

ULOGA SUDA KAO TIJELA DRŽAVNE VLASTI U INSOLVENCIJSKIM POSTUPCIMA : od rimskih »praetora« do novog hrvatskog Stečajnog zakona konvencijskih »tribunala«

Grbić, Sanja; Matić Matešković, Ines; Bodul, Dejan

Source / Izvornik: **Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, 2016, 9, 13 - 42**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:780487>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom](#).

Download date / Datum preuzimanja: **2024-12-18**

PRAVRI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)



Sanja Grbić *

Ines Matić **

Dejan Bodul ***

**ULOGA SUDA KAO TIJELA DRŽAVNE VLASTI
U INSOLVENCISKIM POSTUPCIMA
- od rimskih »praetora« do novog hrvatskog
Stečajnog zakona konvencijskih »tribunala« -**

SAŽETAK

Dana 01. rujna 2015. na snagu je u Republici Hrvatskoj stupio novi Stečajni zakon (NN, br. 71/15. – dalje: SZ). Time je zakonodavac nakon trogodišnjeg eksperimentiranja u upravnom postupku i kroz upravna tijela (definirano Zakonom o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12., 144/12., 81/13. i 112/13.)) ponovno ovlasti vođenja i odlučivanja predstečajnim postupkom vratio sudu. Pritisak za ovakve reforme, odnosno za ponovno jaču ulogu suda u novom SZ, vršila je i primjena čl. 6. iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN-MU, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10. – dalje: Konvencija). Naime, praksa Europskog suda za ljudska prava (engl. *European Court of Human Rights*, franc. *Cour Européenne des Droits de l'Homme*)(dalje: ECHRa) naznačuje kako se čl. 6., st. 1. primjenjuje na stečajni postupak (*exempli causa, S.p.r.l. ANCA and Others protiv Belgije*, odluka, 10. prosinca 1984.). To je bitno jer dvojba koja se odnosila na samu legitimnost procesa dejudicijalizacije kroz (prijašnji) model predstečajne nagodbe predstavlja činjenicu da stečajno pravna zaštita mora biti u nadležnosti onog tijela koje Konvencija označava sintagmom „tribunal“, a danas ta svojstva u pozitivnom pravu ima samo tijelo državne vlasti - sud. Stoga iako suvremeni ekonomski odnosi sa svojom socijalnom pozadi-

* Dr.sc., viša asistentica, Katedra za teoriju prava i države, filozofiju prava, ljudska prava i javnu politiku, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

** Mag. iur., univ. spec. crim., asistent na katedri za Rimsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

*** Dr.sc., viši asistent, Katedra za građansko postupovno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci. Ovaj rad je nastao uz potporu Hrvatske zaklade za znanost u okviru projekta 6558 Business and Personal Insolvency – the Ways to Overcome Excessive Indebtedness.

nom nameću određene reformske promjene u samom shvaćanju položaja suda u stečajnom postupku, analizirajući fenomen predstečajnih nagodbi potrebno je ignoriranje očiglednih činjenica da bi se suprotstavili tezi kako je stečajni postupak, shvaćen u najširem smislu riječi, tradicionalno sudski postupak, dakle postupak koji se vodi pred nadležnim sudom. Naravno, postoje i određeni izvansudski (neformalni) aranžmani, primjerice *pre-pack* model, ali njih u konačnici mora potvrditi i ozakoniti sud. Stoga kako bi potvrdili navedenu tezu, autori analiziraju i opravdavaju ulogu suda u stečajnim postupcima počevši od rimskog prava do novog hrvatskog SZ i recentne judikature ECHR-a vezane uz čl. 6. Dakle, u radu će se analizirati i praksa Europskog suda za ljudska prava u postupcima po čl. 6. Europske konvencije (pravo na pristup sudu) jer polazimo od pretpostavke da saznanja o ovome mogu biti ključna za razumijevanje problematike rada, kao i za pravilno tumačenje pojma „sud“, koje je utemeljeno na praksi Europskog suda za ljudska prava i europskom pozitivnom pravu. Aktualnosti teme doprinosi i činjenica da se u pravu Bosne i Hercegovine raspravlja o prijedlozima koji su ostvarivi u stečajnim propisima entiteta i Brčko distriktu BiH, a tiču se recepcije izvansudskog modela reorganizacije odnosno instituta predstečajne nagodbe.

Ključne riječi: insolventijsko pravo, uloga suda, povijesni pogled.

UMJESTO UVODA

S promjenama u samom pristupu stečajnom postupku i problemu insolventnosti općenito, sve više se razvija novo insolventijsko pravo, s promijenjenom ulogom sudova. Stoga, iako su pravna tradicija i kompleksni društveno-ekonomski, ali i povijesno-politički razlozi doveli do raznolikosti modela stečajnih postupaka u svijetu, slobodno možemo konstatirati da zemlje koje je obilježilo prvo rimsko, a kasnije njemačko pravno nasljeđe pokazuju tradiciju stečajnog postupka kao sudskog postupka. Naravno, i u navedenim se modelima polazi od različitih koncepcija u pogledu nadležnosti, organizacije i načina rada sudova.¹

Stoga želeći ispitati dio grane prava, civilnog prava, kao što je stečajno-pravna regulativa te šta u njoj najuočljivije obilježava hrvatsku jurisprudenciju, tj. koji su njeni glavni smjerovi, utjecaji koje ona vrši, ali i trpi, zatim i njen „susret“ s europskom i unutar nje s američkom teorijsko-filozofskom pravnom mišlju u davanju odgovora na postavljenu tezu, prvi i nužan korak predstavlja sistematizacija i geneza sudskih ovlasti. U cilju što sveobuhvatnijeg odgovora na samu temu, struktura i koncepcija ovog rada je tomu morala biti prilagođena. Ovaj rad je uvjetno mogao biti podijeljen na tri dijela što će se i vidjeti tijekom njegovog čitanja, ali to formalno nije učinjeno.

1. Začeci stečajnog prava u rimskom pravnom sustavu

U periodu od šest tisuća godina rimsko pravo glede insolventnosti dužnika evoluiralo je od brutalnog i primitivnog² do sofisticiranog sustava.³ Rimski pravni sustav formirao je principe stečajnog prava kroz nekoliko postupaka koji su se primjenjivali u različitim periodima razvoja rimskog prava, počevši od postupka *manus iniectio* preko *venditio bonorum* i *di-*

1) T. Noveljić, „Uloga suda u stečajnom postupku“, u M. Baltić, (ur.), *Simpozijum u Ohridu - Prilozi o reformi stečajnog prava u zemljama južne Evrope, Edition Temmen uz podršku GTZ njemačka organizacija za tehničku suradnju (GTZ)*, 2006, 82-92. zanimljivo je pogledati i monografiju te ulogu sudova u zemljama srednjeg istoka, H. Amin Sayed, *Pravni sistemi srednjeg istoka*, El-kalem, Sarajevo 1998, 1-340. Isto vidjeti T. Zoroska-Kamilovska, „Reforme sistema izvršenja u državama regiona - konceptualne sličnosti i razlike, kontroverze i dileme, *Zbornik radova: Harmonizacija građanskog prava u regionu*, 2013, 447-477.

2) M. Radin, „Secare Partis: The Early Roman Law of Execution against Debtor“, *The American Journal of Philology*, 1/1922., 32-48.

3) Vidi T.C. Albert, *Insolvency Law of Ancient Rome*, 2005.; A. Zgur, *The Economy of Roman Empire in First Two Centuries A.D.*, University of Aarhus, 2007.

stractio bonorum, sve do postupka *cessio bonorum*, koji smatramo rimskom pretečom suvremenih stečajnih postupaka.⁴

*Venditio bonorum*⁵ pojavljuje se u okviru honorarnog prava kada ovaj institut tijekom 2. st. pr. Kr. pretor uvodi svojim ediktom kako bi zamijenio ovrhu na osobi dužnika⁶, koja je postojala po *ius civile* i koja je ranije bila jedini oblik izvršenja.⁷ Postupak *venditio bonorum* možemo smatrati prethodnikom današnjeg prisilnog stečajnog postupka⁸ gdje su vjerovnici, po dospijeću bilo kojeg potraživanja, mogli pretoru podnijeti zahtjev da zapljene sva dužnikova dobra.

*Lex Iulia de bonis cedendis*⁹, 45. g. pr. Kr., uvodi institut *cessio bonorum*, dobrovoljno ustupanje imovine vjerovnicima od strane dužnika,

4) Vidi S. Vélyvis/V. Mikuckienė, "Origin of Bankruptcy Procedure in Roman Law", *Jurisprudence*, 3/2009., 285-297

5) *Venditio bonorum* je ovrha na imovini dužnika prodajom cjelokupne njegove imovine, dakle, stečaj. Postupak *bonorum venditio* tekao je na sljedeći način: na zahtjev vjerovnika pretor bi dozvolio stupanje u posjed dužnikove imovine radi čuvanja iste, *missio in possessionem*. Ako ni u naknadnom roku od 30 dana dužnik ne bi ispunio obvezu, stizala ga je *infamia*, pa se on kao bankrot, tj. moralno upropašten, više ne bi mogao upuštati u spor, a da ne položi *cautio iudicatum solvi*. Kupac prezadužene imovine, *bonorum emptor*, stjecao je svu imovinu po pretorskom pravu, a dugove bi otplaćivao prema uvjetima utvrđenim prilikom kupnje, obično u izvjesnom postotku. Uz ovaj teži postupak ovrhe razvio se kasnije i postupak *distractio bonorum* koji nije dovodio do prodaje cjelokupne imovine, a niti do infamije. *Distractio bonorum* je u ekstraordinarom postupku postala redoviti način izvršenja. Pretor je dozvoljavao postupak *bonorum venditio* samo u određenim slučajevima, kada nije bila moguća osobna ovrha, ako se dužnik nije mogao pronaći (*latitatio*), ako je odsutan (*absentia*) i ako je preminuo bez nasljednika. Dakle, *bonorum venditio* se primjenjivao kada se dužnik nije pojavio pred magistratom, ne želi se braniti ili ne želi sudjelovati u postupku. Vidi A. Romac, *Rječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb 1975., 609

6) O osobnoj ovrši u rimskom pravu vidi L. Peppe, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, Palermo, 2010.

7) Vidi M. del Pilar Perez Alvarez, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma, Teoría e storia del diritto privato*, 4/2011., 10.

