KRITERIJ PREZADUŽENOSTI KAO DISKRIMINACIJSKI ELEMENT ZA OBAVLJANJE JAVNOBILJEŽNIČKE SLUŽBE: HRVATSKO RJEŠENJE I EUROPSKA ISKUSTVA

Dr. sc. Dejan Bodul, viši asistent
Dr. sc. Sanja Grbić, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.736:347.961
Ur.: 22. siječnja 2014
Pr.: 7. ožujka 2014.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Analizom povijesnog razvoja i poredbenopravnog uređenja (latinskog, državnog i anglosaksonskog modela) instituta javnog bilježnika (lat. notarius publicus) možemo zaključiti da se polazi se od različitih koncepcija. Ono što je u svim sustavima zajedničko, a odnosi se na pravnu prirodu ovog instituta je činjenica da je javni bilježnik osoba dostojna javnog povjerenja (lat. fides publica). Navedena tvrdnja istodobno je okosnica svih promišljanja koja se odnose na institucija javnog bilježnika i njegovu djelatnost na području europskoga zakonodavstva. Štoviše, i temeljem odredbi Zakona o javnom bilježništvu (NN, br. 78/93., 29/94., 162/98., 16/07. i 75/09. - dalje: ZJB) javnobilježnička služba ima značenje javne službe budući da njenu djelatnost čine poslovi koji se, u pravilu, obavljaju u javnom, opće-društvenom interesu. Zbog toga je funkcioniranje javnobilježničke službe kao javne službe i uređeno posebnim pravnim propisom, kojim su javni bilježnici, kao nositelji te službe, osobe dostojne javnog povjerenja (čl. 13., st. 1. t. 6. ZJB). Cilj je rada analizirati anakronizam kriterija prezaduženosti kao jednu od pozitivno-pravnih prepreka za dostojno obavljanje javnobilježničke službe (čl. 13., st. 2., t. 5. i čl. 21. ZJB). Kompleksnost predmeta istraživanja i postavljeni zadaci uvjetovali su izbor metoda pa je u istraživanju korišten metodološki pristup koji obuhvaća proučavanje domaće i strane literature, odgovarajućih zakonskih propisa, kao i analizu domaće i strane sudske prakse. U radu će se analizirati i praksa Europskog suda za ljudska prava u postupcima prema čl. 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Zabrana diskriminacije) jer polazimo od pretpostavke da saznanja o ovome mogu biti ključna za razumijevanje problematike rada, kao i za pravilnu primjenu instituta domaćeg antidiskriminacijskog zakonodavstva, koje je utemeljeno na praksi Europskog suda za ljudska prava i europskom pozitivnom pravu.

Ključne riječi: *institut javnog bilježnika, kriteriji za izbor, prezaduženost, analiza poredbeno-pravnih iskustava.*

1. PRETPOSTAVKE ZA IZBOR JAVNOG BILJEŽNIKA: OPĆE NAZNAKE

U većini europskih zemalja, ustanovljena je organizacija javnog bilježništva po uzoru na tzv. *latinski notarijat*, u kojem država dio svojih (javnih) ovlaštenja prenosi na bilježnike.[1] S obzirom na to da je država povjerila notaru dio javnih ovlaštenja, njegova uloga u osiguravanju pravne sigurnosti je ključna. Štoviše, pravna sigurnost je temeljni pravnopolitički razlog uvođenja notarijata. Stoga moderna zakonodavstva ostvaruju pravnu sigurnost obavljanja javnobilježničke službe detaljnijim zakonodavnim uređenjem cjelokupne službe, a prvenstveno postavljanjem strogih legislativnih preduvjeta koje fizička osoba treba ispunjavati kao pretpostavku povjeravanja i pristupa javnobilježničkoj službi.

Općenito promatrani, preduvjeti se mogu klasificirati kao oni koji se odnose na državljanstvo; poslovnu i opću zdravstvenu sposobnost; profesionalne kvalifikacije; znanje jezika te dostojnost javnog povjerenja.[2] Činjenica da je povjerenje temelj položaja i ovlaštenja notara, od zakonodavaca se zahtijeva da predvidi izričito kao uvjet imenovanja dostojnost javnog povjerenja.

Navedenu tezu potvrđuje i činjenica kako je Konferencija notarijata Europske unije u veljači 1995. donijela Europski kodeks prava notarske profesije[3] koji utvrđuje važne zajedničke elemente i temeljna načela notarskog zanimanja za sve države članice, među kojima su i odredbe o dostojnosti povjerenja notarske službe.[4]

---

1 Notarijat latinskog tipa rasprostranjen je i u cijeloj Europi (Nizozemska, Francuska, Belgija, Luksemburg, Njemačka, Austrija, Španjolska, Portugal, Italija i Grčka, Njemačka, Češka, Slovačka, Poljska, Mađarska, Rumunjskoj, Estonija, Letonija, Latvija, Moldavija, Rusija, Albanija, Slovenija, Hrvatska, Makedonija, Bosna i Hercegovina) i u svijetu. Međutim, ni u Europskoj uniji profesija koju obavljaju notari nije uređena jedinstveno, ali ima niz zajedničkih točaka. Vidi RIJAVEC, Vesna, Uporednopravni pregled različitih formi notarijata u svetu, Pravnik, br. 11/12, 1996., str. 640. *et seq.* te SHAW, Gisela, The German notariat and the European challenge, International journal of the legal profession, vol 10., 2003., no 1, str. 38-54.

2 Nacionalni izvještaji o notarskoj službi u zemljama Jugoistočne Evrope, Njemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ), GmbH, Otvoreni Regionalni Fond za jugoistočnu Evropu - Pravna Reforma te Suizdavač Njemačko udruženje notara, Amos Graf, Sarajevo, 2009., str. 13., 59., 123., 159., 245. i 303.

3 On utvrđuje važne zajedničke elemente i temeljna načela notarskog zanimanja za sve države članice, a pri tomu nije pravno obvezujući.

4 Tako i u Hrvatskoj. Naime, čl. 13., st. 1. ZJB-a određuje da: (1) Za javnog bilježnika može biti imenovana osoba: 1. koja je državljanin RH, 2. koja ima poslovnu sposobnost i ispunjava opće zdravstvene uvjete za obavljanje sudačke službe; 3. koja je u RH diplomirala pravni fakultet ili koja je nostrificirala diplomu o završenom pravnom fakultetu izvan RH; 4. koja je položila pravosudni i javnobilježnički ispit; 5. koja ima, nakon položenog pravosudnog ispita najmanje pet godina radnog staža na pravnim poslovima; **6. koja je dostojna javnog povjerenja za obavljanje javnobilježničkog poziva;** 7. koja se obvezala da će, ako bude imenovana za javnog bilježnika, napustiti drugu naplatnu službu ili kakvo drugo naplatno zaposlenje ili članstvo u tijelu pravne osobe koja obavlja kakvu gospodarsku djelatnost; 8. koja aktivno vlada hrvatskim jezikom i drugim jezikom koji je službeni na području na kojemu treba obavljati javnobilježničku službu; 9. koja je dala izjavu da će, ako bude imenovana za javnog bilježnika, osigurati opremu i prostorije koje su prema kriterijima što ih je utvrdilo Ministarstvo, potrebni

2. POVIJESNI OSVRT NA KRITERIJ „DOSTOJNOSTI OBAVLJANJA JAVNOBILJEŽNIČKE SLUŽBE“

Povijesni razvoj kategorije „dostojnosti obavljanja javnobilježničke službe“ svjedoči kako dostojnost kao pojam nije samo etička kategorija, već i pretpostavka imenovanja javnih bilježnika koja je sadržana u nizu propisa.

Na južnoslavenskim prostorima „notari“[5] se pojavljuju najprije na području Dubrovnika (već u XI. stoljeću). Međutim, tu se radi samo o pisarima (tzv. kaptolima), a ne o notarima u njihovom suvremenom značenju.[6]

O implementaciji notarijata u Republici Hrvatskoj počinje se govoriti, kao o novoj djelatnosti, tek kada je austrijsko udruženje notara poduzelo određene korake u uvođenju notarijata na ovim prostorima.[7] Iako su se do sredine 20. stoljeća razlikovala

---

i primjereni za obavljanje javnobilježničke službe. **Smatra se da nije dostojna javnog povjerenja za obavljanje javnobilježničkog poziva** (čl. 13., st. 2. ZJB) osoba protiv koje je pokrenut kazneni postupak, koja je osuđena zbog kaznenog djela iz koristoljublja koje se goni po službenoj dužnosti, sve dok traju pravne posljedice osude, koja je odlukom stegovnog tijela lišena zvanja suca, državnog službenika, javnog bilježnika, javnobilježničkog prisjednika ili odvjetnika, dok ne prođu tri godine od dana lišenja zvanja, osoba iz čijeg ponašanja je moguće opravdano zaključiti da neće pošteno i savjesno obavljati javnobilježničku službu, **koja je prezadužena** i koja se nalazi pod stečajem (vidi *infra* fusnota 16.) ili je glavnim dioničarom ili glavnim nositeljem osnivačkih prava pravne osobe koja je pod stečajem. Nakon imenovanja javnog bilježnika Ministarstvo pravosuđa mora, primjenjujući t. 1. st. 1. čl. 21. ZJB-a sve dok traje služba javnog bilježnika, voditi računa o tomu postoje li još uvijek pretpostavke koje su bile uvjet za imenovanje.

5 Etimologija riječi notar je izvedenica od latinske riječi *„notarius“,* što znači *pisar.* Pojam *„notarius“* potječe od latinske riječi *„nota“,* što znači *zapis, zabilješka, napomena, stenograf.* Vidi ORUČ, Esad, Savremene tendencije u razvoju institucije notara, ANALI Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, vol. 8, 2011., str. 134.

6 Dio povjesničara začetke notarijata pronalazi u rimskom pravu, pa i u antici. Označava li navedeno doktrinarno stajalište miješanje notara s pisarom te predstavlja li pogrešan pristup, pitanje je koje zaslužuje dublje istraživanje. O tomu DABINOVIĆ, Antun, Hrvatska državna i pravna povijest, Matica hrvatska, Zagreb, 1940., str. 202., 228., 351., 373. te 433.; STIPIŠIĆ, Jakov, Razvoj splitske notarske kancelarije, Zbornik Historijskog instituta Jugoslavenske akademije, vol. 1, 1954., str. 111-123.; GRBAVAC, Branka, Notari kao posrednici između Italije i Dalmacije – studije, službe, seobe između dvije obale Jadrana, *Acta Histriae,* vol. 16, 2008., no. 4, str. 503-526.; GULIN, Ante, Hrvatski srednjovjekovni kaptoli - *loca credibilia* Dalmacije, Hrvatskog primorja, kvarnerskih otoka i Istre, Zagreb 2008.; BRATULIĆ, Josip, Javno bilježništvo u Hrvatskoj do 19. stoljeća, Javni bilježnik, vol. 13, 2009., br. 31, str. 19-21.; JELAVIĆ, Zoran, Pregled sačuvane građe javnih bilježnika na području Republike Hrvatske, Javni bilježnik, Zagreb, vol. 28., 2008., str. 58.; BEZMALINOVIĆ, Bonina, Notarijat u Dandolovoj Dalmaciji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 27., 1990., no. 2, str. 77-98.; DIKA, Mihajlo, Osvrt na povijesni razvoj europskog latinskoga javnog bilježništva, Zakon o javnom bilježništvu, (ur. Ivica Crnić, Mihajlo Dika), Zagreb, 1994., str. 29-40. MARGETIĆ, Lujo, O javnoj vjeri i dispozitivnosti srednjovjekovnih notarskih isprava s osobitim obzirom na hrvatske primorske krajeve, Radovi Instituta za hrvatsku povijest, 1973., str. 4., 5-79.

