

ISSN 1330-349X
<https://doi.org/10.30925/zpfsr>



SVEUČILIŠTE U RIJECI
PRAVNI FAKULTET

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 40

BROJ 2

RIJEKA, 2019.

SADRŽAJ

Članci:

Rutvica Rusan Novokmet

Utjecaj sankcija Vijeća sigurnosti UN-a na zaštitu temeljnih ljudskih prava
(izvorni znanstveni rad)..... 627

Ivan Tot

Pravne posljedice nevaljanosti trajnoga ugovora
(izvorni znanstveni rad)..... 655

Hrvoje Vojković

Građanskopravna odgovornost za povredu medicinskog standarda i prateći
ekonomski učinci
(izvorni znanstveni rad)..... 697

Vladimir Iveta

Sportske organizacije u totalitarizmu: nogometni savezi u Njemačkoj,
Španjolskoj i Nezavisnoj Državi Hrvatskoj
(izvorni znanstveni rad)..... 735

Ana Rački Marinković

Zaštita poslovnih tajni kao oblika intelektualnog vlasništva
(izvorni znanstveni rad)..... 765

Ivan Rubinić

Nejednakost plaća i propadanje standarda radnika u Hrvatskoj
(izvorni znanstveni rad)..... 799

Sonja Cindori, Valentino Kuzelj

Exemplis discimus: reafirmacija vrijednosti i redefinicija sadržaja socijalne
države u novom stoljeću
(pregledni znanstveni rad)..... 823

Ivo Rozić, Emir Mehmedović

Specifičnosti vršenja inspekcijskih funkcija u oblasti rada, radnih odnosa i
sigurnosti na radu
(pregledni znanstveni rad)..... 847

Tomislav Galović

Suzbijanje korupcije u Hrvatskoj u srednjem vijeku: na primjeru pravnih
spomenika na hrvatskom jeziku – Vinodolski zakon (1288.) i Krčki-vrbnički
statut (1388.)
(pregledni znanstveni rad)..... 869

Bruna Žuber, Špela Lovšin

Sudski dijalog u svjetlu Protokola broj 16 uz Europsku konvenciju za
zaštitu ljudskih prava
(pregledni znanstveni rad)..... 899

Mateusz Wąsik

Druga strana porezne diskriminacije: nedostatak pravnog priznavanja
istospolnih parova i fiskalne posljedice
(pregledni znanstveni rad)..... 929

Lidija Vojković

Pravna priroda sudske nagodbe
(stručni rad) 957

Prikaz:

Nina Kovač

Međunarodna konferencija: „Upravni spor u državama srednje i istočne
Europe“, Opatija, 3. i 4. lipnja 2019. godine..... 973

TABLE OF CONTENTS

Articles:

Rutvica Rusan Novokmet

The Impact of the UN Security Council's Resolutions on the Protection of Fundamental Human Rights..... 627

Ivan Tot

Legal Consequences of the Invalidity of Continuing Contracts 655

Hrvoje Vojković

Civil Liability for Breach of Medical Standard and Complementary Economic Effects 697

Vladimir Iveta

Sport Organisations in Totalitarianism: Football Federations in Germany, Spain and Independent State of Croatia 735

Ana Rački Marinković

Protection of Business Secrets as a Type of Intellectual Property 765

Ivan Rubinić

Pay Inequality and the Deteriorating Labour Standards in Croatia 799

Sonja Cindori, Valentino Kuzelj

Exemplis Discimus: Reaffirmation of Values and Redefinition of Content of Social State in New Century 823

Ivo Rozić, Emir Mehmedović

Specialities of Inspection Functions Performance in the Areas of Work, Work Relations and Occupational Safety..... 847

Tomislav Galović

Combating Corruption in Croatia in the Middle Ages: an Example of Croatian Legal Documents – the Law Code of Vinodol (1288) and Statute of the Island of Krk/Vrbnik (1388) 869

Bruna Žuber, Špela Lovšin

Judicial Dialogue in the Light of Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights 899

Mateusz Wąsik

The Other Side of Tax Discrimination. Lack of Legal Recognition for Same-sex Couples and its Fiscal Consequences 929

Lidija Vojković

The Legal Nature of Settlement 957

Book Reviews

INHALT

Beiträge:

- Rutvica Rusan Novokmet*
Einfluss von Sanktionen des UN-Sicherheitsrates auf Schutz fundamentaler Menschenrechte..... 627
- Ivan Tot*
Rechtsfolgen der Ungültigkeit eines dauerhaften Vertrags 655
- Hrvoje Vojković*
Zivilrechtliche Haftung für die Verletzung des medizinischen Standards und deren ökonomische Auswirkungen 697
- Vladimir Iveta*
Sportorganisationen im Totalitarismus: Fußballvereine in Deutschland, Spanien und Unabhängigem Staat Kroatien..... 735
- Ana Rački Marinković*
Schutz der Geschäftsgeheimnisse als einer Form des geistigen Eigentums..... 765
- Ivan Rubinić*
Lohngefälle und Verschlechterung des Arbeitsstandards in Kroatien..... 799
- Sonja Cindori, Valentino Kuzelj*
Exemplis discimus: Bekräftigung der Werte und Wiederdefinierung des Sozialstaates in neuem Jahrhundert..... 823
- Ivo Rozić, Emir Mehmedović*
Besonderheiten der Durchführung der Aufsicht im Bereich der Arbeit, Arbeitsverhältnisse und des Arbeitsschutzes..... 847
- Tomislav Galović*
Korruptionsbekämpfung in Kroatien im Mittelalter am Beispiel der kroatischen Gesetzesdokumente, des Gesetzes von Vinodol (1288) und des Statuts der Insel Krk/Vrbanj (1388)..... 869
- Bruna Žuber, Špela Lovšin*
Justizieller Dialog im Lichte des Zusatzprotokolls Nr. 16 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten 899
- Mateusz Wąsik*
Die andere Seite der Steuerriskinierung. Fehlende rechtliche Anerkennung für gleichgeschlechtliche Paare und deren steuerliche Folgen..... 929
- Lidija Vojković*
Die Rechtsnatur des gerichtlichen Vergleichs 957

Besprechungen

INDICE

Articoli:

Rutvica Rusan Novokmet

L'impatto delle sanzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU sulla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo..... 627

Ivan Tot

Le conseguenze giuridiche dell'invalidità del contratto di durata 655

Hrvoje Vojković

La responsabilità civile per la violazione dello standard sanitario e conseguenti effetti economici..... 697

Vladimir Iveta

Le organizzazioni sportive nel totalitarismo: le federazioni calcistiche in Germania, Spagna e nello Stato Indipendente di Croazia..... 735

Ana Rački Marinković

La protezione dei segreti commerciali quale forma di proprietà intellettuale..... 765

Ivan Rubinić

Diseguaglianza dei salari e calo dello standard dei lavoratori in Croazia 799

Sonja Cindori, Valentino Kuzelj

Exemplis discimus: riaffermazione del valore e ridefinizione del contenuto di stato sociale nel nuovo secolo..... 823

Ivo Rozić, Emir Mehmedović

Le specificità dell'espletamento delle funzioni di controllo nell'ambito del lavoro, dei rapporti di lavoro e della sicurezza sul lavoro 847

Tomislav Galović

La lotta alla corruzione in Croazia nel Medioevo: un esempio di documenti legali croati – il Codice di Vinodol (1288) e lo Statuto dell'isola di Veglia/Vrbnik (1388)..... 869

Bruna Žuber, Špela Lovšin

Il dialogo giudiziale alla luce del Protocollo num. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali..... 899

Mateusz Wąsik

L'altra faccia della discriminazione fiscale. L'assenza di riconoscimento giuridico delle coppie di persone dello stesso sesso e le relative conseguenze fiscali 929

Lidija Vojković

La natura giuridica della transazione giudiziale..... 957

Presentazioni

Članci

(Articles, Beiträge, Articoli)

UTJECAJ SANKCIJA VIJEĆA SIGURNOSTI UN-A NA ZAŠTITU TEMELJNIH LJUDSKIH PRAVA

Dr. sc. Rutvica Rusan Novokmet*

UDK: 341.231.145(4)(094.8)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.1>
Ur.: 12. prosinca 2018.
Pr.: 16. veljače 2019.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Zaokret u primjeni sankcija Vijeća sigurnosti od općih, usmjerenih protiv država, prema ciljanim (pametnim) sankcijama usmjerenima izravno i isključivo protiv pojedinaca koje se dovodi u vezu s terorizmom, osim pozitivnih izazvao je i određene negativne učinke koji su doveli u pitanje zakonitost i pravednost ciljanih sankcija. Zbog nepostojanja odgovarajućega kontrolnog mehanizma u sustavu Ujedinjenih naroda koji bi pojedincima pogođenim sankcijama omogućio barem kvazisudsku kontrolu odluka Sankcijskog odbora o uvrštavanju njihova imena na, tzv. sankcijsku listu, u praksi je došlo do kršenja njihovih ljudskih prava, poput prava na pristup sudu, prava na pravično suđenje, prava na učinkovit pravni lijek. Autorica u radu analizira sankcijski režim Vijeća sigurnosti u borbi protiv terorizma koji je uveden Rezolucijom 1267 (1999); zatim se kroz relevantnu sudsku praksu prikazuju konkretne povrede ljudskih prava do kojih u praksi dolazi u provedbi sankcija Vijeća sigurnosti; analizira se uvođenje instituta Ombudsmana te se ocjenjuje uspješnost reformi u sankcijskom režimu kao iskoraka prema transparentnijoj i učinkovitijoj borbi protiv terorizma.

Ključne riječi: *ciljane (pametne) sankcije Vijeća sigurnosti; sankcijski režim; Sankcijski odbor; zaštita ljudskih prava; Ombudsman.*

1. UVOD – RAZVOJ SANKCIJSKOG REŽIMA VIJEĆA SIGURNOSTI

Ozbiljnije suočavanje međunarodne zajednice s jednim od najkompleksnijih fenomena današnjice, terorizmom, koji se nesumnjivo može svrstati u kategoriju prijetnje međunarodnom miru i sigurnosti u smislu glave VII. Povelje UN-a, započinje u devedesetim godinama prošloga stoljeća. U to je vrijeme, naime, Vijeće sigurnosti kao glavni organ UN-a za osiguravanje međunarodnog mira i sigurnosti počelo

* Dr. sc. Rutvica Rusan Novokmet, poslijedoktorandica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, rrusan@pravo.hr.
Rad je nastao kao rezultat istraživanja na znanstvenoistraživačkom projektu Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu 2017./2018.

sustavno primjenjivati prisilne mjere određene u pravno obvezujućim rezolucijama prema državama koje su na bilo koji način bile upletene u terorističke aktivnosti na svojem teritoriju. Do tada je Vijeće sigurnosti bilo praktički paralizirano u svojem djelovanju zbog nemogućnosti usvajanja jednoglasnih odluka zbog „hladnoratovskih“ podjela među stalnim članicama Vijeća, a borba protiv terorizma uglavnom se manifestirala u obliku obvezivanja država na poduzimanje mjera radi suzbijanja i prevencije pojedinih pojavnih oblika terorizma u obliku, tzv. sektorskih konvencija.¹

I u pravno neobvezujućim, ali u kontekstu borbe protiv terorizma vrlo važnim preporukama Opće skupštine zajedno nazvanima "Mjere kojima je cilj sprječavanje međunarodnog terorizma koji ugrožava ili uzima nedužne ljudske živote ili ugrožava temeljne slobode, i studija o osnovnim uzrocima takvih oblika terorizma i čina nasilja koji leže u bijedi, frustraciji, nevolji i očaju i koji tjeraju neke ljude da žrtvuju ljudske živote, uključujući i vlastiti, u pokušaju da postignu radikalne promjene",² odražava se kontinuirana zabrinutost međunarodne zajednice zbog pojave sve različitijih oblika i sve razornijih učinaka terorističkih čina. Istodobno, Opća skupština neprestano upozorava na potrebu poštovanja međunarodnopravnog okvira zaštite prava čovjeka u primjeni mjera u borbi protiv terorizma.

Iako Povelja UN-a na neki način daje prednost Vijeću sigurnosti u raspravljanju i odlučivanju o pitanjima koja su prijatna za međunarodni mir i sigurnost, Opća skupština koja ima nadležnost raspravljati i donositi preporuke o pitanjima terorizma djeluje, kao relevantan čimbenik ne samo u stavljanju gorućih pitanja o terorizmu na dnevni red međunarodne zajednice, nego i kao pokretač nužnih političkih i međunarodnopravnih promjena u borbi za suzbijanje terorizma.³ To se svakako očituje u vodećoj ulozi Opće skupštine u osmišljavanju i provođenju Globalne strategije za

- 1 Primjeri, tzv. sektorskih konvencija na području suzbijanja terorizma su: Konvencija o kaznenim djelima i nekim drugim činima počinjenima u zrakoplovima iz 1963. (tzv. Tokijska konvencija; UNTS, vol. 704, 1969); Konvencija o suzbijanju protupravne zapljene zrakoplova iz 1970. (tzv. Haška konvencija; UNTS, vol. 860, 1980); Konvencija o suzbijanju protupravnih čina protiv sigurnosti civilnog zrakoplovstva iz 1971. (tzv. Montrealska konvencija; UNTS, vol. 974, 1975); Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina protiv međunarodno zaštićenih osoba, uključujući diplomatske agente iz 1973. (UNTS, vol. 1035, 1977); Međunarodna konvencija protiv uzimanja talaca iz 1979. (UNTS, vol. 1316, 1983); Konvencija o suzbijanju protupravnih čina protiv sigurnosti pomorske plovidbe iz 1988. (UNTS, vol. 1678, 1992). U novije su vrijeme usvojene i neke druge konvencije kojima je cilj suzbijanje i prevencija terorizma, primjerice: Konvencija o obilježavanju plastičnih eksploziva sa svrhom otkrivanja iz 1991. (UNTS, vol. 2122, 2000); Međunarodna konvencija o suzbijanju terorističkog bombardiranja iz 1997. (UNTS, vol. 2149, 2003); Međunarodna konvencija o suzbijanju financiranja terorizma iz 1999. (UNTS, vol. 2178, 2004); Međunarodna konvencija o suzbijanju čina nuklearnog terorizma iz 2005. (UNTS, vol. 2445, 2007).
- 2 Vidi, primjerice, UN General Assembly Resolutions, UN Doc. A/RES/3034(XXVII) (1972); A/RES/31/102 (1976); A/RES/32/147 (1978); A/RES/34/145 (1979); A/RES/36/109 (1981); A/RES/38/130 (1983); A/RES/40/61 (1985); A/RES/42/159 (1987); A/RES/44/29 (1989).
- 3 O važnosti i utjecaju rezolucija Opće skupštine u borbi proti terorizma vidi Boulden, J., The United Nations General Assembly and Terrorism, u: Saul, B. (ur.), Research Handbook on International Law and Terrorism, Cheltenham/Massachusetts, Edward Elgar, 2014., str. 555 *et seq.*

borbu protiv terorizma usvojene 2006. godine na poticaj glavnoga tajnika UN-a.⁴ Strategija naglašava nužnost kontinuiranog osuđivanja terorizma u svim njegovim oblicima, počinjenog bilo gdje, od strane bilo koga i u bilo koje svrhe te predviđa mjere za identificiranje uzroka koji potiču nastanak i širenje terorizma.⁵

Ipak, vodeću ulogu u borbi protiv terorizma ima Vijeće sigurnosti upravo zbog ovlasti danih Poveljom UN-a da donosi pravno obvezujuće odluke za sve države članice UN-a koje su dužne na svojem teritoriju poduzimati konkretne prisilne mjere (sankcije) radi sprječavanja terorističkih čina i njegova suzbijanja te surađivati s drugim državama radi pronalazjenja terorista i njihova sankcioniranja.

Jedna od prvih država koja se pojavila kao objekt sankcija Vijeća sigurnosti bila je Libija koja se suočila s optužbom za, tzv. državni terorizam koji uključuje „terorističke čine počinjene od strane ili u ime neke države, odnosno terorističke čine koji se mogu pripisati državi“.⁶ U vezi sa slučajem „Lockerbie“ Libiji su nametnute prometne sankcije (zabrana zračnog prometa s drugim državama), embargo na oružje i vojnu opremu, kao i diplomatske sankcije (ograničenje osoblja libijskih diplomatskih i konzularnih predstavništava u inozemstvu), a svim je državama naloženo da uskrate ulazak ili izreknu izgon osobama libijskog državljanstva osumnjičenima za terorizam.⁷ Rezolucijom 748 (1992) osnovan je i Sankcijski odbor za nadzor nad provedbom spomenutih sankcija.⁸ U narednim godinama Vijeće sigurnosti nekoliko je puta prema Libiji pooštrilo sankcije te ih je proširilo na zamrzavanje fondova i drugih financijskih izvora u inozemstvu. Sankcije su Libiji ukinute tek 2003. godine,

4 Naglasivši da strategija borbe protiv terorizma mora biti sveobuhvatna, glavni je tajnik predstavio njezine osnovne ciljeve: odvratanje ljudi od pribjegavanja terorizmu i pomaganja njegovim počiniteljima; onemogućavanje teroristima pristup izvorima financiranja; odvratanje država od sponzoriranja terorizma, i posljednje, jačanje kapaciteta država da suzbijaju terorizam, uz osiguranje zaštite prava čovjeka. Vidi In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All, Report of the Secretary-General, UN Doc. A/59/2005 (2005). Vidi i Uniting Against Terrorism: Recommendations for Global Counter-Terrorism Strategy, Report of the Secretary-General, UN Doc. A/60/825 (2006).

5 The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, UN Doc. A/RES/60/288 (2006).

6 O pojmu „državnog terorizma“ i pretpostavkama pripisivosti čina koji se mogu označiti kao teroristički opširnije vidi u: Trapp, K. N., *State Responsibility for International Terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2011., str. 24-62. Trapp razlikuje izravnu odgovornost države za terorizam i odgovornost za pružanje potpore činima terorizma ili nesprječavanje tih čina. Vidi ibid.

7 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/748 (1992), paras. 4-6. U slučaju „Lockerbie“ riječ je bila o odgovornosti Libije za rušenje američkog zrakoplova Pan Am 103 i izazivanje smrti njegovih putnika i posade, počinjenih iznad mjesta Lockerbie u Škotskoj 1988. godine. Libija je odbila postupiti prema zahtjevima SAD-a i Velike Britanije za izručenjem dvojice vlastitih državljana (libijskih službenika) osumnjičenima za taj događaj pa je Vijeće sigurnosti, s obzirom na indikacije o uključenosti upravo libijske države u rušenju američkoga zrakoplova, pozivajući se na glavu VII. Povelje prema Libiji odredilo sankcije uz poziv da prestane pomagati terorizam i terorističke skupine. Vidi UN Security Council Resolutions, UN Doc. S/RES/731 (1992), S/RES/748 (1992), S/RES/883 (1993), S/RES/1192 (1998). Za kratki komentar o pitanju zakonitosti rezolucija Vijeća sigurnosti u odnosu na Libiju vidi Czapliński, W., *The Lockerbie Case – Some Comments*, Warsaw, Polish Yearbook of International Law, vol. 20, 1993., str. 37-45.

8 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/748 (1992), paras. 9-10.

nakon što je pristala na izručenje dvojice svojih državljana osumnjičenih za spomenuti događaj škotskom sudu ustanovljenom u Nizozemskoj, kao i na omogućavanje istrage o rušenju francuskog aviona UTA.⁹

I Sudanu je Vijeće sigurnosti 1995. godine odredilo sankcije zbog sumnje na umiješanost tamošnje vlade u međunarodni terorizam, i to nakon pokušaja atentata na egipatskoga predsjednika Mubaraka u Etiopiji. Rezolucijom 1044 (1996) Vijeće sigurnosti je od sudanske vlade zatražilo da izruči Etiopiji tri osobe osumnjičene za spomenuti čin, da prestane s pružanjem pomoći odnosno s omogućavanjem terorističkih aktivnosti, kao i s davanjem utočišta „terorističkim elementima“.¹⁰ Rezolucijom 1054 (1996) Vijeće je Sudanu odredilo diplomatske sankcije i pozvalo sve države da ograniče broj osoblja u sudanskim diplomatskim misijama i konzulatima te ograniče kretanje na svom području preostalim članovima tih misija.¹¹ Nadalje, Vijeće je naložilo svim državama da zabrane ulazak na svoje područje službenicima sudanske vlade te sudanskome vojnom osoblju, uz poziv međunarodnim organizacijama da se suzdrže od sazivanja međunarodnih konferencija na području Sudana. Svim je državama nametnuta i obveza da sudanskim zrakoplovima uskrate polijetanje, slijetanje ili prelet preko njihova područja.¹² Nabrojane sankcije, međutim, nisu primijenjene pa ih je Vijeće sigurnosti ukinulo Rezolucijom 1372 (2001).

Glavna svrha primjene ovakvih općih sankcija kod kojih su objekt sankcioniranja prije svega države kao subjekti međunarodnog prava,¹³ prvenstveno je izvršavanje pritiska na vlade tih država da promijene politiku koja je protivna međunarodnom pravu ili koja na bilo koji način, prema ocjeni Vijeća sigurnosti, ugrožava međunarodni mir i sigurnost. Međutim, praksa primjene sankcija prema državama tijekom devedesetih godina prošloga stoljeća pokazala je da društvo pogođeno sankcijama vrlo često plaća previsoku cijenu u odnosu na željeni učinak nametnutih mjera.

Tako su, primjerice, ekonomske sankcije Vijeća sigurnosti protiv Iraka zbog napada na Kuvajt 1990. godine prouzročile dramatične posljedice.¹⁴ Naime, u desetogodišnjem razdoblju primjene sankcija zabilježeni su deseci tisuća ljudskih žrtava do čega je došlo zbog nemogućnosti pristupa lijekovima i humanitarnoj pomoći, katastrofalne razine higijenskih uvjeta, raspada kanalizacijskog sustava i

9 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1506 (2003).

10 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1044 (1996), para. 4. b).

11 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1054 (1996), paras. 3-4.

12 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1070 (1996), para. 3.

13 Takve multilateralne sankcije koje nameće Vijeće sigurnosti svim državama članicama UN-a i koje imaju učinak na sve aspekte gospodarskog i društvenog života pojedine države Addis naziva sveobuhvatnima, općima. Sličan učinak imaju i sankcije koje može odrediti neka regionalna međunarodna organizacija, poput Europske unije, protiv države koja na određeni način djeluje protivno interesima te organizacije. Vidi Addis, A., *Economic Sanctions and the Problem of Evil*, Cincinnati, Human Rights Quarterly, vol. 25, 2003., str. 575.

14 Prve su sankcije određene Rezolucijom 661 (1990), a tek 2003. godine svrgnut je režim Saddama Huseina i uspostavljena privremena iračka vlada. Vidi UN Security Council Resolutions, UN Doc. S/RES/661 (1990), S/RES/1483 (2003), S/RES/1490 (2003). Vijeće sigurnosti iste je godine podržalo formiranje iračkog Vijeća kao koraka naprijed prema uspostavljanju reprezentativne vlade Iraka. Vidi UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1500 (2003).

obustave distribucije električne energije.¹⁵ Cilj je sankcija inicijalno bio okončanje iračke invazije na Kuvajt, a poslije i rušenje režima Saddama Huseina u Iraku. Ciljevi su u konačnici postignuti, sankcije su ukinute 2003. godine, no cijena koju je platilo stanovništvo te države bila je golema.

Potaknuto terorističkim napadima 2001. godine, a i poučeno negativnim posljedicama određivanja sankcija prema čitavim državama, Vijeće sigurnosti učinilo je zaokret u pristupu u određivanju prisilnih mjera utemeljenih u glavi VII. Povelje UN-a. Nekoliko je razloga koji su doveli do promjena u sankcijskom režimu: porast broja i pojavnih oblika prijetnji međunarodnom miru i sigurnosti; negativni učinci općih sankcija na lokalno stanovništvo, gospodarstvo i društvo u cjelini; negativni učinci i na druge države koje su dužne provesti određene sankcije (najčešće se radi o ekonomskim gubicima koje te države trpe zbog, primjerice, nemogućnosti trgovine s državom pod sankcijama); nedovoljna učinkovitost sankcija u vidu nemogućnosti izvršavanja dovoljnog pritiska na vladajuće strukture u ciljanoj državi da promijene svoje ponašanje ili politiku; nepoštovanje sankcija od drugih država.¹⁶ Kritike na račun politike općih sankcija tako su potaknule vlade triju država, Švicarske, Njemačke i Švedske, da u okviru procesa *Interlaken-Berlin-Stockholm* predstave ideju o ciljanim (ili pametnim) sankcijama koje bi bile usmjerene na postizanje točno određenih ciljeva, čiji bi adresati isključivo bile vođe onih politika koje su prijetnja međunarodnom miru i sigurnosti i koje bi reducirale negativne učinke sankcija na stanovništvo i društvo u cjelini.¹⁷

15 Mueller, J., Mueller, K., *Sanctions of Mass Destruction*, New York, Foreign Affairs, vol. 78, 1999., str. 49. Vidi i Letter Dated 15 July 1991 from the Secretary-General Addressed to the President of the Security Council, Report to the Secretary-General Dated 15 July 1991 on Humanitarian Needs in Iraq Prepared by a Mission Led by Sadruddin Aga Khan, Executive Delegate of the Secretary-General, UN Doc. S/22799 (1991).

16 Usp. Bolani, M.-L., *Security Council Sanctions on Non-State Entities and Individuals*, Atena, Revue Hellénique de Droit International, vol. 56, 2003., str. 423-424. Zabilježeno je da je, primjerice, SAD do 1978. godine 46 puta prekršio ekonomske sankcije određene protiv Južne Rodezije (koja je bila pod sankcijama od 1966. do 1979. godine). Opširnije o sankcijama protiv Južne Rodezije i Južne Afrike vidi u: Tsagourias, N., White, N. D., *Collective Security – Theory, Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013., str. 228 -231.

17 Prvi korak u procesu preispitivanja izvedivosti financijskih sankcija učinjen je u Interlakenu u Švicarskoj gdje je švicarska vlada okupila predstavnike država, UN-a, drugih međunarodnih organizacija, banaka i stručnjaka kako bi raspravili složeno pitanje primjene, ciljeva i učinkovitosti ciljanih financijskih sankcija. Opširnije o samome procesu i rezultatima sastanaka vidi: The Swiss Confederation in Cooperation with the United Nations Secretariat and the Watson Institute for International Studies Brown University, *Targeted Financial Sanctions: A Manual for Design and Implementation – Contributions from the Interlaken Process*, <https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/internationale-organisationen/Handbuch-zu-gezielten-Finanzsanktionen_EN.pdf>, 10. studenog 2018.; Bonn International Center for Conversion in Cooperation with the Auswärtiges Amt (German Foreign Office) and the United Nations Secretariat, *Design and Implementation of Arms Embargoes and Travel and Aviation Related Sanctions*, <<http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/L-External-publications/2001/2001%20BICC%20BonnBerlin%20process.pdf>>, 10. studenog 2018.; Uppsala University, Department of Peace and Conflict Research, *The Stockholm Process*, <<https://pcr.uu.se/research/smartsanctions/the-stockholm-process/>>, 10. studenog 2018. Vidi i Gowlland-Debbas, V., *Security Council Change: The Pressure of Emerging International Public*

2. CILJANE (PAMETNE) SANKCIJE VIJEĆA SIGURNOSTI

2.1. Pojam i svrha primjene ciljanih sankcija

Kako bi ostvarilo osnovni cilj svojega djelovanja, a to je osiguranje međunarodnog mira i sigurnosti primjenom učinkovitih mjera bez ugrožavanja temeljnih ljudskih prava i negativnih učinaka na treće države, Vijeće je sigurnosti prihvatilo ideju o ciljanim (pametnim) sankcijama (engl. *targeted* ili *smart sanctions*). Pod pritiskom međunarodne zajednice Vijeće je shvatilo da je došlo vrijeme za reformu sankcijskog režima, i to ponajviše u pogledu njegova sadržaja, točno određenih adresata i ciljeva, kao i vremenskog ograničenja njegove primjene.¹⁸

Cilj je pametnih sankcija, za razliku od općih, izvršiti pritisak na točno određene pojedince ili skupine (nedržavne aktere) ili ih ograničiti na specifične aktivnosti koje su izvor prijetnje međunarodnom miru i sigurnosti.¹⁹ One su, dakle, personalizirane (kao npr. sankcije kojima se nalaže zamrzavanje imovine i financijskih sredstava određenih osoba ili skupina, nametanje restrikcija u financijskom ili bankarskom poslovanju) i selektivne, usmjerene na specifične resurse (npr. na uvođenje embarga na uvoz dijamanata ili nafte, odnosno oružja) ili aktivnosti neke države, odnosno nedržavnog aktera, kako bi se upravo ciljana skupina potaknula na promjenu politike ili ponašanja.²⁰

Sankcije usmjerene prema pojedincu najčešće se određuju u cilju da se pojedinac koji je prijetnja za međunarodni mir i sigurnost uhvati i procesuirati; ako su usmjerene prema različitim naoružanim skupinama ili političkim elitama, cilj im je prisiliti ih na prestanak teških kršenja ljudskih prava na području neke države; u borbi protiv terorizma one su usmjerene prema pojedincima kao vođama terorističkih skupina i prema određenim s njima povezanim osobama ili entitetima; cilj može biti i sprječavanje širenja oružja za masovno uništenje i slično.²¹ Općenito, koncept ciljanih sankcija uobičajeno uključuje sljedeće mjere: blokiranje (zamrzavanje) financijskih sredstava, obustavu davanja kredita i pomoći; uskratno i ograničavanje pristupa stranim tržištima kapitala; embargo na oružje i luksuznu robu; zabranu letenja i međunarodnih putovanja i zabranu izdavanja vize.²² Prednost ciljanih sankcija u odnosu na opće je ta

Policy, Toronto, International Journal, vol. 65, 2009./2010., str. 128-129.

18 Vijeće sigurnosti bilo je posebno motivirano na zaokret u sankcijskom režimu nakon negativnog iskustva sa sankcijama koje su bile primijenjene protiv režima na Haitiju 1993. i 1994. godine, a koje nisu uspjele prisiliti nezakonitu haičansku vladu da omogući povratak demokratski izabrane vlade Jean-Bertranda Aristidea. Više o sankcijama protiv vlade na Haitiju vidi Weschler, J., The Evolution of Security Council Innovations in Sanctions, Toronto, International Journal, vol. 65, 2009., str. 33-34. O zaokretu u primjeni sankcija Vijeća sigurnosti i neučinkovitosti prisilnih mjera primijenjenih u devedesetim godinama prošloga stoljeća detaljnije vidi u: Shaw, M. N., International Law, 6. izd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008., str. 1241-1251.

19 Tsagourias, N., White, N. D., op. cit., str. 222; Bolani, M.-L., op. cit., str. 423.

20 Gowlland-Debbas, V., op. cit., str. 128-129.

21 Biersteker, Th. J., Targeted Sanctions and Individual Human Rights, Toronto, International Journal, vol. 65, 2009., str. 100.

22 Cameron, I., UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights, Leiden, Nordic Journal of International Law, vol. 72, 2003., str. 160. Financijske sankcije prilično su učinkovito sredstvo za suzbijanje terorističkih aktivnosti jer nadzor nad

da se one mogu uvoditi postupno, a u slučaju prestanka razloga za primjenom prisilnih mjera puno se lakše može donijeti odluka o njihovu postupnom ukidanju.²³

Opća je skupština 2005. godine potvrdila da su upravo sankcije Vijeća sigurnosti bitno sredstvo za održavanje međunarodnog mira i sigurnosti koje ne uključuje upotrebu oružane sile, ali je i upozorila na način i razmjere njihove implementacije. Tako je u rezoluciji usvojenoj na sastanku *World Summit Outcome* 2005. godine, istaknuto da je potrebno osigurati da se sankcije primjenjuju s oprezom, odnosno da budu usmjerene na jasne ciljeve, kao i da se provode na način koji osigurava ravnotežu između, s jedne strane, postizanja njima određenih rezultata, a s druge, reduciranja eventualnih neželjenih društveno-ekonomskih i humanitarnih posljedica.²⁴ U svrhu ispunjavanja te zadaće, naglašeno je da se sankcije moraju provesti prema jasno određenim kriterijima, njihova se učinkovitost mora periodički ocjenjivati, a njihovo trajanje mora biti vremenski ograničeno ispunjenjem svrhe radi koje su i određene.²⁵

U sljedećim poglavljima detaljnije ćemo prikazati početak primjene ciljanih sankcija protiv talibanskog režima u Afganistanu i vođe terorističke organizacije Al-Qaide Osama bin Ladena i njegovih pristaša, analizirati sadržaj sankcijskog režima pod vodstvom Vijeća sigurnosti i ocijeniti njegovu učinkovitost. Vidjet ćemo da je u provedbi ciljanih sankcija došlo i do negativnih posljedica, odnosno do asimetrije u odnosu između pokušaja Vijeća sigurnosti da se prilagodi novim okolnostima i novim oblicima prijeteće međunarodnom miru i sigurnosti i nemogućnosti osiguranja odgovarajućih kontrolnih mehanizama zakonitosti i pravednosti odluka Vijeća.²⁶

2.2. Sankcijski režim Vijeća sigurnosti i borba protiv terorizma

Događaj koji je potaknuo važne, ali i prilično kontroverzne reforme sustava primjene sankcija prema pojedincima osumnjičenima za terorizam, osobama koje su povezane s vođama terorističkih organizacija i samim tim organizacijama, bio je teroristički napad na SAD 11. rujna 2001. godine. Međutim, sustavna borba međunarodne zajednice protiv terorizma započela je i ranije, usvajanjem Rezolucije 1267 (1999) kojom je Vijeće sigurnosti napokon, završetkom dugogodišnjeg unutarnjeg oružanog sukoba u Afganistanu, nakon kojeg je ekstremna islamska frakcija pod imenom talibani preuzela vlast, odlučilo reagirati na mnoga kršenja međunarodnoga humanitarnog prava i prava čovjeka pod palicom talibanskog režima.²⁷

financijskim transakcijama i sredstvima može pružiti dodatne informacije o trenutnim i budućim terorističkim aktivnostima. Vidi Clark Hersey, E., *No Universal Target: Distinguishing between Terrorism and Human Rights Violations in Targeted Sanctions Regime*, New York, Brooklyn Journal of International Law, vol. 38, 2013., str. 1265.

23 Biersteker, Th. J., op. cit., str. 100.

24 World Summit Outcome Document, UN Doc. A/RES/60/1 (2005), paras. 106-108.

25 ibid.

26 Addis upozorava da takva asimetrija ima loš utjecaj na djelovanje, kredibilitet i legitimitet UN-a u cjelini. Opširnije vidi u: Addis, A., *Targeted Sanctions as a Counterterrorism Strategy*, New Orleans, Tulane Journal of International and Comparative Law, vol. 19, 2010., str. 189-190, 194-195.

27 Povijesni prikaz nastanka talibanskog pokreta i njihovog *de facto* preuzimanja vlasti vidi u: Wolfrum, R., Philipp, Ch. E., *The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under*

Povod donošenja Rezolucije 1267 bili su teroristički napadi na zgrade američkog veleposlanstva u Nairobiju, u Keniji i Dar es Salaamu, u Tanzaniji.²⁸ Zbog nepoštovanja obveza iz Rezolucije 1214 (1998), odnosno odbijanja da obustave pružanje utočišta teroristima i te da se optuženi teroristi privedu pravdi,²⁹ Rezolucijom 1267 (1999) Vijeće sigurnosti je „talibanskim vlastima“, odnosno „afganistanskoj frakciji zvanog talibani“ nametnulo prometne i ekonomske sankcije.³⁰ Poimence je naveden i Osama bin Laden kojeg su, prema rezoluciji, talibani dužni bez odgađanja predati vlastima države u kojoj je protiv njega podignuta optužnica, odnosno u kojoj će ga se privedi pravdi.³¹ Konkretno, Rezolucijom 1267 sve su države dužne zabraniti slijetanje na njihov teritorij ili polijetanje s njega zrakoplova koji je u vlasništvu ili najmu talibana ili kojim oni upravljaju; blokirati fondove i druga financijska sredstva koja potječu od ili su u vlasništvu talibana ili ih oni kontroliraju; osigurati da njihovi državljani ili osobe koje se nalaze na njihovom području ne učine spomenuta financijska sredstva dostupnima na korist ili poduzećima u njihovu vlasništvu ili pod njihovom kontrolom.³²

Rezolucija 1267 (1999) evidentan je primjer odluke Vijeća sigurnosti kojom su ciljane sankcije konkretno usmjerene protiv političke elite koja je u to vrijeme bila na vlasti u jednoj državi.³³ Iako je talibanski režim *de facto* pokrivao gotovo cijelu državu, ipak se može reći da je rezolucija formulirana tako da se selektivno primjenjuje na određenu skupinu ljudi, pojedince kao njihove vođe i druge s njima povezane osobe ili poduzeća (dakle, nedržavne aktere).

Zasigurno najvažniju ulogu u provedbi sankcijskog režima koji za cilj ima osigurati učinkovitost u Rezoluciji 1267 određenih mjera i ispunjavanje nabrojanih

International Law, Den Haag/London/New York, Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 6, 2002., str. 561-567.

28 Vijeće je sigurnosti izričito navelo da su propusti i nepoštovanje Rezolucije 1214 (1998) prijetnja međunarodnom miru i sigurnosti, odnosno opravdavaju djelovanje Vijeća po glavi VII. Povelje. Vidi UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1267 (1999), preambula.

29 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1214 (1998), preambula, paras. 12-15.

30 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1267 (1999), para. 4. Iako međunarodna zajednica nije priznala talibansku vladu kao legitimnu vladu Afganistana, nedvojbeno je da su talibani držali pod kontrolom ne samo glavni grad Kabul, nego i veliku većinu afganistanskog teritorija, čime ih se ima smatrati *de facto* vladom Afganistana. Vidi Bolani, M.-L., op. cit., str. 458-459; Brown, D., Use of Force against Terrorism after September 11th: State Responsibility, Self-Defence and Other Responses, New York, Cardozo Journal of International and Comparative Law, vol. 11, 2003., str. 17. Jedine države koje su priznavale talibane kao zakonitu vladu u Afganistanu do njihova poraza 2001. godine bile su Pakistan, Saudijska Arabija i Ujedinjeni Arapski Emirati. Vidi Bellal, A., Giacca, G., Casey-Maslen, S., International Law and Non-State Actors in Afghanistan, Geneva, International Review of the Red Cross, vol. 93, 2011., str. 49.

31 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1267 (1999), para. 2.

32 *ibid.*, para. 4. a) i b).

33 Ginsborg naglašava da je Rezolucija 1267 (1999), u usporedbi s ranijim općim sankcijama Vijeća sigurnosti, osmišljena upravo na način da se njezinom primjenom reduciraju neželjeni socijalni i humanitarni učinci. Vidi Ginsborg, L., The United Nations Security Council's Counter-Terrorism Al-Qaida Sanctions Regime: Resolution 1267 and the 1267 Committee, u: Saul, B., op. cit., str. 608-609.

obveza država članica UN-a je Sankcijski odbor za talibane (tzv. *Al Qaida-Taliban Committee* ili *1267 Committee*), u čijem se sastavu nalaze sve države članice Vijeća sigurnosti.³⁴ Sankcijski odbor Vijeća sigurnosti ovlašten je od država tražiti sve informacije o ispunjavanju obveza iz rezolucije, predlagati adekvatne mjere u slučaju njihova kršenja, periodički izvještavati Vijeće o humanitarnim učincima sankcija te identificirati financijske fondove i druge izvore financiranja koji su predmet sankcija u svrhu njihova lakšeg provođenja.³⁵

Kasnije rezolucije modificirale su sankcijski režim uspostavljen Rezolucijom 1267 (1999) na način da su „pojačale“ sankcije prema talibanima uključivanjem drugih prometnih sredstava (uz zrakoplove) kao predmeta prometnih sankcija, određivanjem vojnih sankcija vezanih za prodaju i isporuku oružja i drugog vojnog materijala i opreme, zabranom davanja pomoći i savjeta vezanih za vojne i paravojne aktivnosti te odredbom o obveznom povlačenju svih osoba koje su po bilo kojoj osnovi zaposlene kod talibanske vlade kao savjetnici o vojnim i sigurnosnim pitanjima.³⁶ Tim je rezolucijama određena i primjena diplomatskih sankcija, predsjedniku Sankcijskog odbora dano je ovlaštenje da posjeti zemlje u regiji radi učinkovitije primjene rezolucijama određenih mjera, proširene su ovlasti Sankcijskog odbora i ojačana je njegova suradnja s glavnim tajnikom UN-a.³⁷

Teroristički napadi na New York, Washington i Pennsylvaniju 11. rujna 2001. godine, koje je Vijeće sigurnosti osudilo Rezolucijom 1368 (2001) i izrazilo odlučnost boriti se svim sredstvima protiv prijetnje međunarodnom miru i sigurnosti koju izazivaju teroristički čini, bili su prijelomni u smislu zaokreta u sankcijskom režimu koji je uslijedio.³⁸ Od primjene sankcija čiji su adresati točno određeni (talibani), teritorijalno ograničeni na područje jedne države (Afganistan) i čija je primjena više manje vremenski određena, sankcijski režim uveden Rezolucijom 1373 (2001) evoluirao je u globalni režim koji se primjenjuje neovisno o granicama država i čije je trajanje *de facto* neograničeno. Naime, zbog prijetnje međunarodnom miru i sigurnosti koju predstavljaju ne samo teroristički napadi u organizaciji Al-Qaide i talibana i s njom povezanih skupina, nego i teroristi i terorističke skupine koje

34 Vidi UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1267 (1999), para. 6. Promjene u sastavu Sankcijskog odbora prate izmjene u članstvu Vijeća sigurnosti u pogledu deset nestalnih država članica. Vidi, primjerice, priopćenja predsjednika Vijeća sigurnosti o imenovanju predsjednika i potpredsjednika sankcijskih odbora koja se poklapaju s izmjenama u sastavu Vijeća sigurnosti: Note by the President of the Security Council, UN Doc. S/2019/2 (2019), S/2018/2/Rev.2 (2018), kao i popis aktualnih nestalnih članica Vijeća sigurnosti: United Nations Security Council, *Current Members*, <<https://www.un.org/securitycouncil/content/current-members>>, 12. veljače 2019. U godinama nakon osnivanja Sankcijskog odbora za talibane Vijeće sigurnosti osnovalo je i druge odbore za provedbu određenih sankcija. Tako, primjerice, za suradnike Saddama Husseina (S/RES/1518 (2003)), za Liberiju (S/RES/1521 (2003)), za Kongo (S/RES/1533 (2003)), za Sudan (S/RES/1591 (2005)), za Srednjoafričku Republiku (S/RES/2127 (2013)), za Mali (S/RES/2374 (2017)).

35 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1267 (1999), para. 6.

36 UN Security Council Resolutions, UN Doc. S/RES/1333 (2000), S/RES/1363 (2001) i S/RES/1388 (2002).

37 *ibid.*

38 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1368 (2001), preambula i para. 5.

djeluju bilo gdje na svijetu, Vijeće sigurnosti je spomenutom rezolucijom dalo novu, sveobuhvatnu dimenziju borbi protiv terorizma nametnuvši državama širok raspon obveza usmjerenih prema općoj prevenciji i suzbijanju čina terorizma.

Tako je Rezolucijom 1373 (2001) osiguralo kontinuirano provođenje sankcijskog režima preko Sankcijskog odbora za borbu protiv terorizma (*Counter-Terrorism Committee*) s mandatom za provođenje nadzora nad provedbom te rezolucije (odnosno ispunjavanjem obveza država članica da intenziviraju razmjenu informacija o aktivnostima i kretanjima terorista, falsificiranim putnim ispravama, trgovini oružjem, eksplozivom i drugim materijalima, upotrebi telekomunikacijskih tehnologija terorističkih skupina te o oružju za masovno uništenje koje se eventualno nalazi u njihovom posjedu).³⁹ Države su sukladno rezoluciji dužne međusobno surađivati u administrativnim i sudskim pitanjima, postati strankama relevantnih međunarodnih konvencija iz, tzv. režima za suzbijanje terorizma,⁴⁰ sudržavati se od pružanja podrške osobama ili entitetima povezanim s terorističkim aktivnostima, uskratiti utočište ne samo teroristima, nego i onima koji planiraju, financiraju i podržavaju terorističko djelovanje, te osigurati da te osobe budu privedene pravdi.⁴¹ Svrha je rezolucije i osnivanja Sankcijskog odbora bila, dakle povećati sposobnosti i kapacitete država članica UN-a u borbi protiv terorizma. U ostvarenju zadanog mandata Sankcijskom odboru pomažu stručnjaci zaduženi za razmatranje izvještaja koje podnesu države članice o poduzetim mjerama za suzbijanje terorizma, odnosno za tehničku koordinaciju svih zadaća Odbora.⁴²

Samo četiri mjeseca nakon terorističkih napada na SAD i odlaska talibana s vlasti Vijeće sigurnosti je Rezolucijom 1390 (2002) odredilo prisilne mjere izravno protiv Al-Qaide kao terorističke organizacije. Vijeće je osudilo Al-Qaidu i s Al-Qaidom povezane skupine zbog počinjenja višestrukih terorističkih napada u kojima su stradali mnogi nedužni civili, a njihova je imovina uništena.⁴³ Specifičnost Rezolucije 1390 je činjenica da je njome Vijeće sigurnosti po prvi puta nametnulo sankcije nekom nedržavnom akteru ne povezujući njegovo protupravno djelovanje s nekom konkretnom državom ili sukobom, nego se rezolucijom općenito referira na čine međunarodnog terorizma kao prijetnju međunarodnom miru i sigurnosti.⁴⁴ Ne određivši vremensko ograničenje nametnutih sankcija Vijeće je sigurnosti otvorilo put trajnom sankcijskom režimu koji bi se imao primjenjivati sve dok postoji prijetnja međunarodnom miru i sigurnosti koja proizlazi iz djelovanja terorističkih skupina.⁴⁵

Iako je novi, globalni režim sankcija pridonio cjelokupnom sustavu borbe

39 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES1373 (2001), preambula i paras. 3, 6.

40 Vidi supra, uz bilj. 1.

41 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES1373 (2001), para. 2.

42 Rosand, E., Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism", Washington, American Journal of International Law, vol. 97, 2003., str. 334-335.

43 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1390 (2002), preambula.

44 ibid. Vidi i Ginsborg, L., op. cit., str. 610 *et seq.*

45 Iako je Rezolucijom 1390 (2002) predviđena revizija njome određenih mjera nakon 12 mjeseci, Vijeće sigurnosti ovlašteno je ili nastaviti s primjenom dosadašnjih mjera ili odlučiti o njihovom osnaživanju. Vidi UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1390 (2002), para. 3.

protiv terorizma na razini UN-a, on sadrži puno kontroverznih i po pitanju njegove zakonitosti dvojbjenih rješenja koja, kako ćemo vidjeti, zanemaruju vrlo važan aspekt primjene sankcija prema pojedincima ili osobama za koje postoji sumnja da su izravno ili neizravno povezane s terorizmom, a to je zaštita njihovih ljudskih prava. Naime, donošenje odluke o upisivanju imena nekog pojedinca na sankcijske liste koje vode sankcijski odbori osnovani rezolucijama Vijeća sigurnosti⁴⁶ isključivo je političke naravi i najčešće ovisi o informacijama dobivenima s terena,⁴⁷ pritom bez ikakve obveze na strani Vijeća sigurnosti ili Sankcijskog odbora da stupi u kontakt s „osumnjičenim“ prije stavljanja njegova imena na listu. S obzirom na to da ne postoji sudska kontrola zakonitosti odluka Sankcijskog odbora, možemo zaključiti da su ovlasti Odbora i Vijeća sigurnosti u sankcijskom režimu gotovo neograničene.⁴⁸ Odluka o prisilnim mjerama u Vijeću sigurnosti uglavnom je politički uvjetovana i upravo zbog toga ne podliježe prethodnim pravnim procedurama i standardima koje je uobičajeno potrebno zadovoljiti u nekom pravnom, kaznenom postupku.⁴⁹

Međutim, u nastavku ćemo na primjeru vođenja lista Sankcijskog odbora za pojedince i entitete povezane s Al-Qaidom i ISIL-om (tzv. *ISIL (Da'esh and Al-Qaida Sanctions List)*)⁵⁰ vidjeti da su pojedincima koji se nađu na sankcijskoj listi ipak dostupne određene mogućnosti i sredstva kojima se mogu poslužiti pred nekim domaćim ili međunarodnim sudom radi zaštite svojih ljudskih prava koja su im povrijeđena u nekoj državi članici. Pritom ćemo na primjeru sudske prakse Suda Europske unije i Europskog suda za ljudska prava vidjeti na koji su način ti sudovi interpretirali obvezatnost primjene odluka Vijeća sigurnosti donesenih na temelju glave VII. u odnosu na odredbu članka 103. Povelje UN-a.⁵¹ Prokomentirat ćemo i pokušaj pružanja bolje zaštite ljudskih prava u primjeni prisilnih mjera Vijeća

46 Vidi primjere supra uz bilj. 34. Danas postoji ukupno četrnaest sankcijskih odbora. Popis je dostupan na United Nations Security Council, *Sanctions*, <<https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/narrative-summaries>>, 12. veljače 2019.

47 Informacije o „osumnjičenima“ za terorizam i s terorizmom povezanim aktivnostima Sankcijskom odboru dostavljaju zainteresirane države, banke, a dobivaju se i putem javnih medija (novina, društvenih mreža i slično) i obavještajnih kanala.

48 O mehanizmu stavljanja imena pojedinaca i entiteta na sankcijsku listu i o uspješnosti primjene sankcija od strane država članica UN-a vidi Vlad, I.-L., *Targeted Sanctions, Judicial Antagonism or Legal Dialogue*, Bucharest, *Revista de Drept Public*, vol. 2015, 2015., str. 114 *et seq.*

49 Pa ipak, i u Ujedinjenim narodima komentiralo se da se pitanje zaštite ljudskih prava nije u dovoljnoj mjeri uzelo u obzir pri određivanju ciljanih sankcija. Opširnije vidi u: Biersteker, Th. J., *op. cit.*, str. 101.

50 Rezolucijom 2253 (2015) Vijeće sigurnosti proširilo je listu u okviru sankcijskog režima uvedenog rezolucijama 1267 (1999) i 1989 (2011) uključivanjem pojedinaca i entiteta koji podržavaju, tzv. Islamsku državu (ISIL). Vidi UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/2253 (2015), preambula.

51 Vidi infra, u poglavlju 3.2. Odredba čl. 103. Povelje UN-a propisuje: “U slučaju sukoba između obveza članova Ujedinjenih naroda na temelju ove Povelje i njihovih obveza na temelju bilo kojega drugoga međunarodnog sporazuma prevladavaju njihove obveze na temelju ove Povelje.” Povelja Ujedinjenih naroda, NN MU br. 15/93. Prijevod Povelje UN-a na hrvatski jezik vidi i u: Lapaš, D., Šošić, T. M., *Međunarodno javno pravo – izbor dokumenata*, Zagreb, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, 2005., str. 3 *et seq.*

sigurnosti radi suzbijanja terorizma u vidu uvođenja instituta Ombudsmana.⁵²

3. SANKCIJSKI REŽIM I KRŠENJE LJUDSKIH PRAVA

3.1. Sankcijska lista Sankcijskog odbora Vijeća sigurnosti

Ideja o uvrštavanju na sankcijsku listu imena pojedinaca ili entiteta povezanih s terorizmom s jedne je strane omogućila učinkovitiju borbu protiv terorizma i financiranja terorističkih aktivnosti, no s druge, u praksi je dovela do negativnih implikacija na privatni i poslovni život osoba koje su se našle na listi i do konkretnih kršenja njihovih ljudskih prava.⁵³ Pojedinici stavljeni na popis Sankcijskog odbora odjednom su se našli u poziciji da se ne mogu služiti svojom imovinom, zbog čega su mnogi zapali u financijske probleme, izgubili su posao i narušen im je ugled, a kompanijama pogođenima sankcijama blokirano je poslovanje ili su zatvarane.⁵⁴ Budući da su ciljane sankcije u svojoj naravi zapravo kvazikriminalne jer *de facto* sadrže optužbu da su osobe stavljene na listu teroristi ili da pomažu teroristima, a ne postoji mehanizam koji bi omogućio reviziju točnosti informacija koje su pružile osnovu za stavljanje na listu, u praksi je došlo do uskraćivanja nekih temeljnih ljudskih prava tih osoba (npr. pravo na slobodu, kretanje, imovinu, pristup sudu).⁵⁵

Postupak odlučivanja o stavljanju nekog imena na listu obično inicira jedna od država članica UN-a na temelju podataka (povjerljivih ili javnih) dobivenih iz različitih izvora.⁵⁶ Članovi Sankcijskog odbora, po jedan predstavnik svake države članice Vijeća sigurnosti, dostavljene podatke o predloženom imenu šalju vladama svojih država nakon čega one daju svoj prijedlog o predloženoj osobi i odluka se o stavljanju predloženog imena na listu u Sankcijskom odboru donosi konsenzusom. Budući da članovi Sankcijskog odbora najčešće samo prenose stajališta svojih vlada a da u Odboru rasprave opravdanost prijedloga za stavljanje na listu, ne može se reći da takav postupak osigurava dovoljnu razinu sigurnosti da je predložena osoba zaista povezana s terorističkim aktivnostima.⁵⁷

52 Vidi *infra*, u poglavlju 4.

53 Bianchi, A., Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion, *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006., str. 903-910.

54 Ginsborg, L., str. 613.

55 Cameron, I., *op. cit.*, str. 159. Addis upozorava da je u ciljanim sankcijama teško vidjeti samo preventivni karakter i da postoji tanka granica između preventivnog i punitivnog s obzirom na to da uvrštavanje imena pojedinca na listu, zamrzavanje njegove imovine, onemogućavanje stvaranja dohotka, nemogućnost slobodnog kretanja i putovanja, te stigma koja prati takve sankcije nedvojbeno imaju punitivni učinak. Vidi Addis, A., *Targeted*, str. 201-202.

56 Vidi *supra*, uz bilj. 47.

57 Takva praksa odlučivanja u Sankcijskom odboru na temelju, tzv. *no-objection procedure*, odnosno procedure u kojoj se odluka o stavljanju nekog imena na listu donosi ako nijedan član Odbora ne stavi prigovor, ne ulijeva povjerenje da se o prijedlogu raspravilo na adekvatan i argumentiran način. Vidi Hudson, A., *Not a Great Asset: The UN Security Council's Counter-Terrorism Regime: Violating Human Rights*, Berkeley, Berkeley Journal of International Law, vol. 25, 2007., str. 207. Opširnije o postupku pred Sankcijskom odborom vidi Biersteker, Th. J.,

Budući da predloženi pojedinci ili organizacije nemaju mogućnost postavljati zahtjeve ili izlagati argumente pred samim Sankcijskim odborom, njihove eventualne zahtjeve za uklanjanjem s liste Odboru može uputiti jedino država čiji su oni državljani ili država u kojoj imaju boravište. I u tom je slučaju ta država dužna prvo pristupiti dvostranim pregovorima o uklanjanju s liste s državom koja je uputila prijedlog o stavljanju na nju.⁵⁸ Tek nakon toga te dvije države mogu uputiti zajednički prijedlog Sankcijskom odboru koji opet konsenzusom odlučuje o uklanjanju imena pojedinca ili organizacije sa sankcijske liste.⁵⁹

U praksi vođenja sankcijskih lista pojavili su se neki problemi koji najviše pogađaju upravo osobe čija su imena predložena za uvrštavanje na listu. Prvo, države koje su Sankcijskom odboru predložile neko ime, nisu uvijek na ispravan način (ili nisu uopće) izvijestile tu osobu o podnesenom prijedlogu, iako je obavještanje presudno za osiguravanje procesnih prava predloženih osoba. Obavještanje bi trebalo uključivati i razloge za stavljanje na listu i uputu o pravnom lijeku, odnosno o pravu na upućivanje zahtjeva za uklanjanjem s liste.⁶⁰ Drugi se problem pojavio na strani država koje često nisu imale motiva upuštati se u postupak pred Sankcijskim odborom radi zaštite prava svojih državljana, pogotovo ako je njihovo djelovanje stavljeno u kontekst terorizma.⁶¹ Osim toga, u procesu im je u potpunosti negirano pravo na saslušanje (što je jamstvo pravičnog sudskog postupka), kao i pravo na pravni lijek nakon stavljanja na listu.⁶²

Sve je to postupno dovelo do sve izraženije sumnje u zakonitost i opravdanost sankcijskoga režima i do potrebe preispitivanja načina odlučivanja u Vijeću sigurnosti, odnosno revidiranja ovlasti Sankcijskog odbora. Sankcijskom odboru kao pomoćnom organu Vijeća sigurnosti zamjeralo se da nema ovlasti odlučivati o tome tko predstavlja prijetnju međunarodnom miru i sigurnosti, budući da je to pitanje, sukladno odredbama glave VII. Povelje, u nadležnosti Vijeća sigurnosti i upitno je mogu li se te ovlasti delegirati.⁶³ Osim toga, obveze nametnute državama članicama UN-a u vidu dužnosti modifikacije domaćega zakonodavstva u skladu s rezolucijama, kažnjavanja pojedinaca i entiteta kao nedržavnih aktera i redovitog podnošenja izvještaja Sankcijskom odboru za mnoge države sigurno nisu bile jednostavan zadatak.⁶⁴ Države su u Općoj skupštini počele naglašavati potrebu da se režim za suzbijanje terorizma usmjeri više prema transparentnosti, odgovornosti i otvorenosti upravo jer je postao suviše invazivan što se tiče kršenja ljudskih prava i da postojeći režim za suzbijanje terorizma zapravo olakšava regrutiranje terorista.⁶⁵

op. cit., str. 108 *et seq.*

58 Koliko zahtjevi pojedinaca u stvarnosti ovise o diplomatskom angažmanu država čiji su državljani pokazuje primjer Messrs Abdirisak Adena i Abdulaziz Alija, koji su nakon dugih i teških pregovora između SAD-a i Švedske u konačnici ipak izbrisani sa sankcijske liste, a mjera blokade njihove imovine je ukinuta. Vidi Hudson, A., op. cit., str. 219-220.

59 loc. cit.

60 Biersteker, Th. J., op. cit., str. 109.

61 loc. cit.

62 loc. cit.

63 Slično i Hudson, A., op. cit., str. 209.

64 *ibid.*, str. 210.

65 Vidi Kfir, I., *A Regime in Need of Balance: The UN Counter-Terrorism Regime of Security*

Takva nastojanja država članica UN-a rezultirala su prihvaćanjem Globalne strategije za borbu protiv terorizma 2006. godine na poticaj i pod vodstvom glavnog tajnika UN-a.⁶⁶ Strategija je naglasila nužnost kontinuiranog osuđivanja terorizma u svim njegovim oblicima, koji je počinjen bilo gdje i u bilo koje svrhe te je predvidjela mjere za identificiranje uvjeta koji potiču širenje terorizma.⁶⁷ Kako bi osigurala provođenje pravednih i jasnih procedura u sastavljanju sankcijskih lista i uklanjanju pojedinih osoba ili entiteta s lista, Opća je skupština pozvala Vijeće sigurnosti da pristupi postupnoj reformi sankcijskog režima.⁶⁸ Tako je Vijeće sigurnosti, potaknuto negativnim komentarima država o proceduri uvrštavanja imena na listu i uklanjanja s liste i u nastojanju da se poštuje jasan i pošten postupak, Rezolucijom 1730 (2006) zatražilo Tajništvo UN-a da uspostavi središnje tijelo kojem će se pojedinci koji traže uklanjanje s liste moći izravno obratiti. O takvom direktnom obraćanju pojedinca može odlučiti i država o čijem se državljaninu radi.⁶⁹

Sljedećom Rezolucijom 1735 (2006) Vijeće sigurnosti je od država članica zatražilo da što detaljnije obrazlože prijedlog za stavljanje određenog imena na listu, daju specifične informacije o pojedincima ili entitetima koji bi bili predmet sankcija, objasne podrijetlo informacija i podnesu dokaze koje opravdavaju podnošenje prijedloga.⁷⁰ Nadalje, države su dužne naznačiti koji se dijelovi prijedloga za stavljanje na listu mogu objaviti kako bi se oni mogli predložiti predloženoj osobi.⁷¹ Države se pozivaju i da u skladu sa svojim nacionalnim propisima obavijeste osobu čije ime je na listi o razlozima stavljanja na listu, razmjerima i učincima sankcija i o postupku postavljanja zahtjeva Sankcijskom odboru za uklanjanjem s liste.⁷² Promjene u proceduri odlučivanja o uklanjanju s liste koje su uvedene spomenutom rezolucijom doprinijele su jasnoći i transparentnosti rada Sankcijskog odbora, tako da je Odbor pri odlučivanju o uklanjanju s liste sada dužan provjeriti nalazi li se osoba ili entitet na sankcijskoj listi zbog pogreške u njezinu identificiranju i postoje li i dalje pretpostavke za držanjem pojedinog imena na listi.⁷³

Nabrojane novine u sankcijskom režimu uvelike su pomogle da borba protiv terorizma predvođena Vijećem sigurnosti bude puno učinkovitija i transparentnija što se tiče poboljšanja zaštite ljudskih prava pojedinaca koji su se našli pogođeni sankcijama. U nastavku rada na primjeru izabranih odluka Suda Europske unije, Europskog suda za ljudska prava i Odbora za prava čovjeka vidjet ćemo do kojih

and Human Rights, Miami, University of Miami National Security and Armed Conflict Law Review, vol. 4, 2013., str. 36.

66 United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, UN Doc. A/RES/60/288 (2006).

67 Detaljnije o Globalnoj strategiji protiv terorizma vidi u: *Uniting Against Terrorism: Recommendations for Global Counter-Terrorism Strategy*, Report of the Secretary-General, UN Doc. A/60/825 (2006), para. 1. Ocjenu Opće skupštine dosadašnjih postignuća i napretka država članica UN-a u ostvarivanju ciljeva postavljenih u Globalnoj strategiji vidi u: *The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy Review*, UN Doc. A/RES/68/276 (2014).

68 UN General Assembly Resolution, UN Doc. A/RES/60/1 (2005), para. 109.

69 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1730 (2006), *preambula et seq.*

70 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1735 (2006), para. 5.

71 *ibid.*, para. 6.

72 *ibid.*, para. 11.