8) Iako opisani postupak podsjeća na suvremeni stečajni postupak, nekoliko je ključnih razlika, počevši od toga da se u niti jednom trenutku nije tražilo da dužnik doista bude insolventan, niti da se pretpostavlja njegova insolventnost. Bilo koji vjerovnik je mogao jednostavno pokrenuti postupak. Konačno, *bonorum venditio* imao je za posljedicu *infamiam* dužnika i gubitak statusa *capitis deminutio*.

9) *Lex Iulia de bonis cedendis* je ustanovio ona prava dužnika na kojima se zasnivaju sva naša moderna pravila stečaja, vidi M.W. Frederiksen, "Caesar, Cicero and the Problem of Debt", *The Journal of Roman Studies*, 1 and 2/1966., 141.; W.A., Hunter, *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code*, London 1920., 1039 – 1044; R. Ruggeri, "Osservazioni sulle CC.DD Leges Iuliae de pecuniis mutuis e de bonis cedendis", *Ivs Antiquvm*, 1/2000., 105 – 125.

te ovaj institut romanistika uzima kao preteču dobrovoljnog stečajnog postupka.¹⁰ *Cessio bonorum* sadrži više elemenata suvremenog stečajnog postupka nego *venditio bonorum* zato što omogućuje dužniku koji je u dobroj vjeri da prenese sva svoja dobra u posjed vjerovnika i tako izbjegne ovrhu¹¹. Također, omogućuje odgodu otplate preostalog duga sve dok dužnik ne stekne imovinu dovoljne vrijednosti.¹²

1.1. Uloga pretora u postupku *venditio bonorum* i *cessio bonorum*

U oba spomenuta postupka, *venditio bonorum* i *cessio bonorum*, prodaja dužnikove imovine odvijala se u prvoj fazi postupka po istoj proceduri¹³, a u kojoj je glavnu ulogu imao pretor, koji je donosio tri temeljne odluke u postupku.¹⁴

Postupak je započinjao kada bi pretor dozvoljavao vjerovniku stupanje u posjed dužnikove imovine, *missio in possessionem*.¹⁵ Zahtjev za preuzimanje posjeda dužnikove imovine u slučaju *venditio bonorum* podnosio je vjerovnik ili vjerovnici, dok se postupak *cessio bonorum* pokretao dužnikovom inicijativom, a postojala je mogućnost da se isti vodi i bez sudjelovanja pretora.

Usporedo s *missio in possessionem* pretor je izdavao i proglas, *proscriptio bonorum*, kojim su i drugi vjerovnici upoznavani s činjenicom prela-

10) Vidi R. Obenchain, "Roman Law of Bankruptcy", *Notre Dame Law Review*, 1/1928., 169 – 200; P. Zambrana Moral, *Derecho Concursal Histórico*, I: Trabajos de Investigación, Barcelona 2001.; Z. Herz, "The Effect of Bankruptcy Law on Roman Credit Markets", *Business and Bankruptcy Law Journal*, 2/2015.

11) Pretpostavlja se da nije prenosio apsolutno sva dobra već da je mogao zadržati određeni minimum nužan za život – *beneficium competentiae*. Također, imovina dužnika nije prelazila u vlasništvo njegovih vjerovnika već su je oni trebali prodati na javnoj dražbi i namiriti se dobivenim novcem.

12) V. Hernández/A. Josè, *Ventajas y desventajas de los procesos de reorganización en el contexto empresarial Santandereano, Resena de los fundamentos históricos del derecho concursal y su evolución en Columbia*, Universidad Industrial de Santander, 2013., 25

13) Vidi M. Sič, "Cessio Bonorum of Roman Law", *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law*, 2/2009., 259-279.

14) Vidi L. Levinthal, "The Early History of Bankruptcy Law", *University of Pennsylvania law review*, 66/1919., P. Zambrana, *Historia legislativa y doctrinal de la cessio bonorum y de la cesión de bienes*, Universidad de Málaga, Facultad de derecho, Málaga, 1999., 145.; Ó. Josè, *La quiebra y el concurso de acreedores: origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español*, Universitat de València, Facultat de dret, València, 2012., 26.

15) C.A. Theodor., 4.

ska dužnikove imovine u posjed vjerovnika. Nakon toga bi pretor trećom svojom odlukom pozvao vjerovnike da među sobom odrede upravitelja dužnikove imovine, *magister bonorum*,¹⁶ koji bi, nakon utvrđivanja uvjeta prodaje na javnoj dražbi, prodao cjelokupnu imovinu dužnika najpovoljnijem ponuđaču.¹⁷ Magistrat je pri tome bio samo jedan agent vjerovnika, a ni u kojem slučaju javni službenik. Prodaju je odobravao pretor.¹⁸

Iako je kod *cessio bonorum* bila riječ o dobrovoljnoj predaji imovine vjerovnicima od strane dužnika, takvu predaju je svejedno trebao odobriti pretor, a na temelju dvije pretpostavke koje su kumulativno trebale biti ispunjene – dobra vjera dužnika, tj. neskrivljena insolventnost, te postojanje imovine.¹⁹ *Cessio bonorum* je bila fakultativna procedura koja je ovisila o diskrecijskom sudu pretora i o primjeni *cessio bonorum* nije odlučivao vjerovnik, već je ona rezultat slobodnog odabira dužnika i pretorova odobrenja.²⁰ Pretor je odobravao *cessio bonorum* u pravilu onim dužnicima koji su imali neko razumno opravdanje svoje insolventnosti.²¹

1. 2. Nezavisnost i nepristranost pretora, mandat i postupak imenovanja

Pretor je u rimskom pravnom sustavu rimski pravosudni magistrat²². Njegova funkcija uvedena je 367. godine pr. Kr. na osnovi *leges Liciniae Sextiae*, kada je pretura najvjerojatnije bila dostupna samo plebejcima. U to doba se pretor brinuo za civilno pravosuđe u Rimu, ali je uz to imao i pravo zapovijedanja vojskom.²³

Javne službe u rimskoj državi nisu se posebno plaćale, ali očekivalo se od svih patricija i pripadnika *equites* klase (konjanici) da vrše periodične magistrature i funkcije *questora, aedila, prefecta, preatora, tribuna*. Vršenje određene funkcije bilo je usko povezano s reputacijom građana, njegovom čašću i ugledom te bogatstvom, što je doprinosilo i časnom, moralnom

16) M. del Pilar Perez Alvarez, 2.

17) Vidi R. Obenchain, 169 – 200; V. Hernández, 26.

18) A. Romac, 609-610.

19) M.W. Frederiksen, 135.

20) R. Ruggeri, 114; P. Zambrana (1999), 188.

21) Romanistika ima podijeljene stavove glede pitanja da li je za *cessio bonorum* bilo neophodno pretorovo odobrenje. Vidi M. del Pilar Perez Alvarez, *op. cit.* 15; A. Zgur, 314.

22) Vidi M. Šarac/Z. Lučić, "Actionem denegare: podrijetlo uskrate sudovanja", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 3/2008., 449-463.

23) A. Romac, 437-438.

obnašanju istih.

Od godine 242. uveden je još jedan pretor te je nadležnost podijeljena tako da je jedan vršio jurisdikciju nad građanima, *praetor urbanus*, a drugi je rješavao sporove između građana i peregrina ili između samih peregrina, *praetor peregrinus*. Kasnije se broj pretora povećao pa je konačno Cezar utvrdio da ih bude šesnaest, uglavnom zbog običaja da završetkom mandata idu u provincije za upravitelje, *propraetores*. Pretori su birani u centurijatskim narodnim skupštinama, *comitia centuriata*,²⁴ na rok od godine dana te je najvažnije područje rada pretora bilo pravosuđe.

Nakon što bi bio izabran na centurijatskoj skupštini, pretor je preuzimao dužnost i dodjeljivana mu je *imperium* temeljem zakona – *lex curiata de imperio praetore*. Tim je zakonom određivana vrsta *imperiuma*, kao i mjesna nadležnost. Prilikom stupanja na dužnost pretor je objavljivao u svom ediktu pravila kojih će se pridržavati u vršenju pravosuđa za vrijeme trajanja svog mandata, tzv. *edictum perpetuum*. Mjesna nadležnost *praetora urbana* prostirala se na cijeli Apeninski poluotok, a stvarna nadležnost na sve sporove među rimskim građanima.²⁵

Prvi dio rimskog civilnog postupka odvijao se pred pretorom, od kojeg je zavisilo da li će stranci dozvoliti da vodi spor, *dare actionem*, ili će joj uskratiti tu mogućnost, *denegare actionem*. Na ovaj način je pretor priznavao neke odnose koji još nisu bili priznati u civilnom pravu i pružao im pravnu zaštitu, međutim, isto tako je i nekim formalno valjanim pravnim odnosima uskraćivao zaštitu. Pretor je utjecao i na odlučivanje u drugom dijelu postupka, *apud iudicem*, jer je, posebno u formularnom postupku, u formuli davao sucu upute kako da postupi u svakom pojedinom slučaju. Na ovaj način pretor je stvorio niz pravnih instituta koji su postojali usporedo s institutima civilnog prava ili sasvim novih pravnih instituta, najvećim dijelom po uzoru na *ius gentium*.²⁶

24) *comitia centuriata* – skupština rimskog naroda, patricija i plebejaca, koja se zasnivala na podjeli i rasporedu rimskog naroda u centurije, prema imovnom stanju. Bila je u početku to najvažnija skupština pa je nazvana i *comitatus maximus*. budući da su građani iz bogatijih razreda imali razmjerno veći broj centurija od siromašnih i da je glasanje počinjalo s centurijama vitezova i prvog imovinskog razreda, odluke ovih skupština gotovo su uvijek odražavale interese gornjih, bogatih slojeva rimskog društva, a ni kasnije reforme nisu to bitnije izmijenile. Vidi A. Romac, 113.

25) A. Romac, 438.

26) M. Šarac/Z. Lučić, 451.

