narodnog suverena sposobnog osigurati da tijela EU-a djeluju temeljem njihova jednakog utjecaja i kontrole nad zajedničkim neposrednim interesima. Manjak solidarnosti sprječava usvajanje bilo kakvih redistributivnih politika (i proširivanje ovlasti EU-a u tom smislu) koje proizvode „gubitnike“ i „dobitnike“ pa zahtijevaju pristanak većine.⁵⁴ Sama kompleksnost i nepreglednost institucija EU-a i njihova djelovanja obeshrabruju građane da se informiraju o „europskim“ pitanjima za koja ionako osjećaju da su izvan njihova utjecaja. Sporedna uloga Europskog parlamenta trajni je dio europskog institucionalnog krajobraza, sa zastupnicima slabog izbornog legitimiteta.⁵⁵ Jasan pokazatelj toga jest i njegovo zanemarivanje u donošenju odluka vezanih uz euro-krizu.

4. „KOMPETENZ-KOMPETENZ“ U NACIONALNOJ USTAVNOSUDSKOJ PRAKSI – NJEMAČKI SAVEZNI USTAVNI SUD KAO „ZAPOVJEDNIK ORUŽANIH SNAGA“⁵⁶ NAJVIŠIH SUDOVA DRŽAVA ČLANICA

Gore iznesena razmatranja o razlozima odricanja „Kompetenz-kompetenz“ ovlasti europskim tijelima potvrđuje i praksa pojedinih najviših sudova država članica, među kojima se snagom argumenata i utjecajem najviše ističe Njemački savezni ustavni sud (BVerfGE). Koja je teorijska matrica u kojoj se on definira kompetentnim za nadzor pridržavanja načela prijenosa ovlasti? Njemačko ustavno pravo europsku integraciju

Back In, Or How to Read the German Constitutional Court's Lisbon Treaty Ruling, Centre for European Studies, Oslo, Working Paper br. 9, rujan 2010., str. 7.

⁵¹ *Ibid.*, str. 10.

⁵² Walker, *op. cit.*, str. 325.

⁵³ Nalazi Eurobarometra za 2017. godinu pokazuju da 44,2 % Europljana nije uopće ili nije „jako“ privrženo Europskoj uniji: <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Chart/getChart/chartType/gridChart//themeKy/26/groupKy/314/savFile/850>, 28. ožujka 2019. Više od 30 % Europljana također se ne osjeća građanima EU-a (uopće ili „ne baš“): <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Chart/getChart/chartType/gridChart//themeKy/50/groupKy/263/savFile/3>, 28. ožujka 2019.

⁵⁴ Stoga one ujedno zahtijevaju homogenu političku zajednicu i uzrokuju pretjerane društvene podjele u federalnoj zajednici - Majone, G., *Europe as the Would-be World Power*, Cambridge University Press, 2009, str. 65-66.

⁵⁵ Izbori europskih parlamentaraca bilježe stalan pad izlaznosti: od 1979. do 2014. taj je postotak u konstantnom opadanju, s početnih 61,99 % na 42,61 %. V. rezultate na: <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/en/turnout.html>, 28. ožujka 2019. U Republici Hrvatskoj taj je postotak poražavajućih 25,24 % za 2014. godinu.

⁵⁶ Faraguna, *op. cit.*, str. 522.

definira kao „*Staatenverbund*“⁵⁷ – savez suverenih država, koji se za razliku od „državne unije“ („*Staatsverband*“, koja se temelji na ustavu i izlazak iz koje se vrši putem secesije) temelji na slobodnoj reverzibilnosti odluke o sudjelovanju u međunarodnom ugovoru.⁵⁸ Odbacujući ideju „novog poretka“ imunog na zahtjeve federalističke doktrine, BVerfGE definira EU kao tvorevinu derivativnog i stoga sekundarnog karaktera.⁵⁹ Jednom uspostavljeni europski poredak može se razvijati uslijed prirodne želje za političkim samounapređivanjem,⁶⁰ ali samo na temelju i u okviru legitimirajućih nacionalnih odluka.⁶¹ Iako Unija pati od demokratskog deficita, crpiti će dovoljan legitimitet kroz nacionalne ovlašćujuće akte sve dok ne pokušava nadići svoja inherentna ograničenja. Izvor autoriteta Unije su narodi Europe i njihovi demokratski ustavi,⁶² a ne sporazum naroda razvedenih od svojih nacionalnih država.⁶³ EU ne posjeduje „suverenitet“ u smislu samodostatnosti koja bi bila utemeljena na autonomnim ustavnim dokumentima, već samo onu slobodu djelovanja koju joj dozvoljavaju primarni pravni entiteti – države članice.⁶⁴

Unija stoga ne može posjedovati „*Kompetenz-kompetenz*“ u situaciji gdje su njezine ovlasti ograničene načelom prijenosa i gdje se njihovo proširenje može postići samo slobodnim djelovanjem naroda u eksplicitnom postupku samoodređenja.⁶⁵ Te ovlasti moraju biti precizne, ograničene na definirana područja suradnje i nadzirane od strane nacionalnih ustavnih sudova⁶⁶ temeljem nacionalne odgovornosti za integraciju.⁶⁷ Nacionalni parlamenti tako i dalje ostaju jedina tijela koja mogu osigurati demokratsku osnovu legitimacije europskih odluka. „Suverena državnost“ („*souveräne Staatlichkeit*“) kao

⁵⁷ Neologizam skovan u *Maastricht* odluci (par. 181) kako bi označio razinu suradnje među državama koja se nalazi između razine obične međunarodne organizacije ili saveza i „obezdržavljenja“ članica – Christian Joerges, *Law, Economics and Politics in the Constitutionalization of Europe*, u: Dashwood, A. i dr. (ur.), Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2004, vol. 5, Hart Publishing, 2004, str. 138. No tek *Lissabon* juktaponira ovaj pojam pojmu *Bundestaat* (savezne države), transformirajući *Staatenverbund* iz deskriptivne kategorizacije stanja europske integracije u preskriptivno ustavno ograničenje budućeg razvoja - Daniel Thym, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court*, CMLR, vol. 46, 2009, str. 1799.

⁵⁸ *Lissabon* odluka, 2 BvE 2/08 od 30. lipnja 2009., par. 233. Ustav Republike Hrvatske također govori o udruživanju u „saveze s drugim državama“ (čl. 142.) u kojima zadržava suverena prava odlučivanja o identitetu i opsegu ovlasti koje povjerava i o slobodnom istupanju (čl. 2.). O definiciji pojma „*Verbund*“, v. Avbelj, Komarek, *op. cit.*, str. 143.

⁵⁹ *Lissabon*, par. 231.

⁶⁰ *Lissabon*, par. 237.

⁶¹ I neprekoračivih granica nacionalnih ustava - *Lissabon*, par. 231. Ako se prihvati to gledište, nemoguće je podržati Madurov zaključak o evoluciji Europe u zajednicu otvorenih i neodređenih političkih ciljeva - *op. cit.* u bilj. 38, str. 338.

⁶² Pa se u njemačkoj stručnoj literaturi taj tip zajednice ponekad naziva i *Verfassungsverbund*. Blanke, H.-J.; Mangiameli, S. (ur.), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, Springer, 2013, str. 65.

⁶³ Maduro, *op. cit.* u bilj. 47, str. 3.

⁶⁴ *Lissabon*, par. 231.

⁶⁵ *Lissabon*, par. 233, te *Maastricht* odluka, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155 od 12. listopada 1993., paras. 187-188.

⁶⁶ Par. 241. Treba primijetiti da u par. 240. BVerfGE postupak nadzora *ultra vires* djelovanja tijela Unije koristi i za nadzor načela supsidijarnosti. Iako se tu, striktno govoreći, ne radi o *ultra vires* kontroli, supsidijarnost regulira uvjete pod kojima se ovlast koja postoji zaista i smije koristiti - Frank Schorkopf, *The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, 10 German Law Journal (2009) 1219; 1231.

⁶⁷ *Lissabon*, par. 238.

osnova *Staatenverbund* koncepta nerazdvojna je od načela demokracije i „označava pacificirano područje i poredak koji se na njemu jamči na osnovi pojedinačne slobode i kolektivnog samoodređenja. Država nije ni mit ni cilj sam po sebi.“⁶⁸ Ne radi se o iteraciji klasične (i danas reinterpretirane u skladu s realnostima članstva u međunarodnoj zajednici) ideje državnog suvereniteta, nego o prepoznavanju *instrumentalne* uloge nacionalne države u osiguranju *telosa* ustavnosti – ljudskog dostojanstva i osobne autonomije.⁶⁹ Zaključak da konačni arbitri u omeđivanju kompetencija EU-a trebaju biti članice i njihovi ustavni sudovi s gledišta država neminovan je. S gledišta SPEU-a ova je vrsta kontrole možda i manje uznemiravajuća od koncepta ustavnog identiteta s obzirom na relativnu objektivnost *ultra vires* kontrole koja od svakog nacionalnog sustava očekuje da na sličan način tumači i primjenjuje članke osnivačkog ugovora.

BVerfGE je u predmetima *Lissabon*, *Honeywell*⁷⁰ i *Gauweiler*⁷¹ dao jasne proceduralne kriterije korištenja te nadzorne ovlasti, koji su dobro polazište i za razvoj prakse ostalih europskih najviših sudova. Posebno se to odnosi predmet *Honeywell*, gdje je BVerfGE 2010. godine ponovio maastrichtski naglasak na statusu članica kao „gospodarica Ugovora“.⁷² Potvrđen u *Lissabonu*, taj je status osnova jurisdikcije nacionalnih sudova da nadziru pridržavanje granica ovlasti europskih tijela kako su postavljene Ugovorom i nacionalnim ustavima i legitimacijskim dokumentima.⁷³ Prema *Lissabonu* (par. 240.), nacionalna nadzorna ovlast *ultra vires* akata supsidijarne je prirode („ako pravna zaštita ne može biti ostvarena na razini Unije“) kako bi se dosljedno poštovalo načelo „otvorenosti prema europskom pravu“ i obveza iskrene suradnje (čl. 4/3 TEU-a). Ta je jurisdikcija povjerena isključivo BVerfGE-u (*ibid.*, par. 241.), iako kroz velikodušan niz instrumenata. Tako se *ultra vires* nadzor može pokrenuti u sklopu ocjene ustavnosti zakona, rješavanja sukoba nadležnosti između Federacije i *Länder* te, možda najvažnije, putem ustavne žalbe.⁷⁴ Korištenje ustavne žalbe predstavlja važan *actio popularis*

⁶⁸ *Lissabon*, par. 224.

⁶⁹ Sud, štoviše, polazi od pretpostavke da *samo* nacionalna država može osigurati dovoljnu količinu demokratske legitimacije u tom smislu - Avbelj, Komarek, *op. cit.*, str. 144.

⁷⁰ 2 BvR 2661/06 od 6. srpnja 2010. Predmet ocjene bilo je mišljenje Europskog suda pravde u postupku prethodnog odlučivanja u predmetu *Werner Mangold v Rüdiger Helm* (C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709), gdje je načelo nediskriminacije temeljem dobi definirano kao opće načelo prava EU-a s izravnim učinkom u nacionalnim pravnim porecima, neovisno o činjenici je li rok za implementaciju okvirne direktive u pitanju već istekao ili ne (paras. 75.-76.).

⁷¹ Radi se o prvom ikad zahtjevu za prethodnim odlučivanjem koji je BVerfGE uputio Europskom sudu, propitujući legalnost OMT (*Outright Monetary Transactions*) programa Europske središnje banke (ESB), najavljenog (i nikad implementiranog) 2012., na vrhuncu Euro-krize (2 BvR 2728/13, 2729/13, 2730/13, 2731/13 i 13/13 od 14. siječnja 2014. Nadalje: *Gauweiler* 1). Mišljenje Europskog suda (C-62/14 *Peter Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:400) uslijedilo je 16. lipnja 2015., a konačna odluka BVerfGE-a 21. lipnja 2016. (nadalje: *Gauweiler* 2).

⁷² To je ujedno i prvi spomen *ultra vires* doktrine među najvišim sudovima država članica EU-a - 2 BvR 2134/92 i 2159/92, BVerfGE 89, 1 CMLR 57 (2004).

⁷³ *Lissabon*, par. 240.

⁷⁴ Čl. 93. st. 1. al. 4a. njemačkog Ustava predviđa podnošenje tog sredstva protiv akata, postupaka i propusta u djelovanju javnih vlasti općenito, dakle i zakonodavne vlasti. V. engleski prijevod Ustava (prevoditelji Christian Tomuschat i David P. Currie) na https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0521, 28. ožujka 2019.

element⁷⁵ i odražava teleološku interpretaciju ciljanu na maksimalnu zaštitu načela ljudskog dostojanstva.⁷⁶ *Ultra vires* akti tijela EU-a predstavljaju povredu individualnog biračkog prava (čl. 38. Ustava) svakog građana – to proizlazi iz uloge tog prava kao mehanizma implementacije čl. 20. Ustava (dijela njemačkog ustavnog identiteta!), koji jamči demokratski karakter njemačke države i poštovanje načela narodnog suvereniteta. Stoga biračko pravo ima i svoj supstantivan sadržaj (*Gauweiler 1*, par. 17.), koji građanima omogućuje da daju svoj doprinos legitimaciji državnog autoriteta i utječu na njegovo korištenje. To se pravo ne može dokinuti ni transferom ovlasti Bundestaga do mjere koja bi predstavljala povredu čl. 79. st. 3. Ustava (klauzula vječnosti) ni odlučivanjem europskih tijela izvan granica koje su im nametnute zakonodavnim aktima pristupanja Ugovoru i integracijskog programa koje oni sadrže (paras. 19.-20.). Ako njemački ustavni organi svojom neaktivnošću iznevjere odgovornost nadzora pridržavanja integracijskog programa, krše temeljno ustavno biračko pravo (par. 33.). Stoga se ustavna žalba u *ultra vires* kontroli može usmjeravati samo protiv postupaka njemačkih ustavnih organa, ne i tijela EU-a.⁷⁷ Sa svoje strane njemačka su tijela u obvezi da se suzdrže od primjene *ultra vires* akata europskih tijela (par. 44.). S obzirom na njemačke sudove to svakako otvara prostor za sukob lojalnosti dugovane i nacionalnom Ustavu i Uniji (jer su i „europski“ sudovi, koji izravno primjenjuju pravo EU-a u skladu s doktrinama supremacije i izravnog učinka). Odgovornost je na BVerfGE da svojom kontrolom utječe na nepokolebljivost nižih sudova u odanosti najvišem pravnom i političkom dokumentu svoje nacije, ako treba i pod cijenu odgovornosti za štetu nametnutu europskim pravom.

Što se tiče supstancijalnih kriterija vršenja *ultra vires* jurisdikcije, BVerfGE je u *Honeywellu* odredio stroge uvjete. Gradeći na *Lissabonu*, navodi da SPEU mora imati prvenstvenu mogućnost reakcije kroz postupak prethodnog odlučivanja (par. 60.) te da BVerfGE nastupa tek ako Europski sud propusti na taj način ispraviti prekoračenje ovlasti tijela Unije. Samo akti EU-a koji su „očito“ izvan povjerenih ovlasti i koji na „dovoljno kvalificirani“ način prekoračuju granice u smislu da su „posebno značajni za strukturu ovlasti između država članica i Unije s obzirom na načelo prijenosa ovlasti“ mogu biti *ultra vires* (par. 61.). Možda najvažnije, BVerfGE prihvaća da pravna hermeneutika nije egzaktna znanost te će prihvatiti svako iole obranjivo tumačenje Europskog suda (par. 66.). S obzirom na tako postavljen prag legitimnosti akata EU-a, za očekivati je da će zabrana njihove implementacije na njemačkom teritoriju biti rijetkost, s obzirom da se

⁷⁵ Kada se svaki *ultra vires* akt ujedno tretira i kao povreda demokratskog poretka (u kojem podnositelji ustavne tužbe imaju pravo sudjelovati putem biračkog prava), ustavna žalba kojom se upozorava na povredu tog poretka u stvarnosti instrumentalizira individualnu povredu biračkog prava kao proceduralni most proširenja kruga nadzornika nad djelovanjem tijela EU-a. To nije ništa drugo nego *actio popularis* - Klaus F. Gärditz, *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*, German Law Journal, vol. 15, no. 2, 2014, str. 192.

⁷⁶ Pravo na slobodno i jednako sudjelovanje u formiranju i izvršavanju vlasti (v. *infra*) fundamentalni je element načela demokracije i kao takvo je zaštićeno jamstvom ljudskog dostojanstva (*Lissabon*, par. 211.).

⁷⁷ Time se konstruira svojevrsno individualno „pravo na demokraciju“, koje odražava konstitucionalističkoj logici dobro poznato nepovjerenje u apsolutno poštenje i nepogrešivost demokratskog procesa. Gärditz, doduše, propituje kompatibilnost tog pristupa s idejom demokratskog legitimiteta kao procesa kolektivnog samoodređenja – *op. cit.*, str. 189.

većina strukturalnih promjena unutar europske integracije dešava inkrementalno⁷⁸ te da su ovlasti EU-a široko formulirane.

Zahvaljujući takvoj samonametnutoj strogosti uvjeta, otvoreni rat BVerfGE-a i SPEU-a u predmetu *Gauweiler* izbjegnuto je pomirljivom njemačkom odlukom od 21. lipnja 2016. (*Gauweiler 2*), iako uz nepogrešivu poruku da je tumačenje Europskog suda „jedva“ zadovoljilo *Honeywell test*⁷⁹ te da je analizirani akt (OMT program) svakako *ultra vires* – samo ne na „očiti“ način.⁸⁰ Tako nizak prag legalnosti poražavajući je. Kada tumačenja SPEU-a po ocjeni najutjecajnijeg europskog ustavnog suda jedva drže vodu, legitimno je zapitati se: je li otklanjanje opasnosti otvorenog jurisdikcijskog sukoba vrijedno indolencije nacionalnih ustavnih sudova? Osobito nakon odluke SPEU-a u predmetu *Fransson*⁸¹ u kontekstu npr. zaštite temeljnih ljudskih prava jasno je da gotovo nepremostivi uvjeti *Honeywella* nisu dovoljni za zaštitu ustavnosti. Ne iznenađuju stoga recentne tendencije da se *ultra vires* kontrola suplementira doktrinom ustavnog identiteta. Takva je praksa vidljiva već u *Gauweileru 1, Counter-Terrorism Database*, slučaju odlučenom tek osam tjedana nakon *Franssona*,⁸² te *infra* izloženom *PSPP* predmetu.

„Puzajuće širenje ovlasti“ EU-a⁸³ poduzimano pod krinkom reakcije na euro-krizu primoralo je BVerfGE da 2017. ponovno (tek drugi put u svojoj povijesti) reagira zahtjevom za prethodno odlučivanje, ovoga puta vezano za tumačenje politike „kvantitativnog popuštanja“ („*Quantitative Easing*“, tj. „*QE*“) ESB-a.⁸⁴ Naime kao najprofiliraniji instrument monetarne politike ESB-a, QE zaobilazi zabranu monetarnog financiranja čl. 123. TFEU-a dozvoljavajući gotovo besplatno financiranje vlada država članica EU-a i povećanje monetarne baze u cilju održavanja razine inflacije blizu granice od 2 %.⁸⁵ Ograničavajući se samo na tzv. PSPP stup QE politike,⁸⁶ koji je do 12. svibnja 2017. bio otkupio dužničke instrumente u protuvrijednosti od 1534,8 milijardi eura,⁸⁷

⁷⁸ John Dingfelder Stone, *Agreeing to Disagree: The Primacy Debate Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, Minnesota Journal of International Law, vol. 25, 2016, str. 146.

⁷⁹ Peter Lindseth, *Meanwhile, in Germany...the OMT ruling of the German Constitutional Court*, EUTopia Law, 23 June 2016.

⁸⁰ *Gauweiler 2*, par. 190.

⁸¹ C-617/10 *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, od 26. veljače 2013.

⁸² 1 BvR 1215/07 od 24. travnja 2013., par. 91.

⁸³ U kontekstu „kreativnog“ i ekstenzivnog tumačenja postojećih ovlasti tijela EU-a od 2010. naovamo v. Bruno De Witte, *Euro Crisis Response and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, European Constitutional Law Review, vol. 11, no. 3, 2015, str. 441-442.

⁸⁴ 2 BvR 859/15 *et al.*, Order of 18 July 2017, tj. Case C-493/17 *Weiss et al.*, ECLI:EU:C:2018:1000 od 11. prosinca 2018. (nadalje: *PSPP*). Očekivano, i razočaravajuće, SPEU je zaključio da *PSPP* program ne krši monetarni mandat ESB-a. Detaljnije o QE politici ESB-a u kontekstu povrede vladavine prava v. Horvat Vuković, *op. cit.*

⁸⁵ Decision (EU) 2015/774 of the ECB on a secondary markets public sector asset purchase programme (ECB/2015/10, 4 March 2015) v. Horvat Vuković, *op. cit.*, str. 715-719.

⁸⁶ Public Sector Purchases Programme (PSPP) omogućuje otkup eurski denominiranih dužničkih instrumenata tijela javnog sektora – vlada država članica, agencija te međunarodnih organizacija i multilateralnih razvojnih banaka eurozone. Program započeo 2. travnja 2015. i okončan u prosincu 2018. ciljao je na povećanje tržišne likvidnosti.

⁸⁷ Taj je iznos u listopadu 2018. dosegao ukupno 2085,4 milijardi eura na: <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/index.en.html#pspp>, 28. ožujka 2019.

BVerfGE je propitivao ustavnost programa s obzirom na zabranu čl. 123. TFEU-a i monetarni mandat ESB-a. BVerfGE je ostavio malo prostora sumnji kako smatra da je PSPP *ultra vires*,⁸⁸ iako je u kontekstu njegove ovlasti na provođenje *ultra vires* kontrole zamjetna suptilna evolucija potaknuta prvim iskustvom izravne komunikacije s SPEU-om. U PSPP zahtjevu BVerfGE je ekstenzivno izložio svoju percepciju tumačenja prava EU-a⁸⁹ ne samo s obzirom na ograničenja svojeg ustavnog dokumenta već i s gledišta pravno obvezujućih kriterija koje je SPEU dao u *Gauweileru*. Ovime je uspostavio zajednički komunikacijski prostor koji vodi dijalog na europskom „terenu“.

Utjecaj BVerfGE-a je važan faktor dugoročnog potencijala *ultra vires* nadzora kao korektiva odlučivanja na razini EU-a. Činjenica da već sada niz najviših nacionalnih sudova primjenjuje *ultra vires* kontrolu povećava njezinu prihvatljivost i uvjerljivost te je legitimira kao faktor s kojim EU mora u svom postupanju računati.⁹⁰ Ovlast da nastupaju protiv povreda načela prijenosa u transnacionalnoj migraciji ideja utvrdili su tako ne samo njemački već i belgijski,⁹¹ mađarski,⁹² poljski⁹³ i češki⁹⁴ ustavni sud te danski Vrhovni sud.⁹⁵ Ipak, razlozi koji su ih pri tome vodili različiti su. Belgijski, mađarski i poljski sud za sada se zadovoljavaju načelnim iznošenjem ovlasti na *ultra vires* kontrolu djelovanja tijela EU-a, donoseći te opaske *obiter* u prigodnim predmetima s europskom komponentom. Iz tog razloga još nemaju detaljni i nijansirani proceduralni pristup, iako je razumno pretpostaviti da će se u cilju koordiniranog pristupa zaštititi načela ograničenog prijenosa ovlasti pri tome osloniti na praksu BVerfGE-a.⁹⁶ Ti slučajevi, kao i dva primjera odbijanja primjene odluke SPEU-a (predmeti *Holubec* te *Ajos*), predstavljaju podstruju afirmacije nacionalnog suvereniteta u povodu dezintegracijskih procesa kao što su

⁸⁸ S lingvističkog gledišta taj zahtjev za prethodnim odlučivanjem koristi blaže formulacije u odnosu na *Gauweiler I*. Više to nije „Diktat“ (Franz C. Mayer, *Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, German Law Journal, vol. 15, 2014, str. 119), već „pomirljivo zamotana“ komunikacija s SPEU-om - Andrej Lang, *Ultra vires review of the ECB's policy of quantitative easing: An analysis of the German Constitutional Court's preliminary reference order in the PSPP case*, CMLR, vol. 55, 2018, str. 933.

⁸⁹ Lang, *op. cit.*, str. 933-934.

⁹⁰ *Ultra vires* kontrola stoga predstavlja mogućnost i za međusobnu akomodaciju nacionalnih sudova i SPEU-a. Smatramo pretjeranima ocjene o „opasnosti za sam opstanak Unije“ – Federico Fabbrini, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, German Law Journal, vol. 16, no. 4, 2015., str. 1005. Kako je jasno nakon češkog slučaja *Landtová* (v. *infra*), deklaracija neprimjenjivosti akta tijela EU-a temeljem *ultra vires* kontrole ne dovodi do „dramatične krize u tkivu naše Unije“ (*ibid.*, str. 1014).

⁹¹ Odluka br. 62/2016 od 28. travnja 2016.

⁹² Odluka br. 22/2016 od 30. studenog 2016., paras. 54.-60.

⁹³ Odluka K 18/04 od 11. svibnja 2005., paras. 15.-16 – Trybunał Konstytucyjny, *Selected Rulings Concerning the Law of the European Union (2003-2014)*, Varšava, 2014, str. 59.

⁹⁴ Prva odluka kojom češki Ustavni sud navodi spremnost na korištenje *ultra vires* kontrole bila je Pl. US 19/08 od 26. studenog 2008. Taj načelni stav potvrđen je odlukom Pl. US 5/12 od 31. siječnja 2012. u predmetu *Holubec*, koja je (vezano za odluku Europskog suda C-399/09 *Marie Landtová v. Ceska správa socialnfho zabezpeceni* od 22. lipnja 2011.) prvi primjer obesnaženja nekog akta tijela EU-a (ovdje: SPEU-a) zbog povrede načela prijenosa ovlasti. V. *infra*.

⁹⁵ Dok je u predmetu I 361/1997 *Carlsen v. Rasmussen* (6. travnja 1998., 3 CMRL 854; 858) isticao tek ograničenost institucija EU-a načelom prijenosa, ne čineći dodatni logički korak prema eksplicitnom navođenju ovlasti na *ultra vires* kontrolu, 2016. je to učinio u predmetu *Ajos* (15/2014 *Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S vs. The estate left by A.* od 6. prosinca 2016.). V. *infra*.

⁹⁶ U kontekstu Belgije tako Phillipe Gérard, Willem Verrijdt, *Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse*, European Constitutional Law Review, vol. 13, 2017, str. 197-198.

izbjeglička i euro-kriza te Brexit, i kao takvi predstavljaju „push back“ strategiju protiv hijerarhije prava koje EU nameće.⁹⁷ Dodatni je izvor iritacije i pravni mikromenađment SPEU-a, koji dinamičku interpretaciju koristi za svoje ekspanzivne tendencije.⁹⁸ Danski Vrhovni sud ide tako daleko da apodiktički odbacuje izravan (u konkretnom slučaju: horizontalni) učinak općeg načela prava EU-a (zabrane diskriminacije na temelju dobi)⁹⁹ smatrajući ga sudbenim izumom neutemeljenim na nekoj odredbi Ugovora.¹⁰⁰ Drži da danski ustavni akt pristupanja EU-u ne predviđa mogućnost izravnog (a kamoli horizontalnog!) učinka općeg načela prava EU-a te da bi i sam djelovao *ultra vires* (ustava) kada bi ga ipak primijenio.¹⁰¹ Na taj način pojednostavljuje sukob dva poretka i svodi ga na pitanje domaćeg ustavnog prava i mandata nacionalnih ustavnih tijela pretvarajući problem diobe nadležnosti u federativnoj državi u posve internu situaciju osiguravanja da nacionalna tijela ostanu agenti nacionalnog Ustava. Značajno je primijetiti da se – za razliku od njemačkog modela – ovlast Vrhovnog suda pri tome ne omeđuje striktnim proceduralnim uvjetima. To predstavlja odstupanje od prijašnje prakse, gdje je u *Maastricht* odluci od 6. travnja 1998.¹⁰² citirana ovlast na *ultra vires* kontrolu samo u „izvanrednoj situaciji“ u kojoj bi se prekoračenje ovlasti moglo utvrditi „s kvalificiranom sigurnošću“. No u predmetu *Lisabon* 2013. godine od takva se opreza odustalo, uz citiranje ovlasti na provođenje *ultra vires* kontrole u svakom slučaju koji „daje mjesta sumnji“ u povredu načela prijenosa.¹⁰³

Kao pionir konzekventne primjene *ultra vires* doktrine među najvišim sudovima članica EU-a, ni češki Ustavni sud nije postavio supstancijalne prepreke primjeni kontrole. Ona se ima provoditi neovisno o tome dovodi li povreda načela prijenosa ovlasti do strukturalno značajnih pomaka u diobi vlasti u federalnoj matrici EU-a ili ne.¹⁰⁴ Ta oštrina predmeta *Holubec* može se tumačiti njegovom specifičnom genezom, kao ishoda „ping-pong“¹⁰⁵ interakcije Ustavnog i 2002. osnovanog Vrhovnog upravnog suda, gdje je potonji u koliziji između tumačenja svojeg ustavnog suda te SPEU-a odbio poštovati ovo prvo.¹⁰⁶ Štoviše, u

⁹⁷ Fenwick, M.; Siems, M.; Wrška, S. (ur.), *The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law*, Bloomsbury, 2017, str. 201 (u kontekstu predmeta *Ajos*).

⁹⁸ Mikael Rask Madsen, Henrik Palmer Olsen, Urska Sadl, *Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation*, University of Copenhagen Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2017-32, str. 14.

⁹⁹ Zanimljivost leži u činjenici da je upravo to opće načelo prava EU-a potaklo spor u predmetu *Mangold/Honeywell* i tako dovelo do detaljnog razvoja *ultra vires* jurisprudencije BVerfGE-a.

¹⁰⁰ Predmet *Ajos*, na:

<http://www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/pressemeddelelser/Documents/Judgment%2015-2014.pdf>, str.45, 28. ožujka 2019.

¹⁰¹ *Ibid.*, str. 46-48.

¹⁰² UfR 1998.800H, neobjavljena na engleskom jeziku. V. Madsen *et al.*, *op. cit.*, str. 11.

¹⁰³ UfR 2013.1451H. *Ibid.*, str. 12.

¹⁰⁴ Georgios Anagnostaras, *Activation of the Ultra Vires Review: The Slovak Pensions Judgment of the Czech Constitutional Court*, German Law Journal, vol. 14, no. 7, 2013, str. 967-968.

¹⁰⁵ Michal Bobek, *Landtová, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Ruling Procedure*, European Constitutional Law Review, vol. 10, 2014, str. 58.

¹⁰⁶ C-416/10 *Križan* od 15. siječnja 2013. izrijekom navodi da nacionalni vrhovni sudovi ne trebaju poštovati odluke svojih ustavnih sudova kada se one protive pravu EU-a. Stoga je taj slučaj i pouka o važnosti konsolidacije državne sudbene vlasti i sudbene kulture oko zajedničke posvećenosti zaštiti nacionalnog Ustava. O detaljima češkog međusudskog sukoba v. Anagnostaras, *op. cit.*, str. 962-968.

spektakularnom primjeru sudbene odmazde Vrhovni upravni sud u daljnjem je postupanju proglasio i samu odluku Ustavnog suda u predmetu *Holubec ultra vires* nacionalnog ustava. Povrh svega Ustavni je sud naoko odbacio i procesnu obavezu na prethodno podnošenje zahtjeva za tumačenje SPEU-u, i marginu diskrecije koju bi on imao glede tumačenja prava naglašavajući njegov propust da u *Landtovoju* uvaži bitne činjenice.¹⁰⁷ Smatramo da objašnjenje ovoga treba pretežno tražiti u institucionalnom ponosu suda, čiji je pokušaj sudjelovanja u postupku pred SPEU-om (osobnim pismom predsjednika Ustavnog suda, koje je netaktično vraćeno pošiljatelju neotvoreno) u *Landtovoju* neslavno završio, tako da je u uvjetima gdje se predstavnik češke vlade pred SPEU-om solidarizirao s tumačenjem Vrhovnog upravnog suda proceduralno ostao bez glasa.¹⁰⁸ Upitna je mudrost takva rješenja, koje otuđuje nacionalne vrhovne sudove brišući duh međusobnog uvažavanja i prisiljavajući potonje u antagonističku poziciju. Valjalo bi razmisliti o rješenju gdje bi nacionalni ustavni sud mogao u sličnim slučajevima nastupati kao *amicus curiae* omogućavajući da SPEU stekne uvid u sve činjenice i interpretativne nijanse koje bi doprinijele kvalitetnoj i argumentiranoj odluci.

5. ZAKLJUČAK

Ultra vires kontrola najviših nacionalnih sudova država članica realni je odgovor na integracionističku agendu SPEU-a i opasnost demokratski nelegitimirane, inkrementalne ekspanzije ovlasti Unije. Od pet ustavnih i vrhovnih sudova za sada (izričito) uključenih u ovu „*push back*“ strategiju ograničavanja neovlaštene arogacije ovlasti dva (danski i njemački) svoju ključnu jurisprudenciju tako posvećuju sudbeno *ex nihilo* konstruiranim „općim načelima prava“ EU-a.¹⁰⁹ Češki i danski sud (respektivno) 2012. i 2016. godine u potezu bez presedana odbijaju primjenu pravorijeka SPEU-a zbog nepostojeće pravne osnove njegova djelovanja. Tri suda (belgijski, mađarski i poljski) *ultra vires* kontrole dotiču se tek *obiter*, ali s jasno izraženom namjerom njezina praktičnog aktiviranja u slučaju da se „papirnata upozorenja“ pokažu nedostatnima za discipliniranje europskih tijela. Ovo je osobito važno kod belgijskog ustavnog suda, koji je tradicionalno eurofilan i inače spremno vodi dijalog s SPEU-om putem zahtjeva za prethodnim odlučivanjem.¹¹⁰

¹⁰⁷ Anagnostaras, *op. cit.*, str. 968.

¹⁰⁸ Zdenek Kühn, *Ultra Vires Review and the Demise of Constitutional Pluralism: The Czecho-Slovak Pension Saga and the Dangers of State Courts' Defiance of EU Law*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 23, no. 1, 2016, str. 190.

¹⁰⁹ S obzirom na Brexit u tekst ne uključujemo *obiter* dane opaske Lorda Mancea u predmetu *Pham v. Secretary of State for the Home Department* ([2015] U.K.S.C. 19) o nadležnosti britanskih sudova za provedbu *ultra vires* i identitetske kontrole (paras. 90.-91.).

¹¹⁰ Phillipe Gérard, Willem Verrijdt, *Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse*, European Constitutional Law Review, vol. 13, 2017, str. 189. Upravo je iz belgijskog primjera jasno da se komunikacija najviših nacionalnih sudova i SPEU-a putem zahtjeva za prethodnim odlučivanjem ne može jednostavno reducirati na „preludij za tvrdoglavi otpor referirajućeg suda“ (Jürgen Bast, *Don't Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review*, German Law Journal, vol. 15, no. 2, 2014, str. 168), pa bi se valjalo zamisliti o značaju činjenice da čak i izrazito kooperativni sudovi osjećaju potrebu naglasiti pristajanje uz doktrinu namijenjenu osiguranju provjera i ravnoteža u nadnacionalnoj diobi vlasti.

Dosljedno se ističući analitičkim i čvrsto utemeljenim pravnim argumentima, njemački Savezni ustavni sud dominira izgradnjom kontrolne ovlasti nad načelom diobe vlasti, služeći kao uzor svojim europskim parnjacima. Hrvatski Ustavni sud ne smije biti iznimka u slijeđenju njemačkog primjera. Uz nasušnu potrebu da se posveti izgradnji jasnih ustavno-procesnih parametara zaštite ustavnog identiteta Republike Hrvatske, naše ustavno sudište moralo bi što prije definirati i proceduralne i supstancijalne kriterije *ultra vires* kontrole. Nikakve inovacije u odnosu na njemačku praksu tu ne bi bile potrebne – u duhu iskrene suradnje, i Ustavni sud RH svoju bi nadležnost za tu kontrolu trebao aktivirati tek u slučajevima jasnog poremećaja u razdiobi ovlasti, koji svojom akutnošću ne ostavlja prostora za alternativne, Ustavu i Lisabonskom ugovoru kompatibilne interpretacije SPEU-a. Pri tome svakako mora ostati svjestan tendencije „puzajućeg širenja ovlasti“ i analizirati integritet načela prijenosa holistički, uvažavajući sve kvantitativno sitne pomake i njihov eventualni zbroj u kvalitativni, neodrživi skok. Sekundarne akte tijela EU-a, uključujući odluke SPEU-a, trebalo bi proglasiti neprimjenjivima na teritoriju RH tek nakon omogućavanja SPEU-u da u postupku pokrenutom zahtjevom za prethodnim odlučivanjem sam obesnaži nezakoniti akt.¹¹¹ S obzirom na to da bi svaki sekundarni akt Unije, usvojen suprotno načelu prijenosa ovlasti, s gledišta hrvatskog ustavnog prava bio formalno neustavan,¹¹² pokretanje postupka pred Ustavnim sudom trebalo bi omogućiti istom krugu ovlaštenika koji po čl. 35.-36. i 38. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu¹¹³ podnose prijedlog, tj. zahtjev za ocjenu ustavnosti podustavnih propisa. S gledišta čl. 2. i 143. Ustava Republike Hrvatske apsolutno je nužno da Ustavni sud posjeduje taj „Kompetenz-kompetenz“ u nadzoru tijela EU-a. Propust bi u tom smislu predstavljao kršenje ustavnosudske zadaće da funkcionira kao zaštitnik vladavine prava zajamčene (ustavno-identitetskim!) čl. 3. Ustava. Kao aksiomatsko načelo ustavne države, vladavina prava obvezuje na osiguranje diobe vlasti i podvrgavanje kako nacionalne tako i europske vlasti načelima konstitucionalizma. Ovako konstruirana *ultra vires* kontrola nadopunjavala bi kontrolu poštovanja ustavnog identiteta RH te aktualizirala federalističko načelo osiguravajući – suprotno mišljenjima koji te sudbene doktrine smatraju opasnošću za opstanak Unije – dugoročnu stabilnost europske integracije. Ako želi trajati, ventotenski san međunarodnog jedinstva ne može si dopustiti zastranjenje u abdikaciju od prava i integriteta europskog pravnog poretka.