7 Cesarski patenat od 7. veljače 1858. kojim se bilježnički red od 21. svibnja 1855. uvodi u Galiciji, Velikoj vojvodini Krakovskoj i u Bukovini, zatim u Ugarskoj, Hrvatskoj, Slavoniji, Erdeljskoj i srpskoj Vojvodini s Banatom tamiškim, *Zemaljsko-vladni list za kraljevine Hervatsku i Slavoniju*, 1858., I razdiel, komad V., br. 27; Naredba ministarstva pravosudja od

uređenja javnobilježničke službe, koja su uglavnom posljedica različite državne pripadnosti hrvatskih zemalja, iz odredbi navedenih zakona, ali i tadašnje prakse,[8] vidljivo je kako je javno bilježništvo javna služba, a javni bilježnici su osobe dostojne javnog povjerenja. Međutim, iako je nadležnost javnih bilježnika bila detaljno uređena, teorija ukazuje kako je način njihova imenovanja ostavljalo prostora svojevoljnom postupanju nadležnih tijela koja su manipuliranjem javnobilježničkom službom rušile dostojnost obavljanju službe i u konačnici pridonijela ukidanju institucije javnih bilježnika.[9] Naime, odlukom AVNOJ-a 1944.[10] ukinuta je služba javnih bilježnika kao i javnobilježnička komora, čime su notari prestali s radom na cijelom području bivše jugoslavenske države.

Iako za socijalistički model uređenja države i društva notarijat nije bio karakterističan, prihvatile su ga sve zemlje tranzicije, pa i Hrvatska. Time je kriterij prezaduženosti kao prepreka dostojnom obavljanju javnobilježničke službe uveden **prvi put** u pozitivno pravo.[11] Zakonodavac je smatrao kako je nedostojna javnog povjerenja za obavljanje javnobilježničkog poziva osoba koja je prezadužena. Ta osoba nije mogla biti imenovana javnim bilježnikom (čl. 13., st. 2., t. 5. ZJB), ali isto tako javni bilježnik za kojeg je nakon imenovanja utvrđeno da je prezadužen morao je biti razriješen (čl. 21., čl. 1., st. 1. ZJB).[12]

---

25. lipnja 1859., kojom se obznanjuje dan, kojega će u Hervatskoj i Slavoniji u kriepost stupiti zakon o bilježničtvu, *ZVL*, 1859., razdiel I., komad XIV., br. 90. te Zakon od 13. prosinca 1886. kojim se valjanost previšnjeg patenta od 7. veljače 1858. kojim je uveden bilježnički red od 21. svibnja 1855. proteže na cielo područje kraljevinah Hrvatske i Slavonije, *Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju*, 1886., komad XVII., br. 58.

8 Što je značilo dostojanstvo proizlazi iz spisa o imenovanju dr. Avelina Stahuljaka za javnog bilježnika u Klanjcu 1905. u kojem stoji kako je "*(...) moralno i socialno ponašanje dr. Avelina Stahuljaka, odvjetnika u Klanjcu, stališu odgovarajuće, da je isti veoma radni, moralan odvietnik, koji preuzete poslove najvećom brzinom svršava, za svoje se stranke osobito zanima te neimade proti njemu pritužba, pa [je] ste strane vriedan i sposoban da bude imenovan kr. javnim bilježnikom u Klanjcu* (...)". Vidi KREŠIĆ, Mirela, Javno bilježništvo na hrvatsko-slavonskom pravnom području 1859.-1941., Časopis za suvremenu povijest, br. 1, 2010., str. 91-126. te *id.,* Zakon o javnim bilježnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930.: sudjelovanje javnog bilježnika u ostavinskom postupku – iskustva iz prošlosti, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 63, 2013., no. 2, str. 353-382.

9 Detaljnije KREŠIĆ, Mirela, Javno bilježništvo na hrvatsko-slavonskom… *cit*., str. 126.

10 Odluka o ukidanju javnih bilježnika i javno-bilježničkih komora od 17. studenog 1944. (Sl. list Demokratske Federativne Jugoslavije, knjiga I., br. 11/45.).

11 Vidi *supra* fusnotu 6. Kratka opća povijesna analiza kriterija prezaduženosti ukazuje da je isti ukazivao na stigmatizirajuća obilježja. Primjerice, osoba koja je prezadužena ne može obavljati crkvene funkcije. Tako Zakon o evangeličko-hrišćanskim i o reformovanoj hrišćanskoj crkvi u Kraljevini Jugoslaviji, (Sl. novine Kraljevine Jugoslavije, 17.4.1930.), čl. 19., st. 1. Štoviše, i danas pozitivno pravo kriterij prezaduženosti postavlja kao stigmatizirajući kriterij. Primjerice, u nasljednom pravu potomak se može lišiti nužnog dijela ako je prezadužen (čl. 88., st. 1. Zakona o nasljeđivanju, NN, br. 48/03., 163/03., 35/05. i 127/13.). Podrobnije o stigmi vezanoj za prezaduženost, EFRAT, Rafael, The Evolution of Bankruptcy Stigma, Theoretical Inquiries in Law, vol. 7, 2006., no. 1, str. 365-394.

12 Tu nam je zanimljiva i sudska praksa: „*Javni bilježnik, koji niz godina ne podmiruje svoje porezne obveze i pored pružene mogućnosti reprogramiranja duga, ne može uživati javno povjerenje*" (Upravni sud Republike Hrvatske, Us-1499/2005. od 19.05.2005.). Ipak, analizirajući

3. POJAM „PREZADUŽENOSTI“: DOKTRINARNA PROMIŠLJANJA I PRAKTIČNI PROBLEMI

Usprkos narasloj važnosti i raširenosti problema prezaduženosti (insuficientnosti), još uvijek ne postoji općeprihvaćena pravna definicija, kada govorimo o fizičkim osobama.[13] Niti jedan od pokazatelja prezaduženosti nije savršen i ne obuhvaća cjelokupni problem prezaduženosti.[14] Najzastupljenije su definicije u kojima se pri mjerenju prezaduženosti najviše koristi stopa zaduženosti koja je definirana kao postotak duga u odnosu na raspoloživi dohodak. Ovdje se javljaju problemi s definicijom dohotka, vezano uz vremensko razdoblje kojeg treba obuhvatiti.[15] Kao

obrazloženje navedene presude (dostupno na mrežnim stranicama Upravnog suda: http://www.upravnisudrh.hr/praksa/htm/05121.htm (12.10.2013.)), smatramo da je u konkretnom slučaju postojao razlog za razrješenje javnog bilježnika, ali iz navedenog obrazloženja, iako je norma (čl. 13., st. 1, t. 6. ZJB) pravilno izabrana te odgovara okvirnom činjeničnom stanju koje treba podvesti pod tu normu kao apstraktno pravilo, pri traženju konkretnog sadržaja i smisla norme (čl. 13., st. 2. ZJB) došlo je do nedosljedne interpretacije materijalnog prava jer nije navedeno koji je od šest (6) razloga iz st. 2., čl. 13. ZJB predstavljao kršenje dostojnosti obavljanja službe. Isto vidi *infra* fusnotu 16. i 112.

13 Tako DAVYDOFF, Didier, NAACKE, Grégoire, DESSART, Elodie, JENTZSCH, Nicola, FIGUEIRA, Filipa, ROTHEMUND, Marc, MUELLER, Wolf, KEMPSON, Elaine, ATKINSON Adele i FINNEY, Andrea, Towards a Common Operational European Definition of Overindebtedness, Directorate - General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit, Inclusion, Social Policy Aspects of Migration, Streamlining of Social Policies, European Commission, 2008.

14 Ako analiziramo ZJB iz nomotehničke perspektive, možemo reći da ima propusta, a jedan od njih je i što ne definira kriterij prezaduženosti (isto vidi *infra* fusnotu 112). Navedeni kriterij je definiran Stečajnim zakonom (NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12.) čl. 4., st. 11. te Zakonom o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12., 144/12., 81/13. i 112/13.) čl. 16., st. 1., t. 2. i st. 4. kao stečajni razlog koji postoji kada je riječ o pravnim osobama koje obavljaju djelatnost radi stjecanja dobiti. Pravne osobe su dužne voditi poslovne knjige. Oni ih, u pravilu, vode po načelima nepromjenjivog zapisa o nastalom poslovnom događaju, pa se iz bilance i računa dobiti i gubitka lako može utvrditi prezaduženost pravne osobe. Štoviše, ZJB u čl. 13., st. 2., t. 6. određuje da javni bilježnik ne može biti osoba „*koja se nalazi pod stečajem*“. Takvim nomotehničkim previdom i suprotno načelu pravne sigurnosti, zakonodavac, uz mnoge nedorečenosti, rabeći zakonodavnu konstrukciju „*koja se nalazi pod stečajem*“ implicira na institut stečaja nad imovinom fizičkih osoba, potrošača. S takvom primjenom pravne terminologije u znatnoj se mjeri doprinosi neučinkovitom provođenju propisa kao i pravnoj nesigurnosti uopće. Stoga kako je odnos između pravnih pojmova daleko kompliciraniji negoli je taj odnos u svakodnevnom govoru, jezičnoj konstrukciji „*koja se nalazi pod stečajem*“ treba prigovoriti jer bi se njenom eventualnom uporabom, samo za potrebe jednoga zakona, ZJB-u, uveo novi pravni pojam pa i novi pravni institut potrošačkog stečaja koji u pozitivno pravo nije (još) implementiran. Vidi BODUL, Dejan, Osobni stečaj - globalni trend i hrvatska perspektiva, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, 2011., br. 1. str. 351-377.

15 Primjerice, zadnjim izmjenama 2005. američki Stečajni zakonik (*Bankruptcy Code - Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, Pub. L. No. 109-8.*) uzima u obzir prosječni mjesečni prihod, odnosno prosjek dužnikovih mjesečnih prihoda u posljednjih šest mjeseci prije podnošenja prijedloga za pokretanje postupka potrošačkog stečaja (par. 101., st. (10.A), 11 U.S.C.) što može biti predmet niza zlouporaba.

dopunski pokazatelji koriste se podaci o kašnjenju plaćanja, veličini duga, broju kredita koji se otplaćuju te broju članova kućanstva.[16]

4. POREDBENA ISKUSTVA ILI ZAŠTO JE HRVATSKI ZAKONODAVAC USAMLJEN U KRITERIJU „PREZADUŽENOSTI“?

Analizirajući suvremene težnje u razvoju službe javnih bilježnika svjedoci smo pokušaja usklađivanja javnobilježničkog prava na području europskog prava, gdje je postalo ključno pitanje pristupa, odnosno kriterija za izbor. Štoviše, poredbenom pravnom analizom deontologije javnobilježničke službe vidimo da zakonodavci ostvaruju pravnu sigurnost javnobilježničke službe preciznim postavljanjem uvjeta koje kandidat treba ispunjavati kako bi mu bila povjerena javnobilježnička služba.

Tako je i u zemljama nastalim raspadom SFRJ uveden notarijat latinskoga tipa.[17] Prvo je uveden u Republici Sloveniji (1994.). Iako slovenski zakonodavac propisuje kumulativne kriterije koje osoba mora ispunjavati kako bi se mogla kandidirati za javnog bilježnika, ne propisuje prezaduženost kao kriterij, odnosno zapreku za obavljanje javnobilježničke službe.[18] Makedonski,[19] albanski,[20] crnogorski,[21] bosanski,[22] mađarski[23] zakonodavac, zakonodavac Republike Srpske[24] te Distrikta Brčko[25] također je povjerio notaru javna ovlaštenja prepoznajući njegovu važnu ulogu u osiguravanju pravne sigurnosti i stvaranju učinkovite preventivne pravne zaštite. Međutim, niti jedno od navedenih uređenja ne propisuje kriterij prezaduženosti kao zapreku za obavljanje javnobilježničke službe.[26]

16 Tako i podrobnije BEJAKOVIĆ, Predrag, Osobna prezaduženost, Projekt - Partnerstvo za socijalnu uključenost, Institut za javne financije, Zagreb, 2010., str. 5., 10.