73 *ibid.*, paras. 13-14.

praktičnih problema i kršenja prava čovjeka može doći pri implementaciji mjera država donesenih radi provedbe obveza sadržanih u rezolucijama Vijeća sigurnosti. Zatim ćemo analizirati uvođenje instituta Ombudsmana u sankcijski režim 2009. godine, kojim je Vijeće sigurnosti pokušalo osigurati mehanizam provjere ispravnosti procedure odlučivanja u Sankcijskom odboru i omogućiti pojedincima koji se nalaze na sankcijskoj listi minimum pravne zaštite, barem koliko je to moguće uzevši u obzir da ne postoje mehanizmi izravnog pobijanja odluka Vijeća sigurnosti.⁷⁴

3.2. Odluke međunarodnih sudova i drugih tijela o povredi ljudskih prava u primjeni sankcija Vijeća sigurnosti

Jedna od najpoznatijih odluka Suda Europske unije koja se bavi pitanjem kršenja određenih ljudskih prava nastalih pri primjeni mjera donesenih na razini Europske unije, a kojima se daje konkretan pravni učinak odlukama Vijeća sigurnosti, je presuda Suda iz 2008. godine donesena u slučaju *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*. U tom je slučaju Sud Europske unije raspravljao o povredi procesnih prava tužitelja do kojih je, prema njegovim tvrdnjama, došlo pri primjeni rezolucija Vijeća sigurnosti 1267 (1999) i 1390 (2002).⁷⁵ U postupku je utvrđeno da je pri provedbi Uredbe Vijeća Europske unije 881/2002, donesene na temelju rezolucija Vijeća sigurnosti 1267 (1999) i 1390 (2002), došlo do povrede prava tužitelja na iznošenje obrane, prava da bude saslušan i prava na pristup učinkovitom pravnom lijeku.⁷⁶ Osim toga, zaključeno je da je pritom došlo i do kršenja prava vlasništva tužitelja.⁷⁷ Sud je odlučio poništiti spomenutu Uredbu u odnosu na tužitelja, ali je primjenu te odluke odgodio na vrijeme od tri mjeseca, uvaživši mogućnost da se mjere nametnute spomenutom Uredbom ipak pokažu opravdanima.⁷⁸ Ta je presuda potvrđena i pred Općim sudom Europske unije 2010. godine,⁷⁹ a Kadijevo ime je sa sankcijske liste uklonjeno tek 2012. godine.⁸⁰

Za našu analizu važno je prenijeti i dio presude u slučaju *Kadi* u kojem se raspravlja o hijerarhijskom odnosu između rezolucija Vijeća sigurnosti donesenih po glavi VII. Povelje UN-a i koje sukladno odredbi članka 103. Povelje UN-a prevladavaju u odnosu na druge međunarodne sporazume, te obveza koje su utemeljene u pravnom

74 Određena jamstva zaštite i poboljšanja sustava vođenja sankcijskih lista uvedene su i prije Rezolucijom 1822 (2008), koja je obvezala Sankcijski odbor da periodički revidira svoje prethodne odluke o stavljanju na listu i razmotri postoje li eventualno razlozi za uklanjanje nekog imena s liste, te da se javno i što detaljnije objave razlozi za donošenje odluke o stavljanju na listu odnosno za uklanjanje s liste. UN Security Council Resolution, S/RES/1822 (2008), paras. 25-29.

75 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Communities and Commission of the European Communities*, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, 2008., European Court Reports 2008 I-06351.

76 *ibid.*, paras. 346-353.

77 *ibid.*, paras. 354-372.

78 *ibid.*, paras. 370-376.

79 *Yassin Abudllah Kadi v. Euroepan Commission*, Case T-85/09, Judgement of the General Court, 2010., European Court Reports 2010 II-05177.

80 Vidi u Ginsborg, L., op. cit., str. 614.

sustavu Europske unije, osobito onih koje diraju u temeljna ljudska prava. Iako je Sud potvrdio da je Europska unija (odnosno njezine države članice) dužna usvojiti mjere nužne za provedbu rezolucija Vijeća sigurnosti usvojenih na temelju glave VII. Povelje, naglasio je da Povelja pritom ne obvezuje u pogledu mjera i načina na koji se konkretne rezolucije trebaju provesti, nego isključivo u pogledu učinaka koji se rezolucijom žele postići, uvažavajući pravnu proceduru u nacionalnim pravnim sustavima država članica. Iz toga proizlazi da odluke usvojene u organima Europske unije radi provedbe rezolucija Vijeća sigurnosti kao antiterorističkih mjera podliježu sudskoj kontroli, osobito ako njihovom primjenom dolazi do povreda temeljnih ljudskih prava zajamčenih u pravnom sustavu Europske unije.⁸¹ Što se tiče potencijalnih zamjerki da Sud Europske unije nema nadležnost ispitivati pravnu utemeljenost odluka Vijeća sigurnosti ni općenito autoritet UN-a, Sud Europske unije napomenuo je da ispituje isključivo zakonitost akata i mjera koje su usvojili organi Europske unije u svrhu primjena odluka Vijeća sigurnosti.⁸²

Europski sud za ljudska prava zauzeo je stajalište da kada se govori o zaštiti temeljnih ljudskih prava, sudska kontrola zakonitosti mjera država stranaka Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, (u daljnjem tekstu: Europska konvencija), a kojima se provode obvezujuće odluke Vijeća sigurnosti, nije isključena. Tako se Sud u slučaju *Case of Nada v. Switzerland* izričito pozvao na presudu u slučaju *Kadi* i rekao da primjena pravnih načela koja reguliraju međunarodni pravni poredak UN-a ne isključuje sudsku kontrolu zakonitosti mjera (u kontekstu zaštite temeljnih sloboda) koje su donesene radi davanja učinka rezolucijama Vijeća sigurnosti donesenih po glavi VII. Povelje UN-a.⁸³ U postupku je utvrđeno da je Švicarska implementacijom Rezolucije Vijeća sigurnosti 1267 (1999) povrijedila pravo tužitelja na poštovanje njegova privatnog i obiteljskog života, zajamčeno odredbom članka 8. Europske konvencije,⁸⁴ kao i pravo na učinkovit pravni lijek sukladno odredbi članka 13. Europske konvencije.⁸⁵ Pravo na privatni i obiteljski život tužitelju je povrijeđeno na način da Švicarska u primjeni rezolucije Vijeća sigurnosti nije uzela u obzir

81 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Communities and Commission of the European Communities* (2008), supra u bilj. 75, paras. 296-299 et seq. O različitim razinama odnosa između pravnog sustava UN-a i drugih pravnih sustava i neizravnim pravnom učinku rezolucija Vijeća sigurnosti u državama članicama EU vidi u Guazzarotti, A., *Security Council Resolutions before European Courts: The Elusive Virtue of Non Direct Effect*, Torino, Perspectives on Federalism, vol. 4, 2012., <http://www.on-federalism.eu/attachments/150_download.pdf>, 15. studenog 2018.

82 *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Communities and Commission of the European Communities* (2008), ibid., paras. 286-289. Opširnije o pitanju mogu li se odluke Vijeća sigurnosti podvrgnuti nekom obliku sudske kontrole vidi Martenczuk, B., *The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?*, Oxford, European Journal of International Law, vol. 10, 1999., str. 517 et seq.; Alvarez, J. E., *Judging the Security Council*, Washington, American Journal of International Law, vol. 90, 1996., str. 1 et seq.

83 *Case of Nada v. Switzerland*, Application No. 10593/08, Judgement, Grand Chamber of the European Court of Human Rights, 2012., str. 59, para. 212.

84 ibid., str. 55, paras. 196-198. Vidi i Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine, UNTS, vol. 213, 1955.

85 *Case of Nada v. Switzerland* (2012), supra u bilj. 83, str. 58 -59, paras. 209-214.

specifičnu situaciju tužitelja i nije poštovala načela proporcionalnosti i nužnosti.⁸⁶ S druge strane, s obzirom na to da Švicarska nije osigurala tužitelju pravo na kontrolu mjera poduzetih u skladu s rezolucijom Vijeća sigurnosti, povrijeđeno je tužiteljevo pravo na djelotvorni pravni lijek radi uklanjanja njegova imena sa sankcijske liste.⁸⁷

Odbor za prava čovjeka UN-a u slučaju *Sayadi and Vinck v. Belgium*, 2008. je godine razmatrao tvrdnje podnositelja zahtjeva da nacionalne mjere tužene države Belgije donesene radi promjene sankcija iz rezolucija Vijeća sigurnosti 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2002) i 1455 (2003) nisu u skladu s obvezama propisanim Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima (u daljnjem tekstu: Međunarodni pakt).⁸⁸ Nakon što su imena podnositelja zahtjeva uvrštena na sankcijsku listu, Belgija je odlučila blokirati njihovu imovinu. Podnositelji zahtjeva su naveli da su im time povrijeđena prava na učinkovit pravni lijek, slobodu kretanja, pravo na čast i ugled, načelo zakonitosti, presumpciju nedužnosti i pravo na pravičan postupak.⁸⁹ Bez obzira na to obvezatnost provedbe Rezolucija Vijeća sigurnosti donesenih na temelju glave VII. Povelje UN-a Odbor je zaključio da kao jamac prava zajamčenih Međunarodnim paktom ima pravo i dužnost raspravljati o kompatibilnosti mjera koje pojedina država usvaja radi provedbe tih odluka Vijeća sigurnosti.⁹⁰ Nakon ocjene svih relevantnih okolnosti, Odbor je zaključio da budući da ograničenja prava podnositelja zahtjeva da napuste državu nisu bila nužna za zaštitu nacionalne sigurnosti ili javnoga poretka, Belgija je svojim mjerama prema tužiteljima povrijedila obvezu iz članka 12. Međunarodnog pakta.⁹¹

Odbor za prava čovjeka zaključio je da nije došlo do povrede prava na učinkoviti pravni lijek s obzirom na to da su podnositelji zahtjeva imali mogućnost podnijeti zahtjev Sankcijskom odboru za uklanjanjem njihovih imena sa sankcijske liste,⁹² a također nije utvrđeno da su povrijeđena prava podnositelja zahtjeva na presumpciju nedužnosti i druga procesna prava zajamčena Međunarodnim paktom.⁹³ S druge strane, utvrđeno je da je Belgija povrijedila pravo na čast i ugled podnositelja zahtjeva diseminacijom njihovih osobnih podataka i učinivši sankcijsku listu s njihovim imenima dostupnom javnosti.⁹⁴

Sudske odluke i odluke drugih međunarodnih tijela za zaštitu ljudskih prava, zajedno s kritikama upućenima Vijeću sigurnosti od Opće skupštine, glavnog tajnika, Odbora za prava čovjeka i pojedinih država potaknule su Vijeće sigurnosti da pristupi konkretnim reformama sankcijskog režima te uvede kontrolne mehanizme koji će ublažiti njegove negativne učinke i osigurati bolju zaštitu temeljnih ljudskih

86 *ibid.*, str. 55, paras. 197-198.

87 *ibid.*, str. 59, paras. 212-213.

88 *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium*, Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006, Communication No. 1472/2006, 2008. Vidi i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1996. godine, UNTS, vol. 999, 1976.

89 *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium* (2008), *ibid.*, para. 10.4.

90 *ibid.*, para. 10.6.

91 *ibid.*, para. 10.8.

92 *ibid.*, para. 10.9.

93 *ibid.*, paras. 10.9-10.11.

94 *ibid.*, paras. 10.12-10.13.

prava osoba pogođenih sankcijama Vijeća sigurnosti. Iako se uloga Ombudsmana ustanovljenog upravo radi ostvarivanja spomenutih ciljeva ne može usporediti s ovlastima nekoga sudskog organa, taj institut ipak pruža određeno jamstvo da će se pri stavljanju ili uklanjanju imena pojedinaca i drugih entiteta sa sankcijskih lista više voditi računa o njihovim temeljnim pravima i slobodama.

4. UVOĐENJE OMBUDSMANA – POKUŠAJ VRAĆANJA POVJERENJA U RAD VIJEĆA SIGURNOSTI I SANKCIJSKOG ODBORA

Konkretne i važne promjene u sankcijskom režimu uvedene su Rezolucijom 1904 (2009) kojom je Vijeće sigurnosti zatražilo glavnog tajnika da imenuje osobu Ombudsmana, čija bi zadaća bila da kao visoko moralna i nepristrana osoba sa znanjem u području zaštite ljudskih prava i borbe protiv terorizma razmatra zahtjeve pojedinaca za uklanjanjem s liste i djeluje nezavisno o uputama bilo koje vlade.⁹⁵ Tom je rezolucijom uspostavljen revizijski mehanizam sankcijskog režima na razini UN-a. Ključne reforme i poboljšanja u sustavu radi zaštite prava onih na koje se ciljane sankcije Vijeća sigurnosti prvenstveno odnose, osigurana su novim pravilima u procesu odlučivanja u Sankcijskom odboru i njegovoj suradnji s državama članicama. Rezolucijom 1904 tako je uspostavljen Ured Ombudsmana kao središnje tijelo kojem se pojedinci i entiteti mogu obratiti sa zahtjevom za uklanjanjem njihova imena sa sankcijske liste; jasno se nalaže Sankcijskom odboru da razmatra uklanjanje s liste članova ili suradnika Al-Qaide, Osame bin Ladena ili talibana koji više ne udovoljavaju kriterijima po kojima su stavljeni na listu; države se članice potiču da podnesu zahtjeve za uklanjanjem s liste imena osoba koje su umrle ili entiteta koji više ne postoje, pritom pazeći da se njihova imovina ne prenese na druge osobe ili entitete čija imena su na listi; države se također obvezuju da deblokiraju financijsku imovinu preminulih osoba ili entiteta koji ne postoje i da spriječe da se ta sredstva upotrijebe u terorističke svrhe; Odbor je dužan s dužnom pažnjom razmatrati zahtjeve za uklanjanjem s liste i izložiti razloge odbijanja takvih zahtjeva; države se obvezuju da po primitku obavijesti Sankcijskog odbora o uklanjanju imena s liste pravodobno o tome obavijeste konkretnog pojedinca ili entitet.⁹⁶

Nadalje, Rezolucijom 1904 države članice se potiču da redovito surađuju sa Sankcijskim odborom, odnosno da podijele s Odborom sve informacije koje se tiču dodatnih, novih spoznaja o identitetu osoba ili entiteta na listi i novih isprava koje dokazuju njihov identitet, kao i o njihovom kretanju, uhićenju, smrti ili prestanku djelatnosti. Sankcijski je odbor dužan godišnje revidirati sva imena koja se nalaze na sankcijskoj listi, osobito ona koja nisu bila revidirana dulje od tri godine i o njima zatražiti informacije od država čiji su državljani u pitanju, a sve u svrhu da je sankcijska lista što točnija i redovito ažurirana.⁹⁷

95 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1904 (2009), para. 20.

96 *ibid.*, paras. 21-27.

97 *ibid.*, paras. 28-32. Države su također dužne osigurati da se lažne, krivotvorene, ukradene i izgubljene osobne ili putne isprave ponište i uklone iz prometa, a informacije o tome dužne su

Stvaranje transparentnije procedure uvrštavanja imena pojedinaca i entiteta na listu, kao i njihova uklanjanja, a osobito uspostavljanje instituta Ombudsmana kao mehanizma koji adresatima sankcija ipak osigurava određenu zaštitu i dodatnu provjeru opravdanosti odluke koja im u velikoj mjeri ograničava njihova prava, važan su iskorak u režimu borbe protiv terorizma. Uvođenjem Ombudsmana nedvojbeno se postiže veća ravnoteža između osiguranja međunarodnog mira i sigurnosti i zaštite temeljnih ljudskih prava. Međutim, neki teoretičari u ovom mehanizmu ne vide dovoljno pozitivnih pomaka budući da Ombudsman nema nadležnost odlučiti o uklanjanju osobe s liste, već se o tome mora konzultirati sa Sankcijskim odborom koji u konačnici i odlučuje o zahtjevu za uklanjanjem s liste.⁹⁸ Naše je mišljenje da je usprkos spomenutim nedostacima uvođenje Ombudsmana u određenoj mjeri uspjele ograničiti preširoke diskrecijske ovlasti Sankcijskog odbora i doprinijeti pravednosti cjelokupnoga sankcijskog režima.

Novina koja je u proceduri o odlučivanju o zahtjevima za uklanjanjem s liste uvedena Rezolucijom 1989 (2011) je da su razdvojeni sankcijski režimi protiv talibana i protiv Al-Qaide, a institut Ombudsmana odnosi se sada isključivo na osobe i entitete povezane s Al-Qaidom.⁹⁹ Osim toga, tom je rezolucijom značajno unaprijeđen način rada Ombudsmana jer mu je dana ovlast da nakon što ispita sve dostavljene informacije od pojedinaca, entiteta, država i iz drugih izvora, sastavi Konačni izvještaj s konkretnom formalnom preporukom Sankcijskom odboru da se predloženo ime ukloni s liste ili zadrži na popisu.¹⁰⁰ Ako se Sankcijski odbor složi s preporukom Ombudsmana da se određeno ime ukloni s liste, države su dužne obustaviti sankcije protiv te osobe ili entiteta u roku od šezdeset dana od odluke Sankcijskog odbora.¹⁰¹ S druge strane, Sankcijski odbor samo jednoglasno može odlučiti da se primjena mjera ipak neće obustaviti ili, u slučaju da se ne može postići jednoglasnost, na inicijativu samo jednog člana Odbora odlučivanje o konkretnom zahtjevu upućuje se Vijeću sigurnosti.¹⁰² Vidimo da je Rezolucijom 1989 (2011) dodatno poboljšana procedura odlučivanja o zahtjevima za uklanjanjem s liste upravo time što se njome traži stroži kriterij za odluku o zadržavanju na listi, dakle, jednoglasnost svih članova Sankcijskog odbora, ili se, pak, teret odlučivanja i dodatna kontrola sankcijskih lista prebacuje na Vijeće sigurnosti. Time je učinjen dodatni nužni korak prema boljem poštovanju prava predloženih pojedinaca i entiteta.¹⁰³

Narednih su godina rezolucijama 2083 (2012), 2161 (2014), 2253 (2015) i 2368 (2017) u sustav vođenja sankcijskih lista uvedene dodatne izmjene sa svrhom

podijeliti s ostalim državama članicama preko INTERPOL-a, *ibid.*, para. 39.

98 Tsagourias, N., White, N. D., *op. cit.*, str. 244. Mana u radu Sankcijskog odbora je i to što njegovi članovi uglavnom slijede instrukcije svojih vlada pa je dvojbena njihova uloga kao nepristranih i objektivnih članova. Tako i Addis, A., *Targeted*, str. 200.

99 UN Security Council Resolution, UN Doc. S/RES/1989 (2011), para. 2.

100 *ibid.*, para. 21.

101 *ibid.*, para. 23.

102 *ibid.*

103 Watson Institute for International Studies, Brown University, *Due Process and Targeted Sanctions: An Update of the „Watson Report“*, str. 7, http://repository.gladuoinstitute.ch/record/285127/files/Biersteker_Watson%20Report%20Update%202012_12.pdf, 20. studenog 2018.

da cijeli sustav režima borbe protiv terorizma bude učinkovitiji i da omogući veću pravnu sigurnost. Tako navedene rezolucije zahtijevaju da Sankcijski odbor u svakom slučaju obrazloži svoju odluku o prihvaćanju ili odbijanju preporuke Ombudsmana za uklanjanjem određenog imena s liste; Ombudsmanu je dano diskrecijsko pravo da skрати vrijeme prikupljanja informacija od država koje predlažu uklanjanje imena s liste uz uvjet da se nijedna od njih tome ne protivi; Rezolucijom 2253 (2015) Sankcijski je odbor na sankcijsku listu uključio i terorističku organizaciju, tzv. Islamsku državu (ISIL) i njezine članove, a uvedena je i obveza Sankcijskog odbora da odmah priopći svoju odluku u svakom od slučajeva koji su mu podneseni.¹⁰⁴

Iako trenutni sustav revizije odluka o vođenju popisa osoba ili entiteta povezanih s terorizmom i dalje trpi određene institucionalne nedostatke i ne osigurava u svakom slučaju zadovoljavajuću pravnu zaštitu onih koji su izravno određeni kao adresati prisilnih mjera, svaki napor u rješavanju institucionalnih problema sankcijskog režima i samoga postupka u odlučivanju o uvrštavanju imena na sankcijsku listu, kao i odlučivanja o njihovom uklanjanju, pogotovo ako taj postupak „prolazi kroz ruke“ stručne, neovisne i nepristrane osobe ili tijela, korak je naprijed prema učinkovitom i pravednijem režimu borbe protiv terorizma.

5. ZAKLJUČAK

Jedini način na koji ciljane (pametne) sankcije Vijeća sigurnosti u okviru sustava kolektivne sigurnosti uistinu mogu doprinijeti osiguranju međunarodnog mira i sigurnosti je da se pri njihovoj primjeni osigura ravnoteža između borbe protiv terorizma, kao jedne od najozbiljnijih prijetnji međunarodnom miru i sigurnosti, i poštovanja međunarodnopravnog okvira zaštite temeljnih ljudskih prava. U sustav općih sankcija koje su, kako smo vidjeli, često puta bile vrlo neučinkovite i s dramatičnim posljedicama po sigurnost i opstanak stanovništva pogođene države,¹⁰⁵ krajem 1990.-ih godina uvedene su nužne reforme – Vijeće sigurnosti okrenulo se ciljanim, konkretnim sankcijama usmjerenima isključivo protiv pojedinaca ili entiteta čije djelovanje je ocijenjeno kao prijetnja međunarodnom miru i sigurnosti.

Međutim, međunarodna je zajednica predvođena Vijećem sigurnosti u borbi protiv terorizma, osobito nakon terorističkih napada na SAD 2001. godine, krenula u smjeru pooštavanja mjera radi otklanjanja te globalne prijetnje. To je nerijetko dovodilo do ugrožavanja nekih temeljnih, najčešće proceduralnih prava pojedinaca ili entiteta pri primjeni mjera usvojenih radi provedbe rezolucija Vijeća sigurnosti. Smatramo da nijedan represivni sustav, uključujući i sustav prisilnih mjera Vijeća sigurnosti koji je podložan političkih interesima njegovih stalnih država članica, ne može biti zakonit niti učinkovit ako se primjenjuje bez jamstava pravne sigurnosti i

104 UN Security Council Resolutions, UN Doc. S/RES/2083 (2012); S/RES/2161 (2014); S/RES/2253 (2015); S/RES/2368 (2017). Office of the Ombudsperson, *Historical Guide of the Ombudsperson Process through Security Council Resolutions and Reports of the Office of the Ombudsperson to the Security Council*, <https://www.un.org/sc/suborg/sites/www.un.org.sc.suborg/files/historical_guide_ombudsperson_process_march_2018.pdf>, 25. studenog 2018.

105 Vidi supra u poglavlju 1.

osiguranja pravne zaštite onih prema kojima je usmjeren, pa bili to i pojedinci odnosno entiteti koji su na određeni način dovedeni u kontekst terorističkog djelovanja.¹⁰⁶

Nakon uvođenja Ombudsmana i nametanja konkretnijih obveza članovima Sankcijskog odbora radi jačanja suradnje s državama čini nam se da se režim pametnih sankcija ipak reformirao u pozitivnom smjeru i postao "pametniji". Svakako je radi pravne sigurnosti i percepcije zakonitosti odluka koje donosi jedno izvršno, političko a ne sudsko tijelo, ključno uspostaviti i redovito revidirati mehanizme koji će pojedincima koji su pogođeni sankcijama osigurati pravne mehanizme za zaštitu njihovih prava.¹⁰⁷ Nekadašnji glavni tajnik UN-a Kofi Annan još je 2003. godine izjavio: „Ne smijemo raditi ustupke u borbi protiv terorizma na račun ljudskih prava (...). Kompromitiranje zaštite ljudskih prava omogućilo bi teroristima pobjedu koju inače ne bi sami mogli postići. Promicanje i zaštita ljudskih prava bi stoga trebali biti u središtu antiterorističkih strategija.“¹⁰⁸ Tome bismo dodali da iako je Vijeću sigurnosti dana prilična sloboda u donošenju prisilnih mjera u slučaju ozbiljne prijetnje međunarodnom miru i sigurnosti, ono ipak u svakom trenutku treba imati na umu da je jedan od osnovnih ciljeva UN-a razvijanje i poticanje poštovanja prava čovjeka i temeljnih sloboda¹⁰⁹ te da je stoga dužno djelovati u skladu s ciljevima i načelima UN-a.¹¹⁰

LITERATURA

Knjige i članci

1. Addis, Adeno, *Economic Sanctions and the Problem of Evil*, Cincinatti, *Human Rights Quarterly*, vol. 25, 2003., str. 573-623.
2. Addis, Adeno, *Targeted Sanctions as a Counterterrorism Strategy*, New Orleans, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, 2010., str. 187-206.
3. Alvarez, Jose E., *Judging the Security Council*, Washington, *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996., str. 1-39.
4. Bellal, Annyssa, Giacca, Gilles, Casey-Maslen, Stuart, *International Law and Non-State Actors in Afghanistan*, Geneva, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, 2011., str. 47-79.
5. Bianchi, Andrea, *Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-*

106 Na konsolidiranoj sankcijskoj listi Vijeća sigurnosti 27. studenog 2018. nalazilo se više od 400 imena pojedinaca i preko 200 imena entiteta i drugih skupina. Vidi *Consolidated United Nations Security Council Sanctions List*, <<https://scsanctions.un.org/fop/fop?xml=htdocs/resources/xml/en/consolidated.xml&xslt=htdocs/resources/xsl/en/consolidated.xsl>>, 27. studenog 2018.

107 Addis ističe da Vijeće sigurnosti mora biti svjesno da sankcijski režim nužno mora biti pravedan i mora se činiti takvim u očima onih od kojih se očekuje primjena prisilnih mjera (i država članica UN-a i njihovih državljana). Addis, A., *Targeted*, str. 204.

108 Reproducirano u: Tsagourias, N., White, N. D., op. cit., str. 243.

109 Prema čl. 1. t. 3. Povelje UN-a ciljevi UN-a su, između ostalih: „Ostvarivati međunarodnu suradnju rješavanjem međunarodnih problema ekonomske, socijalne, kulturne ili humanitarne prirode te razvijanjem i poticanjem poštovanja prava čovjeka i temeljnih sloboda za sve bez razlike s obzirom na rasu, spol, jezik ili vjeroispovijed.“ Za tekst Povelje UN-a vidi supra uz bilj. 51.

110 Odredba čl. 24. st. 2. Povelje UN-a propisuje: „U obavljanju tih dužnosti Vijeće sigurnosti djeluje u skladu s ciljevima i načelima Ujedinjenih naroda...“. Za tekst odredbe čl. 24. Povelje UN-a vidi ibid.

- Terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion, Oxford, European Journal of International Law, vol. 17, 2006., str. 881-919.
6. Biersteker, Thomas J., Targeted Sanctions and Individual Human Rights, Toronto, International Journal, vol. 65, 2009., str. 99-117.
 7. Bolani, Maria-Lydia, Security Council Sanctions on Non-State Entities and Individuals, Atena, Revue Hellénique de Droit International, vol. 56, 2003., str. 401-439.
 8. Boulden, Jane, The United Nations General Assembly and Terrorism, u: Saul, Ben (ur.), Research Handbook on International Law and Terrorism, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2014., str. 555-571.
 9. Brown, Davis, Use of Force against Terrorism after September 11th: State Responsibility, Self-Defence and Other Responses, New York, Cardozo Journal of International and Comparative Law, vol. 11, 2003., str. 1-53.
 10. Cameron, Iain, UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights, Leiden, Nordic Journal of International Law, vol. 72, 2003., str. 159-214.
 11. Clark Hersey, Elizabeth, No Universal Target: Distinguishing between Terrorism and Human Rights Violations in Targeted Sanctions Regime, New York, Brooklyn Journal of International Law, vol. 38, 2013., str. 1231-1267.
 12. Czaplinski, Wladyslaw, The *Lockerbie* Case – Some Comments, Warsaw, Polish Yearbook of International Law, vol. 20, 1993., str. 37-45.
 13. Ginsborg, Lisa, The United Nations Security Council's Counter-Terrorism Al-Qaida Sanctions Regime: Resolution 1267 and the 1267 Committee, u: Saul, B. (ur.), Research Handbook on International Law and Terrorism, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2014., str. 608-625.
 14. Gowlland-Debbas, Vera, Security Council Change: The Pressure of Emerging International Public Policy, Toronto, International Journal, vol. 65, 2009./2010., str. 119-142.
 15. Guazzarotti, Andrea, Security Council Resolutions before European Courts: The Elusive Virtue of Non Direct Effect, Torino, Perspectives on Federalism, vol. 4, 2012., str. 125-148.
 16. Hudson, Andrew, Not a Great Asset: The UN Security Council's Counter-Terrorism Regime: Violating Human Rights, Berkeley, Berkeley Journal of International Law, vol. 25, 2007., str. 203-227.
 17. Kfir, Isaac, A Regime in Need of Balance: The UN Counter-Terrorism Regime of Security and Human Rights, Miami, Miami, University of Miami National Security and Armed Conflict Law Review, vol. 4, 2013., str. 7-47.
 18. Lapaš, Davorin, Šošić, Trpimir Mihael, Međunarodno javno pravo – izbor dokumenata, Zabreb, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, 2005.
 19. Martenczuk, Bernd, The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from *Lockerbie*?, European Journal of International Law, vol. 10, 1999., str. 517-548.
 20. Mueller, John, Mueller, Karl, Sanctions of Mass Destruction, New York, Foreign Affairs, vol. 78, 1999., str. 43-53.
 21. Rosand, Eric, Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism, American Journal of International Law, vol. 97, 2003., str. 333-341.
 22. Shaw, Malcolm N., International Law, 6. izd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
 23. Trapp, Kimberly N., State Responsibility for International Terrorism, Oxford, Oxford University Press, 2011.
 24. Tsagourias, Nicholas, White, Nigel D., Collective Security – Theory, Law and Practice, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
 25. Vlad, Ioan-Luca, Targeted Sanctions, Judicial Antagonism or Legal Dialogue, Bucharest,

- Revista de Drept Public, vol. 2015, 2015., str. 114-134.
26. Weschler, Joanna, *The Evolution of Security Council Innovations in Sanctions*, *International Journal*, vol. 65, 2009., str. 31-43.
 27. Wolfrum, Rüdiger, Philipp, Christiane E., *The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law*, *Den Haag/London/New York, Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6, 2002., str. 559-601.

Međunarodni ugovori

1. *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950.*, UNTS, . 2213, 1955.
2. *Konvencija o kaznenim djelima i nekim drugim činima počinjenima u zrakoplovima iz 1963. (tzv. Tokijska konvencija)*, UNTS, vol. 704, 1969.
3. *Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina protiv međunarodno zaštićenih osoba, uključujući diplomatske agente iz 1973.*, UNTS, vol. 1035, 1977.
4. *Konvencija o suzbijanju protupravne zapljene zrakoplova iz 1970. (tzv. Haška konvencija)*, UNTS, vol. 860, 1980.
5. *Konvencija o suzbijanju protupravnih čina protiv sigurnosti civilnog zrakoplovstva iz 1971. (tzv. Montrealska konvencija)*, UNTS, vol. 974, 1975.
6. *Konvencija o suzbijanju protupravnih čina protiv sigurnosti pomorske plovidbe iz 1988.*, UNTS, vol. 1678, 1992.
7. *Međunarodna konvenciju protiv uzimanja talaca iz 1979.*, UNTS, vol. 1316, 1983.
8. *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966.*, UNTS, vol. 999, 1976.
9. *Povelja Ujedinjenih naroda iz 1945.*, NN MU br. 15/93.

Sudska praksa

1. *Case of Nada v. Switzerland*, Application No. 10593/08, Grand Chamber of the European Court of Human Rights, Judgement, 2012.
2. *Yassin Abudllah Kadi v. Euroepan Commission*, Case T-85/09, Judgement of the General Court, 2010., *European Court Reports 2010 II-05177*.
3. *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Communities and Commission of the European Communities*, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, 2008., *European Court Reports 2008 I-06351*.

Dokumenti Ujedinjenih naroda

1. *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*, Report of the Secretary-General, UN Doc. A/59/2005 (2005).
2. Letter Dated 15 July 1991 from the Secretary-General Addressed to the President of the Security Council, Report to the Secretary-General Dated 15 July 1991 on Humanitarian Needs in Iraq Prepared by a Mission Led by Sadruddin Aga Khan, Executive Delegate of the Secretary-General, UN Doc. S/22799 (1991).
3. *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium*, Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006, Communication No. 1472/2006, 2008.
4. Note by the President of the Security Council, UN Doc. S/2018/2/Rev. 2 (2018).
5. Note by the President of the Security Council, UN Doc. S/2019/2 (2019).
6. UN General Assembly Resolutions, UN Doc. A/RES/3034(XXVII) (1972); A/RES/31/102 (1976); A/RES/32/147 (1978); A/RES/34/145 (1979); A/RES/36/109 (1981); A/RES/38/130 (1983); A/RES/40/61 (1985); A/RES/42/159 (1987); A/RES/44/29 (1989); World Summit Outcome Document, UN Doc. A/RES/60/1 (2005); The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, UN Doc. A/RES/60/288 (2006); The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy Review, UN Doc. A/RES/68/276 (2014).
7. UN Security Council Resolutions, UN Doc. S/RES/661 (1990); S/RES/731 (1992); S/RES/748 (1992); S/RES/883 (1993); S/RES/1044 (1996), S/RES/1054 (1996); S/

- RES/1070 (1996); S/RES/1192 (1998); S/RES/1214 (1998); S/RES/1267 (1999); S/RES/1333 (2000); S/RES/1363 (2001); S/RES/1368 (2001); S/RES/1373 (2001); S/RES/1388 (2002); S/RES/1390 (2002); S/RES/1483 (2003); S/RES/1490 (2003); S/RES/1500 (2003); S/RES/1506 (2003); S/RES/1518 (2003); S/RES/1521 (2003); S/RES/1533 (2003); S/RES/1591 (2005); S/RES/1730 (2006); S/RES/1735 (2006); S/RES/1822 (2008); S/RES/1904 (2009); S/RES/1989 (2011); S/RES/2083 (2012); S/RES/2127 (2013); S/RES/2161 (2014); S/RES/2253 (2015); S/RES/2368 (2017); S/RES/2374 (2017).
8. Uniting Against Terrorism: Recommendations for Global Counter-Terrorism Strategy, Report of the Secretary-General, UN Doc. A/60/825 (2006).

Izvori s interneta

1. Bonn International Center for Conversion in cooperation with the Auswärtiges Amt (German Foreign Office) and the United Nations Secretariat, *Design and Implementation of Arms Embargoes and Travel and Aviation Related Sanctions*, <<http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/L-External-publications/2001/2001%20BICC%20BonnBerlin%20process.pdf>>, 10. studenog 2018.
2. *Consolidated United Nations Security Council Sanctions List*, <<https://scsanctions.un.org/fop/fop?xml=htdocs/resources/xml/en/consolidated.xml&xslt=htdocs/resources/xsl/en/consolidated.xsl>>, 27. studenog 2018.
3. Office of the Ombudsperson, *Historical Guide of the Ombudsperson Process through Security Council Resolutions and Reports of the Office of the Ombudsperson to the Security Council*, <https://www.un.org/sc/suborg/sites/www.un.org.sc.suborg/files/historical_guide_ombudsperson_process_march_2018.pdf>, 25. studenog 2018.
4. The Swiss Confederation in Cooperation with the United Nations Secretariat and the Watson Institute for International Studies Brown University, *Targeted Financial Sanctions: A Manual for Design and Implementation – Contributions from the Interlaken Process*, <https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/internationale-organisationen/Handbuch-zu-gezielten-Finanzsanktionen_EN.pdf>, 10. studenog 2018.
5. United Nations Security Council, *Current Members*, <<https://www.un.org/securitycouncil/content/current-members>>, 12. veljače 2019.
6. United Nations Security Council, *Sanctions*, <<https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/narrative-summaries>>, 12. veljače 2019.
7. Uppsala University, Department of Peace and Conflict Research, *The Stockholm Process*, <<https://pcr.uu.se/research/smartsanctions/the-stockholm-process/>>, 10. studenog 2018.
8. Watson Institute for International Studies, Brown University, *Due Process and Targeted Sanctions: An Update of the "Watson Report"*, <http://repository.graduateinstitute.ch/record/285127/files/Biersteker_Watson%20Report%20Update%2012_12.pdf>, 20. studenog 2018.

Rutvica Rusan Novokmet*

Summary

THE IMPACT OF THE UN SECURITY COUNCIL'S RESOLUTIONS ON THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

The turn in the implementation of the Security Council's resolutions from general ones, directed against States, towards targeted (smart) sanctions directed exclusively against individuals linked with terrorism, has produced both positive as well as negative effects which have called in question the legality and justness of targeted sanctions. Due to the lack of an adequate control mechanism in the United Nations system, which would enable the individuals affected by sanctions at least a quasi-judicial review of the decisions adopted by the Sanctions Committee regarding their names being listed on the so called sanctions list, in reality those individuals are faced with violations of their fundamental human rights (e.g. the right to access to court, the right to a fair trial, the right to an effective remedy). The subject of this paper is the analysis of the Security Council's sanction regime in the fight against terrorism which was introduced in resolution 1267 (1999). The author further analyzes international jurisprudence concerned with the mentioned violations of human rights in the implementation of the sanctions of the Security Council. Special emphasis is placed on the institution of Ombudsperson and its implications on the sanctions regime. The author concludes with the assessment of the efficacy of the reforms introduced in the sanctions regime as a step forward to the more transparent and effective fight against terrorism.

Keywords: *targeted (smart) sanctions of the Security Council; sanctions regime; the Sanctions Committee; protection of human rights; Ombudsperson.*

* Rutvica Rusan Novokmet, Ph.D., postdoctoral researcher, University of Zagreb, Faculty of Law, rrusan@pravo.hr.
Rad je nastao kao rezultat istraživanja na znanstvenoistraživačkom projektu Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu 2017./2018.

Zusammenfassung

EINFLUSS VON SANKTIONEN DES UN-SICHERHEITSRATES AUF SCHUTZ FUNDAMENTALER MENSCHENRECHTE

Der Wendepunkt bei der Anwendung von Sanktionen des UN-Sicherheitsrates von an den Staat gerichteten allgemeinen Sanktionen zu den gezielten (klugen) Sanktionen, die direkt und ausschließlich an einzelne mit Terrorismus verbundenen Personen gerichtet sind, hat außer positiven auch negative Auswirkungen verursacht, welche die Gesetzmäßigkeit und Gerechtigkeit von gezielten Sanktionen in Frage stellen. Wegen des Nichtvorhandenseins des entsprechenden Kontrollmechanismus im System der Vereinten Nationen, der den von Sanktionen betroffenen Personen wenigstens eine quasi-gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen des Sanktionsausschusses über die Setzung ihrer Namen auf die sog. Sanktionsliste bieten würde, ist es in der Praxis zur Verletzung ihrer Menschenrechte, wie des Rechtes zum Gerichtszugang, Rechtes auf ein faires Verfahren und Rechtes auf wirkungsvolle Rechtsmittel, gekommen. In diesem Beitrag wird das Sanktionsregime des Sicherheitsrates im Kampf gegen Terrorismus, das durch Resolution 1267 (1999) eingeführt wurde, analysiert. Anschließend stellt man durch die relevante Rechtsprechung konkrete Verletzungen von Menschenrechten dar, zu denen es in der Praxis bei der Implementierung von Sanktionen des UN-Sicherheitsrates kommt. Ebenfalls wird die Einführung des Rechtsinstituts des Ombudsmannes analysiert und der Erfolg von Reformen des Sanktionsregimes als Fortschritt auf dem Wege zu transparenter und wirkungsvollerem Kampf gegen Terrorismus bewertet.

Schlüsselwörter: gezielte (kluge) Sanktionen des Sicherheitsrates; Sanktionsregime; Sanktionsausschuss; Schutz der Menschenrechte; Ombudsmann.

Riassunto

L'IMPATTO DELLE SANZIONI DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA DELL'ONU SULLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UOMO

Il rovesciamento nell'applicazione delle sanzioni del Consiglio di sicurezza da un approccio volto a comminare sanzioni generali, rivolte cioè contro gli stati, verso, invece, sanzioni mirate (intelligenti) indirizzate direttamente ed esclusivamente contro i singoli che vengono collegati al terrorismo, ha comportato oltre ad effetti positivi anche certune conseguenze negative che hanno condotto ad interrogarsi

circa la legittimità e la giuridicità di tali sanzioni mirate. A causa dell'assenza di meccanismi di controllo nel sistema delle Nazioni Unite, il quale permetterebbe ai singoli sanzionati perlomeno un controllo quasi-giudiziale delle decisioni del Comitato per le sanzioni circa l'inserimento dei loro nomi nel c.d. elenco delle sanzioni, nella prassi s'è giunti alla violazione dei loro diritti umani quali il diritto all'accesso alla giustizia, il diritto ad un giusto processo ed il diritto all'appello. Nel lavoro l'autrice analizza il regime sanzionatorio del Consiglio di sicurezza nella lotta contro il terrorismo introdotto con la risoluzione 1267 (del 1999). Successivamente, mediante la prassi giurisprudenziale si illustrano casi concreti di violazione dei diritti umani in conseguenza dell'applicazione delle sanzioni del Consiglio di sicurezza. Si analizza inoltre l'introduzione dell'Ombudsman e si valuta la bontà della riforma del regime sanzionatorio quale espressione di un passo avanti verso una lotta al terrorismo più trasparente ed efficace.

Parole chiave: *sanzioni mirate (intelligenti) del Consiglio di sicurezza; regime sanzionatorio; Comitato per le sanzioni; tutela dei diritti umani; Ombudsman.*

PRAVNE POSLJEDICE NEVALJANOSTI TRAJNOGA UGOVORA

Dr. sc. Ivan Tot*

UDK 347.44(497.5)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.2>
Ur.: 5. veljače 2019.
Pr.: 20. lipnja 2019.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Nevaljanost ugovora u hrvatskom pravu, kao i u švicarskom, austrijskom i njemačkom pravu, načelno proizvodi ex tunc učinak. Jedna od pravnih posljedica nevaljanosti ugovora je i obveza restitucije koja nastaje ako je neka strana izvršila drugoj činidbu u ispunjenju obveze preuzete nevaljanim ugovorom, a na obvezni odnos strana nevaljanog ugovora primjenjuju se i pravila o vraćanju stečenog bez osnove, odnosno pravila instituta neopravdanog obogaćenja. U švicarskom, austrijskom i njemačkom pravu pronalaze se stajališta prema kojima je u trajnim obveznim odnosima u kojima se započelo s ispunjavanjem trajne obveze potrebno ograničiti učinak nevaljanosti ugovora na djelovanje samo za ubuduće. Prema njima, nevaljanost trajnog ugovora, odnosno ugovora kojim je zasnovan trajni obvezni odnos, nastupa ex nunc pa ne dolazi do povratnog odvijanja trajnoga obveznog odnosa. U radu se analiziraju stajališta švicarskoga, austrijskog i njemačkog prava i teorijska uporišta na kojima su ona utemeljena. Raspravlja se o pravnim posljedicama nevaljanosti ugovora u hrvatskom pravu, a posebno o obvezi restitucije. Ispituje se je li u okvirima hrvatskoga prava de lege lata moguće i potrebno primijeniti poredbenopravno učenje o ograničavanju učinka nevaljanosti trajnog ugovora.

Ključne riječi: trajni obvezni odnos; trajni ugovor; nevaljanost ugovora; obveza restitucije.

1. UVOD

Ugovor kojim je među ugovornim stranama zasnovan trajni obvezni odnos označava se u ovom radu trajnim ugovorom. Trajni obvezni odnosi su obvezni odnosi u kojima je tipična glavna obveza trajna obveza, tj. obveza koja za predmet ima trajnu činidbu ili trajno ponavljanje jednokratnih činidbi.¹ Jedna od njihovih ključnih posebnosti, prema obveznim odnosima koji su upravljani na jednokratnu

* Dr. sc. Ivan Tot, poslijedoktorand, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, itot@net.efzg.hr.

1 O određenju pojma trajnog obveznog odnosa sa stajališta hrvatskog, švicarskog, austrijskog i njemačkog prava: Tot, I., Pojam trajnog obveznog odnosa, Pravni vjesnik, vol. 34, 2/2018, str. 59-64.

razmjenu činidbi, ogleđa se u načinima i učincima njihova prestanka.² Druga je njihova ključna posebnost, sa stajališta švicarskog, austrijskog i njemačkog prava, ograničavanje učinka nevaljanosti ugovora kojima se oni zasnivaju. U tim pravnim poređcima zastupljena su stajališta prema kojima je, u slučajevima u kojima se trajni obvezni odnos nalazi u stadiju odvijanja jer se već započelo s ispunjavanjem trajne obveze, učinak nevaljanosti trajnog ugovora ograničen na djelovanje samo *pro futuro*, odnosno prema kojima učinak nevaljanosti trajnog ugovora ne nastupa *ex tunc*, u trenutku njegova sklapanja.³ Trajni ugovor proizvodi namjeravane pravne učinke do trenutka isticanja njegove ništetnosti ili do trenutka njegova pobijanja zbog nekog od razloga poboynosti, a u tom trenutku trajni obvezni odnos prestaje s *ex nunc* učinkom. Stoga nevaljanost trajnog ugovora ne dovodi do nastanka obveze vraćanja predmeta ranije izvršenih činidbi niti do povratnoga odvijanja (njem. *Rückabwicklung*) trajnoga obveznog odnosa primjenom pravila o neopravdanom obogaćenju (njem. *ungerechtfertigte Bereicherung*).⁴

Opće zakonsko uređenje nevaljanosti ugovora koje je u hrvatskom pravu sadržano u čl. 322.-335. ZOO-a ne sadrži izričite odredbe kojima bi se učinak nevaljanosti trajnog ugovora uređivao drukčije u odnosu na ostale ugovore. Ništetnost kao teži oblik nevaljanosti nastupa *ex lege* u trenutku sklapanja ugovora, odnosno *ex tunc*. Poboynost kao lakši oblik nevaljanosti ne dovodi do nevaljanosti ugovora *ex lege* u trenutku njegova sklapanja, već poboyni ugovori proizvode namjeravane pravne učinke, ali se oni mogu poništiti s učinkom *ex tunc*. Pravne posljedice ništetnosti ugovora i poništenja poboynoga ugovora do kojih dolazi ako se ispune dodatne zakonske pretpostavke su nastanak obveze restitucije te nastanak obveze naknade štete, a na obvezni odnos strana nevaljanog ugovora primjenjuju se i pravila

- 2 Trajna obveza ne može prestati ispunjenjem, već prestaje tek prestankom trajnoga obveznog odnosa, a on na redovni način može prestati redovnim otkazom i protekom vremena, dok na izvanredan način prestaje izvanrednim otkazom iz važnoga razloga. Ti načini prestanka trajnog obveznog odnosa djeluju *pro futuro*. O tome, sa stajališta hrvatskog, švicarskog, austrijskog i njemačkog prava: Tot, I., Prestanak trajnih obveznih odnosa, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 39, 3/2018, str. 1171-1206.
- 3 Za švicarsko pravo: Binder, A., Geiser, T., Roberto, V., Einführung ins Privatrecht, St. Gallen, Universität St. Gallen, 2008., str. 56 i 61. Za austrijsko pravo: Barta, H. (ur.), Zivilrecht - Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, Wien, Facultas Verlags- und Buchhandels, 2004., str. 343. Za njemačko pravo: Zeres, T., Bürgerliches Recht, Berlin - Heidelberg, Springer, 2010., str. 69. Podrobnije se na poredbenu pravnu književnost i sudsku praksu upućuje u bilješkama u drugom, trećem i četvrtom poglavlju.
- 4 Za institut neopravdanog obogaćenja u hrvatskom se pravu uvriježio naziv stjecanje bez osnove. U ovom se radu, posebno u poglavljima koja se bave analizom poredbenopravnih stajališta, radije rabi izraz neopravdano obogaćenje koji je uvriježen u poredbenom pravu. Naime, izraz stjecanje bez osnove ne opisuje adekvatno bit instituta neopravdanog obogaćenja. Stjecanje bez osnove je samo dio tog instituta, no u čl. 1111. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (NN br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15. i 29/18.; dalje ZOO) taj je institut formalno izjednačen s jednom od kondikcija, *condictio sine causa*. O tome: Miladin, P., Odnos kondikcijskog i drugih srodnih imovinskopravnih zahtjeva, u: Uzelac, A. et al. (ur.), Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 1083-1105; Miladin, P., Markovinović, H., Obogaćenje kao pretpostavka neopravdanog obogaćenja (stjecanja bez osnove), Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 68, 1/2018, str. 5-30.

o stjecanju bez osnove.⁵

Uređenje obveznih odnosa u ZOO-u, kao i u poredbenom pravu, usmjereno je ponajprije na uređenje obveznih odnosa upravljenih na jednokratnu razmjenu činidbi, pa je potrebno ispitivati mogu li se pravni instituti primarno namijenjeni za te odnose primijeniti na trajne obvezne odnose izravno ili tek analogijom, odnosno mogu li se oni uopće na njih primijeniti. U hrvatskoj pravnoj književnosti nije razmatrano pitanje je li u trajnim obveznim odnosima potrebno, zbog njihove upravljenosti na trajnije obvezivanje, a ne na jednokratnu razmjenu činidbi, ograničiti učinak nevaljanosti ugovora i na koji način. Također, nedostaje i rasprava o poredbenopravnom učenju o ograničenju učinka nevaljanosti trajnog ugovora koje se u različitim smjerovima razvija u švicarskom, austrijskom i njemačkom pravu, na koje pravne poretke je hrvatsko obvezno pravo tradicionalno oslonjeno.

Stoga je predmetom rada analiza poredbenopravnih stajališta o ograničenju učinka nevaljanosti trajnog ugovora te ispitivanje primjenjivosti tih stajališta u kontekstu hrvatskog prava *de lege lata*. Raspravlja se o različitim učenjima kojima se u promatranim porecima utemeljuje gledište o *ex nunc* učinku nevaljanosti trajnog ugovora. U primjeni poredbenopravne metode se osim gledišta istaknutih u pravnoj književnosti analiziraju i odluke iz sudske prakse. Provodi se i analiza dostupnih odluka iz hrvatske sudske prakse o pravnim posljedicama nevaljanosti ugovora te ispituje na koji se način opće uređenje nevaljanosti primjenjuje u slučajevima u kojima je bio nevaljan trajni ugovor. Budući da se ključne posebnosti nevaljanosti trajnih ugovora, prema poredbenopravnim stajalištima, odnose na pravna pitanja trenutka u kojemu nastupa učinak nevaljanosti, nastanka obveze restitucije i primjene pravila o neopravdanom obogaćenju, no ne i na pravna pitanja odgovornosti za štetu, tom se pravnom posljedicom nevaljanosti ovaj rad podrobnije ne bavi.

Rad je strukturiran u šest poglavlja. Nakon uvodnog, u drugom, trećem i četvrtom poglavlju analiziraju se stajališta švicarskog, austrijskog i njemačkog prava o ograničenju učinka nevaljanosti trajnog ugovora. U petom se poglavlju najprije raspravlja o pojedinim manjkavostima prevladavajućih stajališta o pravnim posljedicama nevaljanosti ugovora u hrvatskom pravu, posebno onih koji se tiču obveze restitucije, a zatim se ispituje prihvatljivost poredbenopravnih gledišta o ograničenju učinka nevaljanosti trajnog ugovora za hrvatsko pravo *de lege lata*. Zaključci se iznose u šestom poglavlju rada.

5 Zagreb, O općem uređenju nevaljanosti ugovora u ZOO-u: Crnić, I., Zakon o obveznim odnosima, Organizator, 2016., str. 714-778.; Gorenc, V. (red.), Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, Narodne novine, 2014., str. 513-538; Klarić, P., Vedriš, M., Gradansko pravo, Zagreb, Narodne novine, 2009., str. 136-179; Radolović, A., Nevaljanost pravnih poslova, u: Baretić, M. et al., Novi Zakon o obveznim odnosima, Zagreb, Inženjerski biro, 2005., str. 88-130; Slakoper, Z., Gorenc, V., Bukovac Puvača, M., Obvezno pravo - Opći dio - Sklapanje, promjene i prestanak ugovora, Zagreb, Novi informator, 2009., str. 312-346. Podrobnije se na hrvatsku pravnu književnost i sudsku praksu upućuje u bilješkama u petom poglavlju.

2. OGRANIČENJE UČINKA NEVALJANOSTI TRAJNOG UGOVORA U ŠVICARSKOM PRAVU

Ništetnost ugovora prema općim pravilima u švicarskom pravu nastupa *ex tunc*, u trenutku sklapanja ugovora, pa ništetan ugovor ne proizvodi pravne učinke koje bi on proizvodio da je valjan.⁶ Jedna od pravnih posljedica ništetnosti je i nastanak obveze restitucije, pri čemu se prenesene stvari čije je vraćanje moguće vraćaju vindikacijom, a u ostalome se obvezni odnos strana ništetnog ugovora povratno odvija primjenom pravila o neopravdanom obogaćenju.⁷ Pobjojni se ugovor pobija preobražajnim očitovanjem volje koje djeluje *ex tunc* zbog čega dolazi do povratnog odvijanja obveznog odnosa.⁸

Iznimka od općeg pravila o *ex tunc* učinku nevaljanosti sadržana je u odredbi čl. 320. st. 3. Obligacijskog zakonika⁹ kojom je uređen učinak nevaljanosti ugovora o radu. Prema toj odredbi, ako je radnik u dobroj vjeri obavio posao za poslodavca na temelju ugovora o radu za koji se naknadno utvrdilo da je nevaljan, obje ugovorne strane dužne su ispuniti svoje obveze iz radnog odnosa kao da je ugovor o radu bio valjan.¹⁰ Nevaljanost ugovora o radu proizvodi učinak *ex nunc* pa za ugovorne strane ne nastaje obveza vraćanja činidbi izvršenih prije isticanja ništetnosti ili pobijanja ugovora o radu.¹¹

U pravnoj književnosti drži se da je tu odredbu potrebno analogijom primijeniti i na druge trajne obvezne odnose.¹² Tako se pronalaze stajališta prema kojima ništetnost ugovora u svim trajnim obveznim odnosima u kojima se započelo s ispunjavanjem trajne obveze proizvodi samo *ex nunc* učinak te za posljedicu nema vraćanje već ispunjenog.¹³ Učinak ništetnosti trajnog ugovora ograničava se na djelovanje *pro futuro* kada je razlog ništetnosti izostanak propisanog oblika ugovora¹⁴ i kada je

6 Binder, A. et al., op. cit., str. 61; Gauch, P. et al., *Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil - Band I*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998., str. 131; Huguenin, C. u: Honsell, H. et al. (ur.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Obligationenrecht I*, Basel - Genf - München, Helbing & Lichtenhahn, 2003. (dalje: Basler Komm), str. 203; Schwenger, I., *Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2003., str. 219.

7 Binder, A. et al., op. cit., str. 61; Gauch, P. et al., op. cit., str. 131-132; Schwenger, I., op. cit., str. 223.

8 Binder, A. et al., op. cit., str. 69; Schwenger, I., op. cit., str. 257-258; Schwenger, I. u: Basler Komm, op. cit., str. 264-266.

9 *Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*, AS 27 317, s posljednjom izmjenom od 1. travnja 2017., AS 2017 2077 (dalje: OR).

10 O toj odredbi: Reh binder, M., Portmann, W., u: Basler Komm, op. cit., str. 1680; Bucher, E., *Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988., str. 274.

11 Huguenin, C., u: Basler Komm, op. cit., str. 204; Reh binder, M., Portmann, W., u: Basler Komm, op. cit., str. 1680.

12 Binder, A. et al., op. cit., str. 56; Honsell, H., 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. 130, 2/2011, str. 19; Schwenger, I., op. cit., str. 12.

13 Binder, A. et al., loc. cit., Bucher, E., op. cit., str. 275.

14 Binder, A. et al., op. cit., str. 56; Schwenger, I., op. cit., str. 204.

sadržaj ugovora nemoguć ili nedopušten.¹⁵

Učinak pobijanja ugovora zbog nekog od razloga pobjojnosti u trajnim obveznim odnosima u kojima se započelo s ispunjavanjem trajne obveze također je ograničen na djelovanje samo *pro futuro*.¹⁶ U pravnoj književnosti do toga se dolazi primjenom odredbe čl. 320. st. 3. OR-a analogijom i na druge trajne obvezne odnose.¹⁷ Do istovjetnog se rješenja dolazi i teleološkom redukcijom odredaba OR-a o pobijanju ugovora iz razloga pobjojnosti.¹⁸ Potreba teleološke redukcije obrazlaže se time što bi povratno odvijanje trajnog obveznog odnosa uz primjenu pravila o neopravdanom obogaćenju, zbog načelnog *ex tunc* učinka pobijanja ugovora, bilo gospodarski nerazumno imajući u vidu da su strane trajnog obveznog odnosa izvršavale činidbe kroz izvjesno duže vrijeme.¹⁹ Također se ukazuje da je do ograničenja učinka pobijanja trajnog ugovora, u slučajevima pobjojnosti zbog bitne zablude, moguće doći i bez posezanja za teleološkom redukcijom, a uz primjenu odredbe čl. 25. st. 1. OR-a, prema kojoj nije dopušteno pozivanje na bitnu zabludu ako je ono protivno načelu savjesnosti i poštenja.²⁰ Drži se da bi bilo protivno tom načelu, zbog toga što su sudionici trajnog obveznog odnosa izvjesno vrijeme izvršavali činidbe, izjaviti pobijanje trajnog ugovora zbog bitne zablude jer ona postoji već u trenutku njegova sklapanja.²¹

U ranijoj se švicarskoj sudskoj praksi stajalište o ograničenju učinka nevaljanosti trajnog ugovora na djelovanje *pro futuro*, u slučajevima u kojima se započelo s ispunjavanjem trajne obveze, dogmatski utemeljivalo s pomoću učenja o faktičnim ugovornim odnosima (njem. *faktische Vertragsverhältnisse*).²² Prema tom učenju se iz različitih pravno-političkih razloga uzima da su nastali učinci valjano sklopljenog ugovora, iako strane faktičnog ugovornog odnosa nisu sklopile nikakav ugovor ili ga nisu sklopile valjano.²³ Tako je u jednom predmetu u kojemu su bile sporne posljedice nevaljanosti ugovora o *leasingu*, a koji je bio ništetan zbog izostanka propisanog sadržaja, švicarski Savezni sud (njem. *Bundesgericht*; dalje: BGE) utvrdio da je između strana tog ništetnog ugovora postojao faktični ugovorni odnos u razdoblju

15 Binder, A. et al., op. cit., str. 61; Schwenger, I., loc. cit.

16 Bucher, E., op. cit., str. 27.; Honsell, H., loc. cit. u bilj. 12; Schwenger, I. u: Basler Komm, op. cit., str. 232; Schwenger, I., op. cit., str. 12 i 257; Wiegand, W., Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, u: Tercier, P., at al., Gauchs Welt - Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich, Schulthess, 2004., str. 720.

17 Schwenger, I., u: Basler Komm, op. cit., str. 232; Schwenger, I., op. cit., str. 12.

18 ibid.

19 ibid.

20 Schwenger, I., u: Basler Komm, op. cit., str. 233 i 248; Schwenger, I., op. cit., str. 257.

21 Gauch, P. et al., op. cit., str. 191; Schwenger, I., u: Basler Komm, op. cit., str. 248.-249; Schwenger, I., op. cit., str. 257.

22 Bucher, E., op. cit., str. 275; Gauch, P. et al., op. cit., str. 250; Schwenger, I., op. cit., str. 185 i 204; Schwenger, I., Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, u: Schwenger, I. (ur.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999., str. 78.

23 O tom učenju: Bucher, E., op. cit., str. 270-276; Gauch, P. et al., op. cit., str. 249-252; Schwenger, I., op. cit., str. 184-186; Schwenger, I., op. cit., str. 76-79.

dužem od tri godine tijekom kojega su one ispunjavale obveze iz ništetnog ugovora.²⁴ BGE je odbio zahtjev primatelja *leasinga* za vraćanjem plaćenog iznosa naknade za *leasing* s obrazloženjem da je davatelj *leasinga* ovlašten taj iznos zadržati kao naknadu za primateljevo korištenje motornog vozila tijekom predmetnog razdoblja. U dijelu pravne književnosti se primjena učenja o faktičnim ugovornim odnosima radi ograničenja učinka nevaljanosti trajnog ugovora drži suvišnom jer se istovjetno može postići teleološkom redukcijom odredaba OR-a, kao i primjenom odredbe čl. 320. st. 3. OR-a analogijom na druge trajne obvezne odnose.²⁵

U novijoj se sudskoj praksi stajalište o *ex nunc* učinku nevaljanosti trajnog ugovora ne utemeljuje na učenju o faktičnim ugovornim odnosima, već se do ograničenja učinka nevaljanosti dolazi teleološkom redukcijom odredaba OR-a. Tako je u jednom predmetu BGE odlučio da očitovanje volje kojim jedna strana pobija trajni ugovor proizvodi učinak *ex nunc* jer se izjava o pobijanju uzima kao izvanredni otkaz ugovora.²⁶ U tom predmetu bili su sporni učinci izjave o pobijanju ugovora o odlaganju kanalizacijskog mulja kojom je taj ugovor pobijan zbog toga što je do njegova sklapanja došlo zbog mita druge strane. Utvrdivši da je tim ugovorom bio zasnovan trajni obvezni odnos u kojemu su strane do trenutka pobijanja izvršavale činidbe čije bi vraćanje bilo povezano sa znatnim praktičnim poteškoćama, BGE je zauzeo stajalište da izjava o pobijanju proizvodi *ex nunc* učinak kao da je riječ o izvanrednom otkazu ugovora te da je posljedično ugovor u potpunosti valjan u dijelu u kojemu je on do pobijanja bio ispunjavan. Potrebu ograničenja učinka pobijanja trajnog ugovora koji se nalazi u stadiju odvijanja BGE je obrazložio time što povratno odvijanje trajnog obveznog odnosa primjenom pravila o neopravdanom obogaćenju nailazi na znatne praktične poteškoće, a često se pokazuje i nemogućim. Istaknuo je i da to što zakonodavac nije odredbu čl. 320. st. 3. OR-a izričito protegnuo i na druge trajne obvezne odnose ne priječi sud da teleološkim tumačenjem uopći pravilo iz te odredbe i analogijom ga primijeni na druge trajne obvezne odnose. Prema stajalištu BGE-a, pretpostavka za ograničenje učinka pobijanja trajnog ugovora na djelovanje *ex nunc* jest da se razlog poboynosti nije odrazio u kvantitativnom smislu na odnos glavne činidbe i protučinidbe. U konkretnom je predmetu strana koja je pobijala ugovor bila u zabludi o odlučnim okolnostima sklapanja ugovora, no to za posljedicu nije imalo ugovaranje višega iznosa njezine protučinidbe od onoga koji bi bio ugovoren da nije bilo te zablude, odnosno da je ugovor sklopljen bez davanja mita druge strane. Razmatrajući pitanje moguće primjene učenja o faktičnim ugovornim odnosima, BGE je istaknuo da bi primjena tog učenja u konkretnom slučaju dovela do istovjetnog rezultata do kojeg se došlo postupajući s izjavom o pobijanju ugovora kao s izvanrednim otkazom ugovora, kao i da je prihvaćanje tog učenja u kontekstu učinka pobijanja ugovora suvišno, pogotovo zbog toga što se pobijanje ostvaruje preobražajnim očitovanjem volje, a ne sudskom odlukom. Kao primjere trajnih ugovora u kojima povratno odvijanje trajnog obveznog odnosa zbog načelnog *ex tunc*

24 BGE, 110 II 244 od 5. rujna 1984. Sve u radu navedene odluke BGE dostupne su na: Bundesgericht Rechtsprechung, <<https://www.bger.ch/index.htm>>, 19. siječnja 2019.

25 Schwenzer, I., op. cit., str. 186 i 204-205.

26 BGE, 129 III 320 od 21. veljače 2003.

učinka nevaljanosti uobičajeno nailazi na znatne praktične poteškoće, BGE je u toj odluci istaknuo ugovore o službi, naplatnom prepuštanju na uporabu, doživotnom uzdržavanju te ortaštvu. U jednoj kasnijoj odluci je istaknuo da povratno odvijanje trajnog obveznog odnosa nailazi na ograničenje u slučaju u kojemu izvršenu činidbu nije moguće vratiti *in natura*, a takva je činidba koja ima oblik činjenja ili propuštanja.²⁷

Ranije stajalište da je odredbu čl. 320. st. 3. OR-a moguće uopćeno primijeniti analogijom i na druge trajne obvezne odnose, BGE je potvrdio i u jednoj odluci koja se ticala pravnih posljedica pobijanja ugovora o radu zbog prijevare.²⁸ Tu je on potvrdio i ranije stajalište da je s izjavom o pobijanju trajnog ugovora potrebno postupiti kao s izvanrednim otkazom ugovora.

U drugoj se odluci BGE, u predmetu u kojemu je trajni ugovor bio ništetan zbog protivnosti njegova sadržaja prisilnim propisima, bavio pitanjem mogu li se praktične poteškoće s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa do kojih dolazi primjenom pravila o neopravdanom obogaćenju, a koje opravdavaju ograničenje učinka nevaljanosti trajnog ugovora, otkloniti drukčije.²⁹ Zaključio je da je opravdano, zbog toga što u slučaju povratnog odvijanja trajnog obveznog odnosa primjenom pravila o neopravdanom obogaćenju redovito nije sasvim jednostavno utvrditi tržišnu vrijednost činidaba koje imaju oblik propuštanja i činjenja, trajni obvezni odnos povratno odviti prihvaćanjem subjektivne procjene vrijednosti izvršenih činidaba koju su sastavile strane.