¹¹¹ S obzirom na to da bi bili doneseni bez valjane pravne osnove, ti bi akti za Republiku Hrvatsku bili ništetni, tj. trebalo bi ih smatrati nevaljanima *ex tunc*. Ipak, s obzirom na to da je SPEU jedini ovlašten za poništavanje, tj. ukidanje akata europskih tijela (*per* Case 314/85 *Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost*, ECLI:EU:C:1987-452), članice se u ovom pitanju trebaju zadovoljiti deklaracijom neprimjenjivosti na svojem teritoriju.

¹¹² Budući da bi bio usvojen od strane nenadležnog tijela.

¹¹³ Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, NN 99/99, 29/02 i 49/02 (pročišć. tekst).

**“MASTER OF ONE'S OWN BODY”: THE EUROPEAN COMPOUND REPUBLIC AND
SCRUTINY OF *ULTRA VIRES* ACTIVITIES OF EU BODIES**

The paper presents a range of options at the disposal of the EU Member States in their efforts to use the *ultra vires* doctrine in enforcing the principle of limited transfer of power to European bodies. Part 1 of the paper lays out a theory of the EU as a compound republic, founded upon the principles of the equality of its members and respect for their individual autonomies. The need is stressed to embrace the federalist theory in order to ensure mutual accommodation between the EU (as a derivative legal entity) and its Member States as masters of its structure and competences. Part 2 analyses the misplaced idea of the EU's immunity from the basic tenets of federalist theory, which require consensual decision-making and preclude the possibility of acquiring competences through arrogation. The author rejects the claim of the (supposedly spontaneously developed) independent normative authority of the Union as a legal order non-contingent on national legitimising instruments, questions the “constitutional pluralism” approach, and argues in favour of resolving the problem of “constitutional heterarchy” by accepting the fact that Member States retain ultimate normative and political authority. Part 3 summarises the case law of selected highest national courts of the Member States, primarily that of the German Federal Constitutional Court, as well as the procedural and substantive criteria of the *ultra vires* review that they employ. Finally, the paper concludes that the *ultra vires* review as practised by these national courts should be greeted as a shield against the illegitimate expansion of Union powers, i.e. as a tool to ensure both the values of the rule of law and constitutionalism, and the long-term stability of European integration.

Keywords: EU, division of power, ultra vires review, constitutional heterarchy, German Federal Constitutional Court

Ana Horvat Vuković, PhD, Chair of Constitutional Law, Faculty of the Law, University of Zagreb

PAYMENT OF THE CAPITAL CONTRIBUTION OF A COMPANY LIMITED BY SHARES IN A CRYPTOCURRENCY

Izvorni znanstveni rad

UDK 336.745:004.3/.4(494:497.5)

347.7:004.3/.4(494:497.5)

347.72.033(494:497.5)

342.725(494:497.5)

340.5

Primljeno: 14. rujna 2019.

Rino Siffert *

Siniša Petrović **

Tomislav Jakšić ***

The paper examines whether cryptocurrencies, such as Bitcoin, may be contributed to the share capital of a company limited by shares. The issue is discussed from the point of view of Swiss and Croatian law. In Switzerland, it is an already established practice that cryptocurrencies are accepted as a contribution in kind. On the other hand, in Croatian practice, there have been no registered cases of such attempts. The paper therefore analyses whether such contributions would even be possible under the current regulatory framework and, irrespective of the answer, if some legislative changes would be necessary and/or beneficial.

Keywords: cryptocurrencies, company incorporation, share capital contribution, contribution valuation and audit

“Virtual currencies, perhaps most notably bitcoin, have captured the imagination of some, struck fear among others, and confused the heck out of the rest of us.”

(Thomas Caper, US State Senator)

1. INTRODUCTION

Digitalization is a key driver of innovation, ongoing structural change, and, in the long term, the competitiveness of a national economy. Among the remarkable and potentially promising developments in digitalization is the increasing use of distributed ledger

* Rino Siffert, Deputy Director of the Swiss Federal Registry of Commerce bei Swiss Federal Department of Justice

** Siniša Petrović, PhD, Professor in the Chair of Commercial and Company Law at the Faculty of Law, University of Zagreb

*** Tomislav Jakšić, PhD, Professor in the Chair of Commercial and Company Law at the Faculty of Law, University of Zagreb

technology (DLT) and blockchain technology.¹ Such technology has the potential to disrupt many areas of modern societies and has already proven to be an interesting and attractive system that has great potential to ensure trust among participants who do not necessarily know each other. One of the well-known success stories has been the use of a distributed transaction ledger for cryptocurrencies such as Bitcoin (BTC).²

As cryptocurrencies are simply the next step in the evolution of money, it is not surprising that people have tried to use it to pay in the legally required capital at the moment of setting up a legal entity or in the case of a capital increase. Since the autumn of 2017, it has been possible in Switzerland to use cryptocurrencies such as Bitcoin as a form of payment of the capital contribution for a company limited by shares. In the past months, there have been many such transactions, which shows that this has been widely accepted and thus it is just a question of time until such attempts happen in Croatia. The second part of the paper, consequently, focuses more on an analysis of whether cryptocurrency contributions could be made within the current regulatory framework of Croatian company law and less on the actual procedure of company incorporation or in the increase of the company's share capital through such contributions.

2. CRYPTOCURRENCIES

A cryptocurrency (also called crypto-coin, crypto-asset, crypto money, or token) is decentralized digital money that has been issued according to rules, i.e. a protocol, that have been defined from the beginning. It is an internet-based medium of exchange that uses encryption techniques to create monetary units (digital cash) that can be used as an electronic payment between two parties and to verify the transfer of it as each transaction is tracked/recorded in a public ledger in order to prevent the so-called double-spending problem. Cryptocurrencies are considered to be decentralized, i.e. not controlled by just one person, as well as digital, and the transfer between users is peer-to-peer (P2P), i.e. from person to person online and not via banks, and confirmed via a process commonly called mining. Every movement of a cryptocurrency (regardless of size) is recorded in a public ledger in a verifiable and permanent way. This transactional data is encrypted and distributed across the entire network. Before the data can be permanently recorded, it has to go through a "*mining-process*" which involves the use of computer hardware and

¹ Very often, the term distributed ledger technology (DLT) and blockchain are used as synonyms, but there are differences: DLT is an umbrella term that describes technologies which store, distribute and facilitate the exchange of records or information between users in a database, which are used publicly or privately. The governance in DLTs is mostly centralized in one or a few validator nodes that are identified, and other nodes that might have read access with the permission of the validator nodes. Governance is closed and the network of nodes is permissioned and new nodes can only join with permission from the validator nodes. Blockchain is a special form of DLT according to which the data is organized in a "*chain of blocks*"-form without a central administrator among people who know nothing about one another and therefore this data is distributed to everyone in the form of chained "*blocks*".

² BERNHARD WALT/CHRISTIAN SILLABER/ULRICH GALLERSDÖRFER/FLORIAN MATTHES, Blockchains and smart contracts: A threat for the legal industry? in: Business Transformation through Blockchain, Volume II, edited by Horst Treiblmaier/Roman Beck, 2019, p. 288.

software to confirm that the newly received transaction is valid. Miners use their computers to help validate and timestamp transactions, adding them to the ledger in accordance with a particular timestamping scheme. They are incentivized to perform this task because there is the possibility that they may be rewarded for this computational work. The cryptocurrencies are usually stored in a secure digital wallet, which is also used to send and receive crypto money.

3. USE OF A CRYPTOCURRENCY AS A MONETARY CONTRIBUTION OR A CONTRIBUTION IN KIND

In most countries, the share capital of a company can be paid up either in money or in kind.³ No general statement can be made without looking at the legislation of each state whether the transfer of a cryptocurrency can be considered as an acceptable money contribution. However, if a state does not accept the payment of cryptocurrencies as money contributions, then it has to be examined if a founder or a shareholder can fulfil his obligation for payment of the share capital by using assets instead of money. Thus, the question arises whether or not cryptocurrencies are considered at least as assets and therefore can be used as a contribution in kind.

4. CRYPTOCURRENCIES AS CONTRIBUTIONS IN KIND IN SWITZERLAND

4.1. Generally

According to Article 621 of the Swiss Federal Code of Obligations (CO),⁴ the share capital of a company limited by shares must amount to at least CHF 100,000.00. When a company is founded, then the capital contribution must be at least CHF 50,000.00 (Art. 632, para. 2 CO). Money contributions have to be deposited with an institution subject to the Federal Act of 8 November 1934 on Banks and Savings Banks for the exclusive use of the company (Art. 633 CO).

For nearly two decades, it has been possible to use not just Swiss Francs but also freely convertible foreign currencies like the Euro, HRK or USD as a money contribution if the exchange rate of the foreign currency reaches, at least at the moment of the registration of the company or of the capital increase in the cantonal commercial registry, the required amount that has been promised in the public deed. However, if the exchange rate does not equal at least the promised amount at the moment of the registration by the competent

³ For example, see § 27 Aktiengesetz for Germany, § 20 Aktiengesetz for Austria and Article 582 para. 1 of the Companies Act for United Kingdom. The same is generally applicable for other countries as well.

⁴ <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/index.html> (last visited 22 July 2019).

cantonal registry of commerce or the approval of the Swiss Federal Registry of Commerce, then the registration has to be rejected.⁵

In Switzerland, cryptocurrencies cannot be used as capital contributions as the authorities of the registries of commerce do not regard them as state-issued currencies. The difference between a cryptocurrency and a currency like the Swiss Franc and the Croatian Kuna is that cryptocurrencies like the Bitcoin are independent of any type of controlling authority. This means that there are no monetary reserve bodies, banking institutions, or required transactional guidelines to follow. Cryptocurrencies can be used by anybody, anywhere, and have the ability to self-manage the entire system, from currency creation and distribution to ensure that each transaction is valid. Thus, they use decentralized control as opposed to centralized state-issued currencies and central banking systems. Furthermore, the aforementioned Article 633 CO requires the founders to pay the monetary contribution to an institution subject to the Federal Act of 8 November 1934 on Banks and Savings Banks. At the moment, there is no Swiss bank that has a specific account for setting up a company or paying in the amount for a capital increase into which cryptocurrencies can be paid ("*Kapitaleinzahlungskonto*").⁶

However, a founder or a shareholder can fulfil his obligation for payment of the newly created or increased share capital by using assets instead of money. As cryptocurrencies are considered at least as assets, they can be used as a contribution in kind according to Article 634 CO.⁷

4.2. Cryptocurrencies as a contribution in kind

4.2.1. Cryptocurrencies as an asset

4.2.1.1. Generally

A founder can fulfil his obligation for payment of the share capital by using assets instead of money; thus, it is *de facto* a kind of "*barter deal*" based on which the transferor transfers assets to the company and he fulfils his duty to pay in the capital and receives as a consideration a specific amount of shares of the company. When this occurs, the asset – according to the constant practice of registries of commerce in Switzerland, which has been supported by the courts – must be capitalizable ("*aktivierbar*"), available

⁵ See PAUL THALMANN, Bares ist Wahres - Zur Liberierung in Fremdwährungen nach schweizerischem Aktienrecht, REPRAX 4/2004, p. 19 ss.

⁶ See MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, op. cit., p. 1322 and THOMAS MÜLLER/PASCAL ZYSSET/VANGELIS KALAITZIDAKIS, Die Einlage von Kryptowährungen zur Gründung einer Gesellschaft, Jusletter, 20 May 2019, p. 3 f.

⁷ See Factsheet of the registry of commerce of the Canton of Zug regarding cryptocurrencies of 6 April 2018, para. 1 (<https://www.zg.ch/behorden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/merkblaetter/informationen-zur-anmeldung/Merkblatt%20ueber%20Liberierung%20mit%20Kryptowaehrungen.pdf>; last visited 22 July 2019).

("verfügbar"), transferable ("übertragbar"), and sellable ("verwertbar"). It is not a requirement that assets have to be linked to the purpose of the company.⁸ Typical contributions in kind are property rights (movables and real estate), outstanding claims and intellectual property rights (e.g., patents, trademarks or certain kinds of licences). However, future outstanding claims, personal skills, the provision of labour, knowledge or goodwill alone are not accepted as contributions in kind.⁹ Thus, a cryptocurrency, which is subject to a contribution in kind, has to fulfil the four aforementioned criteria.

4.2.1.2. Capitalizable asset

The issue of whether or not an asset is capitalizable, i.e. an item which can be included in the balance sheet, has to be determined in accordance with the accounting legislation.¹⁰ According to Article 959, para. 2 CO, we can speak of a capitalizable asset if the company can dispose of it due to past events ("*power of disposal*"), if a cash inflow is highly likely, and if the value of the asset can be estimated in a reliable way. The legal qualification of the asset is not solely decisive; the economic view must also be taken into account.¹¹

Thus, a cryptocurrency cannot be prohibited by regulatory or even penal law. If, for example, the Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA) started a regulatory proceeding against a certain type of cryptocurrency or its operator, then this is a strong indication that the cryptocurrency cannot be taken as a contribution in kind. Furthermore, the aforementioned requirement of "*power of disposal*" excludes the asset from potentially being subject to forfeiture (e.g., due to penal or administrative law). As long as cryptocurrencies can be freely sold, a cash inflow is guaranteed. However, this requires an active market, where the cryptocurrencies can be traded, nearly no barriers for entry to or exit from these markets exist, there is transparency regarding the mechanisms that determine the price, and there are reasonable transaction costs. To date, there are thousands of cryptocurrencies on the market (<https://coinmarketcap.com/>). They are traded on online platforms such as www.coinbase.com, www.kraken.com, etc. There are many transactions and thus it is possible to find an acquirer. This results, *de facto*, in free convertibility and a specific exchange rate.¹² In practice, the founders or the members of a board of directors have to ensure at the moment of notarization that the cryptocurrencies, which will be transferred to the company, are at least equal to the

⁸ See Directive of the Swiss Federal Registry of Commerce of 15 August 2001, paras. 3 and 4 (see <https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/weisung/mitteilung/de/MitteilungEHRAvom15.08.2001betreffendSacheinlageundSachübernahme.pdf?version=1&modificationDate=1350468490000>; last visited 22 July 2019) and RINO SIFFERT/ADRIAN TAGMANN, Handelsregisterverordnung (HRegV), SHK Bern 2013, Art. 43 para. 29 s.

⁹ See MARC BAUEN/ROBERT BERNET, Swiss Company Limited by Shares, Company Law, Merger Law, Stock Exchange Law, Tax Law, Zurich 2007, p. 22 N 69 and SIFFERT/TAGMANN, op. cit., Art. 43 para. 30.

¹⁰ LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2nd vol., Basel 2016, para. 575 ss.

¹¹ See HANDSCHIN, op. cit., para. 575 ff and LUKAS MÜLLER/THOMAS STOLTZ/TOBIAS A. KALLENBACH, Liberierung des Aktienkapitals mittels Kryptowährung, Eignen sich Bitcoins und andere Kryptowährungen zur Kapitalaufbringung?, AJP 11/2017, p. 1323 s.

¹² See MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, pp. 1319 and 1324.

amount of the promised founding capital or the amount of the capital increase. Usually, the involved parties consider a safety margin (e.g., 5% more), as the market prices of cryptocurrencies are quite volatile.¹³

4.2.1.3. Transferable asset

In order for an asset to be used as a contribution in kind, it needs to be transferable. Thus, there cannot be any contractual or legal transfer restrictions like regulatory interventions.¹⁴ Therefore, if the FINMA or a competent public prosecution authority seizes a cryptocurrency or the latter has been prohibited (e.g., due to anti-money laundering legislation). However, if the cryptocurrency is established in the market and there are no signs of illegal activities, then there is no reason not to accept a cryptocurrency as an asset which may be subject to a contribution in kind.¹⁵

4.2.1.4. Available asset

The asset, which is used as a contribution in kind, has to be available after the transaction has been registered in the commercial register, i.e. the company immediately acquires ownership and the right to dispose of it (see Article 634 (2) CO). With regard to cryptocurrencies, this means that the company has to have access to the cryptocurrency-account or wallet. Thus, the company needs to have the possibility to transfer the crypto money via a secret, private key.¹⁶

4.2.1.5. Sellable asset

A contribution in kind has to be sellable legally validly to a third party. This requires that there is at least a "*limited market*" ("*beschränkter Markt*").¹⁷ Regarding cryptocurrencies, there is such a market if the crypto money is traded every day in a respectable volume. This can be considered as a sign that it is sufficiently sellable.¹⁸ In the last few years, there has been a substantial increase in the transaction volume of cryptocurrencies (e.g., on 4 April 2019, there was a market cap of USD 173,051,917.277 and a trading volume of

¹³ See Factsheet of the registry of commerce of the Canton of Zug regarding cryptocurrencies of 6 April 2018, para. 5 (<https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/merkblaetter/informationen-zur-anmeldung/Merkblatt%20ueber%20Liberierung%20mit%20Kryptowaehrungen.pdf>; last visited July 22, 2019).

¹⁴ See MÜLLER/ZYSSET/KALAITZIDAKIS, op. cit., p. 8.

¹⁵ See MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, op. cit., p. 1325 s. and MÜLLER/ZYSSET/KALAITZIDAKIS, op. cit., p. 8.

¹⁶ See also MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, p. 1326.

¹⁷ Directive of the Swiss Federal Registry of Commerce of 15 August 2001, para. 3 (see <https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/weisung/mitteilung/de/MitteilungEHRAvom15.08.2001betreffendSacheinlageundSachubernahme.pdf?version=1&modificationDate=1350468490000>; last visited July 22, 2019).

¹⁸ Factsheet of the registry of commerce of the Canton of Zug regarding cryptocurrencies of 6 April 2018, para. 2 (<https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/merkblaetter/informationen-zur-anmeldung/Merkblatt%20ueber%20Liberierung%20mit%20Kryptowaehrungen.pdf>; last visited July 22, 2019).

USD 35,390,831,796 according to the website www.thethie.io).¹⁹ However, in practice, certain cantonal registries of commerce check the listing on www.coinmarketcap.com and are of the opinion that the higher a cryptocurrency is ranked, the more it can be considered as an asset for a contribution in kind. For example, cryptocurrencies like Bitcoin or Ether (ETH) have been accepted by the authorities without further discussion. However, lower-ranked cryptocurrencies may have to file additional documents.²⁰

4.2.2. Further requirements

In order to reduce the risk of overvaluing assets used for payment and thereby weakening the share capital, the Swiss Code of Obligations provides for numerous precautionary measures for incorporations or capital increases based on contributions in kind: contributions in kind (Article 634 CO) have to be based on a written contract or a public deed if real estate is involved, which provides explicitly that a company limited by shares will be able to dispose of the assets at the moment of the registration of the transaction in the respective cantonal registry of commerce and approval of the Swiss Federal Registry of commerce. Furthermore, it is necessary for the articles of incorporation to address the fact that there is a contribution in kind (Article 628 para. 1 CO), that there is a "*report by the founders*" or a "*capital increase report*" (Articles 635 and 652e CO) and an "*audit confirmation*" (Article 635a or 652f CO) confirming the value of the contribution in kind.

4.2.2.1. Agreement to make a contribution in kind

A contribution in kind can be made only if there is an appropriate written or (mandatory for real estate) notarized agreement regarding the contribution in kind (Article 634 (1) CO). Thus, the transferor and the company have to name the asset and the number of shares that the transferor will receive as a consideration. This agreement has to be appended to the deed of incorporation or capital increase (see Article 631 para. 2 (5) CO).

The transferor is engaged to conduct the specific actions that are required in order to make sure that the transaction is registered in the distributed ledger. Each cryptocurrency itself determines what has to be done by the transferor to ensure transfer of the asset. According to certain authors, it is also possible not to register such transactions in the distributed ledger, a quasi transfer "*off-chain*". Nevertheless, the transferor and the company should document in a detailed manner their contractual duties in naming the cryptocurrencies, which shall be the contribution in kind (including their trade abbreviations), the specific amount of crypto money, in which wallet the

¹⁹ However, it seems that almost 90 percent of cryptocurrency exchanges' reported trade volumes may be incorrect due to misreporting (see WILLIAM SUBERG, New Report Warns 87 percent of Cryptocurrency Exchange Volume Is Potentially Suspicious, 19 March 2019 [<https://cointelegraph.com/news/new-report-warns-87-percent-of-cryptocurrency-exchange-volume-is-potentially-suspicious>]; last visited 22 July 2019).

²⁰ Factsheet of the registry of commerce of the Canton of Zug regarding cryptocurrencies of 6 April 2018, para. 3 (<https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/merkblaetter/informationen-zur-anmeldung/Merkblatt%20ueber%20Liberierung%20mit%20Kryptowaehrungen.pdf>; last visited July 22, 2019).

crypto money is stored, and how it will be transferred from the transferor to the company.²¹

4.2.2.2. Report by the founders or a capital increase report

The founders' report is a written document in which the founders declare the type and adequacy of the founders' valuation of the contributions to be made in kind (Articles 635 (1) and 652e (1) CO).²² Usually, the valuation method must be indicated in the report in a comprehensible manner. In general, the valuation must be based on market value, but may not be set any higher than the value assigned to the contribution in kind,²³ as the valuation must be carried out prudently and must not prevent the reliable assessment of the economic position of the undertaking (see Article 960 para. 2 CO). This report has to be appended to the deed of incorporation or capital increase (see Article 631 para. 2 (2) CO).

In practice, the report contains information about the trading platform which was used for the valuation of the cryptocurrency at the moment of the creation of the report of the founders or of the capital increase report, and the market value. With regard to less known cryptocurrencies, it is advisable to name the trading platforms on which they are traded. Furthermore, possible entry barriers to these trading platforms also have to be named as this reduces significantly the potential buyers of the cryptocurrency. In addition, it is advisable to consider a safety margin as the market prices of cryptocurrencies are quite volatile and with regard to the time period between the beginning of the transaction and the registration in the commercial registry.²⁴

4.2.2.3. Audit confirmation

The founders' report or the capital increase report must be audited by an admitted auditor (Article 635a or 652f CO). This means that the valuation made in the report is deemed to be accurate if the auditor considers it to be reasonable.²⁵ This confirmation has to be appended to the deed of incorporation or capital increase (see Article 631 para. 2 (3) CO). Usually, the auditors will examine the adequacy of the valuation. Thus, the maximum value is the current market value, which is determined after the consultation of various trading platforms.²⁶

²¹ See also MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, p. 1327 s.

²² SIFFERT/TAGMANN, op. cit., article 43 para. 46 s.

²³ BAUEN/BERNET, op. cit., p. 24 para. 74.

²⁴ Fact Sheet of the registry of commerce of the Canton of Zug regarding cryptocurrencies of April 6, 2018, para. 4 (<https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/merkblaetter/informationen-zur-anmeldung/Merkblatt%20ueber%20Liberierung%20mit%20Kryptowaehrungen.pdf>; last visited July 22, 2019) and MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, p. 1329.

²⁵ SIFFERT/TAGMANN, op. cit., article 43 para. 50 s.

²⁶ See also MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, p. 1329.

4.2.2.4. Articles of association

The fact that there is a contribution in kind, the valuation of the asset, as well as the name of the founder/investor and the shares allocated to him, must be indicated in the articles of association (Article 628 para. 1 CO). The articles of association have to be appended to the deed of incorporation or capital increase (see Article 631 para. 2 (1) CO).²⁷

4.2.2.5. Business registration

Once the incorporation of the company or its capital increase is done, then it has to be registered by the competent cantonal Registry of Commerce and approved by the Swiss Federal Registry of Commerce (Article 642 CO). All the aforementioned documents ("*Handelsregisterbelege*") have to be filed, together with a so-called "application for registration" ("*Handelsregisteranmeldung*"), which has to be signed by the members of the board of directors, with the Cantonal Registry of Commerce.²⁸ The cantonal registrar usually verifies at the moment of registration whether the transferred crypto money equals at least the promised or increased capital.²⁹

5. CRYPTOCURRENCIES AS CONTRIBUTIONS IN KIND IN CROATIA

5.1. Generally

According to Article 161 of the Croatian Companies Act (CA), the share capital of a company limited by shares has to amount to at least HRK 200,000.00.³⁰ This means that it is not possible to incorporate a company with a lower amount of share capital. However, this does not mean that the registered share capital should always be paid in full before it is entered in the commercial register either. The Croatian legislator enables contributions to be made in money and/or in kind.

According to Article 179 CA, if the shares are paid in money, at least one-quarter of the par value of each share must be paid before it is entered in the commercial register. In addition to the par value of each share, if the shares are issued for a higher value (i.e. *agio*), the full amount exceeding the par value must also be paid. In such a situation, the management of the company should invite the shareholder to pay the outstanding amount

²⁷ See also SIFFERT/TAGMANN, op. cit., article 43 para. 34.

²⁸ Articles 43 s. of the Swiss Federal Ordinance of the Registry of Commerce.

²⁹ Factsheet of the registry of commerce of the Canton of Zug regarding cryptocurrencies of April 6, 2018, para. 5 (<https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/merkblaetter/informationen-zur-anmeldung/Merkblatt%20ueber%20Liberierung%20mit%20Kryptowaehrungen.pdf>; last visited July 22, 2019).

³⁰ Companies Act, Official Gazette 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15 and 40/19. It should also be noted that HRK 200,000.00 amounts to approximately EUR 27,000.00 (4 July 2019). With regard to certain business activities, a higher amount of starting share capital is required for companies limited by shares (e.g., financial institutions, stock exchanges, investment companies).

of the contribution after registration by the commercial registrar.³¹ On the other hand, contributions in kind can be made with goods (tangible assets) and rights (e.g., contractual claims, copyrights, trademarks, patents). If the shares are paid in kind, prior to the registration of the company in the commercial register, such contributions must be made in full. This applies also to the situation where contributions are partly made in money and partly in kind. However, if a contribution in kind consists of an obligation to transfer the property of a specific good to the company, such transfer shall take place within five years following the entry of the company in the commercial register. Therefore, it is possible not to transfer the whole contribution before registration if such contributions are made in money or if a shareholder promises to transfer a specific good to the company within five years from the entry of the company in the commercial register.

The foremost question regarding the use of cryptocurrencies as share capital contributions in Croatia is whether cryptocurrencies can be qualified as either money, goods or rights. From the outset, it should be noted that it is unlikely that under current Croatian legislation it would be possible to qualify cryptocurrencies as money, and this is in line with the general global view on this issue. Various international institutions related to the operation of the global financial system have provided a cryptocurrency definition in their statements and opinions, which is in line with the aforesaid (e.g., European Banking Authority, European Central Bank, Financial Action Task Force).³² Similarly, Article 1 para. 2 (d) of Directive 2018/843 provides that “*virtual currencies*” mean a digital representation of value that is not issued or guaranteed by a central bank or a public authority, is not necessarily attached to a legally established currency and does not possess the legal status of currency or money, but is accepted by natural or legal persons as a means of exchange and which can be transferred, stored and traded electronically.³³ Although all such definitions differ somewhat from one another, they generally emphasize

³¹ The outstanding amount has to be paid either at the time stated in the agreement between the shareholder and the company or, in the absence of such a provision, at a time at the management's discretion. This is coherent since it is considered that the management is free to evaluate the best moment when the company needs a fresh inflow of cash.

³² The European Banking Authority defined virtual currencies as a “*digital representation of value that is neither issued by a central bank or public authority nor necessarily attached to a FC, but is used by natural or legal persons as a means of exchange and can be transferred, stored or traded electronically*”. See EUROPEAN BANKING AUTHORITY, EBA Opinion on “virtual currencies”, EBA/Op/2014/08, 4 July 2014, para. 19. The European Central Bank defined virtual currencies as a “*type of unregulated, digital money, which is issued and usually controlled by its developers, and used and accepted among the members of a specific virtual community*”. See EUROPEAN CENTRAL BANK, Virtual Currency Schemes, October 2012, p. 13. Finally, the Financial Action Task Force defined virtual currencies as “*digital representation of value that can be digitally traded and functions as (1) a medium of exchange; and/or (2) a unit of account; and/or (3) a store of value, but does not have legal tender status (i.e., when tendered to a creditor, is a valid and legal offer of payment) in any jurisdiction*”. See FINANCIAL ACTION TASK FORCE, FATF Report on Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, June 2014, p. 4.

³³ Directive 2018/843 of 30 May 2018 amending Directive 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, PE/72/2017/REV/1, OJ L 156, 19.6.2018, pp. 43–74.

the distinction between cryptocurrencies and so-called "*fiat money*" issued or guaranteed by a central bank or a public authority (i.e. CHF, EUR or HRK).

It should be noted that Croatian banking and tax authorities have released several opinions on the nature of cryptocurrencies. However, these opinions relate solely to the question of whether cryptocurrencies can be qualified as electronic or traditional fiat money and to the question of cryptocurrency transaction tax treatment. In its first opinion, the Croatian National Bank (CNB) stated that under the current regulatory framework cryptocurrencies cannot be qualified as electronic money since such currencies cannot reflect the value of money received in return for it.³⁴ The CNB reiterated this position in its subsequent explanation by clearly stating that cryptocurrencies cannot be qualified as money nor can cryptocurrency transactions be qualified as traditional payment services within the current applicable regulation.³⁵ The CNB bases its conclusions on the position that cryptocurrencies cannot fulfil the basic functions of a traditional currency, namely the function of storing a stable value since they are not used as a measure for comparing the relative value between various goods and services. Besides, it concludes that cryptocurrencies cannot be considered as an exchange or a savings medium either. As for the tax treatment of Bitcoin cryptocurrency transactions, the Croatian Tax Administration concluded that bitcoins can be qualified as a transferrable instrument (i.e., transactions, including intermediation, relating to savings, current and giro accounts, payments, transfers, debts, cheques, and other transferrable instruments), meaning that such transactions fall outside the scope of VAT application.³⁶ In its later opinion, the Croatian Tax Administration further elaborated that the income realized by cryptocurrency transactions falls under the scope of capital gain income tax.³⁷

It is unquestionable that cryptocurrencies share some of the same functions as fiat money. Namely, cryptocurrencies are capable of being used as a means of payment and for expressing the numerical value of goods and services. They have, however, difficulties in storing a stable value due to their highly volatile nature.³⁸ Such high volatility of their market value is a result of their high susceptibility to market fluctuations and the

³⁴ CROATIAN NATIONAL BANK, Opinion No. 282-810-19-05-14/ST/DO, Zagreb, 27 June 2014.

³⁵ CROATIAN NATIONAL BANK, Što su virtualne valute? Explanation dated 9 February 2018, Zagreb, available at the CNB official website (www.hnb.hr).

³⁶ CROATIAN TAX ADMINISTRATION, Opinion 410-19/14-01/380, No. 513-07-21-01/15-2, Zagreb, 7 May 2015.

³⁷ TAX ADMINISTRATION, Opinion 410-01/17-08/29, No. 513-07-21-01/18-4, Zagreb, 19 March 2018. For a more detailed review of the cryptocurrencies tax treatment, see NEVIA ČIČIN-ŠAIN, *Oporezivanje Bitcoina*, Zbornik PFZ 67 (3-4)/2017, pp. 655-693.

³⁸ However, it should also be noted that generally cryptocurrencies are currently not capable of processing a huge number of simultaneous transactions (e.g., Bitcoin can process up to seven transactions simultaneously) as their more-traditional counterparts are (e.g., credit card payment systems can process around ten thousand transactions simultaneously). Besides, they are not recognized or used as currency paid for goods or services in the same manner as fiat money in domestic or international transactions. See IVANA PARAC VUKOMANOVIĆ, *Pravna priroda virtualnih valuta*, PUG 3/2019, pp. 413-414 and NIELS VANDEZANDE, *Virtual Currencies, A Legal Framework*, Intersentia, 2018, pp. 160-161.

application of the basic market principle of supply and demand.³⁹ This means that in Bitcoins, the stated prices for goods and services bare the risk of such volatility; e.g., the risk that the price paid in Bitcoins could result in a significant fiat money countervalue difference within a short time. For example, a single bitcoin could yield a counter value of USD 10,000.00 today and USD 7,000.00 tomorrow. If a trader or a service provider accepts Bitcoins as a means of payment for goods or services, it would entail a higher level of effort from the trader or service provider to ensure that the nominated price for such goods and service reflects the actual value (e.g., through the need to make constant adjustment to the stated cryptocurrency prices). In addition, it would also mean that a trader or service provider will normally very quickly exchange such cryptocurrency tokens for a counter value in a traditional currency since every other decision will result in speculative investment activity (i.e., betting on the possibility that the cryptocurrency exchange rate will work in favour of the trader and yield extra income at the moment the cryptocurrency tokens are exchanged for HRK). The sustainability of such an activity is highly questionable in the long run since every business requires a constant flow of traditional currency to fuel its business operations. It should be noted that fiat money is not immune to the risk of volatility either. Higher rates of inflation normally result in the unstable purchasing power of the national currency and an increase in prices for goods and services denominated in that currency. However, unlike traditional currencies, whose value can be affected by the state's monetary intervention, cryptocurrencies do not have such backing and their value is affected solely by the market and its stakeholders (e.g., by holders of cryptocurrency units or tokens whose interest is normally to generate profit through the sale of such financial assets). In other words, state-backed fiat money is more capable of storing a stable value than cryptocurrencies. This might change in the future with the advent of cryptocurrencies backed, not only by market participants, but also by financially strong multinational corporations (e.g., the Libra cryptocurrency by Facebook and other involved parties).

In other words, it is our position that although cryptocurrencies are capable, more or less successfully, of fulfilling all the functions of fiat money, they cannot be relied upon or used in everyday transactions in the same manner as traditional currencies.⁴⁰ Consequently, it is generally considered that although cryptocurrencies could be considered as money in the broader sense (based on a functional approach), in the narrower sense and for the time being they cannot be qualified as such as they are not used, recognized or supported as regular, official and legal means of payment in Croatia.⁴¹ Given that cryptocurrencies lack a stable value, it is more suitable to consider whether they could be qualified as a contribution in kind which also regularly implies the prior value determination of such a

³⁹ MARKO PERKUŠIĆ, *Pravna pitanja elektroničkog plaćanja*, Doctoral Dissertation, unpublished, 2019, pp. 344, 374.

⁴⁰ PARAĆ VUKOMANOVIĆ, *op. cit.*, p. 417 and VANDEZANDE, *op. cit.*, pp. 161-162.

⁴¹ This does not mean that bitcoin trade and exchanges are forbidden or considered illegal in Croatia, but just that the current regulatory system does not equate cryptocurrencies to the official HRK or other national currency.

contribution. This is to ensure that the value corresponding to the nominal value of the share capital is contributed to a company limited by shares.

As a result, the text below will not analyse any further the possibility of whether cryptocurrencies could be used as contributions in money. The paper will instead focus on whether cryptocurrencies could be used as contributions in kind for the payment of shares of a company limited by shares.

5.2. Cryptocurrencies as contributions in kind

According to Article 176 para. 2 CA, only goods or rights which have an economic value can be contributed to the share capital of a company limited by shares. The CA expressly states that an obligation to provide services may not be contributed as share capital.

The contribution of goods also entails the contribution of rights, but more specifically the ownership right over either movable or immovable assets.⁴² According to Article 2 para. of the Act on Ownership and Other Property Rights (AOR), goods are corporeal parts of nature, different from people and used by people. However, even incorporeal parts of nature are regarded as goods if they are expressly recognized as such by law (e.g., dematerialized shares of a company).⁴³ In other words, Croatian law generally adopts the corporeality doctrine of things treating incorporeality as an exception that needs to be expressly granted by law. This means that cryptocurrencies, having an incorporeal nature, cannot be regarded as goods according to the general requirement of the corporeality of things. Furthermore, in the absence of a specific cryptocurrency regulation which would eventually expressly recognize cryptocurrencies as incorporeal goods, one can only conclude that under the current Croatian regulation cryptocurrencies cannot be regarded as things.⁴⁴ This is opposite to the position of Austrian law where *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) does not require goods to have a corporeal property.⁴⁵

Consequently, since Croatian law has taken a firm stance on the requirement of the corporeal property of goods, cryptocurrencies cannot be considered as such to make a share capital contribution in kind.⁴⁶ On the other hand, under Austrian law,

⁴² JAKŠA BARBIĆ, *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Dioničko društvo*, 6. izdanje, Organizator, 2013, p. 204.

⁴³ Act on Ownership and Other Property Rights, Official Gazette 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 and 152/14. See also NIKOLA GAVELLA/TATJANA JOSIPOVIĆ/IGOR GLIHA/VLADO BELAJ/ZLATAN STIPKOVIĆ, *Stvarno pravo*, Svezak 1, Narodne novine, 2007, pp. 66-67, 94-96.