17 Detaljnije BAROŠ, Predrag, Uloga notara u pravu privrednih društava, Pravni fakultet, Novi Sad, 2012., str. 1-50. Isto svakako treba vidjeti Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 63, 2013., no. 2, koji je u cijelosti posvećen institutu javnog bilježnika, a posebno rad POVLAKIĆ, Meliha, Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini, str. 245-310.

18 Zakon o notariatu (Ur. list RS, br. 2/07., 33/07.-ZSReg-B, 45/08. i 91/13.), čl. 8. Podrobnije RIJAVEC, Vesna, Uloga notara u građanskom pravu Slovenije, ANALI Pravnog fakulteta u Beogradu, vol. 58, 2010., no. 1, str. 108-129.

19 Закон за вршење на нотарските работи (Сл. весник на РМ, бр. 55/07., 86/08., 139/09. и 135/11.), čl. 9.

20 Zakon o notarima (br. 7829., 7920., 8790., 9216., 10137. i 10491.), čl. 2.

21 Zakon o notarima (Sl. list RCG, br. 68/05. i 49/08.), čl. 12.

22 Zakon o notarima (Sl. novine Federacije BiH, br. 45/02.), čl. 26.

23 1991. évi XLI. törvény a közjegyzőkről. (KJT), čl. 1.

24 Zakon o notarima (Sl. glasnik Republike Srpske, br. 86/04., 2/05. 74/05., 91/06., 50/10. i 78/11.), čl. 20.

25 Zakon o notarima (Sl. glasnik Brčko Distrikta, br. 9/03. i 17/06.), čl. 5.

26 Srbija je Zakon o javnom bilježništvu donijela 2011. (Zakon o javnom beležništvu, Sl. list RS, br. 31/11., 85/12. i 19/13.) i trebalo je početi s primjenom 2012., ali je ona odgođena za 1. ožujka 2013., a zatim za 1. rujna 2014. Kao razlog za odgodu Vlada je navela da nije moguće osigurati uvjete za primjenu tog zakona jer je nedovoljan broj kandidata položio javnobilježnički ispit, što je uvjet za raspisivanje natječaja i imenovanje javnih bilježnika te za osnivanje Javnobilježnička komore. U čl. 25., navodeći uvjete za imenovanje javnog bilježnika,

Uočljivo je da se uvjeti za imenovanje javnih bilježnika u manjoj mjeri razlikuju u zemljama razvijenog notarijata od onih koje su tek uvele notarsku službu.[27] Ipak, analizom uvjeta za imenovanje javnih bilježnika u zemljama Europske unije vidimo da ne postoji kriterij prezaduženosti.[28]

5. ŠTO JE ZAPRAVO JAVNI BILJEŽNIK: MEĐUSOBNA KOMPLEMENTARNOST POJMOVA „SUD" I „JAVNI BILJEŽNIK" U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Analizirajući položaj javnog bilježnika u europskom poredbenom pravu zaključujemo da je osnovni cilj primjene navedenog instituta jačanje pravne sigurnosti, zaštita javnog interesa, rasterećenje sudova te stvaranje pretpostavki za učinkovitiji rad sudova pune jurisdikcije. To se ostvaruje objektiviziranim uvjetima za obavljanje i prestanak te službe, samostalnošću i nezavisnošću njezinih nositelja te strogim postupkom imenovanja. Možemo zaključiti da je to bio i cilj te razlog uvođenja instituta javnog bilježništva u Republici Hrvatskoj, kao i u susjednim zemljama.

Ipak teoretičari anglosaksonskog prava uporište nalaze u analizi transakcijskih troškova, odnosno ekonomskoj analizi prava, prvenstveno Čikaške škole te podacima Svjetske banke i *Doing business* analizama, izražavaju skepticizam prema

zakonodavac ne navodi kriterij prezaduženosti.

27 Vidi KNEŽIĆ-POPOVIĆ, Dragana, Notar kao činilac pravne sigurnosti – savremeni aspekti, 6. Nauči skup sa međunarodnim učešćem, Sinergija 2010., str. 1-9.

28 Primjerice, belgijski Zakon o javnim bilježnicima (La loi modifiant la loi du 25 ventôse an XI, du 4 mai 1999 (Moniteur belge du 1octobre 1999), čl. 1. i 2.); talijanski Zakon o javnim bilježnicima (La legge 16 febbraio 1913, n. 89 (Gazzetta ufficiale n. 55 del 7 marzo 1913), čl. 5.); engleski Zakon o javnim bilježnicima (Public Notaries Act 1843, c. 90), čl. 1. koji upućuje na Courts and Legal Services Act 1990 (c. 41, SIF 76:1), s. 125(7), Sch. 20; S.I. 1991/1364, art. 2, Sch.); njemački Zakon o javnim bilježnicima (Bundesnotarordnung (BNotO), BGBl. III br. 303-1., zadnje mijenjan Zakonom od 23.7.2013, BGBl. I S 2586, čl. 6.); francuski Zakon o javnim bilježnicima (Loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) contenant organisation du notariat (Ordonnance n° 45- 2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat e Décret n° 45- 0117 du 19 décembre 1945 pris en application de l'ordonnance du 2 novembre 1945.), čl. 1. i 2.); švedski Zakon o javnim bilježnicima (Lag (1981:1363) om notarius publicus, Förordning (1982:327) om notarius publicus, čl. 3.); austrijski Zakon o javnim bilježnicima (Notariatsordnung (NO) RGBl. Nr. 75/1871, zadnja izmjena BGBl. I Nr. 190/2013, čl. 6.), litvanijski Zakon o javnim bilježnicima (Dėl notarų imamo atlyginimo už notarinių veiksmų atlikimą, sandorių projektų parengimą, konsultacijas ir technines paslaugas laikinųjų dydžių patvirtinimo 1996 m. rugsėjo 12 d. Nr. 57, Nr. 28-810; 1998, Nr. 49-1329, čl. 3.), španjolska Uredba o javnim bilježnicima (Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, «BOE» núm. 189, de 7 de julio de 1944, páginas 5225 a 5282 (58 págs.), čl. 6.), bugarski Zakon o javnim bilježnicima (Закон за нотариусите и нотариалната дейност (Загл. изм. - дв, бр. 123 от 1997 г. изм. и доп. дв. бр.95 от 4 Декември 2012.), čl. 8. Isto vidi ZIMMERMANN, Stefan, SCHMITZ-VORNMOOR, Andreas, Javnobilježnička služba u Europskoj uniji - Filozofija struke i trendovi razvoja, harmonizacija i ujednačavanje, Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, vol. 59, 2009., no. 6, str. 1217-1250.; KNEŽIĆ-POPOVIĆ, Dragana, Javno beležništvo u evropskim zemljama: iskustva i razlike, Pravni život, vol. 10, 1998., str. 791-803. dostupno na: http://www.notaries-directory.eu/ (12.07.2013.).

javnobilježničkoj službi.[29] Međutim, to je još jedno europsko–američko sučeljavanje, a stav je autora kako je hrvatska pravna tradicija dio kontinentalne tradicije[30] te da se pravno transplantiranje u anglosaksonsko pravo nije pokazalo uspješnim. Naime, kontinentalni i anglosaksonski pravni sustav se tradicionalno razlikuju, pa tako i institut javnog bilježnika nije jednako organiziran i nema isti značaj u kontinentalnoj i anglosaksonskoj pravnoj tradiciji.

Kako Ugovor o osnivanju Europske unije ne uređuje materiju notarijata,[31] a s obzirom na različitu tradiciju i brojne raznolikosti u pogledu organizacije notarijata europskih zemalja, Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija)[32] možemo promatrati kao začetak razvoja zajedničkoga pravnog sustava država-ugovarateljica, kojem nacionalni zakoni moraju biti podređeni. Stoga pri primjeni i tumačenju Europske konvencije mora se voditi računa o sudskoj praksi na europskoj razini, budući da Europski sud za ljudska prava za ljudska prava (dalje: Sud za ljudska prava) tumači nacionalne propise. U navedenom kontekstu i pojam „*suda*“ koji je naveden u čl. 6., st. 1.,[33] Europske konvencije ne treba nužno shvatiti kao da označava sud „*u klasičnom smislu*“ riječi, koji je integriran u standardni sudski aparat određene zemlje. Naime geneza pojma sud potvrđuje tezu kako je Europska konvencija živući instrument, odnosno da se praksa Suda za ljudska prava vezana uz čl. 6. i pojam „suda“ stalno razvija te da danas obuhvaća još uvijek rastući raspon sudskih te, nama bitnih, izvansudskih postupaka. U navedenom kontekstu nesporno je da za koncept nezavisnog i nepristranog „suda“ postoji široka i ustaljena sudska praksa u skladu s kojom možemo zaključiti da funkcija javnog bilježnika potpada pod pojam „*suda*“. Ipak, koncept „*suda*“ treba zadovoljiti i druge kriterije, prvenstveno kriterij

29 Vidi CLOSEN, Michael L.,DIXON, III, G. Grant, Notaries public from the time of the Roman Empire to the United States, today and tomorrow, North Dakota Law Review, vol. 68., 1992., str. 873.-896.

30 SHAW, Gisela, op. cit., str. 38. *et seq*.

31 S aspekta usklađivanja notarskog prava u Europskoj uniji niz je otvorenih pitanja, a jedno od njih je i pitanje državljanstva kao opće zastupljenog uvjeta za obavljanja javnobilježničke službe. Naime, sloboda kretanja radnika jedna je od temeljnih sloboda na kojima počiva Europska unija (član 45. Ugovora o Europskoj uniji (pročišćena inačica 2012.), Sl. list C 326, 26.10.2012.). Države članice dužne su omogućiti provođenje te slobode i spriječiti diskriminaciju radnika na temelju državljanstva. No, postavlja se pitanje imaju li države članice ipak pravo, u određenim slučajevima, ograničiti slobodu kretanja odnosno u našem slučaju potpada li služba javnih bilježnika pod javnu službu ili pod zajedničko tržište. Primjerice, talijanski zakonodavac je izmjenama Zakona o javnom bilježništvu (izmjene od 24. travnja 2006.) izmijenio uvjet državljanstva, predviđajući u čl. 5. da kandidat treba biti talijanski državljanin ili državljanin druge države članice Europske unije. Štoviše, takvo je stajalište i Komisije. Na istom tragu su i presude Europskog suda pravde (Commission v Belgium, Germany, Greece, France, Luxembourg and Austria: C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08.). Ipak autori, bez detaljnijeg analize problema, smatraju da se time neuvažavaju nacionalne različitosti kao i regionalne pravne tradicije koje su svakako dio proklamiranih sloboda u EU.

32 Europska konvencija 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 u tekstu: Europska konvencija.

33 ″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. (...)*″

„*nezavisnosti*"[34] i „*nepristranosti*".[35] Dakle, pojam „*sud*" u čl. 6., st. 1. treba shvatiti 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 zakonima. U usporedbi s „tradicionalnom" sudskom funkcijom, za koju ga vezuje činjenica da je javna služba kojoj je država povjerila dio svojih ovlaštenja u sastavljanju javnih isprava i da je funkcionalno dio izvanparničnog (preventivnog) sudstva, osnovna je razlika što javni bilježnik ne donosi autoritativne odluke u sporovima (čl. 4., st. 1. ZJB). Prema tomu, tijela koja nisu sudovi u *tradicionalnom smislu riječi* mogu vršiti funkcije koje odlučujuće utječu na građanska prava, odnosno činjenica da tijelo ima druge uloge osim sudske ne znači nužno da ono nije „*sud*".