3. OGRANIČENJE UČINKA NEVALJANOSTI TRAJNOG UGOVORA U AUSTRIJSKOM PRAVU

Ništetnost ugovora te poništenje ugovora zbog nekog od razloga pobjonosti i u austrijskom pravu načelno proizvode učinak *ex tunc*.³⁰ Opći građanski zakonik³¹ ne sadrži odredbe kojima bi se učinak nevaljanosti uređivao drukčije ni za trajne ugovore općenito niti za pojedine tipove trajnih ugovora zasebno. Međutim, stajalište prema kojemu nevaljanost trajnog ugovora ima *ex nunc* učinak prihvaćeno je i u austrijskom pravu. Značajka je austrijskoga prava što je to stajalište prvotno bilo prihvaćeno kao opće pravilo koje se primjenjuje na sve trajne ugovore, a zatim je doseg toga pravila u sudskoj praksi i pravnoj književnosti postupno sve više sužavan izdvajanjem iznimaka u kojima nevaljanost trajnog ugovora ipak nastupa *ex tunc*.

Gledište o potrebi ograničenja učinka nevaljanosti trajnog ugovora u austrijskoj je pravnoj književnosti prvi izrazio Gschnitzer. Prema njemu, opća pravila o nevaljanosti ugovora nisu primjenjiva na trajne obvezne odnose nakon što se započelo s ispunjavanjem trajne obveze, već se u tim odnosima razlozi nevaljanosti pretvaraju

27 BGE, 137 III 243 od 3. svibnja 2011.

28 BGE, 132 III 242 od 23. studenoga 2005.

29 BGE, 134 III 438 od 12. lipnja 2008.

30 Vidi, primjerice: Bydlinski, P., *Bürgerliches Recht - Band I - Allgemeiner Teil*, Wien - New York, Springer, 2007., str. 144 i 180.

31 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, JGS br. 946/1811., s posljednjom izmjenom od 22. prosinca 2018., BGBI I br. 100/18. (dalje: ABGB).

u važne razloge za izvanredni otkaz koji djeluje samo *pro futuro*.³² Stoga ništetnost i poništenje trajnog ugovora proizvode učinak *ex nunc*, od primitka izvanrednog otkaza iz važnoga razloga kojim se gasi trajna obveza i trajni obvezni odnos prestaje, pa ne dolazi do obveze restitucije ni do primjene pravila o neopravdanom obogaćenju. Takvo je opće stajalište zastupljeno ponegdje i danas.³³

U ranijoj je sudskoj praksi Gschnitzerovo gledište bilo prihvaćeno bez ograničenja. Tako je austrijski Vrhovni sud (njem. *Oberster Gerichtshof*; dalje: OGH) u nekoliko predmeta odlučio da zabluda poslodavca ne može, nakon što je radni odnos faktično započeo, biti razlogom za poništenje ugovora o radu s učinkom *ex tunc*, već samo razlogom za prestanak ugovora o radu s učinkom *ex nunc*, s obrazloženjem da u faktičnom radnom odnosu postoje posebne društvene veze kojima je potrebno priznati istovjetne učinke kao i radnom odnosu zasnovanom valjanim ugovorom o radu.³⁴ Stajalište prema kojemu se razlozi pobjonosti pretvaraju u važne razloge za izvanredni otkaz ugovora s učinkom *ex nunc*, OGH je zauzeo i u pogledu trajnih obveznih odnosa, u kojima se bilo otpočelo s ispunjavanjem trajne obveze, zasnovanih drugim tipovima trajnih ugovora, pa tako, primjerice, ugovorom o zakupu benzinske crpke,³⁵ ugovorom o distribuciji³⁶ te ugovorom o licenciji.³⁷

Kasnija sudska praksa i pravna književnost u nekoliko su pogleda odstupili od prvotnog gledišta, prema kojemu poništenje trajnog ugovora iz bilo kojega razloga pobjonosti proizvodi *ex nunc* učinak. Tako je OGH u nizu predmeta zauzeo stajalište prema kojemu poništenje trajnog ugovora ipak proizvodi *ex tunc* učinak u slučajevima pobjonosti ugovora zbog prijevare, s obrazloženjem da bi poništenje s *ex nunc* učinkom neopravdano dovodilo do toga da je strana koja je postupila prijevorno uspjela s prijevarom i njome ostvarila korist.³⁸ Istovjetno se ističe u pravnoj književnosti u kojoj se među razlozima pobjonosti koji dovode do poništenja trajnog ugovora s učinkom *ex tunc*, osim prijevare, ističe i prijetnja.³⁹

Također, prema stajalištu OGH i poništenje trajnog ugovora zbog zablude ipak može djelovati *ex tunc* ako je riječ o trajnom obveznom odnosu u kojemu su izvršene činidbe koje su za stranu koja se poziva na zabludu bile neuporabljive,

32 Gschnitzer, F., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Wien, Springer Verlag, 1966., str. 160-161.

33 Barta, H., op. cit., str. 343, 350, 391 i 395.

34 OGH, 4 Ob 138/62 od 27. studenoga 1962., 4 Ob 57/68 od 5. studenoga 1968. i 4 Ob 76/82 od 26. travnja 1983. Sve u radu navedene odluke OGH dostupne su na: Bundeskanzleramt - Rechtsinformationssystem - Justiz, <<https://www.ris.bka.gv.at/>>, 19. siječnja 2019.

35 OGH, 4 Ob 141/84 od 28. siječnja 1986.

36 OGH, 1 Ob 650/88 od 11. listopada 1988.

37 OGH, 7 Ob 515/95 od 27. siječnja 1995.

38 OGH, 3 Ob 516/90 od 13. lipnja 1990., 2 Ob 131/97x od 26. lipnja 1997., 6 Ob 81/99a od 28. svibnja 1999., 6 Ob 257/08z od 17. prosinca 2008. i 1 Ob 122/18z od 26. rujna 2018.

39 Koziol, H., Welsler, R., Kletečka, A., *Grundriss des bürgerlichen Rechts - Band I - Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014., str. 177; Pletzer, R. u: Kletečka, A., Schauer, M. (ur.), *ABGB-ON - Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2010., str. 1654; Wiebe, A., u: *ibid.*, str. 1548.

odnosno beskorisne.⁴⁰ Primjerice, u jednom je predmetu jedna strana zahtijevala poništenje ugovora kojim joj se druga strana obvezala pružati usluge ozonske terapije u svrhu mršavljenja, pozivajući se da je pri sklapanju tog ugovora bila u zabludi da će ozonska terapija polučiti očekivani rezultat sama po sebi, bez dodatne tjelovježbe i korekcija u prehrani. Premda je među stranama bio zasnovan trajni obvezni odnos, OGH je poništio ugovor s učinkom *ex tunc* te obvezao drugu stranu na vraćanje iznosa naknade za pružene usluge ozonske terapije s obrazloženjem da bi ograničenje poništenja ugovora na *ex nunc* učinak u konkretnom slučaju dovelo do neopravdanog honoriranja beskorisnih činidaba.⁴¹

Pretpostavke za ograničenje učinka poništenja ugovora zbog zablude na djelovanje *ex nunc* su da je riječ o trajnom obveznom odnosu koji se zbog započetog ispunjavanja trajne obveze nalazi u stadiju odvijanja te da je povratno odvijanje obveznog odnosa otežano ili nemoguće. Ako se trajni obvezni odnos još ne nalazi u stadiju odvijanja, odnosno ako se nije započelo s ispunjavanjem trajne obveze, trajni je ugovor moguće poništiti s *ex tunc* učinkom.⁴² U nizu je odluka OGH zauzeo stajalište prema kojemu će poništenje trajnog ugovora ipak imati *ex tunc* učinak ako je trajni obvezni odnos, unatoč tome što se nalazi u stadiju odvijanja, moguće povratno odviti bez većih poteškoća.⁴³ Redovito je prema stajalištu OGH moguće bez većih poteškoća povratno odviti trajni obvezni odnos zasnovan ugovorom o najmu i ugovorom o zakupu.⁴⁴ To ne znači da bi poništenje ugovora o najmu ili ugovora o zakupu uvijek trebalo djelovati *ex tunc*. Naime, odgovor na pitanje postoje li poteškoće s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa (njem. *Rückabwicklungsschwierigkeiten*) ovisi o konkretnim okolnostima svakoga pojedinog slučaja.⁴⁵

Osim tih iznimaka od gledišta prema kojemu poništenje trajnog ugovora zbog zablude proizvodi *ex nunc* učinak, u pravnoj se književnosti zastupa i stajalište prema kojemu bi poništenje trajnog ugovora trebalo djelovati *ex tunc* i ako se zabluda odrazila na odmjeravanje iznosa protučinidbe, odnosno ako je strana u zabludi pristala na protučinidbu u višem iznosu nego što bi on bio ugovoren da zablude nije bilo.⁴⁶

S iznimkom pojedinih ranijih odluka o *ex nunc* učinku poništenja ugovora o radu u kojima se OGH pozvao na postojanje faktičnog radnog odnosa,⁴⁷ učenje o faktičnim ugovornim odnosima redovito nije bilo argument na koji bi se OGH pozivao u odlukama u kojima je zauzimao stajalište o *ex nunc* učinku poništenja trajnog

40 OGH, 1 Ob 2169/96v od 26. studenoga 1996., 2 Ob 131/97x od 26. lipnja 1997. i 6 Ob 69/08b od 2. srpnja 2009.

41 OGH, 2 Ob 131/97x od 26. lipnja 1997.

42 OGH, 1 Ob 62/71 od 13. svibnja 1971. i 1 Ob 2169/96v od 26. studenoga 1996.

43 OGH, 1 Ob 27/89 od 15. studenoga 1989., 1 Ob 2169/96v od 26. studenoga 1996., 2 Ob 131/97x od 26. lipnja 1997., 6 Ob 81/99a od 28. svibnja 1999., 6 Ob 257/08z od 17. prosinca 2008., 6 Ob 69/08b od 2. srpnja 2009. i 1 Ob 122/18z od 26. rujna 2018.

44 OGH, 8 Ob 276/71 od 16. studenoga 1971., 7 Ob 533/82 od 15. lipnja 1982., 7 Ob 689/82 od 27. siječnja 1983., 1 Ob 27/89 od 15. studenoga 1989., 6 Ob 691/89 od 18. siječnja 1990., 5 Ob 508/95 od 14. ožujka 1995., 7 Ob 533/82 od 15. lipnja 1982. i 6 Ob 81/99a od 28. svibnja 1999.

45 OGH, 6 Ob 81/99a od 28. svibnja 1999.

46 Koziol, H. et al., loc. cit. u bilj. 39; Pletzer, R., u: Kletečka, A., Schauer, M., op. cit., str. 1654-1655.

47 Vidi supra u bilj. 34.

ugovora. Stajališta OGH i pravne književnosti o *ex nunc* učinku poništenja trajnog ugovora utemeljuju se na potrebi teleološke redukcije odredaba ABGB-a o *ex tunc* učinku poništenja ugovora koja se opravdava poteškoćama s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa. Kao dodatni argument za *ex nunc* učinak poništenja ugovora o radu redovito se ističe potreba zaštite radnika i specifična zaštitna svrha radnog prava.⁴⁸ Faktično postojanje i djelovanje društva te posebna potreba zaštite vjerovnika i članova društva ističu se kao dodatni argumenti za ograničenje učinka poništenja ugovora o osnivanju društva na djelovanje samo za ubuduće.⁴⁹

Prevladavajuće stajalište današnje austrijske pravne književnosti jest da poništenje ugovora zbog nekog od razloga poboynosti u trajnim obveznim odnosima u kojima se započelo s ispunjavanjem trajne obveze proizvodi *ex nunc* učinak, osim ako je riječ o poništenju trajnog ugovora zbog prijevare ili prijetnje te ako je riječ o slučajevima u kojima ne postoje poteškoće s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa.⁵⁰ Nasuprot tomu, u dijelu pravne književnosti zabilježeno je i stajalište prema kojemu ne postoje nikakvi opravdani razlozi za ograničenje učinka poništenja trajnog ugovora te bi se i na poništenje trajnog ugovora trebala primjenjivati ista opća pravila kao i za druge ugovore.⁵¹

Za razliku od poništenja trajnog ugovora zbog nekog od razloga poboynosti, stajalište austrijskog prava u pogledu učinaka ništetnosti trajnog ugovora nije sasvim izvjesno. S jedne strane, poteškoće s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa javljaju se u sudskoj praksi i pravnoj književnosti kao argument i za *ex nunc* učinak ništetnosti trajnog ugovora u slučajevima u kojima se započelo s ispunjavanjem trajne obveze.⁵² S druge strane, OGH je u jednom predmetu koji se odnosio na pravne posljedice ništetnosti ugovora o radu zauzeo i stajalište da ništetnost tog ugovora nastupa *ex tunc*, a da na mjesto obveze vraćanja izvršenih činidbi primjenom pravila o neopravdanom obogaćenju stupa obveza naknade vrijednosti činidbi čije vraćanje nije više moguće.⁵³

48 Marhold, F., Friedrich, M., Österreichisches Arbeitsrecht, Wien - New York, Springer, 2012., str. 24.

49 OGH, 1 Ob 685/90 od 18. rujna 1991., 8 Ob 12/93 od 16. rujna 1993., 8 Ob 39/95 od 8. veljače 1996., 5 Ob 2267/96k od 8. listopada 1996., 8 Ob S315/97z od 13. siječnja 1998. i 7 Ob 77/10i od 30. ožujka 2011.

50 Bollenberger, R. u: Koziol, H., Bydlinski, P., Bollenberger, R. (ur.), Kurzkommentar zum ABGB, Wien - New York, Springer, 2010., str. 831; Kolmasch, W., u: Schwimann, M. (ur.), ABGB Taschenkommentar, Wien, LexisNexis Verlag, 2013., str. 603 i 608; Koziol, H. et al., op. cit., str. 176-177; Lurger, B. u: Kletečka, A. i Schauer, M., op. cit., str. 3867; Pletzer, R. u: Kletečka, A., Schauer, M., op. cit., str. 1654; Wiebe, A. u: Kletečka, A. i Schauer, M., op. cit., str. 1548.

51 Bydlinski, P., op. cit., str. 180.

52 OGH, 8 Ob 644/91 od 10. rujna 1992., 2 Ob 511/95 od 23. veljače 1995., 4 Ob 233/00v od 24. listopada 2000. i 5 Ob 193/17v od 20. studenoga 2017.; Wiebe, A., u: Kletečka, A., Schauer, M., op. cit., str. 1548.

53 OGH, 4 Ob 67/83 od 25. rujna 1984.

4. OGRANIČENJE UČINKA NEVALJANOSTI TRAJNOG UGOVORA U NJEMAČKOM PRAVU

U njemačkom pravu ništetnost i pobijanje ugovora zbog nekog od razloga poboynosti prema općim pravilima djeluju *ex tunc*, od trenutka sklapanja ugovora, a izvršene činidbe vraćaju se primjenom pravila o neopravdanom obogaćenju.⁵⁴ U Građanskom zakoniku⁵⁵ nisu sadržane odredbe kojima bi se učinak nevaljanosti trajnih ugovora uređivao drukčije u odnosu na opća pravila. Stajalište o potrebi ograničenja učinka nevaljanosti u slučajevima u kojima se započelo s ispunjavanjem trajne obveze zastupljeno je i u njemačkom pravu, ali se ono u usporedbi sa švicarskim i austrijskim pravom odnosi na znatno uži krug slučajeva.

Prevladavajuće je gledište u sudskoj praksi Saveznoga radnog suda (njem. *Bundesarbeitsgericht*; dalje: BAG) i u pravnoj književnosti da je zbog posebnosti radnoga odnosa opravdano ograničiti učinak ništetnosti ugovora o radu samo za ubuduće. Prema učenju o manjkavom ugovoru o radu (njem. *Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag*), ništetnost ugovora o radu ako je radnik nakon sklapanja ugovora počeo s obavljanjem posla za poslodavca u pravilu ima učinak *ex nunc* pa ne dolazi do povratnog odvijanja radnog odnosa primjenom pravila o neopravdanom obogaćenju.⁵⁶ Iznimno, zbog osobito teških razloga ništetnosti ugovora o radu, kao što je to, primjerice, protivnost moralu, ništetnost ipak nastupa *ex tunc*.⁵⁷ Pobijanje ugovora o radu zbog razloga poboynosti također proizvodi samo *ex nunc* učinak.⁵⁸ Međutim, ako

54 Vidi, primjerice: Zerres, T., loc. cit. u bilj. 3.

55 *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002*, BGBl I br. 2/02., s posljednjom izmjenom od 12. srpnja 2018., BGBl I br. 26/18. (dalje: BGB).

56 BAG, 1 AZR 189/57 od 15. studenoga 1957., 2 AZR 145/67 od 18. travnja 1968. i 5 AZR 592/03 od 3. studenoga 2004. Sve u radu navedene odluke iz njemačke sudske prakse, ako nije drukčije naznačeno, dostupne su na: Jurion - Das Rechtsportal, <<https://www.jurion.de/>>, 19. siječnja 2019. U pravnoj književnosti vidi: Armbrüster, C. u: Schubert, C. (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 1: Allgemeiner Teil, München, C. H. Beck, 2018., § 138, odl. 162.; Benecke, M., u: Kiel, H. et al. (red.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht - Individualarbeitsrecht I, München, C. H. Beck, 2018., § 38, odl. 48.; Hromadka, W., Maschmann, F., Arbeitsrecht - Band 1 - Individualarbeitsrecht, Berlin - Heidelberg, Springer, 2015., str. 180-181; Linck, R., u: Schaub, G. (red.), Arbeitsrechts-Handbuch, München, C. H. Beck, 2017., § 34, odl. 51.; Putzo, H. u: Palandt, O. (red.), Palandt - Bürgerliches Gesetzbuch, München, C. H. Beck, 2003., str. 872; Richardi, R., Dienstvertrag, u: Martinek, M. (red.), J. von Staudingers Kommentar - Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2010., str. 696; Wentdland, H. u: Bamberger, H. G. et al. (ur.), Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, München, C. H. Beck, 2017., § 142, odl. 6.

57 BAG, 5 AZR 512/71 od 7. lipnja 1972. i 5 AZR 592/03 od 3. studenoga 2004.; Armbrüster, C., u: Schubert, C., loc. cit. u bilj. 56; Hromadka, W., Maschmann, F., op. cit., str. 181; Linck, R., u: Schaub, G., op. cit., § 34, odl. 52.

58 BAG, 2 AZR 228/80 od 16. rujna 1982. i 7 AZR 34/83 od 29. kolovoza 1984.; Boemke, B., Ulrici, B., BGB Allgemeiner Teil, Berlin - Heidelberg, Springer, 2014., str. 293; Busche, J. u: Schubert, C., op. cit., § 142, odl. 17.-18.; Dörner, H. u: Schulze, R. (red.), Bürgerliches Gesetzbuch - Handkommentar, Baden-Baden, Nomos, 2019., § 119, odl. 2. i § 142, odl. 6.; Heinrichs, H., u: Palandt, O., op. cit., str. 154; Hromadka, W., Maschmann, F., op. cit., str. 186-187; Linck, R. u: Schaub, G., op. cit., § 34, odl. 49.; Mansel, H.-P. u: Stürner, R. (red.), Jauernig - Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, München, C. H. Beck, 2018., Vor. § 630, odl.

je razlog pobjonosti prijevarena, pobijanje ugovora o radu ipak će imati *ex tunc* učinak.⁵⁹

Također, prema stajalištima zastupljenim u odlukama Saveznog vrhovnog suda (njem. *Bundesgerichtshof*; dalje: BGH) i u pravnoj književnosti, ništetnost ugovora o osnivanju društva te pobijanje ugovora o osnivanju društva iz razloga pobjonosti proizvode *ex nunc* učinak.⁶⁰ Ograničenje učinaka nevaljanosti ugovora o osnivanju društva opravdava se potrebom zaštite članova društva i zaštite trećih osoba koje su s povjerenjem u postojanje društva stupile s njim u odnose te potrebom olakšane likvidacije društva s nedostatkom (njem. *fehlerhafte Gesellschaft*) prema pravilima prava društava.⁶¹

Gledište o ograničenom učinku nevaljanosti ugovora o radu i ugovora o osnivanju društva u njemačkom se pravu ne utemeljuje na učenju o faktičnim ugovornim odnosima. Premda je to učenje izvorno nastalo u njemačkoj pravnoj znanosti, ono je danas, za razliku od švicarskog prava, u okvirima njemačkoga prava napušteno.⁶² Ograničenje učinka nevaljanosti ugovora o radu i ugovora o osnivanju društva u njemačkom se pravu utemeljuje na teleološkoj redukciji odredaba BGB-a o *ex tunc* učinku nevaljanosti ugovora.⁶³ Takva se teleološka redukcija ne opravdava praktičnim poteškoćama zbog kojih bi povratno odvijanje trajnog obveznog odnosa bilo otežano, već specifičnim odnosom međuovisnosti ugovornih strana i naglašenom potrebom socijalne zaštite zbog koje ne bi bilo opravdano povratno odviti trajni obvezni odnos prema pravilima o neopravdanom obogaćenju.⁶⁴

U njemačkom pravu ne postoji opće pravilo prema kojemu se bilo koji trajni obvezni odnos ne bi mogao povratno odviti primjenom pravila o neopravdanom obogaćenju.⁶⁵ Uz iznimke za ugovor o radu i ugovor o osnivanju društva, ništetnost

-
- 5.; Putzo, H., u: Palandt, O., loc. cit. u bilj. 56; Richardi, R., u: Martinek, M., loc. cit. u bilj. 56; Stoffels, M., u: Rolfs, C. et al. (red.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, München, C. H. Beck, 2018., § 626, odl. 14.; Wentdland, H., u: Bamberger, H. G. et al., loc. cit. u bilj. 56.
- 59 BAG, 2 AZR 754/97 od 3. prosinca 1998.; Busche, J., u: Schubert, C., op. cit., § 142, odl. 18.; Hromadka, W. i Maschmann, F., op. cit., str. 187; Linck, R. u: Schaub, G., op. cit., § 34, odl. 50.; Richardi, R. u: Martinek, M., loc. cit. u bilj. 56.
- 60 BGH, II ZR 18/51 od 24. listopada 1951., II ZR 167/53 od 12. svibnja 1954., II ZR 82/70 od 14. prosinca 1972., II ZR 127/74 od 11. ožujka 1976. i XI ZR 252/08 od 10. studenoga 2009.; Armbrüster, C., u: Schubert, C., loc. cit. u bilj. 56; Boemke, B. i Ulrici, B., loc. cit. u bilj. 58; Busche, J., u: Schubert, C., op. cit., § 142, odl. 17. i 19.; Dörner, H., u: Schulze, R., loc. cit. u bilj. 58; Heinrichs, H., u: Palandt, O., op. cit., str. 154; Sprau, H., u: Palandt, O., op. cit., str. 1082-1083; Stürner, R., u: Stürner, R., op. cit., § 705, odl. 19.
- 61 Larenz, K. i Canaris, C.-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin - Heidelberg, Springer, 1995., str. 215; Sprau, H., u: Palandt, O., op. cit., str. 1082; Stürner, R., u: Stürner, R., op. cit., § 705, odl. 19.; Zeres, T., op. cit., str. 69.
- 62 Flume, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - Zweiter Band - Das Rechtsgeschäft*, Berlin - Heidelberg, Springer, 1992., str. 101-102; Kramer, E. A., *Der Einfluß des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht*, Archiv für die civilistische Praxis, vol. 200, 3-4/2000, str. 382; Schiemann, G., *Das Rechtsgeschäft*, u: Martinek, M., op. cit., str. 52-53.
- 63 Boemke, B., Ulrici, B., loc. cit.; Larenz, K., Canaris, C.-W., loc. cit. u bilj. 61; Schiemann, G. u: Martinek, M., op. cit., str. 53.
- 64 Oetker, H., Maultzsch, F., *Vertragliche Schuldverhältnisse*, Berlin - Heidelberg - New York, Springer, 2013., str. 466.
- 65 Armbrüster, C. u: Schubert, C., loc. cit. u bilj. 56; Busche, J., u: Schubert, C., op. cit., § 142, odl.

i pobijanje trajnog ugovora zbog razloga pobjonosti djeluju *ex tunc* i u trajnim obveznim odnosima u kojima se započelo s ispunjavanjem trajne obveze. Drži se da poteškoće s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa u kojemu se započelo s ispunjavanjem trajne obveze ne opravdavaju modifikaciju učinka nevaljanosti ugovora.⁶⁶ Tako nevaljanost ugovora o najmu i ugovora o zakupu načelno nastupa *ex tunc*, unatoč mogućim poteškoćama s povratnim odvijanjem njima zasnovanih trajnih obveznih odnosa.⁶⁷ Prema stajalištu BGH izraženom u jednoj odluci, u zakupnim odnosima u pravilu ne postoji specifična društvena vezanost strana kakva postoji u trajnim obveznim odnosima zasnovanim ugovorom o radu i ugovorom o osnivanju društva pa nije opravdano ograničiti učinak pobijanje ugovora o zakupu poslovnog prostora na djelovanje *ex nunc*.⁶⁸

5. PRAVNE POSLJEDICE NEVALJANOSTI UGOVORA I OGRAIČENJE UČINKA NEVALJANOSTI TRAJNOG UGOVORA U HRVATSKOM PRAVU

U hrvatskom je pravu u odredbama čl. 322.-335. ZOO-a sadržano opće zakonsko uređenje nevaljanosti ugovora, a ono se na odgovarajući način prema odredbi čl. 14. st. 3. ZOO-a primjenjuje na nevaljanost drugih pravnih poslova. Ništetnost ugovora nastupa *ex lege* čim se pri sklapanju ugovora pojavi neki od razloga ništetnosti, pa je ugovor nevaljan već u trenutku njegova sklapanja, odnosno *ex tunc*.⁶⁹ Ništetni ugovor ne proizvodi namjeravane pravne učinke, odnosno pravne učinke koje bi on proizvodio da je valjan, što znači da sklapanjem ništetnog ugovora ne nastaje

17. i 20.; Oetker, H., Maultzsch, F., loc. cit. u bilj. 64.

66 Busche, J., u: Schubert, C., op. cit., § 142, odl. 17.; Oetker, H., Maultzsch, F., op. cit., str. 353.

67 BGH, XII ZR 67/06 od 6. kolovoza 2008., XII ZR 192/08 od 11. kolovoza 2010. i XII ZR 123/09 od 11. kolovoza 2010. Tako i u odlukama viših zemaljskih sudova (njem. *Oberlandesgericht*; dalje: OLG) i zemaljskih sudova (njem. *Landesgericht*; dalje: LG): OLG Brandenburg, 3 U 5/03 od 11. studenoga 2009. i OLG Hamburg, 4 U 8/12 od 17. kolovoza 2012., dostupne na: OpenJur, <<https://openjur.de/>>, 19. siječnja 2019.; LG Hamburg, 316 S 104/10 od 20. rujna 2011., LG Freiburg, 3 S 98/18 od 12. listopada 2018. i KG Berlin, 8 U 223/08 od 28. svibnja 2009., dostupne na: Judicialis Rechtsprechung, <<https://www.judicialis.de/>>, 19. siječnja 2019. Tako i: Busche, J., u: Schubert, C., op. cit., § 142, odl. 17. i 20.; Dörner, H., u: Schulze, R., op. cit., § 142, odl. 5.; Heinrichs, H., u: Palandt, O., op. cit., str. 154; Oetker, H. i Maultzsch, F., op. cit., str. 352. Suprotno, za *ex nunc* učinak nevaljanosti ugovora o najmu, vidi: AG Hamburg, 40b C 591/96 od 18. prosinca 1996.; Blank, H., Börstinghaus, U. P., Miete - Das gesamte BGB-Mietrecht - Kommentar, München, C. H. Beck, 2008., str. 396; Weller, M.-P., Der Mietvertrag als enfant terrible der Privatrechtsdogmatik?, *Juristen Zeitung*, vol. 67, 18/2012, str. 888.

68 BGH, XII ZR 67/06 od 6. kolovoza 2008.

69 Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., str. 137-138; Slakoper, Z., op. cit., str. 314-315. Iz sudske prakse Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje: VSRH) vidi: Rev 369/10-2 od 18. ožujka 2014., Rev 589/10-2 od 26. listopada 2010., Rev 898/05-2 od 11. travnja 2007., Rev-2257/1997-2 od 18. lipnja 2002. i Rev 514/1996-2 od 17. veljače 2000. Iz sudske prakse županijskih sudova (dalje: ŽS) vidi: ŽS Varaždin, Gž.1428/08-2 od 8. prosinca 2008. i Gž.851/08-2 od 2. lipnja 2008. Sve u radu navedene odluke iz hrvatske sudske prakse, ako nije drukčije izričito naznačeno, dostupne su na: VSRH, Sudska praksa - Portal sudske prakse, <<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/>>, 19. siječnja 2019.

vjerovnikovo subjektivno pravo niti dužnikova obveza. Pobjjni ugovor je u trenutku njegova sklapanja *ex lege* valjan, unatoč tome što je u tom trenutku postojao koji od razloga pobjnosti. Pobjjni ugovor proizvodi namjeravane pravne učinke, ali se oni mogu poništiti s učinkom *ex tunc*, od trenutka sklapanja ugovora.⁷⁰

Prevladavajuće je gledište prema kojemu su pobjjni ugovori po zakonu valjani sve dok njihovi učinci ne budu poništeni i u austrijskom i u njemačkom pravu,⁷¹ no ne i u švicarskom.⁷² Razlike između promatranih pravnih poredaka postoje i u pogledu sredstava pobijanja ugovora. Dok se u švicarskom i njemačkom pravu ugovor iz razloga pobjnosti pobija preobražajnim očitovanjem volje,⁷³ prema prevladavajućem gledištu u hrvatskom pravu pobjjni ugovor pobija se konstitutivnom tužbom i poništava konstitutivnom presudom,⁷⁴ po čemu je hrvatsko pravo blisko rješenjima austrijskog prava.⁷⁵ Odredbe čl. 331. st. 1. i 2. ZOO-a predviđaju mogućnost da se pobijanje ugovora ostvari i izvansudskim putem te otvaraju put tumačenju prema kojemu bi i u hrvatskom pravu bilo moguće ugovor pobijati preobražajnim očitovanjem volje.⁷⁶

Ako se u konkretnom slučaju ispune zakonom predviđene pretpostavke, kao pravne posljedice nišetnosti ugovora te poništenja ugovora zbog nekog od razloga pobjnosti prema odredbama čl. 323. i 332. ZOO-a mogu nastati obveza restitucije i obveza naknade štete, a po tome se hrvatsko pravo načelno ne razlikuje od švicarskog, austrijskog i njemačkog prava. Poredbenopravna stajališta o ograničenju učinka nevaljanosti trajnog ugovora, osim pravnih pitanja u vezi s trenutkom u kojemu nastupa učinak nevaljanosti, tiču se pravnih pitanja u vezi s nastankom obveze restitucije i nastankom obveza prema pravilima o neopravdanom obogaćenju, a ne i pravnih

70 Gorenc, V., op. cit., str. 530-531; Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., str. 153; Slakoper, Z., op. cit., str. 331-332; VSRH, Rev-x 126/16-2 od 8. veljače 2017., Rev 1626/15-3 od 18. studenoga 2015., Rev 1040/07-2 od 10. siječnja 2008. i Rev 282/05-2 od 16. studenoga 2005.

71 Za austrijsko pravo, primjerice: Bydlinski, P., op. cit., str. 145. Za njemačko pravo, primjerice: Zerres, T., loc. cit. u bilj. 3.

72 U švicarskom je pravu u sudskoj praksi BGE-a i dijelu pravne književnosti (primjerice: Gauch, P. et al., op. cit., str. 187) prihvaćena teorija nevaljanosti (njem. *Ungültigkeitstheorie*) prema kojoj su pobjjni ugovori od samog sklapanja nevaljani i ne proizvode namjeravane pravne učinke. Ti učinci nastaju ako strana u čijem je interesu pobjnost ustanovljena naknadno odobri ugovor. U velikome dijelu pravne književnosti (primjerice: Bucher, E., op. cit., str. 210; Schwenzer, I. u: Basler Komm, op. cit., str. 238; Schwenzer, I., op. cit., str. 253) prihvatljivijom se drži teorija pobijanja (njem. *Anfechtungstheorie*) prema kojoj su pobjjni ugovori valjani sve dok ih se ne poništi s učinkom *ex tunc*. U dijelu pravne književnosti zastupa se i teorija podijeljene nevaljanosti (njem. *geteilter Ungültigkeit*) prema kojoj je pobjjni ugovor za stranu u čijem je interesu pobjnost ustanovljena od sklapanja nevaljan, dok je za drugu stranu on od sklapanja valjan. Bucher, E., op. cit., str. 209-211; Gauch, P. et al., op. cit., str. 187-188; Schwenzer, I., op. cit., str. 252-253; Schwenzer, I. u: Basler Komm, op. cit., str. 237-238.

73 Za švicarsko pravo, primjerice: Schwenzer, I., op. cit., str. 254. Za njemačko pravo, primjerice: Zerres, T., op. cit., str. 68.

74 Crnić, I., op. cit., str. 767; Gorenc, V., op. cit., str. 532-534; Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., str. 153; Slakoper, Z., op. cit., str. 332; VSRH, Rev-x 126/16-2 od 8. veljače 2017., Rev 1626/15-3 od 18. studenoga 2015. i Rev 282/05-2 od 16. studenoga 2005.

75 Za austrijsko pravo, primjerice: Bydlinski, P., op. cit., str. 179.

76 Nikšić, S., *Pravna sredstva za pobijanje nevaljanih pravnih poslova - ostvarivanje preobražajnog prava ili konstitutivna tužba?*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 65, 3-4/2015, str. 379-385.

pitanja u vezi s nastankom obveze naknade štete. Stoga se u nastavku analize pravnih posljedica nevaljanosti ugovora podrobija analiza pitanja odgovornosti za štetu izostavlja,⁷⁷ a prije rasprave o tome je li za hrvatsko pravo prihvatljivo ograničenje učinka nevaljanosti trajnog ugovora pristupa se razmatranju obveze restitucije kao pravne posljedice nevaljanosti ugovora.

5.1. Obveza restitucije kao pravna posljedica nevaljanosti ugovora

Okolnost da je jedna strana izvršila kakvu činidbu bez valjanoga pravnog temelja, u ispunjenju pravno nepostojeće obveze iz ništetnog ugovora ili ugovora koji je poništen zbog nekog od razloga poboynosti, dovodi do nastanka zakonske obveze restitucije za drugu stranu kojoj je ta činidba izvršena. Strana koja je izvršila kakvu činidbu je vjerovnik obveze restitucije, a strana kojoj je ta činidba izvršena je dužnik obveze restitucije. Zakonska obveza restitucije iz čl. 323. st. 1. ZOO-a, kao i iz čl. 332. st. 1. ZOO-a, obveza je prvenstveno naturalne restitucije, a u slučaju nemogućnosti njezina ispunjenja, ona se preobražava u obvezu novčane restitucije. Obvezu naturalne restitucije i obvezu novčane restitucije prikladno je raspraviti zasebno.

5.1.1. Obveza naturalne restitucije

Prema prvom dijelu odredbe čl. 323. st. 1. ZOO-a,⁷⁸ u slučaju ništetnosti ugovora svaka ugovorna strana dužna je vratiti drugoj „sve ono što je primila“ na temelju takva ugovora. Izraz „sve ono što je primila“ potrebno je razumjeti kao sve ono što je predmetom svake od činidbi koje su izvršene dužniku obveze restitucije, kakvoga god da su one oblika, a ne samo onog što je on „primio“ jer je bilo predmetom vjerovnikove izvršene činidbe davanja. Predmetom te činidbe redovito su stvari, a činidba može imati i oblik činjenja, propuštanja i trpljenja. Dužnik obveze restitucije dužan je vjerovniku vratiti sve predmete svake od činidbi koje su mu izvršene, ma kakva god oblika te činidbe bile. U istom je smislu potrebno shvatiti izraz „nešto bilo ispunjeno“ upotrijebljen u prvom dijelu odredbe čl. 332. st. 1. ZOO-a koji glasi „ako je na temelju ugovora koji je poništen nešto bilo ispunjeno, ima se vratiti“.⁷⁹ U kontekstu te odredbe, „nešto“ što je „bilo ispunjeno“ je sve ono što je „bilo ispunjeno“, odnosno svaki predmet svake od činidbi koje su izvršene dužniku obveze restitucije.⁸⁰ On je dužan vjerovniku vratiti upravo one predmete svake od činidbi koje su mu

77 Slakoper, Z., op. cit., str. 327-328 i 345.

78 U bitnomu je istovjetno bilo predviđeno i u čl. 104. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (NN, br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01.; dalje: ZOO/91), odnosno u čl. 104. st. 1. Zakona o obveznim odnosima iz 1978. godine (Sl. l. SFRJ, br. 29/78., 39/85. i 57/89.; dalje: ZOO/78).

79 U bitnome je istovjetno bilo predviđeno i u čl. 113. st. 1. ZOO/91, odnosno u čl. 113. st. 1. ZOO/78.

80 I u slučaju ništetnosti i u slučaju poništenja ugovora zbog razloga poboynosti, obveza restitucije je obveza potpune restitucije. Jedina iznimka od pravila potpune restitucije sadržana je u odredbi čl. 333. ZOO-a koja se odnosi na poništenje ugovora zbog ograničene poslovne sposobnosti jednog od ugovaratelja.

izvršene, te se te obveze ne može osloboditi vraćanjem nečega drugoga.⁸¹ U tomu smislu su obveze restitucije iz prvoga dijela odredbi čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a obveze naturalne restitucije: vraćaju se *in natura* upravo oni predmeti svake od ranije izvršenih činidbi.

Za nastanak obveze naturalne restitucije nije relevantno može li se ono što je predmet ranije izvršene činidbe faktično i pravno vratiti vjerovniku obveze naturalne restitucije. Rješenje za slučaj nemogućnosti vraćanja predmeta izvršenih činidbi sadržano je u drugom dijelu odredbe čl. 323. st. 1. ZOO-a, kao i u drugom dijelu odredbe čl. 332. st. 1. ZOO-a. U slučaju nemogućnosti ispunjenja obveze naturalne restitucije zbog toga što je vraćanje predmeta izvršene činidbe nemoguće ili se predmet izvršene činidbe po svojoj prirodi protivi vraćanju, obveza naturalne restitucije se po zakonu preobražava u obvezu novčane restitucije: dužnik je umjesto vraćanja predmeta izvršenih činidbi dužan vjerovniku u novcu nadoknaditi njihovu vrijednost.⁸²

Obveza naturalne restitucije nastaje *ex lege*.⁸³ Ona je objektivna posljedica nevaljanosti ugovora, odnosno izvršenja činidbe bez valjanoga pravnog temelja u ispunjenju pravno nepostojeće obveze preuzete nevaljanim ugovorom. Dužnik tu obvezu ima neovisno o svojoj krivnji za nevaljanost ugovora, ali i neovisno o krivnji vjerovnika. Dakle, za obvezu naturalne restitucije nije relevantno tko je, kako i s kakvim subjektivnim stavom izazvao nastanak nekoga od razloga nevaljanosti ugovora. Također, za tu obvezu nije relevantna ni savjesnost, odnosno nesavjesnost dužnika i vjerovnika,⁸⁴ odnosno nije relevantno je li netko od njih znao ili morao znati za postojanje uzroka nevaljanosti ugovora.

Obveza naturalne restitucije iz čl. 323. st. 1. ZOO-a nastaje *ex lege* u trenutku u kojemu je vjerovnik te obveze izvršio činidbu u ispunjenju svoje nepostojeće obveze preuzete ništetnim ugovorom,⁸⁵ a ne u trenutku sklapanja ništetnog ugovora.⁸⁶

81 Za ispunjenje obveza restitucije iz prvog dijela odredbi čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 2. ZOO-a vrijedi isto što i za ispunjenje svake obveze, pa tako i odredbe čl. 166. st. 1. i 2. ZOO-a. Obveza restitucije ispunjenjem nečega drugog što nije sadržaj te obveze može prestati samo ako se dužnik obveze restitucije o tome sporazumio s vjerovnikom obveze restitucije u smislu odredbe čl. 167. st. 1. ZOO-a o zamjeni ispunjenja.

82 O toj sekundarnoj obvezi novčane restitucije bit će više riječi infra u poglavlju 5.1.2., nakon što se raspravi primarna obveza naturalne restitucije.

83 Tako i: Tumbri, T., Restitucija kao posljedica ništavosti ugovora, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 46, 5/1996, str. 460 i 469.

84 *ibid.*, str. 462. Usp.: Klarić, P., Vedriš, M., *op. cit.*, str. 650. Vidi i: ŽS Varaždin, Gž.797/07-2 od 15. siječnja 2008.

85 Usp.: Slakoper, Z., *op. cit.*, str. 327; Tumbri, T., *op. cit.*, str. 469. Vidi: VSRH, Rev-x 511/12-2 od 28. travnja 2015. i Rev-x 808/11-2 od 12. rujna 2012.; ŽS Zadar, 13 Gž-1150/18-2 od 9. studenoga 2018.

86 U pojedinim odlukama iz sudske prakse navodi se da je obveza naturalne restitucije dospjela na dan sklapanja ništetnog ugovora, a to je stajalište ispravno samo ako je toga dana i ispunjena ugovorna obveza iz ništetnog ugovora, što je bio slučaj u pojedinim, no ne i u svim predmetima na koje se te odluke odnose. Vidi: VSRH, Rev 1666/11 od 6. svibnja 2015., Rev-x 183/11-2 od 16. listopada 2013. i Rev 141/06-2 od 22. veljače 2006.; Županijski sud u Splitu, Gž-943/2018-2 od 19. travnja 2018., Gž-281/2017-2 od 1. veljače 2018. i Gž-1565/17-2 od 6. srpnja 2017. Za kritiku stajališta VSRH izraženog u odluci Rev 141/06-2 vidi i: Slakoper, Z., *op. cit.*, str. 327.

Pogotovo se ne može prihvatiti da bi ta obveza nastajala tek u trenutku pravomoćnosti deklaratorne presude kojom je utvrđena ništetnost ugovora.⁸⁷ Osim toga što je ta obveza nastala u trenutku u kojemu je vjerovnik bez valjanog pravnog temelja izvršio činidbu dužniku te obveze, ona u tom trenutku ujedno i dospijeva. Zastara zahtjeva za naturalnom restitucijom iz čl. 323. st. 1. ZOO-a počinje teći, sukladno odredbi čl. 215. st. 1. ZOO-a, prvog dana poslije dana dospijeca. Budući da je obveza naturalne restitucije objektivna posljedica ništetnosti ugovora, za početak tijeka zastare nije odlučan trenutak vjerovnikovog saznanja za ništetnost ugovora.⁸⁸ Pravo zahtijevati ispunjenje te obveze zastarijeva u općem roku zastare iz odredbe čl. 225. ZOO-a jer zakonom nije određen neki drugi rok zastare.⁸⁹

Pobojni ugovori proizvode namjeravane pravne učinke sve dok oni ne budu poništeni konstitutivnom presudom.⁹⁰ Takvom je presudom stvoreno novo pravno stanje, ali s učinkom *ex tunc*, od sklapanja pobojnog ugovora. Obveza naturalne restitucije iz čl. 332. st. 1. ZOO-a nastaje kao posljedica toga što je ugovor poništen, a ne toga što je on bio pobojan. Zbog *ex tunc* učinka poništaja ugovora, ona retroaktivno nastaje u trenutku u kojemu je vjerovnik te obveze izvršio činidbu u ispunjenju svoje, prije poništenja postojeće i valjane, a nakon poništenja pravno nepostojeće obveze preuzete pobojnim ugovorom. Međutim, kako je to novo pravno stanje stvoreno tek konstitutivnom presudom, obveza naturalne restitucije iz čl. 332. st. 1. ZOO-a dospijeva tek u trenutku pravomoćnosti konstitutivne presude kojom je poništen pobojni ugovor. Stoga i opći, petogodišnji rok zastare zahtjeva za naturalnom restitucijom počinje teći prvog dana poslije pravomoćnosti presude kojom je pobojni ugovor poništen, a ne prvog dana poslije dana kojega je vjerovnik izvršio činidbu u ispunjenju obveze iz pobojnog ugovora koji je kasnije poništen.

Ako su obje strane izvršile činidbe u ispunjenju obveza iz nevaljanog ugovora, obveza naturalne restitucije nastaje i za jednu i za drugu stranu, pa se u tom smislu govori i o obostranoj ili dvostranoj restituciji.⁹¹ U pravnoj književnosti istaknuto je gledište da je u tom slučaju potrebno analogijom primijeniti odredbu čl. 368. st. 3. ZOO-a, prema kojoj se uzajamna vraćanja nakon raskida ugovora obavljaju prema pravilima o ispunjenju sinalagmatičnih ugovora.⁹² Posljedica je prihvaćanja toga gledišta da bi kod obostrane restitucije do koje dolazi zbog nevaljanosti ugovora na odgovarajući način vrijedilo pravilo istodobnog ispunjenja iz odredbe čl. 358. st. 1. ZOO-a, pa nijedna

87 Tako i: VSRH, Rev-x 183/11-2 od 16. listopada 2013. Suprotno: Tumbri, T., op. cit., str. 465.

88 Tako i: ŽS Zadar, 13 Gž-1150/18-2 od 9. studenoga 2018. Suprotno: Slakoper, Z., op. cit., str. 327.; Tumbri, T., op. cit., str. 464-465.

89 Tako i: Tumbri, T., op. cit., str. 464. Vidi: VSRH, Rev-x 511/12-2 od 28. travnja 2015., Rev-x 183/11-2 od 16. listopada 2013. i Rev-x 808/11-2 od 12. rujna 2012.; ŽS Zadar, 13 Gž-1150/18-2 od 9. studenoga 2018. U tom je kontekstu prikladno ukazati i na pravno shvaćanje VSRH prema kojemu pokretanjem parničnog postupka za zaštitu kolektivnih interesa potrošača dolazi do prekida zastare pojedinačnih zahtjeva za restituciju, a ona počinje teći ispočetka tek od trenutka pravomoćnosti sudske odluke donesene u povodu kolektivne tužbe za zaštitu prava i interesa (VSRH, Rev-2245/17 od 20. ožujka 2018.).

90 Tako i: VSRH, Rev-x 126/16-2 od 8. veljače 2017., Rev 1626/15-3 od 18. studenoga 2015. i Rev 282/05-2 od 16. studenoga 2005.

91 Usp.: Slakoper, Z., u: Slakoper, Z. et al., op. cit., str. 327; Tumbri, T., op. cit., str. 461.

92 Slakoper, Z., op. cit., str. 327. Usp. i: Gorenc, V., op. cit., str. 535.

strana ne bi bila dužna ispuniti obvezu naturalne restitucije ako druga strana ne bi bila spremna istodobno ispuniti svoju obvezu. To se stajalište ne može prihvatiti u pogledu obveze naturalne restitucije iz čl. 323. st. 1. ZOO-a, a u pogledu obveze naturalne restitucije iz čl. 332. st. 1. ZOO-a ne može se prihvatiti olako. Naime, kod raskida ugovora je riječ o tome da ugovorni odnos, koji je bio zasnovan valjanim ugovorom, raskidom ne prestaje u potpunosti, već se preobražava u likvidacijski odnos u kojemu ugovorne strane terete likvidacijske obveze vraćanja onoga što je ispunjeno prije raskida, a ti su zahtjevi za vraćanjem po svojoj pravnoj prirodi ugovorni zahtjevi,⁹³ pa je opravdana primjena pravila o ispunjenju sinalagmatskih ugovora. Nasuprot tomu, ništetni ugovori ne proizvode namjeravane pravne učinke, a pobjorni ugovori su valjani dok se njihovi učinci ne ponište *ex tunc* konstitutivnom presudom kojom se uspostavlja novo pravno stanje, pa obvezni odnos između strana ništetnog ugovora i poništenog pobjornog ugovora, prema ZOO-u *de lege lata*, nije ugovorni odnos koji bi se preobrazio u likvidacijski odnos, već je zakonski, izvanugovorni obvezni odnos, pa ovdje ne bi bilo mjesta primjeni analogijom pravila o učincima sinalagmatskih ugovora.⁹⁴

Ratio zakonske obveze naturalne restitucije jest uspostava stanja kakvo je ono bilo prije negoli je vjerovnik te obveze izvršio neku činidbu bez pravnog temelja u ispunjenju pravno nepostojeće obveze preuzete nevaljanim ugovorom. Institut naturalne restitucije po svojoj svrsi pokazuje izvjesne sličnosti s institutom odgovornosti za štetu i institutom neopravdanog obogaćenja, ali se nikako ne bi smio poistovjetiti s nekim od njih. Naime, to što je vjerovnik obveze naturalne restitucije izvršio kakvu činidbu bez pravnog temelja ne znači nužno i da se njegova imovina umanjila, odnosno da je on pretrpio stvarnu štetu zbog nevaljanosti ugovora. Šteta koju je on pretrpio naknađuje se prema posebnim pretpostavkama odgovornosti za štetu iz čl. 323. st. 2. i čl. 332. st. 2. ZOO-a, a ne naturalnom restitucijom iz čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a. Vjerovnik ne ostvaruje svoje pravo na restituciju zahtjevom za naknadom štete, već zahtjevom za vraćanjem predmeta izvršenih činidbi.⁹⁵ Također, to što je vjerovnik obveze naturalne restitucije izvršio kakvu činidbu bez pravnog temelja ne znači nužno i da se time imovina dužnika te obveze povećala, što je pretpostavka za primjenu instituta neopravdanog obogaćenja, odnosno stjecanja bez osnove kako se taj institut naziva u hrvatskom pravu. Obveze naturalne restitucije iz čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a nisu isto što i obveza vraćanja stečenog bez

93 Miladin, P., op. cit., str. 1094; Tot, I., Prestanak, str. 1173. i 1176.

94 U poredbenoj su pravnoj književnosti zastupljena i stajališta prema kojima se teorija preobrazbe (njem. *Umwandlungstheorie*), prema kojoj ugovorni odnos nakon raskida ne prestaje nego se preobražava u likvidacijski odnos, proteže i na obvezni odnos strana nakon pobijanja ugovora zbog razloga pobjornosti, pa se drži da je i zahtjev za vraćanjem onoga što je ispunjeno na temelju pobjornoga ugovora ugovorni zahtjev. Za švicarsko pravo, vidi: Wiegand, W., op. cit., str. 717-722. Vidi i napomene infra u bilj. 125.

95 U pravnoj je književnosti zastupljeno gledište prema kojemu je tužba za naknadu štete jedno od mogućih pravnih sredstava za ostvarenje zahtjeva za naturalnom restitucijom: Tumbri, T., op. cit., str. 464. Vjerovnik obveze naturalne restitucije svoje pravo ostvaruje zahtjevom za naturalnom restitucijom. Ako je zbog nevaljanosti ugovora pretrpio kakvu štetu, onda uz zahtjev za naturalnom restitucijom, svoje pravo na naknadu štete ostvaruje zahtjevom za naknadom štete.

osnove iz čl. 1111. st. 1. ZOO-a, a zahtjev za naturalnom restitucijom nije kondikcijski zahtjev.⁹⁶ Vjerovnik uz zahtjev za naturalnom restitucijom može prema dužniku isticati i kondikcijske zahtjeve, za što je pretpostavka da je vjerovnikovim izvršenjem činidbe dužnik doista i nešto bez osnove stekao, no to što je vjerovnik izvršio činidbu bez pravnog temelja ne znači nužno da je dužnik predmet te činidbe doista i stekao.

Naime, u hrvatskom je pravu stjecanje prava vlasništva na temelju pravnog posla, istovjetno kao i u švicarskom i austrijskom, a za razliku od njemačkog prava, uređeno na načelu kauzalne tradicije.⁹⁷ Ako predaja stvari nije posljedica valjanoga pravnog posla usmjerenog na stjecanje prava vlasništva, njome ne prelazi pravo vlasništva na osobu koja je stvar primila. Time što je vjerovnik obveze naturalne restitucije u ispunjenju svoje pravno nepostojeće obveze preuzete nevaljanim ugovorom predao svoju stvar drugome u posjed, drugi nije postao vlasnikom te stvari i stvar nije prešla u njegovu imovinu u smislu odredbe čl. 1111. st. 1. ZOO-a. Stvar je ostala u imovini vjerovnika te je on i dalje njezin vlasnik. On za vraćanje te stvari u svoj neposredan posjed na raspolaganju ima dva različita zahtjeva: obveznopravni zahtjev za naturalnom restitucijom te vlasnički zahtjev. Stoga on svoje pravo na naturalnu restituciju može ostvarivati i vindikacijom koja mu je pogodnije pravno sredstvo jer vlasnički zahtjev za povratom stvari ne zastarijeva.⁹⁸ Kako nije riječ o stjecanju bez osnove, tako on nema kondikcijski zahtjev za vraćanjem stvari u posjed, a i inače: „gdje ima mjesta vindikaciji nema mjesta kondikciji, i obrnuto“.⁹⁹

Jednako tako, ako nevaljani ugovor nije bio usmjeren na prijenos prava vlasništva na predanoj stvari, već na privremeni prijenos stvari radi uporabe ili korištenja, predajom stvari u neposredan posjed dužniku obveze naturalne restitucije nije na njega prešlo pravo vlasništva te stvari, a predajom stvari u njegov posjed nije se povećala i njegova imovina za njezinu vrijednost. Stoga ni ovdje ne može biti riječ o stjecanju bez osnove iz čl. 1111. st. 1. ZOO-a. Tako se, primjerice, zakupnikova imovina ne bi povećala samom predajom zakupljene stvari u njegov posjed za vrijednost te stvari ni kad bi ugovor o zakupu bio valjan, pa on zakupljenu stvar ne stječe bez osnove ni kada

96 U pravnoj književnosti i sudskoj praksi zahtjevi za naturalnom restitucijom iz čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a redovito se poistovjećuju s kondikcijskim zahtjevom za vraćanjem stečenog bez osnove iz čl. 1111. st. 1. ZOO, pa tako i: Gorenc, V., op. cit., str. 535; Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., str. 649-650; Tumbri, T., op. cit., str. 464; VSRH, Rev-x 511/12-2 od 28. travnja 2015., Rev-x 183/11-2 od 16. listopada 2013. i Rev-x 808/11-2 od 12. rujna 2012.; ŽS Zadar, 13 Gž-1150/18-2 od 9. studenoga 2018.

97 Gavella, N. u: Gavella, N. (red.), *Stvarno pravo*, Zagreb, Informator, 1998., str. 325-326 i 426-427. Vidi i: Nikšić, S., *Imovina u građanskom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 62, br. 5-6/2012, str. 1627-1628.

98 Prema odredbi čl. 161. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 143/12. i 152/14. (dalje: ZV).

99 Gavella, N., op. cit., str. 427. Kondikciji će biti mjesta, a vindikaciji neće, ako je vlasnik stvari to prestao jer je druga osoba originarno, na temelju zakona stekla pravo vlasništva na toj stvari. O međusobnom isključivanju vindikacije i kondikcije, posebno vidi i: Miladin, P., *Odnos*, str. 1084-1086, 1089 i 1093; Miladin, P., *Problem vraćanja poduzeća stečenog na temelju ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, 2/2011, str. 754; Miladin, P., Markovinović, H., op. cit., str. 11. Vidi i: Held, H.-R., *Neki problemi suvremenog uređenja stjecanja bez osnove*, Hrvatska pravna revija, vol. 15, 12/2015, str. 16.

je ugovor o zakupu nevaljan. Zakupodavčev zahtjev za vraćanjem stvari u njegov neposredan posjed zbog nevaljanosti ugovora o zakupu obveznopravni je zahtjev za naturalnom restitucijom iz čl. 323. st. 1. ili čl. 332. st. 1. ZOO-a, a ne kondikijski zahtjev za vraćanjem stečenog bez osnove iz čl. 1111. st. 1. ZOO-a. Ako je zakupodavac vlasnik, onda mu uz obveznopravni zahtjev stoji na raspolaganju i vlasnički zahtjev iz čl. 161. st. 1. ZV-a. Nevlasniku stvari, primjerice podzakupodavcu, za vraćanje stvari predane na temelju nevaljanog ugovora, primjerice ugovora o podzakupu, na raspolaganju stoji samo obveznopravni zahtjev za naturalnom restitucijom iz čl. 323. st. 1. ili čl. 332. st. 1. ZOO-a.

Vjerovnik obveze naturalne restitucije koji je u ispunjenju svoje pravno nepostojeće obveze iz nevaljanog ugovora izvršio dužniku novčanu činidbu u pravilu se neće moći poslužiti reivindikacijom jer se vraćanje generičnih stvari, uključujući i gotov novac, prema čl. 162. st. 2. ZV-a može njome zahtijevati, samo ako su one individualizirane u mjeri da se mogu opisati osobine po kojima se one razlikuju od drugih istovrsnih stvari,¹⁰⁰ a i inače se pravo vlasništva ne može imati na količini stvari istoga roda pa tako ni na nekoj novčanoj svoti.¹⁰¹ Gotov novac ne daje se *in specie* ni onda kada je predmet valjane obveze novčana činidba na predaju gotova novca. K tome, u suvremenom pravnom prometu predmet novčane činidbe redovito nije gotov novac, već je to novčana tražbina. Prijenos tražbine u hrvatskom pravu valjan je i u slučaju nevaljanosti osnovnoga pravnog posla koji je podloga toga prijenosa.¹⁰² Ako je jedna strana u ispunjenju nepostojeće obveze iz nevaljanog ugovora izvršila drugoj novčanu činidbu, time će doći do povećanja imovine druge strane, a kako za to povećanje nije postojao valjani pravni temelj, druga će se strana za primljeni iznos novca neopravdano obogatiti, odnosno taj će iznos novca steći bez osnove. Kako je riječ o generičkim stvarima i pravima, ovdje u pravilu otpada zahtjev za naturalnom restitucijom iz čl. 323. st. 1. ili čl. 332. st. 1. ZOO-a, no vjerovnik ima kondikijski zahtjev za vraćanjem stečenoga bez osnove iz čl. 1111. st. 1. ZOO-a.

Analiza objavljenih odluka iz sudske prakse u vezi s odredbom čl. 323. st. 1. ZOO-a, odnosno odredbom čl. 104. st. 1. ZOO/91, pokazuje da se veliki broj tih odluka odnosi na pitanje vraćanje gotova novca predanog u stranoj valuti kao valuti ispunjenja na temelju ugovora o zajmu koji je bio ništetan zbog protivnosti prisilnim propisima o deviznom poslovanju. Prema ustaljenom stajalištu VSRH-a, dužnik obveze naturalne restitucije obavezan je vratiti primljeni iznos novca upravo u stranoj valuti, a ne kunsku protuvrijednost primljenog iznosa.¹⁰³ Pravna književnost suglasna

100 Gavella, N., op. cit., str. 434. Usp.: Miladin, P., Odnos, str. 1090; Miladin, P., Markovinović, H., op. cit., str. 11.

101 Gavella, N., op. cit., str. 50 i 434-435; Slakoper, Z., Ugovor o zajmu, u: Slakoper, Z. (red.), Bukovac Puvača, M., Mihelčić, G. (ur.), Bankovni i financijski ugovori, Zagreb, Narodne novine, 2017., str. 531-532.

102 Vidi, osobito: Markovinović, H., Ugovor o cesiji, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2005., str. 52.

103 VSRH, Rev-x 93/15-2 od 16. prosinca 2015., Rev 2781/11-2 od 16. lipnja 2015., Rev 1809/11-2 od 10. veljače 2015., Rev 247/11-3 od 22. listopada 2014., Rev 2398/10-2 od 15. listopada 2014., Rev 965/09-2 od 7. listopada 2014., Rev-x 633/10-2 od 1. listopada 2014., Rev-x 474/10-2 od 21. svibnja 2013., Rev 933/09-2 od 23. travnja 2014., Rev-x 529/13-2 od 25. ožujka 2014., Rev 199/10-2 od 15. rujna 2011., Rev 729/06-2 od 29. studenoga 2007., Rev

je s tim stajalištem s obrazloženjem da bi vraćanjem kunske protuvrijednosti protivno deviznim propisima faktično bio omogućen prijenos strane valute koja bi ostala dužniku obveze naturalne restitucije.¹⁰⁴

5.1.2. Obveza novčane restitucije

Umjesto obveze naturalne restitucije iz prvog dijela odredaba čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a, prema drugom dijelu tih odredbi u dva će slučaja nevaljanost ugovora za posljedicu imati obvezu plaćanja „odgovarajuće novčane naknade“: (i) ako vraćanje nije moguće, te (ii) ako se narav onoga što je ispunjeno protivi vraćanju. Ovdje je riječ o tome da se obveza naturalne restitucije, zbog nemogućnosti njezina ispunjenja, *ex lege* preobražava u obvezu novčane restitucije. Vjerovnik obveze novčane restitucije ima obveznopravni zahtjev za vraćanjem novčane vrijednosti predmeta činidbi koje je izvršio u ispunjenju svoje pravno nepostojeće obveze iz nevaljanog ugovora, a taj je zahtjev funkcionalno istorodan, ali sekundaran u odnosu na primarni zahtjev za naturalnom restitucijom.¹⁰⁵ „Odgovarajuća novčana naknada“ nije naknada štete, već je nadoknada vrijednosti predmeta izvršenih činidbi čije vraćanje nije moguće te je u tom pogledu ona samo nadomjestak ekvivalentan vraćanju predmeta izvršenih činidbi *in natura*.¹⁰⁶

Ovdje nije riječ ni o naknadi vrijednosti postignute koristi u smislu čl. 1111. st. 1. ZOO-a.¹⁰⁷ Obvezama novčane restitucije iz čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a vraća se vrijednost predmeta ranije izvršenih činidbi, a obvezom iz čl. 1111. st. 1. ZOO-a vraća se vrijednost koristi koju je dužnik obveze restitucije kao kondicijski dužnik imao od njemu izvršenih činidbi. Naime, to što je vjerovnik obveze restitucije izvršio kakvu činidbu bez valjanoga pravnog temelja ne znači nužno da se time dužnik te obveze obogatio, odnosno da se time povećala njegova imovina. To je neprijeporna pretpostavka primjene instituta stjecanja bez osnove iz čl. 1111. st. 1. ZOO-a, neovisno o prijemcima u pravnoj književnosti glede ostalih pretpostavaka nastanka stjecanja bez osnove.¹⁰⁸ Zbog uređenja stjecanja prava vlasništva na temelju

299/07-2 od 18. travnja 2007., Rev 1347/01-2 od 5. listopada 2005., Rev 392/04-2 od 6. travnja 2005., Rev 853/02-2 od 15. rujna 2004., Rev 2579/00-2 od 17. ožujka 2004., Rev 1239/01-2 od 19. studenoga 2003., Rev 531/00-2 od 10. rujna 2003., Rev-1509/00-2 od 27. kolovoza 2003., Rev-188/02-2 od 22. srpnja 2003., Rev 3158/1999-2 od 16. srpnja 2003. i Rev-746/00-2 od 9. srpnja 2003.

104 Slakoper, Z., op. cit., str. 537.

105 Usp.: Miladin, P., Problem, str. 761.

106 Usp.: *ibid.*, str. 774; Miladin, P., Odnos, str. 1094.

107 Suprotno, u pravnoj se književnosti ističe da je vraćanje novčanog nadomjestka uređeno pravilima o neopravdanom obogaćenju pa da je u tom smislu obveza novčane restitucije iz čl. 323. st. 1. ZOO-a istorodna s obvezom vraćanja postignute koristi iz čl. 1111. st. 1. ZOO-a: *ibid.* Također se ističe da se u slučaju novčane restitucije radi o stjecanju bez osnove, ali da se na nju ne primjenjuje opće pravilo o stjecanju bez osnove iz čl. 210. ZOO/91 (danas čl. 1111. ZOO), već posebno pravilo iz čl. 104. st. 1. ZOO/91 (danas čl. 323. st. 1. ZOO-a): Tumbri, T., op. cit., str. 463.