⁴⁴ A similar stance exists in Germany where §90 *Bürgerlichen Gesetzbuches* (BGB) provides that only corporeal objects can be regarded as things. For more, see LAURENZ BENNDORF, *Bitcoins – Versuch der rechtlichen Entschlüsselung einer Kryptowährung*, Omniscryptum, 2015, pp. 35-36.

⁴⁵ See §285 ABGB which provides that everything that is distinct from a person and serves the use of people is considered a thing in a legal sense. For more, see BENNDORF, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁴⁶ PERKUŠIĆ, *op. cit.*, pp. 345-347.

cryptocurrencies could be considered as goods and consequently can be treated as such to make share capital contributions in kind.⁴⁷

Contributions in kind can also be made by transferring rights to the company. These rights have to be determined, they have to be transferrable, and they need to have an economic value which can be indicated in the company's balance sheet.⁴⁸ Normally this implies the right of servitude, pledge, the right to build on a real estate, rights deriving from sub-concession contracts, rights relating to intellectual property (e.g., copyrights, trademarks, and patents), shareholder rights, and contractual and extra-contractual claims. Rights are an expression of a civil law relationship between its participants where the right of one participant complements an obligation of another participant. This means that a holder of a certain right holds a claim against other participants consisting of either a request to effect a certain performance or a request to abstain from such a performance.⁴⁹

A token of a certain cryptocurrency (e.g., Bitcoin) is issued according to a predetermined program algorithm (rules). There is no issuer in such a situation that might qualify as a counterparty to the acquirer of such a cryptocurrency token. This means that, consequently, no legal relationship between the issuer and the acquirer exists which could form the basis of a claim or a civil law relationship.⁵⁰ In other words, the acquirer is not a creditor since there is no debtor in such an arrangement and the cryptocurrency does not represent a claim against another person.⁵¹

Notwithstanding the normative deficiency resulting from the crude and traditional understanding of the concept of a right, it is unquestionable that cryptocurrency tokens indeed have economic value and are transferrable from one person to another. This legal deficiency is further emphasized by the fact that a contractual claim can be artificially formed to accommodate such a crude legal result. This can be undertaken by simulating a contractual relationship where one party provides another party with a certain number of bitcoin tokens free of charge (i.e., a donation contract) or for a symbolic service or provision of goods.⁵² In such a situation, a claim for the surrender of a determined or determinable number of bitcoins is created within a framework of a certain civil law (contractual) relationship between the two participants. The holder of such a contractual claim could then use it to contribute to the share capital of a company limited by shares. This is undertaken by transferring the claim to the company in return for the shares. Nevertheless, it can also be argued that between all users of the cryptocurrency system there exists a wide understanding, i.e., a civil law relationship, by the mere consent to

⁴⁷ For the position of treating cryptocurrencies as a thing under ABGB, see BENNDORF, *op. cit.*, pp. 37-49.

⁴⁸ BARBIĆ, *op. cit.*, pp. 209, 214-215.

⁴⁹ In this regard from the position of Austrian law, see § 859 ABGB.

⁵⁰ See Federal Council, Legal framework for distributed ledger technology and blockchain in Switzerland, An overview with a focus on the financial sector, p. 50 (<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/55153.pdf>; last visited July 22, 2019) and BENNDORF, *op. cit.*, p. 50.

⁵¹ PERKUŠIĆ, *op. cit.*, p. 347.

⁵² BENNDORF, *op. cit.*, p. 50.

participate in the prearranged blockchain system. The right formed thus is the claim of recognition between and toward all such participants and the acknowledgment of the right to transfer such cryptocurrency tokens to another person and exchange them for a standing market countervalue in traditional currency. This means that every holder of a cryptocurrency token is simultaneously the obligee and the obligor in a loose “contractual” arrangement established on willing participation in a specific blockchain system.⁵³

Notwithstanding the possibility of such a legal qualification of cryptocurrencies, it must be emphasized that cryptocurrencies have a market value and can be easily exchanged for HRK in Croatia through various cryptocurrency exchanges (e.g., Coinbase, Bitcoin Store, Gemini Exchange). Besides, cryptocurrencies are also easily transferable. Persisting in the traditional dogma concerning the legal nature of a right at a time where there is an obvious lack of a cryptocurrency regulation is not only counterproductive but also unreasonable. That is because it should only be important, from the perspective of the current company law rules on share capital, for the countervalue of the cryptocurrency tokens in HRK that were contributed into the share capital to correspond, at the time of the entry of such a contribution into the commercial register, to the value of the company’s share capital. This enables the company to exchange immediately or later (in the hope of making a greater return) the contributed cryptocurrency tokens for HRK and to use it to “fuel” its business activities. There is, therefore, no *de lege lata* reason to prevent the possibility of making a share capital contribution in cryptocurrency tokens under Croatian regulations. Company law rules on share capital contributions in kind aim to protect the company and its creditors. The purpose of such protection is to ensure that the newly incorporated company has at its disposal assets at the moment of entry into the commercial register, whose value corresponds to the par value of the shares issued for such a contribution. On the other hand, the purpose is not to ensure that such contributions are made solely in goods or rights that strictly correspond to the traditional notion of such assets. Therefore, the determination of the exact value of cryptocurrencies contributed to the share capital at the moment of entry into the commercial register should be a more important legal issue than whether a cryptocurrency, which holds value and is transferrable, can be contributed into the share capital of a company.

5.3. Value determination of contributions in kind

As already stated, according to Article 179 CA, contributions in kind normally have to be made in full prior to the entry of the company in the commercial register. According to Article 188 CA, the court shall refuse to register the company if the value of the rights contributed is significantly lower than the par value of the shares issued for them or if it is obvious that the value of such rights is clearly significantly overestimated. This is an

⁵³ In this light, see Federal Council, Legal framework for distributed ledger technology and blockchain in Switzerland, An overview with a focus on the financial sector, pp. 50-51 (<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/55153.pdf>; last visited July 22, 2019).

expression of the general principle of entry of the share capital value into the company, i.e., that the actual value contributed to the share capital corresponds to the nominal value of the share capital.

This assessment is based on an internal audit report made by the management and the supervisory board as well as an external audit report made by special incorporation auditors appointed by the court. According to Article 182 CA, such an external audit shall be performed if a company incorporation is accomplished through contributions in kind. The purpose of such an audit is to ensure that the value of contributions in kind corresponds to the actual market value of such contributions. A resulting audit report is a supervisory tool of the audit that has been made internally by the company's management and the supervisory board. However, Article 185.a CA provides an exception to this rule by prescribing that such an external audit will not be required if the value of the securities or other financial instruments is determined as an average weighted market value established by the regulated market in the last three months before being contributed to the share capital of the company. This exception shall not apply when such value was significantly influenced by extraordinary circumstances or when, based on new circumstances and at the moment of such a contribution into the share capital, the actual value turns out to be considerably lower than the one set out in the audit report.

The relevant moment for this assessment is the moment of registration by the commercial register.⁵⁴ In other words, it is only important that the value of contributions in kind equals at least the value of the share capital at the moment of entry into the commercial register. Registration of the company shall be refused only if at that time the actual value of contributions in kind made into the share capital is significantly lower than the par value of the shares issued for such contributions. The "*significantly lower*" threshold means that the court will permit entry into the commercial register only if such a difference in value is inconsiderable or negligible.⁵⁵ This assessment depends on the actual circumstances of each individual case (e.g., normally the ratio between the nominal value of the share capital and the actual value of the contributions made into that capital) and should not amount to more than several percentage points of the total nominal value of the share capital (e.g. 1-3% of the share capital). If the actual value of contributions is higher than the nominal value of the share capital, the court will permit entry into the commercial register since that is in the interest of the company and its creditors.⁵⁶

Since we qualified cryptocurrencies as contributions in kind, such a contribution will have to be made in full prior to the entry of the company into the commercial register. This entails an informal transfer of such cryptocurrency tokens from the shareholder to the "*pre-company*", e.g., by the transfer of bitcoins from the shareholder's digital wallet to the company's digital wallet, according to the general rules on assignment. Such transfer

⁵⁴ BARBIĆ, op. cit., p. 249.

⁵⁵ BARBIĆ, op. cit., p. 249.

⁵⁶ BARBIĆ, op. cit., pp. 248-249.

must, however, enable the company to solely dispose of such intangible assets upon entry into the commercial register.⁵⁷

As already mentioned, cryptocurrencies are generally very volatile.⁵⁸ Therefore, it is highly important that the value of the contribution made in a cryptocurrency corresponds to the par value of the shares issued for such a contribution at the moment of entry into the commercial register. This might present a significant challenge for internal and external auditors since such volatility can result in a sharp decrease of the cryptocurrency market value in the short time⁵⁹ between the contribution of the cryptocurrency into the share capital and the court's decision on registration of the company into the commercial register. In such a situation, the court will probably, based on the conditions set out in the previously mentioned Article 188 CA, refuse to register the company in the commercial register. In other words, the court is entitled to conduct its own value review of the contribution in kind to determine whether such value is significantly lower than the value of the shares issued for such a contribution. It is likely that the court will undertake this by comparing the current market value of the contributed cryptocurrency at the most notable cryptocurrency exchange with the value of the shares issued. This might unnecessarily prolong the process of incorporation and require from the shareholder additional contributions to compensate for the difference between the nominal value of the share capital and the actual value of the already-made contributions.

In order to ensure the general principle of the entry of the share capital value into the company, besides internal audit made by the management and the supervisory board, a special incorporation auditor will also be appointed by the court upon the request of the company's representatives to check that the actual value of such a contribution corresponds to the shares issued for such a contribution. Because of the highly volatile nature of cryptocurrencies, the exception provided under Article 185.a CA regarding such external audit will regularly not be applicable. The volatile nature of the cryptocurrency mandates some coordination between the shareholders, the company, the external auditors and the court. Contributions have to be made prior to the entry into the commercial register. Hence, it is prudent to make additional contributions into the share capital, either in money or in kind (even in a cryptocurrency), in consultation with the external auditors before they issue their external audit report. The report will, in the absence of such an additional contribution, determine that there is a difference between the value of already-made contributions and the nominal value of the share capital. On the other hand, provided that there are additional contributions, if necessary the external audit report will state that the value of the contributions conforms to the nominal value

⁵⁷ BARBIĆ, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁸ For example, based on the data provided at Gemini (<https://gemini.com/prices/bitcoin/>), the price of one bitcoin on 19 April 2019 amounted to USD 5,280.00, reaching its peak value of USD 12,818.00 on 27 June 2019 and ultimately dropping to USD 9,857.00 USD on 17 July 2019. That is an increase in value of more than 80% within a period of only several months.

⁵⁹ Of course, a sharp increase in value is also possible. However, this is actually not a problem from the point of view of the protection of the company and third parties.

of the share capital. However, the external audit report will probably warn the court about the volatile nature of the cryptocurrency contributions. This should prompt the court to carry out the rest of the incorporation procedure quickly after the issuance of the external audit's report to minimize the risk of such volatility and the possible refusal of the company's entry into the commercial register due to a subsequent substantial decrease in the actual market value of such a cryptocurrency contribution.

As to the determination of the value for the initial cryptocurrency contribution, shareholders and the company should not focus solely on the cryptocurrency's market value at the time such a contribution is made. On the contrary, the value of the contributions should be based on the previous changes in the cryptocurrency's market value, i.e., the increases and drops of exchange-rate prices. How far one should look depends on many factors (e.g., the frequency and the intensity of market value spikes). One should also take into consideration market values at the most prominent cryptocurrency exchanges, especially those that are the most common exchanges in Croatia (e.g., Coinbase). It would be prudent to try to calculate a safe market value margin to act as a safety net in case of a decrease in the cryptocurrency's market value (e.g., +5-10% of the market value at the time of the contribution into the share capital). However, one should note that it is very hard to predict such market value changes and thus calculate the appropriate safety margin. It is likely that the longer the time between the contribution into the share capital and the registration, the bigger the possibility that the safety margin will have to be set higher.⁶⁰ Therefore, a very important factor is the speed of the incorporation procedure which is dependent on the commercial court seized with the incorporation application (e.g., normally, courts outside Zagreb are more efficient and quicker in this regard since the majority of all applications are lodged with the Commercial Court in Zagreb).

On the other hand, if the market value of the cryptocurrency contribution at the moment of entry into the commercial register ends up being higher than the actual market value at that time, the shareholder might arrange with the company compensation which would reduce his initial contribution to the nominal value of the issued shares at the time of registration. For example, such compensation might take the form of cash payment amounting to the difference between the nominal value of the shares issued and the value resulting from the sale of the contributed cryptocurrency for HRK on the cryptocurrency exchange. However, such an arrangement between the shareholder and the company should be included in the contract in which the shareholder promises the contribution of the cryptocurrency into the share capital.

⁶⁰ For example, as stated in the previous footnote, the market value of bitcoin in the last 3 months has increased by around 80%. In the last month, the increase of bitcoin value is lower, ca. 12%, but there was a registered spike in the increase of the value of around 50%. See trading data on Gemini on 17 July 2019 and before (<https://gemini.com/prices/bitcoin/>).

These rules on contributions in kind during the incorporation of a company limited by shares apply accordingly to the subsequent increase in the company's share capital by contributions.⁶¹

6. CONCLUSION

According to Swiss practice, cryptocurrencies can be used as a contribution in kind. Such transactions have been registered regularly since the autumn of 2017.

On the other hand, there have been no publicly registered cases of attempts to make cryptocurrency contributions into the share capital in Croatia. This does not, however, mean that such contributions should be precluded. There is also no valid economic or legal reason to prohibit such contributions, irrespective of the insufficient domestic regulatory framework concerning cryptocurrencies. Such contributions should *de lege lata* be qualified as contributions in kind where external audit should help protect the company and its creditors from the highly volatile nature of cryptocurrencies. This does not mean that there is no need to regulate cryptocurrencies. In order to ensure legal certainty and achieve uniform legal treatment, it is necessary to enact *de lege ferenda* regulations on the legal status of cryptocurrencies. Such rules should not be prohibitive but permissive to this new form of intangible (digital) asset. Furthermore, they should adequately protect the company and its creditors from the highly volatile nature of the market value of a cryptocurrency. This can be accomplished by expanding the application of existing rules on contributions in kind to cryptocurrency contributions. The exact accounting and economic model for determining adequate value in situations of high volatility should be left to audit experts.

However, even if a jurisdiction should not admit cryptocurrencies as a contribution in kind, then it would still be possible to set up a company or to make a capital increase with a normal money contribution, and at a later moment the company can acquire crypto money on a trading platform of its choice and pay for it with the paid-in capital.

⁶¹ For example, see Articles 305 and 305.a CA.

ULAGANJE KRIPTOVALUTA U TEMELJNI KAPITAL DIONIČKOG DRUŠTVA

U članku se obrađuje pitanje mogu li se kriptovalute, kao što je Bitcoin, unijeti kao ulog u temeljni kapital dioničkog društva sa stajališta švicarskog i hrvatskog prava. U Švicarskoj je već uspostavljena praksa da se kriptovalute prihvaćaju kao nenovčani ulog. S druge strane, u hrvatskoj praksi nije bilo evidentiranih slučajeva takvih pokušaja. Stoga se u radu analizira bi li prema postojećem zakonskom uređenju to bilo dopušteno. Ulog u kriptovalutama ne bi se mogao smatrati ulogom u novcu, nego bi ga trebalo kvalificirati kao nenovčani ulog. Autori smatraju da se ne bi mogao smatrati ni ulogom u stvarima zbog pravila stvarnog prava. No, takav bi ulog već *de lege lata* trebalo dopustiti kao ulog u pravima, sa svim pravnim posljedicama takva uloga prema općem zakonskom uređenju hrvatskog prava društava (načelo unosa temeljnoga kapitala, procjena vrijednosti, revizija). *De lege ferenda*, radi pravne sigurnosti, pitanje unosa kriptovaluta kao uloga u temeljni kapital trebalo bi ipak posebno urediti.

Ključne riječi: kriptovalute, ulog u trgovačko društvo, procjena vrijednosti, revizija

Rino Siffert, Deputy Director of the Swiss Federal Registry of Commerce bei Swiss Federal Department of Justice

Prof. dr. sc. Siniša Petrović, Katedra za trgovačko pravo i pravo društava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Doc. dr. sc. Tomislav Jakšić, Katedra za trgovačko pravo i pravo društava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UPRAVLJANJE SUKOBOM INTERESA U SUSTAVU JAVNE NABAVE

Pregledni znanstveni rad

UDK 35.073.53

35.083.3

339.923:061.1](497.5:4EU)

Primljeno: 9. svibnja 2019.

Ljiljana Mavračić Tišma*

U ovom radu analizira se koncept sukoba interesa u javnoj nabavi. Prikazuje se i analizira pojam i uloga instituta sprječavanja sukoba interesa u javnoj nabavi, pravno uređenje te mjere koje je javni naručitelj slijedom postojećih zakonskih odredaba dužan poduzeti u situacijama koje se označavaju kao sukob interesa. Prikazuju se i analiziraju relevantne zakonske odredbe te odredbe javnonabavnog regulatornog okvira EU-a. Prije prikaza i analize pravnog uređenja iznosi se analiza pojma sukoba interesa i neki primjeri regulacije tih odnosa u hrvatskoj povijesti. Autorica iznosi svoje viđenje problema postojećih zakonskih rješenja i njihove primjene u regulaciji sukoba interesa te otklonu utjecaja situacija sukoba interesa na postupak javne nabave. Zaključno autorica iznosi svoje viđenje važnosti izgradnje politike upravljanja sukobom interesa kao ključnog alata očuvanja integriteta postupka i sustava javne nabave u cjelini.

Ključne riječi: sukob interesa, javna nabava, upravljanje

1. UVOD

Prema statističkim podacima Ministarstva gospodarstva, poduzetništva i obrta vrijednost javne nabave u 2017. godini u Republici Hrvatskoj dosegla je 40,5 milijardi kuna bez PDV-a, s udjelom u bruto domaćem proizvodu od 13,41 %.¹ Na području Europske unije, prema podacima Europske komisije, javna tijela svake godine potroše oko 14 % BDP-a na javnu nabavu, što je više od 1,9 bilijuna eura.²

Upravo zbog tako visoke vrijednosti alokacije javnih sredstava kroz postupke javne nabave područje javne nabave i u Republici Hrvatskoj i na razini Europske unije kao zajedničkom tržištu njezinih zemalja članica važan je segment gospodarstva s velikim

* Ljiljana Mavračić Tišma, mag. iur., polaznica Poslijediplomskog specijalističkog studija Javno pravo i javna uprava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

¹ Vidljivo na stranici Ministarstva gospodarstva, poduzetništva i obrta, Statističko izvješće o javnoj nabavi u Republici Hrvatskoj u 2017., http://www.javnabava.hr/userdocsimages/Statisticko_izvjesce_JN-2017.pdf, str. 13 i 14, pristupljeno 20. prosinca 2018.

² Europska komisija, Tematski informativni članak o europskom semestru – Javna nabava, od 22. studenoga 2017. Najnovija procjena, u koju nisu uključeni izdaci komunalnih poduzeća. Prijašnje su procjene, koje uključuju javnu nabavu u komunalnim poduzećima, na razini od oko 19 % BDP-a EU-a, što iznosi oko 2,3 bilijuna eura. Vidljivo na stranici: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_hr.pdf, pristupljeno 24. prosinca 2018.

obujmom transakcija, složenim odnosima dionika, ali i posebnim područjem rizika za različite oblike zlouporaba i koruptivnih djelatnosti.

Turudić smatra: „Postupcima javne nabave države članice pribavljaju dobra, radove i usluge velike vrijednosti i nužne za djelovanje tijela državne uprave i javnih tijela, čija vrijednost predstavlja značajan dio BDP-a, ali i motor cjelokupnoga gospodarstva“.³

Javna je nabava dakle područje međusobnog djelovanja, odnosno interakcije javnog i privatnog sektora. Javnopravna tijela i druge pravne osobe koje nemaju javne ovlasti, ali upravljaju sredstvima državnog ili drugog javnog proračuna, odnosno po zakonom određenoj osnovi smatraju se javnim ili sektorskim naručiteljima,⁴ nabavljaju robu, radove ili usluge radi zadovoljavanja određenih javnih potreba u postupku koji je uređen normama javnog prava.

Tako su normama javnog prava uređena pravila pripreme i provedbe postupka, odabira privatnopravnog subjekta, pravne zaštite gospodarskih subjekata u postupku javne nabave, izmjene ugovornog odnosa, kao i upravnog nadzora nad poštivanjem zadanih zakonskih odredaba.

Takva aktivnost javnopravnog tijela, kao ekonomska aktivnost kojom ono nastupa na tržištu i odabire gospodarski subjekt s kojim će sklopiti javnonabavni ugovor, podložna je pravilima o tržišnom natjecanju. Upravo iz tog razloga, kako bi se osiguralo slobodno tržišno natjecanje i tržišno djelovanje javnopravnih tijela, Europska unija svojim pravilima postavlja pravne okvire djelovanja javne vlasti kako bi se u takvim aktivnostima ponašala tržišno.

Prema Avianiju, tri su temeljne karakteristike javnih ugovora: „prvo, u subjektima ugovora, drugo, u cilju i svrsi zbog kojih se ugovor zaključuje, i treće, u posebnim pravilima koja vrijede pri zaključivanju i izvršavanju ovih ugovora“.⁵

Budući da je gospodarstvo temeljeno na slobodnom tržišnom natjecanju ono što čini ključnu vezu zemalja članica Europske unije, već u fazi pregovora za ulazak u Europsku

³ Marko Turudić, Novi regulatorni okvir Europske unije za javnu nabavu i hrvatski pravni sustav, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2016, str. 34.

⁴ Čl. 5. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, br. 120/16) određeno je da su naručitelji javni i sektorski naručitelji. Nadalje je čl. 6. istog Zakona za javne, odnosno čl. 7. za sektorske naručitelje, određeno koji se naručitelji i pod kojim uvjetima smatraju javnim, odnosno sektorskim naručiteljima.

⁵ Damir Aviani: Pravna zaštita u postupku dodjele javnih ugovora – harmonizacija hrvatskog prava s *acquis communautaire*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 45, 1/2008, str. 176. Prema Avianiju, pod pojmom javni ugovor (*public contract*) u pravnoj stečevini Europske zajednice uobičajeno se smatra posebna vrsta ugovora koje sklapa javnopravna s privatnopravnom osobom, kojima se ostvaruje širi društveni interes i na koje se primjenjuju posebne pravne norme, u određenoj mjeri različite od normi privatnog prava.

uniju Republika Hrvatska morala je prilagoditi nacionalno zakonodavstvo i prihvatiti načela i standarde koji se tiču javne nabave.⁶⁷

Iako se preuzimanjem obveza iz kriterija za članstvo u Europskoj uniji Republika Hrvatska obvezala osigurati postizanje uvjeta za racionalnu i učinkovitu javnu potrošnju, temeljenu na načelima tržišnog natjecanja, transparentnosti i jednakog pristupa,⁸ već sama činjenica da je tada niz godina ostvaren velik deficit državnog proračuna kao posljedica visoke javne potrošnje te izrazito nepovjerenje građana u javnu upravu zahtijevali su u procesu financijske konsolidacije uspostavljanje učinkovitog sustava javne nabave, koji je trebao osigurati da se prilikom nabave roba, proizvoda i usluga ostvari maksimalna vrijednost za novac.⁹

Zato su primarni ciljevi procesa reforme sustava javne nabave trebali obuhvatiti osiguravanje gospodarskim subjektima pristupa javnim sredstvima na jednakoj i transparentnoj osnovi, uz osiguravanje jednakosti tretmana kroz djelotvornu i učinkovitu zaštitu prava uključenih ponuditelja. Upravo zbog važnosti područja javne nabave za gospodarstvo, obveze zaštite tržišnog natjecanja te povjerenja građana u javnu upravu to je područje bilo potrebno zaštititi posebno od sukobljavanja privatnog i javnog interesa, koje posljedično dovodi do zlouporabe i nezakonitosti u javnoj nabavi.

Stoga je prepoznavanje, sprječavanje i uklanjanje sukoba interesa u javnoj nabavi danas sveobuhvatni proces upravljanja odnosima javnih naručitelja i gospodarskih subjekata, u kojima bi nepristranost i neovisnost predstavnika naručitelja ili pružatelja usluge službe nabave uključenih u isti postupak ili koji mogu utjecati na njegov ishod, bila kontaminirana izravno ili neizravno bilo kakvim osobnim interesom, bilo financijske, gospodarske ili druge osobne prirode istih osoba. Iz istog razloga proces upravljanja sukobom interesa predstavlja sveobuhvatni antikoruptivni mehanizam zaštite postupaka javne nabave i cijelog sustava u cjelini.

Da bi se prikazala uloga sustava upravljanja sukobom interesa, prethodno je potrebno izložiti taj pojam i analizu njegove uloge u upravljanju javnim sredstvima, analizu tih odnosa danas u usporedbi s poimanjem u povijesnim okolnostima te dostupne mehanizme sprječavanja zlouporaba situacija sukoba interesa u javnoj nabavi u odnosu na postojeće pravno uređenje.

⁶ Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica u Luksemburgu 29. listopada 2001. i njegovom ratifikacijom od strane država članica započeo je proces pridruživanja Republike Hrvatske europskim integracijama. U tom je postupku važna obveza Hrvatske bila prilagoditi svoje zakone i druge pravne propise zakonodavstvu Europske zajednice (*acquis communautaire*), i to poglavito zakonodavstva koje se odnosi na tržište i područja vezana uz trgovinu. Posebni ugovori Sporazuma (čl. 72 - *Public contracts*) posvećeni su javnoj nabavi i kontroli njihova dosljednog poštivanja.

⁷ Vidi više u Boris Ljubanović, Bosiljka Britvić-Vetma: *Hrvatsko pravo javne nabave – usklađenost s pravom EU*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, Split, str. 408 i 409.

⁸ Vidi više u Jelena Budak: *Korupcija u javnoj nabavi : trebamo li novi model istraživanja za Hrvatsku?*, Ekonomski pregled, Zagreb, 2016, str. 310.

⁹ Vidi više u: Mato Regvar, *Razlozi donošenja novog Zakona o javnoj nabavi*, u: *Primjena novog Zakona o javnoj nabavi i podzakonskih propisa*, Inženjerski biro, Zagreb, 2008, str. 45.

Svrha je ovog rada prikazati mehanizme prevencije i regulacije posljedica pojave sukoba interesa u postupku javne nabave u okviru postojećeg pravnog uređenja, problema primjene postojećih zakonskih rješenja te važnosti uspostave učinkovite politike upravljanja sukobom interesa kao ključnog alata zaštite integriteta postupka javne nabave i sustava javne nabave u cjelini.

2. DEFINICIJA I ANALIZA POJMA SUKOBIA INTERESA

Prema Bačiću: „Koruptivni potencijal vlasti prati državu od njenog nastanka, pa stoga ne čudi veliki interes da se pronikne u izvore i oblike te njene tamne strane. Pojava sukoba interesa u toj tamnoj strani jedan je od glavnih izvora brojnih zlouporaba i deformacija“.¹⁰

Korupcija je, naime, krajnja faza neriješenog sukoba interesa i zato svaki čin korupcije sadrži neki oblik sukoba interesa i najčešće predstavlja kazneno djelo. No svaki sukob interesa nije koruptivno ponašanje. On dovodi pojedinca u situaciju da svoj privatni interes stavi ispred javnog ili ga pretvori u korist za sebe ili za nekog sebi bliskog.

Sukob je interesa dakle svaka situacija u kojoj se pojedinac u svojstvu dužnosnika ili javnog službenika koji donosi odluke ili ima utjecaj na donošenje odluke nađe u poziciji da ga njegov osobni interes priječi u donošenju nepristrane i neovisne odluke. Takve situacije nisu nove društvene pojave, one postoje od kada postoji država kao javna vlast, a postoje i danas u suvremenim ustavnim demokracijama kao izvorišna baza zloupotrebe vlasti s ciljem ostvarivanja privatne koristi.

I u hrvatskoj povijesti možemo vidjeti značajnu ulogu sukoba interesa, pa su tako još i najstariji hrvatski pravni spomenici sadržavali odredbe o sprječavanju situacija u kojim bi se netko mogao okoristiti ovlastima koje su mu povjerene.¹¹ Sprječavanje takvih ponašanja bilo je potrebno radi održanja ondašnjih zajednica i zato je i onda prepoznato kao područje koje zahtijeva posebnu regulaciju. Stoga se može zaključiti da pravno uređenje sukoba interesa nije novina niti možemo govoriti samo o standardu koji smo morali preuzeti i kojeg se kao pravila moramo pridržavati preuzimanjem obveza različitih međunarodnih organizacija čijom je članicom Republika Hrvatska postala nakon osamostaljenja.

Što se dakle dogodilo s percepcijom sukoba interesa u obavljanju javnih dužnosti, javnih službi, pravu i upravljanju zajedničkim resursima u Republici Hrvatskoj?

Ne bismo mogli reći da se tijekom proteklih stoljeća i unatoč snažnim promjenama različitih okolnosti priroda čovjeka i njegova narav odviše promijenila. Sukob interesa u upravljanju zajedničkim resursima i dalje je situacija koja, kao što smatra Smerdel:

¹⁰ Arsen Bačić: Sukob interesa i pitanje odgovornosti u ustavnoj demokraciji, 2012, str. 177-178.

¹¹ Vidi šire u: Tomislav Galović, Željka Radić, Zdenka Janeković Roemer, Zrinka Nikolić, Ozren Kosanović i Marta Dragičević Prtenjača: Suzbijanje korupcije u Hrvatskoj u srednjem vijeku, Udruga Kultura i etika, 2014.

„stavlja pojedinca, dužnosnika, u situaciju iskušenja odnosno napasti da se okoristi time što ne obavlja svoju javnu dužnost ili je obavlja na način protivan propisima“.¹²

Sukob interesa i korupcija kao njezina posljedica u tranzicijskim društvima i državama koje su raspadom komunističkih sustava započele proces razvoja modernih demokratskih sustava postale su ozbiljna prepreka razvoju tih društava. Razlozi takva stanja uključivali su elemente tradicije tih društava, neka obilježja bivših poredaka, poput kontrole medija i nerazvijenosti institucija civilnog društva, ali i način stvaranja novih političkih elita nakon rušenja socijalističkih poredaka, kao i njihovo preferiranje privatnih interesa u odnosu na opće interese i javno dobro.¹³

Osim s tim zajedničkim uzrocima hrvatsko je društvo bilo suočeno i s drugim specifičnim okolnostima ratnog i poslijeratnog vremena devedesetih godina i snažnog utjecaja obiteljskih i drugih osobnih veza na osobe koje obnašaju javne funkcije, što je posljedično utjecalo na različite oblike neprihvatljivog društvenog ponašanja. Jednako tako, općepoznato je da je u isto vrijeme došlo do odstranjivanja velikog broja stručnih ljudi iz javne uprave, koji su zamijenjeni novim, često politički podobnim i manje sposobnim ljudima, sklonijim koruptivnom ponašanju.¹⁴

Takvo stanje u svim segmentima javne uprave, na državnoj, ali i na regionalnoj i lokalnoj razini, pospješilo je sporost razvoja javne uprave i posljedice tog procesa itekako osjetimo i danas.

No, za razliku od strogih mjera nadzora i kazni u srednjem vijeku, u današnjem zakonodavstvu na području sukoba interesa naglasak je na preventivnoj zaštiti javnog interesa. Ono je usmjereno na redukciju broja situacija koje javnog službenika mogu dovesti u napast da se prepusti korupciji kao krajnjem obliku neprihvatljivog obavljanja njegovih dužnosti te na prevenciju neprihvatljivog utjecaja takva odnosa na odlučivanje pravovremenim prepoznavanjem takvih situacija i izuzimanjem iz odlučivanja, odnosno poduzimanjem drugih odgovarajućih mjera zaštite postupka koji se provodi.

Sukob interesa, kako se promatra danas, jest situacija koja je neizbježna i normalna, no zahtijeva regulaciju i rješenje, zahtijeva izbor i uređenje odnosa.¹⁵ Ista situacija utječe na neprikladno obavljanje javne dužnosti i odgovornosti, pa je, kao što smatra Smerdel: „Cilj regulacije istih odnosa sprečavanje nastanka mogućih izvora institucionalne korupcije koja se sastoji od zlouporabe javnih dužnosti ili položaja u cilju stvaranja dobiti za neku osobu kojoj takav dobitak ne pripada prema propisima i službenoj etici.“¹⁶

¹² Branko Smerdel, *Ustavno uređenje Europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2013, str. 472.

¹³ Vidi više u: Zoran Malenica, Ranka Jeknić: *Percepcija korupcije i borba protiv korupcije u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 47, 4/2010, str. 841-842.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Vidi u: Josip Kregar, *Akcija i akteri: Što poduzeti sada*, u: *Korupcija – pojavni oblici, mjere za suzbijanje*, Inženjerski biro, 2008, str. 23.

¹⁶ Ibidem, bilj. 13 (Smerdel, 2013), str. 473.

Sukob interesa u postupku javne nabave kao području javne potrošnje promatra se u odnosima predstavnika naručitelja i gospodarskih subjekata koji sudjeluju ili žele sudjelovati u postupku javne nabave robe, usluga ili radova. Ako se takva situacija ne riješi na ispravan način, ona ima utjecaj na integritet provedenih postupaka te posljedično vodi do različitih oblika koruptivnih djelovanja.

Cvitanović smatra da: „za situaciju sukoba interesa nije nužna namjera. Naprotiv, osoba kod koje je takav sukob nastao može imati upravo suprotnu intenciju i biti uvjerena da se neželjeni sukob interesa nije niti pojavio.“¹⁷

Takva mogućnost može se prihvatiti, no pitanje je je li takvo neprepoznavanje posljedica nedostatnog razumijevanja pojavnih oblika sukoba interesa i njegova utjecaja na integritet postupka odlučivanja koji se provodi ili nepostojanja adekvatnog sustava vrijednosti i posljedica za osobu kod koje je takav sukob nastao.

Različite međunarodne organizacije u svojim su dokumentima definirale sukob interesa kako bi upozorile na opasnosti koje neprepoznavanje takvih odnosa nosi i pomogle svojim državama članicama u ugradnji i primjeni mehanizama za njihovo rješavanje.

Tako je Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD) definirala sukob interesa kao sukob između javne dužnosti i privatnih interesa javnog dužnosnika, pri čemu javni dužnosnik ima privatne interese koji bi mogli imati neprimjereni utjecaj na izvršavanje njegovih/njezinih službenih dužnosti i odgovornosti.^{18 19}

Ta organizacija razlikuje situaciju u kojoj se pojavljuje sukob interesa koji može biti aktualan ili onu za koju možemo smatrati da je postojala u određenom trenutku u prošlosti, dok se pojavnim sukobom interesa smatra situacija kada se čini da bi privatni interesi javnog dužnosnika mogli negativno utjecati na izvršavanje njegovih dužnosti, ali to zapravo nije slučaj. Potencijalni sukob nadalje se promatra kao situacija koja se može pojaviti kada javni dužnosnik ima privatne interese koji su takve vrste da bi se sukob interesa pojavio ako bi se dužnosnik uključio u izvršavanje određene službene odgovornosti u budućnosti. Situaciju u kojoj privatni interes u stvarnosti kompromitira

¹⁷ Marko Cvitanović: Sprječavanje korupcije i zaštita tržišnog natjecanja u postupku javne nabave, Informator, 2013, str. 3.

¹⁸ Upravljanje sukobom interesa u javnoj službi, SMJERNICE OECD-a I ISKUSTVA ZEMALJA, str. 24-25, <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994419.pdf>.

¹⁹ Primarni cilj tih smjernica i alata OECD-a na području sukoba interesa jest pružanje pomoći zemljama članicama OECD-a u reviziji postojeće politike i prakse koja se odnosi na sukob interesa među javnim dužnosnicima, uključujući javne službenike/državne službenike, namještenike i druge osobe koje obavljaju javnu funkciju, a kako bi se pomoglo javnopravnim tijelima u razvoju djelotvorne politike za regulaciju sukoba interesa koja će očuvati povjerenje javnosti u integritet javnih dužnosnika i javnog procesa odlučivanja, kreirati praktični okvir za reviziju postojećih rješenja i modernizacije mehanizama, afirmirati kulturu javne službe u kojoj se sukob interesa identificira, rješava ili savladava na odgovarajući transparentan i pravovremen način.

pravilno obavljanje dužnosti od strane javnog dužnosnika najbolje je smatrati prekršajem ili zloupotrebom službenog položaja ili čak slučajem korupcije, a ne sukobom interesa.²⁰

Prema preporukama Vijeća Europe, sukob interesa nastaje kada privatni interes javnog službenika utječe, ili se čini da utječe, na nepristrano i objektivno obavljanje njegovih javnih dužnosti.²¹ Ta definicija prepoznaje stvarni i prividni sukob interesa, ali uvodi i situacije potencijalnog interesa, kada javni dužnosnik ima privatne interese koji su takve prirode da bi sukob interesa nastao ukoliko bi u budućnosti došlo do uključivanja dužnosnika u određene službene dužnosti. Prikrivanje sukoba interesa kako ga promatra Vijeće Europe znači prikrivanje privatnog interesa kada se on odnosi na javne dužnosti službenika, a da bi bili otkriveni, neophodno je djelovati iz oba smjera, prepoznavanja i bilježenja svih privatnih interesa javnih službenika. Pritom je privatni interes definiran kao bilo kakva korist, što znači da obuhvaća i materijalne i nematerijalne prednosti, dok se teret praćenja i izbjegavanja sukoba interesa stavlja na samog javnog dužnosnika, koji bi trebao nastojati pozorno utvrditi, izbjeći i obznaniti svaki pojavni oblik sukoba interesa i pridržavati se svake valjane odluke koja se tiče njegova povlačenja iz situacije sukoba interesa i/ili odricanja od koristi koja je sukob prouzročila. Navedeni teret pozornosti trebao bi za posljedicu imati propisivanje sankcija za one koji se predmetne obveze ne bi pridržavali.²²

Prema definiciji Svjetske banke (Svjetska banka, 1997), korupcija je zlouporaba javnih ovlasti za privatnu korist, dok se sukob interesa također definira kao situacija u kojoj su privatni interesi dužnosnika u suprotnosti s javnim interesom ili privatni interes utječe, ili može utjecati, na nepristranost dužnosnika u obavljanju javne dužnosti.