U povijesti rimskog prava pretor je imao jedinstvenu ulogu koju je nemoguće usporediti s niti jednom današnjom funkcijom. Ona može biti opisana kao poveznica između pravnik koji je stvorio strukturu rimskog prava kakvog poznajemo danas i pravosudnog magistrata koji je interpretirao i primjenjivao pravo. Mogućnost vođenja sporova i ostvarivanje pravne zaštite i subjektivnih prava građana u rimskom pretklasičnom i klasičnom razdoblju ovisilo je od ocjene pretora koji je temeljem svog *imperiuma* mogao dopustiti tužbu ili odbiti tužiteljev zahtjev za dopuštanjem tužbe, a pri čemu se vodio načelima dobre vjere i pravičnosti.²⁷

Tijekom klasičnog perioda rimskog prava građanskopravne tužbe bile su podijeljene u dva postupka: kratki postupak pred magistratom koji je odlučivao i određenim preliminarnim pitanjima i nakon toga duži postupak pred sucem, koji je odlučivao o tužbi. Prvi postupak naziva se *in iure* postupak, odnosno postupak pred magistratskim sudom.²⁸

Pretor nije bio sudac u formalnom smislu, to svakako treba istaknuti, ali je na osnovi svog *imperiuma* mogao uskratiti vođenje spora putem *actio denegare*.²⁹ Kako navode Šarac i Lučić, problemi i pitanja vezani za pretorovu pravosudnu djelatnost predmetom su romanističkih istraživanja već cijeli niz godina te su unatoč tome mnoga pitanja vezana za pretorovu *iurisdictio* ostala sporna i nedovoljno proučena.³⁰ Koristeći se ovlastima izvedenim iz *imperiuma* pretor je rješavao bezbroj odnosa i sporova iz svakodnevnih prakse.

Treba imati na umu kako pretor nije nužno bio pravnik, već je na raspolaganju imao *consilium* pravnih stručnjaka koji su ga savjetovali i na temelju čega je on donosio svoje odluke.³¹ Imenovao bi zatim suca ili skupinu sudaca koji su donosili svoje odluke temeljem njegove diskrecijske ocjene i utjecaja. Sam pretor nije odlučivao u sporovima. Njegova autoritativna i izvršna uloga stvorila je izvor prava za suce koji su donosili odluke. Prednosti fleksibilnosti pretorskog sustava bile su učinkovito sredstvo razvoja

27) *Ibid.*, 449.

28) Vidi E. Metzger, *Civil procedure in Classical Rome: Having an Audience with the Magistrate, Spaces of Justice in the Roman World*, Brill, Leiden 2010., 27-41.

29) M. Šarac/Z. Lučić, 451.

30) *Ibid.*, 452.

31) O. Tellegen, "The So-Called *Consilium* of the Praetor and the Development of Roman Law", *Law History Review*, vol. 69/2001., 52.

i implementacije prava, međutim, postojala je i mogućnost zlouporabe s obzirom da suci nisu bili autonomni u donošenju odluka i da je bilo moguće da pretor bude korumpiran i iskoristi svoju moć radi financijske ili druge dobiti. Rimljani su bili svjesni navedenog rizika pa su upravo iz toga razloga imenovali pretore na rok od godine dana.

Pretor nije neposredno odlučivao u sporovima niti je donosio presudu. Njegova se uloga ograničavala na *iurisdictio* koja se sastojala u utvrđivanju predmeta spora, ispitivanju jesu li ispunjene propisane formalnosti, rješavanju pravnih pitanja i formuliranju posljedica koje bi trebale nastupiti ako u postupku pred izabranim sucem tužitelj dokaže istinitost svojih navoda. Bio je ovlašten odobriti pravo na tužbu i odrediti suca sa sudačkog popisa, odrediti osobu koja će čuvati sporni predmet do okončanja postupka, kontrolirati sudjeluju li stranke u postupku sukladno pravilima postupovnog prava i u slučaju ako se tuženik nije propisno branio priznati tužitelju tužbeni zahtjev.³²

Uvođenjem formularnog postupka pretorova *iurisdictio* dobila je drugačiji sadržaj i njegova uloga nije završavala u postupku *in iure*, gdje je određivao hoće li postupak biti pokrenut, nego je određivao cijeli tok postupka i utjecao na donošenje presude. On je odobravao formulu strankama te, ako bi tuženik osporio opravdanost tužiteljeva zahtjeva, pretor je trebao odlučiti hoće li tužitelju priznati ili odbiti pravo na tužbu.³³

Pretor bi uskratio tužbu ako tužbeni zahtjev nije bio utemeljen na zakonskim propisima ili na propisima edikta magistrata ili ako bi se protivio *bona fides* načelima i pravičnosti³⁴, odnosno ako se radilo o nemoralnom zahtjevu, ako bi tužba prekršila pravomoćnu presudu, prejudicirala većoj stvari, odnosno tamo gdje je smatrao da je pravno nedopustiva ili bi bila pobijena nekim likvidnim prigovorom.³⁵

Također, uskraćivao je pravo na tužbu kada nisu bile ispunjene opće procesne pretpostavke za stvarnu i mjesnu nadležnost, kada određeni tužbeni zahtjev nije spadao u njegovu sudbenost, ako je već proveden po-

32) M. Šarac/Z. Lučić, 456.

33) D.50.17.102.1 (Ulp. 1 ad ed.): *Eius est actionem denegare, qui possit et dare*. (Onaj koji ima pravo dopustiti tužbu, ima pravo i uskratiti je).

34) Vidi M. Jovanović, "Aequitas and Bona Fides in the Legal Practice of Ancient Rome and the Prohibition of the Abuse of Rights", *Law and Politics*, 7/2003., 763 -789.

35) M. Šarac/Z. Lučić, 457.

stupak o tom tužbenom zahtjevu, ako je bez daljeg istraživanja došao do zaključka da je tužiteljev zahtjev neosnovan i da mu traženo pravo uopće ne pripada ili ne pripada protiv odnosnog tuženika. Pretor je provjeravao da li stranke u sporu mogu biti stranke u postupku, te da li se tuženi brani od tužbe ili se suzdržava od sudjelovanja u postupku. Ukoliko bi tuženi priznao ono što je tužitelj tražio od njega, postupak bi se obustavljao i pretor je mogao konstatirati priznanje koje je imalo učinak pravomoćne sudske presude.³⁶

Uskrat³⁷ nije imala obvezni učinak jer ju je sam magistrat mogao opozvati ili je odbijeni tužitelj svoj zahtjev mogao postaviti ponovno istom ili drugom nadležnom magistratu. Ako bi pretor smatrao da postoji razlog za denegaciju koji nije mogao dokazati, odobravao bi tužbu i odluku o smetnji prepuštao izabranom sucu. Ako bi sudac ustanovio da je spomenuta prepreka takve naravi da bez daljnjeg čini tužbu neopravdanom, oslobodio bi tuženika. Inače je pretor u takvim situacijama umetao u formulu prigovor prisiljavajući tužitelja da mu se pokori uz prijetnju denegacijom tužbe.³⁸

Protiv odluka pravosudnog magistrata nije bilo nikakvog drugog pravnog sredstva osim intercesije drugog magistrata istog ili višeg ranga, posebice pučkih tribuna koji su prvenstveno bili pozvani pomagati građanima protiv nepravdi.³⁹ Intercesija bi uslijedila nakon provjere činjeničnog stanja pri čemu je pravosudnom magistratu pružana mogućnost da obrazloži razloge svoje odluke. Pobijeni dekret je bio nevažeći, ali nitko nije mogao prinuditi magistrata da umjesto pobijenog dekreta izda neku drugu odluku.

Nakon što bi odobrio tužbu pretor bi sastavio kratku pisanu bilješku, formulu, koja je sadržavala pravnu kvalifikaciju predmeta spora, sažete podatke o predmetu spora, ime suca kojem je pretor ujedno davao ovlasti i nalog da presudi spor, kao i upute kako će presuditi, čime je pretor posredno utjecao na odlučivanje u drugom dijelu postupka. Uloga suca se

36) M. Ignjatović, "Evolutivni razvoj građanskog sudskog postupka u rimskom pravu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 66/2014., 266.

37) Primjer odbijanja tužbe možemo vidjeti u D.5.1.75 (Iul. 5 Dig.).... Paul primjećuje: ako se pak nije mogao pojaviti jer je bio spriječen bolešću ili je bio pozvan državnim poslovima, mislim da u tom slučaju ili *actio iudicati* protiv njega mora biti uskraćena ili pretor ne smije dopustiti izvršenje osude nastale na takav način. Dakle, riječ je o slučaju kada pretor odbija zahtjev za provođenjem ovrhe jer je tuženik osuđen u odsutnosti, a bio je opravdano spriječen doći na sud.

38) M. Šarac/Z. Lučić, 458.

39) *Ibid.*, 459.

pak svela na to da izabere jednu od alternativa koje je predložio pretor.⁴⁰

Uvođenjem kognicijskog postupka, *cognitio extra ordinem*, početkom principata, pravosudna ovlaštenja, pa i suđenje u užem smislu, prelazila su u ruke činovnika, čime je funkcija pretora počela gubiti smisao i svrhu.⁴¹ Pretorova jurisdikcijska djelatnost prestaje u razdoblju dominata kada se uvodi ekstraordinarni postupak umjesto formularnog.⁴² Uvođenjem kognicijskog postupka postavljeni su temelji modernog sudskog postupka u kojem je postojalo više stupnjeva sudskog postupka te je uvedena žalba kao redoviti pravni lijek.⁴³

Iako pretor u rimskom pravnom sustavu nije imao ulogu suca, o njegovim odlukama ovisilo je pokretanje postupaka, uključujući i rimsku preteču stečajnog postupka, a svojim karakteristikama ispunjavao je ključne pretpostavke „suda“ u smislu modernih poimanja. Ideja vodilja pretorovih postupanja svakako su pravičnost i dobra vjera, kao osnove honorarnog prava i pretorova djelovanja uopće. Njegova neovisnost je neupitna, obzirom da je samostalno, po vlastitom osjećaju pravednosti te ediktu koji je izdavao stupanjem na dužnost, donosio odluke o prihvaćanju ili odbijanju tužbenih zahtjeva. Upitna je, međutim, neovisnost sudaca u drugom dijelu civilnog postupka, koji su svoje odluke donosili temeljem instrukcija i formula koje je sastavljao pretor. Nepristranost pretora osiguravana je prvenstveno načinom izbora pretora, iz reda časnih i moralnih građana, od kojih se očekivalo jednako ponašanje i u obnašanju njihovih dužnosti, a zaštita od vanjskih pritisaka omogućavana je samom činjenicom visokog položaja, bogatstva i ugleda građana koje je centurijaska skupština uopće mogla izabrati da vrše besplatnu službu pretora.