108 Prijepori se odnose na pretpostavku umanjenja imovine na strani kondicijskog vjerovnika. Prema većinskom stajalištu pravne književnosti, osim povećanja imovine na strani kondicijskog dužnika, jedna je od pretpostavki nastanka obveznog odnosa stjecanja bez osnove umanjenje

pravnog posla na načelu kauzalne tradicije, ako je na temelju nevaljanog ugovora usmjerenog na prijenos prava vlasništva jedna strana predala drugoj neku stvar, druga time nije postala vlasnikom te stvari, ta stvar nije prešla u njezinu imovinu i ona se za tu stvar nije obogatila. Kako je ugovor nevaljan, tako je ona tu stvar obvezna vratiti prvoj strani, odnosno naknaditi joj njezinu vrijednost ako njezino vraćanje više nije moguće. Osim obveznopravnog zahtjeva za novčanom restitucijom, odnosno nadoknadom vrijednosti predmeta činiđbe izvršene bez pravnog temelja, vjerovniku obveze restitucije na raspolaganju je i kondikcijski zahtjev za vraćanjem koristi koje je dužnik imao od njemu izvršene činiđbe, ali obveznopravni zahtjev za novčanom restitucijom nije kondikcijski zahtjev za vraćanjem postignute koristi niti za vraćanjem vrijednosti postignute koristi.¹⁰⁹

Budući da je u čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a riječ o preobrazbi obveze naturalne restitucije *ex lege* u obvezu novčane restitucije, u pogledu nastanka obveze, irelevantnosti krivnje, savjesnosti i nesavjesnosti obje strane te zastare zahtjeva za restituciju vrijedi istovjetno što i za obvezu naturalne restitucije.¹¹⁰ Prema odredbama čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a, ekvivalentnost novčane i naturalne restitucije, odnosno odmjeravanje novčane vrijednosti predmeta izvršene činiđbe čije vraćanje *in natura* nije moguće, ravna se „prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke“.

imovine na strani kondikcijskog vjerovnika: Crnić, I., op. cit., str. 1991; Gorenc, V., op. cit., str. 1866; Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., str. 646. Prema suprotnom stajalištu, jedna je od pretpostavki nastanka toga obveznog odnosa obogaćenje na strani kondikcijskog dužnika, do kojeg može doći povećanjem njegove imovine i uštedom, odnosno neumanjenjem njegove imovine, ali pretpostavka nije i umanjeње imovine na strani kondikcijskog vjerovnika: Miladin, P., *Odnos*, str. 1098-1101; Miladin, P., Markovinović, H., op. cit., str. 8-10 i 16-17.

109 Analiza odluka iz sudske prakse pokazuje da se obveze naturalne restitucije i njima podredne obveze novčane restitucije iz čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a često pogrešno poistovjećuju s obvezama naknade štete iz čl. 323. st. 2. i čl. 332. st. 2. ZOO-a te s obvezom vraćanja postignute koristi iz čl. 1111. st. 1. ZOO-a. Tako, primjerice, i u: *ŽS Varaždin*, 24 Gž-777/15-3 od 25. travnja 2017. U tom se predmetu radilo o protutužbenom zahtjevu prodavatelja za isplatom naknade za korištenje motornog vozila za razdoblje u kojem je ono nakon sklapanja ništetnog ugovora o kupoprodaji bilo u posjedu kupca. Sud je, unatoč utvrđenju da je vozilo bilo vraćeno prodavatelju, o protutužbenom zahtjevu odlučivao primjenom dijela odredbe čl. 323. st. 1. ZOO-a o obvezi novčane restitucije. Primjeni te odredbe nije bilo mjesta jer je vraćanjem vozila prodavatelju otpao njegov zahtjev za naturalnom restitucijom, a time i podredni zahtjev za novčanom restitucijom. Primjena te odredbe bila bi opravdana da vraćanje vozila nije bilo moguće pa da je zbog toga protutužitelj ustao zahtjevom za nadoknadom vrijednosti vozila. Protutužbeni je zahtjev u tom predmetu bio kondikcijski zahtjev za vraćanjem koristi koju je protutuženik postignuo time što je vozilo bez valjanoga pravnog temelja bilo kroz izvjesno vrijeme u njegovom posjedu. Protutuženik se korištenjem vozila neopravdano obogatio uštedom, bez osnove je stekao korist u visini iznosa koje bi on inače bio morao platiti za korištenje vozila na valjanom pravnom temelju. Međutim, sud je iznos naknade za korištenje utvrdio kao iznos smanjenja vrijednosti vozila za vrijeme dok se ono nalazilo u posjedu protutuženika te je taj iznos dosudio protutužitelju. Time je sud odlučujući o kondikcijskom zahtjevu iz čl. 1111. st. 1. ZOO-a, a pogrešno primjenjujući odredbe čl. 323. st. 1. ZOO-a o obvezi novčane restitucije, zapravo nadoknadio štetu koju je protutužitelj pretrpio zbog ništetnosti ugovora, što od suda protutužbenim zahtjevom nije traženo, a pritom je o tome odlučio, a da nije ispitao postoje li pretpostavke odgovornosti za štetu iz čl. 323. st. 2. ZOO-a.

110 Vidi supra u poglavlju 5.1.1.

Pod „sudskom odlukom“ potrebno je razumjeti odluku kojom se odlučuje o zahtjevu za novčanom restitucijom, a ne odluku kojom je ugovor utvrđen ništetnim¹¹¹ ili je konstitutivno poništen.

Do preobrazbe obveze naturalne restitucije u obvezu novčane restitucije doći će, prema odredbama čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a, ako „vraćanje nije moguće“. Ako je vjerovnik obveze naturalne restitucije izvršio dužniku činidbu davanja koja za predmet ima stvar, ispunjenje te obveze bit će nemoguće ako je *species* potrošen ili je propao.¹¹² Ono će biti nemoguće i ako je dužnik tu stvar otuđio, a treći je u dobroj vjeri stekao,¹¹³ i ako je dužnik predmet njemu izvršene činidbe korjenito preinačio,¹¹⁴ i ako je stvar koja je predmet izvršene činidbe prirasla drugoj stvari.¹¹⁵

Do preobrazbe obveze naturalne restitucije u obvezu novčane restitucije doći će, prema odredbama čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a, i ako se „narav onoga što je ispunjeno protiv vraćanju“. Prema jednom od dva moguća tumačenja toga dijela tih odredbi, koja se međusobno nužno ne isključuju, riječ je o tome da je vraćanje predmeta izvršene činidbe načelno moguće, ali se predmet izvršene činidbe po svojoj prirodi protiv vraćanju. U pravnoj je književnosti argumentirano, primjerice, pod kojim se okolnostima poduzeće preneseno temeljem nevaljanog ugovora po svojoj pravnoj prirodi protiv vraćanju.¹¹⁶ Ako je ugovor ništetan zbog toga što je predmet izvršene činidbe nedopušten, iako je vraćanje faktički moguće, ne bi se mogao usvojiti zahtjev za naturalnom restitucijom onoga što je protivno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima ili moralu društva,¹¹⁷ no u tom slučaju nema mjesta ni novčanoj restituciji.

Drugo od mogućih tumačenja je da se obveza naturalne restitucije preobražava u obvezu novčane restitucije ako je vjerovnik obveze naturalne restitucije izvršio činidbu koja je takvog oblika da se predmet izvršene činidbe po svojoj prirodi protiv vraćanju. To su s jedne strane slučajevi u kojima je vjerovnik izvršio činidbu koja je po svojem obliku činidba činjenja koja za predmet ima rad, i to funkciju rada, a ne rezultat rada. S druge strane to su slučajevi u kojima je izvršena činidba koja je po svojem obliku činidba propuštanja ili činidba trpljenja. Upravo su činidbe ovih oblika one koje se redovito javljaju kao trajne činidbe u trajnim obveznim odnosima. Trajna je činidba ona koju je dužnik na temelju obveznopravnog odnosa dužan neprekidno, kontinuirano izvršavati. Obveza koja za predmet ima trajnu činidbu ne može prestati ispunjenjem jer je u njezinoj prirodi da se ona kontinuirano izvršava kroz izvjesno

111 Tako i: ŽS Zadar, 13 Gž-1150/18-2 od 9. studenoga 2018.

112 Usp.: Gorenc, V., op. cit., str. 520; Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., str. 151; Miladin, P., Problem, str. 749 i 762; Slakoper, Z., op. cit., str. 327; Tumbri, T., op. cit., str. 463.

113 Usp.: Miladin, P., Problem, str. 765; Tumbri, T., op. cit., str. 463. Vidi: ŽS Varaždin, Gž.797/07-2 od 15. siječnja 2008.; ŽS Zadar, 13 Gž-1150/18-2 od 9. studenoga 2018..

114 Vidi, u kontekstu vraćanja poduzeća stečenog bez osnove: Miladin, P., Problem, str. 770-771.

115 U pravnoj se književnosti ističe da bi se u tom slučaju radilo o nesvrhovitosti vraćanja, odnosno o tome da se zbog nerazmjerno velikih troškova rastavljanja narav ispunjenog protiv vraćanju, a kao primjer se navodi ugradnja tuđe opeke u zid i sl.: Gorenc, V., str. 520.; Slakoper, Z., op. cit., str. 327.

116 Miladin, P., Problem, str. 754-755 i 770.

117 Usp.: Radolović, A., op. cit., str. 121.

vrijeme, pa ona prestaje tek prestankom trajnog obveznog odnosa.¹¹⁸ Tako je trajna činidba predmet trajne obveze u trajnim obveznim odnosima koji se zasnivaju pojedinim tipovima trajnih ugovora s činidbom činjenja koja za predmet ima funkciju rada, a takvi su, primjerice, ugovor o radu, ugovor o ostavi, ugovor o uskladištenju, ugovor o službi i ugovor o skrbi o tuđem poslu ako on ima obilježja ugovora o službi.¹¹⁹ Ugovori o privremenom prepuštanju predmeta ugovora najmanje na uporabu su trajni ugovori kojima se zasnivaju trajni obvezni odnosi u kojima je karakteristična trajna obveza prepuštanja uporabe, odnosno ostavljanja na uporabu, a predmet je te trajne obveze trajna činidba koja ima oblik trpljenja.¹²⁰ U tu se skupinu trajnih ugovora ubrajaju, primjerice, ugovor o najmu, ugovor o zakupu, ugovor o *leasingu*, ugovor o licenciji, ugovor o posudbi, ugovor o zajmu i ugovor o *franchisingu*.¹²¹

Trajne činidbe koje imaju oblik činidbe činjenja s funkcijom rada kao predmetom činidbe, oblik trpljenja ili oblik propuštanja se po svojoj prirodi protive vraćanju, a često njihovo vraćanje nije ni moguće, no njihovu vrijednost u pravilu će biti moguće izraziti novčanim ekvivalentom. Upravo na ove činidbe smjeraju odredbe čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a kada govore o obvezi novčane restitucije ako se „narav onoga što je ispunjeno protiv vraćanju“. U prilog tomu gledištu govori i povijesno tumačenje tih odredaba ZOO-a. One su istovjetne odredbama čl. 104. st. 1. i čl. 113. st. 1. ZOO/78, a te odredbe ZOO/78, kao većina drugih, svoj izvor imaju u, tzv. Konstantinovićevoj skici.¹²² Naime, čl. 85. st. 1. Konstantinovićeve skice odnosi se na obvezu naturalne restitucije.¹²³ U čl. 85. st. 2. sadržana je odredba koja glasi: „U slučaju ugovora čije se izvršenje proteže kroz izvesno vreme, kao što je ugovor o zakupu, ili ugovor o radu, ili ugovor u udruženju, ako se priroda onog što je ispunjeno protiv vraćanju, druga strana dužna je dati odgovarajuću naknadu u novcu.“¹²⁴ Obvezu je novčane restitucije, dakle, Konstantinović predvidio kao ekvivalent obvezi naturalne restitucije upravo u slučaju nevaljanosti trajnih ugovora, odnosno za slučaj nemogućnosti ispunjenja obveze naturalne restitucije u vezi s izvršenim činidbama iz nevaljanih trajnih ugovora, koje se po svojoj prirodi protive vraćanju, a to su one činidbe koje imaju prirodu trajne činidbe i oblik činidbe rada, trpljenja ili propuštanja.¹²⁵

118 Tot, I., Pojam, str. 60.

119 *ibid.*, str. 65.

120 *ibid.*, str. 64.

121 *ibid.*, str. 64-65.

122 Konstantinović, M., *Obligacije i ugovori – Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu, 1969.

123 Čl. 85. st. 1. Konstantinovićeve skice glasi: „Ako je na osnovu apsolutno ništavog ili poništenog ugovora nešto bilo ispunjeno, ima se izvršiti povraćaj“.

124 *ibid.*, str. 37.

125 Bitno je napomenuti i da čl. 85. Konstantinovićeve skice nikako ne upućuju na primjenu pravila instituta stjecanja bez osnove, koji se naziva „neosnovanim obogaćenjem“, a čije uređenje započinje općim pravilom, sadržanim u čl. 168. st. 1., po kojemu se nitko ne može obogatiti bez osnove na tuđi račun (*ibid.*, str. 60). Štoviše, u pogledu obostrane restitucije čl. 85. st. 3. upućuje na pravila o ispunjenju sinalagmatičnih ugovora: „Povraćaj uzajamnih davanja vrši se po pravilima za izvršenje dvostranih ugovora.“ (*Ibid.*, str. 37.). Ovo upućivanje ukazuje da bi po Konstantinovićevoj koncepciji nevaljanosti ugovora zahtjevi za restitucijom mogli biti ugovorni zahtjevi, a obvezni odnos između strana nevaljanog ugovora mogao biti shvaćen

Stoga, primjerice, u slučaju nevaljanosti ugovora o službi, koji u hrvatskom pravu nije zakonom uređen kao poseban tip ugovora i koji je trajni ugovor kojim se zasniva trajni obvezni odnos s karakterističnom trajnom obvezom koja za predmet ima činidbu rada, služboprimac ne bi mogao zahtijevati naturalnu restituciju iz prvog dijela odredbi čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a, jer vraćanje izvjesno vrijeme obavljanog posla nije moguće *in natura*, ali bi mogao zahtijevati novčanu restituciju iz drugog dijela odredbi čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a.¹²⁶

U ugovorima o prepuštanju stvari na uporabu, kakav je primjerice ugovor o najmu, osim obveze predaje stvari u posjed koju najmodavac ispunjava jednokratnom činidbom davanja stvari, on ima i trajnu obvezu prepuštanja stvari na uporabu koja za predmet ima trajnu činidbu koja je po svojem obliku činidba trpljenja.¹²⁷ Ako je ugovor o najmu nevaljan, najmodavac ima zahtjev za naturalnom restitucijom iz prvog dijela odredbi čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a radi vraćanja stvari u svoj neposredni posjed, ali i zahtjev za novčanom restitucijom iz drugog dijela odredbi čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a radi nadoknade vrijednosti izvršene činidbe čije vraćanje nije moguće naturalnom restitucijom, a to je činidba trpljenja najmoprimčeve uporabe stvari kroz vrijeme dok se stvar nalazila u njegovom posjedu. O tom bi zahtjevu za novčanom restitucijom u slučaju spora sud trebao odlučiti, u skladu s odredbama čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a, „prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke“. Međutim, činidba trpljenja uporabe redovito nema tržišnu vrijednost. Naime, zahtjev za novčanom restitucijom najmodavčeve izvršene činidbe trpljenja uporabe nije isto što i kondikcijski zahtjev za naknadom koristi koje je najmoprimac imao od uporabe te stvari bez pravnoga temelja. Najmodavac ima i taj kondikcijski zahtjev prema najmoprimcu prema čl. 1111. st. 1. ZOO-a,¹²⁸ a iznos toga zahtjeva moguće je izračunati prema tržišnoj najamnini.¹²⁹ Najmoprimac s druge strane ima

ne kao zakonski obvezni odnos, već kao ugovorni odnos koji se preobrazio u likvidacijski odnos (vidi supra u tekstu rada u vezi s bilj. 91-94.). To bi se gledište teže moglo braniti u pogledu koncepcije nevaljanosti ugovora *de lege lata* u ZOO-u jer, za razliku od odredbe čl. 368. st. 3. ZOO-a o uzajamnim vraćanjima nakon raskida ugovora, odredbe čl. 323. i 332. ZOO-a ne sadrže takvo izričito upućivanje, a i prema prevladavajućem stajalištu u hrvatskom pravu teorija preobrazbe neopravdano se ne prihvaća ni u pogledu raskida ugovora, već se drži da raskidom ugovora ugovorne obveze prestaju s učinkom *ex tunc*. Suprotno gledište, prema kojemu se raskidom ugovora ugovorni odnos preobražava u likvidacijski odnos prihvaća se u ovom radu u tekstu u vezi s bilj. 91-94, a u pravnoj književnosti argumentirao ga je: Miladin, P., Odnos, str. 1094. Za pregled prevladavajućih stajališta hrvatskoga prava o *ex tunc* učincima raskida ugovora vidi: Tot, I., Prestanak, str. 1173. Za pregled stajališta švicarskog i njemačkog prava u kojima je teorija preobrazbe glede raskida ugovora prihvaćena, kao i austrijskog prava u kojemu u tom pogledu, kao i u hrvatskom pravu, prevladava teorija o otpadanju pravnog temelja, vidi: *ibid.*, str. 1176. Međutim, mjesta argumentaciji za stajalište o likvidacijskom odnosu među stranama nevaljanog ugovora, a posebno stranama pobjoynog ugovora, ima i u okvirima ZOO-a *de lege lata*, no to se ostavlja za daljnja istraživanja.

126 Slično, vidi: VTSRH, XLVI Pž-2276/08-3 od 15. travnja 2008., dostupna na: Ius-Info, 19. siječnja 2019.

127 Usp.: Tot, I., Pojam, str. 60; Tot, I., Prestanak, str. 1179.

128 Usp.: Miladin, P., Markovinović, H., op. cit., str. 12.

129 Usp.: *ibid.*, str. 25. Vidi i: Bukovac Puvača, M., Mihelčić, G., Pitanje naknade za učinjena ulaganja i vraćanje danog kod zakupa poslovnog prostora i najma stana, u: Slakoper, Z. (ur.),

prema najmodavcu najmanje kondikcijski zahtjev za vraćanjem plaćenih najamnina. K tome, i brojni drugi različiti restitucijski i kondikcijski zahtjevi mogu nastati za obje strane zbog ispunjavanja različitih sporednih obveza tijekom trajanja najamnog odnosa kao trajnog obveznog odnosa. Upravo se zbog pravnih situacija kao što je ova iz navedenog primjera u poredbenom pravu ističe postojanje poteškoća u povratnom odvijanju trajnih obveznih odnosa, koje prema poredbenopravnim stajalištima opravdavaju ograničenje učinka nevaljanosti trajnih ugovora na učinak *ex nunc*.

5.2. Ograničenje učinka nevaljanosti trajnog ugovora u hrvatskom pravu

Rasprava o potrebi ograničenja učinka nevaljanosti trajnog ugovora na *ex nunc* učinak nije se za sada povela u hrvatskoj pravnoj književnosti, a u sudskoj se praksi nije znatnije problematičnim pokazalo povratno odvijanje trajnih obveznih odnosa zasnovanih nevaljanim trajnim ugovorima. Razlog tomu nije što u hrvatskom pravu, za razliku od poredbenoga, ne bi postojale poteškoće s povratnim odvijanjem trajnih obveznih odnosa, već u tome što se zahtjevi za novčanom restitucijom iz čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a i kondikcijski zahtjevi s osnova instituta neopravdanog obogaćenja u slučajevima ništetnosti i poništaja trajnih ugovora iz razloga pobožnosti u praksi gotovo i ne postavljaju.¹³⁰ Notorno je da sud odlučuje u granicama zahtjeva stavljenih u postupku te da o zahtjevima za naturalnom i novčanom restitucijom i o zahtjevima za naknadom vrijednosti postignute koristi u postupcima koji se vode radi utvrđenja ništetnosti ugovora ili radi poništenja pobojnog ugovora ne može odlučivati ako oni nisu tužbom postavljeni. Uz činjenicu da ZOO, kao i poredbenopravni uzori, uređuje sve obvezne odnose promatrajući ih kroz prizmu odnosa koji su upravljani

Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014., str. 154-156.

130 Tako barem proizlazi iz analize objavljene i dostupne sudske prakse u vezi s primjenom odredaba čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a u slučajevima koji su se odnosili na nevaljanost trajnih ugovora, a koja je provedena u istraživanju u ovom radu. Tako je, primjerice, u jednom predmetu zbog prijave zakupnika poništen ugovor o zakupu poslovnog prostora te je zakupniku naloženo vratiti poslovni prostor u posjed zakupodavca, no u tom predmetu zakupodavac kao tužitelj, osim zahtjeva za naturalnom restitucijom usmjerenog na vraćanje poslovnog prostora u neposredni posjed, nije istaknuo nikakav drugi zahtjev za novčanom restitucijom niti zahtjev s osnove neopravdanog obogaćenja zakupnika, a ni zakupnik nije istaknuo protutužbeni kondikcijski zahtjev za vraćanjem zakupnina plaćenih na temelju poništenog ugovora o zakupu: VSRH, Rev 1794/01-2 od 19. siječnja 2005. U jednom je predmetu usvojen tužbeni zahtjev za utvrđenjem ništetnosti ugovora o dosmrtnom uzdržavanju, no tužitelj nije u postupku istaknuo nikakav zahtjev za restitucijom: VSRH, Rev 24/07-2 od 4. travnja 2007. Slično tomu, u jednom je predmetu usvojen tužbeni zahtjev za utvrđenjem ništetnosti ugovora o zakupu hotela, no u postupku nisu istaknuti nikakvi drugi tužbeni ni protutužbeni zahtjevi: VSRH, Revt 68/07-2 od 24. listopada 2007. U jednom je predmetu utvrđeno da je ugovor o osiguranju imovine ništetan jer je u trenutku sklapanja ugovora osigurani slučaj već bio u nastupanju pa je sud odbio tužbeni zahtjev ugovaratelja osiguranja za isplatom osigurnine. U drugome je utvrđeno da je ugovor o osiguranju života ništetan jer je u trenutku sklapanja ugovora već nastao osigurani slučaj pa je odbio tužbeni zahtjev ugovaratelja osiguranja za isplatom osigurnine, no drugi moguće osnovani tužbeni i protutužbeni zahtjevi u tim predmetima nisu bili istaknuti: VSRH, Rev 26/09-2 od 21. srpnja 2010. i Rev-x 133/11-2 od 8. svibnja 2012.

na jednokratnu razmjenu činidbi, a često i kroz prizmu samo ugovora o kupoprodaji, zbog čega posebnosti trajnih ugovora i trajnih obveznih odnosa naprosto promiču, vjerojatni uzrok neisticanju osnovanih zahtjeva u pravnoj praksi su i normativni deficiti zakonskog uređenja stjecanja bez osnove zbog kojih adresatima ZOO-a nije ni poznata široka lepeza kondikcijskih zahtjeva koji im stoje na raspolaganju.¹³¹ Od pomoći adresatima ZOO-a u razjašnjenju obveznog odnosa među stranama ništetnog ili poništenog trajnog ugovora ponekad nije ni sudska praksa u kojoj se ponegdje pronalaze i teško shvatljive odluke.¹³²

Kako bi se dao odgovor na pitanje je li u hrvatskom pravu moguće i opravdano prihvatiti poredbenopravno učenje o ograničenju učinka nevaljanosti trajnog ugovora na učinak *ex nunc* kao opće pravilo primjenjivo za sve trajne ugovore, najprije je potrebno raspraviti to pitanje na razini pojedinih tipova trajnih ugovora za koje se i u poredbenom pravu prihvaća ograničenje učinka nevaljanosti ugovora na djelovanje *ex nunc*.

Radni je odnos trajni obvezni odnos,¹³³ a ugovor o radu je trajni ugovor. Zakon o radu¹³⁴ ne sadrži odredbu koja bi sadržajno odgovarala odredbi čl. 320. st. 3. OR-a, prema kojoj je učinak nevaljanosti ugovora o radu u švicarskom pravu ograničen na učinak *ex nunc*. Put prihvaćanju učenja o ograničenju učinka nevaljanosti ugovora o radu ne otvara ni odredba čl. 14. st. 2. ZR-a, prema kojoj propust ugovornih strana da sklope ugovor o radu u pisanom obliku „ne utječe na postojanje i valjanost toga ugovora“. U toj odredbi nije riječ o pravnoj fikciji da ugovor o radu postoji, već je riječ o tome da je ugovor o radu valjan i ako nije sklopljen u propisanom obliku iz čl. 14. st. 1. ZR-a.¹³⁵ Također, stajalište je sudske prakse da se, tzv. faktični rad, kao što je to rad kod poslodavca, a da je ugovor o radu sklopljen makar konkludentno ili rad kod poslodavca nakon prestanka prethodnoga radnog odnosa bez sklopljenog novog ugovora o radu, ne može samo po obavljanju poslova za poslodavca smatrati radnim odnosom, posebno ako ne postoje i drugi elementi radnog odnosa.¹³⁶ U pravnoj se

131 O brojnim mogućim načinima neopravdanog obogaćenja te činidbenim i nečinidbenim kondikcijama koje stoje na raspolaganju kondikcijskom vjerovniku i u hrvatskom pravu *de lege lata* vidi: Miladin, P., Markovinović, H., op. cit., str. 5-30.

132 Tako je u jednom predmetu u kojemu je utvrđena ništetnost ugovora o kreditu, s pozivanjem na odredbe čl. 104. st. 1. ZOO/91 o obvezi naturalne restitucije, bilo naloženo banci kao tuženiku i protužitelju da korisniku kredita kao tužitelju i protutuženiku vrati iznose koje je primila na ime otplate glavnice kredita, a pritom je zbog proteka općeg zastarnog roka bio i odbijen protutužbeni zahtjev banke za vraćanjem iznosa glavnice kredita stavljenog na raspolaganje korisniku kredita. Vidi više u: VTSRH, 66. Pž-7359/13-3 od 16. prosinca 2015.

133 Tako i: VSRH, Revr 106/08-2 od 2. travnja 2008. i Revr 533/05-2 od 9. veljače 2006.; ŽS Varaždin, Gž.274/07-2 od 17. travnja 2007.

134 Zakon o radu, NN, br. 93/14. i 127/17. (dalje: ZR).

135 Prema stajalištima sudske prakse, ta se odredba odnosi na slučaj kada ugovor o radu postoji, samo nije sklopljen u propisanom pisanom obliku, a ne i na slučaj kada ugovor o radu ne postoji: VSRH, Revr 1105/14-2 od 30. lipnja 2015., Revr 100/13-2 od 9. rujna 2014., Revr 660/08-2 od 22. travnja 2009., Revr 659/08-2 od 14. siječnja 2009., Revr 638/08-2 od 14. siječnja 2009., Revr 225/08-2 od 13. kolovoza 2008., Revr 354/08-2 od 23. srpnja 2008. i Revr 770/06-2 od 10. siječnja 2007.; ŽS Split, Gž R-619/2018-2 od 8. studenoga 2018.

136 VSRH, Revr 1328/14-2 od 26. svibnja 2015., Revr 193/14-2 od 5. studenoga 2014., Revr 642/08-2 od 25. ožujka 2009., Revr-251/02-2 od 23. siječnja 2003., Revr-126/02-2 od 24.

književnosti drži da je element koji određuje bit radnog odnosa ovisni rad radnika, tj. rad po uputama i pod nadzorom poslodavca, odnosno podređenost radnika poslodavcu zbog koje radnik kao slabija strana i uživa radnopravnu zaštitu.¹³⁷ Prema odlukama iz sudske prakse u vezi, s tzv. faktičnim radom, i tzv. faktični radnik ima pravo na naknadu za obavljeni posao, ali ne temeljem ugovora o radu jer ugovor o radu nije sklopljen i radni odnos nije zasnovan. Međutim, ovdje se ne radi o primjeni učenja o faktičnim ugovornim odnosima, koje je prihvaćeno u švicarskom pravu te na kojemu je i utemeljena odredba čl. 320. st. 3. OR-a, a prema kojemu se fingira da je ugovor valjan, iako on nije valjan ili nije ni sklopljen. U slučajevima, tzv. faktičnog rada prije je riječ o tome da je između, tzv. faktičnog rada i poslodavca sklopljen ugovor o djelu ili ugovor o službi. Prema tome, za primjenu učenja o ograničenju učinka nevaljanosti trajnog ugovora na nevaljanost ugovora o radu u hrvatskom pravu ne postoji uporište ni u odredbama ZR-a ni u učenju o faktičnim ugovornim odnosima koje se ni inače ne primjenjuje u hrvatskom pravu. Međutim, opravdani razlozi za ograničenje učinka nevaljanosti ugovora o radu u hrvatskom pravu na učinak *ex nunc* postoje i oni su istovjetni kao i u poredbenom pravu. Tiču se specifičnog odnosa podređenosti radnika poslodavcu i posebne potrebe socijalne zaštite zbog koje ne bi bilo opravdano dopustiti povratno odvijanje radnog odnosa koji se već nalazi u stadiju odvijanja u vrijeme utvrđenja ništetnosti ili poništenja ugovora o radu zbog razloga pobjonosti. *De lege lata* bi se do ograničenja učinka nevaljanosti ugovora o radu na učinak *ex nunc* moglo doći teleološkom redukcijom odredaba čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a i tumačenjem odredbe čl. 116. st. 1. ZR-a na način da se razlozi ništetnosti i pobjonosti uzimaju kao „druge osobito važne činjenice“ zbog kojih nastavak radnog odnosa nije moguć, tj. da se oni uzimaju kao opravdani razlozi za izvanredni otkaz ugovora o radu.

Razlozi za ograničenje učinka nevaljanosti ugovora kojime se osniva društvo u hrvatskom pravu istovjetni su razlozima zbog kojih se učinak nevaljanosti takvih ugovora ograničuje na djelovanje *ex nunc* u poredbenom pravu. Tiču se ponajprije činjenice da neovisno o nevaljanosti ugovora o osnivanju društva ono faktično postoji i sudjeluje u pravnom prometu pa se javlja i potreba zaštite vjerovnika društva i ostalih trećih osoba koji sudjeluju u prometu s povjerenjem u postojanje društva. Donekle istovjetni rezultat, kao i ograničenjem učinka nevaljanosti ugovora o osnivanju društva, postiže se primjenom učenja o društvu s nedostatkom, koje je razvijeno u njemačkom pravu, a prihvaćeno je i u švicarskom te austrijskom pravu. Ono je prihvaćeno i u hrvatskom pravu društava te je odgovarajuće rješenje po uzoru na to učenje sadržano u propisima kojima se uređuju pojedina društva pravne osobe, u odredbama prema kojima je pravomoćna odluka suda o tome da je upis društva u odgovarajući registar bio nezakonit istaknuta kao jedan od razloga za prestanak društva.¹³⁸ Društva pravne

svibnja 2002., Rev-1806/01-2 od 22. svibnja 2002. i Rev 1951/1997-2 od 3. prosinca 1997. Vidi i: ŽS Varaždin, Gž.413/10-2 od 3. svibnja 2010. i Gž. 378/09-2 od 7. travnja 2009., dostupne na: Ius-Info, 19. siječnja 2019.

137 Senčur Peček, D., Laleta, S., Ugovor o radu i ugovor o djelu: područje primjene radnog zakonodavstva, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 39, 1/2018, str. 418.

138 Usp.: za javno trgovačko društvo, čl. 97. st. 3. Zakona o trgovačkim društvima (NN, br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 125/11., 152/11., 111/12., 68/13. i

osobe prestaju tek brisanjem iz odgovarajućeg registra pa nevaljanost ugovora o osnivanju društva upisanog u odgovarajući registar nema *ex tunc* učinak u pogledu temeljnog namjeravanog učinka takvog ugovora, a taj je nastanak društva pravne osobe.¹³⁹ Također, i mimo odredaba koje su u hrvatskom pravu odraz učenja o društvu s nedostatkom opravdano je i moguće teleološkom redukcijom odredaba čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a ograničiti učinak nevaljanosti ugovora o osnivanju društva na *ex nunc* učinak, posebno s obzirom na to da su oni po svojoj pravnoj prirodi posebni organizacijski ugovori na koje se i ne mogu primijeniti sva pravila koja vrijede za obveznopravne ugovore.

Društvo, no ne i društvo pravna osoba, nastaje i ugovorom o ortaštvu i ugovorom o tajnom društvu. Oni su trajni ugovori obveznog prava kojima se zasnivaju trajni obvezni odnosi,¹⁴⁰ no oni su po svojoj pravnoj prirodi ujedno i organizacijski ugovori.¹⁴¹ Zbog te njihove dvojake pravne prirode, jednako kao i za ugovore o osnivanju društva pravne osobe, opravdano je teleološkom redukcijom odredaba čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a ograničiti učinak nevaljanosti ugovora o ortaštvu i ugovora o tajnom društvu na djelovanje *ex nunc*. Ovdje se, slično kao i kod ugovora o radu, može uzeti da se razlozi nevaljanosti ugovora pretvaraju u važne razloge za izvanredni otkaz ugovora o ortaštvu iz čl. 652. st. 3. ZOO-a, odnosno ugovora o tajnom društvu iz čl. 155. st. 2. ZTD-a, što je rješenje koje je za te ugovore i ranije bilo predloženo u pravnoj književnosti.¹⁴²

Ograničenje učinka nevaljanosti trajnih ugovora na učinak *ex nunc* nije potpuna nepoznanica hrvatskom pravu. Prema odredbi čl. 932. st. 1. ZOO-a, osiguratelj ima pravo zahtijevati poništaj ugovor o osiguranju zbog prijevare pri sklapanju ugovora o osiguranju, a poništenje ugovora o osiguranju iz toga razloga pobojnosti ima učinak *ex nunc*. Prema odredbi čl. 932. st. 2. ZOO-a, u slučaju poništenja ugovora o osiguranju zbog prijevare pri sklapanju ugovora o osiguranju, osiguratelj ima pravo zadržati i naplatiti premije za razdoblje do dana podnošenja zahtjeva za poništenje ugovora, ali je obvezan plaćati osigurninu ako do toga dana nastupi osigurani slučaj. Istovjetan *ex nunc* učinak ima i poništenje ugovora o osiguranju zbog prijevarnog nadosiguranja, prema odredbama čl. 956. st. 1. i 2. ZOO-a.¹⁴³ Iz tih se odredaba ZOO-a, međutim, ne bi moglo izvesti opće pravilo prema kojemu bi učinak poništenja trajnog

110/15.; dalje: ZTD); za komanditno društvo, čl. 132. u vezi s čl. 97. st. 3. ZTD-a; za dioničko društvo, čl. 367. st. 1. t. 3. ZTD-a; za društvo s ograničenom odgovornošću, uključujući i jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću, čl. 466. st. 1. t. 5. ZTD-a; za gospodarsko interesno udruženje, čl. 585. st. 2. u vezi s čl. 97. st. 3. ZTD-a; za zadrugu, čl. 43. st. 1. t. 2. Zakona o zadrugama (NN, br. 34/11., 125/13., 76/14. i 114/18.); za udruhu sa svojstvom pravne osobe, čl. 48. st. 1. t. 4. Zakona o udrugama (NN, br. 74/14. i 70/17.); za ustanovu, čl. 71. t. 1. Zakona o ustanovama (NN, br. 76/93., 29/97., 47/99. i 35/08.).

139 Vidi o tome i o učenju o društvu s nedostatkom u: Barbić, J., *Pravo društava - Knjiga prva - Opći dio*, Zagreb, Organizator, 2008., str. 142-146.

140 Tot, I., *Pojam*, str. 60; Tot, I., *Prestanak*, str. 1190.

141 Barbić, J., *Društveni ugovor kao posao na kojem se temelji društvo*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, 1-2/2012, str. 478-479 i 490-491.

142 Barbić, J., *Pravo*, str. 146.

143 O odredbama čl. 932. i čl. 956. ZOO-a vidi: Belanić, L., u: Gorenc, V., *op. cit.*, str. 1506-1508 i 1558-1559. Vidi i: ŽS Rijeka, Gž-2212/2017 od 4. travnja 2018.

ugovora zbog prijevare bio ograničen na djelovanje *ex nunc* pa takvo pravilo općom analogijom primijeniti i na sve druge trajne obvezne odnose. *Ratio* ograničenja učinka poništaja ugovora o osiguranju zbog prijevare je u tome što osiguratelj u ugovorima o osiguranju ima trajnu obvezu pripravnosti na činidbu isplate osigurnine koja ima oblik trpljenja.¹⁴⁴ Ta se trajna obveza ne bi mogla jednostavno izraziti objektivnim novčanim ekvivalentom, pa bi u slučaju *ex tunc* učinka poništenja ugovora na njegov vlastiti zahtjev, zbog poteškoća s postavljanjem zahtjeva za novčanom restitucijom, osiguratelj neopravdano bio zakinut za naknadu za tu izvršavanu trajnu činidbu. Nasuprot tomu, kod poništenja ugovora zbog prijevare u ostalim tipovima trajnih ugovora, *ex nunc* učinak poništenja ugovora imao bi za posljedicu honoriranje prijevornog postupanja jedne od strana.

Opće se pravilo o ograničenju učinka nevaljanosti svih trajnih ugovora na djelovanje *ex nunc* ne bi moglo prihvatiti za hrvatsko pravo *de lege lata*. Stajalište o takvom općem pravilu nema uporišta u odredbama ZOO-a jer, osim iznimke u vezi s *ex nunc* poništajem ugovora o osiguranju, ne postoje druge posebne odredbe kojima bi se ograničenje učinka nevaljanosti ugovora predviđalo za pojedine trajne obvezne odnose. Nije moguće iz znatnijeg brojega pojedinačnih pravila izvesti opće pravilo o ograničenju učinka nevaljanosti trajnih ugovora jer ni nema takvih pojedinačnih pravila kojima bi se ograničavao učinak nevaljanosti pojedinih trajnih ugovora. U hrvatskom obveznom pravu ne postoji niti jedna pravna norma usporediva s odredbom čl. 320. st. 3. OR-a, da bi se takva pravna norma mogla uopćiti i primijeniti analogijom na sve trajne ugovore. Učenje o faktičnim ugovornim odnosima nije ranije primjenjivano u hrvatskom pravu. Ono je opterećeno manjkavostima zbog kojih je u njemačkom pravu u potpunosti napušteno, dok je u švicarskom pravu izloženo brojnim kritikama. Stoga ga ne bi bilo svrhovito uvoditi u hrvatsko pravo samo kako bi se opravdalo ograničenje učinka nevaljanosti trajnih ugovora.

Postojanje brojnih poteškoća s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa zasnovanog ništetnim trajnim ugovorom i trajnim ugovorom koji je poništen iz razloga pobojnosti je načelno i za hrvatsko pravo prihvatljiv argument za ograničenje učinka nevaljanosti trajnih ugovora u kojima se započelo s ispunjavanjem trajne obveze, odnosno koji se već nalaze u stadiju odvijanja prije isticanja nevaljanosti. Do tih poteškoća može doći zbog moguće kumulacije različitih zahtjeva koji svi proistječu iz iste činjenične osnove, izvršenja dužne činidbe u ispunjenju pravno nepostojeće obveze iz nišetnog ili poništenog trajnog ugovora, i to: vlasničkog zahtjeva, obveznopravnog zahtjeva za naturalnom restitucijom, obveznopravnog zahtjeva za novčanom restitucijom, kondikcijskog zahtjeva za vraćanjem koristi stečene bez osnove, kondikcijskog zahtjeva za vraćanjem vrijednosti koristi stečene bez osnove, različitih drugih kondikcijskih zahtjeva zbog neopravdanog obogaćenja, zahtjeva za naknadom štete, te zahtjeva za kamatama i drugih sporednih zahtjeva. Zbog specifičnosti trajnih obveznih odnosa koja se očituje u tome što su oni upravljani na trajnije obvezivanje, a ne na razmjenu jednokratnih činidbi, povratno odvijanje trajnog obveznog odnosa je sve teže što taj odnos duže traje. U trajnim obveznim odnosima kontinuirano se izvršavaju i sporedne činidbe, a za svaku od

144 Tot, I., *Prestanak*, str. 66.

njih bi moglo doći do isticanja navedenih različitih zahtjeva. Često će biti teško pa i nemoguće utvrditi vrijednost izvršenih činidbi koje imaju oblik činidbe rada, trpljenja i propuštanja. Poteškoće s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa mogu nastati ne samo u vezi s nevaljanošću trajnog ugovora u kojemu tipična trajna obveza za predmet ima trajnu činidbu, već i ako tipična trajna obveza za predmet ima uzastopno ponavljanje izvršavanja jednokratnih činidbi davanja, primjerice u ugovorima s trajnom isporukom.¹⁴⁵ Međutim, u okvirima hrvatske pravne stvarnosti, u kojoj se, čini se, problem poteškoća s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa nije znatnije realizirao jer stranke u sudskim postupcima ni ne ističu veći dio zahtjeva koji im moguće osnovano pripadaju, hipotetska mogućnost značajnih poteškoća s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa ne može se uzeti kao opravdan argument za modifikaciju učinka općeg privatnopravnog instituta kakav je institut nevaljanosti ugovora, barem ne u smislu da se pozivanjem na taj argument uspostavi opće pravilo o *ex nunc* učinku nevaljanosti ugovora koje bi se primjenjivalo na sve tipove trajnih ugovora.

Ograničenje učinka nevaljanosti trajnih ugovora na djelovanje *ex nunc* u hrvatskom je pravu moguće i opravdano prihvatiti u pogledu nevaljanosti ugovora o radu i nevaljanosti ugovora o osnivanju društva. Razlog tomu je jer ovdje postoji specifičan odnos međuovisnosti ugovornih strana te naglašenija potreba socijalne zaštite i povjerenja u pravni promet. Takvi, a ni usporedivi razlozi ne postoje u pogledu svih tipova trajnih ugovora pa se ni pozivanjem na takve pravopolitičke razloge ne bi moglo konstruirati opće pravilo o *ex nunc* učinku nevaljanosti svih trajnih ugovora. Takvi bi se razlozi mogli, međutim, istaknuti i kao argument za ograničenje učinka nevaljanosti pojedinih drugih tipova trajnih ugovora, kao što je to, primjerice, ugovor o najmu stana ili ugovor o doživotnom uzdržavanju.

To što za hrvatsko pravo nije prihvatljivo opće pravilo o *ex nunc* učinku nevaljanosti trajnog ugovora ne znači i da se sud u konkretnom predmetu ne bi mogao, ako bi to okolnosti konkretnog slučaja opravdavale, pozvati na neki od pravopolitičkih argumenata ili na argument brojnih poteškoća s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa, pa teleološkom redukcijom odredaba čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a u konkretnom slučaju ograničiti učinak nevaljanosti trajnog ugovora na djelovanje *ex nunc*. Teleološkom redukcijom kao metodom tumačenja prava sud se može poslužiti uvijek kad bi doslovna primjena pravnoga pravila polučila nepravično rješenje konkretnog slučaja.

U primjeni teleološke redukcije moglo bi se uzeti da se određeni razlog nevaljanosti ugovora, a posebno ako je riječ o razlozima pobjonosti, pojavio kao važan razlog za izvanredni otkaz ugovora koji djeluje samo *pro futuro*. Naime, istovjetno kao i u švicarskom, austrijskom i njemačkom pravu, i u hrvatskom pravu *de lege lata* vrijedi pravilo da svaki trajni obvezni odnos, neovisno o tome je li zasnovan na neodređeno ili na određeno vrijeme, može na izvanredan način prestati

¹⁴⁵ Za pojam ugovora s trajnom isporukom i razgraničenje tog ugovora od ugovora s uzastopnim ili sukcesivnim isporukama te od ugovora s ispunjenjem obveze isporuke u dijelovima vidi: *ibid.*, str. 60-63.

izvanrednim otkazom iz važnog razloga.¹⁴⁶ Ovisno o okolnostima konkretnog slučaja, povratno odvijanje trajnog obveznog odnosa moglo bi se odbiti i s obrazloženjem da je, s obzirom na izvjesno duže vrijeme u kojemu su strane nevaljanog trajnog ugovora ispunjavale obveze, pozivanje na *ex tunc* učinak nevaljanosti protivno načelu savjesnosti i poštenja te načelu zabrane zlouporabe prava. Kao i u poredbenom pravu, valjalo bi svakako prihvatiti stajalište da, unatoč svim drugim mogućim argumentima u prilog ograničenju učinka nevaljanosti trajnog ugovora, nikako nije prihvatljivo ograničiti učinak nevaljanosti trajnog ugovora na djelovanje *ex nunc*, ako je razlog nevaljanosti osobito bitna povreda pravnog poretka, kao što je to, samo primjerice, protivnost sadržaja ugovora moralu društva.

6. ZAKLJUČAK

Istraživanje je stajališta hrvatskom pravu usporednih pravnih poredaka švicarskog, austrijskog i njemačkog prava o ograničenju učinka nevaljanosti trajnih ugovora na djelovanje *ex nunc* pokazalo da je učenje o ograničenju učinka nevaljanosti trajnih ugovora najplodnije tlo pronašlo u švicarskom pravu. U austrijskom se pravu od prvotnoga prihvaćanja tog učenja kao općeg pravila ono dalje razvija u smjeru sužavanja njegove primjene na sve ograničeniji broj slučajeva. U njemačkom pravu to učenje nije prihvaćeno kao opće za sve tipove trajnih ugovora, ali se iz pravopolitičkih razloga primjenjuje na pojedine tipove trajnih ugovora. Razlike u opsegu prihvaćanja tog učenja između švicarskog i austrijskog prava s jedne strane te njemačkog prava s druge vjerojatno su posljedica različitoga koncepta stjecanja prava vlasništva temeljem pravnog posla. U švicarskom i austrijskom pravu zbog prihvaćanja načela kauzalne tradicije, iz istoga činjeničnog stanja, izvršenja dužne činidbe u ispunjenju pravno nepostojeće obveze preuzete nevaljanim trajnim ugovorom, može proizaći više različitih zahtjeva pa zbog toga dolazi i do znatnih poteškoća s povratnim odvijanjem trajnog obveznog odnosa. U njemačkom je pravu zbog prihvaćanja načela apstraktne tradicije povratno odvijanje trajnog obveznog odnosa bez većih poteškoća moguće provesti primjenom isključivo pravila o neopravdanom obogaćenju. Učenje o ograničenju učinka nevaljanosti trajnih ugovora najšire je prihvaćeno u švicarskom pravu jer uporište za primjenu tog učenja postoji u zakonskom tekstu, u odredbi čl. 320. st. 3. OR-a, koju se bez većih dogmatskih poteškoća moglo uopćiti i analogijom primijeniti na sve trajne obvezne odnose, a osim toga je i učenje o faktičnim ugovornim odnosima objeručke prihvatio BGE. U austrijskom pravu, u kojem nema čvrstog uporišta za učenje o ograničenju učinka nevaljanosti trajnih ugovora u odredbama ABGB-a, prvotno olako u sudskoj praksi OGH-a prihvaćen je stav o prihvatljivosti tog učenja na razini općeg pravnog pravila primjenjivog za sve tipove poboynih trajnih ugovora i sve razloge poboynosti, postupno je sužavan i u pogledu tipova trajnih ugovora na koje se to pravilo može primijeniti i u pogledu razloga poboynosti u

146 Za hrvatsko pravo *de lege lata* to proizlazi izvođenjem općeg pravila iz posebnih zakonskih odredaba kojima je za pojedine trajne obvezne odnose predviđeno pravo na otkaz iz važnih razloga općenito te onih kojima su konkretizirani važni razlozi za otkaz pojedinih trajnih obveznih odnosa. Vidi o tome: Tot, I., Prestanak, str. 1187-1196.

odnosu na koje je to učenje prihvatljivo. Važna okolnost, koja je vjerojatno utjecala na razvijanje tog učenja u suprotnim smjerovima u švicarskom i austrijskom pravu, jest i što se u austrijskom pravu pobojni pravni posao, prema još uvijek prevladavajućem stajalištu austrijskog prava, u pravilu pobija konstitutivnom tužbom i poništava konstitutivnom presudom, dok se u švicarskom pravu, kao i u njemačkom pravu, on pobija jednostranim preobražajnim očitovanjem volje. Stajalište austrijskog prava o primjenjivosti učenja o ograničenju učinka nevaljanosti trajnih ugovora u slučaju ništetnosti trajnog ugovora nije sasvim izvjesno, no čini se da se austrijsko pravo opire protezanju tog učenja na ništetnost trajnog ugovora. O tome se može zaključiti iz okolnosti da to učenje nije više prihvaćeno ni u pogledu težih razloga pobojnosti trajnog ugovora, kao što su to prijevara i prijetnja, a poništaj trajnog ugovora s učinkom *ex nunc* ne može se zahtijevati ni u svim slučajevima pobojnosti ugovora zbog bitne zablude.

Istraživanje stajališta hrvatskoga prava o pravnim posljedicama nevaljanosti trajnih ugovora zasebno i u vezi s rezultatima poredbenopravne metode dovodi do zaključka da za hrvatsko pravo nije prihvatljivo stajalište prema kojemu bi glede nevaljanosti trajnih ugovora kao opće pravilo vrijedilo ono o ograničenju učinka nevaljanosti trajnih ugovora na djelovanje *ex nunc*. Međutim, učenje o ograničenju učinka nevaljanosti trajnog ugovora opravdano je, iz pravнополитичких razloga, i moguće prihvatiti kao pravilo za *ex nunc* učinak nevaljanosti pojedinih tipova trajnih ugovora, kao što je to ugovor o radu i ugovor o osnivanju društva, ali i kao iznimku od općeg učinka nevaljanosti ugovora u konkretnim slučajevima u kojima bi primjena te iznimke dovela do pravičnijeg rješenja. I za jedno i za drugo je *de lege lata* moguće poslužiti se teleološkom redukcijom odredaba čl. 323. st. 1. i čl. 332. st. 1. ZOO-a.

LITERATURA

A. Knjige

1. Bamberger, Heing Georg, Roth, Herbert, Hau, Wolfgang, Poseck, Roman (ur.), Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, München, C. H. Beck, 2017.
2. Barbić, Jakša, Pravo društava - Knjiga prva - Opći dio, Zagreb, Organizator, 2008.
3. Barta, Heinz (ur.), Zivilrecht - Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, Wien, Facultas Verlags- und Buchhandels, 2004.
4. Binder, Andreas, Geiser, Thomas, Roberto, Vito, Einführung ins Privatrecht, St. Gallen, Universität St. Gallen, 2008.
5. Blank, Hubert, Börstinghaus, Ulf P., Miete - Das gesamte BGB-Mietrecht - Kommentar, München, C. H. Beck, 2008.
6. Boemke, Burkhard, Ulrici, Bernhard, BGB Allgemeiner Teil, Berlin - Heidelberg, Springer, 2014.
7. Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988.
8. Bydlinski, Peter, Bürgerliches Recht - Band I - Allgemeiner Teil, Wien - New York, Springer, 2007.
9. Crnić, Ivica, Zakon o obveznim odnosima - Opsežna sudska praksa, napomene i komentari, detaljno abecedno kazalo pojmova, Zagreb, Organizator, 2016.
10. Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - Zweiter Band - Das Rechtsgeschäft, Berlin - Heidelberg, Springer, 1992.

11. Gauch, Peter, Schlupe, Walter R., Schmid, Jörg, Rey, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil - Band I, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.
12. Gavella, Nikola (red.), Stvarno pravo, Zagreb, Informator, 1998.
13. Gorenc, Vilim (red.), Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, Narodne novine, 2014.
14. Gschnitzer, Franz, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Wien, Springer Verlag, 1966.
15. Honsell, Heinrich, Vogt, Nedim P., Wiegand, Wolfgang (ur.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Obligationenrecht I - Art. 1-529 OR, Basel - Genf - München, Helbing & Lichtenhahn, 2003.
16. Hromadka, Wolfgang, Maschmann, Frank, Arbeitsrecht - Band 1 - Individualarbeitsrecht, Berlin - Heidelberg, Springer, 2015.
17. Kiel, Heinrich, Lunk, Stefan, Oetker, Hartmut (red.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht - Individualarbeitsrecht I, München, C. H. Beck, 2018.
18. Klarić, Petar, Vedriš, Martin, Gradansko pravo, Zagreb, Narodne novine, 2009.
19. Kletečka, Andreas, Schauer, Martin (ur.), ABGB-ON - Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2010.
20. Konstantinović, Mihailo, Obligacije i ugovori – Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu, 1969.
21. Koziol, Helmut, Bydlinski, Peter, Bollenberger, Raimund (ur.), Kurzkommentar zum ABGB, Wien - New York, Springer, 2010.
22. Koziol, Helmut, Welser, Rudolf, Kletečka, Andreas, Grundriss des bürgerlichen Rechts - Band I - Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014.
23. Larenz, Karl, Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin - Heidelberg, Springer, 1995.
24. Marhold, Franz, Friedrich, Michael, Österreichisches Arbeitsrecht, Wien - New York, Springer, 2012.
25. Markovinović, Hrvoje, Ugovor o cesiji, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2005.
26. Oetker, Hartmut i Maultzsch, Felix, Vertragliche Schuldverhältnisse, Berlin - Heidelberg - New York, Springer, 2013.
27. Palandt, Otto (red.), Palandt - Bürgerliches Gesetzbuch, München, C. H. Beck, 2003.
28. Rolfs, Christian, Giesen, Richard, Kreikebohm, Ralf, Udsching, Peter (red.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, München, C. H. Beck, 2018.
29. Schaub, Günter (red.), Arbeitsrechts-Handbuch, München, C. H. Beck, 2017.
30. Schubert, Claudia (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, München, C. H. Beck, 2018.
31. Schulze, Reiner (red.), Bürgerliches Gesetzbuch - Handkommentar, Baden-Baden, Nomos, 2019.
32. Schwenzler, Ingebort, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, Bern, Stämpfli Verlag, 2003.
33. Schwimann, Michael (ur.), ABGB Taschenkommentar, Wien, LexisNexis Verlag, 2013.
34. Slakoper, Zvonimir, Gorenc, Vilim, Bukovac Puvača, Maja, Obvezno pravo - Opći dio - Sklapanje, promjene i prestanak ugovora, Zagreb, Novi informator, 2009.
35. Stürner, Rolf (red.), Jauernig - Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, München, C. H. Beck, 2018.
36. Zeres, Thomas, Bürgerliches Recht, Berlin - Heidelberg, Springer, 2010.

B. Članci i poglavlja u knjizi

1. Barbić, Jakša, Društveni ugovor kao posao na kojem se temelji društvo, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, 1-2/2012, str. 475-534.
2. Bukovac Puvača, Maja, Mihelčić, Gabrijela, Pitanje naknade za učinjena ulaganja i vraćanje danog kod zakupa poslovnog prostora i najma stana, u: Slakoper, Zvonimir (ur.), *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014., str. 131-156.
3. Held, Henrik-Riko, Neki problemi suvremenog uređenja stjecanja bez osnove, *Hrvatska pravna revija*, vol. 15, 12/2015, str. 13-18.
4. Honsell, Heinrich, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. 130, 2/2011, str. 5-115.
5. Kramer, Ernst. A., Der Einfluß des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 200, 3-4/2000, str. 365-400.
6. Miladin, Petar, Odnos kondikcijskog i drugih srodnih imovinskopravnih zahtjeva, u: Uzelac, Alen, Garašić, Jasna i Maganić, Aleksandra (ur.), *Djelotovna pravna zaštita u pravičnom postupku - Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe - Liber amicorum Mihajlo Dika*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 1083-1105.
7. Miladin, Petar, Problem vraćanja poduzeća stečenog na temelju ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 61, 2/2011, str. 743-784.
8. Miladin, Petar, Markovinović, Hrvoje, Obogaćenje kao pretpostavka neopravdanog obogaćenja (stjecanja bez osnove), *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 68, 1/2018, str. 5-30.
9. Nikšić, Saša, Imovina u građanskom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, 5-6/2012, str. 1599-1633.
10. Nikšić, Saša, Pravna sredstva za pobijanje nevaljanih pravnih poslova - ostvarivanje preobražajnog prava ili konstitutivna tužba?, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 65, 3-4/2015, str. 361-386.
11. Radolović, Aldo, Nevaljanost pravnih poslova, u: Baretić, M., et al., *Novi Zakon o obveznim odnosima - Najznačajnije izmjene - Novi instituti*, Zagreb, Inženjerski biro, 2005., str. 88-130.
12. Richardi, Reinhard, Dienstvertrag, u: Martinek, Michael (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2010., str. 685-732.
13. Senčur Peček, Darja, Laleta, Sandra, Ugovor o radu i ugovor o djelu: područje primjene radnog zakonodavstva, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 39, 1/2018, str. 411-456.
14. Slakoper, Zvonimir, Ugovor o zajmu, u: Slakoper, Zvonimir (red.), Bukovac Puvača, Maja, Mihelčić, Gabrijela (ur.), *Bankovni i financijski ugovori*, Zagreb, Narodne novine, 2017., str. 528-564.
15. Schiemann, Gottfried, Das Rechtsgeschäft, u: Martinek, Michael (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2010., str. 43-122.
16. Schwenzer, Ingeborg, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, u: Schwenzer, I. (ur.), *Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert: Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Peter Schlechtriem*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999., str. 59-88.
17. Tot, Ivan, Pojam trajnog obveznog odnosa, *Pravni vjesnik*, vol. 34, 2/2018, str. 57-72.
18. Tot, Ivan, Prestanak trajnih obveznih odnosa, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 39, 3/2018, str. 1171-1206.

19. Tumbri, Tanja, Restitucija kao posljedica ništavosti ugovora, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 46, 5/1996, str. 455-471.
20. Weller, Marc-Philippe, Der Mietvertrag als enfant terrible der Privatrechtsdogmatik?, Juristen Zeitung, vol. 67, 18/2012, str. 881-891.
21. Wiegand, Wolfgang, Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, u: Tercier, Pierre i dr. (ur.), Gauchs Welt - Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich, Schulthess, 2004., str. 709-722.

C. Propisi

1. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, JGS br. 946/1811., s posljednjom izmjenom od 22. prosinca 2018., BGBl I br. 100/18.
2. *Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*, AS 27 317, s posljednjom izmjenom od 1. travnja 2017., AS 2017 2077
3. *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002*, BGBl I br. 2/02., s posljednjom izmjenom od 12. srpnja 2018., BGBl I br. 26/18.
4. Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15. i 29/18.
5. Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01.
6. Zakon o obveznim odnosima, Sl. l. SFRJ, br. 29/78., 39/85. i 57/89.
7. Zakon o radu, NN, br. 93/14. i 127/17.
8. Zakon o trgovačkim društvima, NN, br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 125/11., 152/11., 111/12., 68/13. i 110/15.
9. Zakona o udrugama, NN, br. 74/14. i 70/17.
10. Zakona o ustanovama, NN, br. 76/93., 29/97., 47/99. i 35/08.
11. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 143/12. i 152/14.
12. Zakon o zadrugama, NN, br. 34/11., 125/13., 76/14. i 114/18.

D. Sudska praksa

Hrvatska, Republika

1. Vrhovni sud Republike Hrvatske (VSRH), Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (VTSRH), županijski sud (ŽS).
2. Sve odluke dostupne na: VSRH, Portal sudske prakse, <<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/>>, 19. siječnja 2019
3. VSRH, Rev 1951/1997-2 od 3. prosinca 1997.
4. VSRH, Rev 514/1996-2 od 17. veljače 2000.
5. VSRH, Rev-1806/01-2 od 22. svibnja 2002.
6. VSRH, Revr-126/02-2 od 24. svibnja 2002.
7. VSRH, Rev-2257/1997-2 od 18. lipnja 2002.
8. VSRH, Revr-251/02-2 od 23. siječnja 2003.
9. VSRH, Rev-746/00-2 od 9. srpnja 2003.
10. VSRH, Rev 3158/1999-2 od 16. srpnja 2003.
11. VSRH, Rev-188/02-2 od 22. srpnja 2003.
12. VSRH, Rev-1509/00-2 od 27. kolovoza 2003.
13. VSRH, Rev 531/00-2 od 10. rujna 2003..
14. VSRH, Rev 1239/01-2 od 19. studenoga 2003.
15. VSRH, Rev 2579/00-2 od 17. ožujka 2004.
16. VSRH, Rev 853/02-2 od 15. rujna 2004.
17. VSRH, Rev 1794/01-2 od 19. siječnja 2005.
18. VSRH, Rev 392/04-2 od 6. travnja 2005.

19. VSRH, Rev 1347/01-2 od 5. listopada 2005.
20. VSRH, Rev 282/05-2 od 16. studenoga 2005.
21. VSRH, Rev 1794/01-2 od 19. siječnja 2005.
22. VSRH, Revr 533/05-2 od 9. veljače 2006.
23. VSRH, Rev 141/06-2 od 22. veljače 2006.
24. VSRH, Revr 770/06-2 od 10. siječnja 2007.
25. VSRH, Rev 24/07-2 od 4. travnja 2007.
26. VSRH, Rev 898/05-2 od 11. travnja 2007.
27. VSRH, Rev 299/07-2 od 18. travnja 2007.
28. VSRH, Revt 68/07-2 od 24. listopada 2007.
29. VSRH, Rev 729/06-2 od 29. studenoga 2007.
30. VSRH, Rev 1040/07-2 od 10. siječnja 2008.
31. VSRH, Revr 106/08-2 od 2. travnja 2008.
32. VSRH, Rev 354/08-2 od 23. srpnja 2008.
33. VSRH, Revr 225/08-2 od 13. kolovoza 2008.
34. VSRH, Revr 659/08-2 od 14. siječnja 2009.
35. VSRH, Revr 638/08-2 od 14. siječnja 2009.
36. VSRH, Revr 642/08-2 od 25. ožujka 2009.
37. VSRH, Revr 660/08-2 od 22. travnja 2009.
38. VSRH, Rev 26/09-2 od 21. srpnja 2010.
39. VSRH, Rev 589/10-2 od 26. listopada 2010.
40. VSRH, Rev 199/10-2 od 15. rujna 2011.
41. VSRH, Rev-x 133/11-2 od 8. svibnja 2012.
42. VSRH, Rev-x 808/11-2 od 12. rujna 2012.
43. VSRH, Rev-x 474/10-2 od 21. svibnja 2013.
44. VSRH, Rev-x 183/11-2 od 16. listopada 2013.
45. VSRH, Rev 369/10-2 od 18. ožujka 2014.
46. VSRH, Rev-x 529/13-2 od 25. ožujka 2014.
47. VSRH, Rev 933/09-2 od 23. travnja 2014.
48. VSRH, Revr 100/13-2 od 9. rujna 2014.
49. VSRH, Rev-x 633/10-2 od 1. listopada 2014.
50. VSRH, Rev 965/09-2 od 7. listopada 2014.
51. VSRH, Rev 2398/10-2 od 15. listopada 2014.
52. VSRH, Rev 247/11-3 od 22. listopada 2014.
53. VSRH, Revr 193/14-2 od 5. studenoga 2014.
54. VSRH, Rev 1809/11-2 od 10. veljače 2015.
55. VSRH, Rev 1666/11 od 6. svibnja 2015.
56. VSRH, Revr 1328/14-2 od 26. svibnja 2015.
57. VSRH, Rev 2781/11-2 od 16. lipnja 2015.
58. VSRH, Rev-x 511/12-2 od 28. travnja 2015.
59. VSRH, Revr 1105/14-2 od 30. lipnja 2015.
60. VSRH, Rev 1626/15-3 od 18. studenoga 2015.
61. VSRH, Rev-x 93/15-2 od 16. prosinca 2015.
62. VSRH, Rev-x 126/16-2 od 8. veljače 2017..
63. VTSRH, XLVI Pž-2276/08-3 od 15. travnja 2008., dostupna na: Portal Ius-Info, <<http://www.iusinfo.hr/>>, 19. siječnja 2019.
64. VTSRH, 66. Pž-7359/13-3 od 16. prosinca 2015.
65. ŽS Rijeka, Gž-2212/2017 od 4. travnja 2018.
66. ŽS Split, Gž-1565/17-2 od 6. srpnja 2017.
67. ŽS Split, Gž-281/2017-2 od 1. veljače 2018.
68. ŽS Split, Gž-943/2018-2 od 19. travnja 2018.
69. ŽS Split, Gž R-619/2018-2 od 8. studenoga 2018.