Prema odredbama Konvencije Ujedinjenih naroda za borbu protiv korupcije,²³ svaka je država stranka dužna, u skladu s temeljnim načelima svojeg domaćeg prava, nastojati donijeti, održavati i jačati sustave koji promiču transparentnost i sprječavaju sukobe interesa, dok je svaka država stranka dužna nastojati, kad je to primjereno i u skladu s temeljnim načelima domaćeg prava, uvesti mjere i sustave na temelju kojih će državni

²⁰ U predmetnoj definiciji te organizacije sukob interesa može podrazumijevati i druge privatne aktivnosti, osobnu pristranost i veze te obiteljske interese ako se ti interesi s pravom mogu smatrati takvima da će vjerojatno negativno utjecati na izvršavanje povjerenih dužnosti.

²¹ Vijeće Europe, Preporuka br. R (2000) 10 Odbora ministara država članica o kodeksima ponašanja javnih dužnosnika, koju je usvojio Odbor ministara Vijeća Europe na svojem 106. zasjedanju 11. svibnja 2000. Ta preporuka postavlja temelje referentnog dokumenta za kodekse ponašanja javnih dužnosnika u državama članicama EU-a. Najvažnija postignuća predmetnoga dokumenta jesu to što predlaže jednu od najiscrpnijih definicija pojma 'sukoba interesa', kao i postupak za otkrivanje interesa, dok Preporuka Vijeća o smjernicama za upravljanje sukobom interesa u obnašanju javnih dužnosti (Vijeće Europe, 2003) uvodi i treći oblik sukoba interesa potencijalne naravi, potencijalni sukob interesa koji nastaje kada javni dužnosnik ima privatne interese koji su takve naravi da bi sukob interesa nastao ukoliko bi u budućnosti došlo do angažmana dužnosnika na relevantnim (tj. proturječnim) službenim dužnostima: <http://www.oecd.org/dataoecd/13/22/2957360.pdf>.

²² Ibid.

²³ Konvencija je potpisana 9. prosinca 2003. u Meridi u Meksiku i taj se dan obilježava kao Međunarodni dan borbe protiv korupcije. Republika Hrvatska potvrdila je tu Konvenciju Zakonom o potvrđivanju Konvencije Ujedinjenih naroda za borbu protiv korupcije od dana 18. veljače 2005. (Narodne novine, br. 2/2005).

službenici mjerodavnim vlastima morati dati izjave o okolnostima uslijed kojih može doći do sukoba interesa u odnosu na njihovu službu u svojstvu državnog službenika.

U pravu Europske unije, pored novih direktiva koje prvi put reguliraju sukob interesa u pravu javne nabave, taj je pojam definiran odredbama Financijske uredbe koja se primjenjuje na opći proračun Unije,²⁴ a prema kojoj sukob interesa postoji ako je ugroženo nepristrano i objektivno obnašanje funkcije financijskog izvršitelja ili druge osobe zbog obiteljskih, emotivnih, političkih ili nacionalnih razloga, ekonomskog interesa ili drugog izravnog ili neizravnog osobnog interesa.²⁵

Slijedom iznesenih definicija različitih međunarodnih organizacija može se zaključiti da pravno uređenje situacija sukoba interesa ima prvenstveno preventivnu svrhu, što uključuje mehanizme identifikacije, sprječavanja i rješavanja sukoba interesa kako bi se postupak odlučivanja učinio transparentnim i zakonitim, osigurala zaštita svih dionika te povjerenje građana u javnu službu.

Pretpostavka je takva uređenja razumijevanje odnosa koji se smatraju sukobom interesa, različitih pojavnih oblika sukoba interesa, posljedica takvih odnosa na postupak javne nabave, ali i posljedica koje mogu nastati za osobu koja u takvim situacijama ne poduzme odgovarajuće korake kojima bi otklonila svaku sumnju u nepristranost i objektivnost u donošenju odluka. Važno je naglasiti i da sukob interesa u kontekstu javne nabave ne treba ograničiti isključivo na materijalni segment, već on može uključivati i situacije poput osobnih aktivnosti, sklonosti, povezanosti te obiteljskih interesa, koje se mogu smatrati preprekom za nepristrano donošenje odluka ili utjecaja na donošenje odluka u postupku javne nabave.

3. KONCEPT SUKOBIA INTERESA U SUSTAVU JAVNE NABAVE

3.1. Relevantne zakonske odredbe o sukobu interesa u javnoj nabavi

U sustavu javne nabave situacije sukoba interesa odnosi su koje je potrebno regulirati u svakom postupku javne nabave koji se priprema i provodi. One obuhvaćaju odnose između predstavnika naručitelja i gospodarskih subjekata kada se oni javljaju u ulozi ponuditelja, članova zajednice gospodarskih subjekata ili podugovaratelja i predstavljaju situacije u kojima predstavnik naručitelja ima bliske veze financijske, gospodarske ili druge osobne prirode s gospodarskim subjektom koji sudjeluje ili bi mogao sudjelovati u postupku javne nabave.

²⁴ Uredba (EU, Euratom) 2018/1046 EUROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA od 18. srpnja 2018. o financijskim pravilima koja se primjenjuju na opći proračun Unije, o izmjeni uredaba (EU) br. 1296/2013, (EU) br. 1301/2013, (EU) br. 1303/2013, (EU) br. 1304/2013, (EU) br. 1309/2013, (EU) br. 1316/2013, (EU) br. 223/2014, (EU) br. 283/2014 i Odluke br. 541/2014/EU te o stavljanju izvan snage Uredbe (EU, Euratom) br. 966/2012 – dalje u tekstu Uredba 2018/1046.

²⁵ Ibid, članak 61.

Takve situacije naručitelja čine podložnijim pogodovanju gospodarskom subjektu s kojim njegov predstavnik, koji sudjeluje u postupku odlučivanja, ima bliske veze.²⁶ No čak i ako do takva nezakonitog pogodovanja ne dođe, integritet postupka javne nabave i donesena Odluka o odabiru bit će bremeniti takvim odnosom naručitelja i gospodarskog subjekta ukoliko se takva situacija pravovremeno ne prepozna, ne spriječi ili ne ukloni.²⁷

Turudić smatra da „se naručitelju nameće obveza aktivnog praćenja postojanja sukoba interesa te djelovanje na temelju tog praćenja. Isto djelovanje se sastoji od preventivnog sprječavanja ili naknadnog uklanjanja postojećeg sukoba interesa.“²⁸

Usmjereno ostvarenju načela tržišnog natjecanja i jednakog tretmana koja određuju da se svim gospodarskim subjektima omogući sudjelovanje u postupku javne nabave pod jednakim uvjetima te jednaki pristup svakom ponuditelju u postupku javne nabave, to praćenje mora biti dio cjelokupnog mehanizma upravljanja sukobom interesa. Naime, sukob interesa u važećem zakonodavnom okviru u Republici Hrvatskoj definira se na vrlo širok način, stoga je važno postaviti kriterije pravovremenog detektiranja kriznih područja postupka javne nabave.

Sukobom interesa mogu biti obuhvaćeni svi zaposlenici naručitelja koji na bilo koji način mogu sudjelovati u donošenju odluke u javnoj nabavi, ali i zaposlenici pravne osobe koja u ime i za račun naručitelja sudjeluje u postupku nabave.²⁹

Sukob interesa definiran je prvenstveno Zakonom o javnoj nabavi.³⁰ Tako se uređuju situacije koje se imaju smatrati sukobom interesa i osobe koje bi tim odnosom bile obuhvaćene te mjere koje je naručitelj dužan poduzeti da učinkovito spriječi, prepozna i ukloni sukobe interesa u vezi s postupkom javne nabave kako bi se izbjeglo narušavanje tržišnog natjecanja i osiguralo jednako postupanje prema svim gospodarskim subjektima.³¹

Sukob interesa u javnoj nabavi djelomično je uređen i Zakonom o sprječavanju sukoba interesa³² kojim se kao općim propisom uređuje sprječavanje sukoba između privatnog i javnog interesa u obnašanju javnih dužnosti dužnosnika koji se taksativno određuju kao obveznici postupanja prema odredbama tog zakona.

²⁶ Vidi šire u: Marko Turudić, *Pravo javne nabave*, Narodne novine d. d., Zagreb, 2017, str. 88.

²⁷ Ibid.

²⁸ Marko Turudić: *Komentar Zakona o javnoj nabavi*, Zgombić i partneri d. o. o., 2018, str. 147.

²⁹ Ibid, str.148.

³⁰ Zakon o javnoj nabavi (Narodne novine, br. 120/16) – dalje u tekstu ZJN 2016.

³¹ Supra t. 4.

³² Zakon o sprječavanju sukoba interesa, Narodne novine, br. 26/11, 12/12, 124/12, 48/13, 57/15 – dalje u tekstu ZSSI.

3.2. Relevantne odredbe Zakona o sprječavanju sukoba interesa

ZSSI se primjenjuje isključivo na dužnosnike onako kako ih je taj zakon taksativno odredio.³³ Isti su dužnosnici određeni i u kategoriji predstavnika naručitelja ZJN-a iz 2016. u dijelu koji se odnosi na čelnike tijela te članove upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela budući da se te osobe u postupcima javne nabave najčešće pojavljuju u toj kategoriji. Odredbama ZSSI-ja određeno je da u obnašanju javne dužnosti dužnosnici ne smiju svoj privatni interes stavljati iznad javnog interesa.³⁴ Nadalje je određeno da sukob interesa postoji kada su privatni interesi dužnosnika u suprotnosti s javnim interesom, a posebice kada privatni interes dužnosnika utječe na njegovu nepristranost u obavljanju javne dužnosti ili se osnovano može smatrati da privatni interes dužnosnika utječe na njegovu nepristranost u obavljanju javne dužnosti, ili pak privatni interes dužnosnika može utjecati na njegovu nepristranost u obavljanju javne dužnosti.³⁵

Nastavno na postupke nabave, slijedom odredaba ZSSI-ja, dužnosnicima je, među ostalim, zabranjeno utjecati na dobivanje poslova ili ugovora o javnoj nabavi te na bilo koji drugi način koristiti položaj dužnosnika utjecanjem na odluku zakonodavne, izvršne ili sudbene vlasti kako bi postigli osobni probitak ili probitak povezane osobe, neku povlasticu ili pravo, sklopili pravni posao ili na drugi način interesno pogodovali sebi ili drugoj povezanoj osobi.³⁶

Poslovni subjekt u kojem dužnosnik ima 0,5 % ili više udjela u vlasništvu (kapitalu trgovačkog društva) ne može stupiti u poslovni odnos s tijelom javne vlasti u kojem dužnosnik obnaša dužnost niti smije biti član zajednice ponuditelja ili podisporučitelj³⁷ u tom poslovnom odnosu.³⁸ Slijedom te odredbe, vidljiva je apsolutna zabrana sklapanja ugovora koja izrijeckom u ZJN-u iz 2016. više ne postoji.³⁹ Isto ograničenje primjenjuje se i na poslovne subjekte u kojima član obitelji dužnosnika ima 0,5 % ili više udjela u vlasništvu, no samo u slučaju kada je član obitelji dužnosnika na bilo koji način, izravno ili neizravno, stekao predmetni udio, odnosno dionice od dužnosnika u razdoblju od dvije godine prije imenovanja, odnosno izbora na javnu dužnost, pa do prestanka njezina obnašanja.⁴⁰

³³ Čl. 3. ZSSI-ja.

³⁴ St. 1. čl. 2. ZSSI-ja.

³⁵ St. 2. čl. 2. ZSSI-ja.

³⁶ Toč. g) i i) st. 1. čl. 7. ZSSI-ja.

³⁷ ZJN iz 2016. koristi termin podizvoditelj, a ne podisporučitelj. Sukladno toč. 21. st. 1. čl. 3. ZJN-a iz 2016. podugovaratelj je gospodarski subjekt koji za ugovaratelja isporučuje robu, pruža usluge ili izvodi radove koji su neposredno povezani s predmetom nabave.

³⁸ St. 1. čl. 17. ZSSI-ja.

³⁹ St. 3. čl. 13. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, br. 90/11, 83/13, 143/13 i 13/14) određivao je da naručitelji ne smiju sklapati ugovore o javnoj nabavi s gospodarskim subjektima iz st. 1. istog članka u svojstvu ponuditelja i člana zajednice ponuditelja te gospodarski subjekti iz st. 1. istog članka ne smiju biti podizvoditelji odabranom ponuditelju.

⁴⁰ St. 2. čl. 17. ZSSI-ja.

Pravni poslovi, odnosno pravni akti koji su sklopljeni, odnosno doneseni protivno navedenim odredbama, ništetni su.⁴¹

No u slučaju kada tijelo u kojem dužnosnik obnaša javnu dužnost stupa u poslovni odnos s poslovnim subjektom u kojem član obitelji dužnosnika ima 0,5 % ili više udjela u vlasništvu, a ne radi se o stjecanju od dužnosnika, budući da za takve situacije ZSSI ne predviđa zabranu sklapanja ugovora, dužnosnik je dužan o tome pravodobno obavijestiti Povjerenstvo za odlučivanje o sukobu interesa,⁴² koje će u roku od 15 dana izraditi mišljenje zajedno s uputama o načinu postupanja dužnosnika i tijela u kojem dužnosnik obnaša javnu dužnost u cilju izbjegavanja sukoba interesa dužnosnika i osiguranja postupanja u skladu s tim zakonom. Nadalje, dužnosnik, odnosno tijelo u kojem dužnosnik obnaša dužnost, obvezno je prije stupanja u poslovni odnos dostaviti Povjerenstvu cjelokupnu dokumentaciju iz koje je vidljivo kako su provedene prethodno dane upute Povjerenstva. Pravni poslovi, odnosno pravni akti koji su sklopljeni, odnosno doneseni bez prethodne obavijesti istom tijelu, protivno prethodno danim uputama, dostavom nepotpune ili neistinite dokumentacije, ili na bilo koji drugi način protivno odredbama istog članka, ništetni su.⁴³

Dakle, zabrana sklapanja ugovora odnosi se na gospodarske subjekte u kojima dužnosnik ima 0,5 % ili više udjela u vlasništvu, no ne i na njegove povezane osobe, odnosno na povezane osobe samo kada je član obitelji dužnosnika na bilo koji način, izravno ili neizravno, stekao predmetni udio, odnosno dionice od dužnosnika u razdoblju od dvije godine prije imenovanja, odnosno izbora na javnu dužnost pa do prestanka njezina obnašanja. Član obitelji dužnosnika u smislu tog Zakona jest bračni ili izvanbračni drug dužnosnika, njegovi srodnici po krvi u uspravnoj lozi, braća i sestre dužnosnika te posvojitelj, odnosno posvojenik dužnosnika.⁴⁴ Povezane osobe u smislu istog zakona jesu, pored navedenih osoba, ostale osobe koje se prema drugim osnovama i okolnostima opravdano mogu smatrati interesno povezanim s dužnosnikom.⁴⁵

U odnosu na dužnosnike koji se u postupcima javne nabave pojavljuju kao čelnici tijela ili članovi nadzornog ili upravnog tijela, a budući da odredbe koje se primjenjuju na sukob interesa nisu u potpunosti usklađene, može se zaključiti da bi u slučaju kada se te osobe nađu u ulozi predstavnika naručitelja u pojedinom postupku javne nabave trebalo primijeniti odredbe ZSSI-ja. Jednako tako, vidimo da se prema ZJN-u iz 2016. kategorija povezanih osoba odnosi na širi krug osoba u odnosu na ZSSI, što također upućuje na neusklađenost odredaba ta dva zakona.⁴⁶

⁴¹ St. 5. čl. 17. ZSSI-ja.

⁴² Sukladno st. 2. čl. 28. ZSSI-ja Povjerenstvo za odlučivanje o sukobu interesa (u daljnjem tekstu: Povjerenstvo) stalno je, neovisno i samostalno državno tijelo koje obavlja poslove iz djelokruga rada i nadležnosti određenih ovim Zakonom.

⁴³ St. 1. do 6. čl. 18. ZSSI-ja.

⁴⁴ St. 1. čl. 4. ZSSI-ja.

⁴⁵ St. 5. čl. 4. ZSSI-ja.

⁴⁶ Prema st. 1. čl. 77. ZJN-a iz 2016. odredba čl. 76. st. 1. ZJN-a iz 2016. primjenjuje se na odgovarajući način na srodnike po krvi u pravoj liniji ili u pobočnoj liniji do četvrtog stupnja, srodnike po tazbini do drugog stupnja,

Naime, iako se sukob interesa koji se odnosi na povezane osobe sukladno ZJN-u 2016. primjenjuje samo ukoliko je povezana osoba predstavnika naručitelja poslovne udjele, dionice, odnosno druga prava na temelju kojih sudjeluje u upravljanju, odnosno u kapitalu gospodarskog subjekta s više od 0,5 % stekla u dvogodišnjem razdoblju prije imenovanja, odnosno stupanja na dužnost predstavnika naručitelja s kojim je povezana, iz navedenog proizlazi da se krvno srodstvo u pobočnoj liniji trećeg i četvrtog stupnja prema ZSSI-u ne bi smatralo osnovom interesne povezanosti, stoga bi osnova ili okolnost takve povezanosti morala biti neka druga, što bi, očito, trebalo dokazivati i obrazlagati pretpostavljanjem privatnog interesa javnom.

3.3. Pojavni oblici sukoba interesa u javnoj nabavi

Okolnosti u kojima postoji sukob interesa od predstavnika naručitelja traže postupanje kojim se štiti javni interes. Svaka situacija u kojoj privatni interes utječe, ili bi se osnovano moglo smatrati da utječe, ili u kojoj privatni interes može utjecati na nepristranost dužnosnika smatra se situacijom sukoba interesa.⁴⁷ U takvim se situacijama javni interes štiti otklonom od obavljanja javne dužnosti, izuzimanjem iz postupka donošenja odluka, javnim objavljivanjem okolnosti koje bi mogle kompromitirati sudjelovanje u određenim postupcima te drugim radnjama kojima bi se postupak i u takvim okolnostima učinio javnim i uklonili razlozi za sumnju. No kako bi se osiguralo i zaštitilo povjerenje u donesenu odluku o odabiru, predstavnici naručitelja morali bi se izuzimati iz situacija u kojima donose ili sudjeluju u donošenju odluka koje ih se izravno ili neizravno osobno tiču, odnosno svih odluka u kojima imaju izravan ili posredan privatni interes.

Izravan interes nedvojbeno postoji u situacijama u kojima predstavnik naručitelja donosi ili sudjeluje u donošenju odluka koje se odnose na njega osobno, na njegove povezane osobe kada se radi o čelniku tijela, članu upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela naručitelja, na gospodarske subjekte u kojima te osobe imaju udjele u vlasništvu ili obavljaju upravljačke poslove te na druge osobne interese tih osoba.

Neizravan interes postoji u situacijama u kojima predstavnik naručitelja sudjeluje u donošenju odluka koje se odnose na druge osobe s kojima je u osobnom odnosu koji utječe, ili se osnovano može smatrati da utječe, ili koji može utjecati na nepristranost tih predstavnika naručitelja.

Svaka situacija u kojoj postoji mogućnost da na nepristranost predstavnika naručitelja utječu njegovi privatni interesi predstavlja situaciju potencijalnog sukoba interesa. Sukob interesa potencijalan je sve dok predstavnik naručitelja nije poduzeo radnju kojom se ti

bračnog ili izvanbračnog druga, bez obzira na to je li brak prestao, te posvojitelje i posvojenike (u daljnjem tekstu: povezane osobe) predstavnika naručitelja iz čl. 76. st. 2. toč. 1. ovoga Zakona.

⁴⁷ ZJN iz 2016. u čl. 75. ne predviđa prividan sukob interesa, nego govori o situacijama potencijalnog sukoba interesa posebno ističući određene situacije iz kojih proizlazi da bi se one smatrale oblikom stvarnog sukoba interesa.

privatni interesi promiču ili ostvaruju, odnosno sve dok još može prikladnim mjerama upravljati takvom situacijom i otkloniti posljedice neriješenog sukoba interesa.

Turudić smatra da: „sukob interesa službene osobe koja sudjeluje u postupku javne nabave može biti značajan faktor u poticanju koruptivnog ponašanja“.⁴⁸

Iako ZJN iz 2016. više ne predviđa izrijekom zabranu sklapanja ugovora, neprijeporno je da odnos između naručitelja i gospodarskog subjekta u kojemu predstavnik naručitelja ili povezana osoba predstavnika naručitelja pod uvjetima određenim tim zakonom obavlja upravljačke poslove u tom gospodarskom subjektu ili participira u vlasništvu tog gospodarskog subjekta, a, kao što zaključuje i Loboja, „u praksi derogira načela javne nabave propisana članom 3. ZJN-a 2016., a osobito načela tržišnog natjecanja, jednakog tretmana, zabrane diskriminacije i transparentnosti“.⁴⁹

Stoga bi bilo potrebno pratiti hoće li naručitelji, ali i institucije koje provode nadzor nad primjenom odredaba tog zakona, prepoznati takve situacije stvarnog sukoba interesa i njima upravljati na ispravan način, uzimajući u obzir obveznost načela primarnih izvora prava EU-a koje treba primijeniti u postupcima dodjele javnih ugovora.

4. SUKOB INTERESA U JAVNONABAVNOM REGULATORNOM OKVIRU EU-A

Ugovor o funkcioniranju EU-a kao primarni zakonodavni okvir za sve države članice EU-a sadrži načela koja su naručitelji u smislu propisa vezanih uz provedbu pravila javne nabave obvezni poštovati.⁵⁰ To su: načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnog nastana i načelo slobode pružanja usluga te, što se posebno odnosi na okvir javne nabave, načela koja iz toga proizlaze, kao što su načelo tržišnog natjecanja, načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti i načelo transparentnosti. Ovaj primarni izvor prava nadalje se nadograđuje unutar zakonodavstva EU-a kroz praksu Suda Europske unije te sekundarno na više razina kroz Direktive o javnoj nabavi i Odluke Europske komisije, a na nacionalnoj razini Zakonom o javnoj nabavi i pripadajućim podzakonskim aktima.

Pravila i institucionalna rješenja za osiguravanje transparentnosti dodatno su sadržana u posebnim direktivama o pravnoj zaštiti i pravnim lijekovima, koje se primjenjuju na sve vrste nabave u javnom sektoru, klasičnu javnu nabavu, sektorsku javnu nabavu i nabavu za potrebe obrane i nacionalne sigurnosti. Zajednički gledano, pravilima o nabavi u

⁴⁸ Marko Turudić: Suzbijanje korupcije u javnoj nabavi kroz novi regulatorni okvir Europske unije, Hrvatska pravna revija, 2016, str. 43.

⁴⁹ Ante Loboja, Institut sukoba interesa prema Zakonu o javnoj nabavi, Riznica 12/17, 2017, str. 89.

⁵⁰ Document 12016ME/TXT: Pročišćene verzije Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, Protokoli, Prilozi Ugovoru o funkcioniranju Europske unije, Izjave priložene Završnom aktu Međuvladine konferencije na kojoj je donesen Ugovor iz Lisabona potpisan 13. prosinca 2007., dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A12016ME%2FTXT>. Pristupljeno stranici 25. prosinca 2018.

javnom sektoru nastoje se ispuniti njima obuhvaćeni ciljevi, ali i spriječiti zlouporaba i korupcija kao krajnji nepovoljni ishod neriješenih sukoba interesa.

Iako sve do 2014. javnonabavni regulatorni okvir EU-a nije definirao sukob interesa, Sud Europske unije u svojem je postupanju u pojedinim slučajevima razvijao koncept i oblikovao doktrinu sukoba interesa.⁵¹

Jedan od prvih slučajeva u kojem je Sud Europske unije razmatrao situaciju sukoba interesa bio je predmet *Isméri Europa Srl*.⁵² u kojem je taj sud utvrdio da bi se radilo o sukobu interesa kada osoba koja ima utjecaj na odlučivanje utjecaj iskoristi radi ostvarivanja privatnog interesa. Sud nije ispitivao kriterije ni značajke sukoba interesa, nego isključivo poziciju osobe koja je tu poziciju koristila za ostvarivanje osobne koristi kao ključan element utvrđene situacije sukoba interesa.

Na temelju tog slučaja Sud Europske unije u predmetu *Nexans France*⁵³ išao je korak dalje u zaključcima o konceptu sukoba interesa, pa je tako utvrdio da je sukob interesa situacija objektivne prirode i da nije relevantno je li osoba na koju se sukob interesa odnosi postupala u dobroj vjeri. Nadalje, taj je sud zaključio da naručitelj nije u obvezi isključiti ponuditelja za kojeg je utvrđeno da je u sukobu interesa. Takvo isključenje ne bi bilo opravdano u situaciji u kojoj je moguće dokazati da situacija sukoba interesa između naručitelja i predmetnog gospodarskog subjekta nema utjecaj na postupanje naručitelja u postupku javne nabave i ne vodi narušavanju tržišnog natjecanja. Isključenje je nužno samo onda kada nije moguće poduzeti nikakve druge mjere da bi se izbjeglo narušavanje jednakog tretmana gospodarskih subjekata i transparentnosti.

Dakle, utjecaj sukoba interesa na postupak javne nabave mora biti stvaran, a ne hipotetski te sama mogućnost postojanja sukoba interesa nije dovoljna. Takav stav Sud Europske unije dalje je razvio u predmetu *Advisory v Commission*⁵⁴ zaključivši da je sukob interesa situacija objektivne prirode koja mora biti stvarna, a ne teoretska, te isključenje gospodarskog subjekta koji je u sukobu interesa mora biti krajnja mjera, koja je iznimka, a ne pravilo.

Može se primijetiti da se takav pristup konceptu sukoba interesa razlikuje od koncepta sukoba interesa kako ga promatra Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD)⁵⁵ imajući u vidu njezinu diferencijaciju javnih oblika sukoba interesa na stvarni, potencijalni i prividni sukob interesa, a koja se u doktrini sukoba interesa, kako se razvijala u praksi Suda Europske unije, ne pronalazi.

⁵¹ Vidi više u: Soloveicik, Deividas; Simanskis, Karolis, *The Evolving Concept of Conflict of Interests in the EU Public Procurement Law* European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), vol. 12, issue 2 (2017), 112-131.

⁵² Case T-277/97 *Isméri Europa Srl v Court of Auditors of the European Communities* (1999) ECLI-124.

⁵³ Case T-415/10 *Nexans France v Joint Undertaking Fusion for Energy* (2013) ECLI-141.

⁵⁴ Case T-195/05 *Deloitte Business Advisory v Commission* (2007) ECLI-107.

⁵⁵ V. supra. t. 2.

Daljnji razvoj doktrine sukoba interesa vidljiv je u predmetu eVigilo,⁵⁶ u kojem je Sud Europske unije, krenuvši od postavke da sukob interesa predstavlja rizik za postupak javne nabave pružanjem prednosti određenom gospodarskom subjektu te kršenjem načela jednakog tretmana, nediskriminacije i transparentnosti, dalje zaključio da je sukob interesa u postupku javne nabave vidljiv kroz pristranost članova povjerenstva za nabavu, dokaze takve pristranosti i njezin utjecaj na postupak javne nabave. Sud je pojasnio koncept sukoba interesa proširivši njegovo razumijevanje na obvezu naručitelja da u slučaju i najmanje sumnje u preferiranje od strane bilo koje osobe naručitelja pojedinog gospodarskog subjekta u postupku javne nabave poduzme sve mjere kako bi otklonio tu sumnju. Nadalje je isti Sud utvrdio da je naručitelj taj koji ima aktivnu ulogu primjene načela jednakog tretmana te je na naručitelju teret dokazivanja da je poduzeo sve odgovarajuće mjere kako bi otklonio pretpostavljeni ili stvarni sukob interesa.

Europska komisija objavila je u veljači 2014. prvo izvješće o korupciji u Europskoj uniji i njezinim državama članicama.⁵⁷ U poglavlju koje govori o Hrvatskoj Komisija ističe kako su u posljednjih nekoliko godina učinjeni znatni napor u poboljšanju borbe protiv korupcije, no čini se da je veći naglasak stavljen na represiju korupcije nego na njezinu prevenciju. Komisija je Hrvatskoj predložila da razvije kodeks ponašanja za izabrane dužnosnike na središnjoj i lokalnoj razini s odgovarajućim alatima odgovornosti, da provede značajne provjere imovinskih kartica i sukoba interesa državnih dužnosnika te da uspostavi učinkovit mehanizam za prevenciju korupcije u tvrtkama u vlasništvu i pod kontrolom države. Osim same analize Europska komisija također je predstavila dva opsežna ispitivanja javnog mnijenja, prema kojima se više od četvrtine europskih građana te 94 % Hrvata slaže da je korupcija raširena u njihovoj domovini, a 4 % Europljana i 6 % Hrvata izjavilo je da je od njih bilo zatraženo ili očekivano da plate mito u prošloj godini.

Slijedom utvrđenog stanja u zemljama članicama nove direktive o javnoj nabavi Europskog parlamenta i Vijeća koje reguliraju područje klasične javne nabave⁵⁸ i nabave subjekata koji djeluju u području vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru i sektoru poštanskih usluga,⁵⁹ za razliku od prethodnih direktiva EU-a iz 2004. godine, donose odredbe o sukobu interesa prilikom sklapanja javnih ugovora, odnosno ugovora o javnoj nabavi.

Naime prethodne direktive o javnoj nabavi nisu sadržavale preciznija pravila o sprječavanju i sankcioniranju sukoba interesa u javnoj nabavi, ista pitanja rješavana su u nacionalnim zakonodavstvima, pa se i razina specifičnih antikoruptivnih mehanizama

⁵⁶ Case C-538/13 e-Vigilo ltd v. Priesgairines apsaugos ir gelbejimo departmentas prie Vidaus reikalu ministerijos (2015) ECLI-166.

⁵⁷ Europska komisija, Izvješće o suzbijanju korupcije u EU-u, Bruxelles, 3. 2. 2014., COM (2014), https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_croatia_chapter_hr.pdf.

⁵⁸ Europski parlament i Vijeće, Direktiva 2014/24/EU od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/24/EZ – dalje u tekstu: Direktiva 2014/24/EU.

⁵⁹ Europski parlament i Vijeće, Direktiva 2014/25/EU od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ – dalje u tekstu: Direktiva 2014/25/EU.

razlikovala među državama članicama. To je bilo jedno od područja koje je identificirano kao ono u kojem je bilo potrebno postići napredak i kao takvo je uneseno u Zelenu knjigu o modernizaciji javne nabave u EU-u iz 2011. godine,⁶⁰ koja je poslužila kao jedan od temelja za izradu novih direktiva.⁶¹

Pravna regulacija sukoba interesa u Direktivama 2014/24/EU i 2014/25/EU kao zakonodavnim aktima Europske unije za područje javne nabave predstavlja neporeciv korak u borbi protiv korupcije uzimajući u obzir praksu Suda Europske unije, kojom je u više navrata potvrđena diferencijacija sukoba interesa i korupcije te promatranje korupcije kao krajnje manifestacije neriješenog sukoba interesa.⁶²

U odnosu na tradicionalni pristup sankcioniranja koruptivne prakse strogo formalnim pristupom moderan pristup konceptu sukoba interesa usmjeren je na promoviranje profesionalizacije i etičnosti sustava javne nabave, koji efikasnim i efektivnim preventivnim mjerama prati sve faze i sve uključene dionike.⁶³ Koncept sukoba interesa kako je definiran u tim direktivama postavlja minimum zahtjeva, koje je potrebno razložiti na konstitutivne dijelove u cilju boljeg razumijevanja i primjene postavljenog okvira.⁶⁴

Takav model pristupa konceptu sukoba interesa kreira način rješavanja problema kroz širok i fleksibilan sustav koji je potrebno prilagoditi specifičnostima pojedinih država članica, uz evidentnu potrebu daljnjeg redefiniranja i oblikovanja zajedničke politike upravljanja sukobom interesa na području EU-a.⁶⁵

Tako slijedom tih direktiva svaka država članica treba osigurati da naručitelji poduzmu prikladne mjere da učinkovito spriječe, prepoznaju i uklone sukobe interesa koji proizlaze iz provedbe postupka nabave kako bi se izbjeglo bilo kakvo narušavanje tržišnog natjecanja te osiguralo jednako postupanje prema svim gospodarskim subjektima. Koncept sukoba interesa obuhvaća barem one situacije kada članovi osoblja javnog naručitelja ili pružatelj usluga službe nabave koji djeluje u ime javnog naručitelja (javno ili privatno tijelo koje nudi pomoćne aktivnosti nabave na tržištu) koji su uključeni u provedbu postupka nabave ili mogu utjecati na ishod tog postupka imaju, izravno ili

⁶⁰ European Commission Green paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market, Brussels, 27. 1. 2011 COM (2011), <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:EN:PDF>, pristupljeno 2. siječnja 2019.

⁶¹ Ibidem, bilj. 2 (Turudić, 2016), str. 38.

⁶² Vidi više u: Miranzo Diaz, Javier, A Taxonomy of Corruption in EU Public Procurement [article] European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), vol. 12, issue 4 (2017), 386.

⁶³ Ibid., str. 387.

⁶⁴ Vidi više u: Dragos, Dacian C.: Horvathova, Alexandra, Addressing Conflict of Interests in Public Procurement in the European Union and the Legal Challenges in Romania and Slovakia, European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), vol. 12, issue 3 (2017), 266–280.

⁶⁵ Vidi više u: Jurich, James, International Approaches to Conflicts of Interest in Public Procurement: A Comparative Review, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, vol. 7, issue 4 (2012), 242-257.

neizravno, financijski, gospodarski ili bilo koji drugi osobni interes koji bi se mogao smatrati štetnim za njihovu nepristranost i neovisnost u okviru postupka nabave.⁶⁶

Na koji će način i kojim alatima upravljati sukobom interesa u javnoj nabavi kako bi se osiguralo poduzimanje prikladnih mjera zaštite tržišnog natjecanja i jednakog postupanja prema gospodarskim subjektima prepušteno je državama članicama, no uvidom u odredbe poglavlja 8. ZJN-a iz 2016. razvidno je da je definicija sukoba interesa preuzeta kako je navedena u direktivama, no nije vidljivo da su uspostavljeni mehanizmi upravljanja tim konceptom koji bi precizirali načine i alate potrebne za učinkovitu primjenu predmetne zakonske odredbe.

Stoga će ocjena situacija sukoba interesa biti potrebno razmatrati u ukupnosti svakog pojedinog slučaja. Sukob interesa bit će potrebno sagledati ne kao situaciju samu za sebe, nego kroz prizmu mjera koje je potrebno poduzeti kako bi se spriječila mogućnost njezinih negativnih posljedica na postupak javne nabave.

5. PRAVNA REGULACIJA SUKOPA INTERESA U ZAKONU O JAVNOJ NABAVI

Hrvatski sustav javne nabave doživio je značajne promjene u posljednjih 20 godina, od prvog zakona koji je stupio na snagu 1998. do najnovijeg Zakona o javnoj nabavi, koji je stupio na snagu 1. siječnja 2017., te je tijekom godina zakonodavstvo kontinuirano mijenjano i prilagođavano zahtjevima EU-a.

Novi val propisa značajno je odredilo pristupanje Republike Hrvatske Europskoj uniji, što je također uključivalo usklađivanje s pravnom stečevinom EU-a. Dakle hrvatske su vlasti morale pokrenuti proces reformi uvođenjem niza mehanizama koji su omogućili da sustav postane transparentniji i konsolidiraniji te su uključene nove značajke koje su omogućile i ponuditeljima i javnim službenicima da obavljaju svoj posao s jasnije definiranim smjernicama.⁶⁷

Tako je slijedom obveze prilagodbe zakonodavnog okvira donesen Zakon o javnoj nabavi iz 2007. godine,⁶⁸ kojim je postignuta usklađenost s općim načelima Ugovora o osnivanju te s direktivama EU-a iz područja javne nabave (Direktiva 2004/17 EZ i 2004/18 EZ). Budući da istim Zakonom nisu obuhvaćene antikorupcijske mjere u području javne nabave, pa tako ni institut o sukobu interesa, Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi iz 2008. godine⁶⁹ u zakonodavni okvir javne nabave uveden je institut sukoba interesa kojim je propisana zabrana sklapanja ugovora o javnoj nabavi na način da naručitelj ne smije sklapati ugovore o javnoj nabavi s gospodarskim subjektom ako čelnik tijela ili član upravnog ili nadzornog tijela tog naručitelja istodobno obavlja

⁶⁶ Čl. 24. Direktive 2014/24/EU i čl. 42. Direktive 2004/25/EZ.