Razvoj rimskog prava zaustavio se u IV. st., ali je ono svoj drugi život nastavilo u srednjem vijeku, kada postaje značajan i jedinstven fenomen pravnog života srednjovjekovne Europe.⁴⁴ Opisani pravni okvir rimske preteče današnjeg stečajnog postupka djelomično je prenesen i u srednjovjekovno talijansko i španjolsko pravo čiji zakoni uređuju prikupljanje i raspodjelu imovine dužnika te pitanje insolventnosti, a ulogu rimskog pre-

40) *Ibid.*

41) A. Romac, 437-438.

42) M. Šarac/Z. Lučić, 455.

43) M. Ignjatović, 266.

44) S. Vélyvis/ V. Mikuckienė, 294.

tora u srednjovjekovnim stečajnim postupcima preuzima sud.⁴⁵

2. Razdoblje srednjeg vijeka i naznake „profesionalizacije“ stečajnih sudaca

Začeci, uvjetno govoreći, modernog stečajnog zakonodavstva proizlaze iz trgovačkih gradova sjeverne Italije XIII. i XIV. stoljeća (Firence, Pize, Genove, Venecije itd.).⁴⁶ Francuski trgovački zakon iz 1673. (*Ordonnance sur le commerce*) i iz 1807. (*Code de commerce*) predstavljaju pravne transplantate prvotnih talijanskih stečajnih zakona. Postupno su prošireni na ostatak kontinentalne Europe, Latinsku Ameriku, afričke kolonije, Japan, Tursku i Kinu. Paralelno, engleska stečajna tradicija utječe na razvoj stečajnog prava u Škotskoj i Irskoj, a potom i na njihove prekomorske kolonije, prvenstveno na Australiju.⁴⁷

Stečajni postupak srednjovjekovnih talijanskih trgovačkih središta bio je iznimno strog i u većini slučajeva predviđao i smrtne kazne. Značajan je Ustav Venecije iz 1457., koji govori o imenovanju posebnih dužnosnika (*sopraconsoli*) koji su se trebali brinuti o pravima osoba u stečaju.⁴⁸

U Francuskoj su vjerovnici između sebe birali likvidatora imovine, a sud su uključivali kada je konačnom dogovoru trebala službena sankcija ili pak kada je bila riječ o dužniku koji je postupao prijevarno pa je zbog toga njegov progon preuzimala država.

U Nizozemskoj je država imala snažniju ulogu pa su gradovi imali posebno oformljene urede za stečaj (*Desolate Boedelskamer*), koji su svake godine imenovali pet dužnosnika čija je zadaća bila da upravljaju radom tog ureda. Dva dužnosnika su birana između bivših starješina grada, a ostala tri iz redova trgovaca. Ovi dužnosnici imali su jurisdikciju nad svim insolventnim dužnicima u gradu te su bili odgovorni za provođenje

45) R. Westbrook/R. Lewis (ur.), *Security for Debt in Ancient Near Eastern Law*, Brill, Leiden 2001., 10.

46) J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, Paris 1986, 355.; J. Sgard, *The History of Market Discipline: Bankruptcy, Renegotiation, and Debt Discharge in England and France (Sixteenth-Nineteenth Century)*, EHES Conference, Geneva, 2009., 8

47) M.V. Lester, *Victorian Insolvency, Bankruptcy, Imprisonment for Debt, and Company Winding-Up in Nineteenth-Century England*, Clarendon Press, Oxford 1995., 354.

48) I. Trieman, *The Law and the Insolvent Debtor*, *Washington University Law Review*, 12/1927., 194

postupka i nadzor.⁴⁹ *Boedelkamer* je preuzeo funkciju koju su ranije imali suci nadležni za provođenje kaznenih i građanskih postupaka (*schepenen*) pa su provodili i postupak *cessio bonorum*, koji je svoje temelje imao u Justinijanovom pravu, čime je zamijenjeno ranije načelo „*first come, first serve*“.⁵⁰

U Engleskoj su stečajni postupci sve do 19. st. bili prvenstveno u rukama vjerovnika. Tek je u 19. st. sistem privatne sekvestracije razvijen u sistem koji je provodila administrativna institucionalna struktura koju bi kancelar birao s liste kvalificiranih građana i koja je bila regulirana od strane države, te pripojena londonskom stečajnom sudu.⁵¹ Chamberlain je smatrao da je neophodno osigurati pošteno upravljanje u stečaju te povećati stupanj moralnosti, zbog čega je osnovnim ciljem držao ustanovljavanje neovisnog i nepristranog ispitivanja okolnosti svakog slučaja od strane javnog službenika.⁵²

Povijesno pravna geneza uloge suda u stečajnim postupcima ukazuje kako je sudstvo zapadnoeuropskih zemalja, unatoč jedinstvenosti pojmovno ideoloških zasada na kojima se zasniva, teško svesti na zajednički nazivnik.⁵³

Ipak postepeno dolazi do razlikovanja između politike i prava, između *gubernaculum* i *iurisdictio*, do korijena moderne problematike nezavisnosti sudaca jer kralj, kao vrhovni vladar, više nije sudac već osoba koja imenuje suce. Tu se javljaju tzv. delegirani suci, koji postepeno postaju i profesionalci, poput poznatog pravника *Bartolusa de Sassoferata* i *Baldusa* koji se bavio i stečajnom problematikom te čija je izjava *fallitus, ergo fraudator*, (insolventnost je rezultat šikanoznog ponašanja dužnika) možda i okarakterizirala srednjovjekovna shvaćanja stečajnog postupka. (O) vlast suca temeljila se na zakonu (ediktu, izričitom zakonu), zbog čega je

49) M. Lindemann, *The Merchant Republics*, Cambridge University Press, New York, 2015., 271

50) L. Weber, *Failing in the Dutch Republic during the Economic Crises of the Eighteenth Century, Dealing with Economic Failures. Extrajudicial and Judicial Conflict Regulations*, LOEWE Schwerpunkt, Frankfurt am Main, 2014., 3

51) J.C. Calitz, D.A. Burdette, *The appointment of insolvency practitioners in South Africa: time for change?*, *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4/2006., 724

52) J.C. Calitz, D.A. Burdette, *The appointment of insolvency practitioners in South Africa: time for change?*, *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4/2006., 725

53) A. Uzelac, "Evropsko sudstvo - između birokratske organizacije i korporativne svijesti", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, 5/1993., 515.

njegova dužnost imala trajni karakter i suveren je nije mogao opozvati po svojoj dispoziciji, osim ako ne bi opozvao i sam zakon. Suveren nije bio vlasnik te funkcije, ona je pripadala državi, a kralj je bio samo ovlašten da je nekome povjeri.⁵⁴

2.1. Specifičnosti „hrvatskih“ pravnih područja vezano za pitanja uloge suda u stečajnim postupcima

Kada govorimo o tadašnjoj hrvatskoj državi narodnih vladara ona je bila je na razmeđu različitih utjecaja srednjovjekovnog prava, a osobito važan izvor predstavljaju srednjovjekovni statuti primorskih gradova i otoka.⁵⁵ Naravno, iako su u razdoblju do sredine 20. stoljeća postojale razlike u statutima primorskih gradova, koje su uglavnom posljedica različite državne pripadnosti hrvatskih zemalja, odredbe statuta vezano za nevraćanje duga uslijed insolventnosti, primjerice Šibenika (*lib. II., cap. 74. i 75.*),⁵⁶ Splita (*lib. VI., cap. 6. i 7.*)⁵⁷ i Trogira (*lib. III., cap. 58.*),⁵⁸ su uvelike slične.

Ipak odredbe statuta sadržavaju premalo podataka o postupanjima ovlaštenih tijela - sudova, a i one koje postoje otvaraju svojom kompleksnošću mnoge pravno, Školska knjiga, Zagreb, 1990. o shvaćanjima doktrine, otvaraju svojom kompleksnošću mnoge pravno-povijesne probleme koje ovdje povijesne probleme koje ovdje nije moguće obraditi.⁵⁹ U svakom slučaju, možemo zaključiti kako je u statutima naglašena dužnost nositelja pravosudnih ovlasti na nepristrano i pravodobno postupanje, te se nastoji osigurati da postupke vezane za insolventnost obavljaju i nadziru službenici komune.⁶⁰ Budući da je razvoj, i trgovine i poduzetništva, zahtijevao

54) M. Dika, "O razvitka instituta sudske (sudačke) nezavisnosti u zapadnoevropskom civilizacijskom krugu – pokušaj rekonstrukcije povijesne geneze instituta", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 4/1992., 514-515.

55) Ž. Bartulović, *Povijest hrvatskog prava i države (kompendij)*, Pravni fakultet, Rijeka 2009., 8. Podrobnije H. Sirotković/L. Margetić, *Povijest države i prava naroda Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, 2. izd., Školska knjiga, Zagreb 1990., 32.

56) Detaljnije Knjiga statuta, zakona i reformacija grada Šibenika, Povremena izdanja grada Šibenika, Sv. 9, Šibenik, 1982., 90-91.

57) Detaljnije A. Cvitanić, *Statut Grada Splita*, 2. izd., Književni krug, Split 1987., 275-277.

58) Detaljnije M. Berket/A. Cvitanić/V. Gligo, *Statut grada Trogira*, Književni krug, Split 1988., 153.

59) A. Cvitanić, "Naše srednjovjekovno pomorsko pravo", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 16/1979., 213.

60) Detaljnije Ž. Radić, "Dalmatinsko statutarno pravo i pitanje uskrate pravosuđa i prava", *Zbor-*

mirno rješavanje sporova, dalmatinski statuti načelno zabranjuju samopomoć, te zainteresirane osobe upućuju na to da zaštitu svojih subjektivnih prava ostvaruju pred sudom⁶¹ pa postupno dolazi do napuštanja represalija.

3. Moderno hrvatsko stečajno zakonodavstvo i geneza sudskih ovlasti u stečajnim postupcima

3.1. Počeci modernog stečajnog prava

Prvi stečajni zakon, odnosno Privremeni red stečajni donesen je 18. srpnja 1853.⁶²

Privremeni stečajni red jezamičen Stečajnim zakonom iz 1897. Kako se ističe u vladinom obrazloženju kao uzor pri izradi su poslužili Stečajni zakon ugarski (zak. čl. XVII. 1881.), Stečajni zakon austrijski od 25. prosinca 1868. i Stečajni zakon njemačkog carstva od 10. veljače 1877., s tim da u tadašnjem našem stečajnom zakonu ima ustanova koje nije prihvatio niti njemački, ni austrijski ni ugarski zakon.⁶³

On je ostao na snazi i nakon formiranja Kraljevine SHS (Srba, Hrvata i Slovenaca) 1918., do donošenja Stečajnog zakona i Zakona o prinudnom poravnanju van stečaja 1929., koji je sukladno shvaćanjima doktrine slijedio uzor odgovarajućih austrijskih Zakona iz 1914.⁶⁴ U niz novina, temeljena karakteristika ovih zakona je bila činjenica da važniju ulogu dobiva stečajni sudac, čime je znatno ubrzan stečajni postupak.⁶⁵

Godine 1939., 26. kolovoza donesena je Uredba o Banovini Hrvatskoj.

nik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2/2008., 345 – 358.