70. ŽS Varaždin, Gž.274/07-2 od 17. travnja 2007.
71. ŽS Varaždin, Gž.797/07-2 od 15. siječnja 2008.
72. ŽS Varaždin, Gž.851/08-2 od 2. lipnja 2008.
73. ŽS Varaždin, Gž.1428/08-2 od 8. prosinca 2008.
74. ŽS Varaždin, Gž.378/09-2 od 7. travnja 2009., dostupna na: Portal Ius-Info, <<http://www.iusinfo.hr/>>, 19. siječnja 2019.
75. ŽS Varaždin, Gž.413/10-2 od 3. svibnja 2010.
76. ŽS Varaždin, 24 Gž-777/15-3 od 25. travnja 2017.
77. ŽS Zadar, 13 Gž-1150/18-2 od 9. studenoga 2018.

Njemačka, Savezna Republika

1. Bundesarbeitsgericht (BAG), Bundesgerichtshof (BGH), Oberlandesgericht (OLG), Landesgericht (LG). Sve odluke dostupne na: Jurion - Das Rechtsportal, <<https://www.jurion.de/>>, 19. siječnja 2019.
2. BAG, 1 AZR 189/57 od 15. studenoga 1957.
3. BAG, 2 AZR 145/67 od 18. travnja 1968.
4. BAG, 5 AZR 512/71 od 7. lipnja 1972.
5. BAG, 2 AZR 228/80 od 16. rujna 1982.
6. BAG, 7 AZR 34/83 od 29. kolovoza 1984.
7. BAG, 2 AZR 754/97 od 3. prosinca 1998.
8. BAG, 5 AZR 592/03 od 3. studenoga 2004.
9. BGH, II ZR 18/51 od 24. listopada 1951.
10. BGH, II ZR 167/53 od 12. svibnja 1954.
11. BGH, II ZR 82/70 od 14. prosinca 1972.
12. BGH, II ZR 127/74 od 11. ožujka 1976.
13. BGH, XII ZR 67/06 od 6. kolovoza 2008.,
14. BGH, XI ZR 252/08 od 10. studenoga 2009.
15. BGH, XII ZR 192/08 od 11. kolovoza 2010.
16. BGH, XII ZR 123/09 od 11. kolovoza 2010.
17. Kammergericht Berlin, 8 U 223/08 od 28. svibnja 2009., dostupno na: Judicialis Rechtsprechung, <<https://www.judicialis.de/>>, 19. siječnja 2019.
18. LG Hamburg, 316 S 104/10 od 20. rujna 2011., dostupno na: Judicialis Rechtsprechung, <<https://www.judicialis.de/>>, 19. siječnja 2019.
19. LG Freiburg, 3 S 98/18 od 12. listopada 2018., dostupno na: Judicialis Rechtsprechung, <<https://www.judicialis.de/>>, 19. siječnja 2019.
20. OLG Brandenburg, 3 U 5/03 od 11. studenoga 2009., dostupno na: OpenJur - die freie juristische Datenbank, <<https://openjur.de/>>, 19. siječnja 2019.
21. OLG Hamburg, 4 U 8/12 od 17. kolovoza 2012., dostupno na: OpenJur - die freie juristische Datenbank, <<https://openjur.de/>>, 19. siječnja 2019.

Republika Austrija

1. Oberster Gerichtshof (OGH). Sve odluke dostupne na: Bundeskanzleramt - Rechtsinformationssystem - Justiz, <<https://www.ris.bka.gv.at/>>, 19. siječnja 2019.
2. OGH, 4 Ob 138/62 od 27. studenoga 1962.
3. OGH, 4 Ob 57/68 od 5. studenoga 1968.
4. OGH, 1 Ob 62/71 od 13. svibnja 1971.
5. OGH, 8 Ob 276/71 od 16. studenoga 1971.
6. OGH, 7 Ob 533/82 od 15. lipnja 1982.
7. OGH, 7 Ob 689/82 od 27. siječnja 1983.
8. OGH, 4 Ob 76/82 od 26. travnja 1983.
9. OGH, 4 Ob 67/83 od 25. rujna 1984..
10. OGH, 4 Ob 141/84 od 28. siječnja 1986.

11. OGH, 1 Ob 650/88 od 11. listopada 1988.
12. OGH, 1 Ob 27/89 od 15. studenoga 1989.
13. OGH, 6 Ob 691/89 od 18. siječnja 1990.
14. OGH, 3 Ob 516/90 od 13. lipnja 1990.
15. OGH, 1 Ob 685/90 od 18. rujna 1991.
16. OGH, 8 Ob 644/91 od 10. rujna 1992.
17. OGH, 8 Ob 12/93 od 16. rujna 1993.
18. OGH, 7 Ob 515/95 od 27. siječnja 1995.
19. OGH, 2 Ob 511/95 od 23. veljače 1995.
20. OGH, 5 Ob 508/95 od 14. ožujka 1995.
21. OGH, 8 Ob 39/95 od 8. veljače 1996.
22. OGH, 5 Ob 2267/96k od 8. listopada 1996.
23. OGH, 1 Ob 2169/96v od 26. studenoga 1996.
24. OGH, 2 Ob 131/97x od 26. lipnja 1997.
25. OGH, 8 Ob S315/97z od 13. siječnja 1998.
26. OGH, 6 Ob 81/99a od 28. svibnja 1999.
27. OGH, 4 Ob 233/00v od 24. listopada 2000.
28. OGH, 6 Ob 257/08z od 17. prosinca 2008.
29. OGH, 6 Ob 69/08b od 2. srpnja 2009.
30. OGH, 7 Ob 77/10i od 30. ožujka 2011..
31. OGH, 5 Ob 193/17v od 20. studenoga 2017.
32. OGH, 1 Ob 122/18z od 26. rujna 2018.

Švicarska Konfederacija

1. Bundesgericht (BGE). Sve odluke dostupne na: Bundesgericht Rechtsprechung, <<https://www.bger.ch/index.htm>>, 19. siječnja 2019.
2. BGE, 110 II 244 od 5. rujna 1984.
3. BGE, 129 III 320 od 21. veljače 2003.
4. BGE, 132 III 242 od 23. studenoga 2005.
5. BGE, 134 III 438 od 12. lipnja 2008.
6. BGE, 137 III 243 od 3. svibnja 2011.

Ivan Tot*

Summary

LEGAL CONSEQUENCES OF THE INVALIDITY OF CONTINUING CONTRACTS

The invalidity of contract in Croatian law, as well as in Swiss, Austrian, and German law, in principle has *ex tunc* effect. One of the legal consequences of the invalidity of contract is the obligation of restitution that arises when one of the parties provides the other with an act of performance in fulfilment of an obligation under an invalid contract, while the rules on unjustified enrichment are also to be applied to the obligation relationship between the parties. According to a legal standpoint found in Swiss, Austrian, and German law, in relation to continuing contracts, in cases where the provision of a continuing obligation has already begun, the effect of invalidity of a contract is to be limited to effect only from now on. Under this view, invalidity of a continuing contract, that is a contract under which a continuous obligation relationship is established between the parties, has *ex nunc* effect, therefore there is no unwinding of the continuous obligation relationship. This standpoint of Swiss, Austrian, and German law, as well as the various theoretical foundations on which it is based is analysed in the paper. The legal consequences of invalidity of contract under Croatian law are discussed, especially in relation to the obligation of restitution. The paper examines whether it is possible and necessary under Croatian law *de lege lata* to apply the comparative law doctrine on the limitation of the effect of invalidity of continuing contracts.

Keywords: *continuous obligation relationship; continuing contract; invalidity of contract; obligation of restitution.*

Zusammenfassung

RECHTSFOLGEN DER UNGÜLTIGKEIT EINES DAUERHAFTEN VERTRAGS

Im kroatischen sowie auch im schweizerischen, österreichischen und deutschem Recht hat Vertragsungültigkeit Wirkungen *ex tunc*. Eine der Rechtsfolgen der Vertragsungültigkeit ist die Restitutionspflicht, die entsteht, wenn eine der Vertragsparteien der anderen Vertragspartei eine Leistung aus dem ungültigen Vertrag

* Ivan Tot, Ph.D., postdoctoral researcher, University of Zagreb, Faculty of Economics, itot@net.efzg.hr.

erbringt, wobei auf das schuldrechtliche Verhältnis zwischen den Vertragsparteien eines ungültigen Vertrags die Regeln über die Rückgabe des Erlangten ohne rechtlichen Grund, beziehungsweise die Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung, angewendet werden. Im schweizerischen, österreichischen und deutschen Recht gilt die Ansicht, dass in dauerhaften Schuldverhältnissen, bei denen die Erfüllung einer dauerhaften Verpflichtung schon zu Stande gekommen ist, die Wirkung der Vertragsungültigkeit ausschließlich für die Zukunft beschränkt wird. Dieser Ansicht nach tritt die Ungültigkeit eines dauerhaften Vertrags, beziehungsweise des Vertrags, durch den ein dauerhaftes Schuldverhältnis gegründet wurde, *ex nunc* ein, so dass es zur Rückabwicklung des dauerhaften Schuldverhältnisses nicht kommt. Der Beitrag analysiert diese Ansichten des schweizerischen, österreichischen und deutschen Rechts sowie auch die theoretischen Grundlagen, auf denen sie sich stützen. Es werden auch die Rechtsfolgen der Vertragsungültigkeit im kroatischen Recht, insbesondere die Restitutionspflicht, besprochen. Es wird geprüft, ob man auch im Rahmen des kroatischen Rechts die rechtsvergleichende Lösung über die Beschränkung der Ungültigkeit eines dauerhaften Vertrags möglicherweise *de lege lata* anwenden könnte oder sollte.

Schlüsselwörter: *dauerhaftes Schuldverhältnis; dauerhafter Vertrag; Vertragsungültigkeit; Restitutionspflicht.*

Riassunto

LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DELL'INVALIDITA' DEL CONTRATTO DI DURATA

L'invalidità del contratto nel diritto croato, come anche nel diritto svizzero, austriaco e tedesco, in via di principio produce effetti *ex tunc*. Una delle conseguenze giuridiche dell'invalidità del contratto è costituita dall'obbligazione di restituzione che sorge se una delle parti ha adempiuto alla prestazione nei confronti dell'altra parte a soddisfacimento dell'obbligazione che ha fonte nel contratto invalido, allorquando al rapporto obbligatorio tra le parti del contratto invalido si applichino anche le regole della restituzione a seguito di acquisto senza titolo, ossia le regole dell'istituto dell'arricchimento senza causa. Nei diritti svizzero, austriaco e tedesco si rinvengono orientamenti secondo i quali nei rapporti obbligatori di durata nei quali sia iniziato l'adempimento della prestazione di durata sarebbe necessario limitare gli effetti dell'invalidità del contratto, riferendola soltanto al futuro. Secondo tali orientamenti l'invalidità del contratto di durata, o meglio del contratto che è fonte di un rapporto obbligatorio di durata esplica effetti *ex nunc*. Nel lavoro si disaminano tali orientamenti nei diritti svizzero, austriaco e tedesco, come anche le basi teoriche sulle quali si fondano. Si discute delle conseguenze giuridiche dell'invalidità del contratto nel diritto croato ed in particolare dell'obbligo di restituzione. Si pone

altresì l'interrogativo se nel quadro normativo croato sia immaginabile ed opportuno *de lege lata* adottare tali soluzioni comparate circa la possibile limitazione degli effetti dell'invalidità del contratto di durata.

Parole chiave: *rapporto obbligatorio di durata; contratto di durata; invalidità del contratto; obbligo di restituzione.*

GRAĐANSKOPРАВNA ODGOVORNOST ZA POVREDU MEDICINSKOG STANDARDA I PRATEĆI EKONOMSKI UČINCI

Dr. sc. Hrvoje Vojković*

UDK: 347.426

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.3>

Ur.: 3. travnja 2019.

Pr.: 28. lipnja 2019.

Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu je analiziran građanskopravni aspekt povrede medicinskog standarda tijekom pružanja usluge medicinskog postupanja te se ukazalo na različite pojavne oblike liječničke pogreške. Uobičajeni je modus povrede medicinskog standarda liječnička pogreška, koja se neovisno o tipološkim značajkama očituje, in genere, u postupanju liječnika, protivno pravilima zdravstvene struke te njenim moralnim i etičkim načelima, odnosno kao postupanje u neskladu s provjerenim standardima suvremene medicinske znanosti. U okviru provedenog istraživanja utvrđen je conceptum pravno relevantnoga medicinskog standarda na temelju imaginarnog modela ponašanja liječnika u okviru medicinskoga tretmana in concreto. Pritom se kao relevantan pravni standard uzima pažnja dobroga gospodarstvenika i dobroga stručnjaka, a njegovo pridržavanje smanjuje rizik od suboptimalnog tretmana koji bi bio suprotan pravilima medicinske profesije - contra legis artis. Primjena pravila dužne pažnje, odnosno, odštetnopravni sustav sa svojim pravnim i ekonomskim implikacijama, in ultima linea, dovodi do toga da mogući štetnik (liječnik/zdravstvena ustanova) medicinsku uslugu nastoji obavljati u režimu standarda optimalne skrbi, budući da pravni sustav navedeni standard medicinskog postupanja izjednačuje s ekonomskom kategorijom optimalne skrbi za pacijenta.

Ključne riječi: građanskopravna odgovornost liječnika; dužna pažnja liječnika; pažnja dobroga gospodarstvenika; povreda standarda medicinskog tretmana; liječnička pogreška; ekonomika zdravstvenih ustanova.

* Dr. sc. Hrvoje Vojković, Gras Savoye Croatia d.d., Willis Towers Watson group, hvojkovic@gmail.com

1. PRAVNI OGLED NA FENOMENOLOGIJU LIJEČNIČKIH POGREŠKI S PRATEĆIM EKONOMSKIM UČINCIMA

Primjena građanskopravnog standarda dužne pažnje liječnika, a napose u korelaciji sa pratećim ekonomskih učincima, postala je s vremenom sve intrigantnija tema, a povećanje interesa u javnosti može se pripisati prelijevanju vanjskih trendova. Uvodno valja ustvrditi da medicina nije statična znanost te da medicinsko postupanje nije moguće potpuno standardizirati s obzirom na permanentni znanstveni napredak koji uvjetuje određene modifikacije dijagnostičkih i terapijskih postupaka. Sukladno inherentnom dinamizmu medicinske znanosti, isprva valja konstatirati da pružanje zdravstvene usluge nosi određeni rizik koji može rezultirati u ozbiljenju neželjenih posljedica medicinskog tretmana s obilježjima liječničke pogreške ili pak povrede prava na suodlučivanje (*informirani pristanak*). U dijelu pravne znanosti ukazuje se na fenomen *denuncijacije i/ili parničjenja* kad se smatra da postoji odstupanje od zahtijevanog medicinskog standarda¹ te se navodi podatak da je u proteklom desetljeću zabilježen porast od preko 50 %. Tako prema *Specijalnom Eurobarometru o medicinskim pogreškama* oko 80 % građana EU-a percipira medicinske pogreške kao glavno pitanje, a oko 50 % smatra da će biti osobno oštećeni zbog povrede medicinskog standarda. Indikativan je podatak da su posljedice liječničkih pogreški osmi uzrok smrti u SAD-u. Nešto starije, ali uvijek ilustrativno istraživanje u dvije zdravstvene ustanove u SAD-u (1999.), pokazalo je da čak 2,9 %, odnosno 3,9 % bolesnika trpi povredu zdravlja što je u kauzalnoj vezi sa provedenim medicinskim tretmanom, dok u Danskoj taj postotak iznosi visokih 9 %, u Francuskoj 8,9 %, a u Velikoj Britaniji 11 %.² Međunarodna literatura upućuje na trend “povećanja sklonosti traženja odštete”, a pacijenti sve češće izražavaju prigovore na rad liječnika te se otkrivaju ozbiljne povrede pravila medicinske struke koje su trebale biti unutarnjim kontrolama ranije uočene i otklonjene, ali ne upućuju nužno i na nisko povjerenje pacijenata u liječnike.³ Pravna i ekonomska književnost govore o pravoj „industriji liječničke odgovornosti“ koja u SAD-u producira kumulativni godišnji izdatak po različitim osnovama od 17 do 29 USD milijardi godišnje, prema izvješću američkoga *Institute of Medicine*. Ističe se podatak da su posljedice liječničkih pogreški u SAD-u pretekle štete izazvane prometnim nezgodama te godišnje oštećuju više od 1,5 milijuna američkih pacijenata.⁴ Istovjetni se trendovi zamjećuju u Velikoj Britaniji koja bilježi znatan kontinuirani porast odštetopravnih postupaka kojih je 1978. godine bilo tek

- 1 Ferrara, S. D., Boscolo-Berto., R., Viel, G. (ur.), *Malpractice and Medical Liability*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2013., str. 5.
- 2 Prema Škavić, J., Zečević, D., *Komplikacija i greška – sudskomedicinski pristup*, u: *Građanskopravna odgovornost u medicini: okrugli stol održan 27. 2. 2008. u HAZU* (ur. Barbić, J.), Zagreb, HAZU, 2008., str. 23.
- 3 Budak, J., *Ocjena pacijenata o kvaliteti rada zdravstvenog osoblja*, u: Vehovec, M. (ur.), *O zdravstvu iz ekonomske perspektive*, Zagreb, Ekonomski Institut, 2014., str. 275-276.
- 4 Arlen, J., *Economic Analysis of Medical Malpractice Liability and its Reform*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 398, 2013, str. 59, <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.828.1313&rep=rep1&type=pdf>>, 5. ožujka 2019.; Arlen, J., *Contracting over Liability: Medical Malpractice and the Cost of Choice*, Philadelphia, University of Pennsylvania Law Review, vol. 158, 4/2010, str. 957-1023.

otprilike 500 u odnosu na čak 7000 od 1990. do 1991. s daljnjim eksponencijalnim trendovima u današnje vrijeme.⁵ Slična je situacija i u Italiji te se izvještava o 50 % povećanju broja parnica radi popravljivanja štete zbog liječničke pogreške u vremenu od 1980. do 1986. s evidentiranim dodatnim porastom od 90 % u 1987.⁶ U Italiji se na godišnjoj razini pokreće otprilike 15.000 odštetnopravnih postupaka zbog šteta prouzročenih liječničkom pogreškom, a zdravstvene ustanove na ime odštete pacijentima isplaćuju ukupni iznos od čak oko 10 milijardi eura.⁷

Nasuprot opisanoj situaciji, u Hrvatskoj fenomenologija liječničkih pogreški još uvijek nije kolektivno legitimirana kao važna tema u krugu pravne i ekonomske znanosti. Hrvatsku znanstvenu stvarnost karakterizira nedostatak relevantnih istraživanja, dok se javnost tek sporadično bavi nekim drastičnim slučajevima liječničkih pogreški (npr. *Maškarin*) s natruhama “senzacionalizma”, a što sve upućuje na opću imperfektnost pravno-ekonomskog mehanizma zaštite prava pacijenata zbog povrede standarda medicinskoga tretmana. Međutim, slabe strane modela pravne zaštite ipak se ne bi mogle pripisati niti pravnoj insuficijenciji niti inerciji pravosudnog sustava, već prije određenim nediferenciranim nepravim i neekonomskim čimbenicima uvjetovanim kolektivnom psihologijom i sustavom vrijednosti, u okolnostima kada liječnička profesija još uvijek uživa visoki stupanj javnog odobravanja i poštovanja. Neovisno o tome treba napomenuti da pozitivno pravo RH *explicite* normira načelo učinkovitosti i djelotvornosti sustava kvalitete zdravstvene zaštite i sigurnosti zdravstvenih postupaka te prihvaća sintagmu *kvalitete zdravstvene zaštite* koja neizravno utječe na oblikovanje konstrukcije medicinskog standarda *in praxi*. Načelno, medicinski standard u pružanju zdravstvene usluge zasniva se na općoj obvezi liječnika da tijekom medicinskog tretmana poštuje odgovarajući medicinski protokol te da primijeni standard dužne pozornosti koja odgovara njegovoj profesiji i dodatnoj specijalizaciji.

Razmatrajući građanskopravni aspekt povrede medicinskog tretmana potrebno je naglasiti da se u hrvatskom pravu i pravnim poredcima *ad comparandum* pitanje liječničke pogreške prosuđuje u kontekstu konkretnog dijagnostičko-terapijskog postupka koji je oridiniran. Pritom mjerilo ponašanja nije prosječno pametna i pažljiva osoba, nego uobičajeno pažljiv doktor. Proizlazi da zahtijevani prosječni standard nije prosječni standard građanina, već prosječni standard koji vrijedi za liječnike - *bonus pater familias* standard⁸ koji odgovara *pažnji dobrog stručnjaka (gospodarstvenika)* u hrvatskom pravu. Utvrditi pravno relevantan sadržaj standarda medicinske struke znači da nije dostatno samo utvrditi ustaljena i priznata pravila medicinske profesije, već treba ocijeniti postupanje liječnika u konkretnim okolnostima. Slijedom toga, jedini „zajednički nazivnik“ za utvrđivanje postojanja pogreške u medicinskom tretmanu

5 Tarantino, U. i dr., Professional Liability in Orthopaedics and Traumatology in Italy, Philadelphia, Clinical Orthopaedics and Related Research, vol. 471, 10/2013., str. 6.

6 Traina, F., Medical Malpractice: Experience in Italy, Philadelphia, Clinical Orthopaedics and Related Research, vol. 467, 2/2009, str. 1-13.

7 *ibid.*, str. 1.

8 Faure, M. G., Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice, u: Dute, J., Faure, M. G., Koziol, H. (ur.), No-fault compensation in the health care sector, Wien/New York, Springer, 2004., str. 19.

može biti *povreda dužne pažnje*,⁹ koja indicira postojanje krivnje kao subjektivnog elementa protupravnosti i pretpostavke građanskopravne odgovornosti.

Središnje istraživačko pitanje ovog rada odnosi se na analizu građanskopravnog aspekta povrede medicinskog standarda koji nastaje tijekom pružanja usluge medicinskog tretmana s diferentnim pojavnim oblicima liječničke pogreške. U okviru provedene analize utvrđen je *conceptum* pravno relevantnog medicinskog standarda i to na temelju imaginarnog modela ponašanja liječnika u okviru medicinskog tretmana *in concreto*, pri čemu je mjerilo ponašanja uobičajeno pažljiv liječnik određene specijalizacije. U ostvarenju *cilja* rada istraženi su konstitutivni elementi građanskopravne konstrukcije odgovornosti zbog medicinskog standarda liječnika s posebnim osvrtom na pretpostavke građanskopravne odgovornosti. Nastavno su analizirani ekonomski učinci primjene instituta građanskopravne odgovornosti zbog povrede medicinskoga standarda (liječnička pogreška), a napose financijski aspekt u svom totalitetu (trošak odštete, medicinske prevencije, ukupni društveni trošak) te su izloženi referentni ekonomski modeli usmjereni na uspostavu optimalnog standarda zdravstvene skrbi.

Prema *strukuri rada*, uvodno se osvrće na fenomenologiju liječničkih pogreški *in contextu* širega pravnog, sociološkog i ekonomskog okvira pružanja zdravstvene usluge u inačici *ars medica*, kao i *contra lege artis* s posljedicom građanskopravne odgovornosti za štetu zbog liječničke pogreške. Nastavno je izložen presjek strukture tipičnog odštetnopravnog postupka za naknadu štete zbog liječničke pogreške s primjerima iz hrvatske i komparativne prakse koji su prikazani po kriteriju tipologije liječničkih pogreški. Zaključno su istraženi ekonomski učinci primjene instituta građanskopravne odgovornosti zbog povrede medicinskog standarda te je *inter alia* ekspliciran temeljni ekonomski model usmjeren na ekonomski učinkovito pružanje zdravstvene usluge. Sukladno tomu analizirani su zajednički kohezivni elementi korelativnih pravnih instituta i komplementarne ekonomike te njihova interakcija, čime se posredno i na načelu uzajamnosti stvaraju odgovarajuće pravno-ekonomske posljedice.

U radu su primijenjene komparativna i induktivna znanstvenoistraživačka metoda.

2. GRAĐANSKOPRAVNI CONCEPTUM PROFESIONALNOG STANDARDA POSTUPANJA LIJEČNIKA

2.1. Općenito

Uvodno valja napomenuti da medicinsku i pravnu morfologiju medicinskog standarda u Hrvatskoj određuje *načelo sigurnosti pacijenata* koje se ostvaruje provedbom mjera kojima se svakom pacijentu osigurava pravo na kvalitetnu zdravstvenu zaštitu sukladno njegovu zdravstvenom stanju i općeprihvaćenim stručnim standardima te kojima se sprječavaju štetni neželjeni događaji, čija bi

9 Petrić, S., *Građanskopravna odgovornost zdravstvenih djelatnika*, Rijeka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, 1/2005, str. 123.

posljedica mogla biti smrt ili oštećenje zdravlja pacijenta. Provedbom navedenih mjera treba ostvariti podizanje svijesti o sigurnosti pacijenata, razvoj i unaprjeđenje sustava praćenja i mjerenja sigurnosti pacijenata, kao i izvješćivanja na tom području, smanjenju rizika za neželjene događaje te razvoj istraživanja na području sigurnosti pacijenata.¹⁰ Normirajući problematiku kvalitete zdravstvene zaštite, utvrđeno je *načelo učinkovitosti i djelotvornosti sustava kvalitete zdravstvene zaštite i sigurnosti zdravstvenih postupaka*, koje se ostvaruje provedbom mjera za osiguranje kvalitete zdravstvene zaštite. Time se postiže optimalni odnos između učinaka provedenih zdravstvenih postupaka i troškova nastalih njihovom provedbom, pritom uvažavajući tehničke, organizacijske i gospodarske čimbenike.¹¹ Standardi kvalitete zdravstvene zaštite jesu precizni kvantificirani opisi mjerila u vezi s obavljanjem zdravstvenih postupaka, zdravstvenim radnicima, opremom, materijalima i okolišem u kojim se obavljaju zdravstveni postupci, a kojima se osigurava kvaliteta zdravstvene zaštite. Radi osiguranja učinkovite, djelotvorne, jednako visokokvalitetne i jednako dostupne zdravstvene zaštite u svim zdravstvenim djelatnostima, na svim razinama zdravstvene zaštite te na cijelom području Republike Hrvatske, ministar nadležan za zdravstvo na prijedlog Agencije za kvalitetu i akreditaciju u zdravstvu, po prethodno pribavljenom mišljenju nadležnih komora, donosi plan i program mjera za osiguranje, unaprjeđenje, promicanje i praćenje kvalitete zdravstvene zaštite, kojim se utvrđuju se prioriteta za poboljšanje kvalitete zdravstvene zaštite te mjere za uvođenje jedinstvenog sustava standarda kvalitete zdravstvene zaštite i kliničkih pokazatelja kvalitete. Navedene mjere obvezatni su provoditi svi nositelji zdravstvene djelatnosti radi uspostave hrvatskoga standarda kvalitete zdravstvene zaštite i procjene sigurnosti pacijenata.¹²

Obavljanje usluge medicinskog tretmana počiva na zahtjevu da liječnik u svakom pojedinačnom slučaju mora slijediti medicinski protokol, kao i primijeniti zahtijevani standard dužne pozornosti koja odgovara njegovoj struci. Medicinski standard jedinstveno se primjenjuje u svojoj punini uz neke iznimke koje, u pravilu, proizlaze iz žurnosti provođenja zdravstvenoga zahvata.

2.2. Medicinski standard pružanja usluge liječničkog tretmana

In generalis sensu, medicinski standard pretpostavlja primjenu općenitih jednoznačnih pravila kojih se mora pridržavati svaki liječnik, ali istodobno u medicinski standard spadaju i svi drugi postupci liječnika koji su rezultat novijih znanstveno-medicinskih spoznaja i primjenjuju se u širem krugu liječničke profesionalne zajednice.¹³ Liječnik mora biti posjednik stručnog znanja i kompetencije kako bi jamčio provođenje medicinskog tretmana sukladno pravilima medicinske profesije koje se zasnivaju na stručnom standardu postupanja iskusnog liječnika u okviru

10 Čl. 5. Zakona o kvaliteti zdravstvene zaštite, NN, br. 118/18.

11 Čl. 4. Zakona o kvaliteti zdravstvene zaštite, NN, br. 118/18.

12 Čl. 6. Zakona o kvaliteti zdravstvene zaštite, NN, br. 118/18.

13 Kullmann, H. J., *Übereinstimmungen und Unterschiede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Begriff des medizinischen Standards*, Versicherungsrecht, 13/1997, str. 529.

odgovarajuće medicinske specijalizacije.¹⁴

Nužno je naglasiti kako medicinsko postupanje nije moguće potpuno standardizirati s obzirom na permanentni znanstveni napredak koji uvjetuje određene modifikacije dijagnostičkih i terapijskih postupaka. Tako citirani Zakon o zdravstvenoj zaštiti uzima u obzir promjenjivu kategoriju profesionalnog medicinskog standarda i utvrđuje pravo i obvezu zdravstvenih djelatnika da se stručno usavršavaju radi održavanja i unapređivanja kvalitete zdravstvene zaštite.¹⁵ Pravna književnost upozorava da je liječnik obavezan pružiti zdravstvenu uslugu tek nakon što je prethodno razmotrio sve okolnosti medicinskog slučaja i uzeo u obzir sve povoljne i nepovoljne momente koji se tiču dijagnoze ili planiranoga medicinskog tretmana.¹⁶ Prema tomu, od liječnika se očekuje da u pogledu primijenjene metode liječenja u pojedinom slučaju izabere onu koja ponajviše smanjuje rizik od nastupa medicinske komplikacije, odnosno da prihvati metodu koja u cijelosti isključuje mogućnost nastupa štetne posljedice za zdravlje pacijenta u okviru poduzetoga medicinskog tretmana. Dijagnostičko-terapijski postupak koji je usklađen sa zahtijevanim medicinskim standardom u pojedinoj oblasti medicine isključuje eventualnu građanskopravnu odgovornost, čak i u situaciji kada kao posljedica liječničke intervencije nastupe izvjesne komplikacije koje su u korelaciji s uobičajenim rizikom poduzimanja odnosno medicinskog zahvata.¹⁷

Liječnik kao stručnjak ima pravo na slobodu izbora odgovarajuće terapije u smislu da samostalno odlučuje je li liječenje uopće potrebno; ne smije biti prisiljen aplicirati lijekove ili metode koje proturječe njegovoj savjesti i slobodan je u izboru dijagnostičko-terapijskih mjera koje smatra najsvrsishodnijim. Pritom se od liječnika ne zahtijeva izbor najsigurnijega terapijskog puta, već bit odgovornog izbora valja tražiti u savjesnom odmjerenju načela koristi i rizika.¹⁸ U dijelu pravne teorije naglašava se kako medicinska praksa mora biti razumna s obzirom na okolnosti slučaja. Pritom postojanje nerazumnih medicinskih praksi, bez obzira na mogućnost da se radi o postupcima koji su s obzirom na vrijeme i mjesto općeprihvaćeni, neće osloboditi liječnika od odgovornosti.¹⁹

2.3. Pravni standard dužne pažnje liječnika

2.3.1. Pravna konstrukcija standarda dužne pažnje liječnika

Hrvatsko pravo obvezuje liječnika da postupa s povećanom pažnjom, prema

14 Ferrara, S. D., Boscolo-Berto, R., Viel, G., op. cit., str. 76–77.

15 Čl. 138. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, NN, br. 150/2008, 155/2009, 71/2010, 139/2010, 22/2011, 84/2011, 154/2011, 12/2012, 35/2012, 70/2012, 144/2012, 82/2013, 159/2013, 22/2014, 154/2014, 70/2016, 131/2017.

16 Giesen, D., *International medical malpractice law: a comparative law study of civil liability arising from medical care*, Tübingen/Dordrecht/Boston/London, Mohr/Nijhoff, 1988.

17 VSRH, Rev-6/02-2 od 3. srpnja 2003.

18 Laufs, A., Uhlenbruck, W., *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, München, Beck, 2002., str. 18-19.

19 Giesen, op. cit., str. 120.

pravilima struke i običajima – *pažnja dobrog stručnjaka*.²⁰ Pažnja dobrog stručnjaka određuje se objektivno prema kriteriju pažnje koja se može očekivati od iskusnog i savjesnog medicinaru istog ranga (njemačko pravo), odnosno dobrog stručnjaka iste kategorije i istog ranga kao i onoga čije se profesionalno postupanje ocjenjuje (liječnika opće prakse, specijalist i dr., u francuskom pravu) ili *reasonably competent doctor* (englesko pravo).²¹ U istom značenju neki pravni poređci upotrebljavaju sintagmu *bonus pater familias* (Italija, Francuska i Španjolska), dok drugi (Velika Britanija i Skandinavске zemlje), koriste termin *razuman liječnički standard* u svezi s prihvaćenim pravilima medicinskog umijeća – *ars medica*.²² Razvidno je da utvrđenje kriterija dužne pažnje liječnika uzima u obzir i odnos iskazanog stupnja profesionalne pažnje u odnosu na osobe istog profesionalnog kruga i specifične okolnosti konkretnoga medicinskog slučaja. Ipak, opisani standard pažnje ne bi trebalo shvatiti kao kruto pravilo koje ne trpi odstupanja u praksi već bi se trebalo prilagođavati okolnostima konkretnoga medicinskog slučaja bilo u smislu ublažavanja ili pooštrenja standarda dužne pažnje.²³ Dakle, standard dužne pažnje liječnika koji se zahtijeva pri obavljanju medicinskoga tretmana nad pacijentom mjeri se prema vanjskom, objektivnom standardu, a koji odgovara postupanju liječnika prosječne vještine koji u obavljanju svoje dužnosti iskazuje potrebna posebna stručna znanja. Pritom je sasvim nebitno što je zbog nedostatka sposobnosti, znanja ili iskustva, nesposoban postići zahtijevani standard postupanja, budući da liječnik treba priznati vlastita ograničenja koja se tiču njegove stručne kvalifikacije i iskustva i tamo gdje je to primjereno mora prihvatiti savjet, pomoć, uputu ili nadzor iskusnijega kolege liječnika ili uputiti pacijenta kolegi specijalistu ili u specijalističku kliniku.²⁴

Valja uočiti da veća opasnost i veći rizik zahvata zahtijevaju veću pažnju, a hitnost i nužnost zahvata opravdavaju niži standard pažnje.²⁵ Pritom se niži standard pažnje ne može opravdati praksom koja može biti i dosta raširena ako se radi o neurednom i površnom postupanju odnosno poslovanju.²⁶ Uvijek se valja pitati kako bi se iskusan i pažljiv liječnik opće prakse ili specijalista ponašao u određenoj situaciji.²⁷ Općenito, specifične okolnosti konkretnoga zdravstvenog slučaja određuju stupanj i opseg medicinskog nadzora. U svakom slučaju, kako navodi pravna teorija, liječnik u svom profesionalnom radu mora ispoljiti povećanu pažnju koja osigurava kvalitetu njegove usluge.²⁸ Kad su u pitanju izvjesne varijacije unutar medicinskog

20 Čl. 18. st. 2. Zakona o obveznim odnosima (dalje: ZOO), NN br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018.

21 Bevanda, M., Ugovor između liječnika i pacijenta, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, 1/2005, str. 331.

22 Ferrara, S. D., Boscolo-Berto., R., Viel, G. (ur.), op. cit., str. 77.

23 Klarić, P., Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu, Hrvatska pravna revija, vol. 1, 8/2001, str. 74.

24 Koziol, H., Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II, Besonder Teil, Wien, Jan Sramek Verlag, 1984., str. 94.

25 Deutsch, E., Medizinrecht, 4. Aufl., Berlin, Springer, 1999., str. 124.

26 ibid., str. 123.

27 ibid., str. 124.

28 Radišić, J., Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta, Beograd, Nomos, 2007., str. 81.

standarda koji vrijede za liječnika opće prakse i liječnika specijaliste, načelno se zahtijeva postupanje koje odgovara prosječno stručnom liječniku, odnosno, prosječnom specijalistu ili ekspertu za pojedino medicinsko područje. U teoriji se zauzima gledište da je liječnik prihvaćanjem provođenja medicinskog tretmana nad pacijentom implicitno zajamčio da posjeduje odgovarajuće stručno znanje koje mu omogućuje provođenje zahvata nad pacijentom s dužnom pažnjom i stručnošću. To, dakako, uključuje ispravnu i stručnu procjenu vezanu za mogućnost upućivanja liječniku specijalistu ili čak drugom specijalisti radi drugoga liječničkog mišljenja.

Zaključno treba istaknuti da je liječnik dužan postupati s pažnjom koja se traži za osobe koje pripadaju istom profesionalnom krugu, odnosno s pažnjom dobrog stručnjaka, a ne tek prosječnoga stručnjaka. Kako se zdravstvena djelatnost u Republici Hrvatskoj ostvaruje u različitim organizacijskim formama (zdravstvene ustanove, trgovačka društva koja obavljaju zdravstvenu djelatnost, privatni zdravstveni radnici), kao relevantni pravni standard mogla bi se primijeniti i *pažnja dobrog gospodarstvenika* i *dobrog stručnjaka*.²⁹ U tom kontekstu nužno je naglasiti da je prevladavajuće gledište hrvatske pravne teorije kako se u pogledu obavljanja medicinskih tretmana navedeni pravni standardi sadržajno ne razlikuju, tj. da međusobno ne konkuriraju. Drugim riječima, pažnja pružatelja zdravstvenih usluga i zdravstvenih radnika koji su zaposleni kod njih trebala bi se procjenjivati s obzirom na jedan standard, unutar kojeg valja razlikovati pažnju određene specijalizacije.³⁰ Tako se u dijelu europske pravne teorije ističe kako je liječnik obvezan zdravstvenu uslugu pružiti s povećanom pažnjom, odnosno postupati s onim stupnjem pažnje koji se redovito očekuje od dobrog stručnjaka ili gospodarstvenika u istovrsnim situacijama. Pritom se ne može opravdati time što je postupao prema svom najboljem znanju, ako se utvrdi da je to znanje za obavljanje njegovog zanimanja bilo objektivno nedostatno.³¹

2.3.2. *Derivacije pravnoga standarda dužne pažnje liječnika u hrvatskoj i poredbenoj praksi*

U okviru prakse hrvatskih sudova, pitanje građanskopravno relevantne povrede medicinskog standarda ocjenjuje se u relaciji sa zahtijevanim stupnjem dužne pažnje liječnika *in concreto*, tj. procjenjuje se je li liječnik postupao s pažnjom dobrog stručnjaka. Pritom se navedeno mjerilo dovodi u vezu sa zakonskim pojmovima *kvaliteta zdravstvene zaštite* i *standardi kvalitete zdravstvene zaštite*.³² Usprkos činjenici da je profesionalni standard dužne pažnje liječnika objektivna kategorija, uvijek je valja razmatrati s obzirom na specifične okolnosti obavljanja konkretnoga medicinskog tretmana. Pri uobičajenim okolnostima obavljanje medicinskog tretmana, liječnik je obvezan uzeti u obzir sve medicinske rizike koje je razumno moguće predvidjeti. Dakle, liječnik će biti nepažljiv ako nije uzeo u obzir vlastite stručna ograničenja te je poduzeo ili nastavio liječenje umjesto da se obratio za savjet

29 Čl. 10. st. 1. i 2. ZOO-a.

30 Nikšić, S., *Ugovor o zdravstvenoj usluzi, doktorska disertacija*, Zagreb, Pravni fakultet, 2007., str. 438, 284.

31 Koziol, H., *op. cit.*, str. 183.

32 Čl. 3. Zakona o kvaliteti zdravstvene zaštite.

drugom liječniku ili je pacijenta uputio specijalisti, na bolničko liječenje ili u drugu zdravstvenu ustanovu koja ima kvalificiranije liječnike ili je opremljena boljom medicinskom tehnikom.³³ U tom smislu, poredbeno pravo upućuje na karakterističan slučaj iz engleske sudske prakse koji je oblikovao stajalište kako se u svakom pojedinom slučaju mora dokazati da je štetna posljedica koju trpi pacijent dio upravo onoga rizika od kojega ga je liječnik bio dužan zaštititi. Ako se utvrdi da tomu nije tako, povreda nije bitna i nije povreda dužne pažnje. Naime, od liječnika se očekuje da prevenira narušavanje pacijentova zdravlja štiteći ga od rizika koje bi sposoban liječnik predvidio kao posljedicu u slučaju postupanja bez odgovarajućega stupnja pažnje.³⁴ S druge strane, u situaciji kada se medicinski tretman provodi u *posebnim uvjetima* koji objektivno onemogućuju anticipaciju svih realnih zdravstvenih rizika koji bi u uobičajenim okolnostima bili predvidljivi, medicinsko postupanje liječnika ne rezultira liječničkom pogreškom.

Od liječnika se očekuje da obavljanje zdravstvene usluge temelji na najnovijoj medicinskoj praksi jer će u suprotnom biti građanskopravno odgovoran za eventualnu štetu. Naime, liječnik ne smije propustiti primijeniti već općeprihvaćenu novu medicinsku metodu koja je obećavala veći uspjeh zdravstvenog zahvata na stanje pacijentova zdravlja, a u odnosu na stariju zdravstvenu metodu koju je u konkretnom slučaju primijenio. U sudskoj se praksi navodi slučaj³⁵ liječnika koji je prakticirao *homeopatiju* te je istodobno obeshrabrio pacijenta da obavi pregled rendgenom koji je preporučio liječnik specijalist čime je ostvario povredu medicinskog standarda. Slično tomu praksa bilježi slučaj³⁶ nestručnog tretmana liječnika koji je pacijenta tretirao *starijom lijekom* što je posljedično prouzročilo trovanje arsenom neovisno o tome što je u vrijeme poduzimanja tretmana primjena penicilina kao lijeka koji ne izaziva prateće negativne posljedice na zdravlje bila općeprihvaćena za takve slučajeve. Liječnik će postupiti sukladno zahtijevanom standardu dužne pažnje ako je u izboru dviju ili više prihvaćenih dijagnostičko-terapijskih metoda u pogledu istovrsnoga zdravstvenog stanja pacijenta, u konkretnom slučaju primijenio bilo koju od tih metoda i pružio

33 Radišić, J., op. cit., str. 81.

34 *Brown v. Lewisham and North Southwark Health Authority* MLC 0081 (CA: 1999), Medical negligence, dostupno na: <http://www.medneg.com/Case/CaseList.aspx> (pristupljeno 8. veljače 2013.). „Za svrhe analize ponekad je važno biti precizniji u definiciji dužne pažnje. Liječnik je obvezan postupiti s pažnjom i vještinom sposobnog liječnika. Mora postupati s dužnom pažnjom pri pregledu, postavljanju dijagnoze i liječenju pacijenta, te spriječiti narušavanje njegova zdravlja štiteći ga od rizika koje bi sposoban liječnik predvidio kao posljedicu u slučaju postupanja bez odgovarajućeg stupnja pažnje. On nije vidovit ni ako kaže pacijentu da ne može naći nikakve znakove bolesti niti može biti odgovoran ako pacijent boluje od nečega što nije bilo moguće otkriti savjesno obavljenim pregledom. Javna politika ograničavanja odgovornosti počinitelja štete kontrolnim mehanizmom predvidljivosti čini se nužnom u medicinsko-pravnim slučajevima, kao i u drugim područjima odštetne odgovornosti. Ne vidi se na kojoj bi to političkoj osnovi bilo pravedno ili pravično držati liječnika odgovornim za povredu dužne pažnje u slučaju propuštanja dijagnosticiranja asimptomatične i neuočljive bolesti, samo zato što je kriv za pogrešno postupanje točno dijagnosticiranog, no nepovezanog stanja. Ukratko, mora se dokazati da je štetna posljedica nastala pacijentu dio rizika od kojega ga je liječnik bio dužan zaštititi. Ako to nije, povreda nije bitna i ne predstavlja povredu dužne pažnje.“

35 Francuski kasacijski sud (*Cour de Cassation*), Cass civ Ire, od 4. studenog 1964.

36 Savezni Vrhovni sud Njemačke (BGH), presuda od 16. svibnja 1972., VersR 1972.

odgovarajuću zdravstvenu uslugu.³⁷ Tako neće postojati liječnička pogreška kad se štetna posljedica nije mogla svladati usprkos tomu što se postupalo s potrebnom pažnjom u skladu s medicinskim standardom, a to je u konkretnom slučaju izostalo.³⁸ Okolnost što *malformacije djeteta* liječnik nije otkrio ultrazvučnim pregledima nisu imale za posljedicu njegovu odgovornost za naknadu štete u konkretnom slučaju.³⁹

3. GRAĐANSKOPRAVNA ODGOVORNOST ZA POVREDU MEDICINSKOG STANDARDA I POPRAVLJANJE ŠTETE

3.1. Pretpostavke građanskopravne odgovornosti za štetu prouzročenu povredom medicinskog standarda (liječnička pogreška)

Obveznopравни odnos odgovornosti za štetu nastaje tek kad se kumulativno ispune zakonom utvrđene pretpostavke, od kojih su neke zajedničke za sve vrste odgovornosti (opće pretpostavke), a druge se vezuju za pojedine vrste odgovornosti (posebne pretpostavke). Općenito, građanskopravna odgovornost za štetu nastaje kada su ispunjeni sljedeći *condicio iuris*: da je osoba odgovorna za štetu (štetnik) počinila protupravnu štetnu radnju zbog koje je nastala šteta osobi koja traži popravak štete (oštećenik) te da postoji kauzalni *nexsus* između štetne radnje i štete kao posljedice. Prema tome, opće pretpostavke odštetne odgovornosti koje moraju biti ostvarene *in cumulo* su: a) postojanje subjekata odgovornosti; b) štetna radnja štetnika; c) šteta; d) uzročna veze između štetne radnje i štete i e) protupravnost u objektivnom smislu.

Utvrđivanje liječničke pogreške razmatra se kroz prizmu ponašanja liječnika u okviru medicinskog tretmana *in concreto* pri čemu mjerilo ponašanja neće biti neka prosječno pametna i pažljiva osoba, nego uobičajeno pažljiv doktor sukladno prosječnom standardu koji vrijedi za liječnike - *bonus pater familias* standard.⁴⁰ *Conditio sine qua non* nastanka građanskopravne odgovornosti za štetu sastoji se na utvrđenje suda da je u određenom slučaju štetnik ostvario povredu dužne pažnje, jer nije postupao u svojstvu dobrog stručnjaka ili gospodarstvenika, a koja povreda

37 Nikšić, S., op. cit., str. 439.

38 VSRH, Rev 876/06-2 od 10.01.2007.

39 VSRH, 1808/00-2, od 15. listopada 2003., „Zaključivši da je tuženik u izvršavanju obveza iz svoje profesionalne djelatnosti u odnosu na praćenje i kontrolu trudnoće prvotuziteljice kao pacijentice u njegovoj privatnoj ginekološkoj ambulanti postupao savjesno i u skladu s pravilima struke, sukladno čl. 18. st. 2. Zakona o obveznim odnosima nižestupanjski sudovi su odbili tužbeni zahtjev, a time su materijalno pravo pravilno primijenili. Odredbom čl. 18. st. 2. ZOO-a propisano je da je sudionik u obveznopravnom odnosu dužan u izvršavanju obveze iz svoje profesionalne djelatnosti postupati s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka). Međutim, činjenica što tuženik prilikom ultrazvučnih pregleda nije otkrio malformacije kod djeteta tužitelja doista nije u uzročnoj vezi sa njihovim postojanjem, jer su one postojale od samog početka trudnoće prvotuziteljice i povećavale se razmjerno rastu ploda, a kako one ne predstavljaju apsolutnu indikaciju za prekid trudnoće niti postoji mogućnost njihova izlječenja za vrijeme intrauterinog života, pa i u slučaju da ih je tuženik otkrio, one ne bi mogle biti uklonjene niti smanjene štetne posljedice zbog njihova postojanja.“

40 Faure, M., op. cit., str. 19.

stoji u adekvatnoj kauzalnoj vezi s nastalom štetom koja zadire u zdravstvenu sferu pacijenta. Povreda dužne pažnje ukazuje na postojanje krivnje kao subjektivnog elementa protupravnosti. Prema tome, skrivljeno bi postupio svaki liječnik koji bi medicinski tretman provodio s pažnjom tek osrednjeg ili prosječnog stručnjaka, a u odnosu na postavljeni standard pažnje dobrog stručnjaka, a što je detaljno eksplicirano u prethodnom poglavlju. Dakle, medicinski tretman može biti poduzet *contra legem artis*, odnosno, *mala praxis*, tj. kao skrivljeno, nesavjesno postupanje liječnika ako je medicinski zahvat nad pacijentom poduzet bez odgovarajućeg stupnja stručne vještine, pažnje i kompetencije ili kao propuštanje poduzimanja radnji koje su medicinski zahvat i koje su trebale biti obavljene sukladno pravilnom i opravdanom standardu dužne pažnje i stručne vještine liječnika temeljene na kompetentnom profesionalnom mišljenju liječnika.⁴¹

Protupravnost štetne radnje postoji kada je povrijeđena pravna norma čija povreda *ipso iure* zahtijeva popravljavanje štete koja stoji u uzročno-posljedičnoj vezi s protupravnim ponašanjem. Posebne pretpostavke odštetne odgovornosti karakteristične su za pojedinu vrstu odgovornosti. Tako je za ugovornu odgovornost osim općih pretpostavki, potrebno još i postojanje ugovorne obveze i njezina povreda. Za subjektivnu, odgovornost koja se primjenjuje na štete koje nastanu pružanjem zdravstvenih usluga, zahtijeva se krivnja štetnika. Prema tome, u postupku naknade štete zbog liječničke pogreške sudovi ispituju postojanje općih i posebnih pretpostavki građanskopravne odgovornosti.⁴² U postupku naknade štete štećenik će morati dokazati postojanje pravnorelevantne štete koja je u uzročno-posljedičnoj vezi s poduzetim medicinskim tretmanom. Pritom ne mora dokazivati subjektivni element krivnje jer se ona presumira.

3.1.1. Tipičan modus povrede medicinskog standarda – liječnička pogreška

Liječnička pogreška (engl. *medical malpractice*) *de facto* je takav oblik štetne radnje pri kojem liječnik nije primijenio medicinski postupak utemeljen na aktualnim spoznajama medicinske znanosti, a koji je s obzirom na konkretne okolnosti objektivno bio neophodan, odnosno, ako ga je primijenio ali nepravilno, te slijedom toga nije postupio s odgovarajućim stupnjem pozornosti koja se općenito zahtijeva od savjesnog liječnika.⁴³ Praksa poznaje različite modalitete liječničke pogreške: (1) pogreške unutar organizacijskog procesa; (2) pogreške pri preuzimanju pacijenta; (3) pogreške koje su posljedica nedostatne suradnje s obzirom na horizontalnu i

41 Giesen, D., op. cit., str. 105.

42 Vrhovni sud Republike Slovenije, II Ips 712/2004 od 16.02.2006. „Tužitelj u obrađivanom predmetu podlogu za odštetu zasniva na navodnom postojanju liječničke pogreške. Kao liječnička pogreška može se odrediti takvo postupanje liječnika koje predstavlja uzrok povrede i istovremeno je u suprotnosti sa standardima stručnog postupanja (postupanje *contra legem artis*). U skladu s pravilom iz članka 154., stavak prvi ZOO-a je dokazni (a također i u odnosu na tvrdnje) teret glede izvornosti civilnog delikta podijeljen na obje stranke. Tužitelj mora tvrditi i dokazati činjenice koje dokazuju postojanje nedopuštenog štetnog čina, nastanak štete te uzročnu vezu među njima. Na tuženoj stranci je teret dokaza i tvrdnji da liječnik za to nije kriv, to jest da svojim postupanjem nije prouzročio štetnu posljedicu.“

43 Ferrara, S. D., Boscolo-Berto, R., Viel, G. (ur.), op. cit., str. 122.

vertikalnu distribuciju poslova; (4) izostanak medicinskog tretmana – namjerno ili nemarno propuštanje poduzimanja neophodnog medicinskog tretmana; (5) nepravilan medicinski tretman – terapija koja je u neskladu s aktualnim medicinskim spoznajama. Tipične su liječničke pogreške: (1) nedostatnost kliničkog, laboratorijskog i drugog istraživanja; (2) pogrešna dijagnoza; (3) pogrešna indikacija; (4) nedostatak kontrole; (5) pogrešna terapija; (6) pogrešne kirurške tehnike; (7) neprepoznavanje medicinskih komplikacija; (7) pogrešna ili nedostatna higijena; (8) neispravna medicinska oprema i (9) pogreške u rukovanju s injekcijama, infuzijom i transfuzijom.⁴⁴

Slijedom iznesenog, liječničke pogreške mogu se *summa divisio* podijeliti na: (1) *dijagnostičke liječničke pogreške*; (2) *terapijske liječničke pogreške* koje uključuju pogreške u terapiji i pogreške u provođenju medicinskih zahvata (invazivnih i neinvazivnih) te na (3) *komunikacijske liječničke pogreške* koje nastaju u komunikaciji, odnosno izostanku pravilne komunikacije između liječnika i pacijenta ili liječnika i medicinskog osoblja, bez obzira na aktivni (činjenje, *facere*) ili pasivni (propuštanje, *non facere*) modus počinjenja.⁴⁵

U hrvatskom pravu ne postoji jasna definicija termina liječničke pogreške. Međutim, sadržaj pojma pravno relevantne liječničke pogreške može odrediti negativno, enumeracijom obveza liječnika tijekom medicinskog tretmana nad pacijentom, koje su utvrđene zakonskim i strukovnim propisima te uvriježenim medicinskim običajima (*consuetudo*). Naime, u supstratu liječničke pogreške stoji postupanje liječnika protivno pravilima zdravstvene struke, odnosno, postupanje *contra legem artis* ili tzv. *mala praxis*, kao i postupanje liječnika protivno moralnim i etičkim načelima te suvremenim medicinskim standardima. Hrvatska pravna znanost je liječničku pogrešku definirala kao *postupanje liječnika u okviru medicinskog zahvata nad pacijentom, protivno pravilima zdravstvene struke te njenim moralnim i etičkim načelima, odnosno kao postupanje liječnika koje je u neskladu s provjerenim standardima suvremene medicinske znanosti, a što je rezultiralo povredom pacijentova zdravlja ili života, tj. povredom prava osobnosti*.⁴⁶ Valja uočiti da pojam liječničke pogreške *per extensum* obuhvaća i medicinske zahvate koji se provode bez pristanka pacijenta – *samovoljno liječenje* i to neovisno o mogućnosti da je liječenje u svemu provedeno prema pravilima medicinske profesije, jer zbog povrede prava pacijenta na suodlučivanje (informirani pristanak) izravno nastupa šteta u vidu povrede prava na tjelesni integritet, kao jednog od zaštićenih prava osobnosti pacijenta.

3.2. Popravljanje štete prouzročene povredom medicinskog standarda

3.2.1. Odštetnopravni postupak radi naknade štete prouzročene povredom medicinskog standarda

Građanskopravna odgovornost za liječničku pogrešku utvrđuje se u parničnom

44 Dettmeyer, R., Madea, B., *Haftpflicht und Behandlungsfehler*, u: *Praxis Rechtsmedizin* (ur. Madea, B.), 2. ed., Berlin/Heidelberg, Springer, 2007., str. 577–581.

45 Vojković, H., *Građanskopravna odgovornost za liječničku pogrešku*, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet, 2013., str. 165.

46 *ibid.*, str. 140.

postupku kao osnovnim pravno-zaštitno sudskim sredstvom, kojim se ostvaruju prava na naknadu štete. Parnični se postupak pokreće tužbom tužitelja, u pravilu neposrednog oštećenika (bivšeg pacijenta), a katakad tužbom koju su podnijele treće osobe koje su ovlaštene zahtijevati naknadu štete. Aktivno legitimirani u tužbi zahtijevaju *kondemnatornu pravnu zaštitu*, odnosno isplatu određenog novčanog iznosa koji bi bio materijalno zadovoljenje na ime pretrpljene štete. Pravna zaštita može biti usmjerena i na otklanjanje nedostataka u obavljanju dijagnostičkog ili terapijskoga medicinskog tretmana, odnosno na naturalnu restituciju ako za to postoje realne pretpostavke, ali slučajevi tako postavljenoga tužbenog zahtjeva u praksi iznimno su rijetki.

Kada je u pitanju spor o problematici medicinskog standarda, a što je središnje pravno pitanje u pokrenutom parničnom postupku, sud odlučuje oslanjajući se na nalaz i mišljenje vještaka medicinske struke koji će odrediti aktualni standard medicinskog postupanja i vrednovati sporni slučaj. Pri izradi nalaza i mišljenja vještak će glavne uporišne točke naći u medicinskoj dokumentaciji, aktualnim protokolima, vodičima dobre prakse, a nekad i u običajnim pravilima medicinske prakse. Do primjene ovoga dokaznog sredstva u pravilu neće doći kad se radi o posebno grubim liječničkim pogreškama, tj. kad su pravno relevantne činjenice poznate same po sebi bez potrebe dodatnog izvođenja dokaza, odnosno kad su ispunjene pretpostavke za primjenu dokazne olakšice na prvi pogled, sukladno načelu *res ipsa loquitur*. Od sudova se očekuje da kritički vrednuju nalaze i mišljenja vještaka te da osiguraju da vještak pravilno razumije svoju ulogu pomoćnika u procesu utvrđenja pravno relevantnih medicinskih činjenica iz kojih će sud izvesti pravne zaključke.⁴⁷ Naime, u okviru dokaznoga postupka postoji temeljna podjela rada na način da se vještak očituje o stručnim, činjeničnim pitanjima, *quaestio facti*, koja se pojavljuju u parnici, dok sud odlučuje o pravnim pitanjima, *quaestio iuris*. Dakle, neovisno o stručnoj vrijednosti vještačkog nalaza i mišljenja, vještakova uloga da pomaže sudu pri izvođenju pravnog zaključka nikada nije odlučujuće kad je u pitanju pravna ocjena eventualne liječnikove nepažnje, jer je za dokaz postojanja liječničke pogreške odlučujuće osobno uvjerenje suda, a ne stupanj uvjerenja sudskega vještaka.⁴⁸ Izrečeno stajalište pravne teorije potvrđeno je u praksi hrvatskih sudova:

U skladu s čl. 154. st. 1. ZOO-a, smatra se da je aktivan, štetan zahvat medicinskim alatom, - trokarom - u vanjski dio stijenke crijeva nebrižno postupanje. Na tuženoj stranci je dakle dokazni teret da štetan kontakt trokara s vanjskim dijelom crijevne stijenke nije posljedica liječnikova nemara, nego ostalih (konkretno navedenih) okolnosti ili da se čak može pripisati i slučaju. Odluka da tužiteljici takvim zahvatom ukloni jajovod bila je u skladu sa stručnom doktrinom. Takav zahvat je prema mišljenju vještaka izvanredno siguran. Kod tužiteljice je došlo do komplikacija jer je krvarila iz ostatka uklonjenog jajovoda, a bilo je oštećeno i tanko crijevo te ožilje potpore crijeva. Vještak je objasnio da je povreda crijeva jedna od najčešćih komplikacija laparoskopske kirurgije, a njezina čestina je od 0,25 do 1 tisućinke. Uzroci da svejedno dolazi do povreda crijeva u većini slučajeva ostaju neobjašnjeni. Prema mišljenju vještaka takva povreda se može dogoditi i iskusnom operateru uz najveću moguću brižnost. Ipak, sud nije prihvatio taj dio vještačkog mišljenja i zaključio je da je do povreda crijeva kod tužiteljice došlo zbog premale brižnosti operatera u svom radu. Sud je smatrao da tužena stranka nije dokazala da je operater njezina osiguranika prilikom obavljanja svoga posla postupao tako kako je bilo potrebno.

47 Giesen, D., op. cit., str. 118.

48 Radišić, J., op. cit., str. 326.

Ipak, iako o pitanju medicinskog standarda odlučuje sud, utvrđivanje standarda medicinskog postupanja *de facto* je uvelike posredno u kompetenciji liječnika, a ne suda. U osnovi, na vještaku je zadatak da sudu posreduje određeno stručno znanje kojim sud ne raspolaže, ali bez kojeg ne može ocijeniti iznesene dokaze. Pritom sud slobodno ocjenjuje nalaz i mišljenje medicinskog vještaka, a granica slobodne ocjene suda podudara se s mjerom u kojoj raspolaže potrebnim stručnim znanjem. Medicinski vještak ima tri zadatka: razjasniti medicinsko stanje stvari; ocijeniti je li postupak tuženog liječnika u skladu s važećim medicinskim standardom; u slučaju odstupanja od medicinskog standarda, ocijeniti, je li taj postupak prouzrokovao oštećenje pacijentovog zdravlja i bi li do štete došlo da je medicinski tretman pružen sukladno zahtijevanom medicinskom standardu postupanja.⁴⁹ U tom smislu od vještaka se očekuje da u svom izvještaju jasno naznači smatra li da je praksa koju primjenjuje tuženik u skladu s praksom koja je prihvaćena kao ispravna odgovornih medicinskih stručnjaka na odgovarajućem polju medicine.⁵⁰ Osim toga, smatra se bitnim da vještaci nedvosmisleno predoče sudu situacije u kojima postoji tek mogućnost uzročne veze, od onih u kojima postoji veća ili manja vjerojatnost, odnosno da ukažu na situacije gdje je izvjesno postojanje kauzaliteta.⁵¹

3.2.2. Primjena instituta slobodne ocjene pri određivanju naknade štete

Nakon što je utvrdio da parničnoj stranci u odštetnopravnom postupku pripada pravo na naknadu štete (na novčanu svotu ili na zamjenjive stvari), ali se visina svote odnosno količina stvari ne može utvrditi ili bi se mogla utvrditi samo s nerazmjernim teškoćama, sud će o tome odlučiti prema *slobodnoj ocjeni*.⁵² U praksi će sud po svom uvjerenju odlučiti koje činjenice treba uzeti kao dokazane, a to svoje uvjerenje može formirati tek nakon što je proveo savjesnu i brižljivu ocjenu svakoga dokaza posebno i svih dokaza zajedno, uzimajući u obzir i rezultate cijelog postupka te tako formirao uvjerenje na razini izvjesnosti.⁵³

U pogledu zahtjeva za naknadu *neimovinske štete*, zakonodavac je predvidio dosuđivanje novčanog iznosa na ime pravične novčane naknade. Hrvatsko pravo definira neimovinsku štetu kao povredu *prava osobnosti* oštećenika, a ako se navedena povreda subjektivnog prava faktično ostvari sud će, ako nađe da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema. Pritom će voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha, cilju kojemu služi ta naknada,

49 Gnjidić, Ž., Vještačenje profesionalne odgovornosti. Skup Medicinski, pravni i ekonomski pogledi na profesionalnu odgovornost u zdravstvu i osiguranje od odgovornosti, Šibenik, Udruga poslodavaca u zdravstvu, 2007.

50 Presuda iz engleske sudske prakse u predmetu *Sharpe v. Southend Health Authority*, MLC 0661 (2000), Medical negligence, < <http://www.medneg.com/Case/CaseList.aspx>>, 8. veljače 2013.

51 Dika, M., Rješavanje sporova za naknadu štete zbog liječničke greške, Skup Medicinski, pravni i ekonomski pogledi na profesionalnu odgovornost u zdravstvu i osiguranje od odgovornosti, Šibenik, Udruga poslodavaca u zdravstvu, 2007.

52 Čl. 219.-229. Zakona o parničnom postupku, Službeni list SFRJ, br. 4/1977, (...); NN, br. 53/1991, (...) 89/2014 (dalje: ZPP).