⁶⁷ Vidi u B. Ljubanović, B. Britvić-Vetma: Hrvatsko pravo javne nabave – usklađenost s pravom EU, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, 2/2011, str. 416.

⁶⁸ Narodne novine, br. 110/07.

⁶⁹ Narodne novine, br. 125/08.

upravljačke poslove u tom gospodarskom subjektu ili je vlasnik poslovnog udjela, dionica, odnosno drugih prava na temelju kojih sudjeluje u upravljanju, odnosno u kapitalu tog gospodarskog subjekta s više od 20 %.⁷⁰

Istom novelom propisana je ništetnost ugovora o javnoj nabavi sklopljenog protivno zadanoj odredbi o zabrani sklapanja istog ugovora,⁷¹ a uvedena je i obveza naručitelja da na svojim internetskim stranicama objavi popis gospodarskih subjekata s kojima ne smije sklapati ugovore o javnoj nabavi u smislu odnosa kako su oni definirani u st. 1. istog članka.⁷²

Slijedom tih izmjena u dijelu koji se odnosi na sukob interesa razvidno je uvođenje apsolutne zabrane sklapanja ugovora o javnoj nabavi u situacijama koje su istim zakonom određene kao odnosi koji se imaju smatrati sukobom interesa.

Zakonom o javnoj nabavi iz 2011.⁷³ vlasništvo poslovnog udjela, dionica, odnosno drugih prava na temelju kojih predstavnik naručitelja sudjeluje u upravljanju, odnosno u kapitalu gospodarskog subjekta za koji je određena zabrana sklapanja ugovora smanjen je s 20 % na 0,5 %, proširen je krug predstavnika naručitelja, dok su situacije sukoba interesa za koje je previđena zabrana sklapanja ugovora proširene i na povezane osobe čelnika tijela ili člana upravnog ili nadzornog tijela tog naručitelja.

Važno je naglasiti da se prethodno navedene odredbe o sukobu interesa, koje su u jednom dijelu ostale na snazi i danas, ne odnose na situacije kada predstavnik naručitelja ili povezana osoba čelnika naručitelja upravljačke poslove u gospodarskom subjektu obavljaju kao službeni predstavnici naručitelja, a ne kao privatna osoba.⁷⁴

Isti je stav Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave⁷⁵ potvrdila u rješenju kojim je odbijena žalba žalitelja kao neosnovana u situaciji kada je naručitelj ujedno i jedini osnivač gospodarskog subjekta kojeg nije naveo u popisu gospodarskih subjekata s kojima ne smije sklapati ugovore o javnoj nabavi. U tom gospodarskom subjektu ovlaštene osobe za zastupanje naručitelja istovremeno su članovi nadzornog odbora, no budući da je iz priloženih dokaza utvrđeno da se s promjenama predsjednika i članova uprave mijenjao i sastav nadzornog odbora tog gospodarskog subjekta, utvrđeno je da se u tom konkretnom slučaju ne radi o sukobu interesa te je žalbeni navod ocijenjen neosnovanim.⁷⁶

⁷⁰ St. 1. čl. 5 c. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi, Narodne novine, br. 125/08.

⁷¹ St. 2. čl. 5 c. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi, Narodne novine, br. 125/08.

⁷² St. 3. čl. 5 c. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi, Narodne novine, br. 125/08.

⁷³ Narodne novine, br. 90/11, 83/13, 143/13 i 13/14 – dalje u tekstu: ZJN 2011.

⁷⁴ St. 7. čl. 13. ZJN-a iz 2011.

⁷⁵ Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave – u daljnjem tekstu DKOM, prema čl. 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine, br. 18/13, 127/13 i 74/14), samostalno je i neovisno državno tijelo nadležno za rješavanje o žalbama u vezi s postupcima javne nabave, postupcima davanja koncesija i postupcima odabira privatnog partnera u projektima javno-privatnog partnerstva.

⁷⁶ Rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/16-01/216, Urbroj: 354-01/16-11. od 3. svibnja 2016.

Jednako tako, u Rješenju DKOM-a kojim se žalba odbija kao neosnovana, a postupajući po presudi Upravnog suda UsI-2232/14-12, utvrđeno je da se na predstavnika naručitelja koji upravljačke poslove u gospodarskom subjektu kojem je naručitelj jedini osnivač obavlja kao službeni predstavnik naručitelja, a ne kao privatna osoba, ne može primijeniti odredba čl. 13. ZJN-a iz 2011.⁷⁷

Zakonom o javnoj nabavi iz 2016. godine⁷⁸ u području pravnog uređenja sukoba interesa unesene su značajne novine te su implementirane nove direktive Europske unije iz područja javne nabave (Direktiva 2014/24/EU i 2014/25/EU), koje su veliku pozornost posvetile sprječavanju sukoba interesa te primjeni svih sredstava kako bi se spriječilo narušavanje postupaka javne nabave.

Tako je Poglavljem 8. glave III. dijela prvog tog Zakona uređen institut sukoba interesa te mjere koje su naručitelji dužni poduzeti kako bi spriječili narušavanje postupaka javne nabave koje proizlazi iz sukoba interesa, a koje imaju svrhu učinkovito spriječiti, prepoznati i ukloniti sukobe interesa u vezi s postupkom javne nabave kako bi se izbjeglo narušavanje tržišnog natjecanja i osiguralo jednako postupanje prema svim gospodarskim subjektima.⁷⁹

Slijedom tih odredaba znatno su šire određene situacije sukoba interesa između naručitelja i gospodarskog subjekta, pa on sada obuhvaća situacije kada predstavnici naručitelja ili pružatelja usluga službe nabave koji djeluje u ime naručitelja, koji su uključeni u provedbu postupka javne nabave ili mogu utjecati na ishod tog postupka, imaju, izravno ili neizravno, financijski, gospodarski ili bilo koji drugi osobni interes koji bi se mogao smatrati štetnim za njihovu nepristranost i neovisnost u okviru postupka.⁸⁰

Budući da osobni interes predstavlja široko područje interesa, nije jasno postavljeno na koji će način biti moguće prepoznati takve situacije, što je ključna faza u sprječavanju narušavanja postupka javne nabave sukobom interesa. Važno je ponoviti da je u odredbama poglavlja 8. ZJN-a iz 2016. uklonjena odredba koja se odnosi na zabranu sklapanja ugovora s gospodarskim subjektima, čak i u užem smislu sukoba interesa, koji se odnosio na sada propisane osobite okolnosti.

Tako su situacije kada predstavnik naručitelja istodobno obavlja upravljačke poslove u gospodarskom subjektu ili ako je predstavnik naručitelja vlasnik poslovnog udjela, dionica, odnosno drugih prava na temelju kojih sudjeluje u upravljanju, odnosno u kapitalu tog gospodarskog subjekta s više od 0,5 %, a koje su ranijim Zakonom bile određene kao jedine situacije mogućeg sukoba interesa, sada samo osobite okolnosti, dok je sukob interesa dobio znatno proširenije značenje i obuhvaća zapravo svaku situaciju u

⁷⁷ Rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/14-01/440, Urbroj: 354-01/16-23 od 7. listopada 2016.

⁷⁸ Narodne novine, br. 120/2016. – dalje u tekstu: ZJN 2016.

⁷⁹ Čl. 75. do 83. ZJN-a iz 2016.

⁸⁰ St. 1. čl. 76. ZJN-a iz 2016.

kojoj je ili bi moglo biti ugroženo nepristrano i objektivno obnašanje funkcije predstavnika naručitelja.

Situacije takvih osobitih okolnosti, uključujući svaku drugu situaciju koja uključuje financijski, gospodarski ili bilo koji drugi osobni interes koji bi se mogao smatrati štetnim za nepristranost i neovisnost u okviru postupka, a koji izravno ili neizravno imaju osobe koje djeluju u ime naručitelja ili su uključeni u provedbu postupka ili mogu utjecati na ishod tog postupka, potrebno je pravovremeno prepoznati, spriječiti, odnosno ukloniti u predmetnom postupku javne nabave.

Predstavnikom naručitelja smatra se čelnik te član upravnog, upravljačkog i nadzornog tijela naručitelja, član stručnog povjerenstva za javnu nabavu, druga osoba koja je uključena u provedbu ili koja može utjecati na odlučivanje naručitelja u postupku javne nabave te osobe kod pružatelja usluga nabave koji djeluju u ime naručitelja.^{81 82}

Na odgovarajući se način te odredbe primjenjuju i na povezane osobe kada se radi o srodnicima čelnika tijela te člana upravnog, upravljačkog i nadzornog tijela naručitelja. Nadalje je određeno da iznimno sukob interesa postoji ako je povezana osoba predstavnika naručitelja poslovne udjele, dionice odnosno druga prava na temelju kojih sudjeluje u upravljanju, odnosno u kapitalu gospodarskog subjekta s više od 0,5 % stekla u razdoblju od najmanje dvije godine prije imenovanja, odnosno stupanja na dužnost predstavnika naručitelja s kojim je povezana.⁸³

Definiciju sukoba interesa iz novog zakona potrebno je promatrati zajedno s definicijom iz čl. 75., a slijedom čl. 24. Direktive 2014/24/EU, temeljem koje je naručitelj obavezan poduzeti prikladne mjere da učinkovito spriječi, prepozna i ukloni sukobe interesa u vezi s postupkom javne nabave kako bi se izbjeglo narušavanje tržišnog natjecanja i osiguralo jednako postupanje prema svim gospodarskim subjektima. Slijedom tih odredaba predstavnici naručitelja (odnosno čelnik te član upravnog, upravljačkog i nadzornog tijela naručitelja; član stručnog povjerenstva za javnu nabavu; druga osoba koja je uključena u provedbu ili koja može utjecati na odlučivanje naručitelja u postupku javne nabave) obvezni su potpisati izjavu o postojanju ili nepostojanju sukoba interesa te je ažurirati bez odgađanja ako nastupe promjene.⁸⁴ Jednako tako javni naručitelj obavezan je objaviti popis gospodarskih subjekata s kojima je čelnik te član upravnog, upravljačkog i nadzornog tijela naručitelja ili s njime povezane osobe u sukobu interesa ili obavijest da takvi subjekti ne postoje, odnosno tu informaciju uvrstiti u dokumentaciju za nadmetanje.⁸⁵

U Rješenju DKOM-a kojim se djelomično poništava dokumentacija o nabavi ocijenjeno je da činjenica da je određeni gospodarski subjekt na bilo koji način bio uključen u pripremu postupka nabave sama za sebe ne znači da je taj gospodarski subjekt nužno u sukobu

⁸¹ St. 2. čl. 76. ZJN-a iz 2016.

⁸² Čelniku tijela, članu upravnog i nadzornog odbora dodana je i osoba član upravljačkog tijela.

⁸³ Čl. 77. ZJN-a iz 2016.

⁸⁴ St. 1. čl. 80. ZJN-a iz 2016.

⁸⁵ Toč. 1. st. 2. čl. 80. ZJN-a 2016.

interesa jer je naručitelj dužan poduzeti odgovarajuće mjere kako bi osigurao da sudjelovanje tog ponuditelja ne naruši tržišno natjecanje putem mjera, na način kako je to zakonom propisano, a isključen može biti samo pod zakonom propisanim uvjetima. S obzirom na navedeno, i budući je naručitelj u dokumentaciji o nabavi u popisu gospodarskih subjekata s kojima je u sukobu interesa uključio istog gospodarskog subjekta, a da nije prethodno pribavio izjavu o postojanju sukoba interesa osobe za koju je utvrdio da je u istom sukobu interesa, te je time postupio protivno odredbi čl. 80. ZJN-a iz 2016., isti žalbeni navod ocijenjen je kao osnovan.⁸⁶

U Rješenju DKOM-a kojim se poništava odluka o odabiru to je tijelo utvrdilo da se u konkretnom slučaju, u kojem je utvrđeno da je suvlasnik odabranog ponuditelja županija te da je župan iste županije i član Upravnog vijeća naručitelja, ne radi o situaciji koja obuhvaća okolnosti iz čl. 76. ZJN-a iz 2016., te stoga po ocjeni tog tijela nisu ispunjeni uvjeti za primjenu navedene odredbe, slijedom čega je žalbeni navod ocijenjen neosnovanim. Time je to tijelo prihvatilo navod žalitelja da je vlasnik poslovnog udjela odabranog ponuditelja županija, dok župan kao član Upravnog vijeća naručitelja nije vlasnik ni suvlasnik odabranog ponuditelja, a budući da se župan kao izvršno tijelo županije ne može poistovjetiti sa županim kao jedinicom regionalne samouprave.⁸⁷

S obzirom na ranije zakonodavstvo, vidljivo je da gospodarski subjekti za koje je utvrđeno da su u sukobu interesa nisu oni s kojima je zabranjeno sklopiti ugovor, pa čak i kada se radi o osobitim okolnostima, nego se iste okolnosti objavljuju i dalje poduzimaju odgovarajuće mjere otklona i sprječavanja utjecaja takva sukoba interesa na predmetni postupak javne nabave.

Važna novina, a koja je bila u primjeni i prilikom provedbe nabave po starom zakonu, jest odredba kojom se navodi kako je član stručnog povjerenstva za javnu nabavu, odnosno druga osoba koja je uključena u provedbu ili koja može utjecati na odlučivanje naručitelja u postupku javne nabave, obvezan odmah po saznanju o postojanju sukoba interesa izuzeti se iz postupka javne nabave i o tome obavijestiti čelnika naručitelja.⁸⁸

Rješenjem DKOM-a kojim se poništava Odluka o odabiru utvrđeno je da činjenica postojanja poslovnog i/ili osobnog odnosa imenovanog člana stručnog povjerenstva za javnu nabavu naručitelja i potpisnika ponudbene dokumentacije odabranog ponuditelja, a za koji odnos žalitelj u istom postupku navodi da je bio temelj za pogodovanje istom gospodarskom subjektu, nije sama po sebi dovoljna za zaključak postojanja sukoba interesa iz čl. 76. ZJN-a iz 2016., no u konkretnom slučaju, kada se povrh navedene činjenice uzme u obzir i ocjena glede prethodnih žalbenih navoda koji se tiču nedostataka u pregledu i ocjeni ponude odabranog ponuditelja, to je tijelo smatralo da ne može

⁸⁶ Rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/18-04/917, Urbroj: 354-01/18-7 od 6. prosinca 2018.

⁸⁷ Rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/17-04/449, Urbroj: 354-01/17-10 od 23. kolovoza 2017.

⁸⁸ Čl. 81. ZJN-a iz 2016.

otkloniti prigovor žalitelja da je prilikom pregleda i ocjenjivanja ponude došlo do pogodovanja odabranom ponuditelju te je stoga isti žalbeni navod ocijenjen osnovanim.⁸⁹

Takva obveza izuzimanja iz postupka javne nabave nije propisana za čelnika tijela, člana upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela naručitelja, pa ostaje dalje za procjenjivati bi li se izuzećem primjerice gradonačelnika kao čelnika tijela i prenošenjem odlučivanja na njegovu zamjenicu otklonio utvrđeni sukob interesa i njegove posljedice na postupak javne nabave.

Osim proširenja samog značenja, ZJN iz 2016. donosi i odredbe koje odgovornost za percipiranje sukoba interesa prebacuju i na stranu ponuditelja. Tako se pojedini gospodarski subjekt može isključiti iz postupka ukoliko se sukob interesa ne može učinkovito ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama, naravno pod uvjetom da je taj uvjet naveo kao razlog isključenja u dokumentaciji o nabavi.⁹⁰ No čak i u ovoj situaciji gospodarski subjekt koji bi trebao biti isključen zbog postojanja sukoba interesa može javnom naručitelju dostaviti dokaze o mjerama koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje.

Jednako tako, naručitelj može odbiti gospodarskog subjekta ukoliko utvrdi da taj gospodarski subjekt nema potrebnu stručnu sposobnost iz razloga što ima sukobljene interese koji mogu negativno utjecati na izvršenje ugovora o javnoj nabavi.⁹¹ Ta osnova za odbijanje gospodarskog subjekta dokaz je stručne sposobnosti, a ne razlog isključenja, no budući da bi svaki naručitelj trebao utvrditi sukobljeni odnos i njegov negativni utjecaj na izvršenje ugovora, a da nisu propisani jasniji okviri istog utvrđivanja ni u direktivama iz kojih je ta odredba preuzeta ni u Zakonu o javnoj nabavi, način primjene te odredbe tek valja vidjeti.

U ranijem Zakonu o javnoj nabavi osnova za odbijanje gospodarskog subjekta bilo je postupanje naručitelja protivno odredbama čl. 13., pa je i u tom dijelu vidljiva značajna promjena za postupanje naručitelja.⁹²

U rješenju DKOM-a kojim se poništava odluka o odabiru utvrđeno je da nisu ispunjeni uvjeti za odbijanje ponude ponuditelja jer je za člana iste zajednice ponuditelja utvrđeno postojanje sukoba interesa te slijedom tih okolnosti i zabrana sklapanja ugovora, a u žalbenom je postupku utvrđeno da predmetna osoba naručitelja nije predstavnik naručitelja u smislu čl. 13. ZJN-a iz 2011. Stoga je utvrđeno da ne postoji sukob interesa u smislu čl. 13., a ni osnova za odbijanje ponude ponuditelja u smislu čl. 13. st. 3. ZJN-a u vezi sa st. 6. istog članka ZJN-a iz 2011.⁹³

⁸⁹ Rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/18-01/750, Urbroj: 354-01/18-10 od 25. listopada 2018.

⁹⁰ Čl. 254. ZJN-a iz 2016.

⁹¹ St. 2. čl. 259. ZJN-a iz 2016.

⁹² Toč. 17. st. 1. čl. 93. ZJN-a iz 2011.

⁹³ Rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/13-01/959, Urbroj: 354-01/13-08 od 24. srpnja 2013.

Slijedom odredaba ZJN-a iz 2016. razvidno je kako je pred sve obveznike tog zakona postavljen značajno zahtjevniji posao u upravljanju situacijama sukoba interesa, i iz razloga širokog određenja osobnog interesa, koje ne uključuje nužno materijalnu korist, ali i iz razloga širokog definiranja situacija sukoba interesa i dionika u različitim fazama postupka javne nabave obuhvaćenih istim pojmom sukoba interesa. Isto upravljanje potrebno je sagledavati u kontekstu utjecaja sukoba interesa na pojedini postupak i posljedično na ključna načela javne nabave vezanih za sukob interesa, no vodeći računa i o načelu proporcionalnosti.

6. POSLJEDICE SITUACIJA SUKOPA INTERESA U JAVNOJ NABAVI

Pojava sukoba interesa nije nužno sama po sebi nezakonita, no nezakonito je sudjelovati u postupku, a pritom biti svjestan sukoba interesa. Upravo je zato nužno prijaviti svaki potencijalni sukob interesa prije sudjelovanja u bilo kojem dijelu postupka javne nabave te poduzeti odgovarajuće preventivne mjere.

Kao što je to navedeno i u smjernicama OECD-a u dijelu koji se odnosi na definiciju sukoba interesa,⁹⁴ iako to izrijeком ne proizlazi iz tumačenja Suda Europske unije niti je jasno propisano izmjenama ZJN-a iz 2016., situacije sukoba interesa valja promatrati kao situacije prividnog, potencijalnog i stvarnog interesa, a kako bi se sukladno svakom pojedinom slučaju primijenile odgovarajuće mjere.

Budući da je ugovor o javnoj nabavi sklopljen protivno odredbama zakona u dijelu koji se odnosi na poglavlje kojim se uređuje sukob interesa ništetan,⁹⁵ jasna je važnost pravovremene identifikacije svih oblika sukoba interesa i prevencije utjecaja prepoznatih situacija na zakonitost postupka nabave koji je u tijeku. Tako je važno utvrditi razlike u postupanju kada imenovane predstavnike naručitelja čine zaposlenici naručitelja i onda kada se radi o uključenim vanjskim stručnjacima. Na postupanje predstavnika naručitelja kada se radi o zaposlenicima trebao bi se primjenjivati etički kodeks ili kodeks ponašanja naručitelja koji bi morao sadržavati definiciju sukoba interesa, mehanizme upravljanja tim situacijama i odgovarajuće sankcije koje se na te situacije trebaju primijeniti. Nedoželjena postupanja vanjskih stručnjaka te radnje koje je potrebno poduzeti i sankcije koje je potrebno primijeniti u slučaju njihove pojave potrebno je pravno regulirati u ugovorima potpisanim s takvim stručnjacima.

Slijedom navedenog, jasno i nedvojbeno proizlazi obveza naručitelja za poduzimanje odgovarajućih i zakonom propisanih mjera za zaštitu postupka javne nabave. Prema tome, upravljačke strukture naručitelja trebale bi utvrditi politiku o sukobima interesa kako bi se umanjili rizici i riješili budući slučajevi. Takva politika trebala bi se odnositi na

⁹⁴ Infra t. 2.

⁹⁵ Prema čl. 82. ZJN-a iz 2016. Ugovor o javnoj nabavi sklopljen protivno odredbama poglavlja 8., koji se odnosi na sukob interesa, ništetan je.

sprječavanje, otkrivanje, upravljanje i sankcije za slučajeve neodgovarajućeg upravljanja sukobom interesa.

Da bi se mogle pravovremeno prepoznati situacije sukoba interesa u svakom od njegovih pojavnih oblika, u prvom bi redu trebalo biti potpuno jasno pravno regulirano tko su osobe koje imaju ulogu predstavnika naručitelja i njihove povezane osobe, kada se i može li se ta odgovornost, odnosno mora li se, prenijeti, ima li predstavnik naručitelja ili može li imati saznanja o različitim situacijama povezanosti, koji su to sve odnosi tih osoba koji se mogu podvesti pod situacije sukoba interesa, koji su to subjekti s kojima se osoba predstavnik naručitelja može naći u sukobu interesa te koje su to situacije kada određene okolnosti oslobađaju predstavnika naručitelja od odgovornosti za situacije koje bi se bez tih okolnosti smatrale sukobom interesa.

Izjava o sukobu interesa u modelu kako ga predviđa važeći zakon alat je za sprječavanje sukoba interesa čiji je cilj podizanje svijesti o rizicima od sukoba interesa, upućivanje na rizična područja koja treba razmotriti u pojedinim fazama postupka javne nabave, zaštita predstavnika naručitelja kako ne bi u kasnijoj fazi bili optuženi za neprijavlivanje sukoba interesa, zaštita postupka javne nabave od nepravilnosti te otklon svake sumnje javnosti u bilo kakav oblik sukoba interesa. Predavanje te izjave treba razmotriti za svaku fazu postupka nabave.⁹⁶ Podnošenje izjave o postojanju ili nepostojanju sukoba interesa ima cilj zaštite postupka, ali i same osobe, te bi ona trebala sadržavati definiciju sukoba interesa i sve zahtjeve svakog kodeksa ponašanja ili etičkog kodeksa koji se primjenjuje na postupak i povezan je sa sukobom interesa.

Kao što je zakonom predviđeno, obvezno je izuzimanje predmetne osobe iz postupka javne nabave bez obzira na to je li ona zaposlenik ili vanjski stručnjak te podjela zadaća i odgovornosti među ostalim predstavnicima naručitelja. U okolnostima kada takvo izuzimanje neće biti moguće naručitelj neće imati drugu mogućnost osim poništavanja postupka nabave. Isključivanje iz postupka treba razmotriti ne samo ako postoji stvaran sukob interesa već i ako postoji razlog sumnje u njihovu nepristranost. Isto iz razloga da predstavnici naručitelja budu svjesni moguće provjere danih izjava u svakom trenutku i njihove važnosti za integritet postupka, odnosno pravovremenog ažuriranja u slučaju pojave bilo kakve nove okolnosti.

Sama činjenica nepoduzimanja odgovarajućih mjera, odnosno nepostupanja sukladno odredbama poglavlja 8. ZJN-a iz 2016. u situaciji takva stvarnog sukoba interesa upućivala bi na ništetnost ugovora o javnoj nabavi u istom postupku. Na nadležnim tijelima bilo bi nadalje utvrditi i ocijeniti težinu povrede koja iz takve donesene odluke proizlazi i

⁹⁶ Prema odredbi čl. 80. st. 1. ZJN-a iz 2016., predstavnici naručitelja obvezni su potpisati izjavu o postojanju ili nepostojanju sukoba interesa te je ažurirati bez odgađanja ako nastupe promjene. Slijedom te odredbe moglo bi se zaključiti da je predmetnu izjavu od strane predstavnika naručitelja dovoljno potpisati jednom, neovisno o samom postupku javne nabave, te je ažurirati samo ako dođe do kakve promjene. To bi načelno moglo biti tako, no potpisnika izjave u trenutku potpisa trebalo bi jasno uputiti na značenje i važnost te izjave i situacija koje ona obuhvaća te na obvezu njezina ažuriranja u slučaju bilo kakve promjene.

posljedično odgovornost osobe koja je tu odluku donijela, odnosno u njezinu donošenju sudjelovala.

Važno je pritom naglasiti kako u prekršajnim odredbama ZJN-a iz 2016. nije predviđena prekršajna odgovornost za nepostupanje po odredbama tog Zakona u dijelu koji se odnosi na sukob interesa, kao što je to bilo u ranijim odredbama Zakona o javnoj nabavi.⁹⁷

Ovisno o okolnostima pojedinog slučaja, odluka donesena u situaciji u kojoj se predstavnik naručitelja nalazi u stvarnom sukobu interesa može predstavljati počinjenje kaznenog djela zlorporabe položaja i ovlasti u smislu čl. 291. Kaznenog zakona,⁹⁸ sukladno kojem službena osoba koja iskoristi svoj položaj ili ovlast, prekorači granice svoje ovlasti ili ne obavi svoju dužnost, pa time sebi ili drugoj osobi pribavi korist ili drugome prouzroči štetu, kaznit će se kaznom od šest mjeseci do pet godina ili jedne do dvanaest godina ako je istim djelom pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzročena znatna šteta.

Takva radnja predstavnika naručitelja mogla bi upućivati i na kazneno djelo nezakonitog pogodovanja u smislu čl. 292. st. 2. Kaznenog zakona, kojim se nastoji zaštititi pravilno i zakonito obavljanje službene dužnosti osoba na određenom službenom položaju ili ovlasti, a prema kojem će se kaznom od šest mjeseci do pet godina kazniti službena ili odgovorna osoba koja iskoristi položaj ili ovlast pogodovanjem u davanju, preuzimanju ili ugovaranju poslova za svoju djelatnost ili djelatnost osoba s kojima je interesno povezana.

Ovo djelo može se počiniti samo s namjerom, no ono ne sadržava namjeru stjecanja koristi ili prouzročenja štete, pa se radi o djelu apstraktnog ugrožavanja. Ako se pak tim djelom sebi ili drugoj osobi pribavi korist ili drugome prouzroči šteta, počinitelj će odgovarati za kazneno djelo zlorporabe položaja ili ovlasti iz članka 291.⁹⁹

U slučaju dužnosnika zlorporaba posebnih prava dužnosnika, slijedom kojih je dužnosnicima zabranjeno utjecati na dobivanje poslova ili ugovora o javnoj nabavi, predviđena je ZSSI-om, za što je zapriječena mogućnost obustave isplate dijela plaće dužnosnika.

U najblažem obliku svaka odluka u situaciji sukoba interesa predstavlja povredu etičkih načela kao što je to određeno člankom 5. ZSSI-a, u značenju nepoštivanja standarda koji se od dužnosnika opravdano očekuju ili, kada se radi o državnim službenicima, iz Etičkog kodeksa za državne službenike.

⁹⁷ Prema odredbama st. 1. toč. 2. čl. 182. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, br. 90/11, 83/13, 143/13 i 13/14).

⁹⁸ Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 – dalje u tekstu Kazneni zakon.

⁹⁹ Vidi šire u: Šime Pavlović: Kriminološki pregled i kaznenopravna zaštita postupaka javne nabave, 2014, str. 567-568.

Okolnosti povodom kojih bi se opravdano moglo smatrati da između naručitelja i gospodarskog subjekta postoji interesna povezanost nisu propisane, osim kada se radi o osobitim situacijama kako ih je odredio ZJN iz 2016.,¹⁰⁰ stoga prepoznavanje situacija sukoba interesa ovisi o društvenom senzibilitetu, senzibilitetu predstavnika naručitelja te politici upravljanja sukobom interesa nadležnih tijela, odnosno tijela naručitelja.

Marčetić smatra da: „deklarativne političke izjave o suzbijanju korupcije, sukoba interesa i drugih oblika neetičnog ponašanja te pokušaji da se na razini normativne regulacije razviju i promiču etički standardi ne proizvode željene efekte u praksi, zbog nedostatka političke volje i vizije, manjka stručnosti te autoritarne i birokratske organizacijske kulture.“¹⁰¹

Stoga se zaključuje da bi pretpostavka za učinkovitu politiku upravljanja sukobom interesa i promicanje etičkog ponašanja u upravljanju javnim sredstvima uključivala kvalitetan spoj propisa, etičkih kodeksa i jakih upravljačkih mehanizama.

No potrebno je imati na umu da etički kodeksi nisu propisani kao obveza za sve službenike koji se smatraju predstavnicima naručitelja onako kako je to odredio ZJN iz 2016., ali takve kodekse i ne treba razumijevati kao rješenje problema.

Etičko ponašanje u javnoj službi ima institucionalnu, ali i individualnu perspektivu. Marčetić smatra da: „efektivni etički kodeksi predstavljaju mnogo više od običnog teksta ili pravnih pravila.“¹⁰²

Dakle etički kodeksi koji su učinkoviti predstavljaju mnogo više, oni trebaju sadržavati načela i vrijednosti javne službe i zaštite javnog interesa te obuhvatiti širi spektar neprihvatljivih ponašanja koja, u slučaju javne nabave, službenici mogu počinuti. Stoga bi detaljniju razradu pojedinih ponašanja trebalo regulirati posebnim propisima i kodeksima ovisno o specifičnosti područja o kojem je riječ, odnosno to bi trebalo predstavljati obvezu svake institucije koja upravlja javnim sredstvima.

7. ZAKLJUČAK

Redovito istraživanje javnog mnijenja provedeno u zemljama članicama EU-a (tzv. Eurobarometar) u listopadu 2017.,¹⁰³ kojem je cilj bilo utvrditi percepciju raširenosti korupcije i iskustvo s korupcijom u poslovanju poslovnog sektora u 28 zemalja članica EU-a, pokazalo je da 59 % hrvatskih građana smatra da je korupcijom pogođeno u

¹⁰⁰ Čl. 76. st. 1. ZJN-a iz 2016.: „Kada predstavnik naručitelja istodobno obavlja upravljačke poslove u gospodarskom subjektu, ili je vlasnik poslovnog udjela, dionica odnosno drugih prava na temelju kojih sudjeluje u upravljanju odnosno u kapitalu toga gospodarskog subjekta s više od 0,5 %”.

¹⁰¹ Gordana Marčetić: Etički kodeks i etika javnih službenika, HKJU-CCPA, Zagreb, 2013, str. 520.

¹⁰² Ibid, str. 529.

¹⁰³ Eurobarometar anketama mjeri javno mišljenje u svim državama članicama EU-a, kao i u zemljama kandidatkinjama. Tako Europska komisija može vidjeti što građani misle o Europskoj uniji i jesu li ili nisu zadovoljni njezinim funkcioniranjem.

svakodnevnom životu, što nas stavlja na drugo mjesto, poslije Rumunjske, po razini korupcije u Europskoj uniji.¹⁰⁴ U poslovnom sektoru rezultati istraživanja poduzetnika pokazali su da 92 % poduzetnika smatra da je korupcija raširena, dok 58 % hrvatskih poduzetnika smatra da je korupcija prepreka njihovu poslovnom uspjehu.¹⁰⁵ Vezano za pravno uređenje i sankcioniranje koruptivnih postupanja, samo 5 % hrvatskih poduzetnika smatra da će se provesti kažnjavanje za korupciju u postupcima koji se vode protiv osumnjičenih hrvatskih dužnosnika, dok 62 % poduzetnika smatra da su politika i političke stranke na svim razinama, nacionalnoj, regionalnoj i lokalnoj razini, najveći izvor korupcije u poslovnom okruženju.

U području javne nabave 27 % poduzetnika smatra da je korupcija razlog neuspjeha u provedenim postupcima javne nabave, da su tehničke specifikacije izrađene u interesu i dogovoru s odabranim ponuditeljem smatra 60 % hrvatskih ispitanika, 68 % smatra da su nejasni kriteriji odabira i ocjene postavljeni u interesu dogovora s određenim ponuditeljem, dok 75 % smatra da u postupcima nisu odabrani iz razloga tajnih dogovora naručitelja i određenih gospodarskih subjekata, što nas stavlja u vrh EU-a u odnosu na prosjek EU-a od 54 %. U odnosu na sukob interesa u postupcima javne nabave 64 % hrvatskih poduzetnika prepoznaje taj oblik korupcije, dok je on na razini EU-a problem za 54 % ispitanika.

Unatoč relativno niskom postotku od 27 % poduzetnika koji smatraju da je korupcija razlog neuspjeha u provedenim postupcima javne nabave u odnosu na sukob interesa u postupcima javne nabave, visok postotak od 64 % hrvatskih poduzetnika upućuje na prepoznavanje razmjernosti tog problema. Važan je podatak i o visokoj razini percepcije prilagodbe dokumentacije o nabavi određenim gospodarskim subjektima, kao i prethodnim tajnim dogovorima naručitelja i odabranog gospodarskog subjekta, jer udio od 75 % čini znatnu razliku u odnosu na 54 % ispitanika na razini EU-a.

Iako sukob interesa ima konotaciju sumnjivih radnji i iz tog razloga automatski upućuje na nezakonitosti u postupanju, osobito kada se radi o postupcima javne nabave, vrlo je važno razumijevanje tog pojma i njegovih pojavnih oblika te načina prevencije utjecaja takvih odnosa na pravilnost i zakonitost postupaka koji se provode i odluka koje se u tom postupku donose. Razumijevanje tog koncepta utječe i na povjerenje građana u javnu upravu.

Naime, već samom usporedbom zakonskih tekstova koji uređuju javnu nabavu u Republici Hrvatskoj od 2011. godine do danas, kao i usporedbom javnosti svakodneвно dostupnih podataka o izjavama čelnika tijela i situacijama sukoba interesa objavljenih na stranicama javnih i sektorskih naručitelja primjetno je da se upravljanje sukobom interesa vrlo često u svakodnevnim postupcima javne nabave promatra kao forma koju je

¹⁰⁴ Special Eurobarometer 470; Corruption, Fieldwork: October 2017, Publication December 2017.

¹⁰⁵ Flash Eurobarometer 457; Businesses' attitudes towards corruption in the EU, Fieldwork: October 2017, Publication December 2017.

potrebno zadovoljiti, dok se sam sukob interesa promatra kao potencijalna opasnost tek u fazi kada uđe u zonu koruptivnih radnji, iako se i onda rijetko i sporo sankcionira.

Rizici sukoba interesa postoje u svim fazama postupka javne nabave, zato je o upravljanju sukobom interesa potrebno voditi računa već od planiranja nabave, prethodnog istraživanja tržišta, pripreme dokumentacije o nabavi, izrade tehničkih specifikacija i uvjeta odabira gospodarskih subjekata, kao i primjene kriterija odabira najpovoljnije ponude. Osobito je važno posebnu pozornost posvetiti izvršenju ugovornih obveza i u dijelu svih prethodno navedenih uvjeta, osobito u dijelu koji se odnosi na zaštitu integriteta sada ugovornog odnosa, a slijedom prethodno provedenog postupka nabave.

Zbog toga se moraju uspostaviti unutarnji, ali i vanjski upravljački mehanizmi koji omogućuju stalnu i povremenu procjenu situacija u kojima je osoblje uključeno u postupak donošenja odluka. Cilj učinkovitog pristupa sukobu interesa i politike upravljanja njime nije u tome da se posve ograniče sva privatna djelovanja službenika, čak kad bi to bilo i moguće, nego bi trebao biti osiguranje etičnog javnog odlučivanja u obavljanju poslova javnog sektora i javnom upravljanju, jer neriješen sukob interesa može dovesti do povrede službene, odnosno radne dužnosti.

Taj se cilj može postići tako da naručitelji uspostave i primjenjuju odgovarajuće standarde koji promiču etičnost, imaju učinkovit način otkrivanja rizika i rješavanja pojave sukoba interesa, odgovarajuće vanjske i unutarnje mehanizme preuzimanja odgovornosti te takav način upravljanja – uključujući sankcije – koji osigurava da su osobe koje sudjeluju u postupcima javne nabave u tom sektoru svjesne preuzimanja osobne odgovornosti u slučaju nepoštivanja uspostavljenih standarda.

Zakonima, podzakonskim i internim aktima ne mogu biti obuhvaćene sve situacije koje predstavljaju ili mogu dovesti do sukoba interesa. Zaposlenici u javnom sektoru moraju prihvatiti odgovornost prepoznavanja i rješavanja sukoba interesa kada se on pojavi. Stoga prepoznavanje sukoba interesa, a posebno njegovo prijavljivanje, velikim dijelom spada u područje etike, pa je to vrlo često stvar osobne procjene i savjesti pojedinca, odnosno njegova integriteta.