34 Sud za ljudska prava pri razmatranju nezavisnosti uzima u razmatranje sljedeće kriterije: način postavljanja i trajanje mandata, postojanje garancija protiv vanjskog pritiska i pitanje ostavlja li to tijelo dojam nezavisnosti. U kontekstu javnobilježničke službe nezavisnost službe se ostvaruju kroz objektivizirane uvjete za obavljanje i prestanak službe, postupak imenovanja, kao i vezanosti javnog bilježnika za službeno sjedište (tzv. nepremjestivost službe). Nezavisnost bilježnika, moramo analizirati i iz perspektive ekonomske nezavisnosti, koja je ovisna o vrsti i količini sačinjenih javnih isprava. Stoga broj bilježnika uvijek kontrolira država (tzv. *numerus clausus)*. Ostvarenjem navedenih načela nezavisnosti, uz visoku razinu stručne naobrazbe (položen pravosudni ispit, pet godina iskustva u struci poslije toga i položen specijalizirani javnobilježnički ispit), poštovanje zakonitosti i autoritet zbog posla kojeg javni bilježnik vrši, rezultiraju postojanjem javnog povjerenja u ovu instituciju. Štoviše, pravila usmjerena na osiguravanje nezavisnosti u svim latinskim modelima javnog bilježništva su stroga i brojna. Ipak nezavisnost javnog bilježnika ne znači da on ne podliježe kontroli i da ne odgovara za svoj rad jer u slučaju kršenja službene dužnosti, nezavisno o kaznenoj i prekršajnoj odgovornosti, bilježnici podliježu i disciplinskoj odgovornosti, koja, među ostalim, može rezultirati i trajnim udaljenjem iz službe. Detaljnije UZELAC, Alan, Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, 2010., no. 1, str. 101-148.

35 Zahtjev Suda za ljudska prava da „*sud*" treba biti „*nepristran*" u nekim aspektima se preklapa sa zahtjevom da bude nezavisan, osobito ako je u pitanju utjecaj stranaka, ali i drugih tijela. Sud za ljudska prava usvojio je dvojaki pristup ovome pitanju, razmatrajući: a) je li sud *subjektivno nepristran* u smislu da su njegovi članovi nepristrani odnosno polazi se sa stajališta da su „suci" nepristrane osobe ako se ne dokaže suprotno te b) postoji li, s „*objektivne točke gledišta"*, dovoljan dojam nepristranosti te jesu li jamstva za nepristranost u danoj situaciji takva da isključuju bilo kakvu legitimnu sumnju o tom pitanju. Dakle, nepristranost se određuje kao odsustvo svakog opredjeljenja. Odgovor na pitanje o javnobilježničkoj nepristranosti može se dati kroz prizmu profesionalne deontologije koja definira okvir ponašanja javnih bilježnika te kroz pravnu normu o apsolutnoj ili relativnoj obvezi izuzeću javnih bilježnika koja je u osnovi jednaka pravilima o izuzeću sudaca u hrvatskom pozitivnom pravu. Uvažavajući subjektivni i objektivni test, javnobilježničku nepristranost određuje i samo pravno uređenje ove službe jer nepoštovanje obveze nepristranosti pri savjetovanju približilo bi javnog bilježnika ulozi odvjetnika koji nema ovu obvezu, a to bi značilo iščezavanje instituta javnog bilježništva i snage vjerodostojnosti javnobilježničkih isprava. Podrobnije JANIS, W., Mark, *et al.,* European Human Rights law, Text and materials, Oxford, Oxford University Press, 2008., str. 783. *et seq.*

6. ZABRANA DISKRIMINACIJE PREMA IMOVINSKOM KRITERIJU – KRITERIJU PREZADUŽENOSTI

Sva zanimanja, tako i sudstvo i javno bilježništvo, karakterizira postojanje ograničenja za ulazak, odnosno jedan ili više propisa koji ograničavaju ulazak u profesiju. Ta ograničenja ulaska mogu biti kvalitativne (primjerice, određeni ispiti i kvalifikacije) i kvantitativne prirode (primjerice, *numerus clausus* radnih mjesta) te se odnositi na određene osobne karakteristike kandidata (primjerice, državljanstvo, vladanje hrvatskim jezikom), ali nikako prezaduženost. Naime, prezaduženost je u većini europskih zemalja povezana s neuspjehom i stečajem. Izraz prezaduženost ima stigmatične konotacije jer stavlja krivnju na osobu dužnika. Stečaj je ponižavajući i osoba može smanjiti svoje samopoštovanje osjećajem pojačanog neodobravanja drugih. Prema tomu, ideja da prezaduženim osobama treba dati „lekciju" koju neće zaboraviti, ne uklapa se u ekonomski pristup prema konceptu prezaduženosti. Štoviše, na primjeru kriterija prezaduženosti možemo vidjeti opasnost donošenja odluka o zabrani prijema u službu pod utjecajem skrivenih društvenih predrasuda kojima se pridonosi učvršćivanju podređenog društvenog položaja određene društvene skupine, u konkretnom slučaju prezaduženih pojedinaca.[36] Stoga će se u nastavku analizirati praksa Europskog suda u postupcima po čl. 14. Europske konvencije (Zabrana diskriminacije). Namjera je da se razjašnjavanjem pravnih instituta koji su nastali kao rezultat dugogodišnje prakse i sagledavanjem njihovog međusobnog odnosa dođe do saznanja o pravno-logičkom mehanizmu odlučivanja Europskog suda te uvidi predstavlja li kriterij prezaduženosti, kao zapreka obavljanju javnobilježničke službe, diskriminaciju.[37]

6.1. Zabrana diskriminacije prema čl. 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda

Članak 14.[38] Europske konvencije središnja je odredba konvencijskog prava vezana uz zabranu diskriminacije budući da je prihvaćena u svih 47 država stranaka Europske konvencije. Iako članak 14. ne uređuje klasično materijalno konvencijsko pravo, sadržan je u I. odjeljku Europske konvencije, među odredbama kojima se

36 U navedenom kontekstu američki zakonodavac je otišao korak dalje i zabranio takvo postupanje. Vidi McGILL, Morman, The Prohibition on Discrimination Toward Bankrupt Employees: Congress Extends the Prohibition into The Private Sector by the Adoption of 11 U.S.C. § 525(b), Bankruptcy Development Journal, vol. 3., 1986., str. 641. *et seq.*

37 Svakako vidi, OMEJEC, Jasna, Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 59, 2009., no. 5, str. 873–979.

38 Europska konvencija 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.:
Zabrana diskriminacije
Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.

uređuju konvencijska prava. Članak 14. ne sadržava definiciju diskriminacije.[39] Osnove na kojima se zabranjuje diskriminacija u čl. 14. Europske konvencije navedene su kao primjeri. To je potvrdio i Europski u predmetu *Engel i drugi protiv Nizozemske,*[40] utvrđujući da je popis osnova naveden u čl. 14. ″ilustrativan, a ne iscrpljen, na što upućuje izričaj bilo koja osnova.″[41] Temeljem toga može se zaključiti kako se bilo koji kriterij razlikovanja može ispitati prema čl. 14., bez obzira je li on naveden ili nije među zabranjenim osnovama diskriminacije u okviru međunarodne zaštite ljudskih prava.[42]

Čl. 14. je srž odredbe o nediskriminaciji Europske konvencije, a njegova je svrha zaštita pojedinaca od diskriminacije u uživanju prava i sloboda koje štite odredbe Europske konvencije i njezini protokoli. Međutim, čl. 14. nije samostalno pravo jednakosti već zavisna odredba čije je područje primjene ograničeno na prava navedena u Europskoj konvenciji.[43] Zahtjevi temeljem čl. 14. istaknuti Europskom sudu moraju se odnositi na diskriminaciju u uživanju drugih prava Europske konvencije poput prava na privatni život, obiteljski život i sl. Na čl. 14. se poziva u vezi s takvim drugim pravima Europske konvencije, a zabrana diskriminacije može se smatrati dijelom (ili dopunom) svake temeljne odredbe prava u Europskoj konvenciji. Posljedica ograničenog polja primjene čl. 14. je, ako činjenice o kojima je riječ nisu unutar opsega nekog prava Europske konvencije, onda ne postoji utočište u Europskoj konvenciji.[44]

6.1.1. Nesamostalna pravna egzistencija čl. 14.

Kao što je već navedeno čl. 14. Europske konvencije nema samostalnu egzistenciju: ne postoji pravna mogućnost da u postupku pred Europskim sudom u konkretnom predmetu bude utvrđena njegova samostalna povreda. Govori se o ″neautonomnoj prirodi″ čl. 14. Europske konvencije. U presudi *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[45] Europski sud ponovio je svoje ustaljeno stajalište o značenju i dosegu čl. 14.:

39 U čl. 1., st. 2. i 3. hrvatskoga Zakona o suzbijanju diskriminacije (NN, br. 85/08., 112/12.), diskriminacija se definira kao stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po nekoj diskriminatornoj osnovi, kao i osobe povezane s njom rodbinskom ili drugim vezama. Diskriminacijom se smatra i stavljanje neke osobe u nepovoljniji položaj na temelju pogrešne predodžbe o postojanju neke diskriminatorne osnove.

40 *Engel i drugi protiv Nizozemske*, presuda, 8. lipnja 1976., br. 5100/71., 5101/71., 5102/71., 5354/72. i 5370/72.

41 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis, Zagreb, Novi informator, 2013., str. 1297.

42 SCHUTTER, Olivier, The prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Luxembourg, 2011., str. 15.

43 Vidi, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80 9473/81 9474/81.

44 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom o ljudskim pravima (članak 14.), Priručnik za odvjetnike, London, Inter-rights, 2008., str.5-6.

45 *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80 9473/81 9474/81.

"Prema utvrđenoj praksi Europskog suda, čl. 14. dopunjuje ostale materijalne odredbe Europske konvencije i protokola. On ne postoji samostalno, budući da ima učinak jedino u vezi s uživanjem prava i sloboda zajamčenih tim odredbama. Iako primjena čl. 14. nužno ne pretpostavlja povredu tih odredaba – i do te je mjere (on) samostalan – ne može biti prostora za njegovu primjenu, osim ako činjenice o kojima je riječ ne potpadaju pod djelokrug jedne ili više potonjih …"

Podrobnije obrazloženje djelokruga čl. 14. Europske konvencije Veliko vijeće dalo je u presudi *E.B. protiv Francuske*:[46]

"… Primjena čl. 14. ne predstavlja nužno povredu nekog materijalnog prava zaštićenog Europskom konvencijom. Potrebno je, ali ujedno i dovoljno da činjenice predmeta budu unutar okvira jednog ili više članaka Europske konvencije …

Zabrana diskriminacije zajamčena je čl. 14., prema tome, proteže se preko uživanja prava i sloboda za koje Europska konvencija i pripadajući protokoli zahtijevaju da ih osigura svaka država. Primjenjuje se također, na ona dopunska prava koja je država dobrovoljno odlučila osigurati, a koja spadaju unutar općeg okvira bilo kojeg članka Europske konvencije."

Europski sud zaključio je u predmetu *Schmidt i Dahlström protiv Švedske*[47] da je postojanje slabe i tanke veze između čl. 14. Europske konvencije i nekog materijalnog prava koje proizlazi iz Europske konvencije dovoljno da bi se aktivirao čl. 14.[48]

6.1.2. Autonomna priroda čl. 14.

Ipak, postoji jedan aspekt autonomnosti čl. 14. Europske konvencije (uvijek u vezi s određenim člankom Europske konvencije koji uređuje neko konvencijsko pravo) unatoč tomu što prethodno nije pronašao povredu samog tog članka ili je utvrdio da taj članak nije povrijeđen.[49] Na takvu mogućnost prvi put je upozoreno u predmetu *Marckx protiv Belgije*.[50] Tu je Europski sud naveo da čl. 14. "ne postoji samostalno budući da ima učinak isključivo u vezi s uživanjem prava i sloboda koje čuvaju ostale temeljne odredbe."