53 Čl. 8. ZPP-a

ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom.⁵⁴ Iznos pravične novčane naknade na ime neimovinske štete sud će redovito odmjeriti po slobodnoj ocjeni, pri čemu je slobodna ocjena u funkciji kvantifikacije pravične novčane naknade kao kriterija materijalnog prava, dok bi kao činjenično pitanje po slobodnoj ocjeni redovito odmjeravao intenzitet i trajanje fizičkih i duševnih bolova i straha.⁵⁵ Tipičan slučaj koji se u nastavku iznosi ukazuje na pojavne oblike povrede prava osobnosti za koju se odmjerava pravična novčana. Tako je tijekom dokaznog postupka sud utvrdio postojanje višestruke liječničke pogreške u terapiji koja je bila primarno prouzrokovana nestručno provedenim zahvatom uvođenja katetera kroz venu što je dovelo do lezije stijenke arterije:

U postupku je utvrđeno: - da je tužitelj bio primljen kod tuženika 21. rujna 1997. godine, te je tužitelju izvršena pretraga koronarografije, - da je prilikom izvršenja pretrage i prilikom uvođenja katetera kroz desnu femoralnu venu došlo do lezije stijenke arterije u većem obimu, a što je uzrokovalo stvaranje hematoma u toj regiji s kompresijom femoralnog živca koji komunicira s arterijom a što je prouzročilo neizdržljive boli u nozi - da je po pravilima medicinske struke valjalo operacijski riješiti zatvaranje arterije, a što nije učinjeno, - da je kod tužitelja vršena samo punkcija hematoma i to nakon par dana na inzistiranje tužiteljeve supruge, a što nije riješilo postojeće stanje i time nije rasterećen pritisak zgrušane krvi i novo pridošle, a što je sve dovelo do lezije femoralnog živca desne noge, time da je to stanje definitivno, - da je lezija femoralnog živca u direktnoj vezi sa rađenim pretragama i posljedice koje su nastale nakon tih pretraga, a da prijašnje zdravstveno stanje tužitelja na to nije imalo utjecaja, - da je kod tužitelja trebalo odmah reagirati kod početnog nastanka hematoma jer bi se na taj način izbjegle posljedice. Zbog nastupjelih posljedica tužitelj je trpio fizičke boli jakog intenziteta 2-3 dana, srednjeg intenziteta 3 mjeseca i manjeg intenziteta 6 mjeseci. U vezi sa nastalim posljedicama tužitelj je trpio primarni jaki strah oko 1,5 sati, zatim sekundarni jaki strah 12 dana, srednji sekundarni strah 6 tjedana, te kasni strah 4 mjeseca. Nastupjele posljedice smanjile su životnu aktivnost tužitelja za 35%. Tužitelj je po zanimanju diplomirani pravnik, a u vrijeme štetnog događaja bio je u dobi od 67 godina. Kod tužitelja je nastupila naruženost srednjeg do teškog stupnja koja se manifestira na primjetnom šepanju, držanjem za rukohvat pomoću kojeg se vuče uz ili niz stubište, te primjetnom razlikom u debljini desne i lijeve noge u natkoljenicama pri nošenju kratke odjeće i kupanja, te izvrtanju koljena unazad pri stajanju. Tužitelju je nakon izlaska iz bolnice bila potrebna tuđa pomoć i njega mjesec dana 8 sati dnevno, 3 mjeseca 4 sata dnevno, a zatim trajno 2 sata dnevno. Visina te štete iznosi 10,00 kn po satu pružane usluge. U vezi sa liječenjem od nastalih posljedica tužitelj je imao troškova u iznosu od 15.840,00 kn. Nalazeći da je šteta tužitelju nastala zbog propusta osoblja tuženika prilikom vršenja pretrage koronarografije nižestupanjski sudovi su zaključili da je tuženik odgovoran tužitelju za naknadu štete, a drugostupanjski je sud pravilno zaključio da tuženik u konkretnom slučaju za štetu odgovara temeljem pretpostavljene krivnje, a ne temeljem uzročnosti kako smatra prvostupanjski sud.⁵⁶

Kod naknade imovinske štete oštećenik ostvaruje pravo na naknadu obične štete i naknadu izmakle koristi, dok se visina naknade određuje prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, osim ako zakon određuje što drugo. Pri ocjeni visine izmakle koristi uzima se u obzir dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje spriječeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem.⁵⁷ U situaciji kad se imovinska šteta može kvantificirati sud bi mogao po slobodnoj ocjeni utvrditi u čemu se sastoji

54 Čl. 1100. ZOO-a.

55 Dika, M., op. cit.

56 VSRH, Rev-540/03-2 od 17. prosinca 2003.

57 Čl. 1089. ZOO-a.

gubitak. Na isti bi se način utvrđivao novčani ekvivalent prouzrokovane štete, kao štete u „drugom agregatnom stanju“, ako se ne bi mogao odrediti drukčije ili bi to bilo moguće samo uz nesrazmjerne teškoće. Sud će *in abstracto*, slobodnom ocjenom utvrditi novčani iznos na ime naknade štete tek ako se novčani ekvivalent pretrpljene štete ne bi mogao utvrditi prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke ili prema drugim zakonskim kriterijima. Utvrđivanje visine novčanog iznosa naknade u režimu slobodne ocjene suda redovito se zbiva kad se određuje visina izmakle koristi, a mnogo rjeđe kad se radi o ustanovljenju visine obične, stvarne štete.

Pozitivno pravo ustanovljava pravo oštećenika na *potpunu naknadu štete* koja mu je nanesena i to tako da sud uzimajući u obzir i okolnosti koje su nastupile poslije prouzročenja štete, dosuđuje naknadu u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kojem bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja.⁵⁸ Kako bi se ostvarilo navedeno subjektivno pravo oštećenika, sud prije određivanja naknade mora utvrditi u čemu bi se *in concreto* sastojala materijalna situacija ako nije bilo nastupa štetne radnje koja je u kauzalnom odnosu s pravno relevantnom štetom.

3.2.3. Karakteristični slučajevi iz hrvatske i poredbene prakse po kriteriju tipologije liječničkih pogreški

3.2.3.1. Terapijska liječnička pogreška

Slučaj 1.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 876/06-2 od 10. siječnja 2007. – Presuda u predmetu tužitelja 1. Č. B. i 2. K. B., protiv tuženika Kliničkog bolničkog centra Rijeka:

Operativni zahvat razbijanja bubrežnih kamenaca vibracijom putem ultrazvuka u punoj anesteziji izvršen je na pacijentu Z. B. Radilo se o rutinskoj operaciji (trajanja 1 do 1,30 h) koja je izvršena u rendgen sali, a ne u operacijskoj sali u okviru koje postoji i soba za buđenje, koja inače služi za kontrolu vitalnih funkcija u ranom postoperativnom periodu. Sama operacija i anestezija protekla je uredno i bez komplikacija. Nakon operacije medicinska sestra je vršila transport bolesnika od rendgen sale do urološkog odjela kat niže s pomoću spremačice. Soba nije imala potrebne instrumente i uređaje za brzu i efikasnu reanimaciju. Medicinska je sestra pri prebacivanju bolesnika s transportnih kolica na krevet uočila plavetnilo na koži i noktima što je znak otežanog disanja, pa je pokušala uspostaviti disanje pomoću ambul balona preko maske u čemu nije uspjela. Telefonom je pozvan dežurni anesteziolog s jedinice intenzivnog liječenja. Anesteziolog je bio udaljen oko 60 metara od urološkog odjela, morao je proći troja vrata, a jedna pritom i otključati da bi došao do bolesnika, te ga je pokušao reanimirati. Bolesnik više nije spontano disao, te je imao slabu srčanu reakciju, pa se pristupilo hitnoj intubaciji i vanjskoj masaži srca. Zatim mu je dan intravenozni adrenalin nakon čega je zamijećena srčana aktivnost uz normalizaciju boje kože. Nakon toga bolesnik je prebačen u jedinicu intenzivnog liječenja na daljnji tretman. Ostao je na životu, ali s posljedicom teškog i nepopravljivog oštećenja mozga (trajno komatozno stanje).

Predmet spora je zahtjev tužitelja za naknadom nematerijalne i materijalne štete (pogrebni troškovi i dr.) zbog smrti bliske osobe.

Prvostupanjskom je presudom odbijen tužbeni zahtjev tužitelja za isplatom štete. Drugostupanjski sud je odbio žalbu tužitelja kao neutemeljenu i u cijelosti potvrdio presudu prvostupanjskog suda. Protiv te presude reviziju su izjavili tužitelji. Vrhovni sud RH je reviziju

prihvatio kao osnovanu te ukinuo obje presude i predmet vratio na ponovno suđenje. U revizijskoj fazi postupka sporna je odgovornost tuženika, tj. je li zbog propusta medicinskog osoblja u postoperativnom tretmanu kod sada pok. Z. B. došlo do kardiorespiratornog aresta (zastoj srca i prestanak disanja) te posljedično teškog oštećenja mozga zbog nedostatka kisika (atrofija mozga), odnosno jesu li se posljedice mogle spriječiti pravodobnim uočavanjem i bržom reanimacijom. S obzirom na utvrđeno činjenično stanje da je bolesnik ostao na životu, ali s posljedicom teškog i nepopravljivog oštećenja mozga te da je pravilo kod tuženog da se pacijenti nakon razbijanja bubrežnih kamenaca iz rendgen sale odvođe u sobu za buđenje, te je uz njih prisutan anesteziološki tehničar koji po potrebi poziva doktora anesteziologa koji je u neposrednoj prisutnosti i da je bolesnik u vrijeme operacije bio star 23 godine bez drugih zdravstvenih teškoća, izraženi pravni stav nižestupajnskih sudova se ne bi mogao prihvatiti kao pravilan, pa ga opravdano pobijaju revidenti u reviziji. Ocjena postoji li uzročna veza ili ne – pravno je pitanje o kojem treba odlučiti sud, a ne vještaci. U konkretnom slučaju proizlazi (prema iskazu medicinske sestre) da je bolesnik transportiran na urološki odjel kada i nije bio u potpunosti razbuden, a da je pravovremena reanimacija izostala jer nije postojao kontinuirani nadzor i mogućnost hitne intervencije kvalificiranog medicinskog osoblja. Naime, odsustvo liječničke pogreške i uzročne veze postoji kad se štetna posljedica nije mogla svladati usprkos tome što se postupalo s potrebnom pažnjom u skladu s medicinskim standardom, a to je u konkretnom slučaju izostalo. Tuženica se prema shvaćanju Vrhovnog suda ne može ekskulpirati tvrdnjom da zdravstvene tegobe Z. B. treba prihvatiti kao rizik anestezije, a u danim okolnostima nije postupljeno onako kako je trebalo (čl. 170. i 171. ZOO-a), a naše odštetno pravo predmnijeva krivnju štetnika (čl. 154. ZOO-a). Naime, postavlja se pitanje je li u konkretnom slučaju bilo moguće spriječiti kardiorespiratorni arest u postoperacijskoj fazi, a kad se on i pojavio njegovo pravodobno uočavanje i čim brža reanimacija radi otklanjanja fatalne posljedice – ishemičkog oštećenja mozga te je li takvo stanje dovelo i do smrti pacijenta nakon šest godina, s obzirom na to da je utvrđeno, da je Z. B. imao 23 godine, inače zdrav, riječ je o manjem rutinskom operativnom zahvatu, te da je sam tijekom operacije i anestezije protekao uredno, odnosno nije utvrđeno da bi se radilo o takvim osobinama organizma i sl. koje se prema postojećem stanju medicinske znanosti nisu mogle predvidjeti, dakle da bi se radilo o sudbinskom ishodu bolesti. Sud je u smislu članka 8. ZPP-a dužan cijeniti sve provedene dokaze, pa tako i nalaz vještaka (kao jedan od dokaza) u svojoj ukupnosti te uzročno posljedičnu vezu utvrđivati za konkretan slučaj cijeneći sve utvrđene okolnosti i činjenice, a ne prihvatiti općenitu konstataciju iz vještačkog nalaza da se radi o iznimno rijetkoj, ali poznatoj komplikaciji, tako da i pravodobna intervencija da je poduzeta (a nije), ne bi morala dovesti do povoljnije reanimacije (dakle neizvjesna je). Naime, upravo u tim slučajevima kad postoji određena dvojbenost o kauzalitetu budući da katkad kauzalitet je vrlo teško i gotovo nemoguće utvrditi odluka o uzročnoj vezi tada se može utemeljiti jedino na dovoljno visokom stupnju vjerojatnosti njezinog postojanja. Kako su sudovi dakle zbog pogrešnoga pravnog pristupa pogrešno primijenili materijalno pravo na temelju članka 395. stavka 2. ZPP-a obje su presude ukinute, pa će se u ponovljenom postupku utvrđivati i ocijeniti upravo okolnosti i činjenice u vezi s uzrokom smrti pok. Z. B., s obzirom na preinačen tužbeni zahtjev.

Slučaj 2.

Vrhovni sud Austrije, 9Ob79/07v. od 8. veljače 2008.:

Tužitelj se u bolnici tuženice podvrgnuo operaciji kuka. Pritom je došlo do pogrešnog obavljanja liječničkog posla, a pri dodatnoj operaciji do kršenja obveze informiranja, bez kojeg se tužitelj, u najmanju ruku, ne bi u toj bolnici podvrgnuo drugoj operaciji. Pri prvoj operaciji umjetna čašica kuka je prestrmo ugrađena, tako da je već neposredno nakon operacije došlo do subluksacije i luksacije umjetnog zgloba kuka i time do popuštanja umjetnog trupa kuka. Zbog toga je bila potrebna druga operacija. Tuženica je u prethodnom postupku iznijela prigovor da se kod ugradnje umjetne zglobne čašice nije dogodila liječnička pogreška. Popuštanje trupa, prema njezinim navodima, nastalo je zbog sudbonosne i neizbježne infekcije koja je prouzrokovala slijeganje i zatim popuštanje trupa zgloba kuka. Tvrdila je da je isključivo to sudbonosno popuštanje bilo uzrok druge

operacije i da je sadašnjem tuženiku pruženo dovoljno informacija.

Prvostupanjski sud naložio je u prethodnom postupku tuženici da tužitelju naknadi materijalnu štetu. Sud je polazio od utvrđenja kako je točno da bi pogrešna ugradnja umjetne čašice mogla imati za posljedicu drugu operaciju, ali da je neposredan uzrok druge operacije bila sudbonosna infekcija koja nije povezana s operacijom. Prema sudu, uz stručno obavljenu drugu operaciju, isključene su kasne i trajne posljedice. Žalbeni je sud dvojio oko tumačenja dokaza prvostupanjskog suda te je, ponavljanjem dokaznoga postupka, došao do drugih utvrđenja. Po njemu, uzrok je druge operacije bila isključivo nestručna prva operacija. Tvrdi da se ne može ustanoviti da je sudbonosna infekcija dovela do slijeganja trupa. Osim toga, drugi je zahvat prouzročio trajni poremećaj funkcionalnosti (insuficijenciju) mišića u blizini zgloba kuka, što je povezano s poremećenim hodom, pri čemu je hodanje na duže relacije moguće svladati samo sa štakom. U svom zahtjevu za obnovu postupka, uloženom žalbenom sudu, podnositeljica zahtjeva (tuženica) za obnovu postupka zahtijevala je da se obnovi postupak poništavanjem presude pokrajinskog suda kao žalbenog suda, da se žalba tužitelja u okviru postupka koji bi se trebao obnoviti ne potvrdi te da se potvrdi presuda Okružnog suda Landeck, da se u obnovi pravnog predmeta potvrdi zahtjev tuženika samo u pogledu isplate odštete u iznosu od 1.750 EUR. Žalbeni sud odbio je tužbu radi obnove postupka. Sud je smatrao da ne postoje zakonski razlozi za obnovu postupka, jer se tužiteljica odnosno podnositeljica zahtjeva za obnovu postupka nije pozvala na činjenice ni na nove dokaze, a da ih nije mogla koristiti i u prethodnom postupku. Stoga je sud s pravom odbio zahtjev za obnovu postupka sukladno § 538 ZPO-u (Zakonu o građanskopravnom postupku).

Slučaj 3.

Vrhovni sud Republike Slovenije, II Ips 190/2008 od 3. travnja 2008.:

Tužiteljevo lijevo uho bilo je oštećeno tijekom operacije 7. ožujka 1994., koja je bila obavljena pod lokalnom anestezijom. Pri pričvršćivanju proteze, zbog dodira kožastog labirinta u unutarnjem uhu došlo je do udarnog svrdlastog zakretanja tužitelja i do mehaničke povrede jer operator nije uspio pravovremeno izvući instrumente iz uha. Sudovi su utvrdili da kod operacija ovakve vrste obično dolazi do nježnog dodira kožastog labirinta, što kod pacijenata obično uzrokuje samo vrtoglavicu, eventualno povraćanje i pomak glave koji nije tako brz odnosno povezan s nenadanim podizanjem tijela, da operator ne bi uspio izvući instrument iz operacijskog polja. I u konkretnom slučaju došlo je samo do blagog dodira kožastog labirinta, ali je tužiteljeva reakcija zbog preosjetljivosti njegova kožastog labirinta neuobičajena. Sudovi su ocijenili da je tužiteljev refleksni odaziv po svom intenzitetu više nego znatno premašio uobičajene reakcije pacijenata, te da stoga njegova reakcija nije adekvatna posljedica kontakta medicinskih pomagala s kožastim labirintom i da nastala šteta nije u pravno relevantnoj uzročnoj vezi s liječničkim zahvatom. Budući da je udarni svrdlasti pomak bolesnika tijekom operacije prema dostupnoj literaturi nešto izvanredno, odnosno u njoj nije ni spomenut, događaj operateru prije početka operacije nije bio poznat i predvidljiv i zbog toga mu se ne može prigovoriti nebrižnost ili nestručnost. Sudovi su utvrdili i da je tužiteljeva volja da se obavi timpanoskopija (uvid u šupljinu bubnjića s pomicanjem bubnjića) i stapedektomija (uklanjanje nepokretnog stremena po dijelovima i umetanje proteze na njegovo mjesto). Tužitelju su i više nego što je uobičajeno objašnjene poteškoće zahvata, tijekom zahvata i mogućnosti za uspjeh te mu je rečeno da mogu nastupiti posljedice do kojih je, po tvrdnji tužitelja, u konkretnom slučaju došlo (pogoršanje sluha, šum, smetnje ravnoteže itd.) i ako je zahvat izveden u skladu s pravilima struke (iz nalaza nižih sudova).

Prvostupanjski sud je odbacio tužbeni zahtjev. Žalbeni sud je tužiteljevu žalbu odbio i potvrdio presudu prvostupanjskog suda. Protiv navedene presude žalbenog suda, tužitelj je sam i po opunomoćeniku iz svih revizijskih razloga podnio reviziju. Sudovi su i na osnovi izvoda iz udžbenika otorinolaringološke kirurške tehnike zaključili da je u struci, kod operacija takve vrste, prihvatljiva upotreba obje vrste anestezije, da se ponegdje odlučuju za opću, a drugdje za lokalnu anesteziju, tako da je i lokalna anestezija kod ovakvog zahvata općeprihvaćena. Zbog toga su neutemeljeni revizijski prigovori da se sudovi prema izvodima iz toga udžbenika nisu

odredili. Stoga je revizijski sud vezan na činjenične nalaze nižih sudova. Uz nalaze nižih sudova da se operacijski postupak odvijao u skladu s prihvaćenom zdravstvenom doktrinom, da se nije odstupalo od ustaljene stručne prakse te da se tužiteljeve izvanredne reakcije nisu mogle predvidjeti, nisu osnovani ni revizijski prigovori da prvotuzena stranka nije postupala s potrebnom brižnošću. Tužiteljeva reakcija operateru nije bila poznata i nije mu mogla biti poznata te mu se i po prosudbi revizijskog suda ne može prigovoriti da bi je morao predvidjeti, da bi morao na mogućnost takve izvanredne reakcije upozoriti tužitelja i za zahvat odabrati opću anesteziju ili tužitelju čak omogućiti da sam odabere vrstu anestezije. Budući da su tužene stranke prema nalazima sudova dokazale da je operater u zadanim okolnostima postupao onako kako je bilo potrebno i u skladu s člankom 45. i glede dužnosti pojašnjavanja u skladu s člankom 47. Zakona o zdravstvenoj djelatnosti, za nastalu štetu nisu odgovorne. Takav zaključak ne znači da je za nastalu štetu kriv tužitelj. Šteta je nastala po slučaju i revizija bez značenja naglašava da su sudovi krivnju neopravdano usmjerili na tužitelja. Budući da ne postoje navedeni revizijski razlozi, revizijski sud je na temelju članka 378. ZPP-a odbio reviziju i priložene revizijske troškove.

3.2.3.2. Dijagnostička liječnička pogreška

Slučaj 1.

VS RH, Rev 1584/1998-2 od 4. veljače 1999. – Presuda u predmetu tužiteljice E. S. i Z. S. protiv tuženika Opće županijske bolnice iz Našica:

Tužiteljica je tri puta liječena kod tužene. Treći je put primljena zbog prijetećeg pobačaja te je učinjena *cerclage* (radi očuvanja trudnoće). Godine 1985., 27. siječnja, došlo je do pobačaja. Budući da se nije spontano rađala posteljica, učinjeno je manualno ljuštenje posteljice s dodatnom instrumentalnom eksploatacijom maternice. Nakon toga je tužiteljica bila febrilna u opće lošem stanju s laboratorijskim znakovima upale te je 2. veljače 1985. godine premještena u bolnicu u O. zbog upale potrbušnice nastale zbog perforacije maternice. Operirana je i izvađena joj je maternica, jajnik i jedan jajovod te joj je zbog komplikacija izveden još i manji kirurški zahvat. Na temelju nalaza vještaka utvrđeno je da je komplikacija nastala tijekom ljuštenja posteljice zbog čega je dolazilo i do krvarenja tijekom trudnoće, da je do prodora maternice došlo na ginekološkom odjelu tužene te da je operacija u bolnici u O. izvršena radi općeg teškog stanja kada je utvrđen povećani uterus s razdorom stijenke i gnojna upala potrbušnice. Posebno je utvrđeno da je pri eksploataciji maternice, nakon pobačaja, došlo do perforacije maternice. Premda je perforacija moguća, nužno ju je prepoznati i pogreška je liječnika tužene što ju nisu prepoznali. Naime, da je prepoznat na vrijeme a mogla se sanirati i ne bi došlo do odstranjenja maternice kod tužiteljice.

Predmet spora je zahtjev tužiteljice za naknadu štete za koju smatra odgovornom tuženu. Presudom suda prvog stupnja djelomično je prihvaćen tužbeni zahtjev te je tužena naložena naknada štete tužiteljici, i to na ime pretrpljenih fizičkih bolova, na ime duševnih boli zbog smanjenja fizičke aktivnosti, za pretrpljeni strah i za buduću nematerijalnu štetu, te je određeno da svaka stranka snosi svoje troškove. Tužbeni zahtjev tužitelja, kojim zahtijeva naknadu štete zbog osobito teškog invaliditeta supruge, odbijen je kao neutemeljen.

Protiv prvostupanjske odluke uložene su žalbe koje su odbijene kao neosnovane te je pravomoćnom drugostupanjskom presudom potvrđena presuda suda prvog stupnja. Protiv drugostupanjske presude tužiteljica i tužena izjavile su reviziju zbog bitne povrede odredaba parničnoga postupka i zbog pogrešne primjene materijalnog prava. Revizija tužene nije utemeljena te je odbijena, dok je revizija tužiteljice samo djelomično osnovana, i to u odnosu na odluku nižestupanjskih sudova o parničnom trošku. Tužiteljica je u tužbi i tijekom postupka tvrdila da je zbog nestručnog rada radnika tuženika pri medicinskim zahvatima poduzetih na tužiteljici pretrpjela štetu. Na temelju činjeničnih utvrđenja tijekom sudskog postupka i prema ocjeni revizijskog suda proizlazi da postoji odgovornost tužene na temelju odredbe čl. 170. Zakona o obveznim odnosima, jer je utvrđeno da postoje propusti u postupanju liječnika tužene zbog kojih tužiteljica ima štetu koju potražuje. Zbog toga reviziju tužene u odnosu na njezinu odgovornost valjalo je odbiti kao

neosnovanu, a tužena nije u pravu kada u reviziji želi prikazati da činjenično stanje nije pravilno i potpuno utvrđeno, jer se revizija zbog tih razloga ne može izjaviti. Budući da obje nižestupanjske presude sadrže jasne i određene razloge o odlučnim činjenicama nema bitne povrede iz članka 354. stavka 2. toč. 13. ZPP-a, a nema ni proturječnosti između onoga što se u razlozima o odlučnim činjenicama navodi. Po ocjeni revizijskog suda nižestupanjski sudovi pravilno su primijenili odredbu članka 200. ZOO-a kada su dosudili tužiteljici naknadu.

Slučaj 2.

Presuda drugostupanjskog suda (suca G. Stevena Ageeja) od 21.4.2006. u povodu žalbe na presudu Okružnog suda grada Suffolka u predmetu *Lawrence J. Monahan v. Obici medical management services, inc.*, br. predmeta 051592:

U utorak ujutro, 28. kolovoza 2001. Monahan, građevinski podizvođač radova, radio je na građevinskom projektu kad je obavijestio svoga nadzornika, Johnnieja Pressona, da se loše osjeća i da vidi dvostruko. Presson je zatim kontaktirao Monahanovu suprugu i organizirao da ga kolega odveze u *Wakefield Medical Center* (u nastavku: *Wakefield*) radi liječničkog pregleda. Kad je Monahan došao u *Wakefield*, ordinacija je bila zatvorena zbog pauze za ručak, ali osoba na prijemnom pultu primila je Monahana u zgradu klinike jer je primijetila da je neobično vruć i znojao. Anita Curl, medicinska sestra, otpratila je Monahana do sobe za pregled. Posvjedočila je da se Monahan činio vruć i umoran i da je hodao sporo i nesigurno. Barbara P. Carr, specijalizirana medicinska sestra, provjerila je Monahanove vitalne znakove i izmjerila krvni tlak koji je iznosio 200/95 mmHg. Carr je nadalje ustanovila da Monahan osjeća vrtoglavicu i da vidi dvostruko. Carrie Wiggins, viša medicinska sestra u *Wakefieldu*, pregledala je Monahana oko 13:00 sati. Wiggins je provjerila Monahanov karton, dva puta mu izmjerila krvni tlak i izvršila brzi neurološki pregled te utvrdila da je neurološki status normalan. Zaključila je da je Monahan doživio hipertenzijsku krizu i dala mu je *Micardis* (lijek za regulaciju krvnoga tlaka). Wiggins je posvjedočila da je rekla Monahanu da se odmara do petka, 31. kolovoza 2001., zakazala mu je pregled za dva tjedna radi mjerenja tlaka i unijela u njegov liječnički karton da ako mu se stanje ne popravi, treba doći sljedeći dan. Monahan je napustio *Wakefield* i otišao do obližnje ljekarne. Curl je promatrala Monahana u ljekarni i rekla da je izgledao jako bolesno i hodao nagnut naprijed, hodao poput nekoga tko je pod utjecajem alkohola i ošamućen. Vratila se u *Wakefield* i obavijestila o tome Wiggins, koja je izašla van i našla Monahana kako se naslanja na zgradu, te ponovno s njime razgovarala o njegovu stanju. Zatim mu je propisala Meclizine za vrtoglavicu. Bilo je znatne proturječnosti u iskazima o tome što je Wiggins rekla Monahanu da učini kad su razgovarali o njegovom stanju u *Wakefieldu*. Wiggins je rekla Monahanu da visoki krvni tlak može dovesti do inzulta i da bi morao otići do hitnog odjela bolnice. Kad joj Monahan nije ništa odgovorio, Wiggins je na temelju njegove šutnje pretpostavila da odbija otići do hitnog odjela. Monahan je inzistirao na tome da mu Wiggins nikada nije rekla da mora otići do hitnog odjela i da nikada nije spomenula mogućnost inzulta. Monahanov liječnički karton u *Wakefieldu* od 28. kolovoza 2001. sadrži zapis da je odbio otići na hitni odjel u ovome trenutku, ali nema drugog unosa u vezi s bilo kojim razgovorom između Wiggins i Monahana o nužnosti njegova odlaska na hitni odjel. Nešto poslije 13:00 sati, osoba na prijemnom pultu telefonirala je Sandri Rickmond, supruzi Monahanova šefa Richarda E. Rickmonda i rekla joj da je Monahan spreman za odlazak iz bolnice. Prema gđi Rickmond, to je sve što joj je javljeno iz *Wakefielda*. Gđa Rickmond je tada otišla u *Wakefield* i odvezla Monahana kući. Tijekom vožnje Monahan se žalio na vrtoglavicu i dvostruki vid. Po dolasku kući otišao je u krevet. Gđa Monahan je svjedočila da joj je po dolasku kući suprug rekao kako mu je Wiggins rekla da ode kući, legne i vrati se u petak. Gđa Monahan je na kratko vrijeme izašla iz spavaće sobe, a kad se vratila, našla je supruga na podu pored kreveta. Nakon što nikoga u *Wakefieldu* nije uspjela kontaktirati telefonom, odlučila ga je odvesti u bolnicu *Riverside* u *Newport News*. Tijekom vožnje do bolnice gđa Monahan ponovno je nazvala *Wakefield* i razgovarala s Curl. Obavijestila je Curl da vozi supruga u *Riverside*. Curl je posvjedočila da je uputila gđu Monahan da odveze supruga u hitnu službu *Smithfield* radi transporta do bolnice. Njihov je razgovor naglo prekinut zbog prekida u mobilnoj telefonskoj mreži. Monahanovi su stigli

u Riverside oko 15:00 sati, a Monahanu je dijagnosticiran inzult. Jedan od Monahanovih liječnika tijekom rehabilitacije, dr. Mark A. Ross, svjedočio je da je kao posljedicu inzulta Monahan razvio trajne probleme s govorom, vidom, kretanjem, mobilitetom i ravnotežom. Ross je dalje svjedočio da je Monahanu potrebna stalna liječnička skrb radi sprječavanja ponovnog inzulta i da ga se ne može ostaviti samoga dulje vrijeme te računati s time da će se samostalno valjano skrbiti o sebi. Stručnjak za ocjenu radne sposobnosti svjedočio je da je inzult ostavio Monahana nesposobnog za obavljanje profitabilnog zaposlenja s minimalnim ili većim dohotkom zbog problema koje ima s hodanjem, ravnotežom, komunikacijskim teškoćama i umorom.

Monahan je podnio tužbu, koju je kasnije dopunio, tvrdeći da je tuženik propustio pružiti mu odgovarajuću liječničku skrb 28. kolovoza 2001., i da je zbog nemarnog postupanja pretrpio inzult. Monahan je tvrdio da je bolnica Obici odstupila od utvrđenih standarda dužne pažnje jer je Wiggins propustila pravilno dijagnosticirati Monahanovo stanje i pobrinuti se da dobije hitnu medicinsku skrb koja mu je trebala radi sprječavanja ili smanjenja štetnih posljedica inzulta. Monahan je tražio naknadu štete. Ni temelji Obicijeve obrane u odgovoru na tužbu niti dopunjeni temelji obrane nisu postavili pitanje Monahanova propuštanja smanjenja vlastite štete kao obrane. Osim poricanja navoda sadržanih u *petitu* Monahanove tužbe, bolnica Obici iznijela je afirmativnu obranu kontributivnog nemara i preuzimanja rizika. Nakon što su stranke u postupku predstavile svoje dokaze poroti, Monahan je predložio sudu da uputi porotu da zanemari navode o postupcima gđe Monahan kod transporta supruga u bolnicu Riverside, a ne u bližu bolnicu. Odvjetnik bolnice Obici unakrsno je ispitao gđu Monahan o njenoj odluci da odveze supruga u Riverside iako je udaljeniji od drugih dviju ustanova hitne pomoći. Gđa Monahan je priznala da je vozila u Riverside, mada se on nalazi malo dalje nego Obici. Priznala je i da je izabrala ne stati usput u hitnoj službi u Smithfieldu. Ispitan je i dr. J. Gordon Burcha, jedan od stručnih vještaka tužitelja, o vremenu koje je trebalo gđi Monahan da se dovede do Riversidea. Navedeno je kako je istina da nema stručnjaka koji je rekao da je nastala dodatna šteta zbog odluke da se pacijent odveze u Riverside. Taj je dokaz bitan jer Monahanova teorija o nemaru polazi od pitanja pravovremenog zaprimanja na hitni odjel. Suprotno Monahanovu prigovoru, prvostupajnski sud dao je uputu poroti kako je Obici zahtijevao da tužitelj ima dužnost smanjiti štetu. Ako tužitelj nije razumno postupao da bi štetu sveo na najmanju moguću mjeru i ako je, slijedom toga, pridonio da šteta bude veća nego što bi inače bila, tada ne može dobiti naknadu za povećani dio štete.

Porota je donijela odluku u korist Monahana dodijelivši mu naknadu štete. Prvostupajnski je sud donio rješenje u skladu s odlukom porote 15. travnja 2005. godine, na koje je Monahan prigovorio na osnovi uputa o doprinosu oštećenika vlastitoj šteti i odbijanja brisanja svjedokova iskaza o izboru bolnice kao valjanog dokaza o doprinosu oštećenika vlastitoj šteti. Monahan se žalio po tri osnove. Prvo, da je prvostupajnski sud pogriješio kada je odlučio da doprinos oštećenika vlastitoj šteti nije afirmativna obrana koja se mora izrijekom navesti da bi se mogla upotrijebiti tijekom iznošenja obrane. Drugo, da je prvostupajnski sud pogriješio u odbijanju Monahanova prijedloga brisanja dokaza da je njegova supruga izabrala odvesti ga u Riverside umjesto u bližu bolnicu. Treće, da je prvostupajnski sud pogriješio nalazeći dovoljno dokaza za davanje upute poroti o doprinosu oštećenika vlastitoj šteti. U ovome slučaju nema dovoljno dokaza u potporu pravne upute o doprinosu oštećenoga vlastitoj šteti jer nema dokaza o bilo kakvom nemaru od strane Monahana nakon Wigginsinog pregleda. Wigginsino svjedočenje jasno ukazuje da je dala Monahanu izbor između odlaska na hitni odjel i odlaska kući. Neosporavani dokazi pokazuju da je Monahan izabrao jednu od opcija koje mu je ponudio zdravstveni djelatnik, sestra Wiggins. Netko ga je odveo kući i legao je u krevet. Nakon što mu je supruga došla kući, njegovo se stanje pogoršalo i odvezen je na odjel hitne pomoći, kako mu je Wiggins i sugerirala. Zbog toga što je Wiggins ponudila Monahanu alternativna rješenja, odlazak na hitni odjel ili kući jer je Monahan poslušao taj savjet i izabrao otići kući, njegova odluka ne može biti osnova za davanje upute o doprinosu oštećenoga vlastitoj šteti. Monahan nije postupio suprotno savjetima koje je dobio od zdravstvenog djelatnika, već je izabrao jedno od ponuđenih rješenja. Stoga se tužitelju ne može pripisati nikakav nemar koji bi ukazao na njegovo propuštanje ublažavanja štetnih posljedica, jer je postupio u skladu sa savjetom Wiggins. Prvostupajnski je sud stoga pogriješio odobrivši Obiciju uputu o doprinosu oštećenoga

vlastitoj šteti, jer nije bilo dokazne osnove za to. Slijedom toga, ne može se reći da je odluka prvostupajnskog suda o davanju uputa poroti o dužnosti tužitelja da ublaži štetu bila prihvatljiva. Mora se uzeti u obzir da je razmatranje porote bilo pogodeno nevaljano danom uputom o smanjenju štete. Obici nije za temelj žalbe uzeo presudu prvostupajnskog suda o svojem nemarnom postupanju. Ipak, to pitanje se nije ni razmatralo te je potvrđeno rješenje prvostupajnskoga suda o odgovornosti na strani Obicija. Nakon ponovnog suđenja, rješenje o odgovornosti ostat će obvezujuće za Obici, a Monahan neće morati dokazivati nemar društva Obici. Sud je potvrdio i onaj dio rješenja koji se odnosi na to da Obici nije trebao posebno navesti doprinos oštećenoga vlastitoj šteti kao prethodni uvjet iznošenja te obrane. Sud je poništio dio rješenja o naknadi štete jer je bila pogreška dati upute o doprinosu oštećenoga vlastitoj šteti i ne odobriti zahtjev za brisanjem dokaza vezano za odluku o odvoženju Monahana u Riverside. Stoga se predmet vraća na ponovni postupak samo u pogledu pitanja naknade štete.

Slučaj 3.

Vrhovni zemaljski sud u Düsseldorfu, presuda od 6. ožujka 2003., *Versicherungsrecht*, br. 30/2003, str. 1310-1312.:

Zbog crvenila i krvarenja bradavice na desnoj dojci tužiteljica je posjetila tuženu koja je radila kao liječnica za ženske bolesti. Liječnica joj je dijagnosticirala mamilitis i propisala liječenje određenom kremom. Pritom je rekla pacijentici da ponovno dođe za 14 dana, ako za to vrijeme crvenilo i krvarenje ne iščeznu. Pacijentica je ponovno došla kod iste liječnice koja je potvrdila dijagnozu i ponovila joj terapiju. Uputila ju je i liječniku radiologu radi mamografije, ali se pacijentica nije podvrgnula tom pregledu. Tek po preporuci liječnika za kožne bolesti, pacijentica je zamolila tuženu liječnicu da joj da novu uputnicu za radiologa, kod kojega je otišla. Obavljena joj je mamografija koja je potaknula sumnju na karcinom dojke, a histološki pregled je potvrdio multicentrični karcinom dojke. Obavljena je radikalna operacija dojke (mastektomija) na koju se nadovezala kemoterapija i tretman zračenja.

Predmet spora je zahtjev tužiteljice za naknadom štete zbog pretrpljenih bolova radi propusta dijagnostičkih mjera, tj. kasno postavljene dijagnoze. U tužbi je rečeno da su promjene na desnoj dojci morale navesti tuženu liječnicu na poduzimanje daljnjih dijagnostičkih mjera te se tužena liječnica, po navodima u tužbi, morala pobrinuti za što skoriju kontrolu putem nalaza. Da je to učinila, ne bi došlo do operacije dojke i terapije. Tužiteljica je zbog posljedica operacije pokušala izvršiti samoubojstvo pa je zato podvrgnuta i psihijatrijskom liječenju.

Prvostupajnski je sud osudio tuženu da na ime naknade štete zbog pretrpljenih duševnih bolova isplati naknadu tužiteljici, a njena žalba Višem zemaljskom sudu u Düsseldorfu nije imala uspjeha. Presuda upućuje na to, da ako kod pacijentice postoji upadljiv klinički nalaz (crvenilo i krvarenje bradavice na desnoj dojci), pri čemu se ne može isključiti sumnja na tumorsko oboljenje, pogrešno je da ordinirajući liječnik ginekolog kaže pacijentici da ponovno dođe k njemu radi kontrolnog ispitivanja samo ako ne nastupi poboljšanje nastalih promjena na dojci. Time je ocjena medicinskog nalaza, na nedopustiv način, prepuštena pacijentu. U slučaju osnovane sumnje na karcinom dojke, neizostavno je potrebno izvršiti biopsiju i potom obaviti ispitivanje tkiva. Provođenje mamografije (rendgensko snimanje dojke) nije dovoljno. Ako ginekolog ne obavijesti svoju pacijenticu o konkretnoj sumnji na karcinomsko oboljenje dojke i o potrebi hitnog odgovarajućeg dijagnostičkog razjašnjenja, to se postupa kao grubi propust. Odbijanje provođenja hitne dijagnostičke mjere od strane pacijentice treba zabilježiti u njenu medicinsku dokumentaciju.

3.2.3.3. Atipične liječničke pogreške

Slučaj 1.

Vrhovni sud RH, presuda u predmetu tužiteljica J. K., M. K., K. O., LJ. G i S. B. protiv tuženika Doma zdravlja Slavonski Brod:

Tužiteljice J. K., M. K., K. O., L.J. G i S. B. su 16. travnja 2002. izgubile supruga i oca A. K., koji je bio pacijent Doma zdravlja Slavonski Brod. Djelatnici Hitne pomoći prevozili A. K. od kuće do zdravstvene ustanove radi dijalize. Kod prijevoza su u sudskom postupku utvrđene sljedeće nepravilnosti: transportna kolica nisu imala odgovarajuće remenje za fiksaciju bolesnika i transport je vršen protivno pravilima struke te je A. K. pri transportu pao s nosila i dobio teške ozljede od kojih je kasnije preminuo.

Predmet spora je zahtjev za naknadom materijalne i nematerijalne štete zbog smrti bliske osobe, za koju smatraju odgovornim tuženika.

Presudom suda prvog stupnja naloženo je tuženiku naknaditi tužiteljicama štetu s pripadajućim zateznim kamatama i parnični trošak. Drugostupanjskom presudom žalba tuženika odbijena je kao neosnovana i potvrđena je prvostupanjska presuda. Protiv pravomoćne drugostupanjske presude tuženik je izjavio reviziju zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka i zbog pogrešne primjene materijalnog prava. Revizija je odbijena kao neutemeljena člankom 393. ZPP-a, kao i zahtjev tužiteljica za naknadom troškova odgovora na reviziju. Štetni je događaj nastao isključivo zbog propusta djelatnika tuženika pri prijevozu sada pok. A. K. na dijalizu te je revizijom zaključeno da su nižestupanjski sudovi pravilno zaključili da je tuženik u cijelosti odgovoran za predmetnu štetu prema odredbi članka 170. stavka 1. Zakona o obveznim odnosima.

Slučaj 2.

Savezni vrhovni sud Njemačke, presuda od 5. ožujka 1985., *Medizinrecht*, br. 3/1986, str. 154-156.:

Oko 21:30 sati gospođa W. više je puta udarila svog supruga čeličnom šipkom dok je spavao. Odmah nakon 22:00 sata oboje su dopremljeni u bolnicu kolima hitne pomoći. Liječnik hitne pomoći ubrizgao je gospođi W. sredstvo za smirenje. Poslije prvog prijema i tretmana u internoj ambulanti bolnice te dužeg razgovora sa sinovima pacijentice, liječnik neuropsihijatar pacijentici je postavio sljedeću dijagnozu: „Psihički: najprije stuporozna slika s naizmjeničnim reakcijama. Afektivno stanje promjenljivo, jedan trenutak plače, a drugi je sretna zbog onoga što je učinila. Nema sigurnih formalnih ili stvarnih smetnji u mišljenju, nema ničeg što bi ukazivalo na neposrednu opasnost od suicida. Sumnjiva dijagnoza: reakcije kratkog spoja, moguće psihotične epizode”. Neuropsihijatar je smatrao da je pacijentici W. potrebno bolničko liječenje, ali u nedostatku slobodnih kreveta na neurološkom odjelu bolnice on ju je oko 00:30 sati smjestio u bolnički toalet. Radi smirenja propisao joj je *Neurocil* kapi te naredio noćnoj službi da na nju osobito pripazi. Tijekom iste noći kod pacijentice se nije dogodilo ništa što bi bilo vrijedno pažnje, a ujutro oko 6:00 sati, kad je izvršena smjena dežurnog osoblja, pacijentica je spavala. Oko 7:30 sati osoblje za njegu bolesnika zateklo je pacijenticu W. u očajnom stanju: umazanu izmetom i potpuno prljavu. Okupali su je i tom je prilikom kod nje nastupio kolaps u cirkulaciji krvotoka pa je zato ubrzo smještena na odjel za intenzivnu njegu. Navečer istoga dana kod pacijentice je utvrđena upala pluća prouzročena vjerojatno inhalacijom povraćenog uglja koji joj je dan zbog sumnje da je, u namjeri da izvrši samoubojstvo, uzela otrov. Navečer je pacijentica W. konačno priznala da je u kupaonici popila više gutljaja iz boce s otrovnim sredstvom za dezinfekciju. Nakon sedam dana umrla je od posljedica upale.

Predmet spora je tužbeni zahtjev supruga pacijentice W. kojim on tuži liječnika neuropsihijatra i bolnicu smatrajući ih odgovornima za smrt svoje supruge i zahtijeva od njih naknadu štete na ime održavanja u obliku rente.

Sud prvog stupnja odbio je tužbeni zahtjev. Vrhovni zemaljski sud u Hammu potvrdio je prvostupanjsku presudu, a ni revizija upućena Saveznom vrhovnom sudu Njemačke nije imala uspjeha. Savezni vrhovni sud polazi od konstatacije da su tuženi liječnik i bolnica bili dužni, u okvirima potrebnih terapijskih mjera, učiniti sve kako bi spriječili samoubojstvo pacijentice izazvano njezinom bolešću. Međutim, po njegovom mišljenju nije dokazano da su tuženi postupili protivno svojim dužnostima. Nesumnjivo je da je pacijentica W. popila sredstvo za dezinfekciju u namjeri da izvrši samoubojstvo i da je uzimanje tog otrovnog sredstva objektivno bilo moguće spriječiti. Stalnim nadgledanjem ili smještanjem pacijentice u sigurnu sobu mogućnost samoubojstva bila bi znatno

otežana, ako ne i potpuno isključena. Međutim, tuženi liječnik nije morao računati s neposrednom opasnošću od samoubojstva pacijentice; točnije rečeno, nije utvrđeno da se s time trebalo računati. Teret dokazivanja suprotnoga leži na tužitelju. Pacijentica W. je prije dolaska u bolnicu dva puta pokušala izvršiti samoubojstvo, ali tuženi liječnik to nije znao. Po mišljenju sudskog vještaka, čak i da je znao, to ne bi bilo dovoljno da se on ukori zbog propusta prilikom postavljanja dijagnoze i određivanja mjera nadzora nad pacijenticom jer su se navedeni pokušaji samoubojstva odigrali prije više od dvadeset godina, tako da se o njima nije moralo voditi računa pri ocjeni stanja pacijentice. Mišljenje je sudskoga vještaka da je tuženi liječnik ispravno ocijenio stanje pacijentice nakon razgovora s njom i njezinim sinovima. Bilo je dovoljno to što je liječnik dao pacijentici sredstvo za smirenje i naložio nadzor. Time je učinio ono što bi se od njega moglo očekivati. Savezni vrhovni sud drži da nisu postojale indicije koje bi ukazivale na opasnost od samoubojstva pa zato smatra da tuženi liječnik i bolničko osoblje nisu postupili protivno svojim obvezama kad su pacijenticu smjestili u kupaonicu u kojoj je stajalo otrovno sredstvo za dezinfekciju. Takve se stvari u domaćinstvima obično nalaze u kupaonicama, negdje po strani, pa je tako uobičajeno i u bolnicama. Sud je mišljenja da bi bilo pretjerano očekivati od bolnice da takvo sredstvo drži uvijek pod ključem. Miješanje dotične boce s medikamentima nije bilo moguće. U ovome slučaju ne postoji, dakle, povreda dužnosti pažljivog postupanja koja bi opravdala pravo na naknadu štete. Tuženi liječnik mogao je smatrati da je poduzeo dovoljne mjere kako bi pacijenticu zaštitio od samooštećenja jer joj je dao sredstvo za smirenje i naložio stalni nadzor. Činjenica da pacijentica tijekom noći nije učinila ništa neobično dokazuje da je takvo očekivanje bilo opravdano. Nije utvrđeno ni da je sljedećeg jutra, poslije buđenja, ispoljila iznimno stanje koje bi iziskivalo posebnu zaštitu od samoubojstva. Teret dokazivanja drukčijeg stanja stvari leži na tužitelju. On bi trebao dokazati da je takvo stanje tuženi liječnik mogao primijetiti i da bi ono, budući da je bilo navečer, potrajalo do sljedećeg jutra. Takav dokaz tužitelj nije u stanju pružiti jer nitko ne zna kakvo je bilo stanje pacijentice u trenutku uzimanja otrova. Sudski je vještak potvrdio da ni on ne bi smatrao da će dijagnosticirano stanje pacijentice koje je postojalo navečer potrajati do ujutro. Naprotiv, on drži da je situacija obrnuta: pacijentica je mogla popiti više gutljaja otrova pa čekati do večeri da nastupi djelovanje, samo zato što je imala čvrstu namjeru izvršiti samoubojstvo. U običnim bolnicama, jakoj i neshvatljivoj volji pacijenta da počinila samoubojstvo nije se moguće suprotstaviti nikakvim učinkovitim sredstvima. Stoga je i Savezni vrhovni sud ostao pri stavu prvostupanjskog i drugostupanjskog suda te odbio tužbeni zahtjev u cijelosti.

4. GRAĐANSKOPRAVNA ODGOVORNOST ZBOG POVREDE MEDICINSKOG STANDARDA I KORELATIVNA EKONOMSKA PITANJA

4.1. Financijski učinci i trendovi odštetnopravne odgovornosti zbog liječničke pogreške

Pravna i ekonomska literatura upozoravaju na rastući trend pokretanja odštetnopravnih postupaka radi popravljivanja štete prouzročene liječničkim pogreškama. *Per exemplum*, podatci za SAD upućuju porast ukupnih posrednih i neposrednih troškova koji stoje u kauzalnoj vezi s povredom medicinskog standarda. Tako se registrira se porast troškova odvjetničkog zastupanja koji iznosi prosječno po slučaju 47.158,00 USD u 2010. godini što je porast od 62,7 % od 2001. godine; tijekom 2010. čak je 63,7 % postupaka pravomoćno okončano u korist tuženih liječnika/zdravstvenih ustanova. Pritom su troškovi odvjetnika branitelja iznosili u prosjeku 26.851,00 USD. Prosječni ostvareni odštetnopravni zahtjev iznosio je

u 2010. g. 331.947,00 što je povećanje od 11,5 % od 2001. godine. Udjel polica osiguranja od profesionalne odgovornosti liječnika koje prekoračuju prekoračenje po štetnom događaju od jedan milijun dolara povećao se s 28 % na 41 % u istom razdoblju.⁵⁹ Smatra se kako od 4 do 18 % pacijenata trpe posljedice liječničke nepažnje u obavljanju medicinskog tretmana sa brojnim štetnim posljedicama na zdravlje i ekonomsku sferu pacijenata, pritom tek manji broj štetnih događaja biva predmetom građanskopravnog postupka za naknadu štete.⁶⁰ Neovisno o tome, financijski izdatci uvjetovani postupanjem liječnika *contra legem artis* izravno dovode do povećanja bolničkih rashoda u rasponu od 1.246,00 do 4.769,00 USD godišnje, ovisno o tipu zdravstvene ustanove i specifičnom medicinskom tretmanu koje se tamo provodi. Prema američkom *Institute of Medicine* ukupni godišnji izdatci po različitim osnovama, a koji su *per directum et indirectum* izazvani postupanjem liječnika i drugog zdravstvenog osoblja protivnom pravilima medicinske struke procjenjuju se na čak od 17 do 29 milijardi dolara godišnje!⁶¹

S istim se trendovima suočavaju u Italiji. Prema dostupnim podacima,⁶² na godišnjoj se razini pokreće otprilike 15.000 odštetopravnih postupaka zbog šteta prouzročene liječničkom pogreškom, a zdravstvene ustanove na ime odštetnine pacijentima isplaćuju kumulativni iznos od oko 10 milijardi eura. Relativno najveći postotak tužbenih zahtjeva tiče se liječničkih pogreški u okviru ortopedijske kirurgije i traumatologije, a bilježi se i relativno najveći broj pokrenutih kaznenih postupaka protiv liječnika i drugoga zdravstvenog osoblja na cijelom području EU-a. Referentna statistika ukazuju da liječnik s 20 godina prakse ima 80 % šansi da će protiv njega biti pokrenut građanskopravni postupak zbog povrede pravila medicinske struke uz jednaki postotak vjerojatnosti od 80 % da će predmetni postupak biti okončan u njegovu korist odbijanjem tužbenog zahtjeva.⁶³

Recentno je istraživanje⁶⁴ pokazalo kako je postupak naknade štete pokrenut u odnosu na 243 kirurga, pri čemu je utvrđena odgovornost u 75 % slučajeva, od toga čak 61 % iz područja elektivne ortopedske kirurgije. Kirurški su timovi tuženi u tek 30 slučajeva te je presuđena građanskopravna odgovornost i određena naknada štete u 22 sporna slučaja. Ukupno dosuđeni iznos na ime popravljivanja štete iznosio je 12.350.000,00 eura. Kada su u pitanju štetne posljedice sa smrtnim ishodom sudovi razlikuju hitne i elektivne kirurgije, tako da odštetu dosuđuju u prosječnom iznosu od 896.989,00 eura, kad je u pitanju elektivna kirurgija u odnosu na EUR 297.921,00 kad je smrt pacijenta prouzročena hitnim kirurškim zahvatom (traumatologija). Statistike pokazuju da je europsko javno mnijenje postalo svjesno da postoje konkretne i realne opcije koje omogućuju učinkovito ostvarenje prava na naknadu štete u tim

59 Lewis, M. Jr., Medical malpractice costs continue to climb, *Medical Economics*, 11. Jan. 2012, str. 1-2, <<https://www.medicaleconomics.com/articles/medical-malpractice-costs-continue-climb%20>>, 5. ožujka 2019.

60 Arlen, J., *Economic Analysis of Medical Malpractice Liability and its Reform*, op. cit.

61 loc. cit.

62 Traina, F., op. cit., str. 1.

63 Fattorini, P. i dr., *Casistica ortopedica dell' osservatorio GISDI, Medical malpractice daily. Supplemento di Medicina Legale Quaderni Camerti, reg. Trib. Di Camerino, 2007.*

64 Tarantino, U. i dr., op. cit, str. 1-10.

slučajevima. Pritom je fenomen zabilježio proporcionalno povećanje troškova za naknadu štete zbog povrede medicinskoga tretmana, koji su ukupno porasli za oko 200 % prema Europskom bolničkom i zdravstvenom savezu te variraju između 9 i 15 eura *per capita*.⁶⁵

U pogledu financijskih učinaka odštetnopravne odgovornosti na poslovanje zdravstvenih ustanova u Hrvatskoj bilo je potrebno analizirati dostupno izvješće HZZO-a za odgovarajuće izvještajno razdoblje⁶⁶ koje je pokazalo da ukupni

65 European Hospital and Healthcare Federation.

66 Tako su na poziciji rashoda evidentirani ostali rashodi – naknade štete, međutim proučavanjem izvješća utvrđeno je kako se odnosni rashod u iznosu od oko 24 milijuna kuna odnosi na štete od profesionalnih oboljenja te da izdatci na ime naknade pacijentima na temelju pravomoćno dosuđene odštete nisu zabilježeni. Najveći je dio rashoda - izdataka utrošeno za zdravstvenu zaštitu, koja iznosi 20.101.295.820 kn i čini 88,37 % sveukupnih izdataka. Za naknade je utrošeno 9,91 % izdataka, a svi ostali izdatci čine 1,72 % ukupnih izdataka. U obveznom zdravstvenom osiguranju izdatci za zdravstvenu zaštitu iznose 18.829.544.568 kn i manji su od istih izdataka prethodne godine, kada su izdatci za zdravstvenu zaštitu iznosili 19.128.774.868 kn. Međutim, napominje se da su u izdatcima 2014. godine iskazana i sredstva sanacije zdravstvenih ustanova u iznosu od 1.951.368.099 kn, te umanjimo li za taj iznos, tada izdatci za zdravstvenu zaštitu za 2014. godinu iznose 17.177.406.769 kn, iz čega slijedi da su izdatci za zdravstvenu zaštitu u 2015. godinu veći za 9,62%. U dopunskom zdravstvenom osiguranju izdatci za zdravstvenu zaštitu iznose 1.193.163.396 kn. Izdatci za zdravstvenu zaštitu za ozljede na radu i profesionalne bolesti iznose 78.587.856 kn, a u prethodnoj godini su iznosili 74.796.168 kn. Ukupne naknade od siječanj doprosinca 2015. godine iznose 2.252.826.457 kn i čine 9,91 % ukupnih izdataka i veće su od istih izdataka u 2014. godini za 3,42 %. Ukupne naknade u prethodnoj godini su iznosile 2.178.295.339 kn. Zdravstvena zaštita i naknade čine 98,28 % ukupnih izdataka. Ostale izdatke čine rashodi za zaposlene, materijalni izdatci, financijski izdatci, rashodi za nabavu nefinancijske imovine i izdatci za financijsku imovinu i otplatu zajma, koji u 2015. godini iznose 392.056.573 kn, manji su od ostalih izdataka prethodne godine, kada su iznosili 398.916.490 kn i čine 1,72 % sveukupnih izdataka. U 2015. godini rashodi su za zaposlene iznosili 228.335.271 kn i manji su za 0,97 % od rashoda prethodne godine, kada su iznosili 230.561.633 kn, a čine ih bruto plaće s doprinosima na plaće, jubilarne nagrade, dar za djecu zaposlenika, otpremnine radi odlaska u mirovinu, naknade zbog bolesti zaposlenika, a sve u skladu s Kolektivnim ugovorom za djelatnosti zdravstva i zdravstvenog osiguranja. Osnovica za obračun plaće u 2014. i u 2015. godini iznosi 5.108,84 kn. Prosječan broj zaposlenih na osnovi sati rada u HZZO-u u 2015. godini je 2.167 zaposlenika za koje su sredstva za bruto plaću na godišnjoj razini iznosila 190.321.811 kn. Iz toga proizlazi da prosječna mjesečna bruto plaća po zaposlenom iznosi 7.318,94 kn. Prema podacima Državnog zavoda za statistiku prosječna bruto plaća po zaposlenom u pravnim osobama Republike Hrvatske za razdoblje siječanj-prosinac 2015. godini iznosi 8055,00 kn. Prema kadrovskoj evidenciji stvarni broj zaposlenih u HZZO-u, 1. siječnja 2015. godine bio je 2.295 zaposlenika, a 31. prosinca 2015. godine je 2.306 zaposlenika, što je za 11 zaposlenika više. U HZZO-u je 31. prosinca 2015. godine evidentirano službenika dužnosnika i sadržani su u ukupnom broju zaposlenika. U promatranom razdoblju materijalni izdatci su iznosili 97.500.958 kn i manji su od istih izdataka prethodne godine kada su iznosili 128.947.932 kn. Sgledamo li materijalne izdatke po vrstama, može se zaključiti da je najveće smanjenje zabilježeno na stavci *Ostali nespomenuti rashodi poslovanja*, koji su u 2014. godini iznosili 28.975.691 kn, a u promatranom razdoblju iznose 81.434 kn. Najveći je dio tih rashoda u prethodnoj godini iskazano u dopunskom zdravstvenom osiguranju, a odnosi se na ispravak vrijednosti potraživanja. Smanjena je i stavka *Naknade za prijevoz* s 12.177.599 kn u 2014. na 9.949.496 kn u 2015. godini zbog promjene načina obračuna prijevoza. Rashodi za uredski materijal i ostali materijalni rashodi smanjeni su sa 7.082.879 kn u 2014. na 4.966.837

neprepoznati izdatci na ime naknade štete zbog liječničke pogreške ne terete bitno proračun HZZO te se stoga uopće posebno ne evidentiraju! Razvidno je da hrvatski zdravstveni sustav za razliku od analiziranih (Italija, SAD i dr.), nije opterećen velikim troškovima za popravljjanje štete zbog povrede medicinskog standarda te da hrvatska pravna praksa nije usklađena s praksom u referentnim državama koje smo komparativno obradili. Ipak, moglo bi se predvidjeti da će uključenje Hrvatske u ekonomski i pravni prostor EU-a sa vremenom utjecati na prihvaćanje prisutnog trenda pojačanog iniciranja odštetnih postupaka radi liječničke pogreške u provedbi medicinskog tretmana. Osim toga, građanskopravna odgovornost za povredu medicinskoga standarda može biti unosan posao koji omogućuje prihode znatno širem krugu subjekata od oštećenika-pacijenata, što dobro ilustrira situacija u SAD-u i Italiji.

4.2. Pravno-ekonomski model optimalne zdravstvene skrbi

4.2.1. Uvodne napomene

Općenito se smatra kako odštetnopravni sustav poticajno djeluje u smislu poboljšanja medicinske usluge, odnosno, ideja da potencijalni štetnik treba obešteti svoju žrtvu (oštećenika) trebala bi imati preventivni učinak.⁶⁷ U tom smislu, pravna i ekonomska teorija postavljaju pitanje kako bi pristup *ex post* mogao povratno poticajno utjecati na način da *pro futuro* prevenira povredu medicinskog tretmana. Jedan od začetnika problematike, *Guido Calabresi* s pravnog odsjeka Sveučilišta Yale,⁶⁸ u svom poznatom djelu „Troškovi nezgode“ razlikuje primarne, sekundarne i tercijarne troškove. Pritom primarni troškovi nastaju izbjegavanjem nastanka štete koja bi se uopće mogla pojaviti; sekundarni troškovi odnose se na ravnomjerno raspoređivanje financijskih gubitaka, dok se tercijarni troškovi odnose na rashode administracije u

kn u 2015. godini. Smanjeni su i izdatci za *Usluge telefona, pošte i prijevoza* s 21.529.226 kn u 2014. na 18.197.365 kn u 2015. godini. Zakupnine i najamnine su povećane, u 2015. godini iznose 18.696.093 kn, a u prethodnoj su godini iznosile 16.409.231 kn. Komunalne i računalne usluge su također povećane. Financijski izdatci su povećani, jer izlaskom iz riznice usluge platnog prometa plaćaju se drukčije i iznose 21.403.334 kn, a čine ih izdatci platnog prometa i bankarske usluge, negativne tečajne razlike te zatezne kamate (u 2014. su iznosili 3.530.887 kn). Izlaskom iz sustava Državne riznice HZZO je obavezan plaćati bankarske usluge. Ostali izdatci iznose 24.197.050 kn i odnose se na isplatu odštetnih zahtjeva radnika oboljelih od profesionalne bolesti zbog izloženosti azbestu. U 2014. godini ostali su izdatci iznosili 9.439.231 kn. Rashodi za nabavu nefinancijske imovine iskazani su u iznosu od 14.231.095 kn, manji su od istih izdataka iskazanih u 2014. godini, kada su iznosili 20.279.063 kn. U strukturi ulaganja najvažniji su rashodi za uredsku opremu i namještaj 52,58 % (nabava uredskog namještaja i opreme te nabava informatičke opreme). Ulaganja u računalne programe čine 5,91 % rashoda. Na dodatna ulaganja na građevinskim objektima utrošeno je 39,70% sredstava (izrada projektne dokumentacije te adaptacija i uređenje prostora, ponajprije područne službe Varaždin, Dubrovnik i Šibenik). Izdatci za financijsku imovinu i otplata zajma iznose 6.001.041 kn, a čine ih izdatci za otplatu informatičke opreme koja je kupljena na obročnu otplatu.