Budući da se radi o području koje je neraskidivo povezano s javnom upravom te je, kao takvo, jedno od najkritičnijih gospodarskih aktivnosti s obzirom na korupcijske rizike, u području javne nabave potrebno je uvođenje politike upravljanja sukobom interesa kroz koju bi se omogućilo unificirano uvođenje vrijednosnih kriterija, primjena standarda u obavljanju dužnosti i zadataka, identifikacija posebnih područja rizika i načini otkrivanja, praćenja i rješavanja pojave sukoba interesa, mehanizmi preuzimanja odgovornosti i sankcioniranja posljedica u slučaju nepoštivanja zadanih standarda, sve uz otvorenost prema javnosti.

Uvođenje takve politike trebalo bi biti obveza svakog naručitelja. Ona proizlazi iz vrijednosnog sustava i sustava odgovornosti za upravljanje javnim sredstvima, neovisno

o činjenici postojanja nekog posebnog tijela koje određuje uvjete obavljanja službe i provodi nadzor i sankcioniranje nedopuštenih postupaka i ponašanja osoba koje obavljaju službu u javnom interesu ili pak samo dijela takvih službenika.

MANAGING CONFLICT OF INTERESTS IN THE PUBLIC PROCUREMENT SYSTEM

This paper analyses the concept of conflict of interest in public procurement. In particular, the paper examines the concept and role of the prevention of conflict of interest in public procurement, legal regulation, and the measures that the contracting public authority is obliged to take pursuant to the existing legal provisions in situations that are defined as conflict of interest. First, the paper analyses the concept of conflict of interest and then presents examples of the regulation of these relations in Croatian history. Next, the relevant legal provisions and the provisions of the EU public procurement regulatory framework are presented and analysed. The author then presents her view on the problems relating to the existing legal solutions and their application in the regulation of conflicts of interest and the elimination of the impact of such situations on the public procurement procedure. In conclusion, the author expresses the importance of developing a conflict of interest management policy as a key tool to preserve the integrity of the procedure and the public procurement system as a whole.

Keywords: conflict of interest, public procurement, management

Ljiljana Mavračić Tišma, LL.M, attending the postgraduate specialised study of Public Law and Public Administration at the Faculty of Law, University of Zagreb

MOŽE LI SE SUDSKOM ODLUKOM NADOMJESTITI SUGLASNOST SUVLASNIKA ZA USPOSTAVU ETAŽNOG VLASNIŠTVA? *DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA*

Pregledni znanstveni rad

UDK 347.238.31(497.5)

Primljeno: 26. kolovoza 2019.

Dino Pivac*

Iako je zakonodavac nedvojbeno zauzeo stav in favorem etažiranja, gotovo je posve propušteno urediti parnični i izvanparnični postupak u etažnopravnim predmetima. Predmet je ovog rada analiza i kritika postojećeg zakonskog uređenja, koje ne predviđa, barem ne izrijeком i nomotehnički samostalno, pravne instrumente koji bi stajali na raspolaganju suvlasniku koji ima odgovarajući suvlasnički dio, ako su ispunjene sve ostale zakonom propisane pretpostavke, u situaciji kada mu jedan suvlasnik (neopravdano) uskraćuje suglasnost za uspostavu etažnog vlasništva. Time se otvorio prostor za različita shvaćanja u zainteresiranoj stručnoj javnosti. Svrha ovog rada nije dati puki presjek normativnih rješenja te različitosti stavova sudske prakse i pravne doktrine, nego pružiti poticaj za buduće učinkovito rješavanje ovih etažnopravnih predmeta kroz konkretne prijedloge de lege ferenda i praktične smjernice u postupanju.

Ključne riječi: razvrgnuće suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva; pravo na etažiranje; uskrata suglasnosti suvlasnika; nepostojanje suglasnosti svih suvlasnika; opravdanost razloga za uskratu suglasnosti; zajednički dijelovi zgrade; izvanparnični ili parnični postupak

1. UVOD

Pozitivnopravno uređenje vlasništva posebnih dijelova nekretnine (materijalnopravne odredbe) predstavlja Glava 4. dijela 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.¹ Pri tome su prvenstveno uređena materijalnopravna pitanja o uspostavi i prestanku vlasništva na posebnom dijelu te o izvršavanju ovlasti kako glede cijele nekretnine tako i glede posebnog dijela. Odredbe o suvlasništvu iz glave 2. (čl. 36. – čl. 56. ZV-a) primjenjuju se kao opće odredbe² za pitanja koja nisu posebno uređena odredbama u Glavi 4. (čl. 66. – čl. 99. ZV-a).

Ono što bi se moglo nazvati procesnopravnim odredbama unutar ZV-a jesu odredbe o uspostavi etažnog vlasništva, točnije, odredbe kojima se određuje način uspostave (upis

* Dino Pivac, mag. iur., polaznik Poslijediplomskog doktorskog studija iz građanskopravnih znanosti i obiteljskoprvnih znanosti na Pravnom fakultetu sveučilišta u Zagrebu

¹ Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 i 152/14; dalje: ZV.

² „Kad je uspostavljeno vlasništvo posebnoga dijela nekretnine na nekom njezinom suvlasničkom dijelu, pravne odnose glede te nekretnine uređuju posebna pravila iz ove glave Zakona, a podredno opća pravila o suvlasništvu.“ (Čl. 66. st. 4. ZV-a)

u zemljišnu knjigu) te zakonske pretpostavke za uspostavu. Međutim, etažno vlasništvo nije dostatno i zadovoljavajuće regulirano, što je izazivalo i izaziva velike praktične probleme u nekim etažnopravnim predmetima. Prije svega, bitna zamjerka jest da ZV u ovoj glavi ne samo da ne sadrži specijalna procesna pravila nego parcijalno i nedosljedno određuje vrstu sudskog postupka u kojem bi se rješavala pojedina etažnopravna pitanja (parnični ili izvanparnični postupak). Broj i značaj višestambenih zgrada u kojima stanuju stotine suvlasnika i kod kojih se teško pribavlja suglasnost svih ili većine suvlasnika traži da se pronađu odgovarajuća pravna rješenja kako bi se pojedini poslovi redovite uprave ili izvanredni poslovi, unatoč nepostojanju suglasnosti svih suvlasnika, ipak mogli provoditi.

Iako je hrvatski zakonodavac kao uzor za uređenje etažnog vlasništva imao njemački³ i austrijski⁴ model (posebni zakoni o stambenom vlasništvu), iz nepoznatog razloga nije odlučio urediti tu materiju samostalnim zakonima o stambenom vlasništvu, kako su to učinile te dvije države, uređujući i procesnopravne odnose etažnih vlasnika u samostalnom dijelu. Pored toga, za razliku od austrijskog zakonodavca, naš zakonodavac potpuno je propustio urediti pravne posljedice neopravdane uskrate pristanka na uspostavu etažnog vlasništva i postupak kroz koji bi se takve situacije riješile, što predstavlja predmet ovog rada.

Nije pohvalno, štoviše, porazno je da se i nakon gotovo trideset godina državne samostalnosti u našem pravom sustavu u svim izvanparničnim, pa i etažnopravnim postupcima primjenjuje Zakon o vanparničnom postupku Kraljevine Jugoslavije iz 1934.⁵ kao pravna pravila sukladno odredbama Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941.⁶, zbog čega se pozdravljaju napori u izradi prvog Zakona o izvanparničnom postupku u Republici Hrvatskoj, koji je u vrijeme pisanja ovog rada još uvijek u fazi nacрта.

2. MOŽE LI SE SUDSKOM ODLUKOM NADOMJESTITI SUGLASNOST SUVLASNIKA ZA USPOSTAVU ETAŽNOG VLASNIŠTVA?

2.1. *De lege lata*

Uspostava etažnog vlasništva predstavlja jedan od načina razvrgnuća suvlasništva. Doduše, radi se o razvrgnuću *sui generis* s obzirom na brojne specifičnosti u odnosu na druga tipičnija razvrgnuća suvlasničke zajednice, uz uvažavanje prvenstveno postojanja zajedničkih dijelova i uređaja koji nisu predmet diobe. Razlog zašto je uspostava etažnog vlasništva ujedno i razvrgnuće suvlasništva jasan je – uspostavljanjem etažnog vlasništva

³ Wohnungseigentumsgesetz iz 1951., zadnja novela od 5. 12. 2014. (BGBl I S 1962), puni naziv: Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht; dalje: dWEG.

⁴ Wohnungseigentumsgesetz iz 1975., kasnije iz 2002.; BGBl I 70/2002, zadnja novela I 58/18, dalje: öWEG.

⁵ Službene novine Kraljevine Jugoslavije 45/1934, Narodne novine br. 73/1991; dalje: ZVP/34.

⁶ Narodne novine br. 73/91; dalje: ZNPPP.

ograničavaju se prava suvlasnika. Glede toga nema niti bi smjelo biti dvojbe budući da odredba članka 53. ZV-a iz odjeljka o razvrgnuću suvlasništva ne ostavlja mjesta tumačenju:

„Ako suvlasnici suglasno odluče da će umjesto diobe nekretnine svoja suvlasnička prava ograničiti tako što će s određenim idealnim dijelom povezati vlasništvo posebnoga dijela suvlasničke nekretnine (uspostaviti etažno vlasništvo), uzima se da je to njihova odluka o načinu razvrgnuća, pa se na odgovarajući način i na nju primjenjuju pravila o razvrgnuću.“

Citirana odredba ujedno određuje temeljno pravilo – za etažiranje je potrebna suglasnost svih suvlasnika. Njezin je *ratio* sklapanje (izvanrednog) pravnog posla – ugovora o uspostavi etažnog vlasništva koji sklapaju svi suvlasnici. Međutim, postoje i iznimke od pravila.

Naime, pored citirane odredbe članka 53., jednako bitne odredbe za temu ovog rada nalaze se u članku 73. ZV-a:

„(1) Vlasništvo posebnoga dijela nekretnine uspostavlja se na temelju pisane suglasnosti svih suvlasnika te nekretnine.

(2) Niti jedan suvlasnik nekretnine ne može uskratiti svoj pristanak na uspostavu vlasništva posebnoga dijela drugom suvlasniku koji ima odgovarajući suvlasnički dio, osim ako bi se uspostavom novoga vlasništva posebnoga dijela u korist toga suvlasnika ukinula ili ograničila prava koja njemu već pripadaju na temelju njegova prije uspostavljenoga vlasništva posebnoga dijela.“

Već jezičnim tumačenjem citirane odredbe stavka 2. (kojim započinje tumačenje svake pravne norme) može se zaključiti da je zakonodavac prepoznao mogućnost uskraćivanja pristanka i odredio što bi mogao biti (ne)opravdan razlog za to. No, nažalost, tu se zakonodavac i zaustavio, čime se otvorio velik broj neodgovorenih pitanja, koja su stvorila i stvaraju probleme u sudskoj praksi.

Što znači da netko ne može uskratiti pristanak ako to stvarno i objektivno može?

Citirana odredba ni u kojem slučaju ne smije biti tretirana kao *lex imperfecta*, odnosno ne može se uzeti da neopravdano odbijanje pristanka nema nikakvu pravnu posljedicu (nije isključeno i pravo na naknadu štete u nekim slučajevima), tako da bi suprotna strana koja ispunjava sve zakonske pretpostavke bila već samim time spriječena u ostvarivanju i zaštiti svojih prava i interesa. Nije dopustivo da pravo suvlasnika koji ima odgovarajući suvlasnički dio i suglasnost svih ostalih suvlasnika ovisi o želji i volji jednog suvlasnika, koji može svako etažiranje spriječiti tako da jednostavno ne da svoju suglasnost, bez ikakva razloga ili barem bez razloga koji bi se mogao tretirati kao opravdan. Iako nije izriječno određeno, polazeći od činjenice da je hrvatski zakonodavac definitivno *in favorem* etažiranja (stavljajući njegove višestruke koristi ispred njegovih nedostataka), suvlasnik bi u navedenoj situaciji mogao pokrenuti postupak u kojem bi sud ocijenio 1)

jesu li ispunjene pretpostavke za etažiranje i 2) radi li se o opravdanom ili neopravdanom razlogu za uskratu pristanka. Štoviše, već je *de lege lata* otvoren put za sudsku uspostavu etažnog vlasništva u slučaju nepostojanja suglasnosti svih suvlasnika kroz neke druge odredbe ZV-a, ali nipošto nije umanjena potreba da se ta pitanja izrijekom i detaljnije reguliraju.

Koja bi bila pravna posljedica uskrate neuskativog pristanka?

Pored toga što suvlasnik koji ispunjava sve zakonske pretpostavke, ali nema suglasnost svih suvlasnika, može tražiti od suda da uspostavi etažno vlasništvo i na taj način nadomjesti suglasnost suvlasnika koji je (neopravdano) odbija dati, ne može se isključiti kao pravna posljedica i mogućnost isticanja obveznopravnog zahtjeva. Tako bi se kod odštetnog zahtjeva protupravnost postupanja tek utvrđivala u sudskom postupku, u kontekstu ocjene suda i utvrđenja postojanja opravdanog razloga za uskratu pristanka. Koja bi se šteta mogla tražiti? S obzirom na to da izdaci koje suvlasnik snosi prije pokretanja sudskog postupka (uzrokovani uskratom suglasnosti od strane tuženika) možda ne bi bili naknadivi kao troškovi postupka (nastali u povodu postupka), oni bi se eventualno mogli tražiti kroz kondikcijski zahtjev,⁷ naravno, u razmjernom dijelu. Na tužitelju bi bio teret dokazivanja. Možda je najizglednije potraživanje izmakle dobiti, koja se, primjerice, može naći u neishođenju kredita zbog nemogućnosti upisa hipoteke, u nerealiziranoj prodaji stana zbog neidentificiranosti kao zasebne nekretnine (unatoč, primjerice, sklopljenom predugovoru i bezuspješnom proteku roka za etažiranje) te u svim sličnim slučajevima koji pokazuju dobre strane uspostavljanja etažnog vlasništva. Stoga pravo na etažiranje nedvojbeno postoji i već je *de lege lata* utuživo.

Koliko se dugo suglasnost mora čekati prije nego što se može pokrenuti sudski postupak?

Odgovor na to pitanje može se naći u „*razumnom roku*“ kao pravnom standardu prije negoli u točno propisanom dilatornom roku. Pravni su standardi često primijenjeni u našem pozitivnom pravu te jačaju ulogu suda i sudačke ocjene. I u ovom bi slučaju „*razuman rok*“ bio kvalitetno zakonsko rješenje, a to je još jedan argument u korist toga da bi se ovi etažnopravni predmeti trebali rješavati po pravilima parničnog postupka (a ne pred izvanparničnim sudom), uz osiguranu kontradiktornost, mogućnost utvrđivanja spornih činjenica i odlučivanje o prijedlogu tako da se imaju u vidu sve okolnosti konkretnog slučaja koje zaista predstavljaju *quaestio facti*.

Iako ta pitanja nisu bila ni ranije (prije stupanja na snagu ZV-a) detaljnije regulirana, autor drži prikladnim upozoriti na to da je već bivši Zakon o vlasništvu na dijelovima zgrada⁸ u

⁷ „Tko za drugog učini kakav izdatak ili što drugo što je ovaj po zakonu bio dužan učiniti, ima pravo zahtijevati naknadu od njega.“ Čl. 1119. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018; dalje: ZOO).

⁸ Narodne novine br. 52/73; dalje: ZVDZ.

svojim prijelaznim i završnim odredbama u situaciji nepostojanja sporazuma svih suvlasnika predvidio sudski (izvanparnični) postupak.⁹

U vrijeme važenja ZVDZ-a dvojbe o mogućnosti uspostave etažnog vlasništva u sudskom postupku nije bilo, pa, primjerice, Vrhovni sud u jednoj svojoj odluci¹⁰ zauzima stajalište kako je fizička dioba (pretvaranje idealnog u etažno vlasništvo) moguća i kod obiteljskih stambenih zgrada s jednom stranom ako postoji mogućnost izdvajanja dviju zasebnih i samostalnih stambenih cjelina, kao i druge pretpostavke predviđene ZVDZ-om. Ako među strankama nema sporazuma, takvu diobu obavlja sud u izvanparničnom postupku.

Stavljanjem izvan snage navedenog propisa (čl. 394. ZV-a) i faktičnim preuzimanjem odredbe öWEG/75 (austrijskog Zakona o stambenom vlasništvu) u naš pravni sustav, pritom uz izostavljanje odredbe o *tužbi za diobu* (Teilungsklage),¹¹ bez oklijevanja se može konstatirati, učinjen je velik propust, koji je kroz sljedeća dva desetljeća primjene ZV-a izazivao turbulencije u teoriji i praksi glede pitanja koje je predmet ovog rada.

2.2. Pravna teorija glede uređenja ovog pitanja *de lege lata*

U hrvatskoj pravnoj teoriji ni danas ne postoji jedinstven pristup problemu uskraćivanja/nadomještanja suglasnosti za uspostavu etažnog vlasništva, odnosno pitanju može li sud uspostaviti etažno vlasništvo premda ne postoji suglasnost svih suvlasnika.

Pravna shvaćanja izražena u proučenim znanstvenim i stručnim radovima složena su i potkrijepljena valjanim razlozima te ih nije moguće odrediti jednoznačno (za ili protiv). Radi izbjegavanja podjele na stajališta *pro et contra*, kao i zbog složenosti samog pitanja, u nastavku se iznose stajališta autora iz korištene literature.

Tatjana Josipović drži da osnovno pravilo o nužnosti suglasnosti svih suvlasnika vrijedi neovisno o tome uspostavlja li se etažno vlasništvo na zahtjev jednog od suvlasnika na njegovu posebnom dijelu nekretnine ili pak svi suvlasnici povezuju vlasništvo posebnih

⁹ „(1) Svaki vlasnik idealnog dijela zgrade ima pravo zahtijevati da se njegovo idealno vlasništvo pretvori u etažno vlasništvo na određenom posebnom dijelu zgrade, ako je to moguće s obzirom na vrijednost tog idealnog dijela, veličinu zgrade, broj njenih prostorija i njihov raspored.

(2) Ako se svi vlasnici idealnih dijelova suglase o pretvaranju idealnog vlasništva u etažno vlasništvo, dužni su o tome sastaviti pismeni ugovor.

(3) Ako ne dođe do sporazuma svih vlasnika, o zahtjevu za pretvaranje idealnog vlasništva u etažno vlasništvo rješava, prema pravilima vanparničnog postupka, općinski sud, na čijem se području nalazi zgrada.“ (čl.53./čl.49) „(1) Vlasnici idealnih dijelova zgrade mogu ugovorom odrediti da pojedine posebne dijelove zgrade koriste kao vlasnici tih dijelova, dok svoje idealno vlasništvo ne pretvore u etažno vlasništvo, prema postojećim propisima.

(2) Međusobni odnosi vlasnika, koji su zaključili ugovor prema odredbi prethodnog stava, uređuju se prema odredbama ovog zakona, i to ugovorom.“ (čl. 54. / čl. 50)

¹⁰ VSH, Gzz-10/74.

¹¹ Uspostava etažnog vlasništva u Austriji moguća je i na temelju sudske odluke (Wohnungeigentumsbegründung durch Richterspruch) o razvrnguću suvlasništva (§ 3. st. 1. t. 3. öWEG 2002).

dijelova sa svojim suvlasničkim dijelovima. Također, navedeno osnovno pravilo vrijedi i neovisno o tome uspostavlja li se vlasništvo posebnog dijela na temelju izvansudskog sporazuma suvlasnika ili u postupku razvrgnuća suvlasničke zajednice. Suglasnost svih suvlasnika potrebna je jer se uspostavom etažnog vlasništva zapravo ograničavaju prava suvlasnika nekretnine. Takva ograničenja mogu se nametnuti jedino pod uvjetima određenima Ustavom i zakonom, ali uz plaćanje odgovarajuće naknade (čl. 33. ZV-a). Ostvarivanje vlasničkih ovlaštenja usredotočuje se na određeni posebni dio, dok se svi ostali suvlasnici iz tog dijela isključuju. Stoga smatra da davanje suglasnosti nije obveza suvlasnika te ga se ni na koji način ne može prisiliti niti odluka suda može zamijeniti njegovu suglasnost. Jedina zakonska iznimka vrijedi za suvlasnika s čijim je suvlasničkim dijelom već povezano vlasništvo posebnog dijela. Ukoliko takav suvlasnik neosnovano uskraćuje suglasnost, autorica drži da u tom slučaju njegovu suglasnost može zamijeniti odluka suda.¹²

S druge strane, *Hrvoje Kačer* smatra da odredbe ZV-a konstituiraju pravo na etažiranje koje je utuživo uz sve propisane uvjete i da nepribavljena suglasnost suvlasnika može biti supstituirana sudskom odlukom. Polazeći od citirane odredbe čl. 73. st. 2. ZV-a, autor ističe da se ni u kojem slučaju ne radi o tzv. prirodnoj ili naturalnoj obvezi (iz položaja dužnika) te da u slučaju izvansudskog odbijanja davanja suglasnosti taj suvlasnik može na to sudskim putem biti prisiljen.¹³

Vlado Belaj navodi da bi se izostanak suglasnosti u određenim slučajevima – pri čemu se primjerično navodi dulje izbjivanje suvlasnika i nepoznato trenutačno boravište, smrt fizičke osobe/prestanak pravne osobe do rješavanja pitanja sukcesije – trebao tolerirati i dopustiti uspostava etažnog vlasništva bez suglasnosti svih suvlasnika ako su ostali uvjeti zadovoljeni.¹⁴

Aleksandra Maganić predlaže odgovarajuću izmjenu odredaba ZV-a ili donošenje samostalnog propisa kojim bi se materijalno i procesno pravno uredila predmetna materija. Tom bi se zakonskom izmjenom omogućilo sudovima da bez suglasnosti svih suvlasnika odluče o uspostavi etažnog vlasništva u izvanparničnom postupku.¹⁵ Kako etažiranje ne služi samo potrebama suvlasnika neke zgrade već treba pridonijeti i pravnoj sigurnosti te načelu povjerenja u javne knjige, za njegovo nesmetano provođenje postoji interes ne samo skupine suvlasnika nego i šire društvene zajednice. Ako se izostala suglasnost pojedinih suvlasnika ne bi mogla zamijeniti sudskom odlukom, suvlasnička bi zajednica bila prepuštena samovolji pojedinih suvlasnika, koji bi morali trpjeti određena ograničenja svojih (su)vlasničkih prava zbog toga što su u zajednici. Eventualna

¹² Josipović, Tatjana; Vlasništvo posebnog dijela nekretnine (uspostava i raspolaganje); Hrvatska pravna revija 1/2002; str. 4–6.

¹³ Kačer, Hrvoje; Je li pravo na etažiranje de lege lata utuživo?; Informator br. 6128 od 28. studenoga 2012.; str. 2-5.

¹⁴ Gavella, Nikola; Josipović, Tatjana; Gliha, Igor; Belaj, Vlado; Stipković, Zlatan; Stvarno pravo; Informator; Zagreb, 1998, str. 547.

¹⁵ Maganić, Aleksandra; Procesnopravno uređenje odnosa etažnih vlasnika; Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, no. 1, ožujak 2007.; str. 35.

ograničenja koja bi ostali suvlasnici trpjeli zbog takve sudske odluke nisu protivna smislu postojanja suvlasničke zajednice jer svaki suvlasnik u okviru zajednice ima prava i dužnosti. Ograničenja nisu ni protuustavna jer nitko ne može svoja prava izvršavati na štetu drugih, ali ni na štetu šire društvene zajednice.¹⁶

2.3. Sudska praksa glede uređenja ovog pitanja *de lege lata*

Hrvatska sudska praksa, jednako kao i hrvatska pravna teorija, nije jedinstvena u odgovorima na predmetno pitanje.

Odluke sudova koje će u nastavku biti prikazane i analizirane u okolnostima spomenute pravne regulative mogu se promatrati kao sasvim očekivana posljedica nedorečenog uređenja ovog pitanja.

Unatoč načelno prihvaćenom pravnom shvaćanju koje je Vrhovni sud RH iznio u svojim posljednjim odlukama¹⁷ te istupima na zajedničkim sastancima i sjednicama, u sudskoj je praksi i dalje u određenoj mjeri prisutno kolebanje vezano za rješavanje navedenih spornih pitanja. Nakon spomenute odluke uslijedile su daljnje odluke revizijskog suda¹⁸ i drugostupanjskih sudova,¹⁹ uz izražavanje istog pravnog stava – *ratio* odredaba o sudskom razvrgnuću suvlasničke zajednice jest uspostaviti etažno vlasništvo ako netko od suvlasnika bez valjanog razloga sprječava provedbu etažiranja.

Određene nejasnoće u sudskoj praksi i komentare u pravnoj teoriji izazvala je objava sentence iz odluke Županijskog suda u Splitu²⁰ u Izboru odluka VSRH iz 2010.,²¹ koja je suprotna pravnom stavu što ga je već do tada zauzeo Vrhovni sud RH i koji je prihvaćen u nizu kasnije donesenih sudskih odluka.

S obzirom na prevladavajući stav u sudskoj praksi, po kojem je moguće razvrgnuće uspostavom etažnog vlasništva bez sporazuma stranaka u sudskom postupku, zbog interesa pravne sigurnosti bilo bi poželjno objaviti i jednu takvu odluku u Izboru odluka Vrhovnog suda RH s obzirom na pravni autoritet te publikacije. No ni to neće i ne može imati unificirajuće učinke koje bi *de lege ferenda* imalo reguliranje ovoga pitanja u zakonskom tekstu. Detaljnije i jasnije uređenje predmetne materije zasigurno bi imalo i pozitivan učinak na sve suvlasnike koji bi bili upoznati s posljedicama uskrate suglasnosti bez postojanja valjanog razloga.

¹⁶ Maganić, Aleksandra; Je li Hrvatskoj potrebna reforma pravnog uređenja etažnih vlasnika?; Ljetopis za 2018. Središnji katalog HAZU; <http://dizbi.hazu.hr/a/?pr=i&id=831702>, stanje od 17. kolovoza 2019.; str. 203-206.

¹⁷ Pravno shvaćanje izraženo u odluci Vrhovnog suda RH Rev-1553/13 od 8. siječnja 2014.

¹⁸ VSRH, Rev x 568/2014-2 od 20. siječnja 2015., VSRH Rev 609/2013-2 od 7. veljače 2017.

¹⁹ Županijski sud u Rijeci, Gž-1869/13 od 20. siječnja 2016., Županijski sud u Splitu, Gž-759/16 od 6. svibnja 2016., Županijski sud u Varaždinu, Stalna služba u Koprivnici, Gž 2286/2017-2 od 10. travnja 2018.

²⁰ Gž x-860/09 od 30. travnja 2010.

²¹ Publikaciju uređuje redakcija sastavljena od sudaca Vrhovnog suda RH.

S obzirom na to da problem u uspostavi etažnog vlasništva u Hrvatskoj uistinu postoji te da u normativnom smislu u njegovu rješavanju nije ponuđeno nikakvo drugo rješenje osim eventualne tolerancije nekih sudova na nepostojanje suglasnosti svih suvlasnika (što bi zapravo značilo da postupaju protivno zakonu), postojeće je stanje neodrživo.²² Kako bi se na cjelovit način mogli pojmiti razmjeri prijepora koje je navedeno pitanje izazvalo, ključno je problem analizirati u određenom vremenskom okviru.

Prije nego što su zauzeta konkretna shvaćanja, treba upozoriti na dvije odluke revizijskog suda sa značajnim implikacijama na odluke svih sudova u sljedećim godinama. Odlukom iz 2007.²³ ocijenjeno je da suvlasnik ne može zahtijevati tužbom na utvrđenje vlasništvo određenog dijela nekretnine sve dok postoji suvlasništvo na toj nekretnini, a takvom se tužbom ne može zahtijevati ni uspostava etažnog vlasništva u smislu odredaba čl. 71.-78. ZV-a. S druge strane, odlukom iz 2010.²⁴ određeno je da suglasna uspostava etažnog vlasništva pretpostavlja ne samo međusobno priznavanje suvlasničkih dijelova kao polazište za takvo razvrgnuće već i sadrži imovinskopravno raspolaganje – ograničavanje suvlasničkih prava.

Revizijski sud prvi je put na predmetno pitanje o mogućnosti sudske uspostave etažnog vlasništva u slučaju nepostojanja suglasnosti svih suvlasnika zauzeo *eksplicite* pozitivan stav u odluci Rev-200/09 od 3. svibnja 2009.²⁵ U toj odluci najviši je sud izrazio pravno

²² Vidi bilješku br. 18.

²³ VSRH, Rev-91/07 od 17. listopada 2007.

²⁴ VSRH Rev-1085/07 od 28. listopada 2010.

²⁵ „*Odredbom čl. 53. ZVDSP propisano je – ako suvlasnici suglasno odluče da će umjesto diobe nekretnine svoja suvlasnička prava ograničiti tako što će s određenim idealnim dijelom povezati vlasništvo posebnoga dijela suvlasničke nekretnine (uspostaviti etažno vlasništvo), uzima se da je to njihova odluka o načinu razvrgnuća, pa se na odgovarajući način i na nju primjenjuju pravila o razvrgnuću. U konkretnom slučaju nije bilo sporazuma između stranaka o uspostavi etažnog vlasništva na predmetnim nekretninama, no nepostojanje takvoga sporazuma prema shvaćanju ovoga suda ne predstavlja zapreku da se suvlasnička zajednica stranaka na predmetnim nekretninama razvrgne uspostavom etažnog vlasništva. (...)*

Presudom Županijskog suda u Zadru posl. br. Gž-287/02 od 26. travnja 2002. kao ovršnom ispravom ustvari određena je uspostava etažnog vlasništva na predmetnoj nekretnini, jer je njome određeno da svakoj stranci pripada u naravi fizički odvojeni dio koji odgovara suvlasničkom udjelu, uz uknjižbu utvrđenog prava suvlasništva stranaka na istoj nekretnini. Na temelju te presude ovrhovoditelj je u ovom predmetu ishodio rješenje o ovrši radi diobe predmetne nekretnine, ustvari radi uspostave etažnog vlasništva, jer je zatražio uknjižbu svog suvlasničkog dijela na cijeloj nekretnini i određenje posebnog dijela te nekretnine koji će njemu pripasti, kao i utvrđenje zajedničkih dijelova zgrade.

U provedenom postupku je utvrđena mogućnost uspostave etažnog vlasništva na predmetnoj nekretnini, ovrhovoditelj se suglasio s uspostavom etažnog vlasništva na način određen prvostupanjskim rješenjem, čemu se međutim ovršenik protivio, pa je potrebno utvrditi jesu li ovršenikova prava oštećena takvom uspostavom etažnog vlasništva. (...)

Drugostupanjskim rješenjem preinačeno je prvostupanjsko rješenje na način da će se dioba predmetnih nekretnina provesti prodajom na javnoj dražbi ili na drugi prikladan način, a dobiveni iznos podijeliti razmjerno suvlasničkim dijelovima stranaka (civilno razvrgnuće). (...)

Drugostupanjski sud smatra da bi fizička dioba predmetnih nekretnina na način određen prvostupanjskim rješenjem bila protivna načelu jedinstvenosti nekretnine. Iстина je da je ZVDSP u naš pravni sustav uveo načelo jedinstvenosti nekretnine. (...)

No, međutim prema shvaćanju ovoga suda navedene zakonske odredbe ne sprječavaju razvrgnuće suvlasničke zajednice uspostavom etažnog vlasništva i u slučaju nepostojanja sporazuma suvlasnika u smislu čl. 53. ZVDSP. Naime ovršnom ispravom u ovom slučaju određena je uspostava etažnog vlasništva, te je u ovršnom postupku bilo potrebno izvršiti uspostavu etažnog vlasništva u smislu ovršne isprave, a kako je u predmetnom slučaju s

shvaćanje da odredbe čl. 53. ZV-a ne sprječavaju razvrgnuće suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva i u slučaju nepostojanja sporazuma svih suvlasnika.

Odluka koja je uslijedila uz dijametralno suprotan stav i unijela pomutnju u pravnu teoriju i u sudsku praksu ranije je spomenuta odluka Županijskog suda u Splitu od 30. travnja 2010.²⁶ Moguće je da ta odluka ne bi imala toliko odjeka da od strane Vrhovnog suda (koji je tek godinu prije donio potpuno oprečnu odluku) nije objavljena u (polu)godišnjem Izboru odluka²⁷ koji uređuju suci tog suda. Čak je i sudac Vrhovnog suda RH, koji je bio sudac izvjestitelj u predmetu Rev-200/09, objavio rad u kojem se osvrnuo na citiranu odluku.²⁸

Da ovo pitanje nije izazvalo prijepore samo u znanstvenoj zajednici već i u samome vrhu građanskopravnog sudovanja u Republici Hrvatskoj svjedoči činjenica da je ta tema bila razmatrana i na redovitom godišnjem skupu sudaca građanskih odjela s područja Županijskog suda u Splitu zajedno s predsjednikom Građanskog odjela VSRH i sa sucima tog suda.²⁹ Na skupu je najviše kontroverzi izazvala upravo spomenuta odluka Županijskog suda u Splitu, ali se, unatoč argumentaciji iznesenoj u toj odluci, većina

obzirom na veličinu suvlasničkih dijelova stranaka na predmetnoj nekretnini moguća uspostava etažnog vlasništva, pogrešno je drugostupanjski sud u ovom slučaju primijenio odredbu čl. 249. st. 2. OZ-a.

Zbog pogrešne pravne ocjene drugostupanjski sud nije razmatrao mogućnost razvrgnuća predmetne suvlasničke zajednice uspostavom etažnog vlasništva, pa je činjenično stanje u drugostupanjskom postupku nepotpuno utvrđeno.“

²⁶ „S obzirom na način razvrgnuća suvlasništva stranaka, kako ga je konačno postavio tužitelj u podnesku od 29. svibnja 2008., u ovoj parnici se postavlja pravno pitanje može li sud i bez suglasnosti svih suvlasnika, odnosno bez suglasnosti tuženice, razvrgnuti suvlasništvo među stranaka uspostavom etažnog vlasništva u smislu odredbe čl. 53. ZVDSP-a.“

Prema stajalištu ovoga suda na to pitanje valja odgovoriti negativno, jer odredbe ZVDSP, koje određuju način sudskog razvrgnuća, ne predviđaju mogućnosti razvrgnuća uspostavom etažnog vlasništva.

Naime, prema odredbi čl. 53. ZVDSP-a, koja propisuje razvrgnuće uspostavom etažnog vlasništva, takvo razvrgnuće je moguće samo ako su suvlasnici suglasno (sporazumno) odlučili da će između sebe podijeliti nekretninu koja se sastoji od zemljišta sa zgradom, tako da će uspostaviti etažno vlasništvo nekog određenog posebnog dijela suvlasničke nekretnine te ga povezati sa suvlasničkim dijelom jednog ili više suvlasnika.

Prema tome, suvlasnik ne može u sudskom postupku, bez suglasnosti (sporazuma) ostalih suvlasnika, zahtijevati razvrgnuće suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva, niti sud može bez takve suglasnosti (sporazuma) razvrgnuti suvlasništvo na nekretnini koja se sastoji od zemljišta sa zgradom uspostavom etažnog vlasništva. Na to, prema stajalištu ovoga suda, upućuje izričita i jasna dikcija odredbe čl. 53. ZVDSP-a, koja za razvrgnuće suvlasničke zajednice uspostavom etažnog vlasništva pretpostavlja suglasnost (sporazum) suvlasnika zbog čega kod takvog jednoznačnog smisla riječi koje je zakonodavac upotrijebio u toj zakonskoj odredbi nema mjesta za tumačenje da sud može samostalno, neovisno o postojanju suglasnosti suvlasnika, pa i protiv njihove izričite volje, odlučiti o takvom načinu razvrgnuća suvlasničke zajednice.“

²⁷ Izbor odluka Vrhovnog suda RH br. 1/2010, br. 7.

„Kada sud odlučuje o razvrgnuću suvlasništva bilo u izvanparničnom, parničnom ili ovršnom postupku, on nije slobodan u izboru načina na koji će se razvrgnuće provesti. Suvlasnik ne može u sudskom postupku, bez suglasnosti (sporazuma) ostalih suvlasnika, zahtijevati razvrgnuće suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva, niti sud može bez takve suglasnosti (sporazuma) razvrgnuti suvlasništvo na nekretnini koja se sastoji od zemljišta sa zgradom uspostavom etažnog vlasništva.“

²⁸ Kaladić, Ivan; Razvrgnuće suvlasničke zajednice bez suglasnosti svih suvlasnika; Informator br. 6044 od 8. veljače 2012.

²⁹ Skup se održao u listopadu 2015. u Imotskom. Izvor – Zapisnik sa stručnog skupa u analognom obliku, nije objavljena publikacija.

sudaca ipak priklonila suprotnom stajalištu, pozivajući se na citirane odluke Vrhovnog suda RH (Rev-200/09 i Rev-1553/13).