61) *Ibid.*, 345.

62) Usp. institut bio je na snazi i u tadašnjoj Srbiji, odnosno prvoj kodifikaciji Stečajnog prava u Srbiji, Stečajnom zakonu iz 1861. U Crnoj Gori je zakon koji je uređivao materiju stečaja nad svim fizičkim osobama donesen tek 1930. Detaljnije V. Radović, *Individualni stečaj*, Dosije, Beograd 2006., 68-69.

63) Podrobnije A. Rušnov, *Zakon o pobijanju pravnih djela glede imovine insolventna dužnika od 24. ožujka 1897. i Stečajni zakon od 28. ožujka uz uporabu obrazloženja Vladine osnove*, Tisak i naklada knjižare L. Hartmana (Kugli i Deutsch), Zagreb, 1897., Predgovor.

64) Detaljnije M. Dika, *Insolventijsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb 1998., 1. Podrobnije A. Verona/S. Zuglia, *Stečajni zakon, Zakon o prinudnom poravnanju i Zakon o uvođenju u život tih zakona, s komentarom, sudskim rješidbama i dodatkom sporednih pravnih propisa*, tisak Jugoslavenske štampe, Zagreb 1930., III. Inače Stečajni zakon je od 28. ožujka 1897., objavljen u Sbornik zakonah i naredbah valjanih za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju, Komad VIII, 1897.

65) Detaljnije M. Jovanović Zattila, *Poverioci u stečaju*, Pravni fakultet, Beograd 2003., 12-17.

Njom su bile određene i njene nadležnosti, tako da je temeljem čl. 2., st. 3., t. 9. stečajno pravo ostalo u nadležnosti državne centralne vlasti, a uloga suda u odnosu na prijašnje razdoblje se nije promijenila.

Nakon Drugog svjetskog rata smatralo se da su pravna pravila prijašnjeg stečajnog prava u suprotnosti s novim pravnim poretkom te stoga nisu bila primjenjivana.

Od Drugog svjetskog rata pa do donošenja Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji⁶⁶ bilo je više promjena u sferi stečajne regulative koje su prije svega bile izraz specifičnosti i uvjeta koji su vladali u našoj privredi.⁶⁷ Ipak bez detaljnije analize možemo konstatirati da je uloga suda bila neokrnjena u pogledu prava da svojom odlukom obveže sve sudionike postupka te da kontrolira zakonitost postupka. Dakle, sud provodi postupak te ima nadzornu, kontrolnu funkciju ulazeći u meritum predmeta.

66) Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji - NN, br. 53/91, 9/94. i 54/94. - dalje: **ZPNLSL**.

67) Uredba o prestanku poduzeća i radnji 1953. (Sl. list SFRJ, br. 51/53., 49/56., 53/61. i 52/62.). Njom je prestala i mogućnost za djelovanje javnih trgovačkih društava. Od društava ostalo je jedino ortaštvo (tada zvano ortakluk) koji je uređivan odredbama Općeg građanskog zakonika što su se primjenjivale kao pravna pravila. Detaljnije J. Barbić, "Utjecaj njemačkog prava na stvaranje hrvatskog prava društva", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 3-4/2007., 341. Zakon o prisilnom poravnanju i stečaju, Sl. list SFRJ, br. 15/65., 55/69., 39/72. i 16/74. je uveo stečaj nad imovinom dužnika. Naravno, stečaj je bio mogućnost ako nije bilo uspješno saniranje poduzeća. Zakon je razradio institut stečaja, razloge za uvođenje stečaja, stečajni postupak, pravne posljedice uvođenja stečaja, ispitivanje prijavljenih potraživanja, unovčenje imovine poduzeća i niz drugih instituta. Stečaj fizičkih osoba nije bio poznat. Detaljnije M. Velimirović, "Materijalno pravni uslovi stečaja privrednih organizacija", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 1965., 101-124. Sanacija je u to vrijeme bila uređivana Zakonom o uslovima i postupku sanacije organizacija udruženog rada (Sl. list, br. 39/72., 5/73. i 71/73.) i Zakonom o uslovima i postupku sanacije (Sl. list SFRJ, br. 58/76., 20/77., 5/78. i 9/79.). Osnova za uređenje sanacije i stečaja bila je u čl. 48. Ustava SFRJ. Nakon donošenja Ustava te Zakona o udruženom radu i Zakon o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada (Sl. list, br. 41/80., 25/81., 28/83., 20/84., 7/85., 39/85., 9/86. i 43/86.) obuhvatio je sanaciju i stečaj, a u okviru stečaja i prinudno poravnanje. Stečaj fizičkih osoba također nije bio reguliran predmetnom materijom. Spomenimo još dva zakona bitna za materiju stečajnog prava. To su Zakon o financijskom poslovanju iz 1989. Sl. list SFRJ, br. 10/89., 26/89., 35/89., 58/89. i 79/89. te Zakon o sanaciji, stečaju, likvidaciji banka i drugih financijskih organizacija iz 1989., Sl. list SFRJ, br. 84/89. Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji iz 1989. Sl. list SFRJ, br. 84/89. Hrvatska je preuzela nakon osamostaljenja, NN, br. 53/91. Stupanjem na snagu Stečajnog zakona (NN, br. 44/96., stupio na snagu 1. siječnja 1997.) prestao je važiti Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji (NN, br. 54/94.), osim Glave VI. - Stečaj i likvidacija banaka. Navedena legislativa također nije regulirala stečaj fizičkih osoba. Detaljnije M. Dika (ur.), "Sanacija i stečaj organizacija udruženog rada", *Zbornik radova*, Pravni fakultet i Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb 1988., 198-213.

(Novim) Stečajnim zakonom⁶⁸ redefinirana su počela stečajnog postupka. Usvajanjem novog i suvremenog zakona, pravno je regulirano područje stečaja u našoj zemlji, a s postupnim usklađivanjem ove regulative sa stečajnom legislativom zapadno-europskih zemalja, stvoreni su pravni uvjeti za provođenje stečaja. Načelno, stečajni postupak ostaje sudski postupak koji se vodi po pravilima izvanparničnog postupka. U odnosu na druge sudske postupke koje vode isključivo sudska tijela, stečajni postupak vode sudska i izvansudska tijela. Sudska tijela su, prvotno stečajno vijeće, kasnije stečajni sudac kao sudac pojedinac. Izvansudska tijela su stečajni upravitelj, skupština i odbor vjerovnika.⁶⁹ U odnosu na ZPNSL, stečajno vijeće, kasnije sudac, ima veću odgovornost, s obzirom da se i broj funkcija u postupku povećao. Ipak, zadržana je važna uloga suda te on donosi odluke o pokretanju postupka, imenovanju privremenog stečajnog upravitelja te stečajnog upravitelja kao i o zaključenju stečaja. Uz to, sud analizira ekonomsko financijsko stanje dužnika te odlučuje ima li mjesta pokretanju stečajnog postupka. Također, on donosi i odluku o visini naknada i nagrada u stečajnom postupku, a na koje imaju pravo vještaci, privremeni stečajni upravitelj, stečajni upravitelj i članovi odbora vjerovnika. On, također odlučuju po prigovorima i vrši nadzor nad operativnim provođenjem stečajnog postupka, odnosno radom stečajnog upravitelja. Samim tim, on kontrolira prijavu potraživanja i sama potraživanja vjerovnika, unovčavanje, čuvanje i oblikovanje stečajne mase te namirenje vjerovnika. Možemo konstatirati kako stečajni sudac vodi cijeli stečajni postupak kao i da su njegovi poslovi raznovrsni jer on, osim donošenja odluka u stečajnom postupku, vrši i koordinaciju između pojedinih tijela stečajnog postupka. Samim tim, iz navedenog proizlazi i opseg njegove odgovornosti. Godine 1996. implementiran je i preustroj (Glava VI. čl. 213.-265. SZ), kao jedan od mogućih načina provođenja stečajnog postupka i jedina alternativa likvidaciji stečajnog dužnika. Novelom SZ iz 2000. obojeni

68) Stečajni zakon - NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12. – dalje: SZ.

69) U izvornoj verziji SZ-a tijela stečajnog postupka su stečajno vijeće, stečajni sudac, stečajni upravitelj i odbor vjerovnika (čl. 15.). Stečajno vijeće je u odnosu na stečajnog suca i stečajnog upravitelja tijelo višeg ranga i može uvijek mijenjati njihove odluke, ako utvrdi da su nezakonite ili protivne svrsi stečajnog postupka. Stečajni sudac nadzire rad stečajnog upravitelja i odbora vjerovnika. Trećom novelom SZ iz 2003. ukinuto je stečajno vijeće, a njegove ovlasti preuzima stečajni sudac. U dosadašnjoj primjeni se pokazalo da je postupanje suca pojedinca, u stečajnom postupku, zaista učinkovitije i bolje rješenje od postupanja suda u vijeću.

amerikanizam (preustroj u smislu reorganizacije) zamijenjen je značenjski širim i preciznijim pravno tehničkim terminom - stečajni plan, čime Zakon nije nikako na normativnom planu ništa izgubio od svoje reorganizacijske dimenzije – ona je svedena u svoje prave okvire jednog od mogućih načina uređenja odnosa između dužnika i njegovih vjerovnika. Sudu je dana ovlast da provodi postupak stvaranja, usvajanja tenadziranja izvršenja plana. Godine 2012., (NN, br. 133/12.) radi usklađenja s odredbama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi,⁷⁰ u stečajnom je postupku napuštena mogućnost financijskog restrukturiranja stečajnog dužnika, pa je vjerovnicima sada omogućen isključivo tzv. prijenosni stečajni plan. Ipak i u okviru tzv. prijenosnog plana sud ima odlučujuću ulogu, odnosno kao i u prijašnjem rješenju glavni zadatak suda je osigurati da se postupak odvija na zakonit način.