67 Usp. Schiemann, G., *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts*, München, Beck, 1981., str. 185.

68 Calabresi, G., *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven/London, Yale University Press, 1970.

okviru određenoga pravnog sustava povezani s postupkom naknade štete. Pravna teorija zauzima gledište prema kojem bi odštetnopravni sustav u svom totalitetu, kao zaseban mehanizam u okviru sustava zdravstvene skrbi, trebao dati poticaj da se umanjuje totalni društveni trošak zbog nezgoda, odnosno, trebalo bi stvarati pravno-ekonomski sustav koji bi trebao minimalizirati ukupni trošak koji stoji u kauzalnoj vezi s nastupom štetnih događaja (nezgoda).⁶⁹

4.2.2. Klasični model nezgoda

U daljnjoj razradi tematike razmatrani su modaliteti optimalne zaštite prava pacijenata povezani s konkretnim pravilima civilnopravne odgovornosti. Istraživanje je ponajprije uputilo na *klasični model nezgoda (šteta)* koji preispituje ulogu odštetnog prava i profesionalne odgovornosti te ga dovodi u vezu s ukupnim društvenim boljitkom koji ovisi o tome koliko je svaki pojedini pružatelj zdravstvene usluge (liječnik) uložio u medicinsku obradu svakog pojedinog pacijenta. *Klasični model nezgoda (šteta)* ističe ulogu građanskopravne odgovornosti za štetu zbog povrede medicinskog standarda, jer se smatra da navedeni pravni institut djeluje tako što *inter alia* osnažuje opću društvenu korist, budući da bi u nedostatku takve pravne odgovornosti, zdravstvene ustanove i liječnici, prirodno težili smanjenju vlastitih financijskih ulaganja na ime troškova medicinskog tretmana, a što bi dovelo do pada očekivane razine zdravstvene usluge koju su obvezatni pružiti.⁷⁰ Ukazuje se zakonitost prema kojoj djelotvoran odštetnopravni sustav ima učinak *generalne prevencije* od nastupa štetnih događaja, odnosno, djeluje *ex ante*, što implicitno presumira viši prosječan stupanj ispoljene stručnosti u provođenju svakodnevnih medicinskih tretmana.⁷¹

Posebno se istraživala individualna odluka institucionalnih pružatelja zdravstvenih usluga u smjeru financijskog ulaganja u konkretan medicinski tretman koja je, u nedostatku djelatnog pravno-zaštitnog mehanizma, realna pretpostavka sistemski nepovoljnog utjecaja na razinu kvalitete medicinskog tretmana. Naime, podrazumijeva se situacija prema kojoj trošak obavljanja odabranoga medicinskog tretmana uvijek i isključivo pada na teret institucionalnog pružatelja zdravstvene usluge, kojemu su za razliku od pacijenta poznata pravila medicinske struke koja omogućuju pružanje optimalne profesionalne usluge. U tim bi se okolnostima moglo razumno pretpostaviti da bi, u nedostatku sustava odštetnopravne odgovornosti kao svojevrsnog "osigurača kvalitete", bilo realno za očekivati da bi zdravstvene ustanove u nemaloj mjeri faktično provodile tek suboptimalni medicinski tretman koji u potpunosti ne odgovara zahtijevanom medicinskom standardu, budući u cijelosti i samostalno snose trošak liječenja, dok istodobno ne ostvaruju maksimalnu ekonomsku korist od ulaganja u spomenuti optimalan medicinski tretman. Ta bi se anomalija *inter alia* mogla učinkovito otkloniti interpolacijom sustava zdravstvenog osiguranja jer u tom slučaju trošak zdravstvene usluge prelazi sa liječnika na osiguratelja.⁷²

69 Faure, M., op. cit., str. 7.

70 Arlen, J., Economic Analysis of Medical Malpractice Liability and its Reform, op. cit., str. 34.

71 Vojković, H., Ekonomski učinkovita zdravstvena skrb i liječnička pogreška, Zagreb, Ekonomski pregled, 2019., str. 18 (u objavlivanju).

72 Danzon, P. M., Tort Liability: A Minefield for Managed Care?, Chicago, The Journal of Legal

Stajalište je Prave literature da bi se preventivno smanjenje učestalosti liječničkih pogreški moglo postići trajnim ulaganjem u sigurnost pacijenta⁷³ koje uključuje stalno stručno usavršavanje, ulaganje u suvremenu medicinsku tehnologiju i sl. Time bi se *ex ante* ultimativno utjecalo na prosječno viši stupanj primijenjenoga standarda medicinske usluge. Takav bi *modus operandi* bitno umanjio opći rizik od pojave nestručnoga medicinskog tretmana s pratećim štetnim posljedicama – zdravstvenim, pravnim, ekonomskim, dok bi specifični rizik provođenja tretmana u odnosu na određenog pacijenta i dalje postojao. U uvjetima kad bi došlo do ostvarivanja takvog specifičnog rizika zbog poduzimanja medicinskog tretmana koji nema obilježje *in optima forma et bonus pater familias*, slučaj bi se dalje pravno i ekonomski rješavao sukladno pravilima pravnog instituta građanskopravne odgovornosti.

4.2.3. Optimalni standard zdravstvene skrbi

Prema osnovnom pravno-ekonomskom modelu odštetnopravni sustav je u funkciji utvrđivanja ekonomski učinkovitog rješenja jer se temeljni *ratio* instituta građanskopravne odgovornosti očituje u dvostrukom smislu. S jedne strane, očituje se u smanjenju troškova ostvarenog štetnog događaja - troškovi štete. S druge strane očituje se u smanjenju troškova koji nastaju u procesu prevencije štete – preventivni troškovi.⁷⁴ Razvidno je da u okolnostima izostanka funkcionalnog sustava građanskopravne odgovornosti, štetnik ne bi imao ekonomsko-pravni poticaj postupati s dužnom profesionalnom pozornosti budući da prouzrokovanje štete ne bi pogadalo njegovu ekonomsku sferu. Nastavno na to shvaćanje, teorija je prihvatila *pravila dužne pažnje (negligence rule)* kao esencijalnu komponentu instituta građanskopravne odgovornosti, a koja pravila izravno potiču potencijalnog štetnika da postupa *lege artis* radi ostvarenja učinkovite razine dužne skrbi. Implementacija *pravila dužne pažnje*, odnosno, *odštetnopravni sustav* sa svojim pravnim i ekonomskim implikacijama, posljedično dovode do toga da potencijalni štetnik pruža uslugu u režimu standarda optimalne skrbi jer pravni sustav profesionalni standard medicinskog postupanja izjednačuje upravo s ekonomskom konstrukcijom optimalne skrbi za primatelja usluge – hipotetičkog oštećenika.⁷⁵ Kako je optimalan standard zdravstvene skrbi određen kao takva razina skrbi gdje su granični troškovi skrbi jednaki graničnim koristima po osnovi smanjenja rizika od nastanka štete, nepridržavanje tako determiniranog standarda optimalne skrbi, potencijalni štetnik neće imati ekonomski interes, jer bi u neželjenoj situaciji ostvarenja rizika od nastanka štete povećao svoje ukupne troškove. Mora se naglasiti da izneseni modalitet primjene pravila dužne pažnje u praksi ostvaruje povoljne ekonomske učinke isključivo uz uvjet da pravni sustav jasno određuje pravno zahtijevanu razinu skrbi - pravni standard dužne pažnje liječnika - kao adekvatnu ekonomski definiranom modelu optimalne zdravstvene

Studies, vol. 26, 2/1997, str. 491-519.

73 Arlen, J., Economic Analysis of Medical Malpractice Liability and its Reform, op. cit., str. 39.

74 Calabresi, G., The Costs, str. 17.

75 Shavell, S., Economic Analysis of Accident Law, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987., str. 1-25; Calabresi, G., Optimal Deterrence and Accidents, New Haven, Yale Law Journal, vol. 84, 4/1975, str. 658.

skrbi.⁷⁶ Iz navedenoga proizlazi zaključak o postojanju odnosa *interdependentiae* ekonomskog, pravnog i zdravstvenog sustava, a dodirna točka ovih sustava, određena je definicijom optimalnoga profesionalnog standarda zdravstvene skrbi.⁷⁷ Naime, uzajamnost, međuovisnost i kauzalitet jasno dolaze do izražaja u situaciji kada se dosljedno primjenjuju *pravila dužne pažnje (negligence rule)* u okviru provođenja medicinskog tretmana.

U razradi koncepta optimalnoga profesionalnog standarda zdravstvene skrbi odabrana je metodologija klasične *cost/benefit* analize kako bi se odredila ona konkretna razina zdravstvene skrbi koja u konačnici vodi do minimaliziranja ukupnih društvenih troškova koji rezultiraju povredom medicinskog standarda postupanja i korelativnom štetom koju oštećenik trpi kao posljedicu.⁷⁸ Općeprihvaćeno je stajalište da bi već mogućnost primjene pravila građanskopravne odgovornosti, koja djeluju *ex post* u uvjetima nastale štete, trebala izazvati adekvatnu reakciju subjekata već *ex ante* kako bi se primijenila odgovarajuća profesionalna pozornost ili korigirale aktivnosti u smjeru smanjenja rizika od nastupa štetnog događaja.

4.2.3.1. Posebno o optimalnom standardu zdravstvene skrbi u Hrvatskoj

Definicija standarda optimalne skrbi u hrvatskom pravnom, medicinskom i ekonomskom poretku polazi od načelnih odredbi koje uređuju područje zdravstva te kojima se utvrđuje model ostvarivanja kvalitete zdravstvene zaštite koji se zasniva na *načelu učinkovitosti i djelotvornosti sustava kvalitete zdravstvene zaštite i sigurnosti zdravstvenih postupaka*, a što se ostvaruje provedbom mjera za osiguranje kvalitete zdravstvene zaštite. Također, hrvatski pravni poredak ustanovljava *načelo sigurnosti pacijenata* koje se ostvaruje provedbom mjera kojima se svakom pacijentu osigurava pravo na kvalitetnu zdravstvenu zaštitu sukladno njegovu zdravstvenom stanju i općeprihvaćenim stručnim standardima te kojima se sprječavaju štetni neželjeni događaji čija bi posljedica mogla biti smrt ili oštećenje zdravlja pacijenta. Sustavom mjera koje se provode nastoji se postići optimalan odnos između učinaka provedenih zdravstvenih postupaka i troškova nastalih njihovom provedbom, pritom uvažavajući tehničke, organizacijske i gospodarske čimbenike. Sukladno zasadama *klasičnog modela nezgoda (šteta)*,⁷⁹ hrvatski zdravstveni model ulogu odštetnog prava i građanskopravne strukovne odgovornosti liječnika dovodi u vezu s ukupnim društvenim boljitkom, a u skladu s ustavnom vrednotom – pravo na zdravstvenu zaštitu.⁸⁰ Kako je opširnije elaborirano u prethodnim poglavljima, u hrvatskoj praksi od liječnika se očekuje da pri obavljanju medicinske usluge postupa s pažnjom dobrog stručnjaka (gospodarstvenika), odnosno da postupa s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima profesije.⁸¹ Prema tomu, hrvatsko pozitivno pravo od

76 Vojković, H., *Ekonomski*, str. 16.

77 *ibid.*, str. 15.

78 Shavell, S., *op. cit.*, str. 7.

79 Arlen, J., *Economic Analysis of Medical Malpractice Liability and its Reform*, *op. cit.*, str. 34.

80 Čl. 59. Ustava Republike Hrvatske, NN, br. 41/2001 (pročišćeni tekst), 55/2001, 76/2010, 85/2010, 05/2014.

81 Čl. 18. st. 2. Zakona o obveznim odnosima.

medicinskog djelatnika traži da postupaju prema standardu dobrog, a ne tek prosječnog stručnjaka. Povredu tako nametnutoga profesionalnog standarda određuje kao štetnu radnju s obilježjem protupravnosti u subjektivnom smislu, uz pretpostavku nastanka pravno relevantne štete. Liječnicima se izriječkom nameće obveza da u provođenju medicinskog tretmana postupaju prema pravilima zdravstvene struke, tako da svojim postupcima ne ugroze život i zdravlje ljudi⁸² te da promiču dostojanstveno i odgovorno profesionalno ponašanje poštivanjem propisa, pravila struke i kodeksa medicinske etike i deontologije.⁸³

Slijedom iznesenoga može se zaključiti kako su u normativnom i teorijskom smislu hrvatsko odštetno i medicinsko pravo *ipso facto* inkorporali suvremene tekovine pravne i ekonomske misli u odnosu na predmetnu problematiku, premda postoji nemala diskrepancija u pogledu praktičnih učinaka usporedno s iskustvima zemalja koje smo analizirali. Neovisno o aktualnom hrvatskom iskustvu, može se općenito zaključiti kako bi, *ex hypothesi*, iz skladne implementacije sistemskih mjera koje se izvode iz gore navedenih načela, proizišao upravo onaj željeni optimalan odnos između rezultata obavljenih medicinskih tretmana i troškova nastalih njihovom provedbom, a na čemu inzistira ekonomska znanstvena misao.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Nužno je istaknuti kako je provedena analiza pravnih i ekonomskih učinaka instituta građanskopravne odgovornosti zbog liječničke pogreške, ukazala da hrvatski propisi prihvaćaju načelo učinkovitosti i djelotvornosti sustava kvalitete zdravstvene zaštite te sigurnosti zdravstvenih postupaka. Navedena su načela teorijski i normativni supstrat u odnosu na klasični model nezgoda (šteta) čime je hrvatsko pozitivno pravo uključilo suvremene tekovine pravne (posredno i ekonomske misli), usprkos očitom raskoraku u pogledu praktičnih učinaka u usporedbi s pravnim poredcima većine starijih država članica EUa i SAD. Istraživanje je potvrdilo nedvojbenu činjenicu da je već i mogućnost ostvarenja odštetnopravnog zahtjeva u slučaju građanskopravne odgovornosti za liječničku pogrešku *per se* sustavni poticaj *in continuo* procesu profesionalizacije zdravstvene usluge. Time pravni poredak posljedično utječe na standard kvalitete zdravstvene skrbi s ultimativnim učinkom prevencije neželjenih posljedica nestručnih medicinskih zahvata. U tom se smislu otkriva zakonitost prema kojoj djelotvorni odštetnopravni sustav ima učinak *generalne prevencije* od nastupa štetnih događaja, te djeluje *ex ante*, čime se iskazuje viši prosječan stupanj ispoljene stručnosti u provođenju svakodnevnih medicinskih tretmana.⁸⁴

U slučaju povrede medicinskog standarda oštećenik će u pokrenutom parničnom postupku morati dokazati postojanje pravno relevantne štete koja je u uzročno-posljedičnoj vezi s poduzetim medicinskim tretmanom, ali neće morati dokazivati subjektivni element krivnje jer se ona presumira. Tipičan je *modus* povrede medicinskog standarda liječnička pogreška koja se neovisno o tipološkim

82 Čl. 124. st. 3. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

83 Čl. 2. st. 2. t. 5. Zakona o liječništvu, NN, br. 121/03, 117/08.

84 Vojković, H., Ekonomski, str. 18.

karakteristikama očituje, *in genere*, u postupanju liječnika, protivno pravilima zdravstvene struke te njenim moralnim i etičkim načelima, odnosno kao postupanje u neskladu s provjerenim standardima suvremene medicinske znanosti, a što je rezultiralo povredom pacijentova zdravlja ili života, tj. povredom prava osobnosti.⁸⁵ Središnje je pravno pitanje karakterističnog spora zbog liječničke pogreške problematika medicinskog standarda, a o čemu sud oblikuje stajalište osloncem na nalaz i mišljenje vještaka medicinske struke koji će odrediti aktualni standard medicinskog postupanja. Međutim, neovisno o vještačkom nalazu i mišljenju koje je u odštetnopravnoj parnici često ključno, vještakova uloga nije odlučujuća ako je u pitanju pravna ocjena eventualne liječnikove nepažnje.⁸⁶ Utvrđivanje liječničke pogreške sud će razmatrati kroz prizmu ponašanja liječnika u okviru medicinskog tretmana *in concreto* pri čemu mjerilo ponašanja neće biti neka prosječno pametna i pažljiva osoba, nego uobičajeno pažljiv doktor sukladno prosječnom standardu koji vrijedi za liječnike - *bonus pater familias* standard.⁸⁷ Naime, u odnosu na imperativ ostvarivanja medicinskog standarda *in praxi*, hrvatsko pozitivno pravo te pravna uređenja *ad comparandum*, ustanovljuju temeljne obveze liječnika u obavljanju medicinskog tretmana, te napose propisuju dužnost postupanja s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima – *pažnja dobrog stručnjaka*.⁸⁸ Kako se zdravstvena djelatnost u Republici Hrvatskoj ostvaruje u različitim organizacijskim formama (zdravstvene ustanove, trgovačka društva koja obavljaju zdravstvenu djelatnost, privatni zdravstveni radnici), kao relevantan pravni standard uzima se *pažnja dobrog gospodarstvenika* i *dobrog stručnjaka*.⁸⁹ Pridržavanje navedenoga standarda minimizira rizik od suboptimalnog tretmana koji bi bio suprotan pravilima medicinske profesije - *contra legis artis*, a čime se preventivno harmoniziraju pravna, medicinska te ekonomska komponenta. Naime, u radu su posebno istražena komplementarna ekonomska pitanja, odnosno, sinergijski učinak pravnog i ekonomskog sustava. Tako se utvrdilo da građanskopravna odgovornost za liječničku pogrešku *de facto* djeluje kao svojevrsni „protektor“ medicinskog standarda koji svojim pravnim i ekonomskim posljedicama *per consequens* oblikuje zdravstveni proces tako što potiče potencijalnog štetnika (liječnik/zdravstvena ustanova) u smjeru pružanja zdravstvene uslugu u režimu standarda optimalne skrbi, imajući na umu da upravo odštetnopravni sustav navedeni standard medicinskog postupanja izjednačuje s ekonomskom kategorijom optimalne skrbi za pacijenta.⁹⁰

Analizirajući opći determinacijski okvir pojma optimalnoga profesionalnog standarda zdravstvene skrbi, kako ga shvaća suvremena pravna, medicinska i ekonomska znanost, važno je uočiti da se pod rečenim pojmom podrazumijeva utvrđena razina zdravstvene skrbi koja ultimativno rezultira u smanjenju ukupnih društvenih troškova zbog povrede medicinskog standarda postupanja, kao i štetom koju oštećenik trpi.⁹¹ Sukladno tomu, primjena *pravila dužne pažnje* (*engl.*

85 *ibid.*, str. 140.

86 *loc. cit.*

87 Faure, M., *op. cit.*, str. 19.

88 Čl. 18. st. 2. ZOO-a.

89 Čl. 10. st. 1. i 2. ZOO-a.

90 Shavell, S., *op. cit.*, str. 1-25; Calabresi, G., *Optimal*, str. 658.

91 Shavell, S., *op. cit.*, str. 7.

negligence rule), odnosno, *odštetnopravni sustav* sa svojim pravnim i ekonomskim implikacijama *in ultima linea* dovodi do toga da mogući štetnik (liječnik/zdravstvena ustanova) medicinsku uslugu obavlja u režimu standarda optimalne skrbi, budući da pravni sustav navedeni standard medicinskog postupanja izjednačuje sa ekonomskom kategorijom optimalne skrbi za pacijenta. Slijedom iznesenoga može se zaključiti da učinkovita provedba/primjena pravila građanskopravne odgovornosti zbog povrede medicinskog standarda, a koja djeluje *ex post* u uvjetima nastale štete, redovito uzrokuje adekvatnu reakciju liječnika i drugoga medicinskog osoblja već *ex ante* u smjeru primjene zahtijevanog stupnja dužne profesionalne pažnje u aplikaciji odnosno dijagnostičkog/terapeutskog postupka.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Arlen, Jennifer, Contracting over Liability: Medical Malpractice and the Cost of Choice, Philadelphia, University of Pennsylvania Law Review, vol. 158, 4/2010, str. 957-1024.
2. Bevanda, Marko, Ugovor između liječnika i pacijenta, Rijeka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, 1/2005, str. 307-338.
3. Budak, Jelena, Ocjena pacijenata o kvaliteti rada zdravstvenog osoblja, u: Vehovec, Maja (ur.), O zdravstvu iz ekonomske perspektive, Zagreb, Ekonomski institut, 2014., str. 271-282.
4. Calabresi, Guido, Optimal Deterrence and Accidents, New Haven, Yale Law Journal, vol. 84, 4/1975, str. 656-671.
5. Calabresi, Guido, The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis, New Haven/London, Yale University Press, 1970., str. 636-648.
6. Danzon, Patricia M., Tort Liability: A Minefield for Managed Care?, Chicago, The Journal of Legal Studies, vol. 26, 2/1997, str. 491-519.
7. Dettmeyer, Reinhard, Madea, Burkhard, Haftpflicht und Behandlungsfehler, u: Madea, Burkhard (ur.), Praxis Rechtsmedizin, 2. izd., Berlin/Heidelberg, Springer, 2007.
8. Deutsch, Erwin, Medizinrecht, 4. Aufl., Berlin, Springer, 1999.
9. Dika, Mihajlo, Rješavanje sporova za naknadu štete zbog liječničke greške, Skup Medicinski, pravni i ekonomski pogledi na profesionalnu odgovornost u zdravstvu i osiguranje od odgovornosti, Šibenik, Udruga poslodavaca u zdravstvu, 2007. (predavanje).
10. Fattorini, Paolo, Peretti, A., Bergamini, P., Valentini, Roberto, Casistica ortopedica dell' osservatorio GISDI, Medical malpractice daily. Supplemento di Medicina Legale Quaderni Camerti, reg. Trib. Di Camerino, 2007.
11. Faure, Michael, Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice, u: Dute, Jos; Faure, Michael G., Koziol, Helmut (ur.), No-fault compensation in the health care sector, Wien/New York, Springer, 2004.
12. Ferrara, Santo Davide, Boscolo-Berto Rafael, Viel, Guido (ur.), Malpractice and Medical Liability, Berlin/Heidelberg, Springer, 2013.
13. Giesen, Dieter, International medical malpractice law: a comparative law study of civil liability arising from medical care, Tübingen/Dordrecht, Boston/London, Mohr/Nijhoff, 1988.
14. Gnjidić, Živko, Vještačenje profesionalne odgovornosti. Skup Medicinski, pravni i ekonomski pogledi na profesionalnu odgovornost u zdravstvu i osiguranje od odgovornosti, Šibenik, Udruga poslodavaca u zdravstvu, 2007. (predavanje)
15. Klarić, Petar, Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu, Zagreb, Hrvatska pravna revija, vol. 1, 8/2001.

16. Koziol, Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II, Besonder Teil, Wien, Jan Sramek Verlag, 1984.
17. Kullmann, Hans Josef, Übereinstimmungen und Unterschiede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Begriff des medizinischen Standards, Versicherungsrecht, 13/1997.
18. Laufs, Adolf, Uhlenbruck, Wilhelm, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., München, Beck, 2002.
19. Nikšić, Saša, Ugovor o zdravstvenoj usluzi, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet, 2007.
20. Petrić, Silvija, Građanskopravna odgovornost zdravstvenih djelatnika, Rijeka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, 1/2005, str. 81-142.
21. Radišić, Jakov, Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta, Beograd, Nomos, 2007.
22. Schiemann, Gottfried, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, München, Beck, 1981.
23. Shavell, Steven, Economic Analysis of Accident Law, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987.
24. Škavić, Josip, Zečević, Dušan, Komplikacija i greška – sudskomedicinski pristup, u: Građanskopravna odgovornost u medicini: okrugli stol održan 27. 2. 2008. u HAZU (ur. Barbić, Jakša), Zagreb, HAZU, 2008.
25. Tarantino, Umberto, Giai Via, Alessio, Macri, Ernesto, Eramo, Alessandro, Marino, Valeria, Marsella, Luigi Tonino, Professional Liability in Orthopaedics and Traumatology in Italy, Philadelphia, Clinical Orthopaedics and Related Research, vol. 471, 10/2013, str. 3349-3357.
26. Traina, Francesco, Medical Malpractice: Experience in Italy, Philadelphia, Clinical Orthopaedics and Related Research, vol. 467, 2/2009, str. 434-442.
27. Vojković, Hrvoje, Ekonomski učinkovita zdravstvena skrb i liječnička pogreška, Zagreb, Ekonomski pregled (u objavljivanju).
28. Vojković, Hrvoje, Građanskopravna odgovornost za liječničku pogrešku, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet, 2013.

Pravni izvori

29. Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 41/01 (pročišćeni tekst), 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.
1. Zakon o kvaliteti zdravstvene zaštite, NN, br. 18/18.
2. Zakon o liječništvu, NN, br. 121/03, 117/08.
3. Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.
4. Zakon o parničnom postupku, Službeni list SFRJ, br. 4/77, (...); NN, br. 53/91, (...) 89/14.
5. Zakon o zdravstvenoj zaštiti, NN, br. 150/08, 155/09, 71/10, 139/10, 22/11, 84/11, 154/11, 12/12, 35/12, 70/12, 144/12, 82/13, 159/13, 22/14, 154/14, 70/16, 131/17.

Sudska praksa

Francuska

1. Francuski kasacijski sud (Cour de Cassation), Cass civ 1re, od 04. studenog 1964.

Republika Austrija

1. Vrhovni sud Austrije, 9Ob79/07v. od 8. veljače 2008.

Republika Hrvatska

1. VSRH, Rev 1584/1998-2 od 04. veljače 1999.
2. VSRH, Rev-6/02-2 od 3. srpnja 2003.
3. VSRH, 1808/00-2, od 15. listopada 2003.
4. VSRH, Rev-540/03-2 od 17. prosinca 2003.

5. VSRH, Rev 876/06-2 od 10.1.2007.

Republika Slovenija

1. Vrhovni sud Republike Slovenije, II Ips 712/2004 od 16.2.2006.
2. Vrhovni sud Republike Slovenije, II Ips 190/2008 od 3. travnja 2008.

Savezna Republika Njemačka

1. Savezni Vrhovni sud Njemačke (BGH), presuda od 16. svibnja 1972. VersR 1972.
2. Savezni vrhovni sud Njemačke, presuda od 5. ožujka 1985., Medizinrecht, br. 3/1986.
3. Vrhovni zemaljski sud u Düsseldorfu, presuda od 6. ožujka 2003., Versicherungsrecht, br. 30/2003.

Sjedinjene Američke Države

1. Brown v. Lewisham and North Southwark Health Authority MLC 0081 (CA: 1999), Medical negligence.
2. Presuda drugostupanjskog suda (suca G. Stevena Ageeja) od 21.04.2006.g. povodom žalbe na presudu Okružnog suda grada Suffolka u predmetu Lawrence J. Monahan v. Obici medical management services, inc., broj predmeta: 051592.
3. Sharpe v. Southend Health Authority MLC 0661 (2000), Medical negligence.

Mrežne stranice

1. Arlen, Jennifer, Economic Analysis of Medical Malpractice Liability and its Reform, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 398, 2013., <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.828.1313&rep=rep1&type=pdf>>, 5. ožujka 2019.
2. Lewis, Morgan Jr., Medical malpractice costs continue to climb, Medical Economics, 11. Jan. 2012, <<https://www.medicaleconomics.com/articles/medical-malpractice-costs-continue-climb%20>>, 5. ožujka 2019.

Hrvoje Vojković*

Summary

CIVIL LIABILITY FOR BREACH OF MEDICAL STANDARD AND COMPLEMENTARY ECONOMIC EFFECTS

The research has confirmed that the very possibility of achieving a tort claim in the case of tort liability on account of medical malpractice represents *per se* a systemic incentive for a continual process of professionalisation of the healthcare service, i.e., the legal order impacts the quality standard of healthcare in terms of preventing undesired consequences of unprofessional medical procedures. The typical modality of breaching a medical standard is medical malpractice which regardless of typological characteristics appears *in genere* in the physician's actions, contrary to the rules of the healthcare profession as well as its moral and ethical principles, as actions not conforming to standards in modern medical science, and which results in infringing on the patient's health or life, meaning a breach of the right of personality. In determining medical malpractice, the courts will consider through a prism the physician's actions in terms of medical treatment *in concreto* whereby the measure of behaviour is the normally careful physician in line with the average standard valid for physicians – the *bonus pater familias* standard. In that sense, Croatian positive law and the legal order *ad comparandum*, establish the fundamental obligations for physicians in the undertaking of medical treatment, and in particular stipulate the duty of acting with heightened care, all in line with the rules of the profession and customs – *due professional care*. Adherence to the mentioned standard minimises the risk of suboptimal treatment which is contrary to rules of the medical profession – *contra legis artis*, and whereby the legal, medical and economic components are preventively harmonised. Literal application of the negligence rule, i.e., the tort system and its associated rights and economic implications *in ultima linea*, leads to the situation where the possible tortfeasor (medical/healthcare institution) provides medical services under the regime of the optimal care standard given that the legal system views the standard of medical action as equal to the economic category of optimal patient care.

Keywords: *civil liability of physicians; due care; breach of medical standard; medical malpractice; health economics.*

* Hrvoje Vojković, Ph.D., Gras Savoye Croatia d.d., Willis Towers Watson group, hvojkovic@gmail.com

Zusammenfassung

**ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG FÜR DIE VERLETZUNG
DES MEDIZINISCHEN STANDARDS UND DEREN
ÖKONOMISCHE AUSWIRKUNGEN**

Der Beitrag analysiert das zivilrechtliche Aspekt der Verletzung des medizinischen Standards während der medizinischen Behandlung und weist auf unterschiedliche Erscheinungsformen des ärztlichen Behandlungsfehlers hin. Ungeachtet ihrer typologischen Charakteristiken erscheint die Verletzung des medizinischen Standards in genere beim Vorgehen des Arztes entgegen der Regeln des Gesundheitsberufs und dessen moralischen und ethischen Grundsätzen, beziehungsweise beim Vorgehen, welche mit den etablierten Standards der modernen medizinischen Wissenschaft nicht im Einklang stehen. Im Rahmen der durchgeführten Forschung wurde der Begriff des rechtlich relevanten medizinischen Standards aufgrund des imaginären Modells des ärztlichen Vorgehens im Rahmen einer konkreten medizinischen Behandlung bestimmt. Dabei zieht man als relevanten rechtlichen Standard den Standard des ordentlichen Kaufmannes und des guten Experten in Betracht, deren Beachtung das Risiko der suboptimalen Behandlung, welche den Regeln des medizinischen Berufs (contra legis artis) zuwiderläuft, minimisiert. Die Anwendung der Regeln der Sorgfaltspflicht, beziehungsweise das Schadenersatzrecht mit seinen rechtlichen und wirtschaftlichen Implikationen trägt letztendlich dazu bei, dass der eventuelle Schädiger (Arzt / Gesundheitseinrichtung) die medizinische Leistung im Regime des Standards der optimalen Fürsorge zu erbringen versucht, weil dem Rechtssystem nach der genannte Standard des medizinischen Vorgehens und die ökonomische Kategorie der optimalen Fürsorge für den Patienten gleich sind.

Schlüsselwörter: zivilrechtliche Haftung des Arztes; die Sorgfaltspflicht des Arztes; Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes; Verletzung des Standards der medizinischen Behandlung; ärztlicher Fehler; Gesundheitsökonomie.

Riassunto

**LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER LA VIOLAZIONE
DELLO STANDARD SANITARIO E CONSEGUENTI
EFFETTI ECONOMICI**

E' stata condotta una ricerca sugli aspetti civilistici della violazione degli standard in occasione della prestazione di servizio di trattamenti sanitari e si sono osservate differenti forme di errori medici. Le consuete violazioni degli standard

sanitari sono rappresentate in genere dall'attività del medico che sia contraria alle regole della professione medica, ai suoi principi morali ed etici, ovvero quando le azioni siano in contrasto con gli standard accertati della scienza medica. Nell'ambito della ricerca viene accertato il concetto di standard medico giuridicamente rilevante sulla base dell'ipotetico modello comportamentale del medico nel contesto del trattamento sanitario in concreto, laddove come standard giuridicamente rilevante si consideri quello del buon imprenditore e del buon professionista; quello cioè nel rispetto del quale si minimizzano il rischio dell'azione *contra legis artis*. Il rispetto della regola dell'attenzione doverosa, ovvero il sistema risarcitorio con le sue implicazioni giuridiche ed economiche, in ultima linea comporta che il potenziale danneggiante (medico/ ente sanitario) cerchi di adempiere al servizio sanitario nel regime di standard di cura ottimale visto che il sistema giuridico equipara l'attività sanitaria alla categoria economica di cura ottimale del paziente.

Parole chiave: *responsabilità civile del medico; attenzione doverosa del medico; attenzione del buon imprenditore; violazione degli standard del trattamento sanitario; errore medico; economia degli enti sanitari.*

SPORTSKE ORGANIZACIJE U TOTALITARIZMU: NOGOMETNI SAVEZI U NJEMAČKOJ, ŠPANJOLSKOJ I NEZAVISNOJ DRŽAVI HRVATSKOJ

Vladimir Iveta, dip. iur.*

UDK. 796:94(497.5)''1941/1945''
796:94(4/9)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.4>
Ur.: 10. veljače 2019
Pr.: 26. travnja 2019.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autonomija sportskih organizacija u odnosu na državnu vlast danas je općeprihvaćeno pravilo. To je načelo sadržano, između ostalog, u dokumentima Europske unije, Međunarodnog olimpijskog saveza, FIFA-e, UEFA-e i nacionalnih sportskih saveza. U vrijeme kada su u Europi prevladavali totalitarni ili autoritarni režimi, odnosno u tridesetim i četrdesetim godinama 20. stoljeća, to se načelo, iako je već tada postojalo, nije poštovalo u zemljama u kojima su na vlasti bili poredci koji su težili potpunom nadzoru svih društvenih sfera života. U tim su režimima državna ili stranačka tijela izravno upravljali sportskim organizacijama. . U radu se analizira, povijesno-politički kontekst, položaj i ustroj sportskih organizacija u totalitarizmu u tri studije slučaja: nacističkoj Njemačkoj, frankističkoj Španjolskoj i ustaškoj Nezavisnoj Državi Hrvatskoj. Pokazuje se, unatoč nekim razlikama, da su ta tri režima sport poistovjetila s državom / vladajućom političkom strankom, nametala mu pravila i kadrovska rješenja te ga koristila u promidžbene svrhe. U pisanju su se rada koristili kao izvori državni i stranački propisi koji su se odnosili na organizaciju sporta, propisi državnih krovnih sportskih organizacija iz analiziranog razdoblja te relevantna literatura o povijesti sporta.

Ključne riječi: *sportska organizacija; totalitarizam; autonomija sporta; Njemačka; Španjolska; NDH.*

1. UVOD

U Olimpijskoj povelji, koju prihvaćaju svi nacionalni olimpijski savezi, a to zapravo znači cjelokupni svjetski sport, stoji da se sport odvija u okviru društva te da sportske organizacije olimpijskog pokreta imaju prava i obveze neovisnosti, što uključuje slobodno utvrđivanje i nadzor sportskih pravila, određivanja strukture i

* Vladimir Iveta, dipl. iur., Hrvatski nogometni savez, vladimir.iveta@hns-cff.hr.

upravljanja organizacijama i korištenje prava izbora bez vanjskog utjecaja.¹

Krovna svjetska organizacija najraširenijeg i najpopularnijeg sporta, *Fédération Internationale de Football Association* (u daljnjem tekstu: FIFA), svojim je Statutom propisala da statuti saveza članova (a to su nacionalni nogometni savezi) trebaju obvezno sadržavati odredbe da su ti savezi neutralni u političkim i vjerskim pitanjima, da trebaju osigurati neovisnost u izbjegavanje bilo kojeg oblika političkog uplitanja te da je zabranjen bilo koji oblik diskriminacije.²

Europska nogometna federacija, *Union of European Football Association* (u daljnjem tekstu: UEFA), u svom je Statutu dodatno pojasnila obveze svojih članova (europskih nacionalnih nogometnih saveza) te je utvrdila da savezi članovi upravljaju svojim poslovanjem neovisno i bez ikakvog utjecaja trećih strana i da svojim statutima trebaju predvidjeti demokratski postupak koji jamči slobodan izbor njihova izvršnog tijela i izbor ili imenovanje drugih tijela potpuno neovisno.³

Hrvatski nogometni savez (dalje: HNS), član FIFA-e, UEFA-e i Hrvatskog olimpijskog odbora, ugradio je navedene odredbe u svoj Statut.⁴

Nacionalne nogometne saveze koji ne osiguraju neovisnost, odnosno kojima državna vlast njihove zemlje povrijedi autonomiju kod upravljanja i izbora, FIFA može suspendirati. To znači da klubovi i reprezentacije tog saveza ne mogu sudjelovati u međunarodnim utakmicama te svi ostali savezi moraju prekinuti sportske kontakte sa suspendiranim savezom. Jedan je od novijih primjera suspenzija Nogometnog saveza Sierra Leonea.⁵

Načelo autonomije sporta prihvatile su i formalizirale i međunarodne/međudržavne organizacije. U jednom od osnovnih dokumenata Vijeća Europe koji se odnosi na regulaciju sporta, Europskoj sportskoj povelji iz 1992. godine, utvrđeno je da dobrovoljne sportske organizacije imaju pravo stvoriti samostalni postupak odlučivanja, sukladno zakonu te da i sportske organizacije i vlade trebaju priznati potrebu za međusobnim priznavanjem njihovih odluka.⁶ U Bijeloj knjizi o sportu Europske komisije iz 2007. godine ističe se da „Komisija priznaje samostalnost sportskih organizacija i tijela predstavnštva (poput saveza). Nadalje priznaje i da je upravljanje većinom odgovornost sportskih upravnih tijela, i do neke mjere, država članica i socijalnih partnera.“⁷ Kada utvrđuje posebnost sporta koja se može sagledati kroz dvije prizme, Bijela knjiga o sportu određuje „Posebnost sportske strukture, naročito uključujući samostalnost i raznolikost sportskih organizacija [...] organizacije sporta na nacionalnoj bazi i načela jedne federacije po sportu.“⁸

1 Olimpijska povelja iz 2017., točka 5. temeljnih načela olimpizma, https://www.hoo.hr/images/dokumenti/sport-olimpizam-međunarodni/Olimpijska_povelja_2017.pdf, 18. 10. 2018.

2 Statut FIFA-e, članak 15. točke a, b i c, Glasnik HNS br. 57/18.

3 Statut UEFA-e, članak 7b, stavak 2., Glasnik HNS br. 13/18.

4 Statut HNS-a, članak 14. i 24., Glasnik HNS br. 39/17 i 23/18. Više o temeljnim dokumentima krovni sportskih organizacija vidjeti u: Smokvina, V., *Sports Law in Croatia*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2017., str. 52-65.

5 FIFA cirkularno pismo br. 1649/18, Glasnik HNS br. 47/18.

6 European Sports Charter, članak 3. stavak 3, <https://rm.coe.int/16804c9ddb>, 4.11.2018.

7 White Paper on Sport, str. 13., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0391&from=HR>, 4.11.2018.

8 ibid. Više o dokumentima kojima se priznaje autonomija sporta vidjeti u Chappelet, J.L.,

Autonomija sporta i njegovih organizacija, onako kako je opisana u navedenim pravilima, formalno je, a najčešće i stvarno, općeprihvaćena diljem Svijeta. Takav se status sporta smatra jednom od značajki demokratskih poredaka koje, zbog međunarodne komponente sporta, prihvaćaju i manje demokratski režimi. U nekim je zemljama, po prirodi vladajućeg režima, to načelo samo formalno i državna politika može značajno utjecati na sportske organizacije.

Međutim, to načelo nije uvijek bilo široko prihvaćeno, a u određenom razdoblju europske povijesti bilo je sustavno kršeno.

Organizirani sport na području današnje Republike Hrvatske od svojih je početaka krajem 19. stoljeća, kroz sve države koje su se izmijenile na tom prostoru, bio politiziran. U Austro-Ugarskoj radilo se o nacionalnom otporu mađarizaciji i talijanizaciji, u Kraljevini SHS/Jugoslaviji o državnom centralizmu, u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj o fašizaciji društva, uključujući i sport, a u socijalističkoj Jugoslaviji/Hrvatskoj o nametanju vladajuće ideologije. Unatoč velikoj popularnosti sporta, osobito nogometa, u Hrvatskoj se u domaćoj znanstvenoj literaturi malo pisalo o odnosu politike i hrvatskog sporta,⁹ a gotovo nimalo¹⁰ (ne računamo ideološke prikaze pisane u socijalističkom razdoblju) o formalno-pravnom ustrojstvu sporta u dva totalitarna režima koja su obilježila dvadeseto stoljeće – fašizmu¹¹ i komunizmu.

U ovom će se radu razmotriti status sporta, osobito nogometa i nacionalnih nogometnih saveza, u tri totalitarna režima – nacionalsocijalističkoj Njemačkoj, frankističkoj Španjolskoj i ustaškoj Nezavisnoj Državi Hrvatskoj (dalje: NDH). Pritom se u Njemačkoj promatra razdoblje od preuzimanja vlasti od strane nacista¹² do kraja 1938. godine i pretvaranja krovne sportske organizacije i formalno u sastavni dio nacističke stranke, u Španjolskoj tzv. „plavo razdoblje“ ili fašistička faza režima (od 1936. do 1945.) te u NDH od njenog proglašenja 10. travnja 1941. do donošenja propisa kojima se regulira interna organizacija HNS-a u lipnju 1943.

Primjer nacističke Njemačke analizirat će se jer je nacionalsocijalizam jedna od izvornih ideologija koje su došle na vlast u zemlji u kojoj su nastale i izgradile totalitarni

Autonomy of sport in Europe, Council of Europe Publishing, 2010.

- 9 O odnosu politike i sporta u Hrvatskoj pisali su sociolozi Srđan Vrcan i Dražen Lalić te povjesničar Davor Kovačić.
- 10 O sličnoj je temi u Hrvatskoj pisao, koliko nam je poznato, samo povjesničar Goran Miljan u članku Fašizam, sport i mladež – ideja i uloga tjelesnoga odgoja i sporta u odgoju i organizaciji Ustaške mladeži, 1941.-1945., Radovi-Zavod za hrvatsku povijest, vol. 46., 2014., str. 361-382.
- 11 Unatoč teoretskim i stvarnim razlikama između fašizma i nacionalsocijalizma (nacizma), u ovom će se radu radi praktičnosti koristiti termin fašizam ili nacifašizam za obilježavanje režima koji se analiziraju. Kao zajednički pojam svim sličnim režimima u Europi od 1922. do 1945. godine koristit će se naziv totalitarizam. Više o razlikama između fašizma i nacizma, kao i o izboru zajedničkog naziva za te političke doktrine vidjeti u Blažević, R., Alijagić, A., Antižidovstvo i rasno zakonodavstvo u fašističkoj Italiji, nacističkoj Njemačkoj i ustaškoj NDH, ZPFR, vol. 31, 2/2010, str. 882-885.
- 12 Uobičajeno je da se za početak nacističke vlasti (*die Machtübernahme*) uzimaju datumi imenovanja Adolfa Hitlera za kancelara njemačkog Reicha 30. siječnja 1933. i/ili donošenja Zakona o ovlaštenjima (*das Ermächtigungsgesetz*) 24. ožujka 1933. Više vidjeti u Broszat, M., Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung, Wiesbaden, Marix Verlag, 2007, osobito str. 82-129.

režim. U razdoblje od kraja 19. stoljeća do 1933. godine sportske organizacije bile su u Njemačkoj funkcionalno i organizacijski znatno razvijene, ali i društveno, pa i politički, raznovrsne. Neke od tih sportskih organizacija bile su politički neutralne, neke su bile *völkisch* usmjerene, a neke su izravno vodile političke stranke ili sindikati. Analizom njihovog djelovanja nakon dolaska nacista na vlast pokazat će se koje su se od tih organizacija preoblikovale i prilagodile novim okolnostima, i na koji način, a koje su bile proglašene nepoćudnima i ugašene.

Rani frankizam, koji je predmet razmatranja, a osobito prvobitni falangizam, imao je više sličnosti s fašizmom nego s nacizmom. Na primjeru frankističke Španjolske prikazat će se status sportskih organizacija u totalitarnom režimu koji se izgrađivao tijekom i nakon građanskog rata i koji se djelomično naslanjao na tradicionalni nacionalkatolicizam, a dijelom je preuzeo ideologiju svojih ratnih saveznika. Nastojat će se prikazati je li, i koliko, kod novog reguliranja tog aspekta društvenog života došao do izražaja sustav „uvezen“ iz Njemačke i Italije.

Ustaški režim imao je elemente i nacizma i fašizma. Za razliku od prethodna dva primjera, vlast u NDH gotovo je na svim poljima bila potpuno ovisna o svojim inozemnim tutorima, koji su bili ne samo politički, nego i vojno prisutni na području na kojem se formalno prostirala ustaška vlast. Stoga su vlastodršci preuzeli i strukturu uređenja sporta (od ideološkog tretmana do organizacije) u formi koja je bila primijenjena kod „velikih saveznika“. U analizi će se nastojati prikazati koliko su u tome uspjeli i tijek toga postupka.

Nakon smještanja u društveno-politički kontekst, nastojat će se prikazati formalni i ustrojstveni položaj sportskih organizacija unutar nove vlasti, ali i stupanj političkog i ideološkog uklapanja tih organizacija u „novi poredak“.

Pritom će se koristiti relevantni državni i stranački propisi, akti krovnih i nacionalnih sportskih organizacija, onodobni novinski članci te literatura o povijesti sporta i sportskih saveza.

2. TOTALITARNI SUSTAVI

Razdoblje od dvadesetih do sredine četrdesetih godina dvadesetog stoljeća u Europi period je u kojem se u velikom dijelu država uspostavio autoritarni ili totalitarni režim. Čak je i u Španjolskoj, koja je 1931. krenula suprotnim putem i autoritarni zamijenila demokratskim poretkom, vojna pobuna 1936. godine tu zemlju uputila u antidemokratskom smjeru. Izbijanje Drugog svjetskog rata i osvajanja nacističke Njemačke i fašističke Italije dotadašnje je demokratske ili pseudodemokratske države (Francuska, Čehoslovačka, Jugoslavija) pretvorilo u autoritarne ili totalitarne (Vichy, Slovačka, Nezavisna Država Hrvatska) okupatorske tvorevine.

U skladu sa svojom ideologijom i percepcijom društva ti su režimi i sport nastojali uskladiti (njem: *die Gleichschaltung*) s „novim poretkom“.

Da bi se mogao razmatrati stvarni i formalno-pravni status sportskih organizacija u navedenim režimima treba se ukazati na zajedničke elemente koji su činili temelj njihove ideologije, organizacije i djelovanja. Ovdje nećemo dublje ulaziti u rasprave o pojmu totalitarizma, njegovoj teoriji i praksi, već ćemo prikazati osnovne čimbenike

po kojima se te tri vlasti mogu podvesti pod zajednički pojam.¹³

Iako je pojam „totalitarni sustav“ 1923. godine prvi upotrijebio protivnik fašizma, liberal Giovanni Amendola, talijanski su ga fašisti prihvatili kao dio svoje doktrine te Benito Mussolini u jednom govoru iz 1925. koristi izraz „totalitaran“, a profašistički filozof Giovanni Gentile piše o „Stato totalitario“.¹⁴ Pojedinac se mora i treba poistovjetiti s državom jer se on može ostvariti samo putem države. Odnosno, kako je Mussolini istaknuo, „Fašistička država je najviši i najmoćniji oblik ličnosti, ona je snaga, i to duhovna snaga. Kao takva, obuhvaća sve oblike moralnog i duhovnog oblika čovjeka.“¹⁵

Claude Lefort kao značajke totalitarne države označava ukidanje slobode, i to individualne, građanske i političke, zahtjev za stvaranjem novog poretka, nastojanje da se obuhvati sve dijelove i slojeve stanovništva, posebno omladinu. Kao sredstva za dostizanje tih ciljeva jedina vladajuća stranka koristi teror i tajnu policiju.¹⁶

Carl J. Friedrich navodi pet komponenti koje čine totalitarizam:

- službena, sveobuhvatna, ideologija;
- jedna masovna politička stranka kojoj je na čelu vođa s neograničenom vlasti; stranka je hijerarhijski organizirana i nadređena ili pomiješana s državnim birokracijom;
- potpuni monopol stranke i njene birokracije na sredstvima za oružanu borbu;
- potpuni monopol stranke nad sredstvima javnog priopćavanja te
- sustav fizičke i psihološke kontrole putem straha.¹⁷

Kao što ćemo vidjeti, većina je ovih elementa bila ugrađena i u sportske strukture, odnosno koristili su se i pri upravljanju sportom.

Osim navedenoga, totalitarne je sustave karakteriziralo i neprijateljstvo prema liberalnoj demokraciji, antiparlamentarizam, antisemitizam, nastojanje uništenja radničkog pokreta i, što je bitno za našu temu, militarizacija čitavog društva.

Konačno, takva država, u Njemačkoj i njenim epigonima, trebala je biti oblik narodne zajednice (njem. *die Volksgemeinschaft*) koji se uspostavlja putem dominacije.¹⁸ Narodna zajednica je iznad svakog pojedinca i njena dobrobit, kako je zamišljaju vlastodršci, konačni je cilj. Narodnu zajednicu čine pojedinci jednake krvi i prošlosti, bez obzira na socijalni položaj.

„Iznad klasa i staleža, zanimanja, vjeroispovijesti i svih ostalih životnih pomutnji uzdiže se, na krvi zasnovano, socijalno jedinstvo njemačkih ljudi neovisno na njihov društveni položaj i porijeklo, sastavljeno temeljem tisućgodišnjeg života, sudbinski

13 Detaljnije o porecima u fašističkim i nacističkim režimima vidjeti u: Blažević, R., *Legitimnost političkih poredaka*, Zagreb, Politička kultura, 2010.

14 Kuljić, T., *Fašizam*, Beograd, Nolit, str. 194; Bruneteau, B., *Totalitarizmi*, Zagreb, Politička kultura, 2012., str. 13.

15 Mussolini, B., *Die Lehre des Faschismus*, u: Nolte, E., *Theorien über den Faschismus*, str. 209, cit. prema Kuljić, T., op. cit., str. 195.

16 Lefort, C., *Pojam totalitarizma*, Politička misao 3/2011., str. 213.

17 Cit. prema: Padjen, I., *Fašizam kao reakcija na zapadnu pravnu tradiciju*, u: Knežević, S. i dr. (ur.) *Antisemitizam, holokaust, antifašizam*, Zagreb, Židovska općina, 1996., str. 307. bilj. 2.

18 Neumann, F., *Behemot. Struktura i praksa nacionalsocijalizma 1933-1944.*, Zagreb, Disput, 2012., str. 43.

združeno u dobru i zlu. [...] Naša je volja pobjeda nacionalsocijalističke narodne zajednice.“

Tako je Hitler opisao narodnu zajednicu u govoru u ožujku 1940. u povodu *Heldengedenktaga*.¹⁹

U nacionalsocijalizmu, jedina politička stranka iznad je države, koja je sredstvo u postizanju rasno čiste narodne zajednice.

Vojna pobuna protiv legalne vlade Republike Španjolske započela je 18. srpnja 1936. Državnom udaru pridružili su se članovi konzervativnih i desnih političkih stranaka, među njima i tada malo utjecajne fašističke Španjolske Falange (*Falange Española de las Juntas Ofensiva Nacional Sindicalista*). Na čelo nacionalističke strane probio se general Francisco Franco. Vijeće nacionalne obrane (*Junta Defensa Nacional*) koje je rukovodilo političkim i vojnim akcijama pobunjenika, izdalo je u rujnu 1936. Ukaz kojim se Franco proglašava šefom vlade, vrhovnim zapovjednikom vojske s činom generalisima i *caudillom* (vođom).²⁰ Kako bi svojoj borbi dali političku podlogu i usmjerenje, pripadnici vojne hunte koja je predvodila pobunu prihvatili su Falange kao političku i ideološku sastavnicu nacionalnog pokreta, kako su sebe nazivali. Nakon što je odbacio zamisao o osnivanju vlastite političke stranke, Franco je pristupio ujedinjavanju različitih političkih pokreta unutar svojih redova u jedinstvenu političku organizaciju pod nazivom Španjolske Falange Tradicionalista (F.E.T.).²¹ Tako su u jednu stranku ušli i fašisti iz izvorne Falange, ultrakonzervativni karlisti (pristaše karlističkog pretendenta na španjolsko prijestolje) iz Tradicionalističkog pokreta te burbonski monarhisti i katolici iz predratnih stranaka CEDA i Španjolska obnova. Sve druge političke stranke bile su raspuštene i zabranjene.²²

Nacistička Njemačka, dajući već prvi dan rata na korištenje svoje vojne zrakoplove za transport pobunjeničkih trupa iz Afrike na Iberijski poluotok, vojno se umiješala u sukob. U cilju političkog približavanja svojim saveznicima (Italija je poslala i kopnene snage da se bore na strani nacionalista), ideologija nove političke organizacije bila je pretežno fašistička, uz ustupke ostalim sastavnicama FET-a.

Španjolski fašizam na vlasti, zbog specifičnosti situacije u kojoj je nastao vladajući politički pokret, bio je mješavina nacionalnog sindikalizma (inspiriranog Georgesom Sorelom i revolucionarnim anarhosindikalizmom), talijanskog fašizma, političkog katolicizma i militarizma.

Slično nacistima, izvorna je Falanga 1934. svoj program dala u točkama. Program u prvoj točki ističe da falangisti vjeruju u španjolsku nadmoćnost. Njeno uzdizanje i očuvanje je primarni cilj svih Španjolaca, a u ostvarenju tog cilja trebaju se prilagoditi interesi pojedinaca, skupina i klasa. Španjolska je jedinstvena i posjeduje volju za imperijem. Štoviše, povijesna sudbina Španjolske je imperij. U šestoj se točki

19 Cit. prema: „Volksgemeinschaft“, u: Kammer H.; Bartsch, E., *Lexikon Nationalsozialismus*, Reinbek, Rowolht, str. 265.

20 Decreto número 138 de 29 de septiembre de 1936, Boletín Oficial de JDN, núm. 32 de 30 de septiembre de 1936.

21 Decreto número 255 de 19 de abril de 1937, Boletín Oficial de Estado, núm. 182 de 20 de abril de 1937.

22 Payne, S.G., *Fascism in Spain 1923-1977*, Madison, University of Wisconsin Press, 2000., str. 269.

navodi da će država biti totalitarni instrument u službi očuvanja integriteta domovine. Stoga će svi Španjolci djelovati u okviru svoje obiteljske, lokalnopolitičke i sindikalne funkcije, a ne u okviru političke stranke. Sustav političkih stranaka i parlament kakav je bio poznat ukinut će se. Esencijalna je misija države, uz čvrstu disciplinu u odgoju, njegovati jaki i jedinstveni nacionalni duh i u duše novih generacija usaditi radost i ponos zbog domovine.²³

Ramiro Ledesma Ramos, jedan od suosnivača Falange, još je 1931. napisao da se pojedinac treba podvrgnuti interesima države, odnosno da „u odnosu na političku zajednicu ne posjeduje nikakva prava“²⁴ Za Ledesmu je „Nacionalna totalitarna država“ (*Estado totalitario nacional*) nacionalno jedinstvo i jedinstvo u misli i osjećajima Španjolaca.²⁵

Za Falangu, država, organizirana korporativistički, zastupnica je svih društvenih skupina, čiji su pojedinačni interesi podvrgnuti zajedničkom interesu.

Ustaški je pokret, od početka ekstremno nacionalistički, tijekom godina koje je njegov poglavnik Ante Pavelić sa skupinom ustaša provodio u izbjeglištvu u fašističkoj Italiji, poprimao sve više ideoloških postavki svojih „domaćina“. Nakon dolaska na vlast, osim fašizma, ideološki i u praksi počelo se primjenjivati i učenje jačeg saveznika, nacističke Njemačke.

Načela ustaškog pokreta, koje je Pavelić proglasio 1933. godine, dodatno je „objasnio“ ustaški Goebbels, šef promidžbe Danijel Crljen. U knjižici objavljenoj 1942. komentira pojedino načelo i stavlja ga u kontekst proteklih događaja. Tako uz načelo o vrhovničkom pravu hrvatskog naroda tvrdi da se „[...] izborima to narodno vrhovništvo nije moglo ostvariti. Ono se ostvaruje jedino preko vlade koja predstavlja izraz narodne volje i koja se ne rukovodi brigom za izborničke kuglice, nego težnjom da se ravna samo prema probitcima cijeloga naroda i njegove države. Vlada, koja je pogodila životni put naroda, te njime sigurno i nezaustavljivo kroči, narodna je, bez obzira da li je bila kakvim glasanjem izabrana ili ne.“²⁶

Crljen je na tragu nacističkog pravnog teoretičara Hansa Gerbera koji je tvrdio da „Autoritet pretpostavlja rang i valjan je nasuprot volji naroda jer ga narod ne daje, nego priznaje.“²⁷

Naravno, narod se na izborima ne pita koga želi za vođu: „Jedino uspješnu oslobodilačku borbu je vodio i hrvatsku državu ostvario Poglavlak. Zar bi itko drugi mogao državu učvrstiti i izgraditi bolje i sigurnije nego on? Jasno je dakle, da je Poglavlak provodeći u djelo ono, što narod hoće, dokazao, da je pravi tumač narodne

23 Program je objavljen u dnevniku ABC od 30. rujna. 1934, www.filosofia.org/hem/dep/abc/9341130.htm, 26.10.2018.

24 Ledesma Ramos, R., *Nuestras afirmaciones, La Conquista del Estado*, Nr. 4/1931, cit. prema: Böcker, M., *Ideologie und Programatik im spanischen Faschismus der Zweiten Republik*, Frankfurt/M, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, Peter Lang, 1996., str. 37.

25 Ledesma Ramos, R., *Examen de nuestra ruta*, JONS, 1934., cit. prema: Böcker, M., op. cit., str. 58.

26 Crljen, D. (prir.), *Načela hrvatskog ustaškog pokreta*, str. 74. u: Požar, P., (prir.), *Ustaša. Dokumenti o ustaškom pokretu*, Zagreb, Zagrebačka stvarnost, 1995.

27 Gerber, H., *Staatsrechtliche Grundlagen des neuen Reichs*, 1933, str 15., cit. prema: Neumann, F., op. cit., str. 43.

volje, ostvaritelj njegovih težnja, te prema tome od naroda označeni nosilac vrhovničke vlasti u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj. To je narod jasno dokazao u svim dosadašnjim javnim manifestacijama, iako Poglavnika nije izabrao ni na jednim općim izborima²⁸

Međutim, da Crljen dobro zna da dolazak na vlast ustaše trebaju zahvaliti nekome drugome, a ne hrvatskom narodu pokazuje kada utvrdi da „Jedan od glavnih razloga Poglavnikove pobjede i hrvatskog oslobođenja bilo je dalekovidno Poglavnikovo opredjeljenje za Osovinu.“²⁹

Vladajući pokret i njegova država upravljaju i reguliraju sve društvene odnose i aktivnosti s obzirom na to da „Nezavisna je Država Hrvatska totalitarna jer udružuje, povezuje i upravlja svim izvorima narodnih snaga, duhovnih i stvarnih, jer preuzima na sebe potpunu, totalnu brigu za sve slojeve naroda u svim njihovim životnim potrebama.“³⁰

U nastavku rada pokazat će se kako se u pojedinom totalitarnom režimu ta „totalna briga“ odnosila i na sport i njegove organizacije.

2.1. Njemačka

Njemački nogometni savez (*Deutscher Fussball Bund* – DFB) osnovan je 1900. godine, a 1904. primljen je u FIFA-u kao njen osmi član.³¹ Tijekom Weimarske Republike DFB je, iako službeno krovni savez njemačkog nogometa, imao konkurenciju u radničkim (socijaldemokratskim i komunističkim), katoličkim i židovskim nogometnim organizacijama i klubovima. Stoga se više klubova moglo proglašavati njemačkim nogometnim prvakom.³² Osim toga, DFB je djelovao kao „savez regionalnih podsaveza“ s obzirom na odlučujući utjecaj sedam regionalnih saveza – članova. Odluke su se uglavnom donosile konsenzusom moćnih „kneževa“³³ predsjednika regionalnih saveza. Da je takva politika ponekad vodila do apsurdnosti pokazuje činjenica da su se igrači za reprezentaciju birali po paritetu, odnosno prema regionalnoj zastupljenosti. Tek se izbornik Sepp Herberger uspio izboriti za autonomiju pri izboru reprezentativaca.³⁴

U Weimarskoj je Republici krovno sportsko udruženje bio Njemački državni

28 Crljen, D., op. cit., str. 74.

29 ibid., str. 72.

30 ibid., str. 87.

31 Eggers, E., Profifussball im Amateurverband: Der deutsche Sonderweg, u: Koller, Ch.; Brändle, F. (ur.) Fussball zwischen den Kriegen. Europa 1918-1939, Zürich, LIT, 2011., str. 79. Prve četiri godine predsjednik DFB-a bio je predstavnik kluba DFC Prag jer je Savez okupljao sve njemačke klubove, bez obzira na državu sjedišta kluba. Kako bi mogao pristupiti FIFA-e, DFB je svoju nadležnost morao ograničiti na teritorij Njemačkog *Reicha*. Peiffer, L.; Schulze-Marmeling, D., Der deutsche fussball und die Politik 1900 bis 1954., u: Peiffer, L.; Schulze-Marmeling, D. (ur.), Hakenkreuz und rundes Leder. Fussball in Nationalsozialismus, Göttingen, Verlag Die Werkstatt, 2008., str. 16-17.

32 ibid., str. 228; Oswald, R., Auf der Suche nach dem „Platz an der Sonne“: Der Deutsche Fussball-Bund 1900 bis 1933, u: Peiffer, L.; Schulze-Marmeling, D. (ur.), op. cit., 2008., str. 51.

33 Kako ih je nazvao Eggers, op. cit., str. 229, aludirajući na kneževe izbornike koji su birali cara Svetog rimskog carstva njemačke narodnosti.

34 ibid., str. 230.

odbor za tjelesno vježbanje (*Deutsche Reichsausschus für Leibesübungen* – DRA), koji nije obuhvaćao sve sportske saveze i sportove. Osobito su radnička sportska udruženja bila udaljena od DRA.

Na prvoj skupštini koju je DRA održao nakon nacističkog preuzimanja vlasti, 12. travnja 1933., dotadašnji predsjednik Theodor Lewald dao je ostavku. Skupština je imenovala tročlano povjerenstvo, među njima i predsjednika DFB-a Felixa Linnemanna, da s ovlaštenim osobama NSDAP (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei*) pregovara o budućnosti DRA.³⁵ Prekoračući svoje ovlasti, povjerenstvo je 10. svibnja. 1933. izvijestilo, u međuvremenu od Hitlera imenovanog, državnog povjerenika za sport (njem. *Reichssportkommissar*) Hansa von Tschammer und Osten da se DRA raspušta i da se buduće uređenje sporta prepušta državnom povjereniku za sport.³⁶ Unutar državnog ustrojstva, državni povjerenik za sport bio je podređen ministru unutarnjih poslova.³⁷

SA-Gruppenführer³⁸ Tschammer und Osten 24. svibnja 1933. objavio je Smjernice u kojima je jasno iskazao kojim će putem ići sportska organizacija u nacističkoj Njemačkoj: „Tjelovježbni i sportski savezi ne postoje da služe osobnoj dobrobiti pojedinih osoba. Tjelesno vježbanje čini puno više, važan dio narodnog života, i osnovni su sastavni dio nacionalnog sustava obrazovanja. Vrijeme individualističkog bavljenja sportom je prošlost.“³⁹

Istim Smjernicama, koje su imale obvezatnu snagu, procijenio je da je dosadašnji broj saveza i organizacija prevelik i da je dovoljno 15 strukovnih sportskih ureda (njem. *das Fachamt*), među kojima bi se našli i uredi sportskih liječnika, trenera i sportskih novinara. Pojedini ured obuhvaćao je nekoliko različitih sportova. *Fachamt 2* obuhvaćao je Nogometni savez s novim imenom – *Deutscher Fussball Verband* (a ne *Deutscher Fussball Bund*) te je osim za nogomet bio nadležan i za ragbi i kriket.⁴⁰ Dosadašnji regionalni savezi bili su ustrojeni na *Gaue* (pokrajine).⁴¹

Strukovni sportski uredi, odnosno njihovi voditelj (njem. *der Leiter*), bili su ovlašteni za „čisto stručne zadaće (uprava, provedba natjecanja, odlučivanje u slučaju sporova, sportski odnosi s inozemstvom) [...] sve prema Smjernicama Državnog

35 Heinrich, A., *Der Deutscher Fussballbund*, Köln, PapyRossa Verlag, 2000. str. 124-125.

36 *ibid.*, str. 125.

37 Steinhöfer, D., *Hans von Tschammer und Osten: Reichssportführer im Dritten Reich*, Berlin, Bartels&Wernitz, 1973., str. 31.

38 Čin u stranačkim paravojnim postrojbama NSDAP ekvivalentan činu general-bojnika u oružanim snagama.

39 Cit. prema Steinhöfer, D., *op. cit.*, str. 23.

40 Heinrich, A., *Der Deutscher Fussballbund*, str. 127. Izborom riječi (*Verband* umjesto *Bund*) vjerojatno se htjelo naglasiti hijerarhijsku podređenost saveza (*Verband* su se do tada nazivali regionalni nogometni savezi). Prva nogometna organizacija u Njemačkoj osnovana je 1891. pod nazivom *Deutscher Fussball und Cricket Bund* (Shulze-Marmeling, D., *Fussball. Zur Geschichte eines globalen Sports*, Göttingen, Verlag Die Werkstatt, 2002., str. 71). Određeni broj klubova osnovanih u 19. i početkom 20. stoljeća, osim nogometni imali su u nazivu i odrednicu kriket klub, primjerice današnji A. C. Milan, Genoa, Austrija Beč, FC Vienna.