Na temu se osvrnuo i tadašnji predsjednik Građanskog odjela VSRH pojašnjavajući da samo objavljivanje sudske odluke u njihovu Izboru odluka ne znači nužno da odluka predstavlja prihvaćeno pravno shvaćanje od strane Vrhovnog suda RH, a time i obvezujuće za sva vijeća tog suda. Štoviše, rečeno je da je od strane Vrhovnog suda RH prihvaćeno kao službeno pravno shvaćanje upravo ono koje je izneseno u odluci donesenoj po izvanrednoj reviziji od 8. siječnja 2014. (Rev-1553/13).³⁰ Iako odluke

³⁰ Općinski građanski sud u Zagrebu presudom poslovni broj P-8520/09-47 od 28. lipnja 2012. sudio je: "Odbija se glavni tužbeni zahtjev tužitelja koji glasi:

"Razvrgava se suvlasnička zajednica na nekretninama upisanim kao k. č. br. 1587/22, k. o. Grad Z., u naravi kuća br. ... u ... ulici i dvorište, površine 486 m², odnosno 135,1 čhv, upisana u z. k. ul. 2387, k. o. Grad Z., te k. č. br. 1587/60, k. o. Grad Z., u naravi dvorište 32 m², odnosno 8,9 čhv, upisana u z. k. ul. nr. 2387, k. o. Grad Z. i to uspostavom etažnog vlasništva kako je to određeno potvrdom (Klasa: 361-08/2007-03/138; ur. broj: 251-13-22/201-08-03; RH; Grad Z.; Gradski ured za prostorno uređenje, zaštitu okoliša, izgradnju rada, graditeljstvo, komunalne poslove i promet; Odjel za graditeljstvo, I Područni odsjek za graditeljstvo; od 30. srpnja 2008.) na način da I tužiteljici V. B. i II tužitelju L. B. u suvlasništvu na jednake dijelove (1/2 svakom) pripada stan S1 4415/10000 dijela nekretnine u nacrtu označeno crvenom bojom sastojeći se u etaži podruma od stepeništa i spremišta, te u etaži prizemlja od hodnika, stepenica, kupaonice i WC-a, te tri sobe, dnevnog boravka, kupaonice, WC-a i kuhinje, korisne površine od 97,67 m², neodvojivo povezano s vlasništvom kućnog vrta površine 165,10 m² (16,51 m²), dok tuženiku G. Š. u vlasništvu pripada stan S2 5585/10000 dijela nekretnine u nacrtu označen zelenom bojom, sastojeći se u etaži prizemlja od blagovanja, WC-a, kuhinje, izbe, sobe, kupaonice, dnevnog boravka, sobe, balkona i stepeništa, a u etaži potkrovlja od stepeništa, neizrađenog tavanskog prostora korisne površine od 123,54 m², neodvojivo povezano s vlasništvom kućnog vrta površine 165,10 m² (16,51 m²)." (...)

Županijski sud u Zagrebu presudom poslovni broj Gž-8057/12-2 od 29. siječnja 2013. odbio je kao neosnovane žalbe tužitelja i tuženika i potvrdio prvostupanjsku presudu.

Protiv drugostupanjske presude u odnosu na dio kojim je odlučeno o tužbenom zahtjevu za razvrgnuće suvlasništva tužitelj je podnio reviziju iz čl. 382. st. 2. Zakona o parničnom postupku navodeći da odluka u sporu ovisi o rješenju materijalnopravnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni. Materijalnopravno pitanje naznačeno u reviziji odnosi se na pravilnu primjenu odredaba čl. 50., 53. i 73. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 76/06, 141/06, 146/08, 38/09 - dalje: ZVDSP) vezano uz sudsko razvrgnuće suvlasničke zajednice na nekretninama.

Naznačeno pitanje glasi:

"Je li sud ovlašten razvrgnuti suvlasničku zajednicu nekretnine (uspostavom etažnog vlasništva) u postupku sudske diobe bez suglasnosti nekog od suvlasnika?"

Revident navodi da je pitanje važno zato što je o tom pitanju revizijski sud već zauzeo shvaćanje u presudama poslovni broj Rev-200/09-3 od 3. svibnja 2009. i Rev-x-680/10-2 od 9. rujna 2010., ali da je odluka drugostupanjskog suda utemeljena na shvaćanju koje nije podudarno s tim shvaćanjem. (...)

U odnosu na tužbeni zahtjev za diobu suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva, a podredno civilnom diobom sudovi su utvrdili:

- da su tužitelji-protutuženici pokrenuli postupak diobe suvlasničke zajednice uspostavom etažnog vlasništva pa je u tu svrhu izrađen Plan posebnih dijelova građevine (elaborat etažiranja) kojega je sačinio sudski vještak mr. sc. M. Č., dipl. ing, nakon čega je elaborat potvrđen od strane nadležnog upravnog tijela,

- da se tuženik-protutužitelj usprotivio etažiranju prema planu etažiranja tvrdeći da je on suvlasnik većeg idealnog dijela nekretnine,

- da nekretnina nije etažirana suglasnošću suvlasnika.

S obzirom na to da tuženik-protutužitelj kao jedan od suvlasnika nije dao suglasnost na etažiranje, tužitelji-protutuženici su zatražili uspostavu etažnog vlasništva na temelju presude. Međutim sudovi su zaključili da, u situaciji kad nema suglasnosti svih suvlasnika za uspostavu etažnog vlasništva, sud nije dužan u parnici radi razvrgnuća suvlasništva etažiranjem utvrđivati jesu li ispunjene ostale pretpostavke za razvrgnuće suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva. Zato je odbijen tužbeni zahtjev za razvrgnuće suvlasničke

sudova ne spominju pojam „nadmještanja“ suglasnosti suvlasnika sudskom odlukom, na navedenom stručnom skupu tadašnji predsjednik Građanskog odjela VSRH upotrijebio je upravo taj termin, i to bi, po njegovu mišljenju, bio zahtjev koji bi se rješavao u parničnom postupku.

Međutim, i naknadno, nakon zauzimanja pravnog stava izraženog u citiranim odlukama Vrhovnog suda RH, neki drugostupanjski sudovi donosili su suprotne odluke i odbacivali mogućnost da se na temelju čl. 73. st. 2. ZV-a može sudskom odlukom nadomjestiti suglasnost suvlasnika.³¹

Sve navedeno zasigurno je razlog nastanka znanstvenog rada iz prosinca 2016. čiji je autor upravo sudac Županijskog suda u Splitu koji je donio spomenutu odluku iz 2010. U njemu autor detaljno iznosi svoje viđenje uređenja *de lege lata* ovog pitanja i razloge kojima se on rukovodio pri zauzimanju iznesenog stava.³²

Dalo bi se zaključiti da se s vremenom sudska praksa ipak ustalila i definitivno priklonila stavu prema kojem je moguće u sudskom postupku odrediti uspostavu etažnog vlasništva premda ne postoji suglasnost svih suvlasnika. Pri tom je zasigurno odlučujuću ulogu odigrao revizijski sud, što potvrđuje i ukidno rješenje Županijskog suda u Rijeci iz siječnja 2017. u kojem se konstatira da je taj sud u istom predmetu u ranijoj ukidnoj odluci iz travnja 2014. zauzeo jedan stav, a na internoj sjednici Građanskog odjela tog suda iz prosinca 2015. prihvaćen je pravni stav koji odgovara shvaćanjima Vrhovnog suda RH. Pored toga, u toj je odluci prvi put izričito navedeno da je sudskom odlukom moguće nadomjestiti suglasnost suvlasnika kod razvrgnuća suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva.³³

zajednice na nekretninama uspostavom etažnog vlasništva na način utvrđen elaboratom i potvrđen od nadležnog upravnog tijela. (...)

Vrhovni sud RH je u odnosu na naznačeno pravno pitanje, a u vezi primjene citiranih odredaba ZVDSP zauzeo slijedeće pravno shvaćanje: u presudi poslovni broj Rev-200/09-3 od 3. svibnja 2009.: (...)

Identično pravno shvaćanje proizlazi i iz presude Vrhovnog suda RH poslovni broj Rev-x-680/10-2 od 9. rujna 2010. Upravo je smisao odredaba o sudskom razvrgnuću suvlasničke zajednice uspostaviti etažno vlasništvo ako netko od suvlasnika bez valjanog razloga osujećuje provedbu etažiranja.

Slijedi da je o naznačenom pravnom pitanju revizijski sud već zauzeo shvaćanje, ali je odluka drugostupanjskog suda utemeljena na shvaćanju koje nije podudarno s tim shvaćanjem, pa je odbijanjem glavnog a prihvaćanjem podrednog tužbenog zahtjeva pogrešno primijenjeno materijalno pravo.

Zbog pogrešnog pravnog pristupa nižestupanjski sudovi nisu razmatrali mogućnost razvrgnuća predmetne suvlasničke zajednice uspostavom etažnog vlasništva, pa je činjenično stanje nepotpuno utvrđeno.

³¹ *„Međutim navedena odredba ne predstavlja osnovu po kojoj bi bilo moguće sudskom odlukom nadomjestiti navedenu suglasnost u situaciji kada te suglasnosti nema. Navedena odredba ovlašćuje suvlasnika nekretnine da može zahtijevati sudsko razvrgnuće suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva ako netko od suvlasnika bez valjanog razloga osujećuje provedbu etažiranja te ako su ispunjene i sve ostale pretpostavke određene zakonom. U tom slučaju nepostojanje sporazuma ne predstavlja zapreku da sud razvrgne suvlasničku zajednicu uspostavom etažnog vlasništva, ako su za to ispunjene i ostale pretpostavke propisane zakonom.“*
Županijski sud u Velikoj Gorici, Gž-1165/11 od 27. svibnja 2015.

³² Prančić, Vicko; Uspostava vlasništva posebnoga dijela nekretnine na zahtjev suvlasnika koji ima odgovarajući suvlasnički dio – neka otvorena pitanja; Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, vol. 32, no. 3-4, prosinac 2016.

³³ Županijski sud u Rijeci, Gž 3972/2015-2 od 18. siječnja 2017.

2.4. Mišljenje autora glede uređenja ovog pitanja *de lege lata* uz prijedloge *de lege ferenda*

De lege lata, nema sumnje da je pravilo suglasnost svih suvlasnika za uspostavu etažnog vlasništva, kao što je i pravilo da nijedan suvlasnik ne može uskratiti svoj pristanak suvlasniku koji ima odgovarajući suvlasnički dio.

Uskrata pristanka bila bi propisana iznimka, za što mora postojati opravdan/valjan razlog.

Dakle, suglasnost svih suvlasnika za uspostavu etažnog vlasništva mora postojati. To znači da će je suvlasnici ili dobrovoljno dati ili će se u sudskom postupku zahtijevati da takvu suglasnost, odnosno sporazum svih suvlasnika, nadomjesti³⁴ sudska odluka te da se na taj način razvrgne suvlasnička zajednica i uspostavi etažno vlasništvo.

Razvrgnuće suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva jest i treba biti posao izvanredne uprave (čl. 41. ZV-a), a uvažavajući sve razloge iznesene od strane onih koji se protive bilo kakvoj sudskoj intervenciji ako ne postoji suglasnost svih suvlasnika. Međutim, sukladno naprijed obrazloženim zaključcima, autor se ne slaže da kod poslova izvanredne uprave, ako nije što drugo određeno zakonom ili jednoglasnom odlukom svih suvlasnika, ne bi postojala mogućnost da se traži sudsko razvrgnuće suvlasništva. Jednoglasnost svih suvlasnika kod višestambenih zgrada s više stotina suvlasnika gotovo je nemoguće postići.

„Polazeći od pravnog stajališta ovoga suda izraženog u ranijoj ukidnoj odluci poslovni broj Gž-4308/2010 od 28. travnja 2014. g. sud prvog stupnja, utvrdivši da za to nema sporazuma stranaka, otklanja kao moguće razvrgnuće uspostavom etažnog vlasništva iz odredbe čl. 53. ZV-a te pozivom na odredbu čl. 51. st. 4. ZV-a pobijanim rješenjem određuje civilno razvrgnuće.

Treba ukazati da je nakon donošenja označene drugostupanjske odluke u ovome predmetu, na sjednici građanskog odjela održanoj 08. prosinca 2015. g., ovaj sud u skladu s pravnim stajalištem Vrhovnog suda Republike Hrvatske (Rev-1553/13 od 08. siječnja 2014. g., Rev-200/09 od 03. svibnja 2009. g. i Rev-x-680/10 od 09. rujna 2010. g.) donio zaključak da je razvrgnuće suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva dopušteno i u situaciji kada nema sporazuma svih suvlasnika (čl. 50., čl. 53. i čl. 73. st. 2. ZV-a) te da se sudskom odlukom može nadomjestiti nepostojanje suglasnosti suvlasnika, kako u parničnim tako u i izvanparničnim postupcima radi razvrgnuća. (...)

Prema očitovanjima danim u postupku proizlazi da među strankama nema spora oko toga da se razvrgnuće provede uspostavom etažnog vlasništva, sporno je, kako se to u žalbi predloženika navodi, kojoj će od stranaka pripasti koji na taj način formirani posebni dijelovi nekretnine, sve obzirom na različitu uređenost prizemlja i prvog kata te stupanj dovršenosti uređenja potkrovlja, a što će u konačnici ovisiti o odluci suda prvog stupnja. Međutim, sve kada bi se i uzelo da u konkretnom slučaju nema sporazuma između stranaka o uspostavi etažnog vlasništva na predmetnim nekretninama, tada prema izraženom pravnom shvaćanju te tumačenju sadržaja odredbi čl. 50., čl. 53. i čl. 73. st. 2. ZV-a, nepostojanje takvoga sporazuma ne predstavlja zapreku da se suvlasnička zajednica stranaka razvrgne uspostavom etažnog vlasništva jer smisao odredaba o sudskom razvrgnuću suvlasničke zajednice je uspostaviti etažno vlasništvo ako netko od suvlasnika bez valjanog razloga osujećuje provedbu etažiranja.

Kako zbog pogrešnog pravnog pristupa sud prvog stupnja uopće nije razmatrao mogućnost razvrgnuća predmetne suvlasničke zajednice uspostavom etažnog vlasništva, to je činjenično stanje ostalo nepotpuno utvrđeno.“

³⁴ Iako se pojam nadomještanja suglasnosti, odnosno nadomještanja sporazuma suvlasnika, odlukom suda izrijeckom ne spominje u odlukama revizijskog suda (spominje se jedino u navedenoj odluci Županijskog suda u Rijeci), navedeni zaključak nameće se iz obrazloženja tih odluka i iznesene argumentacije.

Naime, uspostava etažnog vlasništva predstavlja svojevrsno razvrgnuće suvlasničke zajednice. Takva je mogućnost već *de lege lata* otvorena upravo u st. 3. istog članka ZV-a o izvanrednim poslovima:

„Ako se suvlasnici ne mogu suglasiti, onaj suvlasnik koji je predložio posao predvidivo koristan za sve, može zahtijevati razvrgnuće suvlasništva, pa makar to inače u tom času ne bi mogao.“

Dakle, zbog nepostojanja suglasnosti svih suvlasnika za etažiranje (ako je već stav zakonodavca da etažiranje jest predvidivo korisno za sve i ako se u konkretnom sudskom postupku utvrdi postojanje svih zakonskih pretpostavki za uspostavu etažnog vlasništva), suvlasnik može zahtijevati razvrgnuće suvlasništva (uspostavom etažnog vlasništva), makar to inače ne bi mogao (jer nema nužne suglasnosti svih).

Od koga će suvlasnik zahtijevati razvrgnuće ako to inače ne bi mogao? Uvažavajući sve iznesene stavove sudske prakse i pravne teorije, a na temelju provedene analize zakonskih odredaba, autor je stajališta da pravo na etažiranje jest *de lege lata* utuživo. U slučaju nemogućnosti dobrovoljnog razvrgnuća ZV predviđa sudsko razvrgnuće kao način zaštite i ostvarenja prava svakog suvlasnika na razvrgnuće. Predmetno pravo na etažiranje, s obzirom na to da etažiranje predstavlja razvrgnuće *sui generis*, moguće je promatrati kroz pravo na razvrgnuće regulirano odredbama čl. 47. i 48. ZV-a:

„Suvlasnik može zahtijevati razvrgnuće u bilo koje doba, osim kad bi to bilo na štetu ostalih, no može i tada ako se s obzirom na okolnosti ne bi moglo razumno očekivati da će se prilike uskoro tako izmijeniti da razvrgnuće ne bi bilo na štetu drugih suvlasnika.“³⁵

„Pravo na razvrgnuće suvlasnik ostvaruje sporazumno sa svim suvlasnicima (dobrovoljno razvrgnuće) ili putem suda (sudsko razvrgnuće), ako nije što drugo zakonom određeno.“³⁶

Stoga, već je *de lege lata* citiranom odredbom čl. 41. st. 3. ZV-a o izvanrednim poslovima otvorena mogućnost da se ta pitanja rasprave u sudskom postupku. Nema sumnje da zakonodavac izrijeком nije propisao „*nadomještanje*“ suglasnosti sudskom odlukom, ali, jednako tako, nema sumnje i da nije izrijeком zabranio da sud odredi uspostavu etažnog vlasništva ukoliko su ispunjene sve zakonske pretpostavke i ukoliko se bez valjanog razloga uskraćuje suglasnost. Ukoliko bi se prihvatio suprotan zaključak, jednostavno ne bi postojao pravni instrument koji bi stajao zainteresiranim suvlasnicima na raspolaganju u situaciji kada imaju ispunjene sve zakonske pretpostavke i npr. suglasnost 99 % suvlasnika, a upravo je etažiranje vlastitog stana ono što žele ili im je prijeko i hitno potrebno (primjerice zbog ishođenja kredita).

S druge strane, kod poslova redovite uprave (čl. 40.) izrijeком je propisana nadležnost izvanparničnog suda ukoliko se ne može postići većina, ali samo kad se radi o „*poslu*

³⁵ Čl. 47. st. 2. ZV-a.

³⁶ Čl. 48. st. 2. ZV-a.

nužnom za održavanje stvari“. Takav posao ne bi bilo razvrgnuće etažiranjem, kako je već navedeno, a i s obzirom na to da je *ratio* te odredbe prije svega fizičko održavanje zbog opasnosti od kvara/propasti/urušavanja, odnosno zbog nužnosti nekih redovitih i manjih popravaka na suvlasničkoj stvari.

Na tragu prethodno navedenog, možda bi rješenje bilo upravo da o poslovima redovite uprave kad se ne može postići većina odlučuje izvanparnični sud, kao i o svim ostalim zakonom propisanim razvrgnućima (kako i jest *de lege lata*), a o (nesuglasnom) razvrgnuću uspostavom etažnog vlasništva kao razvrgnuću *sui generis* i kao nedvojbeno poslu izvanredne uprave, da odlučuje parnični sud u situaciji kad se ne može postići potrebna suglasnost svih (čl. 41. st. 3. u vezi s čl. 48. st. 3. i čl. 49. st. 4. u vezi s čl. 53. i čl. 73. ZV-a, i to intervencijom u jednu od citiranih odredaba, s obzirom na propisano³⁷ „*ako zakon ne određuje drukčije*“). To bi bio prijedlog autora *de lege ferenda* glede ovih pitanja.

Nije sporno da kod suglasne uspostave etažnog vlasništva nije odlučno imaju li svi suvlasnici odgovarajući suvlasnički dio³⁸ i da u tom slučaju sudsku odluku o utvrđivanju korisnih vrijednosti zamjenjuje isprava u kojoj su svi suvlasnici očitovali volju o uspostavljanju etažnog vlasništva. S druge strane, autorov je zaključak da se mora pružiti sudska zaštita suvlasniku (ili suvlasnicima) koji ima (ili imaju) odgovarajući suvlasnički dio, ali ne uspijevaju pribaviti suglasnost nekog suvlasnika koji za uskratku suglasnosti nema nijedan opravdani razlog. Štoviše, autorov je zaključak da mu je tu zaštitu moguće pružiti već *de lege lata*, što, naravno, ne znači da nema prostora i potrebe *de lege ferenda* da se takva zaštita jasnije i detaljnije regulira.

Glede pitanja zakonodavnog ili jurisdikcijskog razgraničenja toga koji bi etažnopravni postupci bili parnični, a koji izvanparnični, zakonodavac je taj koji bi trebao izvršiti razgraničenje i otkloniti svaku dilemu o tome, osobito kad se ima na umu pravi nered koji je nastao u pravnoj doktrini i u sudskoj praksi oko ovog pitanja. Prema autorovu mišljenju, očekivanim potrebama ovog specifičnog postupka više bi odgovarala pravila parničnog postupka, i to zbog nužnosti raspravljanja i utvrđivanja spornih činjenica o kojima će ovisiti odluka u svakoj konkretnoj etažnopravnoj stvari te s obzirom na okolnosti koje se same za sebe i u svezi s drugim okolnostima mogu pokazati odlučnima u konkretnom slučaju.

Pri tome imamo i izravan poredbenopravni uzor u Republici Austriji, koja je već odavno za takve situacije predvidjela *tužbu za diobu* (*Teilungsklage*, § 3. st. 1. t. 3. *oeWEG/2002*), a hrvatski je zakonodavac prilikom preuzimanja odredaba o etažnom vlasništvu iz nepoznatog razloga preskočio „*preuzeti*“ i tu odredbu, što je rezultiralo potpunim izostankom pravnog uređenja tog pitanja.

³⁷ Kad se provodi sudsko razvrgnuće, sud odlučuje u izvanparničnom postupku ako zakon ne određuje drukčije (čl. 48. st. 3. ZV-a).

³⁸ Čl. 68. st. 3. ZV-a.

2.5. (Ne)opravdanost razloga za uskratu suglasnosti za uspostavu vlasništva posebnog dijela nekretnine

Kako je već navedeno, opće je pravilo da nijedan suvlasnik nekretnine ne može uskratiti svoj pristanak na uspostavu vlasništva posebnoga dijela drugom suvlasniku koji ima odgovarajući suvlasnički dio (čl. 73. st. 2. ZV-a).

Dakle, hrvatski se zakonodavac od stupanja na snagu ZV-a³⁹ jasno opredijelio *in favorem* etažiranja. Osim citiranom odredbom, to je načelo već provedeno kroz prijelaznu odredbu čl. 379. st. 1. ZV-a i dužnost upravitelja da pokrene sve potrebne postupke pred nadležnim tijelima državne uprave i sudovima u svrhu upisa zgrade na građevinskoj čestici i svih njezinih posebnih dijelova u zemljišnim knjigama. Pored toga, provođenje etažiranja poželjno je i radi utvrđivanja udjela pojedinih suvlasnika u troškovima upravljanja i obveze doprinosa u zajedničku pričuvu.⁴⁰

Ratio postojanja prava na etažiranje mnogostruk je. Etažiranje donosi korist i pojedincu i zgradi (komercijalizacija prostora s obzirom na to da etažirana nekretnina postiže 10–15 % veću tržišnu cijenu nego sami idealni dio), ali i široj društvenoj zajednici („sređenije“ stanje u zemljišnim knjigama, što potiče pravni promet, a time i promet kapitala, te općenito daje puno privlačniju i pravno sigurniju sliku investitorima/kupcima). Iako nema službenih podataka o do sada ostvarenim rezultatima etažiranja, prema podacima studije koja je izrađena za potrebe Projekta uvođenja Katastra zgrada u RH, procjenjuje se da na području Hrvatske postoji 3,1 milijun zgrada s 1,5 milijuna stanova vrijednosti oko 10 milijardi eura. Postoji i procjena da je zbog nesređenih evidencija o zgradama i stanovima prihod od komunalne naknade manji za oko 20 %, što su znatna sredstva.⁴¹

S druge strane, izostanak etažiranja može onemogućiti suvlasnike npr. u dobivanju kredita⁴² ili u prodaji zainteresiranom kupcu. U tu se svrhu u praksi često sklapaju predugovori koji prodavatelju ostavljaju rok da postigne provedbu etažiranja u zemljišnoj knjizi, sve radi točne identifikacije predmeta kupoprodaje i sigurnosti kupcu da će dobiti ono za što plaća cijenu.

U praksi nije rijetka situacija da je etažiranje *de facto* izvršeno i postoji, no zbog nepostojanja suglasnosti svih suvlasnika neevidentiranjem etažnog vlasništva u zemljišnoj knjizi ne postižu se sve prethodno navedene koristi. Riječ je o formalno neetažiranim zgradama u kojima među suvlasnicima nema spora što predstavlja posebne dijelove i čiji su (svatko živi u svom stanu, parkira vozilo na svom parkirnom mjestu), kao i što predstavlja zajedničke dijelove zgrade. U takvoj situaciji, kada većina suvlasnika traži

³⁹ ZV na snazi od 1. siječnja 1997.

⁴⁰ Čl. 380. i 381. ZV-a.

⁴¹ Končić, Ana-Marija; Etažiranje – kako do uspješnog upisa u zemljišnu knjigu, Hrvatska gospodarska komora – sektor za trgovinu, 26. forum poslovanja nekretninama, str. 17, <https://www.hgk.hr/documents/predavanje-koncic5892f6ff7f63d.pdf>, stanje od 17. kolovoza 2019.

⁴² Iako je i suvlasnički dio u pravnom prometu podoban da bude predmet hipoteke, banke u pravilu ne odobravaju kredit ako ne mogu upisati hipoteku na zasebnu etažnu cjelinu.

uspostavu etažnog vlasništva *de iure* i provedbu u zemljišnu knjigu već faktički izvršenog etažiranja, i to baš glede posebnih dijelova koje već samostalno koriste i glede ničega drugoga, teško je zamisliti što bi predstavljalo opravdani razlog zbog kojeg neki suvlasnik uskraćuje pristanak, odnosno zbog kojeg bi mu takvu uskratu pristanka sud trebao dopustiti, posebno imajući u vidu stav zakonodavca *in favorem* etažiranja.

Jedina propisana iznimka nalazi se u već citiranoj odredbi u čl. 73. st. 2. ZV-a:

„ (...) osim ako bi se uspostavom NOVOG vlasništva posebnoga dijela u korist toga suvlasnika ukinula ili ograničila prava koja njemu već pripadaju na temelju njegova PRIJE uspostavljenoga vlasništva posebnoga dijela.“

Prava koja mu već pripadaju na temelju njegova prije uspostavljenog vlasništva posebnog dijela jesu samovlasništvo posebnog dijela te pravo na uporabu zajedničkih⁴³ dijelova i uređaja zgrade.

U navedenim situacijama, kojih itekako ima u praksi, suvlasnik koji je svoj stan etažirao (povezao sa suvlasničkim dijelom) uskraćuje pristanak suvlasniku koji to još nije učinio. Takvo postupanje često se može okvalificirati kao šikanozno, a upravo tu situaciju zakonodavac predviđa kao jedinu iznimku od citiranog pravila da nijedan suvlasnik ne može uskratiti svoj pristanak suvlasniku koji ima odgovarajući suvlasnički dio.

Već jezičnim tumačenjem⁴⁴ citirane zakonske odredbe o iznimci od pravila jasan je njezin smisao. Oni suvlasnici koji su nad svojim suvlasničkim dijelom uspostavili etažno vlasništvo i na taj način ograničili suvlasnička prava drugih suvlasnika ne mogu uskratiti pristanak drugima, jer to jednostavno ne bi bilo pravedno, a ako bi se dopustilo drugo rješenje, stavilo bi ih se u povlaštenu položaj.⁴⁵ Navedeno bi bilo protivno pravilima ZV-a o susjedskim obvezama trpljenja, propuštanja i/ili činjenja radi uzajamno obzirnog izvršavanja prava vlasništva⁴⁶ te načelu savjesnosti i poštenja u pravnom prometu te zabrani zlouporabe prava propisanih odredbama ZOO-a.⁴⁷

Međutim, pored te zakonom propisane situacije, kada je neki suvlasnik već uspostavio vlasništvo svog posebnog dijela, moguća je i situacija da pristanak za etažiranje odbija dati suvlasnik koji nije uspostavio etažno vlasništvo nad vlastitim suvlasničkim dijelom, pri čemu bi se zaista u svakom konkretnom slučaju trebala procjenjivati opravdanost (*quaestio facti*).

⁴³ Pri tome valja reći da se zakonski naziv „zajednički“ ne smije miješati s terminom zajedničkog vlasništva jer su zajednički dijelovi zgrade u pravnom režimu suvlasništva, ali *ex lege* nedjeljivog suvlasništva.

⁴⁴ (*(...) uspostavom NOVOG vlasništva posebnog dijela (...) njegova PRIJE uspostavljenoga vlasništva posebnog dijela*)

⁴⁵ Maganić, Aleksandra; Procesnopravno uređenje odnosa etažnih vlasnika; Zbornik PF Sveučilišta u Rijeci; vol. 28., br. 1., 2007, str. 29.

⁴⁶ Odredbe čl. 100. ZV-a.

⁴⁷ Odredbe čl. 4. i 7. ZOO-a.

U praksi se pojavljuju tri različite tipske situacije u kojima se postavljaju predmetna pitanja.

2.5.1. Suvlasnik uskraćuje suglasnost drugom suvlasniku iako je on već uspostavio etažno vlasništvo na svojem posebnom dijelu nekretnine

Pojednostavljeno govoreći, u trenutku kada traži pristanak od drugog suvlasnika i ovaj to odbija zainteresiranom suvlasniku koji traži etažiranje svog suvlasničkog dijela već su ograničene vlastite suvlasničke ovlasti na posebnom dijelu u samovlasništvu ovog koji uskraćuje pristanak. Ovdje ni u kojem slučaju ne postoji opravdanost uskrate pristanka s obzirom na to da je takvo postupanje izriekom suprotno citiranim načelima ZV-a i ZOO-a.

Osim, naravno, ako je predmet uspostave etažnog vlasništva nešto što ne predstavlja posebni dio, već zajednički dio zgrade na kojem svaki od suvlasnika ima ovlaštenja. Prema mišljenju autora, taj bi razlog mogao predstavljati opravdani razlog te bi u svakom konkretnom slučaju sud trebao ispitati predstavlja li predmet tužbenog zahtjev zajednički dio zgrade ili dio koji je podoban da predstavlja samostalnu uporabnu cjelinu u samovlasništvu jednog suvlasnika. Tada to zaista mogu biti i jesu sporna pitanja koja treba raspraviti u sudskome postupku, u kojem će tužitelj trebati dokazati pravnu osnovu po kojoj je stekao u samovlasništvu predmetni neetažirani prostor, odnosno dokazati da predmetni prostor ne predstavlja zajednički dio zgrade.

2.5.2. Faktično izvršeno razvrgnuće suvlasničke zajednice i faktično uspostavljeno etažno vlasništvo (ne postoji knjižno etažno vlasništvo ni na jednom posebnom dijelu)

Radi se o situaciji koja je isključena aktualnom odredbom čl. 73. st. 2. ZV-a. Citirana odredba kao iznimku od obveze davanja suglasnosti suvlasniku koji ima odgovarajući suvlasnički dio propisuje jedino ako se radi o suvlasniku koji već ima uspostavljeno vlasništvo na svojem posebnom dijelu. Pri tome nije uzeta u obzir situacija koja je vrlo česta u praksi, a to je da je dioba stvarno izvršena, samo nije formalno provedena, pa nijedna etažna cjelina nije evidentirana u zemljišnoj knjizi kao samovlasništvo pojedinog suvlasnika.

Nije malo vjerojatno i nije rijetko u praksi da je većina suvlasnika spremna poduzeti sve da se stvarno izvršeno etažiranje provede u zemljišnoj knjizi, a da jedan ili nekolicina suvlasnika odbijaju sudjelovati u tome opravdavajući to time što to njima ništa ne donosi i da im je sasvim svejedno na koji je način njihovo pravo vlasništva evidentirano u zemljišnoj knjizi. Štoviše, takva nezainteresiranost i pasivnost nerijetko preraste u izričito odbijanje davanja suglasnosti. To odbijanje može biti bez bilo kakva (racionalnog) razloga, a nekad su stvarni razlozi u međuljudskim odnosima ili u nečem sasvim trećem, što je manje bitno za temu ovog rada.

Ono što je bitno jest da trenutno zakonsko uređenje potpuno isključuje navedenu situaciju i ne pruža pravnu zaštitu suvlasnicima koji imaju odgovarajući suvlasnički dio i koji su poduzeli inicijativu i potrošili određena sredstva (etažni elaborat, potvrda o samostalnim uporabnim cjelinama), ali ne mogu provesti uknjižbu etažnog vlasništva u zemljišnoj knjizi zbog nedavanja suglasnosti jednog suvlasnika.

2.5.3. Izostanak suglasnosti kod kojeg nema izričitog odbijanja, nego zaključenje zemljišnoknjižne isprave o uspostavi etažnog vlasništva nije moguće zbog nedostupnosti suvlasnika

U navedenim situacijama sud mora provesti svojevrsni test razmjernosti i dati prednost ili pravu na etažiranje ili pravu na uskratu pristanka, naravno, pod preduvjetom da postoji odgovarajući suvlasnički dio i da su ispunjene sve druge zakonske pretpostavke. U postupku će po potrebi umjesto suvlasnika, odnosno njegova sljednika, sudjelovati treća osoba, koja će zastupati njegova prava i interese (privremeni zastupnik/skrbnik). Na sudu će biti da u konkretnim okolnostima pojedinog slučaja utvrdi postoji li opravdani razlog zbog kojeg tužitelj ne bi trebao više čekati očitovanje suvlasnika, odnosno njegova pravnog sljednika, već je ovlašten tražiti od suda da nadomjesti tu suglasnost (pretpostavka razumnog roka), odnosno da utvrdi postoji li valjana pravna osnova stjecanja vlasništva posebnog dijela i da utvrdi je li predmet zahtjeva dio podoban da predstavlja poseban dio zgrade.

2.6. Opravdan razlog za uskratu suglasnosti ako se traži uspostava etažnog vlasništva na zajedničkom dijelu nekretnine

Ukoliko se traži suglasnost za uspostavu etažnog vlasništva na zajedničkom dijelu nekretnine, suglasnost je opravdano uskratiti i sud bi trebao odbiti tužbeni zahtjev, odnosno prijedlog, kad ne postoji suglasnost svih suvlasnika. Radi se o situaciji koju ZV (opravdano) ne predviđa u čl. 73. st. 2., a u kojoj pravu suvlasnika na uskratu suglasnosti treba dati prednost pred pravom drugih (većine) suvlasnika koji imaju odgovarajući suvlasnički dio.

Zakonodavac je potpuno jasan glede pitanja uspostave etažnog vlasništva na zajedničkim dijelovima zgrada imajući u vidu odredbu:

„Vlasništvo posebnoga dijela nekretnine ne može postojati na dijelovima nekretnine koji služe kao zajednički, ili im se namjena protivi isključivoj uporabi samo u korist određenoga posebnoga dijela nekretnine; u sumnji se uzima da dio služi kao zajednički i da mu se namjena protivi isključivoj uporabi u korist određenoga posebnoga dijela.“⁴⁸

dovodeći je u smislenu vezu s odredbom:

⁴⁸ Čl. 67. st. 6. ZV-a

„Dogradnjom, nadogradnjom ili preuređenjem (adaptacijom) zgrada, odnosno prostorija u suvlasničkim, zajedničkim ili tuđim zgradama, kao ni njihovom prigradnjom, ugradnjom, ili ulaganjem u njih, ne može se steći vlasništvo, ako nije što drugo odredio vlasnik dograđene, nadograđene, odnosno prigradađene nekretnine.“⁴⁹

Jedina je iznimka predviđena glede stjecanja prava vlasništva prenamijenjenih prostorija kao posebnih dijelova nekretnina do stupanja na snagu ZV-a,⁵⁰ i to isključivo ako je prenamjena izvedena o vlastitom trošku, a vlasništvo je stečeno na temelju i u okviru odobrenja koje je nadležna vlast dala u granicama svoje ovlasti na takvo imovinskopravno raspolaganje.⁵¹

Uredbom o održavanju zgrada⁵² koju je donijela Vlada RH i koja je na snazi od 25. lipnja 1997. u čl. 3. određeno je što se smatra zajedničkim dijelovima i uređajima zgrade, i to u slučaju ako suvlasnici zgrade međuvlasničkim ugovorom ne urede drukčije.

Dakle, ukoliko u sudskom postupku tužitelj ne dokaže stjecanje predmetnog prostora u samovlasništvo, odnosno dokaže se da predmetni prostor predstavlja zajednički dio zgrade koji je kao takav predviđen etažnim elaboratom i/ili koji su kao takav oduvijek koristili svi suvlasnici, navedeno bi apsolutno predstavljalo razlog za odbijanje tužbenog zahtjeva i razlog zbog kojeg bi pravo suvlasnika na uskratu suglasnosti u konkretnom slučaju imalo prednost pred deklariranim pravom na etažiranje.

2.7. Nacrt Zakona o izvanparničnom postupku

Niz je razloga koji upućuju na nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava, od praktične neprimjenjivosti pojedinih odredaba ZVP/34, preko nedostatka izvora koji bi mogli preuzeti funkciju općih pravnih pravila, do pravne neusklađenosti postojećih pravnih izvora. O tome je već dugo bilo govora, a zakonodavna inicijativa konačno je pokrenuta kad je Ministarstvo pravosuđa u lipnju 2015. dalo na javno savjetovanje Nacrt prijedloga iskaza o procjeni učinaka propisa za nacrt prijedloga zakona o izvanparničnom postupku.⁵³ U vrijeme pisanja ovog rada još je u tijeku izrada Nacrta Zakona o izvanparničnom postupku (dalje u tekstu: Nacrt),⁵⁴ a ovdje se upozorava na pojedine odredbe koje bi eventualno *pro futuro* mogle uređivati predmetno pitanje:

- Glava 11. Uređenje odnosa između suvlasnika (čl. 144.–150.)

⁴⁹ Čl. 156. st. 1. ZV-a

⁵⁰ Postupak izdavanja odobrenja za prenamjenu, nadležnost te pretpostavke za izdavanje odobrenja uređivao je Zakon o prenamjeni zajedničkih prostorija u stanove (Narodne novine br. 37/88, 43/90, 25/91) koji je, kao i ZVDZ, prestao važiti stupanjem na snagu ZV-a.