Međutim, može doći do povrede čl. 14. (u vezi s nekim materijalnim pravom) čak i kada materijalno pravo nije povrijeđeno. Iako čl. 14. sam po sebi ne utvrđuje nezavisno pravo, praksa Europskog suda dala mu je autonomni značaj. To znači da, iako se na čl. 14. ne može samostalno (tj. nezavisno) pozvati, moguće je da Europski sud utvrdi povredu čl. 14. nakon što donese odluku o tomu da nije bilo povrede neke materijalne odredbe. Ovo se pitanje prvi put pojavilo u *Belgijskom jezičnom predmetu.*[51] Belgija je tvrdila da čl. 14. omogućuje samo podređenu zaštitu, drugim

46 *E.B. protiv Francuske*, presuda, 22. siječnja 2008., br. 43546/02.

47 *Schmidt i Dahlström protiv Švedske*, presuda, 6. veljače 1976., br. 5589/72.

48 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda… *cit.*, str. 1297-1298.

49 *Loc. cit*.

50 *Marckx protiv Belgije*, presuda, 13. lipnja 1979., br. 6833/74.

51 Belgijski jezični predmet (Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in belgium" v. Belgium), presuda, 23. srpnja 1968., br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

riječima da se čl. 14. može primijeniti samo kada je materijalno pravo s kojim se ističe povreda čl. 14., povrijeđeno. Europski sud je naveo:

"Tako je točno da jamstvo čl. 14 ne postoji samostalno u smislu da se u skladu s uvjetima čl. 14. odnosi isključivo na prava i slobode određene u Europskoj konvenciji, mjera koja je sama po sebi u skladu sa zahtjevima članka koji čuva određeno pravo ili slobodu može međutim dovesti do povrede tog članka kada se čita u vezi sa čl. 14. zbog razloga što je diskriminacijske prirode."

U ovom predmetu Belgija je povrijedila čl. 14.[52]

U presudi *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[53] Europski sud je to pravilo formulirao ovako: čl. 14. autonoman je *"do mjere do koje primjena čl. 14. nužno ne pretpostavlja povredu materijalnih konvencijskih odredaba."*

Europski sud ujedno je odbacio tezu da ne može doći do povrede čl. 14. Europske konvencije kada se prethodno već utvrdi da je u konkretnom predmetu povrijeđen neki članak Europske konvencije koji sadržava materijalno konvencijsko pravo. Kad bi se prihvatio takav pristup, povrede članaka Europske konvencije koje sadržavaju materijalna konvencijska prava uzdigle bi se iznad bilo kojeg prigovora o učinjenoj diskriminaciji. Sukladno tomu u konkretnom predmetu mogu biti kumulativno utvrđeni različiti tipovi povreda. Uzme li se kao primjer čl. 8. Europske konvencije (Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja) mogu se razlikovati dvije pravne situacije. Prvo, može doći do dviju zasebnih povreda: povrede čl. 8. i istodobno do zasebne povrede čl. 14. u vezi s čl. 8. Europske konvencije (14.+8.). Drugo, može doći samo do povrede čl. 14. u vezi s čl. 8., a da sam čl. 8. ne bude povrijeđen.[54]

Čl. 14. ne obuhvaća samo one elemente nekog prava koje je država prema Europskoj konvenciji obvezna jamčiti te koji su time podređeni ispitivanju Europske konvencije. Široko tumačenje opsega "glavne" odredbe dovodi do proširenja mjerodavnosti čl. 14.[55]

Zaključno možemo reći kako bi se dokazala povreda čl. 14. u vezi s nekim materijalnim pravom iz Europske konvencije, podnositelj zahtjeva ne mora istaknuti povredu tog materijalnog prava. Dovoljno je da se iznese povreda čl. 14. u vezi s tim materijalnim pravom.[56]

6.1.3. Supsidijarnost čl. 14. Europske konvencije

Ispitivanje navodne povrede čl. 14. u vezi s nekim materijalnim konvencijskim pravom u praksi Europskog suda u pravilu uvijek slijedi tek nakon što taj sud prvo ispita je li povrijeđen članak Europske konvencije koji sadržava to materijalno

52 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom …, *op. cit.,* str. 6-7.

53 *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80 9473/81 9474/81.

54 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda… *cit.,* str. 1298-1299.

55 *Gaygusuz protiv Austrije*, presuda, 16. rujna 1996., br. 17371/90.

56 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom …, *op. cit.,* str. 7-8.

pravo.[57] Ako se ustanovi da je došlo do povrede materijalne odredbe, Europski sud ne razmatra uvijek odvojeno tvrdnju povrede temeljem čl. 14., zbog toga što se navodi podnositelja odnose na iste prigovore, samo sagledane iz drukčijeg ugla, tako da nema nikakve ″pravne svrhe″ da se o tomu donosi posebna odluka. Takvo je svoje postupanje Europski sud opisao u presudi *Airey protiv Irske*,[58] kao posljedicu supsidijarne naravi čl. 14.

Ostaje odgovoriti na pitanje: U kojim slučajevima Europski sud ipak nastavlja ispitivati navodnu povredu čl. 14. u vezi s materijalnom odredbom za koju je već prethodno utvrdio da je povrijeđena?

6.1.3.1. Mjerilo temeljnog aspekta predmeta

Europski sud ne ispituje navodnu povredu čl. 14. ako je utvrđena zasebna povreda materijalnog prava, osim ako se ne radi o jasnoj nejednakosti u postupanju[59] koja je temeljni aspekt predmeta.[60] Svoje stajalište o temeljnom aspektu predmeta Europski sud iznio je u presudi *Airey protiv Irske*[61] gdje se radilo o navodnoj povredi čl. 14. u vezi s čl. 6., st. 1.:

″Čl. 14. ne postoji nezavisno; on konstituira jedan konkretan element (zabranu diskriminacije) svakog pojedinačnog prava zajamčenog Europskom konvencijom … Članci kojima se jamče ta prava mogu biti povrijeđeni zasebno i/ili u vezi s čl. 14. Ako Europski sud ne utvrdi odvojenu povredu jednog od tih članaka na koje se podnositelj pozvao zasebno i u vezi s čl. 14, … mora ispitati predmet i sa stajališta posljednjeg članka (čl. 14.). S druge strane, takvo ispitivanje općenito se ne zahtijeva kada Europski sud utvrdi povredu prethodnog članka (čl. 6., st.1.) zasebno. Situacija je drugačija ako jasna nejednakost u postupanju kod uživanja prava o kojemu je riječ je temeljni aspekt predmeta, ali to se ne primjenjuje na povredu čl. 6., st. 1. … koja je utvrđena u ovom postupku; sukladno tome Europski sud ne nalazi shodnim ispitati predmet i po čl. 14. …″

Za razliku od predmeta *Airey protiv Irske*, u predmetu *Katolička crkva u Kaneji protiv Grčke*[62] Europski sud ispitao je i navodnu povredu čl. 14. u vezi s čl. 6., st. 1. nakon što je već prethodno utvrdio samostalnu povredu čl. 6., st. 1.:

″Imajući u vidu svoj zaključak utemeljen na čl. 6., st. 1. Europske konvencije, Europski sud smatra da je povrijeđen i čl. 14. u vezi s čl. 6., st. 1. jer nije izneseno nikakvo objektivno ni razumno opravdanje za takvu razliku u postupanju.″

Konačno, za razliku od vijeća Prvog odjela Veliko vijeće razmatralo je predmeta *Oršuš i drugi protiv Hrvatske*[63] isključivo s aspekta povrede čl. 14. u vezi s čl. 2.,

57 Vidi, *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 24. veljače 1983.

58 *Airey protiv Irske*, presuda, 9. listopada 1979., br. 6289/73.

59 Vidi, *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 24. veljače 1983., br. 7526/76, *Assenov protiv Bugarske*, 28. listopada 1998., *Velikova protiv Bugarske*, presuda, 18. svibnja 2000., br. 41488/98 i *Anguelova protiv Bugarske*, presuda, 13. lipnja 2002., br. 38361/97.

60 LEACH, Philip, Taking a case to the European Court of Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 2011., str. 399.

61 *Airey protiv Irske*, presuda, 9. listopada 1979., br. 6289/73.

62 *Katolička crkva u Kaneji protiv Grčke,* presuda,16. studeni 1997., br. 25528/94.

63 *Oršuš i drugi protiv Hrvatske*, presuda, 16. ožujka 2010., br. 15766/03.

Protokola 1. (bez primarnog fokusa, kako su to definirali podnositelji zahtjeva, na pravo na obrazovanje, nalazeći da je upravo pitanje diskriminacije njegov temeljni aspekt). Stoga nije ni ulazilo u zasebno razmatranje prava na pristup obrazovanju.

Je li u nekom predmetu očita nejednakost u postupanju njegov temeljni aspekt, Europski sud uvijek ocjenjuje različito od slučaja do slučaja.[64]

6.2. Pojam diskriminacije

Europska konvencija ne sadrži definiciju diskriminacije. U *Belgijskom jezičnom predmetu* Europski sud je istaknuo da čl. 14. ne zabranjuje državi razlike između svojih građana te je istaknuo da određeni stupanj razlikovanja ne samo da je zakonit već katkada i potreban kako bi se ispravile već postojeće nejednakosti. U brojnim drugim predmetima Europski sud je obrazložio pojam diskriminacije. U predmetu *Kjeldsen protiv Danske*[65] Europski sud je istaknuo da čl. 14. zabranjuje:

"...diskriminacijsko postupanje koje je utemeljeno na ili ima opravdanje u osobnim obilježjima ("status") kojima se osobe ili skupine ljudi razlikuju od drugih."

U *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[66] istaknuo je :

"Pojam diskriminacije u okviru značenja čl. 14. općenito uključuje predmete kada se s osobom ili skupinom bez opravdanog razloga postupa manje povoljno nego s drugom, iako povoljnije postupanje nije određeno Europskom konvencijom."

Velika većina utvrđenih povreda čl. 14. uključivala je izravnu diskriminaciju[67] – drukčije postupanje s osobama u relativno sličnim situacijama bez objektivnog i valjanog opravdanja. Međutim, Europski sud je utvrdio da Europska konvencija obuhvaća i neizravnu diskriminaciju[68] – opća pravila ili mjere koje imaju nerazmjerno štetne učinke na određenu skupinu bez obzira što one nisu posebno usmjerene na tu skupinu.[69] Tako Europski sud u svojoj praksi razlikuje "različito postupanje" koje može biti opravdano u smislu Europske konvencije i "različito postupanje" koje dovodi do diskriminacije, a time i do povreda čl. 14. u vezi s nekim materijalnim konvencijskim pravom.[70]

Prema Greeru, četiri su čimbenika koji čine smjernice za razgraničenje između (dopuštenog) različitog postupanja i (nedopuštene) diskriminacije u smislu čl. 14. Europske konvencije. Prvo, podnositelj mora pokazati da je osporeno postupanje

64 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda… *cit.,* str. 1300 -1301.

65 *Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen protiv Danske,* presuda, 7. prosinca 1976., br. 5095/71, 5920/72, 5926/72.

66 *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80 9473/81 9474/81.

67 Vidi više u Schutter, Olivier, *op. cit.,* str. 22-23.

68 Vidi, *Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 4. svibnja 2001., br. 24746/94., *Hoogendijk protiv Nizozemske*, presuda, 6. siječnja 2005., br. 58641/00 i *DH i drugi protiv Republike Češke*, presuda, 13. studeni 2007., br. 57325/00.

69 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom …, *op. cit.,* str. 9.