3.2. Implementacija Zakona o financijskom poslovanju i pred stečajnoj nagodbi i revizija sudskih ovlasti

Kako je postojeća primjena SZ-a dovela u pravilu do nestanka pravne osobe, te kako u europskim zakonodavstvima postoji tendencija prema modelu restrukturiranja i opstanka dužnika nalik na glavu 11 Stečajnog zakona SAD-a implementiran je ZFPPN. Cilj je kroz predstečajni postupak omogućiti dužniku restrukturiranje i nastavak poslovanja. Sam ZFPPN velikim je dijelom imao uzor u jugoslavenskom ZPNSL-u i slovenskom *Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju*⁷¹ (ZFPPIPP). Problem je u tomu što naš zakonodavac to negira, smatrajući da je donio originalno rješenje za rješavanje široko rasprostranjene insolventnosti u gospodarstvu države. Temeljna razlika između SZ i ZFPPN se ogleda u tijelima koja vode postupke nagodbe. Hrvatska je, naime odlučila postupak predstečajne nagodbe povjeriti financijskoj instituciji odnosno pravnoj osobi s javnim ovlastima (FINI), a **ne sudovima** što je presedan u cjelokupnoj hrvatskoj povijesti postupaka u svezi s likvidnošću od 1840.⁷² Donošenjem ZFPPN znatno je izmijenjen i

70) Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi NN, br. 108/12., 144/12., 81/13. i 112/13. - dalje: **ZFPPN**.

71) Ur. l. RS, št. 13/14. - *uradno prečišćeno besedilo*.

72) Vidi J. Garašić, "Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012.", u: Djelotvorna pravna zaštita u parničnom postupku, izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, *Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu 2013., 479.

okrnjen stečajni postupak u Republici Hrvatskoj, a u njegovoj trogodišnjoj praktičnoj primjeni uočeno je niz problema u tumačenju i učincima pojedinih odredbi i instituta, što će se pokušati otkloniti donošenjem najnovijeg Stečajnog zakona.⁷³

3.3. Stečajni zakon od 2015.

Najvažnija novine su članci Glave II (čl. 21.-74. SZ) prema kojima odredbe o predstečajnoj nagodbi prelaze iz ZFPPN u SZ kao predstečajni postupak sukladno kojima bi FINA ostala tijelo predstečajnog postupka koje sada samo tehnički i administrativno pomaže sudu.⁷⁴ Dakle, sada su tijela predstečajnog postupka **sudac pojedinac**, povjerenik (čl. 21. SZ), a ne više nagodbeno vijeće i povjerenik predstečajne nagodbe (čl. 32. ZFPPN). To je rezultiralo „brisanjem“ zakonodavnih rješenja po kojima je FINA, dakle pravna osoba s javnim ovlastima, *de facto* i *de jure* odlučivala u postupcima predstečajne nagodbe. Namjera je u sljedećem odlomku razjašnjavanjem sintagme „sud“ koji je nastao kao rezultat višegodišnje prakse ECHR-a dođe do saznanja o pravno-logičkom mehanizmu odlučivanja navedenog tijela, te uvidjeti zašto je ključno vratiti sudu punu jurisdikciju u stečajnog postupka.⁷⁵

3.4. Pojam „suda“ u praksi ECHR-a

Konvencija u čl. 6.⁷⁶ jamči pravo na pošteno suđenje kojim se između ostalog daje svakome pravo na zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud. Tako je EHCR dao definiciju pojma sud u predmetu *Belilos*

73) NN, br. 71/15 od 01. rujna 2015.

74) Treba napomenuti kako je uloga trgovačkog suda u postupcima predstečajne nagodbe opisana u čl. 66. ZFPPN-a koji je noveliran čak tri puta.

75) Podrobnije, D. Bodul, S. Grbić, A. Vuković, „O pravu sudova da ulaze u meritum predmeta u kojem donose odluku slučaj predstečajnih nagodbi“, *Zbornik radova, Dvanaesto međunarodno savjetovanje, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru*, Mostar, 2014, 336-352. te D. Bodul, S. Grbić, A. Vuković „O položaju nagodbenog vijeća u postupcima predstečajne nagodbe iz perspektive čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2013, 471-494.

76) Čl. 6., st. 1.:

„Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. (...)”

*protiv Švicarske:*⁷⁷

"... pojam "sud" određen je njegovom sudskom funkcijom što znači da on odlučuje o predmetu u okviru svoje nadležnosti, na temelju vladavine prava, a nakon provedenog postupka koji mora biti reguliran odgovarajućim propisima ... Pojam suda mora ispunjavati i sljedeće zahtjeve – nezavisnost, posebice od egzekutive; nepristranost; određeno vremensko trajanje mandata njegovih zaposlenika; postojanje postupovnih jamstava - od kojih se nekoliko nalazi i u tekstu čl. 6., st. 1."

Kada govorimo o samom radu suda potrebno je naglasiti da je bitno obilježje suda njegova nadležnost u donošenju pravno obvezujućih odluka. Sama mogućnost davanja preporuka i savjeta (koje iz toga proizlaze) nije dovoljna za njegovo uspješno djelovanje.⁷⁸

Čl. 6. određuje kako mora postojati "zakonom ustanovljeni" sud što znači da organizacija sudstva mora biti regulirana zakonom. U predmetu *Zand protiv Austrije*⁷⁹ bivšaEuropska komisija ustanovila je:

"Cilj i svrha odredbe u čl. 6., st. 1., kojom se zahtijeva da sudovi budu "ustanovljeni zakonom," je da organizacija sudstva u demokratskom društvu ne smije ovisiti o diskreciji izvršne vlasti nego mora biti regulirana zakonom koji dolazi iz parlamenta. Međutim, to ne znači da su delegirani propisi kao takvi neprihvatljivi u pitanjima koja se odnose na sudsku organizaciju. Čl. 6., st. 1. ne zahtijeva od zakonodavca reguliranje svakog detalja u ovom području putem zakona ukoliko zakonodavac postavi barem organizacijski okvir sudske djelatnosti."

Iz toga proizlazi kako svaki detalj vezan uz sudsku organizaciju ne mora biti uređen zakonom, s tim da temeljne odredbe koje se odnose na ustrojstvo i nadležnost sudova moraju biti propisane zakonom. Pojam "ustanovljen zakonom" znači ujedno i ustanovljen u skladu sa zakonom, pa do povrede toga zahtjeva dolazi i ako sud ne djeluje u skladu s točno određenim zakonom kojim se propisuje njegovo djelovanje.⁸⁰

Zaključno možemo reći da izraz *tribunal*, koji je preveden u Hrvatskoj

⁷⁷)*Belilos protiv Švicarske*, presuda, 29. travnja 1988., Serija A, br. 132.

⁷⁸) D.J. Harris, *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2009., 285-286.

⁷⁹)*Zand protiv Austrije*, presuda, 16. svibnja 1977., br. 7360/76.

⁸⁰) D.J. Harris, *et al.*, 286.

kao sud, nužno ne implicira potrebu da osobe i tijela koje vode postupak formalno pripadaju državnoj sudbenoj vlasti ("sud" u formalnom smislu), ali se traži da u konkretnom slučaju ima svojstva nezavisnosti i nepristranosti, te da njegovo ustrojstvo i rad budu propisani unaprijed određenim pravilima ("sud" u materijalnom smislu).⁸¹ ECHR je primjerice zauzeo gledište da se mogu smatrati nezavisnim i nepristranim sudom određena vojna ili zatvorska disciplinska tijela, profesionalni arbitražni sudovi itd.⁸²

3.4.1. Nezavisnost suda

U predmetu *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁸³ ECHR je naveo što uzima u obzir pri razmatranju zahtjeva nezavisnosti: "Pri odlučivanju je li tijelo nezavisno - konkretno od izvršne vlasti i stranaka u postupku - Europski sud ispituje način na koji se izabiru suci, trajanje njihovog mandata, postojanje zaštite od vanjskih pritiska te doima li se takvo tijelo nezavisnim."⁸⁴

3.4.2. Sastav suda i imenovanje sudaca

Čl. 6. st. 1. ne navodi kakav točno sastav suda mora biti. On se može sastojati od sudaca, sudaca i porotnika, a postoje i druge kombinacije.⁸⁵

Taj kriterij poglavito zahtijeva da oni koji odlučuju o pojedinom pitanju ne smiju biti u vezi s bilo kojom od stranaka u postupku. Primjerice, u predmetu *Pescador Valero protiv Španjolske*⁸⁶ sudac je bio zaposlen i kod

81) A. Uzelac, "Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6., st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda", u: *Usklađenost hrvatskog zakonodavstva i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, (ur.) RA-DAČIĆ, Ivana, Centar za mirovne studije, Zagreb 2010., 95. Nadalje, u čl. 2. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o insolventijskim (stečajnim postupcima) koja se u Republici Hrvatskoj izravno primjenjuje od 1. srpnja 2013. pod pojmom „sud“ određuje se sudsko ili drugo nadležno tijelo države članice ovlašteno za otvaranje stečajnog postupka ili donošenje odluka tijekom takvog postupka. Takav sud svake države članice Europske unije mora imati attribute nezavisnosti i nepristranosti te da njegovo ustrojstvo i rad budu propisani unaprijed određenim pravilima.

82) V. npr. *Sramek protiv Austrije*, presuda, 26. siječnja 1984., Serija A, br. 84., *Ettl protiv Austrije*, presuda, 23. travnja 1987., Serija A, br. 117 i *Lithgow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 8. srpnja 1986., Serija A, br. 102.

83) *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984., Serija A, br. 80.

84) D.J. Harris, *et al.*, 287.

85) D. Gomien/D. Harris/ L. Zwaak, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1996., 169-170.