⁵¹ Čl. 372. st. 1. ZV-a.

⁵² Narodne novine br. 64/1997.

⁵³ <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=1423> (datum posjeta 17. kolovoza 2019.)

⁵⁴ Riječ je o neslužbenom tekstu Nacrta.

Odredbama iz ove glave uređuju se pravila postupka u poslovima redovite uprave u situacijama kad se ne može postići potrebna većina (čl. 40. st. 3. ZV-a). Prema čl. 144. st. 1., svaki suvlasnik koji smatra da je povrijeđen u svojim pravima koja se tiču upravljanja zajedničkom stvari i njezina korištenja može radi zaštite tih prava zatražiti od nadležnog suda da u izvanparničnom postupku uredi odnose između suvlasnika, osobito u slučaju u kojem treba prisiliti suvlasnika da se pokori odluci većine.

Postupak radi pokoravanja odluci većine nije nešto do sada neviđeno, s obzirom na to da je slično bilo propisano odredbama § 266. ZVP/34 s naslovom „*Uređenje odnošaja među savlasnicima*“. Jednako tako, i postupak nadomještanja suglasnosti već je predviđen *de lege lata* u nekim građanskopravnim stvarima.

Na to upućuju i odredbe čl. 246. i 247. Nacrta, kojima su predviđene određene obiteljskoppravne stvari kao posebni izvanparnični postupci - nadomještanje pristanka za posvojenje, nadomještanje suglasnosti drugog bračnog druga za otuđenje/opterećenje/otkaz najma obiteljskog doma.⁵⁵ Tako materijalnopravne odredbe OBZ-a predviđaju da određene osobe moraju dati pristanak da bi se zasnovao odnos posvojenja, a odredbe Zakona o radu⁵⁶ predviđaju suglasnost radničkog vijeća za odluku poslodavca o otkazu (čl. 151. st. 1. ZR-a) ili pak u stavku 4. nadomještanje suglasnosti sudskom odlukom (i to u parnici), a tako i materijalnopravne odredbe ZV-a propisuju obveznu suglasnost svih suvlasnika za uspostavu etažnog vlasništva te takva suglasnost, ako nije dobrovoljno dana iz razloga koji se ne može smatrati opravdanim, može biti nadomještena jedino sudskom odlukom. Ne bi bilo dopustivo da suvlasniku na raspolaganju ne stoji nijedan pravno dopušten put za zaštitu njegovih legitimnih interesa ako za to ima sve pretpostavke i ako drugi suvlasnik bez valjanog razloga zloupotrebljava svoje pravo i sprječava provedbu etažiranja.

- Glava 12. Odjeljak 1. Razvrgnuće suvlasništva (čl. 151.–157.)

S druge pak strane, odredbe čl. 151. Nacrta (*Pretpostavke izvanparničnog razvrgnuća suvlasništva*) bile bi primjenjive na razvrgnuće suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva bez suglasnosti svih suvlasnika te su njima učinjeni pozitivni iskoraci u odnosu na § 267. i 268. ZVP/34 (*Raskidanje (razvrgnuće) zajednice*) i u odnosu na odredbe čl. 41. st. 3. u vezi s čl. 48. st. 3. i s čl. 49. st. 4. ZV-a.

Za razliku od ZVP/34, koji je kao osnovni preduvjet izvanparničnog razvrgnuća propisao nepostojanje spora o predmetu diobe, o pravu suvlasništva pojedinih suvlasnika i o veličini njihovih udjela, Nacrt izrijekom predviđa i dodatnu treću pretpostavku

⁵⁵ „U postupku radi zaštite obiteljskog doma odlučuje se o:

1. nadomještanju suglasnosti drugog bračnog druga za otuđenje ili opterećenje obiteljske kuće ili stana koji predstavlja bračnu stečevinu i obiteljski dom sukladno članku 32. stavku 4. ovoga Zakona;

2. nadomještanju suglasnosti drugog bračnog druga za otkaz ugovora o najmu stana koji predstavlja obiteljski dom sukladno članku 32. stavku 4. ovoga Zakona.“ (Čl. 490. t. 1. i t. 2. Obiteljskog zakona, Narodne novine br. 103/15; dalje OBZ.)

⁵⁶ Narodne novine br. 93/14, 127/17; dalje: ZR.

izvanparničnog razvrgnuća, oko koje ne smije biti spora – ovlaštenje podnositelja prijedloga da traži razvrgnuće zajednice. Tu ne bi smjelo biti problema s obzirom na odredbe ZV-a.⁵⁷

Kako je već istaknuto, primjena pravila parničnog postupka možda bi bila bolje rješenje za postupanje u ovdje spornom pitanju sudske uspostave etažnog vlasništva kad se imaju na umu sve specifičnosti ovog razvrgnuća u odnosu na klasična razvrgnuća (fizičke/geometrijske diobe, civilne diobe, razvrgnuća isplatom, razvrgnuća na nekoliko stvari istodobno te, u konačnici, suglasne uspostave etažnog vlasništva), osobito iz razloga što se ovdje radi o nesuglasnosti suvlasnika i izvjesnom sporu, u kojem će biti potrebno kontradiktorno raspravljati o pitanju zajedničkih dijelova zgrade, (ne)opravdanosti razloga za uskratu suglasnosti, valjanosti pravne osnove stjecanja samovlasništva na predmetnom dijelu i mnogim drugim pitanjima.

Vodeći računa da Nacrt potiče etažiranje, jednako kao i ZV, a nastavno na već citirane odredbe čl. 41. st. 3. i čl. 48. st. 3. ZV-a, prijedlog autora *de lege ferenda*, s obzirom na sve specifičnosti nesuglasne uspostave etažnog vlasništva, jest učiniti intervenciju ili u čl. 53. (*razvrgnuće uspostavom etažnog vlasništva*) ili još bolje u čl. 73. (*pravni temelj za uspostavu vlasništva posebnog dijela*) te upravo tu regulirati parnični postupak radi uspostave etažnog vlasništva bez suglasnosti svih suvlasnika u kojem bi parnični sud izvršio ocjenu, s jedne strane, postoje li zakonske pretpostavke za uspostavu etažnog vlasništva i, s druge strane, jesu li razlozi zbog kojih tuženik uskraćuje pristanak na uspostavu etažnog vlasništva opravdani ili neopravdani.

No ponovno se naglašava da je već i *de lege lata* (i bez predloženih izmjena) moguće i pravilno o ovome pitanju odlučivati u parničnom postupku. Valja napomenuti da je, u situacijama kada zakonodavac nije izrijekom za neki pojedini slučaj propisao vrstu sudskog postupka u kojem bi se ta pravna stvar trebala riješiti, u dosadašnjoj sudskoj praksi prihvaćeno shvaćanje da u tom slučaju treba primijeniti pravila parničnog postupka. Drugim riječima, prevladavajući je stav sudske prakse provođenje parničnog postupka ukoliko izričito za određeni slučaj zakonodavac nije propisao vođenje izvanparničnog postupka. To odgovara i općeprihvaćenoj negativnoj definiciji izvanparničnog postupka („*sve što nije parnica*“).

Ovdje treba upozoriti i na odredbe čl. 19. ZPP-a koje omogućuju korištenje radnji koje je proveo parnični sud i u eventualnom nastavku postupka pred izvanparničnim sudom:

„Do donošenja odluke o glavnoj stvari sud će rješenjem obustaviti parnični postupak ako utvrdi da bi postupak trebalo provesti po pravilima izvanparničnog postupka. Postupak će

⁵⁷ Svaki suvlasnik nekretnine koji ima za to odgovarajući suvlasnički dio, ima pravo u svako doba zahtijevati da se u korist njegova suvlasničkoga dijela nekretnine osnuje vlasništvo određenoga posebnoga dijela, ako su ispunjene pretpostavke pod kojima se ono može osnovati. (Čl. 38. st. 4. ZV-a)

Suvlasnik može zahtijevati razvrgnuće u bilo koje doba, osim kad bi to bilo na štetu ostalih, no može i tada ako se s obzirom na okolnosti ne bi moglo razumno očekivati da će se prilike uskoro tako izmijeniti da razvrgnuće ne bi bilo na štetu drugih suvlasnika. (Čl. 47. st. 2. ZV-a)

se nakon pravomoćnosti rješenja nastaviti po pravilima izvanparničnog postupka pred nadležnim sudom.

Radnje što ih je proveo parnični sud (uviđaj, vještačenje, saslušavanje svjedoka i dr.) te odluke koje je donio taj sud nisu bez važnosti samo zato što su poduzete u parničnom postupku.“

U suprotnoj situaciji, kada je postupak započeo po pravilima izvanparničnog postupka i kada je izvanparnični sud proveo određene dokazne radnje, ovo pravilo ne bi vrijedilo, što predstavlja još jedan argument zašto bi se u predmetnim etažnopravnim stvarima trebalo odlučivati po pravilima parničnog postupka.

Primjer dobrog razgraničenja jest i OBZ, koji taksativno navodi obiteljskopravne stvari o kojima se odlučuje u parnici, odnosno u izvanparničnom postupku.⁵⁸ Zajedničko je obilježje etažnopravnih sustava Austrije, Njemačke i Hrvatske to što je u povlačenju crte razgraničenja parnične i izvanparnične jurisdikcije odlučujuću ulogu imao stav zakonodavca, a manje pravna priroda same stvari. Za potrebe ovog rada osobito je zanimljiv prijenos jurisdikcije koji je njemački zakonodavac izvršio s WEG-Novelle 2006. Njime je izvršen potpuni prijenos svih etažnopravnih izvanparničnih spornih stvari u parnicu, što je bilo vođeno idejom o pravnom čišćenju (*Rechtsbereinigung*).

2.8. Sadržaj tužbenog zahtjeva

2.8.1. Utvrđenje da je određeni suvlasnički dio odgovarajući tako da se s njim može neodvojivo povezati vlasništvo određenog posebnog dijela

Navedeno deklariranje predstavlja logični i pravni *prius* nadomještanju suglasnosti i preostalim točkama zahtjeva. Isključivo za taj zahtjev (dio koji se odnosi na utvrđenje) zakonodavac je propisao vrstu postupka, i to izvanparnični postupak (čl. 74. st. 2. ZV-a), no ne i u situaciji kada je pored tog deklaratornog zahtjeva nužno isticanje i konstitucijskog zahtjeva koji se odnosi na uspostavljanje etažnog vlasništva, premda ne postoji suglasnost svih suvlasnika.

Procesnopravno radilo bi se o kumulaciji zahtjeva iz čl. 188. ZPP-a s obzirom na to da su svi zahtjevi povezani istom činjeničnom i pravnom osnovom (*atrakcija nadležnosti, elektivna nadležnost*).

U čl. 74. st. 1. ZV-a daje se najpreciznija, ali i vrlo složena definicija odgovarajućeg suvlasničkog dijela, ovisno o pozitivnom ili o negativnom odgovoru na sljedeće pitanje:

⁵⁸ Tako je npr. propisano da se o sporazumnom razvodu braka odlučuje u izvanparničnom postupku, a ako ne postoji sporazum između supružnika, odlučuje se u parnici. To je ujedno dobra analogija sa suglasnom uspostavom etažnog vlasništva, odnosno kada takva suglasnost izostaje.

„ (...) je li taj suvlasnički dio u odnosu prema vlasništvu cijele nekretnine jednak ili veći od odnosa korisne vrijednosti samostalnog dijela prema korisnoj vrijednosti svih stanova i ostalih prostorija cijele nekretnine.“

„Korisne vrijednosti utvrđuje SUD svojom odlukom donesenom u izvanparničnom postupku, (...)“

Pretpostavka odgovarajućeg suvlasničkog dijela može se zaobići jedino u slučaju isprave svih suvlasnika o suglasnom ograničavanju svojih suvlasničkih prava povezivanjem određenog suvlasničkog dijela s vlasništvom određenog posebnog dijela nekretnine, pa tada pravomoćnu odluku (izvanparničnog) suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti zamjenjuje ta pisana isprava svih suvlasnika (čl. 74. st. 3. ZV-a).

No što ako ne postoji suglasnost suvlasnika? Što ako u višestambenoj zgradi, s desecima ulaza i s više stotina suvlasnika, samo jedan suvlasnik ne želi dati suglasnost?

2.8.2. Razvrgnuće suvlasničke zajednice uspostavom etažnog vlasništva na način da se određena samostalna uporabna cjelina kao posebni dio nekretnine neodvojivo povezuje s odgovarajućim suvlasničkim dijelom

Da bi se uspostavilo etažno vlasništvo, mora postojati suglasnost svih suvlasnika. Radi se o poslu izvanredne uprave nad suvlasničkom stvari i zakonske odredbe glede tog osnovnog zahtjeva potpuno su jasne. Za razliku od citiranih odredaba OBZ-a i ZR-a, koje izrijeком predviđaju sudsko nadomještanje suglasnosti, važeće odredbe ZV-a to ne predviđaju, slijedom čega se može zaključiti da sud, makar prema trenutačnoj normativi, nema ovlasti svojom odlukom „*nadomjestiti*“ suglasnost suvlasnika.

Međutim, ukoliko su ispunjene zakonske pretpostavke (odgovarajući suvlasnički dio i valjana pravna osnova stjecanja posebnog dijela) i ukoliko ne postoji opravdan razlog za uskratu suglasnosti, a primjenom citirane odredbe čl. 41. st. 3. u svezi s čl. 73. st. 2. ZV-a, sud bi trebao prihvatiti tužbeni zahtjev koji bi se mogao postaviti na sljedeći način: „*Razvrgava se suvlasnička zajednica uspostavom etažnog vlasništva na način da se samostalna uporabna cjelina (x) neodvojivo poveže s idealnim dijelom (y)*“.

Pored konstitutivne pravne zaštite, nije isključeno ni postavljanje deklaratornog tužbenog zahtjeva i ovlaštenja na uknjižbu uspostavljenog etažnog vlasništva na precizno identificiranim posebnim dijelovima neodvojivo povezanim s (odgovarajućim) suvlasničkim dijelovima. Radi se o situaciji faktično izvršenog razvrgnuća suvlasničke zajednice i faktično uspostavljenog etažnog vlasništva, ali koje formalno nije provedeno u zemljišnoj knjizi.

Ova točka izreke tužbenog zahtjeva (i kasnije sudske odluke) nedvojbeno je najbitnija i upravo u njoj leže razlozi zašto bi o ovim etažnopravnim stvarima trebalo odlučivati kroz parnični kontradiktorni postupak. Osim toga što se svi suvlasnici ne moraju složiti glede

ograničavanja svojih suvlasničkih prava povezivanjem određenog suvlasničkog dijela s vlasništvom određenog posebnog dijela nekretnine (čime je učinjena fikcija da je taj suvlasnički dio odgovarajući dio), sasvim je moguća i česta situacija da neki suvlasnik zloupotrebljava svoje pravo na etažiranje i/ili koristi trenutačnu situaciju i traži priznanje svojeg vlasništva na nekom zajedničkom dijelu zgrade, koji ne ispunjava zakonske pretpostavke da bi mogao biti proglašen posebnim dijelom u njegovu samovlasništvu. Pretpostavke koje dio nekretnine mora ispunjavati da bi mogao biti proglašen posebnim dijelom propisane su odredbama čl. 67. ZV-a.

U praksi, zaista nije teško zamisliti situaciju u kojoj je etažni elaborat izrađen glede dijela zgrade koji *de facto* i *de iure* ne pripada u samovlasništvo naručitelju elaborata, a u odnosu na koji je nadležna upravna vlast izdala potvrdu da se radi o samostalnoj uporabnoj cjelini, što je sasvim moguće s obzirom na to da se u tom upravnom postupku ne ulazi u vlasničkopravna pitanja. U prethodno navedenom nalazi se razlog zašto bi u ovim stvarima trebalo dati mogućnost suprotnoj strani da se u kontradiktornom postupku o svemu očituje i suprostavi zahtjevu tužitelja, a konačnu ocjenu o osnovanosti zahtjeva dat će parnični sud s obzirom na to da odredbe čl. 67. određuju tek primjerično što bi mogli biti posebni i sporedni dijelovi zgrade⁵⁹ (nipošto nisu *numerus clausus*).

2.8.3. Ovlaštenje na uknjižbu prava vlasništva posebnih dijelova nekretnine

„Vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine uspostavlja se upisom u zemljišnu knjigu kao pravo povezano s određenim suvlasničkim dijelom te nekretnine.“ (čl. 72. st. 1. ZV-a)

2.9. Prilozi uz tužbu

Prilozi tužbe (izuzev etažnog elaborata) zajedno s presudom u slučaju prihvaćanja tužbenog zahtjeva predstavljaju zemljišnoknjižne isprave na temelju kojih se uspostavlja vlasništvo određenog posebnog dijela nekretnine, sukladno članku 72. ZV-a.

Ono što bi se moralo priložiti tužbi radi nadomještanja suglasnosti suvlasnika za uspostavu etažnog vlasništva zapravo proizlazi iz članka 73. ZV-a.⁶⁰

⁵⁹ „(1) Vlasništvo posebnoga dijela može biti uspostavljeno glede dijela suvlasničke nekretnine koji čini samostalnu uporabnu cjelinu, prikladnu za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlasti, kao što je stan ili druga samostalna prostorija.

(2) Među druge samostalne prostorije spadaju osobito samostalne poslovne prostorije, samostalne garaže ili jasno omeđena mjesta u zgradi namijenjena ostavljanju motornih vozila.

(3) Uz stan odnosno drugu samostalnu prostoriju, vlasništvo posebnoga dijela nekretnine može se protezati i na sporedne dijelove kao što su otvoreni balkoni, terase, podrumске ili tavanske prostorije, kućni vrtovi, mjesta za ostavljanje najviše do dva motorna vozila po pojedinom stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji.“

⁶⁰ (3) Vlasništvo posebnog dijela ne može se uspostaviti dok nadležno tijelo ne potvrdi da je određeni stan ili druga prostorija u određenoj zgradi i na određenoj zemljišnoj čestici samostalna uporabna cjelina. Potvrda mora sadržavati popis i opis posebnih dijelova nekretnine i da su izgrađeni u skladu s dozvolom nadležnog tijela.

2.9.1. Etažni elaborat (plan posebnih dijelova nekretnine)

Etažni elaborat može izraditi ovlašteni sudski vještak graditeljske struke. S obzirom na to da je elaborat obvezni prilog zahtjevu za izdavanje potvrde o samostalnoj uporabnoj cjelini, on mora sadržavati popis i opis posebnih dijelova s utvrđenim korisnim vrijednostima svakog posebnog dijela te prijedlog povezivanja pojedinih suvlasničkih omjera s pojedinim posebnim i sporednim dijelovima. Plan posebnih dijelova, iako je to općeprihvaćen naziv, nepotpun je s obzirom na to da se u njemu obvezno moraju utvrditi, pored posebnih dijelova, i koji bi bili zajednički dijelovi nekretnine.

Elaborat o etažiranju izrađen od angažiranog ovlaštenog subjekta izrađen po privatnoj inicijativi i izvan suda bez sudjelovanja protivne stranke kao takav mora proći kontrolu suda i mora se pružiti mogućnost tuženiku da se očituje na njega, usprkos svoj pasivnosti koju je do tog trenutka možebitno iskazao (*načelo saslušanja stranaka*).

Pri tome se u konkretnim sudskim postupcima postavljaju mnoga praktična pitanja, među ostalim i ona vezana uz trošak postupka, no ovdje se izdvajaju tek sljedeća.

Je li nužno dodatno mjerničko i građevinsko vještačenje u postupku i ako jest, koja bi bila zadaća vještaka angažiranih od strane suda? Potvrditi ili osporiti ispravnost i prihvatljivost priloženog elaborata i izaći na lice mjesta nakon što su već na lice mjesta izlazili izrađivači elaborata i kasnije ovlaštene osobe iz upravnog odjela jedinice lokalne samouprave?

Iako je odgovor na prethodno pitanje vjerojatno pozitivan zbog načela saslušanja stranaka, ne bi se smjela isključiti ni mogućnost da etažni elaborat izrađen prije pokretanja postupka i priložen tužbi kao isprava postane sastavni dio presude, naravno, nakon što sud pruži mogućnost tuženiku da se očituje o njemu.

Važnost elaborata u ovim etažnopravnim predmetima potvrđuje i najnovija drugostupanjska ukidna odluka u kojoj je naglašeno da je razvrgnuće uspostavom etažnog vlasništva moguće samo na temelju elaborata etažiranja potvrđenog od nadležnog upravnog tijela.⁶¹

(4) Potvrdu iz stavka 3. ovoga članka može zamijeniti uporabna dozvola iz koje je razvidno da je zgrada izgrađena sukladno planu posebnih dijelova nekretnine, potvrđenim građevinskom dozvolom da ti posebni dijelovi predstavljaju samostalnu uporabnu cjelinu.“

⁶¹ „S obzirom na navedeno prvostupanjski sud je trebao razmotriti i mogućnost razvrgnuća suvlasničke zajednice uspostavom etažnog vlasništva, u kojem pravcu prvostupanjski sud nije utvrđivao nikakve činjenice jer je o načinu diobe odlučio primjenom odredbe čl. 50. ZV-a.

U nastavku postupka prvostupanjski sud će otkloniti bitnu povredu na koju mu je ukazano, ponovo će odlučiti o tužbenom zahtjevu tužitelja kao i o načinu razvrgnuća rukovodeći se pravnim shvaćanjem Vrhovnog suda RH zauzetim u naprijed navedenim odlukama, pa će u pravcu eventualne mogućnosti razvrgnuća suvlasničke zajednice uspostavom etažnog vlasništva nadopuniti činjenično stanje na način da će zatražiti od vještaka da se izjasni o toj mogućnosti, te ako odredi ovaj način razvrgnuća vodit će računa i o tome da je takvo razvrgnuće moguće samo na temelju elaborata etažiranja potvrđenog od nadležnog upravnog tijela.“

Županijski sud u Varaždinu, Stalna služba u Koprivnici, Gž 2286/2017-2 od 10. travnja 2018.

Nasuprot parničnom (ili izvanparničnom) postupku u kojem se odlučilo uspostaviti etažno vlasništvo, etažni elaborat nije nužno priložiti prijedlogu za provedbu etažnog vlasništva u zemljišnoj knjizi. Upis će se dopustiti ako su u ispravi o uspostavi posebni dijelovi nedvojbeno određeni i individualizirani tako da nema sumnje s kojim se posebnim dijelom nekretnine povezuje suvlasnički dio određenog suvlasnika.

Drugo je pitanje temeljem koje isprave nadležna upravna vlast izdaje potvrdu da je neki dio nekretnine samostalna uporabna cjelina. Iako ZV ne sadrži posebne odredbe o tome, to je u pravilu odgovarajući građevinski projekt temeljem kojeg je izdana građevinska dozvola ili elaborat etažiranja.

2.9.2. Potvrda nadležne upravne vlasti da utvrđeni posebni dijelovi predstavljaju samostalne uporabne cjeline

Zahtjev za izdavanje potvrde podnosi zainteresirana stranka. Zahtjev mora biti jasan i određen, što u praksi znači da je uz zahtjev potrebno priložiti elaborat etažiranja kojim se jasno definira za koje se posebne dijelove građevine traži potvrda te koji su njihovi sporedni dijelovi. U postupku izdavanja potvrde očividom se utvrđuje jesu li svi posebni dijelovi zgrade za koje se traži potvrda samostalne uporabne cjeline te jesu li izgrađeni u skladu s dozvolom nadležnog tijela. Dakle, upravno tijelo ne utvrđuje vlasničkopravno stanje, odnosno bilo kakvo ovlaštenje stranke na prostoru za koji traži utvrđivanje samostalnosti i upotrebljivosti.

2.9.3. Sporazum suvlasnika o uspostavi etažnog vlasništva

Za razliku od prethodna dva obvezna priloga tužbi, međuvlasnički ugovor nije obvezan, ali je koristan u dokaznom smislu, radi potkrepljivanja osnovanosti zahtjeva. Kako je već navedeno, mora postojati suglasnost svih suvlasnika za uspostavu etažnog vlasništva (čl. 53. i čl. 73. st. 1. ZV-a). S obzirom na to da se u konkretnom radi o nepostojanju suglasnosti svih suvlasnika, prilaganje ugovora o uspostavi etažnog vlasništva potpisanog od strane svih ostalih tuženika (osim tuženika) ima određenu dokaznu snagu i može biti dokaz nepostojanja opravdanog razloga zbog kojeg tuženik, odnosno tuženici uskraćuju pristanak.

2.10. Troškovi postupka

Ništa manje bitno od već analiziranih pitanja nije ni pitanje troškova postupka. Treba imati na umu da su sve do pokretanja sudskog postupka u pravilu tužitelji ti koji su snosili sve troškove, a može se očekivati da će snositi u cijelosti i trošak vještačenja (predujam), dok će tuženik (ukoliko izgubi parnicu u cijelosti) sudskom odlukom biti obvezan na naknadu tužiteljima samo troška nastalog tijekom i povodom sudskog postupka.

Jesu li tužitelji ovlašteni tražiti od tuženika troškove nastale prije pokretanja postupka (troškovi izrade elaborata, pribave potvrde upravnog odjela te sastava i ovjere ugovora), osobito u situaciji ako se utvrdi nepostojanje opravdane/valjane uskrate pristanka? Već je izneseno viđenje da bi oni mogli biti utuženi isticanjem odštetnih ili kondikcijskih zahtjeva s obzirom na to da se radi o izdacima učinjenima prije pokretanja sudskog postupka, a u slučaju sud ne bi ocijenio da se radi o izdacima učinjenim u povodu postupka (čl. 151. ZPP-a) kao tzv. pretprocesnim troškovima.

I pitanje naknade troškova upućuje na to da bi ti etažnopravni postupci *de lege ferenda* trebali biti propisani kao parnični postupci u kojima strana koja je uspjela u sporu ima pravo na naknadu troška od suprotne strane (*načelo causae*). Naime, u izvanparničnom se postupku o troškovima (i dalje) odlučuje primjenom odredaba § 20. ZVP/34, koje ne dopuštaju naknadu troškova od predloženika, već sve troškove snosi predlagatelj s obzirom na to da je u „*njegovom interesu proveden postupak*“.

Usporedbe radi, člankom 64. Nacrta,⁶² kao općim pravilom o naknadi troškova (ako za pojedine izvanparnične postupke nije što drugo određeno) predviđena su ipak povoljnija rješenja za predlagatelje nego što je to bilo u ZVP/34.

3. ZAKLJUČNO

Problem neopravdanog uskraćivanja suglasnosti za uspostavu etažnog vlasništva nije i ne smije biti problem samo članova konkretne suvlasničke zajednice. Pored toga što je zakonodavac nedvojbeno zauzeo stav *in favorem* etažiranja, provedba etažiranja doprinosi pravnoj sigurnosti iz konteksta šire društvene zajednice i načela povjerenja u zemljišne knjige. Provedenom se analizom da zaključiti kako su sudska praksa i pravna teorija ipak, nakon višegodišnjih prijepora, zauzeli potvrđan stav na pitanje koje predstavlja predmet ovog rada. Odlučujuću je ulogu naposljetku odigrao Vrhovni sud RH izvršavajući svoju ustavnu zadaću ujednačavanja primjene prava.

U suprotnom, ukoliko za uskraćenu suglasnost pojedinih suvlasnika ne bi bili predviđeni mehanizmi razrješenja predmetnih pitanja putem suda, takve bi suvlasničke zajednice bile prepuštene samovolji pojedinaca. Suvlasnik nije samovlasnik, već član jedne

⁶² „(1) Sud će o naknadi troškova odlučiti na temelju određenog zahtjeva stranaka, na temelju stanja spisa, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja.

(2) U postupcima u kojima su sudjelovale stranke sa suprotnim interesima, sud će o naknadi troškova odlučiti uz odgovarajuću primjenu odredaba zakona koji uređuje parnični postupak o naknadi troškova postupka, osim ako drukčije ne bi nalogali razlozi pravičnosti.

(3) Stranka je dužna neovisno o ishodu postupka naknaditi drugim strankama troškove koje je uzrokovala svojom krivnjom ili slučajem koji joj se dogodio. Sud može odlučiti da zastupnik stranke naknadi drugim strankama troškove koje je uzrokovao svojom krivnjom.

(4) Glede izdataka koji se tiču ostvarivanja zajedničkih interesa svih stranaka, sud će o naknadi troškova odlučiti razmjerno udjelima stranaka u predmetu postupka, a ako se takvi udjeli ne mogu utvrditi, kao da sve stranke imaju jednake dijelove.

(5) U ostalim slučajevima svaka stranka sama snosi svoje troškove.“

zajednice, u okviru koje ima prava ograničena pravima drugih suvlasnika, zbog čega i ova situacija mora imati predviđene modele sudske zaštite i kontrole.

S druge strane, ono što može biti opravdani razlog uskrate suglasnosti na uspostavu etažnog vlasništva koju traže jedan ili više suvlasnika jest ako je predmet tog zahtjeva prostor koji predstavlja zajednički dio nekretnine. Navedeno je od osobite važnosti kad se ima u vidu zakonska presumpcija po kojoj se u sumnji uzima da predmetni prostor služi kao zajednički i da mu se namjena protivi isključivoj uporabi u korist određenog posebnog dijela. ZV je o navedenom sasvim jasan, bez suglasnosti vlasnika, odnosno svih suvlasnika, ne može se steći vlasništvo preuređenjem (adaptacijom) prostorija u suvlasničkim, zajedničkim ili tuđim zgradama.

U kontekstu donošenja novog Zakona o izvanparničnom postupku prijedlog autora *de lege ferenda* jest izvršiti određene normativne zahvate u ZV i jasno razgraničiti parnične od izvanparničnih etažnopravnih predmeta, i to intervencijom u postojeći članak 53. ili članak 73. ZV-a na način da se predvidi odlučivanje parničnog suda u slučajevima kada za uspostavu etažnog vlasništva ne postoji suglasnost suvlasnika za uspostavu etažnog vlasništva. Sva ostala razvrgnuća i dalje bi se trebala rješavati u izvanparničnom postupku. Postupku u kojem se zbog nepostojanja suglasnosti svih suvlasnika traži da sud razvrgne suvlasničku zajednicu uspostavom etažnog vlasništva, po mišljenju autora, primjerenija su pravila parničnog postupka s obzirom na nužnost utvrđivanja činjenica u ocjeni osnovanosti složenog tužbenog zahtjeva u ovim etažnopravnim predmetima, posebno glede ocjene opravdanosti/valjanosti razloga zbog kojeg je suglasnost uskraćena.

Drugi prijedlog autora *de lege ferenda* jest jasnije i detaljnije regulirati ono što je regulirano odredbama st. 1. i st. 2. čl. 73. ZV-a. Jedina iznimka od obveze davanja suglasnosti, odnosno od zabrane uskrate suglasnosti, jest glede suvlasnika koji je već uspostavio vlasništvo na svom posebnom dijelu. Takvim zakonskim rješenjem neopravdano je isključena vrlo česta situacija faktično izvršenog razvrgnuća suvlasničke zajednice i faktično uspostavljenog etažnog vlasništva, dok nijedan od suvlasnika nema u zemljišnoj knjizi upisano vlasništvo na svom posebnom dijelu. Dakle, isključene su suvlasničke zajednice u kojima svaki od (su)vlasnika svoja (su)vlasnička ovlaštenja ima usredotočena na svojem posebnom dijelu, dok su svi ostali isključeni od toga, te u kojima nema spora između suvlasnika kome pripada koji posebni dio. Vrlo je često u praksi da velika većina suvlasnika ne može postići uspostavu vlasništva na svojim posebnim dijelovima i sve koristi koje bi im to donijelo, i to zato što jedan od suvlasnika iz razloga pasivnosti ili nekog trećeg s time nevezanog razloga (ili izostanka bilo kakva razloga) odbija dati suglasnost ostalim suvlasnicima.

Dobra alternativa normativnim intervencijama u ZV jest donošenje samostalnog zakona po uzoru na komparativne modele Njemačke i Austrije koji bi sadržavao i materijalnoppravne i procesnopravne odredbe, s obzirom na važnost predmetne materije

i probleme koje stvara postojeće nedostatan uređenje stambenog/etažnog vlasništva u Republici Hrvatskoj.

**CAN THE REQUIRED CO-OWNERS' CONSENT FOR THE ESTABLISHMENT OF
CONDOMINIUM OWNERSHIP BE REPLACED BY A COURT DECISION?
*DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA***

Although the legislator has undoubtedly taken a position in favour of the establishment of condominium ownership, it has almost completely failed to regulate civil contentious and *ex parte* proceedings in condominium cases. The subject of this paper is the analysis and critique of the existing legislation, which does not provide, at least not explicitly and nomotechnically independently, legal instruments available to a co-owner who has a certain co-ownership share, if all other prerequisites prescribed by the law are met in the situation where one co-owner (unjustifiably) denies consent for the establishment of condominium ownership. This has opened the space for different interpretations in the interested professional public. The purpose of this paper is not to give a mere cross reference of normative solutions and differences in the case law and legal doctrine, but to provide impetus for the future efficient resolution of these condominium cases through concrete proposals *de lege ferenda* and practical procedural guidelines.

Keywords: termination of co-ownership by the establishment of condominium ownership; the right to the establishment of condominium ownership; denial of consent by a co-owner; lack of consent of all co-owners; justification of reasons to deny consent; common parts of the building; ex-parte or civil contentious proceedings

Dino Pivac, LL.M., attending the postgraduate doctoral study in Civil Law and Family Law at the Faculty of Law, University of Zagreb

**CHARLES HABIB MALIK AND REFLECTIONS OF
A LEBANESE MULTI-RELIGIOUS LANDSCAPE**

**A Comment Written on the Occasion of the Celebration of the
70th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights**

*UDK 929 Malik, C. H.
316.347:2](569.3)
94(569.3)“19“
341.123(091)
341.231.14*

Primljeno: 21. listopada 2019.

Vanja Ivan Savić *

Charles Habib Malik شارل مالك (Bttram 1906-Beirut 1987) was a Lebanese diplomat, theologian and philosopher who was president of the Commission on Human Rights which was working on the United Nations' most important document "The Universal Declaration of Human Rights" signed 70 years ago. Charles Malik was a special person: his native homeland was Lebanon and his childhood in a Christian family was ensconced from the earliest years in the complex and heterogeneous religious and ethnic fibre of Lebanese society. All this had a great influence on Charles Habib Malik, resulting in a complex multilayered person characterized primarily by his humanity.

It is not so well known that as an Orthodox Christian he wrote one of the most valuable books published in the Middle East after WWII which reflects his ideas at the time when the Universal Declaration of Human Rights was signed. In *Christ and Crisis*, first published in 1962 (newly reprinted by Acton Institute (Grand Rapids, MI, USA) in 2015), Malik states that the deepest crisis of our age is a spiritual one which, in his view, is clearly recognized and underlined by the Church. He was a devoted Christian and was heavily involved in ecumenical work.

His Christian, multi-ethnic and multi-religious Lebanese and humanistic character shone through during his entire life, notably when he presided over the General Assembly of the United Nations in 1958, but especially during the drafting of the UN Convention against Genocide. He thought that the crisis of the new age was a crisis of the spirit and asked the Church and all people of faith to practise the discipline of holiness. All his family worked tirelessly for Christian reconciliation and for establishing good relations with Jewish people: his brother was a Catholic priest and son Habib is a respected academic and human rights activist. Charles Habib Malik held professorships at many prestigious institutions such as Harvard, the American University in Washington, Notre Dame University in Indiana and Pascal University in Canada. His last academic post was at the

* Vanja Ivan Savić, PhD, Associate Professor in the Chair of the General Theory of Law, Faculty of Law, University of Zagreb

Catholic University of America where he taught Moral and Political Philosophy. He edited *God and Man in Contemporary Islamic Thought* in 1967, a book related to the Islamic tradition, published by the American University of Beirut, written before he edited a similar one on Christian thought in 1970. Although a Christian, Malik felt connections between all Arabs, and was critical of the West's treatment of the Arab World. When we read his words, they sound so accurate, intense and contemporary.

“Independence springs from the Arab sense of difference from others, a sense that has been sharpened in recent centuries by the relative isolation of the Arabs from the rest of the world. Unity takes on many modalities: from the mild form of general community and consultation enshrined in the Arab League to the extreme form of complete political unification desired by certain nationalist movements, particularly in Iraq and Syria. But regardless of its modality, every Arab feels an immediate mystical unity with every other Arab.

Lack of love. Strategy, commerce, exploitation, securing an imperial route: these were why the West for the most part came to the Near East, not because it loved us. Add to this the immense racial arrogance of modern Europe. The West has not been true to itself, and therefore it could not have been true to us.”¹

In any case, Malik was the son of Lebanon, a multi-religious society, a country with a long history and a glorious past, a man who understood the real need for ecumenical and interfaith dialogue and was critical of the lack of moral integrity and international humanism. Lebanon is a country where all major religious groups have representations which always fill a particular branch of power; e.g. the president of the Republic is constitutionally a Maronite Catholic, the president of the Government (Prime Minister) a Sunni Muslim, and the president of Parliament is a Shia Muslim, and so on. Lebanon is the classic definition of a consociational society, where it might appear that the division of powers based on religious grounds could only cause problems. However, in spite of potential reasons for criticism, this environment may also be fertile soil for finding solutions on how to live together (in harmony). Malik was a product of such an environment and as such made a huge contribution to the development of human rights worldwide.

¹ Charles Malik, “The Near East: The Search for Truth,” *Foreign Affairs*, 30, 1952.