70 Vidi, *Kafkaris protiv Cipra*, presuda, 12. veljače 2008., br. 21906/04 i *Torri i drugi protiv Italije*, presuda, 24. siječnja 2012., br. 11838/07, 12302/07.

bilo manje povoljno nego ono koje je primijenjeno na druge usporedive skupine, identitet koji obično određuje sam podnositelj zahtjeva. Primjerice, ako se navodna diskriminacija temelji na spolu, baza usporedbe bit će članovi suprotnog spola koji ne trpe isti navodno nepovoljniji položaj. Riječ je o potrebi postojanja, tzv. usporedivih ili analognih situacija. Drugo, na državi je da pokaže, kao stvar činjenica potkrijepljenih dokazima, da je osporena praksa prihvatljiva i racionalna, odnosno da razlika u postupanju ima objektivno i razumno opravdanje. To će zahtijevati pozivanje na ciljeve politika za koje se smatra da će u tomu pomoći. Riječ je o zahtjevu za postojanjem legitimnog cilja koji se nastoji postići takvom različitom praksom. Treće, učinak postupanja mora biti razmjeran ciljevima politika kojima se teži i takav da ne pogađa pravednu ravnotežu između zaštite općeg interesa zajednice i poštovanja temeljnih ljudskih prava. Četvrto, u obzir se uzima i činjenica smatra li se osporeno postupanje tužene države nediskriminatornim u drugim demokratskim državama (postojanje, tzv. ″zajedničke osnove″).[71]

6.3. Ispitivanje diskriminacije

U praksi Europski sud slijedi standardni pristup u rješavanju zahtjeva o diskriminaciji temeljem čl. 14. Ovaj pristup jasno je izložen u predmetima *Rasmussen protiv Danske*[72] i *Unal Tekeli protiv Turske*.[73] Tako je test diskriminacije dio sudske tehnike ispitivanja ″korak po korak″ koji je u pravilu oblikovan na sljedeći način: 1.) Pripada li prigovor diskriminacije u područje zaštićenog prava *ratione materiae*?; 2.) Je li povrijeđen članak Europske konvencije ili protokola koji sadržava neko materijalno pravo?; 3.) Postoji li razlika u postupanju?; 4.) Postoji li objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje?; 5.) Teži li različito postupanje zakonitom cilju?; 6.) Jesu li primijenjena sredstva opravdano razmjerna sa zakonitim ciljem? te 7.) Premašuje li razlika u postupanju stupanj slobodne procjene države?

6.3.1. Pripada li prigovor diskriminacije u područje zaštićenog prava ratione materiae- ″ispitivanje područja″

Europski sud odlučuje pripada li prigovor o diskriminaciji u područje nekog materijalnog prava zaštićenog Europskom konvencijom *ratione materiae*. Stoga na početku testa diskriminacije provodi klasičan test *ratione materiae*.[74] Ako prigovor ne spada u djelokrug zaštićenog prava, utvrđuje da nije nadležan ispitivati prigovore u vezi s čl. 14.[75]

Nadalje, kako bi se utvrdila povreda čl. 14. u vezi s materijalnim pravom, činjenice o kojima se raspravlja moraju biti obuhvaćene područjem jedne ili više

71 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda… *cit.*, str. 1328.
72 *Rasmussen protiv Belgije*, presuda, 28. studeni 1984., br. 8777/79.
73 *Unal Tekeli protiv Turske*, presuda, 16. studeni 2004., br. 29865/96.
74 Za test primjenjivosti Europske konvencije vidi više u OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda… *cit.*, str. 708.
75 *Ibid*., str. 1331.

drugih odredaba Europske konvencije. U predmetu *Van der Mussele protiv Belgije*[76] Europski sud smatrao je da se pri ispitivanju mjerodavnosti čl. 14. *"pojavilo pitanje jesu li činjenice o kojima se raspravlja u potpunosti izvan područja čl. 4., pa onda i čl. 14."* U predmetu *Rasmussen protiv Danske*[77] Europski sud je iznio:

"Čl. 14. nadopunjuje ostale materijalne odredbe Europske konvencije i protokola. Ne postoji samostalno budući da ima učinak isključivo u odnosu na "uživanje prava i sloboda" koje štite te odredbe. Iako primjena čl. 14., nužno ne predstavlja povredu tih odredaba ... ne može se primijeniti osim ako činjenice o kojima se raspravlja nisu obuhvaćene područjem jednog ili drugog potonjeg."

Posljedica ispitivanja područja je da zahtjev o nezakonitoj diskriminaciji ne može biti podnesen u odnosu na prava koja Europska konvencija ne priznaje. Međutim, tijekom godina sudska praksa Europskog suda proširila je pojam "područja" kako bi uključivao ne samo određeno pravo koje izričito jamči tekst Europske konvencije nego i zahtjeve koji su obuhvaćeni širim područjem koje pokriva takvo pravo.[78] Drugim riječima, u predmetu *EB protiv Francuske*[79] utvrdio je:

"... zabrana diskriminacije prema čl. 14. ... proširuje se i izvan zaštite prava i sloboda sadržanih u Europskoj konvenciji i protokolima, a koja jamče države. Primjenjuje se na dodatna prava, koja općenito potpadaju pod materijalnu odredbu Europske konvencije, a koja su dobrovoljno zaštićena u državama ugovornicama."[80]

Tako je Europski sud određene odredbe tumačio šire kako bi priznao da su dodatna prava obuhvaćena opsegom zaštite takvih odredaba. Primjerice Europski sud je prihvatio da su prava na zaposlenje obuhvaćena opsegom prava na privatni život u skladu sa čl. 8. U predmetu *Sidabras i Dziautas protiv Litve*[81] podnositeljima zahtjeva litvanski zakon je branio traženje zaposlenja u različitim područjima privatnog sektora jer su bivši članovi KGB-a. Tvrdili su da zabrana dovodi do povrede čl. 8. samog po sebi i u vezi s čl. 14. Europske konvencije. Jedno od ključnih pitanja bilo je, je li čl. 8., a time i čl. 14. mjerodavan. Europski sud je smatrao da se s podnositeljima zahtjeva postupalo drukčije nego s ostalim ljudima na temelju odanosti ili nedostatka državi, a to je bio razlog za drukčije postupanje koji je navela država. U odnosu na mjerodavnost čl. 8. Europski sud je utvrdio da je njegova dotadašnja praksa koja se odnosila na činjenicu da je privatan život temeljem čl. 8. širok pojam koji nije podoban za iscrpnu definiciju. Smatrao je da u odnosu na određena mišljenja koja prevladavaju u demokratskim državama, *"dalekosežna zabrana zapošljavanja u privatnom sektoru utječe na privatni život"*. Europski sud je tako utvrdio povredu čl. 14.[82]

Za potrebe ovog rada bitna je veza čl. 8. i čl. 14. Europske konvencije. Tako Europski sud nije dao iscrpnu definiciju prava na privatan život koje se jamči čl. 8., već je utvrdio da je ovdje riječ o širokom pojmu. Tako privatan život između ostalog

76 *Van der Mussele protiv Belgije*, presuda, 23. studeni 1983., br. 8919/80.
77 *Rasmussen protiv Danske*, presuda, 28. studeni 1984., br. 8777/79.
78 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom …, *op. cit.,* str. 13.
79 *EB protiv Francuske*, presuda, 22. siječnja 2008., br. 43546/02.
80 HARRIS, David John, *et al.,* Law of the European Convention on Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 2009., str. 580-581.
81 *Sidabras i Dziautas protiv Litve*, presuda, 27. srpnja 2004., br. 55480/00, 59330/00.
82 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom …, *op. cit.,* str. 14.

uključuje i fizički i psihički integritet osobe, ugled i čast pojedinca kao i aktivnosti profesionalne i poslovne prirode, kao i ograničenje pristupa pojedinim profesijama ili zaposlenju.[83] Također, čl. 8. štiti pravo na identitet i osobni razvoj, te pravo na uspostavljanje i razvijanje veza s drugim osobama i vanjskim svijetom, uključujući djelatnosti profesionalne ili poslovne naravi[84] koje se mogu odvijati u javnom kontekstu.[85]

6.3.2. Je li povrijeđen članak Europske konvencije ili protokola koji sadržava neko materijalno pravo

U velikom broju predmeta praksa Europskog sud bila je najprije odrediti je li povrijeđena neka od materijalnih odredbi Europske konvencije, a onda je li time došlo i do diskriminacije. Najčešće, ako je utvrđena povreda materijalne odredbe Europski sud neće zasebno ispitivati povredu čl. 14. Takva se praksa ne temelji na logičkim posljedicama već je dokaz određene sudske ekonomije.[86]

Međutim u sudskoj praksi Europskog suda ima predmeta u kojima je bilo teže utvrditi radi li se o povredi materijalne odredbe Europske konvencije ili o diskriminaciji. [87] Tako je Europski sud ispitivao i zahtjeve u kojima se samo pozivalo na povredu čl. 14.[88]

6.3.3. Postoji li razlika u postupanju

U tipičnom predmetu u kojemu Europski sud ispituje je li došlo do diskriminacije, podnositelj zahtjeva će tvrditi kako se s njim postupalo drukčije nego s drugima s kojima se iako se nalaze u sličnoj situaciji kao i on postupalo bolje.[89] Često, podnositelj tvrdi kako osnova za različito postupanje leži u činjenici da je on član grupe koja se za razliku od članova druge grupe tretira nepovoljnije, a grupe bi trebale biti u istom položaju. Uobičajeno, podnositelj ne bi trebao imati problema u dokazivanju nepovoljnijeg postupanja. Tako je Europski sud utvrdio postojanje određenih situacije u kojima podnositelj i država utvrđuju je li došlo do razlika u postupanju.[90]

6.3.3.1. Analogne situacije

Nisu sve razlike u postupanju značajne za svrhu čl. 14. U većini predmeta u kojima se radilo o izravnoj diskriminaciji podnositelji zahtjeva nastoje usporediti

83 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda… *cit.,* str. 931-932.
84 *Niemietz protiv Njemačke*, presuda, 16. prosinca 1992., br. 13710/88.
85 GOMIEN, Donna, Europska konvencija o ljudskim pravima, Zadar, Naklada i Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2007., str. 133.
86 Vidi, *Moustaquim protiv Belgije*, presuda, 18. veljače 1991., br. 12313/86 i *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 27. rujna 1999., br. 33985/96, 33986/96.
87 *Hoffman protiv Austrije*, presuda, 23. lipnja 1993., br. 12875/87 i *Stubbings protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 22. listopada 1996., br. 22083/93, 22095/93.
88 REID, Karen, A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2012., str. 371-372.
89 *Van der Mussele protiv Belgije*, presuda, 23. studeni 1983., br. 8919/80.
90 HARRIS, David John, *et al., op. cit*., str. 582.