86) *Pescador Valero protiv Španjolske*, presuda, 17. lipnja 2003., Reports of Judgments and Decisions 2003-VII.

stranke u postupku, a u *Sigurdsson protiv Islanda*⁸⁷ suprug sutkinje bio je dužnik jedne od stranaka što je bio dostatan razlog EHCR-u za utvrđivanje povrede čl. 6.⁸⁸

Nadalje, činjenica da djelatnike suda ili sudskih tijela izabire izvršna vlast sama po sebi ne predstavlja povredu Konvencije, ona je dopuštena i uobičajena.⁸⁹ U predmetu *Zand protiv Austrije*⁹⁰ ECHR zaključio je da je za povredu nezavisnosti sudaca iz čl. 6., zbog načina na koji se oni izabiru, potrebno dokazati da je: "način na koji je sudac izabran nezadovoljavajući u cijelosti ili da je sastav suda takav da bi mogao utjecati na donošenje odluke u konkretnom predmetu."⁹¹

3.4.3. Trajanje mandata sudaca

Ako su suci ili osobe koje odlučuju u drugim sudskim tijelima izabrane na vremenski određeni mandat, takav postupak predstavlja jamstvo nezavisnosti. U predmetu *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁹² zatvorski odbor za posjetitelje birao se na tri godine. Iako je to relativno kratko vrijeme, ECHR je uzeo u obzir činjenicu da je to neplaćeni posao te da je teško doći do volontera koji bi ga obavljali pa zbog toga nije došlo do povrede čl. 6.⁹³

3.4.4. Postojanje zaštite od vanjskih pritisaka

Odredba čl. 6., st. 1. o nezavisnosti i nepristranosti temelji se na načelu diobe vlasti. Tako je u predmetu *Beaumont protiv Francuske*⁹⁴ ECHR zaključio: "Samo tijelo koje ima punu jurisdikciju i zadovoljava mnogobrojne zahtjeve, između kojih je i zahtjev nezavisnosti od izvršne vlasti, a i nezavisnost od stranaka u postupku, može se nazvati "sudom" u smislu čl. 6."

87) *Sigurdsson protiv Islanda*, presuda, 10. ožujka 2003., Reports of Judgments and Decisions 2003-IV.

88) D. Gomien, *Europska konvencija o ljudskim pravima*, Naklada, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2007., 92.

89) V. primjerice, *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984., Serija A, br. 80., *Belilos protiv Švicarske*, presuda, 29. ožujka 1988., Serija A, br. 132.

90) *Zand protiv Austrije*, presuda, 16. svibnja 1977., br. 7360/76.

91) D.J. Harris, *et al.*, 287.

92) *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984., Serija A, br. 80.

93) M. Nuala, C. Harby, *Pravo na pošteno suđenje*, IMTEC, Sarajevo 2005., 31.

94) *Beaumont protiv Francuske*, presuda, 24. studeni 1994. Serija A, br. 296-B.

3.4.5. Vanjski dojam nezavisnosti tijela koje odlučuje

Pitanje doima li se tijelo koje odlučuje o predmetu nezavisnim odnosi se na tzv. objektivni kriterij koji je ECHR postavio u predmetu *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁹⁵ Zahtjevi koji proizlaze iz takvog kriterija uglavnom su institucionalne naravi i traže odvojenost vlasti u okviru ustavnog uređenja države. Tu ključnu ulogu ima pozicija suca: ako vlada ili druga tijela vlasti mogu bilo kada smijeniti suce, njihova institucionalna nezavisnost bit će povrijeđena. Takva situacija odnosi se i na nadzor nad plaćama sudaca, na mogućnost izdavanja uputa sudovima od strane drugih vlasti ili prijatnje sucima da će ih se premjestiti na druga radna mjesta, ako njihove odluke ne budu sukladne s očekivanjima ili navedenim uputama.⁹⁶ Međutim, ako se tijelo koje odlučuje o građanskim pravima i obvezama⁹⁷ ne može smatrati nezavisnim zbog povrede vanjskog dojma nezavisnosti onda ipak neće doći do povrede čl. 6., st. 1., ako njegove odluke preispituje sudsko tijelo koje ima punu jurisdikciju i potpada pod pojam suda prema sudskoj praksi ECHR-a.⁹⁸

U predmetu *Sramek protiv Austrije*,⁹⁹ primjerice došlo je do povrede čl. 6. jer je član tribunala bio javni službenik čiji je nadređeni bio zastupnik vlade u ovom predmetu.¹⁰⁰ Nasuprot tomu u predmetu *Kleyn protiv Nizozemske*¹⁰¹ nije došlo do povrede čl. 6. Ovdje je sudac sudjelovao u dva postupka (savjetodavnom i sudskom), ali je njegova savjetodavna uloga bila puno značajnija od one koju je imao pri donošenju sudske odluke.¹⁰²

95) *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984, Serija A, br. 80.

96) D. Gomien/D. Harris/ L. Zwaak, 169.

97) Prema čl. 6. prava i obveze građanske naravi moraju se tumačiti u skladu sa sudskom praksom Europskog suda. Tako pojam građanskog postupka u nacionalnim zakonodavstvima država ugovornica Europske konvencije ne možemo poistovjetiti s pojmom građanskog postupka prema Europskoj konvenciji.

98) P. Leach, *Taking a Case to European Court of Human Rights*, Press, Oxford 2011., 289.

99) *Sramek protiv Austrije*, 22. listopada 1984., Serija A, br. 84.

100) D.J. Harris, *et al.*, 288.

101) *Kleyn protiv Nizozemske*, presuda, 6. svibnja 2003., Reports of Judgments and Decisions 2003-VI.

102) M. Nuala/C. Harby, *The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, No. 3.*, Council of Europe, Strasbourg 2006., 288.

3.5. Nepristranost suda

Nepristranost pretpostavlja nepostojanje "predrasuda ili pristranosti" kao što je to utvrđeno u predmetu *Piersac protiv Belgije*.¹⁰³ U predmetu *Hauschildt protiv Danske*¹⁰⁴ ECHR je utvrdio da je za nepristranost suda potrebno ispunjenje objektivnog i subjektivnog kriterija:¹⁰⁵

"Postojanje nepristranosti u smislu čl. 6., st. 1. mora biti utvrđeno prema subjektivnom kriteriju, što znači na temelju osobnog uvjerenja suca koji odlučuje o predmetu, i na temelju objektivnog kriterija kojim se isključuje postojanje bilo kakve opravdane sumnje u njegovo takvo odlučivanje." ECHR sasvim je jasno stavio do znanja, da se svaki sudac za kojeg postoji legitiman razlog za bojazan da nije nepristran, mora povući.¹⁰⁶

3.5.1. Različite uloge sudaca

Veliki broj predmeta iz sudske prakse u vezi s nepristranosti odnosi se na situacije kada sudac ima različite postupovne uloge tijekom postupka.¹⁰⁷ Ovdje je ECHR većinom odlučivao o nepristranosti u kaznenim postupcima, ali ti kriteriji i načela protežu se i na građanske postupke. Također, ECHR pod pojam građanskih postupka podvodi i upravne postupke.

U predmetu *Piersack protiv Belgije*¹⁰⁸ sudac koji je sudio u postupku protiv podnositelja prije toga bio je član odjela koji je proveo istragu u tom predmetu i podnio tužbu protiv njega. ECHR smatrao je da je time došlo do povrede čl. 6. i to na temelju povrede objektivnog kriterija: *"ako pojedinac obavlja dužnosti u uredu državnog odvjetnika, a kasnije odlučuje o istom predmetu u ulozi suca onda je opravdan strah javnosti da takav sudac neće zadovoljiti zahtjeve nepristranosti."*¹⁰⁹

U presudama koje su uslijedile nakon predmeta *Piersac* ECHR je raz-

103) *Piersac protiv Belgije*, presuda, 1. listopada 1982., Serija A, br. 53.

104) *Hauschildt protiv Danske*, presuda, 24. svibnja 1989., Serija A, br. 154.

105) *V. Driza protiv Albanije*, presuda, 13. studeni 2007., br. 33771/02.

106) L. Loucaides, *Judge Loukis Loucaides: an alternative view on the jurisprudence of the European Court of Human Rights: a collection of separate opinions (1998-2007)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden- Boston 2008., 121-122.

107) M. Nuala, C. Harby, (2005.), 66-67.

108) *Piersack protiv Belgije*, presuda, 1. listopada 1982., Serija A, br. 53.

109) V. Berger/L. Petiti, *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l' homme*, Sirey, Paris 2007., 233.

matrao utječe li prethodno sudjelovanje sudaca u razmatranju o predmetu na njegovu nepristranost povodom donošenja odluke u samom postupku.

U predmetu *De Cubber protiv Belgije*¹¹⁰ jedan od triju sudaca koji je sudio podnositelju za prijevaru, prethodno je provodio istražne radnje u tom predmetu kao istražni sudac. Uz to, obavljao ih je i u tajnosti. Dakle, zaključeno je da je povrijeđeno podnositeljevo pravo na nezavisan i nepristran sud.

Presuda u predmetu *De Cubber* stvorila je probleme sudskim sustavima u državama u kojima je uobičajeno da zbog ograničenog broja osoblja suci koji odlučuju o predmetu obavljaju različite dužnosti u različitim stadijima postupka. Nakon toga ECHR je razvio praksu po kojoj je rješavao takve predmete. U predmetu *Delcourt protiv Belgije*¹¹¹ podnositelj se žalio na sudjelovanje *Avocate generale*, člana državnog odvjetništva u Belgiji, u odluci o žalbi koju je donio belgijski Kasacijski sud u kaznenom postupku protiv podnositelja. *Avocate generale* podnio je svoje mišljenje o predmetu nakon saslušanja stranaka, te je sudjelovao u odlučivanju tog suda. ECHR je smatrao da takvo postupanje nije ugrozilo nezavisnost i nepristranost Kasacijskog suda, međutim 1991. takav belgijski postupak uspješno je osporen pred Europskim sudom u predmetu *Borgers protiv Belgije*.¹¹²

Stajalište koje je ECHR zauzeo u predmetu *Borgers* prošireno je i na građanske predmete u *Lobo Machado protiv Portugala*.¹¹³ Tu je zamjenik državnog odvjetnika podnio Vrhovnom sudu prethodnu preporuku na žalbu i sudjelovao u odlučivanju povodom te žalbe.¹¹⁴

Tako možemo zaključiti da sama činjenica da je sudac prethodno imao veze s podnositeljem nije dostatna sama po sebi da bi predstavljala povredu čl. 6. Konvencije. Potrebne su posebne pretpostavke, poput onih opisanih u gore navedenim predmetima koje predstavljaju odlučivanje na temelju činjenica koje se ne nalaze samo u spisu predmeta.¹¹⁵

110) *De Cubber protiv Belgije*, presuda, 26. listopada 1984., Serija A, br. 86.

111) *Delcourt protiv Belgije*, presuda, 17. siječnja 1970., Serija A., br. 11.