sebe s drugima u usporednom ili analognom položaju ili u ″relativno sličnoj″ situaciji u odnosu na druge. Stoga Europski sud poduzima ispitivanje usporedivosti (tzv. test usporedivosti) što znači da nastoji utvrditi sličnost situacija koje se ispituju u zahtjevu. Tako je Europski sud u *Belgijskom jezičnom predmetu* smatrao da je drukčije postupanje neprimjereno samo ako ono postoji između pojedinaca u relevantno sličnim situacijama. U *Lithgow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[91] naveo je da čl. 14. *″čuva osobe … koje su u analognim situacijama kod diskriminacijskih razlika u postupanju.″* Podnositelj mora identificirati skupinu s kojom se drukčije postupa. U *Van der Mussele protiv Belgije* podnositelj zahtjeva, odvjetnički vježbenik, tvrdio je da se s njim postupalo manje povoljno (jer je bio prisiljen pružati besplatne pravne usluge) od pripadnika ostalih struka, koji nisu bili obvezni raditi besplatno, iako su njihovi položaji bili slični njegovom. Europski sud je odbacio njegov zahtjev i smatrao da postoje temeljne razlike u uređenju različitih struka te da se stoga one ne mogu uspoređivati. U *Fredin protiv Švedske*[92] podnositelji su tvrdili da je oduzimanje licence za vađenje šljunka diskriminacijsko. Tvrdili su da su u istom položaju kao i drugi vlasnici licenci kojima je bilo dopušteno da nastave s djelatnošću i nisu bili poput onih kojima je licenca ukinuta zbog zaštite okoliša. Europski sud je tražio da podnositelj zahtjeva dokaže da je njegova situacija slična onima s kojima se bolje postupalo. Međutim, podnositelji zahtjeva su dokazali samo da nisu u potpunosti poput onih kojima je ukinuta licenca. Europski sud je smatrao da to nije isto kao i dokazivanje da su slični onima koji još obavljaju djelatnost, i stoga država nije morala obrazložiti zašto je s njima postupala drukčije. Naveo je da kako bi zahtjev bio uspješan mora biti „*između ostalog, utvrđeno da se situacija navodne žrtve može smatrati sličnom onoj osoba s kojima se bolje postupalo.″*[93]

6.3.3.2. Propust drukčijeg postupanja

Do diskriminacije može doći kada dođe do propusta da se s različitim pojedincima ili skupinama postupa drukčije.[94] U praksi se pitanje nalaze li se pojedinci u različitim situacijama katkada ocjenjuje u odnosu na opravdanje koje odredi država. Države ponekad pokušavaju neutralizirati razliku koju navodi podnositelj zahtjeva tvrdeći da se skupine mogu različito kategorizirati posebice kada je podnositelj zahtjeva utemeljio svoj zahtjev na sumnjivim kategorijama poput rase, spola ili vjere. Sumnjive kategorije su temelji diskriminacije koje Europski sud podvrgava većem stupnju ispitivanja od drugih klasifikacija, tražeći čvršće razloge kako bi opravdao drukčije postupanje. Ako klasifikacija koju predlaže država (tj. njezino obrazloženje za pravljenje razlika između dvije skupine) odbije Europski sud, manje je vjerojatno da će prihvatiti da postoji objektivno i valjano opravdanje na temelju drugog dijela ispitivanja temeljem članka 14. U tom smislu, razmatranje dva odvojena pitanja često se usko preklapa.[95]

91 *Lithgow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 8. srpnja 1986., br. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81 9266/81, 9313/81, 9405/81.

92 *Fredin protiv Švedske*, presuda, 18. veljače 1991., br. 12033/86.

93 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom …, *op. cit.,* str. 14-15.

94 *Thlimmenos protiv Grčke*, presuda, 6. travnja 2000., br. 34369/97.

95 Vidi*, Timishev protiv Rusije*, presuda, 13. prosinca 2005., br. 55762/00, 55974/00.

6.3.4. Opravdanje za razlike u postupanju

Ne uzrokuje svako drukčije postupanje povredu čl. 14. Razlika nije diskriminacijska kada ima objektivno i razumno opravdanje.[96] Različito postupanje može se objektivno i razumno opravdati: 1) kada ima legitimni cilj i 2) kada su sredstva koja se pritom primjenjuju razumno razmjerna legitimnom cilju koji se nastoji postići. *Belgijski jezični predmet*[97] u tom smislu je značio prekretnicu u sudskoj praksi:

"Kada je riječ o tom pitanju, Europski sud ... smatra da je načelo jednakosti postupanja povrijeđeno ako ne postoji objektivno i razumno opravdanje razlikovanja. Postojanje takvog (objektivnog i razumnog) opravdanja mora se ocjenjivati u odnosu prema cilju i posljedicama razmatrane mjere, s tim što treba voditi računa o načelima koja uobičajeno prevladavaju u demokratskim društvima. Razlika u postupanju u ostvarivanju prava zajamčenih Europskom konvencijom može postojati samo ako se pritom teži ostvarenju legitimnog cilja: čl. 14. Europske konvencije je ... stoga povrijeđen onda kad se jasno utvrdi da nema nikakvog razumnog odnosa razmjernosti između upotrijebljenih sredstava i cilja ostvarenju kojem se težilo."

6.3.4.1. Opravdani (legitimni) cilj

U velikom broju predmeta u kojima se podnositelji žale zbog navodne diskriminacije u ostvarenju nekoga materijalnoga konvencijskog prava većina tuženih država priznaje da je od trenutka kad je utvrđeno da postoji razlika u postupanju – potrebno pružiti racionalno opravdanje za tu razliku. Sadržaj opravdanja koji tužena država predočuje Europskom sudu ovisi o prirodi različitog postupanja o kojem je riječ. Ipak načelno se može zaključiti da države stranke u pravilu nemaju posebnih poteškoća u dokazivanju da je razlika u postupanju bila uvjetovana težnjom za ostvarivanjem određenoga legitimnog cilja. Pri dokazivanju legitimnog cilja u slučaju različitog postupanja tužena država ugovornica mora pokazati i prirodu legitimnog cilja kojemu se teži, ali istodobno mora pokazati, na temelju uvjerljivih dokaza, da postoji veza između legitimnog cilja ostvarenju kojem se teži i različitog postupanja kojemu podnositelj zahtjeva prigovara.[98]

6.3.4.2. Razmjernost

Ispitivanje razmjernosti zahtijeva procjenu postoji li opravdani odnos razmjernosti između korištenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti. U *Belgijskom jezičnom predmetu*[99] Europski sud je istaknuo da Europska konvencija:

96 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom …, *op. cit.,* str. 16.

97 Belgijski jezični predmet (Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in belgium" v. Belgium), presuda, 23. srpnja 1968., br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64. Vidi i *Marckx protiv Belgije*, presuda, 13. lipnja 1979., br. 6833/74., *Rasmussen protiv Danske*, presuda 28. studeni 1984. i *Inze protiv Austrije*, presuda, 28. listopada 1987., br. 8695/79.

98 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda… *cit.,* str. 1333-1334.

99 Belgijski jezični predmet (Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in

"Ne brani razlike u postupanju koje su utemeljene na objektivnoj procjeni znatno različitih činjeničnih okolnosti i koje budući da su utemeljene na javnom interesu postiže pravednu ravnotežu između zaštite interesa zajednice i poštovanja prava i sloboda koje čuva Europska konvencija."[100]

U presudi *Unal Tekeli protiv Turske*[101] naglašeno je značenje razmjernosti u postupanju:

"Prema praksi Europskog suda, razlika u postupanju diskriminatorna je u smislu čl. 14. Europske konvencije ako za nju ne postoji objektivno i razumno opravdanje. Postojanje takvog opravdanja mora se procjenjivati prema načelima koja normalno prevladavaju u demokratskim društvima. Nije dostatno da razlika u postupanju u ostvarivanju konvencijskog prava bude samo izraz težnje prema ostvarenju legitimnog cilja: čl. 14. isto je tako povrijeđen ako se jasno utvrdi da nema razumnog odnosa razmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja ostvarenju kojeg se težilo…"

Test razmjernosti zahtijeva procjenu postoji li razuman odnos razmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja kojemu se težilo i je li položaj u koji je podnositelj zahtjeva stavljen zbog ostvarivanja legitimnog cilja bio pretjerano nepovoljan za njega. Utvrdi li se da je podnositelj zahtjeva u konkretnom predmetu trpio prekomjerni teret i čl. 14. u vezi s tim materijalnim konvencijskim pravom najvjerojatnije će biti povrijeđen.[102]

6.3.5. Stupanj slobodne procjene države

U primjeni čl. 14. države ugovornice Europske konvencije uživaju određeni stupanj slobodne procjene. Ovlaštene su autonomno odlučiti u kojoj mjeri određene razlike u situacijama koje su inače slične opravdavaju različito zakonsko uređenje. Stupanj slobodne procjene država ne spominje se često u predmetima pokrenutim na temelju čl. 14. u vezi s nekim materijalnim konvencijskim pravom. Ipak, neka pravila se mogu postaviti jer je Europski sud dao određene smjernice o tome koji čimbenici mogu utjecati na stupanj slobodne procjene u primjeni tog članka.[103] Tako je Europski sud u predmetu *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[104] iznio:

"Svojim izravnim i stalnim kontaktom s bitnim snagama svojih država, državne vlasti su u načelu u boljem položaju od međunarodnog suca dati mišljenje o točnom sadržaju uvjeta kao i o potrebi, ograničenjima ili kaznama koje moraju ispuniti."

Europski sud je dao upute o čimbenicima koji bi mogli utjecati na stupanj slobodne procjene. Opseg stupnja slobodne procjene ovisit će o okolnostima predmeta i njegovoj pozadini. Tako jedan od relevantnih čimbenika može biti postojanje ili nepostojanje zajedničkog temelja između država ugovornica. Međutim, čak i kada

education in belgium" v. Belgium), presuda, 23. srpnja 1968., br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

100 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom …, *op. cit.,* str. 18.

101 *Unal Tekeli protiv Turske*, presuda, 16. studeni 2004., br. 29865/96.

102 OMEJEC, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda… *cit.,* str. 1334-1335.

103 *Ibid*., str. 1335-1336.

104 *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 7. prosinca 1976., br. 5493/72.

država ima široki stupanj slobodne procjene, njezina procjena nije slobodna i uvijek podliježe preispitivanju Europskog suda.

Kao što je Europski sud naveo u predmetu *Fretté protiv Francuske*[105] stupanj slobodne procjene ne može se tumačiti kao da državi daje arbitrarnu ovlast, odluka vlasti uvijek podliježe preispitivanju Europskog suda u odnosu na usklađenost s čl. 14.[106]

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Poredbenom analizom kriterija imenovanja javnih bilježnika vidimo da postoje jasna pravila o prihvatljivim kriterijima za njihov izbor. Tako države bez obzira na postupak koji su usvojile moraju osigurati da osobe izabrane za javne bilježnike budu osobe s moralnim kvalitetama i sposobnostima (kvalitativni kriterij) te odgovarajućim obrazovanjem i kvalifikacijama (kvantitativni kriterij). Nadalje, kriteriji izbora ne smiju biti diskriminatorni i moraju pružati sigurnost protiv imenovanja zasnovanih na pristranosti, predrasudama, isključujući time mogućnost diskriminacije i na temelju imovine, odnosno ekonomskog ili drugog statusa. Pravno gledajući, diskriminacija je povreda ljudskog prava na jednakost. Pravo čovjeka je da ni zbog kojeg svog svojstva ne bude diskriminiran bez razumnog i opravdanog razloga, a i tada, da ne bude diskriminiran nerazmjerno tom razlogu. Iako je zabrana diskriminacije definirana u tuzemnim[107] i međunarodnim dokumentima,[108] praksa Suda za ljudska prava upućuje na to da države imaju široko polje slobodne procjene u pravljenju razlike na osnovi imovine. Kako se Republika Hrvatska svim navedenim aktima obvezala svakome osigurati svaku potrebnu zaštitu u slučaju diskriminacije, kako bi pravo na jednakost doista bilo praktično i djelotvorno, „testom diskriminacije“[109] potvrdit ćemo tezu kako kriterij prezaduženosti predstavlja diskriminatorski element za obavljanje javnobilježničke službe?

105 *Fretté protiv Francuske*, presuda, 26. veljače 2002., br. 36515/97.

106 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom …, *op. cit.,* str. 20.

107 Procesom usklađivanja zakonodavstva s međunarodnim standardima kao i aktivnom suradnjom s međunarodnim tijelima te prihvaćanja njihovih preporuka, ali i reformi provedenih u području nacionalnog zakonodavstva, Republika Hrvatska na području suzbijanja diskriminacije donijela je 2008. Zakon o suzbijanju diskriminacije. Također niz propisa sadržava određene materijalne i postupovno antidiskriminacijske odredbe (osim Ustava Republike Hrvatske, vidi primjerice, Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina, Zakon o radu, Zakon o ravnopravnosti spolova, Zakon o istospolnim zajednicama, Kazneni zakon, Zakon o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske, Zakon o državnim službenicima, Zakon o kaznenom postupku, Zakon o parničnom postupku, Zakon o općem upravnom postupku). Podrobnije BODUL, Dejan, GRBIĆ, Sanja, SMOKVINA, Vanja, Diskriminacija osoba s invaliditetom i njihova uključenost u društvo s naglaskom na pravo pristupa sudu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, 2012., br. 2., str. 667-695.

108 Dokumentima Ujedinjenih naroda i Međunarodne organizacije rada; Dokumentima Vijeća Europe te u Europskom pravu. Podrobnije, Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije, (ŠIMONOVIĆ, Tena, ur.), Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 1-163.

109 Test je formulirala Predsjednica Ustavnog suda. Vidi OMEJEC, Jasna, Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda… *cit.,* str. 958-960.

1.) Pripada li prigovor diskriminacije u područje zaštićenog prava *ratione materiae*?

Prigovor diskriminacije svakako potpada pod područje zaštićenog prava *ratione materiae* Europske konvencije i u uskoj je vezi s čl. 8. (čl. 8. + čl. 14.). Postavljenjem kriterija prezaduženosti kao kriterija za pristup javnobilježničkoj službi dolazi do diskriminacije u odnosu na privatni život (koji jamči čl. 8.) jer on obuhvaća i aktivnosti profesionalne i poslovne prirode, kao i ograničenje pristupa pojedinim profesijama ili zaposlenju.

2.) Je li je povrijeđen članak Konvencije koji sadrži neko materijalno pravo?

Budući da dolazi do diskriminacije koja je u uskoj vezi s čl. 8. autori smatraju kako kriterij prezaduženosti dovodi i do povrede materijalnog prava Europske konvencije koje jamči čl. 8., a koje se odnosi, u skladu s gore navedenim, na povredu privatnog života.

3) Postoji li razlika u postupanju?

Razlika u postupanju sastoji se u samom kriteriju prezaduženosti kao uvjetu za obavljanje javnobilježničke službe. Sva zanimanja karakterizira jedan ili više propisa koji ograničavaju ulazak u profesiju, a koje se odnose na osobne karakteristike kandidata. Budući da se obavljanje javnobilježničke profesije uvjetuje i kriterijem prezaduženosti time dolazi do razlika u postupanju pri ispunjavanju uvjeta za obavljanje javnobilježničke službe. Sud za ljudska prava ovdje provodi test usporedivosti kako bi utvrdio radi li se o analognim situacijama, tj. situacijama u kojoj se nalazi žrtva diskriminacije, a koja se može smatrati sličnom onoj u kojoj se nalaze osobe s kojima se bolje postupalo. Stoga činjenica da kriterij prezaduženosti ne postoji kao uvjet obavljanja drugih službi od javnog interesa, primjerice u sudstvu, dovodi do diskriminacije. Ovdje Sud za ljudska prava ispituje i je li došlo do drukčijeg postupanja, tj. ispituje opravdanja država da se određene skupine mogu različito kategorizirati, što opet dovodi do diskriminacije u odnosu na obavljanje javnobilježničke službe jer je samo u odnosu na njih uveden navedeni kriterij za koji niti ne postoji precizno, dakle *ex lege*, određena definicija.

4) Postoji li opravdanje za razlike u postupanju?

Razlike u postupanju mogu se opravdati jedino ostvarenjem legitimnog cilja. Veza između ostvarenja legitimnog cilja i različitog postupanja mora biti opravdana. Uz to za opravdanje različitog postupanja bitno je i načelo razmjernosti. Odnosno mora postojati razmjernost korištenih sredstava i cilja kojem se teži. Ako je podnositelj stavljen u položaj koji je pretjerano nepovoljan za njega, a samo zbog ostvarenja tog cilja i time on trpi prekomjerni teret doći će do diskriminacije. Konkretno, ono što se postavlja kao pitanje u našem slučaju je, je li ostvarena pravedna ravnoteža između zahtjeva vršenja javne službe i zahtjeva zaštite temeljnih prava pojedinca, odnosno je li zakonodavac dokazao da nije očigledno nerazumno očekivati da će se implementacijom kriterija prezaduženosti kao negativnog kriterija za pristup javnobilježničkoj službi ostvariti društveni cilj koji bi trebao biti koristan za društvo u cjelini? Naime, činjenica je da država u konkretnom slučaju nije objektivizirala kriterij prezaduženosti kao kriterij obavljanja javnobilježničke službe čime nije spriječila arbitrarno postupanje, odnosno postupanje kojim se određena osoba namjerno može

dovesti u nepovoljni položaj zbog svoje osobne karakteristike. To onda dovodi do povrede prava na privatni život iz čl. 8 kao i povrede čl. 14. Europske konvencije. Dakle, ako se jednakost svodi na istovjetnost u postupanju, načelo zakonitosti nalaže definiranje prezaduženosti jer bi se na taj način mogla primijeniti jednaka mjerila na nejednake situacije, odnosno na *ex facto* određenu prezaduženost u svakoj konkretnoj situaciji.

5) Premašuje li razlika u postupanju nacionalno područje slobodne prosudbe države?

Opseg stupnja slobodne procjene varirat će u skladu s okolnostima, predmetom i njegovom pozadinom. U tom smislu jedan od relevantnih čimbenika može biti postojanje ili nepostojanje zajedničkog temelja između država ugovornica. Ovdje je očigledno nepostojanje zajedničkog temelja između država ugovornica, budući da jedino hrvatsko zakonodavstvo određuje kriterij prezaduženosti kao prepreku za obavljanje javnobilježničke službe. Međutim, države mogu imati i širok stupanj slobodne procjene, ali on se ne smije tumačiti kao da državi daje arbitrarnu ovlast dok u kontekstu ovog rada stupanj slobodne procjene Republike Hrvatske doista predstavlja arbitrarno postupanje. [110]

110 Štoviše, to nije ni jedinstveni slučaj u zakonu. Primjerice, zanimljivo je da zakonodavac smatra kako je nedostojna javnog povjerenja za obavljanje javnobilježničke službe osoba protiv koje je pokrenut kazneni postupak (čl. 13., st. 2., t. 1. ZJB). Ta osoba ne može biti imenovana javnim bilježnikom, ali isto javni bilježnik protiv kojeg je nakon imenovanja pokrenut kazneni postupak mora biti razriješen. Navedenim odredbama o razrješenju, javni bilježnici mogu biti razriješeni zbog **pokretanja** kaznenog postupka, i to prije nego što im se u kaznenom postupku pravomoćno dokaže krivnja. Bez detaljne analize ove odredbe, ali i relevantnih odredbi Zakona o kaznenom postupku (NN, br. 152/08., 76/09., 80/11., 121/11., 91/12., 143/12., 56/13. i 145/13., čl. 17.) možemo zaključiti da je ovo i protuustavno rješenje jer čl. 28. Ustava RH kao i praksa u vezi s čl. 6. Europske konvencije propisuje da je svatko nedužan i nitko se ne smije smatrati krivim za kazneno djelo dok mu se pravomoćnom sudskom presudom ne utvrdi krivnja. Stoga je i opravdano rješenje sadržano u, primjerice, Zakonu o notarima u BiH, koje kao razlog za razrješenje i prestanak službe notara navodi pravomoćnu odluku suda kojom je pravomoćno utvrđeno da je notar kazneno odgovoran za određeno kazneno djelo (čl. 31.).

Summary

INDEBTEDNESS AS DISCRIMINATORY ELEMENT FOR PERFORMING NOTARIAL SERVICES: CROATIAN SOLUTION AND EUROPEAN EXPERIENCE

Analysis of the historical development of institute of notaries and comparative analysis of legal systems show that the institute of notaries is regulated differently, but what is common to all systems and refers to the legal nature of this institute is the fact that the notaries are persons worthy of public trust. This statement is the backbone of all the considerations relating to the institution of the notaries and theirs activities in the field of European legislation. The aim of this paper is to analyze the anachronism of indebtedness criteria as one of the positive legal obstacles in performing notarial services adequately. The complexity of the research topic and tasks of this paper have determined the choice of methods that are used here. During the research it was used methodological approach that includes the study of domestic and foreign literature, the study of relevant legislation, as well as an analysis of domestic and international jurisprudence. In this paper, authors shall analyze the case law of the European Court of Human Rights according to Article 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Prohibition of discrimination).

Key words: *notaries, criteria for selection, indebtedness, analysis of comparative legal experiences.*

Zusammenfassung

KRITERIUM DER ÜBERSCHULDUNG ALS DISKRIMINIERUNGSLEMENT FÜR DIE AUSÜBUNG DES NOTARAMTS: KROATISCHE BESCHLÜSSE UND EUROPÄISCHE ERFAHRUNGEN

Die Analyse der historischen Entwicklung und der Regelungen des Instituts des Notars in der Rechtsvergleichung zeigt, dass man von unterschiedlichen Konzeptionen ausgeht, aber das was allen Systemen gemeinsam ist und bezieht sich auf die Rechtsnatur dieses Instituts, ist die Tatsache, dass der Notar eine mit besonderem Vertrauen ausgestattete Person ist. Diese Aussage gehört zur Hauptstruktur aller Überlegungen bezüglich des Instituts des Notars und seiner Tätigkeit im Bereich der europäischen Gesetzgebung. Das Ziel der Arbeit ist es, den Anachronismus des Kriteriums der

Überschuldung als eines der positiv-rechtlichen Hindernisse für die würdige Ausübung des Notaramts zu analysieren. Die Komplexität des Forschungsgegenstandes und der Aufgaben haben die Methodenwahl bestimmt, so dass man bei der Forschung den methodologischen Ansatz benutzte, welcher die Recherche einheimischer und fremder Literatur und entsprechender Gesetzesvorschriften sowie die Analyse heimischer und fremder Rechtsprechung einschließt. In der Arbeit wird man auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Verfahren bezüglich des Art. 14 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Diskriminierungsverbot) analysieren.

Schlüsselwörter: *Institut des Notars, Auswahlkriterien, Überschuldung, Analyse der Erfahrungen in der Rechtsvergleichung.*

Riassunto

IL CRITERIO DELL'INDEBITAMENTO QUALE ELEMENTO DISCRIMINATORIO NELL'ESPLETAMENTO DELLE FUNZIONI NOTARILI: LA SOLUZIONE CROATA E LE ESPERIENZE EUROPEE

Mediante l'analisi dello sviluppo storico e della disciplina comparata dell'istituto del notaio possiamo concludere come si parta da concezioni diverse; ma ciò che accomuna tutti i sistemi e si riferisce alla natura giuridica di tale istituto è la circostanza che il notaio è persona meritevole della fiducia pubblica. Tale affermazione funge da struttura di tutte le considerazioni che si riferiscono all'istituto del notaio ed alla sua funzione nell'ambito della legislazione europea. Lo scopo del lavoro è di analizzare l'anacronismo del criterio di indebitamento quale uno degli impedimenti giuspositivistici al dignitoso espletamento della funzione notarile. La complessità dell'oggetto d'indagine ed i compiti impostisi hanno determinato la scelta del metodo; sicché in occasione dell'indagine s'è usato l'approccio metodologico che include l'analisi della letteratura nazionale e straniera, dei relativi testi di legge, come anche l'analisi della giurisprudenza sia interna che straniera. Nel lavoro si analizzerà anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nei procedimenti in base all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (divieto di discriminazione).

Parole chiave: *istituto del notaio, criterio di scelta, indebitamento, analisi comparata delle esperienze giuridiche.*