112) *Borgers protiv Belgije*, presuda, 30. listopada 1991., Serija A, br. 214- B.

113) *Lobo Machado protiv Portugala*, presuda, 20. veljače 1996., Reports 1996-I.

114) M. Weston *et al.*, *European Human Rights law, Text and materials*, Oxford University Press, Oxford 2008., 769-774.

115) Podrobnije, J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava - strasbourški acquis*, Novi informator, Zagreb 2013., 1116-1160.

4. Zaključna razmatranja odnosno zašto je bitno da sud ima odlučujuću funkciju u stečajnim postupcima

Radi usporedbe i mogućih prijedloga *de lege ferenda* za bosansko-hercegovačkog zakonodavca hrvatska iskustva su jako bitna, jer su u BiH u tijeku sveobuhvatne reforme stečajnih propisa uvjetovane, prije svega, postupkom usklađivanja bosansko-hercegovačkih propisa s propisima EU (temeljem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, čl. 70. i 78.), ali i nepovoljnim indikatorima kvalitete stečajnih propisa (sve relevantne statističke analize u BiH zaključno s 2014. ukazuju kako indikatori kvalitete stečajnih postupaka ((trajanja, stupnja namirenja vjerovnika i visine troškova provođenja stečajnog postupka)) koji predstavljaju ujedno i najbolji način praćenja ostvarenja ciljeva stečajnog postupka, ukazuju da stečajni postupci nisu ispunili svoje ciljeve). Stoga se kao *conditio sine qua nontemeljitog* i potrebitog „restrukturiranja“ postojećih stečajnih propisa, u doktrinarnim analizama stečajnog prava javljaju promišljanja o nužnosti smjelijih revizija stečajnog prava (*exempli causa*, zanimljiva su doktrinarna promišljanja koja navode kako bi zbog preopterećenosti sudova bilo svrsishodnije gotovo u potpunosti problem neformalne reorganizacije usmjeriti na tijela uprave pri nadležnom Ministarstvu financija, a konačnu potvrdu predati tijelu „ne tako dalekom od uprave“ – notarima!¹¹⁶). Ovakvim zahtjevima se suprotstavljaju stanovišta koja se zalažu za zadržavanjem postojećih rješenja koja u osnovi predstavljaju zalaganje za veliku ulogu suda u stečajnom postupku. Naravno, iako se ne smije zapostaviti objektivna okolnost da europsko-kontinentalni pravni sistem ima dominantan utjecaj na reformu bosansko hercegovačkog stečajnog zakonodavstva te da stečajni postupak ima polazište u institutima germanskog sudskog stečajnog postupka, bitno je pitanje jesu li hrvatska rješenja kroz upravni model predstečajne nagodbe najoptimalniji pravni put. Odgovor smo pronašli u praksi ECHR-a. Naime, s obzirom na različitu tradiciju i brojne raznolikosti u pogledu organizacije sudstva europskih zemalja, Europsku konvenciju možemo promatrati kao začetak razvoja zajedničkoga pravnog sustava država-ugovarateljica, kojem nacionalni zakoni moraju biti podređeni. U navedenom kontekstu sintagma „sud“ ukazuje kako se judikatura ECHR-a vezana uz čl. 6. i pojam suda postupno razvijala tijekom godina, te da danas obuhvaća još uvijek rastući dijapazon sudskih postupaka. Ipak

¹¹⁶ Tako i detaljnije, M. Vilašević, „Predstečajna nagodba – Mogućnosti u Bosni i Hercegovini“, *Nova pravna revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*, 1/2014., 72.

nesporno je da za koncept nezavisnog i nepristranog suda postoji široka i ustaljena sudska praksa u skladu s kojom možemo zaključiti da u predstečajnom postupku nagodbeno vijeće u okviru FINE, kao pravne osobe s javnim ovlastima, **ne** potpada pod pojam „suda“. Naravno, u ovom kontekstu pojam „sud“ u čl. 6., st. 1. Konvencije ne treba nužno shvatiti kao sud u klasičnom smislu, koji je integriran u standardni sudski aparat određene zemlje (čl. 2. Zakona o sudovima),¹¹⁷ već kao tijelo koje odlučuje o pitanjima u okviru svoje nadležnosti na temelju pravnih pravila i nakon postupka koji se provodi na način kao što je propisano. Dakle, tijela koja nisu sudovi mogu vršiti funkcije koje odlučujuće utječu na građanska prava. Taj koncept treba zadovoljiti i druge kriterije, prvenstveno kriterij nepristranosti i nezavisnosti. Stoga novo-staro rješenje iz novog SZ ponovno vraća samostalnost suda u insolventijskim postupcima što podrazumijeva da je sud posebna vrsta tijela državne vlasti za koji vrijede posebna pravila organiziranja. Dakle, upravo zbog dvojbi i problema koji su se pojavili u pravnoj praksi i doktrini u pogledu instituta predstečajnih nagodbi, a koji se odnose na razgraničenje nadležnosti tijela izvršne i sudbene vlasti, nedostatne uloge suda te položaj i zaštitu vjerovnika u ZFPPN-u, ukazala se potreba da bi se temeljna, odnosno nadzorna uloga u tom postupku ipak morala povjeriti sudu. To je učinjeno kroz novi predstečajni postupak unutar SZ-a. Ipak ono što je zamjetno u novom hrvatskom SZ je da su ovlasti suda usmjerene na sudske, a ne poslovne odluke. Dakle, uloga suda postaje sve više pravosudna, a sve manje administrativno upravljačka, dok se pritom afirmira profesionalizacija stečajno upraviteljske funkcije. I to predstavlja pozitivan model pa i put za reformu bosansko hercegovačkih stečajnih propisa. Ipak analiza pozitivnih propisa ukazuje da iako je stečajni upravitelj centralno i u operativnom smislu najvažnije tijelo stečajnog postupka jer o njegovim osobinama – stručnosti, sposobnosti, angažiranosti i učinkovitosti ovisi uspješnost provedbe svakog pojedinog stečajnog postupka, sama profesija nije dostatno regulirana. Kako ista problematika nije predmet rada možemo reći samo istaknut kako je potrebno redefiniirati postojeća rješenja o osiguranju od odgovornosti stečajnog upravitelja budući da su se postojeća pokazala teško provediva u praksi. Nadalje, nije jasno regulirano niti pitanje nagrade i naknade troškova stečajnih upravitelja, tako da bi i to zahtijevalo značajnije legislativne izmjene. Ipak pri ovakvoj usporedbi, ali analizi standarda koje je postavio zakonoda-

117) NN, br. 28/13., 33/15. i 82/15.

vac, postavlja se pitanje kako su stečajno-upraviteljskoj službi regulirane najbližnje pravne profesije odvjetnika, javnih bilježnika/notara? Svaka je uređena posebnim zakonom koji regulira kako pitanje preduvjeta za bavljenje određenom profesijom, tako i pitanje vođenja imenika, disciplinske odgovornosti i druga važna pitanja. Ono što im je zajedničko je postojanje komore na koju je zakonodavac prenio određena javnopravna ovlaštenja. Komora je interesna, samostalna i poslovno - stručna organizacija subjekata koje povezuje zajednički poslovni interes. Stoga su i naša *de lege ferenda* nastojanja u ovom radu usmjerena u pravcu unificiranja zakonskih rješenja i ukazivanju nadležnim tijelima da stečajni upravitelji trebaju biti organizirani kroz strukovnu organizaciju komore stečajnih upravitelja na koju bi se prenijela javnopravna ovlaštenja, kao što je to napravio, primjerice slovenski zakonodavac kroz *Zbornica upraviteljev Slovenije* ili srpski zakonodavac kroz Agenciju za licenciranje stečajnih upravitelja (tzv. ALSU), pa i makedonski zakonodavac putem komornog sustava regulira profesiju stečajnog upravitelja.

THE ROLE OF THE COURT AS A ENTITY OF GOVERNMENTS POWER IN THE INSOLVENCY PROCEEDINGS

*- From the Roman "Praetors" to the new Croatian
Bankruptcy Act and the Convention "tribunal"*

ABSTRACT

New Bankruptcy Act (OG, no. 71/15. - hereinafter: BA) has entered into force on 01 September 2015 in the Republic of Croatia. By doing this the legislator has after three years of experimentation in the administrative procedure and through governmental bodies (as defined by the Law on financial operations and prebankruptcy settlement (OG, no. 108/12., 144/12., 81/13, and 112/13.)) repowered court in managing prebankruptcy procedure. The pressure for such reforms, or for a stronger role of the court in the new BA, was made possible by the application of art. 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (OG-IT, no. 18/97., 6/99., 14.2., 13.3., 9.5., 6.1. and 2/10. - hereinafter: Convention). The European Court of Human Rights (hereinafter: ECHR) indicates that Article. 6, par. 1 shall apply to bankruptcy proceedings (*exempli causa, Sprl ANCA and Others v Belgium*, decision, 10 December 1984). This is important because the uncertainty concerning the very legitimacy of the process of dejudicialization in (previous) model of the pre-bankruptcy settlement is the fact that the bankruptcy legal protection must be in the jurisdiction of the body that Convention points out as a "tribunal" (regardless of which of the state power it belongs). Today, these characteristics in the positive law has only the court as one of the states organs. The present economic relation with its social background imposes certain reforms in the understanding of the position of the court in bankruptcy proceedings. Analyzing the phenomenon of prebankruptcy settlement requires persistence and irrational thinking to ignore the obvious fact that the bankruptcy process, understood in the broadest sense, is and was traditionally court process, i.e. proceedings pending before the competent court. Of course, there are certain non-judicial (informal) arrangements, such as *pre-pack* model, but they ultimately must be verified and validated by the court. Therefore, in order to confirm the above thesis, the authors

analyze and justify the role of the court in bankruptcy proceedings starting from Roman law to the new Croatian BA and recent case law of the ECHR related to art. 6. This paper will analyze the case law of the European Court of Human Rights in the proceedings under art. 6 of the European Convention (right to access to court) because the authors assume that such information have key role in understanding the work, as well as the proper interpretation of the term “court”, which is based on the law of the European Court of Human Rights and the European positive law. The importance of this paper highlights the fact that in the Bosnia and Herzegovina are discussed proposals that are achievable in the bankruptcy legislation of its entities and Brcko District, and they are concerning the reception of the court reorganization model and institute of the pre-bankruptcy settlement.

Keywords: insolvency law, the role of the court, a historical perspective