41 *Gau* je prvobitno bila teritorijalno-organizacijska jedinica NSDAP. Nakon preuzimanja vlasti i država je podijeljena na istoimene upravno-teritorijalne pokrajine.

povjerenika za sport i s odgovornosti samo prema njemu.“⁴²

Kako sportaši od najmlađe dobi ne bi izmakli ideološkoj indoktrinaciji, državni vođe sporta i Hitlerove mladeži (*Hitlerjugend*) utvrdili su da se djeca u dobi od 10 do 16 godina ne mogu upisati u sportski klub ako prije toga nisu članovi *Hitlerjugenda*.⁴³

Po uzoru na Stranku i državu, i u sportskim je organizacijama uveden *Führerprinzip*, načelo vođe. To znači rigidni hijerarhijski sustav u kojem „vođa“ o svemu odlučuje, a te se odluke samo prosljeđuju „prema dolje“ na izvršenje. Taj sustav karakterizira velika količina arbitrarnosti donositelja odluka, što je odlikovalo čitavo nacističko ustrojstvo.

Sukladno *Führerprinzipu*, Tschammer und Osten imenovao je vođe saveza (*der Verbandführer*) i vođe strukovnih sportskih ureda (*der Führer der Reischsfachshaft*). Tako imenovani vođe činili su Državno vodstvo u sportu (*Reichsführerring*), koje je predvodio državni povjerenik za sport.

Kako je *Führerprinzip* djelovao u praksi možemo vidjeti iz cirkularnog pisma koje je vođa Saveza za tjelovježbu (*Deutsche Turnerschaft*) Edmund Neuendorff uputio okružnim organizacijama. Naime, iako Savez još nije bio ukinut i Statut je mogla mijenjati samo Skupština Saveza, Neuendorff je utvrdio da

„[...] od sada vrijede sljedeća pravila:

- izbori, osim u klubovima, više se neće održavati,
- ja imenujem članove vodstva Saveza,
- ja imenujem voditelja okruga (*Kreis*), u dogovoru s okruzima. Tako imenovani voditelji okruga samostalno imenuju vodstvo okruga i imenuju, u dogovoru s pokrajinama (*Gau*), voditelja pokrajine,
- predstavnici pokrajina sami imenuju vodstvo pokrajine,
- klubovi biraju svoje predsjednike, uz potvrdu voditelja pokrajine. Potvrđeni predsjednici sami imenuju vodstvo kluba.“⁴⁴

Voditelj 6. okruga Hannover-Braunschweig upozorio je podređene dužnosnike da je „nemoguće“ da u 6. okrugu djeluju zastupnici klasne borbe, pacifizma, internacionalizma, kao niti pripadnici političkih stranaka koje zastupaju takve stavove – socijaldemokrati, komunisti i drugi.⁴⁵

Da je voditelj okruga dobro razumio novi poredak, potvrđuje raspuštanje i zabrana svih komunističkih i socijaldemokratskih (1933.), katoličkih (1935.) i židovskih (1938.) sportskih saveza i drugih organizacija.⁴⁶

42 Heinrich, A., *Deutscher Fussball-Bund und Nationalsozialismus*, u: Peiffer, L., Schulze-Marmeling, D. (ur.), op. cit., str. 70.

43 Peiffer, L., Schulze-Marmeling, D., op. cit., str. 36.

44 Neuendorff, E., *Das Führerprinzip in der DT*, *Turnblatt des 6. Kreises Hannover-Braunschweig der Deutschen Turnerschaft*. Nr. 18. vom 4.5.1933, cit. prema Peiffer, L., „... unser Verein ist judenfrei“ - Die Rolle der deutschen Turn- und Sportbewegung in dem politischen und gesellschaftlichen Wandlungsprozess nach dem 30. Januar 1933, *Historical Social Research*, vol. 32, 1/ 2007., str. 98.

45 An die Leitungen der Gae im 6. Deutschen Turnkreis, *Turnblatt des 6. Kreises Hannover-Braunschweig der Deutschen Turnerschaft*. Nr. 18. vom 4.5.1933, cit. prema: Peiffer, L., „... unser Verein ist judenfrei“, str. 98.

46 Eggers, E., op. cit. str. 237.

DFB je već 19. travnja 1933. u svom glasilu *Kicker* proglasio „čistku“ (njem. *die Reinigung*) „Vodstvo DFB-a drži pripadnike židovske rase, kao i osobe koje su pripadnici marksističkog pokreta, nepodobnim za obnašanje vodećih dužnosti u regionalnim savezima i klubovima. Regionalni savezi i klubovi pozivaju se, ako to već nisu učinili, da poduzmu odgovarajuće mjere.“⁴⁷

U srpnju 1933. dotadašnji predsjednik Nogometnog saveza Felix Linnemann imenovan je i za državnog povjerenika za nogomet te je na skupštini Saveza istaknuo:

„Mi smo ranije bili savez koji se zasnivao na starom pravu i liberalno se izgrađivao. Danas, naravno, imamo obvezu da se odmaknemo s tog puta i da preuzmemo načelo vođe – novog poretka koji je uspostavljen u cijeloj državi.“⁴⁸ I dalje, pomalo proturječno ocjenjujući prošlost, ali dovoljno jasno: „Niti jedan pokret nije tako uspješno djelovao u smislu narodne zajednice kao sport [...] i može se smatrati kao prethodnik današnjeg pokreta.“⁴⁹

S obzirom na to da o svemu odlučuje odgovarajući *Führer*, na Skupštini je istaknuto i „Nema više knjiga pravilnika, sa stotinama članaka. Godišnje skupštine otpadaju, a s njima i beskonačne rasprave o novim člancima. Kratke konzultacije s Führerom stupaju na mjesto pravilnika.“⁵⁰

Sjednica Skupštine završila je nakon 28 minuta povicima „*Sieg-Heil!*“.⁵¹

Početakom 1934. Tschammer und Osten imenovan je za državnog vođu sporta (*der Reichssportsführer*) te je proglasio osnivanje Njemačkog državnog saveza za tjelesno vježbanje (*Deutscher Reichsbund für Leibesübungen – DRL*). Svi nacionalni sportski savezi, osim nogometnog, bili su ukinuti, a sportske su se aktivnosti odvijale preko pojedinih *Fachamtära* koji su bili sastavni dijelovi DRL-a.

U kolovozu 1934. Linnemann je imenovan za vođu Strukovnog ureda nogomet te je odlučio da zadaće Nogometnog saveza prelaze na taj Ured. Međutim, za razliku od ostalih nacionalnih sportskih saveza, Nogometni savez nije raspušten već, prema riječima vođe nogometa, „ostaje kao drugarsko udruženje nogometnih klubova i vodi poslove koji se tiču odnosa s inozemstvom.“⁵² Očito su samo odredbe FIFA-inog Statuta o tome da jedino savez može predstavljati pojedinu zemlju u međunarodnim natjecanjima spriječile da se Njemački nogometni savez potpuno ukine.

Vođine riječi pretočene su u novi Statut Saveza. Na Skupštini Saveza, koju su činili vođa Saveza i njegov stožer (*Führerstab*) te pokrajinski nogometni vođe, donesen je Statut koji propisuje da je jedna od zadaća Saveza, uz opće promicanje nogometa, predstavljanje njemačkog nogometnog sporta prema inozemstvu. Vođa *Fachamta* nogomet bio je po funkciji i vođa Saveza. Dosadašnje ovlasti Skupštine,

47 Cit. prema: Peiffer, L., *Der Ausschluss jüdischer Athletinnen und Athleten aus der deutschen Turn- und Sportbewegung nach 1933.*, str. 10. Predavanje u Državnom arhivu Bremen 16. 11. 1999., str. 9-13, <http://ldn-knigi.lib.ru/JUDAICA/SPDavid.htm>, 13. 11. 2018.

48 Cit. prema Heinrich, A., *Der Deutscher Fussballbund.*, str. 127.

49 Der *Kicker*, Num. 14, 11. 07. 1933, cit. prema: Oswald, R, op. cit., str. 54.

50 *Deutscher Fussball-Sport* 3/1933, cit. prema Heinrich, A., *Deutscher Fussball-Bund und Nationalsozialismus*, str. 67.

51 Heinrich, A., *Der Deutscher Fussballbund*, str. 127.

52 *ibid.*, str. 133.

ako Statutom nije izričito drukčije određeno, prelaze na vođu Saveza.⁵³

Iako je formalno DRL imao status udruženja građana, zbog *Reichssportsführera* kojeg je imenovao kancelar Hitler i centraliziranog i hijerarhijskog ustrojstva te obvezatnih smjernica koje je izdavao državni vođa za sport, taj je savez bio paradržavna organizacija u kojoj su vodeće dužnosti mogli obavljati isključivo nacisti.

Nacističku je Njemačku karakteriziralo ispreplitanje države i vladajuće jedine stranke te nepostojanje jasnih crta razdvajanja kompetencija između raznih državnih i stranačkih tijela vlasti (unutar države i stranke i međusobno).⁵⁴

Sukladno proklamiranim načelima nacističkog pokreta, sport i tjelovježba bili su posebno važni za „narodnu zajednicu“. Osobita se pozornost obraćala na vojnu komponentu, odnosno mogućnost da se tjelovježbom ostvaruju preduvjeti za stvaranje uvježbanih, tjelesno i psihički, budućih vojnika.

Stoga ne čudi da je DRL i formalno, dekretom *Führera* Adolfa Hitlera od 21. prosinca 1938., pretvoren u stranačku organizaciju pod imenom Nacionalsocijalistički državni savez za tjelesno vježbanje (*Nationalsozialistische Reichsbund für Leibesübungen* -NSRL).⁵⁵ Osim što je ostao državni vođa za sport, Tschammer und Osten imenovan je u Stožer *Führerovog* zamjenika⁵⁶ kao povjerenik za tjelesno vježbanje u NSDAP.⁵⁷ To je značilo da je osim za NSRL bio nadležan i za ostale segmente Nacističke stranke kao što su SA, Njemačka fronta rada, *Kraft durch Freude*, *Hitlerjugend* i dr. u pitanjima koja su se odnosila na tjelovježbu i sport.⁵⁸

Njemački nogometni savez postao je pripadak jedne od sekcija unutar krovne sportske organizacije Nacističke stranke. Sve njegove ovlasti, osim onih koje se odnose na međunarodno predstavljanje njemačkoga nogometa, preuzeo je *Fachamt* nogomet, koji je opet, bio samo kotačić unutar NSRL-a. *Fachamt* je organizirao završnice nacionalnih nogometnih natjecanja, a putem regionalnih ogranaka i natjecanja nižeg stupnja. Kao i sve druge društvene organizacije bio je potpuno ovisan o Stranci, od organizacije do imenovanja dužnosnika. Ideološki i organizacijski potpuno se uklopio u novi poredak Trećeg *Reicha*.

2.2. Španjolska

Počeci nogometne organizacije u Španjolskoj prilično su zamršeni. Španjolska je jedan od sedam suosnivača FIFA-e 1904. u Parizu. Francusku, Belgiju, Nizozemsku, Dansku, Švedsku i Švicarsku predstavljali su nacionalni nogometni savezi, a Španjolsku jedan nogometni klub – *Madrid FC*.⁵⁹ Naime, jedinstveni Španjolski nogometni savez osnovan je tek 1913. Unatoč tome, prvo nacionalno natjecanje,

53 loc. cit.

54 Više vidjeti u Neumann, F., op. cit., osobito str. 58-72.

55 Steinhöfer, D., op. cit., str. 66.

56 Tada je to bio Rudolf Hess, zadužen za organizacijska pitanja Stranke.

57 Steinhöfer, D., op. cit., str. 67.

58 Luh, A., On the way to a national socialist sports system: From liberal sports in clubs and associations to directed sports in national socialist organizations, *European Journal of Sport Science*, 3, 2003., str. 10.

59 Lanfranchi, P. i dr., 100 Years of Football. The FIFA Centennial Book, str. 59-60, Petaling Jaya, Pelikan, 2004.

kup u povodu krunidbe Alfonsa XIII., odigrano je 1902. godine te je pod nazivom Kraljev kup nastavljeno odigravanje svake godine. Prvobitno su organizatori bili sami klubovi, potom regionalni savezi, a od 1913. nacionalni nogometni savez.⁶⁰ Španjolski nogometni savez činili su klubovi i regionalni nogometni savezi, koji su i birali vodstvo Saveza. Upravu klubova birali su njihovi članovi (šp. *socios*).

Nakon izbijanja građanskog rata, na područjima na kojima je vojni udar iz srpnja 1936. odmah uspio, kao i na kasnije osvojenim teritorijima, pobunjenici su uspostavljali svoju vlast. Predstavljali su se kao legitimni predstavnici španjolske države i formirali su tijela vlasti paralelna s legalnom vladom Republike. Tako je od ljeta 1936. u San Sebastiánu djelovao Ured za nogomet koji je bio nadležan za vođenje nogometnih aktivnosti na nacionalističkom području. Ured se u listopadu 1937. proglasio Španjolskim nacionalnim nogometnim savezom. I Uredom i Savezom rukovodio je vojnik, potpukovnik Julián Troncoso Sagredo.⁶¹ U studenom 1937. Izvršni odbor FIFA-e donio je odluku da priznaje dva saveza koji predstavljaju španjolski nogomet, svaki za područje koje je pod njegovom kontrolom.⁶² Izvršni je odbor zaključio da trenutačna situacija u Španjolskoj ne dopušta postojanje samo jednog nacionalnog nogometnog saveza koji bi mogao djelotvorno upravljati nogometom na cijelom teritoriju te države. Stoga je donesena privremena odluka da se regionalni savezi i njihovi klubovi mogu pridružiti jednom od dva saveza.⁶³ Svaki je savez sastavljao svoju reprezentaciju. Nacionalisti su promijenili boju dresa, koji je umjesto crvenog, sada bio plavi.⁶⁴ Osim što su uklonili svaku asocijaciju na svoje „crvene“ vojne i političke protivnike, dres je imao boju jednaku falangističkoj košulji/uniformi.

Nacionalistička strana preuzela je kontrolu i nad ostalim sportovima. U studenom 1937. osnovan je „novi“ Španjolski olimpijski odbor, a u kolovozu 1938. Nacionalno vijeće za sport koje je preuzelo zadaću predstavljanja španjolskog sporta.⁶⁵ Za predsjednika Izvršnog odbora Nacionalnog vijeća za sport, sa zaduženjem da španjolski sport reorganizira po uzoru na fašističke saveznike, imenovan je general José Moscardó Ituarte. Još tri od pet članova Izvršnog odbora bili su časnici frankističke vojske.⁶⁶

Moscardó, koji je na fašističkoj strani uživao ugled ratnoj heroja i branitelja

60 Eguizábal, G., Méndez, G. (ur.), *Real Federación Española de Fútbol 1913-1988*, Madrid, RFEF, 1988., str. 27-35.

61 González Calleja, E., *El Real Madrid, “equipo de España“ Fútbol e identidades durante el franquismo*, *Política y Sociedad*, núm. 2, 51, 2014., str. 283.

62 Franco, J. L., 1937, *dos Federaciones Españolas de Fútbol*, str. 2, www.iusport.es/opinion/JUAN-L-FRANCO-1937-DOS-federaciones-OCT-2016.pdf, 23. 11. 2018. FIFA je priznala frankistički nogometni savez u trenutku kada samu nacionalističku vladu nije priznavao nitko osim Njemačke, Italije i Portugala.

63 *ibid.*, str. 4-5.

64 Duke, V., Crolley, L., *Football, Nationality and the State*, London and New York, Routledge, 2014. str. 32.

65 *Decreto sobre constitución y reonomiento del Comité Olímpico Español como Consejo Nacional de Deporte*, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 69 de 29. de agosto de 1938.

66 Unatoč ideološkim promjenama tijekom vremena, frankizam je svojoj biti zapravo uvijek bio vojna diktatura.

opkoljenog Alcázara u Toledu, u prvom je broju *Marce*, 1938. godine, kasnije poznatog sportskog dnevnika, a tada (i još dosta vremena), sportskog glasila Falange, na pitanje kakva će biti politika prema sportu nakon završetka rata odgovorio potpuno jasno: „Sve će voditi država. Mi ćemo imenovati predsjednike saveza, koji će imati naše potpuno povjerenje da će djelovati u interesu domovine.“⁶⁷

U istim je novinama, 5. srpnja 1939., nakon završetka građanskog rata, predsjednik tada jedinog međunarodno priznatog Španjolskog nogometnog saveza, pukovnik Troncoso decidirano istaknuo što je zadaća sporta: „Sport ne bi trebao biti slobodna aktivnost koja se obavlja radi zadovoljstva, već nužnost na putu da se ljudi ove zemlje poboljšaju i da ih se pripremi za eventualni rat.“⁶⁸

Ranije smo naveli gotovo identične riječi koje je 1933. izrekao nacistički *Reichssportführer* Tschammer und Osten.

Nakon ratne pobjede, novi je režim još jače isticao nužnost personalnih promjena i progon neistomišljenika. Stranački list *Arriba* od 2. kolovoza 1939. donosi vijest da je održana sjednica Španjolskog olimpijskog odbora na kojoj je među ostalim zaključcima, odlučeno i da se provede rigorozno čišćenje (*depuración*) svih segmenata sporta.⁶⁹ Što bi to značilo, objašnjeno je u istom listu od 21. prosinca 1939.: „Oni koji su se protivili ili se još protive Nacionalnom pokretu. Oni koji su obavljali dužnosti od povjerenja Narodnog fronta. Oni koji su surađivali s Narodnim frontom. Oni koji su pripadali masoneriji. Oni koji su se od 18. srpnja 1936. nalazili u inozemstvu i nisu se vratili u nacionalističku zonu. Oni koji su obavljali bilo koju dužnost u vlasti crvenih. Oni koji su potpomagali Narodni front. Sankcije trebaju provesti nacionalni savezi pojedinog sporta.“⁷⁰

Koliki je opseg „čišćenja“ bio može se vidjeti na primjeru nogometnih sudaca. 1936. godine bilo je 646 članova Zbora nogometnih sudaca, a 1939. samo 291.⁷¹ Pritom su osobito nastradali katalonski suci, od kojih je prijeratnih 125, 1939. godine ostalo samo 37.⁷²

Nogometni savez bio je još ažurniji od Olimpijskog odbora te je već u veljači 1939. godine donio odluku da se ne mogu registrirati niti igrati službene ili prijateljske utakmice igrači koji 1. siječnja 1939. nisu bili u nacionalističkoj zoni.⁷³

Vladajući su nogomet prihvatili i kao način propagiranja svoje ideologije, a što je sažeo madridski novinar Evaristo Acevedo: „U nogometu se treba tražiti španjolska i katolička kultura i civilizacija. Nogomet je taj koji služi da se stvori duhovno ozračje

67 Marca od 21. prosinca 1938., cit. prema: Rivero, A., *Deporte y sociedad durante el Franquismo, su organización y desarrollo en las diferentes etapas de la dictadura u: Rivero, A. (ur.), Las Leyes del deporte español. Análisis y evolución histórica*, Sevilla, Wanceulen, 2008., str. 39.

68 Cit. prema: Ackerman, J., *Fussball und nationale Identität in Diktaturen. Spanien, Portugal, Brasilien und Argentinien*, Zürich, LIT, 2011., str. 83.

69 Polo Del Barrio, J., *El Fútbol en Madrid. De actividad ludica a espectáculo de masas (1898-1945)*, neobjavljeni doktorski rad, str. 324.

70 *ibid.*, str. 325.

71 Naravno, među onima koji nedostaju bilo je i poginulih, ranjenih i izbjeglih. Ipak, bez sumnje je najvećem broju sudaca kojih 1939. nije bilo na popisu zabranjena sportska aktivnost.

72 Polo Del Barrio, J., *op. cit.*, str. 326.

73 *ibid.*, str. 366.

za spoznaju vječitih velikih vrijednosti naše rase.⁷⁴

Po uzoru na nacističke saveznike, uveden je pozdrav prije utakmice uzdignutom desnom rukom, slušanje falangističke himne i nakon toga službeni pozdrav Pokreta: „Arriba España! Viva Franco!“ (Naprijed Španjolska! Živio Franco!).⁷⁵

Kult ličnosti nije izostao niti u sportu: Franco je od srpnja 1939. bio počasni predsjednik Nogometnog saveza, a od iste se godine nacionalni kup nazivao Kup Generalisima. Slavljenju *Caudilla* pridružili su se i kubovi: *Real Madrid* s prve je poslijeratne sjednice Izvršnog odbora, na kojoj se raspravljalo o reorganizaciji kluba, poslao „domoljubni brzozjav“ Vođi u kojoj mu se izražava potpora i, drugi, generalu Moscardú, u kojem ga se moli da se poduzmu potrebne istrage u cilju „personalnog čišćenja kluba.“⁷⁶

Franco je, u svojstvu nacionalnog vođe Falange, 22. veljače 1941. donio Ukaz o osnivanju Nacionalnog odbora za sport Falange (*Delegación Nacional de Deporte de F.E.T. y de las J.O.N.S – DND*).⁷⁷ U uvodu Ukaza navodi se da politika falangističke države, usmjerena prema jedinstvu i snaženju aktivnosti koje vode jačanju domovine, ne može zanemariti sport, koji je jedno od osnovnih sredstava za cjelokupni odgoj španjolskog čovjeka. Stranka, kao politički posrednik između društva i države, nastavlja se u preambuli, odgovarajuća je institucija, više nego bilo koja druga, za poticanje i upravljanje svim oblicima sporta, skrbeći se ne samo o usavršavanju sportskih djelatnosti, već i o koordinaciji svih aktivnosti sportskih saveza. Osim toga, DND se osniva i kako bi se uspostavio odnos između sportskih aktivnosti i vojnih institucija.

Već se u prvom članku ukaza upravljanje i promocija španjolskog sporta stavljaju u nadležnost Falange. Nacionalni odbor za sport preuzeo je funkcije Španjolskog olimpijskog odbora i Nacionalnog savjeta za sport te je u tom smislu upravljao i predstavljao nacionalni sport i organizirao sudjelovanje na Olimpijskim igrama.⁷⁸ Zadaće DND-a bile su, između ostalog, odobravanje statuta i pravilnika sportskih saveza, društava i klubova te koordinacija, snaženje i nadgledanje njihovog rada. Nadalje, DND je imenovao predsjednike i dopredsjednike nacionalnih sportskih saveza. Koordinirao je i raznim sportskim aktivnostima unutar Falange, kao i onih privatne naravi, odnosno onih koje se obavljaju u vojsci.⁷⁹

DND se sastojao od nacionalnih dužnosnika, tri odjela, sportskih saveza, izvršnog odbora i Nacionalnog savjeta za sport.⁸⁰ Nacionalni dužnosnici bili su povjerenik, tajnik i administrator, koji su imenovani sukladno hijerarhijskim pravilima Falange.

74 Cit. prema: Gómez, D., *La patria del gol. Fútbol y política en el Estado español*, Irun, Alberdania, 2007. str. 49. Pritom izraz rasa ne treba promatrati u eugeničkom smislu kao kod nacista. U Španjolskoj je on imao značenje osobina koje krase „pravog“ Španjolca, koji je domoljub, katolik, konzervativan, antiliberal, ponosan na španjolsku prošlost.

75 Duke, V., Crolley, L., op. cit., str. 33.

76 Polo Del Barrio, J., op. cit., str. 347.

77 Decreto de 22 de febrero de 1941 por el que se establece la Delegación Nacional de Deportes de F.E.T. y de las J.O.N.S., Boletín Oficial del Estado, núm. 64 de 05. de martes 1941.

78 *ibid.*, članak 2 i članak 3.

79 *ibid.*, članak 4.

80 *ibid.*, članak 5.

Tri odjela kojima je rukovodio tajnik pod nadzorom povjerenika, skrbili su se o sportu u Falangi, sportskim savezima i vojsci. Izvršni odbor su činili nacionalni dužnosnici, načelnici tri odjela i španjolski predstavnici u Međunarodnom olimpijskom odboru.⁸¹

Navedenim ukazom general Moscardó, kojeg je Franco imenovao za nacionalnog povjerenika, imenovao je predsjednike nacionalnih sportskih saveza, pa tako i Španjolskog nogometnog saveza, u kojem je ponovno imenovan pukovnik Troncoso.

DND je tek u srpnju 1945. dobio svoj Statut, kojeg je prethodno odobrio glavni tajnik Falange s položajem ministra.⁸² U prvom članku Statuta DND se određuje kao servis Falange koji je najviša vlast u stvarima koje se odnose na tjelesni odgoj i sporta na područje cijele države. Koliko je Pokret „prisvojio“ državu i smatra je istoznačnicom, može se vidjeti iz odredbe članka 2. točke c u kojoj se određuje da je zadaća DND-a upravljati državnim i stranačkim organizacijama koje se bave tjelesnim odgojem i sportom. Znači, stranačko tijelo – DND, upravlja i državnim organizacijama. U istom se članku, točki m, određuje opća nadležnost DND-a u odnosu na nacionalne sportske saveze, odnosno odobravanje njihovih statuta i pravilnika, kao i imenovanje, odnosno odobravanje imenovanja na funkcije u savezima, uključujući i tehničke i administrativne tajnike. Nacionalnog povjerenika za sport (*el Delegado Nacional*) imenovao je *Caudillo* na prijedlog glavnog tajnika Falange.

Načelnike tri odjela imenovao je nacionalni povjerenik. Zadaća je načelnika Odjela za nacionalne sportske saveze bila nadziranje funkcioniranja svih nacionalnih saveza, komunicirati s njihovim predsjednicima i dopredsjednicima i skrbiti o provedbi naloga.⁸³

Glava 24. Statuta posvećena je nacionalnim sportskim savezima. Oni se definiraju kao tehnička i administrativna tijela koja, zavisna od DND-a i po njegovim nalogima, upravljaju aktivnostima svoga sporta i promoviraju ga te ga zastupaju u odgovarajućim međunarodnim sportskim savezima.⁸⁴ Članovi nacionalnih saveza (misli se na upravljačke položaje) i čelnici klubova trebaju biti osvjedočeni podupiratelji Falange. Predsjednik saveza, kojeg je imenovao nacionalni povjerenik, upravlja savezom uz pomoć ostalih članova, ali koji imaju samo savjetodavnu funkciju.⁸⁵ Čvrsti hijerarhijski sustav uspostavljen je i u regionalnim sportskim savezima. Njihove predsjednike i dopredsjednike imenuje predsjednik nacionalnog saveza, uz prethodno odobrenje DND-a. Tajnika, rizničara i određen broj članova izvršnog odbora imenovao je predsjednik regionalnog saveza.⁸⁶

Status sportskih klubova i društava reguliran je glavom 25. Statuta. Klubovi se vode sukladno statutu kojeg treba odobriti nacionalni sportski savez. Predsjednike i dopredsjednike klubova imenovali su nacionalni sportski savezi. Predsjednicima

81 *ibid.*, članci 6-10.

82 Estatuto Orgánico de la Delegación Nacional de Deportes, Boletín del Movimiento F.E.T. y de las J.O.N.S. núm. 268 de 15 de julio de 1945, citirano prema objavi u Boletín Oficial de la DND núm. 28/1945.

83 Estatuto Orgánico de la DND, članak 18.

84 *ibid.*, članak 40.

85 *ibid.*, članak 47. O stvarima u kojima Izvršni odbor savjetuje povjerenika govori se u članku 28.

86 *ibid.*, članak 50.

pomažu i savjetuju ih u vođenju kluba članovi izvršnog odbora. Članove izvršnog odbora predlaže opća skupština kluba koju čine članovi kluba (šp. *socios*). U izvršnom su odboru morala biti najmanje dva člana Falange. Između predloženih članova predsjednik kluba je sam birao članove Izvršnog odbora.⁸⁷

Uz ovlaštenje DND-a, Španjolski nogometni savez poništio je sva natjecanja održana između 1936. i 1939. godine, kao i sve ugovore između igrača i klubova ili klubova međusobno.⁸⁸ Suvremeni Kraljevski španjolski nogometni savez još uvijek u evidenciji vodi kao da se ta prvenstva i kupovi nisu igrali.

Ni sport nije ostao pošteđen jezičnog purizma nove vlasti. Naime, ministar unutarnjih poslova i glavni tajnik Falange Ramón Serrano Suñer u svibnju je 1940. donio Zapovijed da se u javnoj komunikaciji i nazivlju ne smiju koristiti strane riječi, što je uključivalo i imena sportskih klubova.⁸⁹ Tako su nogometni klubovi koji su u nazivu imali engleski „Football club“ mijenjali taj izraz u španjolski „Club de fútbol“; Athletic iz Bilbao i Madrida postali su Atlético i sl. Hispanizacija jezika nije se zaustavila samo na imenima. I engleski izrazi kao *corner*, *referee*, *shoot*, *team*, zamijenjeni su odgovarajućim španjolskim riječima. Čak se predlagalo da se i naziv sporta, „*fútbol*“ zamijeni doslovnim prijevodom, odnosno riječju „*balompié*.“⁹⁰

Međutim, ksenofobija se nije izražavala samo u rječniku. Cirkularnim pismom iz siječnja 1941. zabranjuj strancima se zabranjuje sudjelovanje u bilo kojem nacionalnom sportskom natjecanju, pojedinačnom ili ekipnom.⁹¹

Sportske aktivnosti i organizacija sporta u promatranj fazi frankizma u potpunosti su kontroli jedine političke stranke, što ujedno znači i države jer su i ovom režimu stranka i država organizacijski i personalno nerazlučive. Hijerarhijski postavljena piramida sporta i njegovih organizacija (saveza i klubova, ali i „čisto“ stranačkih sportskih organizacija) tražila je poslušnost, ujednačenost i služenje državi i političkom pokretu. U ovoj prvoj fazi frankizma naglasak je više stavljen, u duhu *cruzade*,⁹² na moralnu, tjelesno-edukacijsku svrhu sporta, nego na natjecateljsku. Neposredno nakon završetka Građanskog rata pokrenuta je promotivna kampanja „Računamo na tebe“ s krilaticom „Bavi se sportom i poboljšaj rasu.“⁹³ Na plakatima se nalazio lik José Antonia Prima de Rivere, predratnog vođe Falange, kako igra nogomet u republikanskom zatvoru u Alicanteu, malo prije pogubljenja. Falangisti su sport smatrali dobrim sredstvom za mobilizaciju mladih pod svojim vodstvom,

87 *ibid.*, članci 61-62.

88 Polo Del Barrio, J., *op. cit.*, str. 330.

89 Orden de 16 de mayo de 1940, Boletín Oficial del Estado, núm. 138 de 17 de mayo. 1940. U preambuli Zapovijedi navodi se da se ne donosi u duhu ksenofobije nego zbog zaštite vlastitog jezika i sprječavanja da bude u vazalnoj i kolonijalnoj podređenosti. Člankom 58. Statuta DND-a odredilo se da se klupskim statutom utvrđuje naziv kluba, koji mora biti španjolski.

90 Jedan od rijetkih klubova koji imaju tu riječ u imenu je Real Betis Balompié iz Seville. Međutim, klub je tako nazvan puno prije navedene zapovijedi.

91 Cirkular je, kao podsjetnik, objavljen u Boletín Oficial de la Delegación Nacional de Deportes, núm. 13/1944.

92 *Cruzada* – križarski pohod. Tako su nacionalisti nazivali svoju borbu, prije svega oružanu, ali i duhovnu, kojoj je cilj bio postići „španjolsku“ Španjolsku, lišenu modernizma, liberalizma i sekularizma.

93 Polo Del Barrio, J., *op. cit.*, str. 332.

kao i priliku za indoktrinaciju s tradicionalnim španjolskim vrijednostima u njihovoj interpretaciji.

Sukladno militariziranom ozračju čitavog društva sport je otvoreno i formalno bio povezan s vojskom koja je, uz Katoličku crkvu i F.E.T., bila osnovni element novog poretka. Nacionalni sportski savezi „utopili“ su se u jedinstvenoj sportskoj organizaciji, a reprezentacije i klubovi, prvenstveno nogometni, služili su kao predstavnici novog režima prema vani, odnosno kao promicatelji njegovih vrijednosti prema unutra.

2.3. Nezavisna Država Hrvatska

Hrvatski nogomet u Kraljevini Jugoslaviji bio je do 1939. godine organiziran u Jugoslavenskom nogometnom savezu (JNS). Djelovanje Saveza bilo je obilježeno, slično kao i u cijeloj državi, nacionalnim suprotnostima koje su se izražavale putem sukoba na utakmicama⁹⁴ ili u nogometnim forumima. Jedan od najpoznatijih slučajeva bio je bojkot državne reprezentacije od strane hrvatskih klubova te, posljedično, nastup samo srpskih igrača u jugoslavenskoj reprezentaciji na prvom svjetskom prvenstvu u Urugvaju 1930. Razlog neodazivanja hrvatskih nogometaša bila je odluka o premještanju sjedišta JNS-a iz Zagreba u Beograd.

Na sjednici Skupštine JNS održanoj 29. siječnja 1939., neslaganje hrvatskih i slovenskih klubova s jedne strane i srpskih klubova s druge strane bilo je toliko izraženo da su predstavnici Zagrebačkog, Splitskog i Osječkog podsaveza napustili sjednicu. Klubovi tih podsaveza donijeli su u travnju iste godine odluku da nakon završetka tekućeg natjecanja napuštaju zajedničku državnu ligu.⁹⁵ U svibnju 1939. osnovana je Hrvatska športska sloga, a 6. kolovoza 1939. i Hrvatski nogometni savez kao njen sastavni dio. Nekoliko dana kasnije, 26. kolovoza, proglašena je Banovina Hrvatska. Tako je u HNS pristupila većina klubova koja je imala sjedište na području nove Banovine. Izvan tog područja, HNS-u su se, očito po etničkom ključu, priključili *SAŠK* iz Sarajeva i *Bačka* iz Subotice, dok je *SK Bata* iz Borova (koje je bilo u Banovini) otišao u Beogradski loptački podsavez.⁹⁶

Vjerojatno uvidjevši da pušu novi politički vjetrovi (a možda i pod utjecajem državne vlasti), beogradski klubovi, koji su zapravo predstavljali srpski nogomet, započeli su pregovore s HNS-om. Rezultat je bio raspuštanje JNS-a i, u siječnju 1940., osnivanje Vrhovnog nogometnog saveza, koji su, uz HNS, činili u međuvremenu osnovani Srpski i Slovenski nogometni savez.⁹⁷ Na osnivačkoj skupštini novog saveza donesena su Pravila Vrhovnog nogometnog saveza prema kojima je Savez bio ustrojen prema (kon)federalnom načelu pariteta i ograničenih ovlasti u odnosu na nacionalne saveze, koji su definirani kao samostalni nogometni savezi.⁹⁸ Predmet velikog spora

94 Više: Jovanović, V., Antonijević, N., Ein unvermeidlicher Geschmack von Politik: Jugoslawischer Fussball zwischen zwei Weltkriegen, u: Koller, Ch. i Brändle, F. (ur.), op. cit.

95 Frntić, F., Nogometna prvenstva Hrvatske od 1939. do 1945., str. 46, Povijest sporta, 109/1996.

96 *ibid.*, str. 46-47.

97 Jelenić, M., Nogometna konfederacija u Jugoslaviji 1939. godine, Povijest sporta 22/1991., str. 40-41.

98 Pravila Vrhovnog nogometnog saveza, članak 2. i članak 4., cit. prema: Jelenić, M., op. cit., str.

iz tridesetih godina, mjesto sjedišta Saveza, prepušteno je na odlučivanje Glavnoj skupštini u kojoj je svaki nacionalni savez imao jedan glas.⁹⁹ Prvenstvena natjecanja odvijala su se unutar nacionalnih saveza, a najuspješniji klubovi igrali su završnicu za titulu jugoslavenskoga prvaka. U natjecateljskoj godini 1939./1940. igrala se zajednička hrvatsko-slovenska liga jer još nije bio osnovan Slovenski nogometni savez, a državni prvak nakon odigrane završnice postao je *Građanski* iz Zagreba. U natjecateljskoj godini 1940./1941. prvak hrvatske lige bio je *Hajduk* iz Splita,¹⁰⁰ koji nije bio u prilici pokušati osvojiti državni naslov jer je 6. travnja 1941. napad sila Osovine na Kraljevinu Jugoslaviju prekinuo natjecanja i označio kraj monarhističkog režima.

Nakon što su ih Talijani i Nijemci doveli na vlast, ustaše su pristupile organizaciji tvorevine koju su nazvali Nezavisna Država Hrvatska.

Zakonskom odredbom o državnoj vladi Nezavisne Države Hrvatske određena je nadležnost pojedinih ministarstava. Kao jedno od 14 ministarstava osnovano je i Ministarstvo udružbe koje je bilo nadležno, između ostaloga, „za odobrenje, osnivanje novih i usklađivanje rada i zadaća pojedinih društava radi općih probitaka“ i „tjelesni uzgoj mladeži i šport“.¹⁰¹ Zakonskom odredbom o podjeli ministarstava na odjele i o djelokrugu odjela Ministarstvo udružbe podijeljeno je na obći odsjek i dva odjela – *društvenog osiguranja, zaštite i skrbi te odjel društvenovnih poslova. Tjelesni uzgoj mladeži i šport* spadali su u drugi odjel.¹⁰²

Međutim, ministarstva su djelovala i prije donošenja spomenute Zakonske odredbe. Pavelić je odredbu o imenovanju Vlade donio već 16. travnja. 1941.¹⁰³ Tako je Miško Zebić, bivši nogometaš *HAŠK-a* iz Zagreba,¹⁰⁴ u Ministarstvu udružbe obavljao dužnost voditelja odjela tjelesni odgoj i sport još u svibnju 1941. jer je u tom svojstvu 21. svibnja donio odluku o raspuštanju sportskih saveza, odnosno o smjeni uprava i imenovanju povjerenika. Rudolf Hitrec imenovan je za povjerenika u Hrvatskom nogometnom savezu.¹⁰⁵ Sljedećih mjeseci uslijedilo je raspuštanje klubova, odnosno imenovanje povjerenika u njima. Na primjer, 26. srpnja. 1941. Zebić je donio odluke koje se odnose na varaždinsko područje. O tome je izvijestio tjednik *Hrvatsko jedinstvo* navodeći Zebića kao povjerenika za cjelokupni šport u Hrvatskoj. U većini klubova raspuštena je uprava i imenovan povjerenik, ali su neki klubovi morali spojiti, a neki su bili raspušteni. Jedan od njih bio je *Radnički športski*

41.

99 *ibid.*, članak 1. i 6., cit. prema: Jelenić, M., op. cit., str. 41.

100 HNS službeno vodi *Hajduka* kao prvaka Hrvatske za 1940./1941. godinu.

101 Zakonska odredba o državnoj vladi Nezavisne Države Hrvatske, članak 6., Narodne novine br. 58/41. Zakonska odredba prvobitno je objavljena u Narodnim novinama br. 58/41 od 24. 06. 1941. Međutim, u Narodnim novinama br. 59/41 od 25. lipnja. 1941. ponovno je objavljena, a na temelju Odredbe predsjednika Zakonodavnog povjerenstva, i to zbog toga što je tiskana „sa mnogim greškama i krivo.“ Tekst otisnut u broju od 24. lipnja 1941. proglašen je bezvrijednim.

102 Zakonska odredba o podjeli ministarstava na odjele i o djelokrugu odjela, članak 13., Narodne novine br. 99/41.

103 Odredba o imenovanju Prve Hrvatske Državne Vlade, Narodne novine br. 4/41.

104 HAŠK 1903-1923., str. 119, Zagreb, Hrvatski Akademski Športski Klub, 1923.

105 Frntić, F., op. cit., str. 49.

klub Sloboda iz Varaždina, očito zabranjen zbog prefiksa „radnički“.¹⁰⁶

U skladu s načelom korporativizma koji je preuzeo ustaški pokret, u srpnju 1941. donesena je Odredba o osnutku staliških i drugih postrojbi u okviru Hrvatskog ustaškog oslobodilačkog pokreta.¹⁰⁷ Tom su Odredbom osnovani stališki savezi i savezi društava. Glavni savez obuhvaćao je šesnaest saveza, među kojima i *Hrvatski savez športskih i planinarskih društava*. Svi su savezi trebali biti ustrojjeni „na načelu postavljenog vodstva, politički nadzirani po ustaškom pokret, a stručno vodjeni po svojim višim ustrojbenim i stručnim predstavnicima.“ Poglavnik je imenovao Državnog savezničara, koji je na čelu Glavnog saveza, kao i druge savezničare, koji su na čelu pojedinog saveza.¹⁰⁸ Savezi se prema strukama mogu dijeliti na dosaveze, koje vode dosavezni povjerenici, a koje na prijedlog savezničara imenuje državni savezničar.¹⁰⁹ Teoretski, nogometni savez bi imao status dosaveza u okviru *Hrvatskog saveza športskih i planinarskih društava*. Za savezničara tog saveza imenovan je početkom 1942. Miško Zebić.¹¹⁰

S obzirom na to da sustav *staliških* postrojbi nije zaživio, za organizaciju sporta u NDH osnovan je 23. svibnja. 1942. *Ured državnog vodstva tjelesnog odgoja i športa* (dalje: UTOŠ). Za razliku od *Saveza športskih i planinarskih društava* koji je bio stranačka organizacija, UTOŠ je bio državno tijelo. Ured je osnovan u okviru Ministarstva udružbe te je predstavljao najvišu vlast za tjelesni odgoj i šport i bio je izravno pod ministrom udružbe.¹¹¹

UTOŠ je vodio državni vođa tjelesnog odgoja i športa kojeg je na prijedlog ministra udružbe imenovao poglavnik.¹¹² Za državnog vođu imenovan je Miško Zebić, koji je dobio i stranačku funkciju „poglavnog pobočnika“.¹¹³

Zadaća UTOŠ-a bila je da izdaje propise za promicanje tjelesnog odgoja i športa, da u suradnji s Ministarstvom domobranstva vodi i nadzire tjelesni odgoj i šport oružanih snaga, da u suradnji sa Zapovjedništvom *Poglavnikove tjelesne bojne*, vođom Častne radne službe i zapovjedništvom Ustaške mladeži vodi i nadzire tjelesni odgoj i šport u tim organizacijama i da u suradnji s Ministarstvom nastave vodi i nadzire tjelesni odgoj i šport sveučilišne i školske mladeži. Za temu je ovoga rada posebno važna nadležnost Ureda koja se odnosi na nadzor cjelokupnog djelovanja u svim tjelovježbnim, sportskim i planinarskim savezima, društvima i klubovima, davanje smjernica za ustrojstvo tih organizacija i odobravanje njihovih pravila. Zatim,

106 Promjene u športu, Hrvatsko jedinstvo, br. 198 od 31. 07. 1941., str. 6.

107 Odredba o osnutku staliških i drugih postrojbi u okviru Hrvatskog ustaškog oslobodilačkog pokreta, Narodne novine br. 187/41. Zanimljivo je kako je ovaj propis koji se odnosi na ustašku organizaciju (prije Pavelićevog potpisa stoji da je dano u Glavnom ustaškom stanu, dakle stranačkom, a ne državnom tijelu) objavljen u službenom glasilu u kojem bi se trebali objavljivati samo državni propisi. Pokazuje se da je i u NDH bilo teško razlikovati stranku (pokret) od države.

108 *ibid.*, članak 3. i 4.

109 *ibid.*, članak 4.

110 Zebić, Miško, u Dizdar, Z. i dr. (ur.), *Tko je tko u NDH*, str. 430, Zagreb, Minerva, 1997.

111 Zakonska odredba o osnivanju Ureda državnog vodstva tjelesnog odgoja i športa, članak 1., Narodne novine br. 114/42.

112 *ibid.*, članak 2.

113 Dizdar, Z., *op. cit.*, str. 430.

Ured je trebao nadzirati sve javne tjelovježbne i sportske priredbe, davati odobrenja za nastupe saveza, klubova i pojedinaca na sportskim priredbama u tuzemstvu i inozemstvu. Ured je imao i ovlast osnivati i raspuštati saveze i klubove za tjelesni odgoj i sport i imenovati i razrješavati dužnosnike saveza i klubova.¹¹⁴

Potrebno je primijetiti da su Zakonsku odredbu supotpisali ministri udružbe, domobranstva, nastave, unutarnjih poslova, zdravstva i pravosuđa i bogoštovlja. Znači, svi resori u okviru kojih bi UTOŠ mogao provoditi aktivnosti ili nadzor. Time su na jednom mjestu centralizirane sve djelatnosti koje se u najširem pojmu mogu podvesti na tjelesni odgoj i sport, bez obzira na to odnose li se na aktivnosti države (uključujući i oružane snage) ili ustaškog pokreta.

U sklopu reorganizacije Vlade NDH u jesen 1942. ukinuto je Ministarstvo udružbe te su se poslovi koji su se odnosili „udružbu i društovna skrb“, između njih i upravni poslovi Glavnog saveza staliških i drugih postrojbi i upravni poslovi *Ureda državnog vodstva tjelesnog odgoja i sporta*, prenijeli u nadležnost Ministarstva unutarnjih poslova.¹¹⁵

Hrvatski nogometni savez dobio je povjerenika još u svibnju 1941. te je on pod nadzorom državnog povjerenika za sport vodio nogomet na području NDH.

Povjerenik Rudi Hitrec uputio je 7. srpnja 1941. glavnom tajništvu FIFA-e zahtjev za prijemom HNS-a u članstvo FIFA-e. Već 17. srpnja iz Züricha stiže obavijest glavnog tajnika FIFA-e da je Odbor za hitnost donio odluku o prijemu u članstvo HNS-a.¹¹⁶ S obzirom na brzinu odluke i činjenicu da se primio savez državne tvorevine koju su uglavnom priznavale samo države članice Trojnog pakta, važno je primijetiti da se zbog rata nisu održavale sjednice Izvršnog odbora FIFA-e (o Kongresu da ne govorimo) te da je sve odluke donosio tročlani Odbor za hitnost.¹¹⁷ Također, i to što je glavni tajnik FIFA-e bio Nijemac, Ivo Schricker, sigurno je pomoglo tadašnjem režimu pri ulasku u članstvo Svjetske nogometne federacije.

U lipnju 1943. državni vođa tjelesnog odgoja i sporta odobrio je Propisnik o ustrojstvu Hrvatskog nogometnog saveza, Obći pravilnik Hrvatskog nogometnog saveza, Pravilnik o ustrojstvu dosaveza HNS, Pravilnik o ustrojstvu župa HNS-a, Pravilnik zbora nogometnih sudaca HNS te niz provedbenih propisa HNS-a.¹¹⁸

Propisnikom o ustrojstvu utvrđen je naziv Saveza – Hrvatski nogometni savez.¹¹⁹ To znači da se odstupilo od naziva propisanog u Odredbi o osnivanju staliških postrojbi jer bi prema njemu naziv bio Hrvatski nogometni dosavez. Kao svrha i djelokrug *Saveza* određeno je da on okuplja nogometna društva i klubova, brine se za

114 Zakonska odredba o osnivanju Ureda državnog vodstva tjelesnog odgoja i športa, članak 3.

115 Zakonska odredba o državnoj vladi Nezavisne Države Hrvatske, članak 6. i 20., Narodne novine br. 229/42.

116 Magdić, Z., *Nogomet u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj*, str. 43. u: Kramer, F. (ur.), *Hrvatski nogometni savez 1912.-1992.*, Zagreb, Hrvatski nogometni savez, 1992., str. 42-59.

117 Wahlig, H., Dr. Ivo Schricker: Ein Deutscher in Diensten des Weltfußballs, u: Peiffer, L. i Schulze-Marmeling, D. (ur.), op. cit., str. 200.

118 Odluka državnog vodje tjelesnog odgoja i športa, br.1474/43 od 02. 06. 1943, Zbirka propisa Hrvatskog nogometnog saveza (dalje: Zbirka propisa), Zagreb, Hrvatski nogometni savez, 1943.

119 Propisnik o ustrojstvu Hrvatskog nogometnog saveza (dalje: Propisnik), članak 1., Zbirka propisa.

promicanje nogometnog sporta, zastupa hrvatski nogometni sport, priređuje utakmice za prvenstvo NDH i pokal te utakmice „državnog predstavništva“.¹²⁰ Da bio postao član Saveza, klub, između ostaloga, treba imati potvrdu nadležnog ustaškog tabora¹²¹ da ne postoji nikakva zapreka za „obstanak kluba u političkom i gospodarstvenom pogledu.“ Klub u svom nazivu nije smio imati „razredno“ (klasno, op.a.) obilježje.¹²² Prije odluke o prijemu u članstvo, Savez je trebao „iztražiti“ je li potrebno osnivanje kluba u mjestu gdje ima više klubova.¹²³ Znači, klub je trebao biti politički podoban, za što je potvrdu izdavala ustaška organizacija, nije smio biti radnički (pod „razrednim obilježjem“ očito se mislilo na klubove koje je organizirao radnički pokret, odnosno komunisti, jer u suprotnom ne bi niti *Gradanski* mogao zadržati svoj naziv), a Savez je imao pravo na diskrecijsku ocjenu je li potreban još jedan klub ako u tom mjestu već postoje nogometni klubovi.

Tijela i ustrojstvene jedinice Saveza („postrojbe“) bila su godišnji sastanak članstva, uprava, Zbor nogometnih sudaca, Nadzorni odbor, dosavezi i župe.¹²⁴

Godišnji sastanak članstva, odnosno skupštinu, činili su po dva predstavnika kluba s jednim pravom glasa, što znači da je svaki klub, bez obzira na status natjecanja, imao jedan glas. To je tijelo, između ostaloga, bilo nadležno da upravi daje smjernice za rad i predlaže propisnike, pravilnike i poslovnike.¹²⁵

Uprava se sastojala od predsjednika, četiri zamjenika predsjednika, od kojih jedan mora biti nogometni sudac, dva tajnika, pročelnika Zbora nogometnih sudaca (ZNS), pročelnika odsjeka (7) i nadzornog odbora i predsjednika svih dosaveza. Predsjednika Saveza imenovao je državni vođa za sport neposredno, a zamjenike predsjednika i ostale članove uprave na prijedlog predsjednika Saveza. Jedino je pročelnika ZNS-a državni vođa imenovao na prijedlog skupštine ZNS-a. To znači da je cjelokupno vodstvo Saveza, uključujući i pročelnike odsjeka (odjela unutar Saveza) imenovao državni vođa za sport. Godišnji sastanak članstva je samo predlagao pročelnike odsjeka predsjedniku, koji je taj prijedlog prosljeđivao državnom vođi.¹²⁶

Propisnikom nije utvrđeno tko donosi taj akt, kao i druge propise Saveza. Naime, godišnji sastanak članstva je samo predlagao njihovo donošenje (nije navedeno kome), a upravi Saveza, uključujući i predsjednika, uopće nije dana nikakva nadležnost u tome. U potpisu na kraju svih propisa u Zbirci propisa nalazi se državni vođa za šport Miško Zebić. Kao datum donošenja Propisnika, primjerice, naveden je 1. svibanj 1943., a odluka o odobrenju tog Propisnika 2. lipnja 1943. Zebić se nalazi u potpisu oba dokumenta. Ako je to bila njegova nadležnost, zašto ih je onda trebao i odobravati? U Zakonskoj odredbi o osnivanju UTOŠ-a bilo je utvrđeno da to tijelo odobrava pravila sportskih saveza i klubova, ne i da ih donosi.

Stoga možemo zaključiti da je Propisnik imao veliku formalnu prazninu jer nije propisao nadležnost za njegovo donošenje, kao i druge propise HNS-a. Temeljem

120 *ibid.*, članak 3.

121 Teritorijalna organizacija Ustaškog pokreta.

122 Propisnik, članak 8. stavak 1., točka e i f.

123 *ibid.*, članak 9.

124 *ibid.*, članak 12.

125 *ibid.*, članak 16. i 18.

126 *ibid.*, članak 20. i 21.

navedenih dokumenata može se utvrditi da je te propise donosio državni vođa za šport, koliko god se to činilo nelogično s obzirom na njegovo kasnije odobrenje istih tih propisa.

Trećim dijelom Obćeg Pravilnika HNS-a bio je utvrđen status klubova i uvjeti pod kojima se odigravaju utakmice. Propisnici klubova bili su jednoobrazni, a obrasce je donosio UTOŠ.¹²⁷

Člankom 20. bio je utvrđen postupak izlaska igrača i sudaca na teren i pozdravljanja:

„Momčadi se postavljaju u red licem jedna prema drugoj. Svi igrači i sudci imaju stati u stavu ‘POZOR’. Pozdrav se vrši na taj način da na uzvik sudca ‘ZA DOM’ odgovaraju svi dizanjem desne ruke kose prema gore poklikom ‘SPREMNI’. Isto tako moraju se i nakon završene utakmice obje momčadi postaviti na sredinu igrališta i ponovno pozdraviti na isti način kao i na početku utakmice.“¹²⁸

I Poslovníkom službenog dopisivanja za uprave saveza, dosaveza, župa i klubova članova Hrvatskog nogometnog saveza bilo je propisano da „Svaki spis se zaključuje s riečima: Za Dom spremni!“¹²⁹

Sjedišta dosaveza bila su u Zagrebu, Sarajevu, Zemunu, Osijeku i Banja Luci.¹³⁰ Dosavezi su strukturno pratili HNS. Državni vođa za sport imenovao je predsjednika dosaveza izravno,¹³¹ što je protivno odredbi Propisnika da sve članove uprave HNS-a (a to su po funkciji bili i predsjednici dosaveza), osim pročelnika ZNS-a, imenuje državni vođa za šport na prijedlog predsjednika HNS. S obzirom na to da nije propisano tko imenuje članove uprave dosaveza, za pretpostaviti je da je i to bilo u nadležnosti državnog vođe za šport.

Iz navedenih propisa Hrvatskog nogometnog saveza može se zaključiti da je čitava nogometna organizacija bilo potpuno ovisna o Uredu državnog vodstva tjelesnog odgoja i športa, odnosno državnom vođi za šport. Ovisnost se odnosila na personalna (imenovanja dužnosnika) i organizacijsko-ustrojstvena i praktična pitanja (donošenje općih akata Saveza).

Uvođenje načela vođe i u sport vezano je za 15. načelo Ustaškog pokreta – načelo odgovornosti. Odnosno, kako je ustaški ideolog Danijel Crljen to pojasnio:

„Mi izgrađujemo državu reda, pokoravanja i stege. Jedan narod, jedna država, jedan Poglavnik, jedan Ustaški pokret. [...] Nitko nije ljepše i točnije govorio o pojmu odgovornosti u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj nego sam Poglavnik, kad je u svom povijesnom govoru na Markovom Trgu rekao, da on odgovara hrvatskom narodu za sve činovnike, ali da svi činovnici za svoj rad odgovaraju njemu. [...] Znamo dobro da u svakoj kući jedan zapovijeda, a ostali slušaju, pa je razumljivo, da tako treba biti u jednoj državi.“¹³²

Nadalje, članovi Saveza mogli su biti samo klubovi koji su dobili odobrenje

127 Obći Pravilnik Hrvatskog nogometnog saveza III. dio, članak 3., Zbirka propisa.

128 *ibid.*, članak 20.

129 Poslovníkom službenog dopisivanja za uprave saveza, dosaveza, župa i klubova članova Hrvatskog nogometnog saveza, točka 4., Zbirka propisa.

130 Pravilnik o ustrojstvu dosaveza Hrvatskog nogometnog saveza, članak 2., Zbirka propisa.

131 *ibid.*, članak 12.

132 Crljen, D., *op. cit.*, str. 82-83.

ustaške organizacije, a na utakmicama i službenom dopisivanju koristio se ustaški pozdrav.

Sve to pokazuje visok stupanj politiziranosti i ideologiziranosti nogometne organizacije, u skladu s „novim poretom“ koji su uveli ustaše i njihovi nacifašistički saveznici.

Unatoč tako autokratskom ustrojstvu, nogometni savez nije bio u stanju, iz više razloga, organizirati odigravanje prvenstva, kako je nazvano, „Državnog nogometnog razreda“. Naime, nakon odigranoga jesenskoga dijela prvenstva 1941. (u koji je odlukom državnog vođe športa bio uključen i zemunski *Deutsche Sport Verein Victoria*, klub njemačke narodnosne zajednice), natjecanje nije nastavljeno jer je državni vođa za šport odlučio da će se ubuduće igrati proljeće-jesen i da započinje novo prvenstvo.¹³³ To prvenstvo 1942. i sljedeće, 1943. godine, bila su jedina koja su okončana. Prvenstvo 1944. zbog različitih sporova i odustajanja klubova nije odigrano do kraja te je tadašnji povjerenik HNS-a Rinaldo Čulić uz suglasnost državnog vođe za sport odlučio da se prvenstvo prekine i ne proglasi pobjednik. Za 1945. godinu prvenstvo nije niti započelo.¹³⁴

3. ZAKLJUČAK

U skladu sa svojim pogledom na svijet i politikom koju su provodili, totalitarni režimi koje smo analizirali u ovom radu i sport su obuhvatili u svoj novi poredak, a sve u nastojanju da kontroliraju sve segmente društvenog, ali velikim dijelom i privatnoga, života.

Sport vladajući, osim kao sredstvo unaprjeđenja tjelesnog i psihičkog zdravlja, koje će biti korisno upotrijebljeno u (para)vojne svrhe, shvaćaju i kao mogućnost indoktrinacije pojedinaca, ali i kao propagandno sredstvo novog režima među širokim masama stanovništva.

„Preuzimanje“ sporta od strane vladajuće grupacije karakterizira iznimna centralizacija sportskih organizacija koja se manifestira uključivanjem u jedinstvenu nacionalnu organizaciju koja je nadležna za sve sportske aktivnosti u državi. Pritom je irelevantno radi li se o stranačkoj ili državnoj organizaciji jer je i na drugim područjima granica između stranke (pokreta) i države nevidljiva i često i nepostojeća. Unutar te jedinstvene organizacije, raniji sportski savezi mogli su zadržati opstojnost (ali u strogo zadanim, uskim, okvirima koji su se odnosili samo na „tehničke“ stvari kao što su organizacija natjecanja i sl.) ili su bili dekretom ukinuti i pripojeni kao jedna od sekcija krovnoj sportskoj organizaciji.

Unutarnje ustrojstvo sportskih organizacije karakterizira načelo vođe i imenovanja izvana i odozgo. Vodstvo nacionalnih sportskih saveza imenovao je, izvan tih saveza, nacionalni „vođa“ za sport, a uprave regionalnih saveza i klubova imenovao je vođa (povjerenik) nacionalnog saveza. Naravno, svi tako imenovani dužnosnici bili su osobe od političkog povjerenja.

Potpuni gubitak autonomije sportskih saveza i klubova očituje se i obvezom da

¹³³ Frntić, F., op. cit., str. 50.

¹³⁴ *ibid.*, str. 52.

njihove akte ili donosi ili odobrava nacionalna sportska organizacija i/ili njen vođa.

U ratnom je dobu i FIFA donosila odluke koje su išle u korist nedemokratskih režima. U Španjolskoj je tijekom građanskog rata priznala nadležnost dva nogometna saveza za državu Španjolsku, ovisno o području efektivne političke vlasti. Takva je odluka bila suprotna pravilima FIFA-e koja su određivala da za jednu državu može postojati samo jedan nacionalni nogometni savez i da je on vrhovna nogometna vlast u granicama te države. Primanje tadašnjeg HNS-a u FIFA-u posljedica je prihvaćanja politike svršenog čina, a protivno normama međunarodnog prava o nepriznavanju okupatorskih tvorevina. Međutim, ratne prilike i nefunkcioniranje redovitih tijela FIFA-e omogućili su i takve odluke.

Netrpeljivost prema političkim ili rasnim neprijateljima vladajućeg režima nije se mogla izbjeći niti u sportskim organizacijama. Nakon preuzimanja vlasti uslijedila su čišćenja saveza i klubova od nepoćudnih osoba i ukidanje brojnih sportskih organizacija i klubova, prije svega radničkih i židovskih.

Obvezni fašistički pozdravi prije utakmica ili promjena boje dresa reprezentacije samo su vanjske manifestacije procesa prožimanja - personalnog, organizacijskog i ideološkog, vladajuće politike i sporta.

Sport i njegova organizacija bili su zrcalo cjelokupnog društva nakon dolaska na vlast zastupnika ekstremističke ideologije te samo jedan od segmenata preuzimanja totalne vlasti.

LITERATURA

Knjige

1. Ackerman, Jürg, Fussball und nationale Identität in Diktaturen. Spanien, Portugal, Brasilien und Argentinien,, Zürich, LIT, 2011.
2. Blažević, Robert, Legitimnost političkih poredaka, Zagreb, Politička kultura, 2010.
3. Böcker, Manfred, Ideologie und Programatik im spanischen Faschismus der Zweiten Republik, Frankfurt/M, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, Peter Lang, 1996.
4. Broszat, Martin, Der Stat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung, Wiesbaden, Marix Verlag, 2007.
5. Brunneteau, Bernard, Totalitarizmi, Zagreb, Politička kultura, 2002.
6. Dizdar, Zdravko i dr. (ur.), Tko je tko u NDH, Zagreb, Minerva, 1997.
7. Duke, Vic, Crolley, Liz, Football, Nationality and the State, London i New York, Routledge, 1996.
8. Eguizábal, Gema, Méndez, Gregorio (ur.), Real Federación Española de Fútbol 1913-1988, Madrid, RFEF, 1988.
9. Gómez, Daniel, La patria del gol. Fútbol y política en el Estado español, Irun, Alberdania, 2007.
10. HAŠK 1903.-1923., Zagreb, Hrvatski Akademski Športski Klub, 1923.
11. Heinrich, Arthur, Der Deutscher Fussballbund. Eine Politische Geschichte, Köln, PapyRossa Verlag, 2000.
12. Kammer, Hilde, Bartsch, Elisabeth, Lexikon Nationalsozialismus, Reinbek, Rowolht, 1999.
13. Kuljić, Todor, Fašizam, Beograd, Nolit, 1987.
14. Lanfranchi, Pierre i dr., 100 Years of Football. The FIFA Centennial Book, Petaling Jaya, Pelikan, 2004.

15. Neumann, Franz Behemot, *Struktura i praksa nacionalsocijalizma 1933-1944.*, Zagreb, Disput, 2012.
16. Payne, Stanley G., *Fascism in Spain, 1923-1977*, Madison, University of Wisconsin Press, 2000.
17. Požar, Petar (prir.), *Ustaša. Dokumenti o ustaškom pokretu*, Zagreb, Zagrebačka stvarnost, 1995.
18. Schulze-Marmeling, Dietrich, *Fussball. Zur Geschichte eines globalen Sports*, Göttingen, Verlag Die Werkstatt, 2002.
19. Smokvina, Vanja, *Sports Law in Croatia*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2017.
20. Steinhöfer, Dieter, *Hans von Tschammer und Osten: Reichssportführer im Dritten Reich*, Berlin, Bartels&Wernitz, 1973.

Članci i poglavlja u knjizi

1. Blažević, Robert, Alijagić, Amina., *Antižidovstvo i rasno zakonodavstvo u fašističkoj Italiji, nacističkoj Njemačkoj i ustaškoj NDH*, ZPFR, vol. 31, 2/2010, str. 879-916.
2. Crljen, Danijel (prir.), *Načela hrvatskog ustaškog pokreta*, u: Požar, Petar (prir.), *Ustaša. Dokumenti od ustaškom pokretu*, Zagreb, Zagrebačka stvarnost, 1995.
3. Eggers, Erik, *Profifussball im Amateurverband: Der deutsche Sonderweg*, u: Koller, Christian i Fabian Brändle (ur.), *Fussball zwischen den Kriegen. Europa 1918-1939*, Zürich, LIT, 2011., str. 221-244.
4. Franco, Juan Luis, 1937, *dos Feeraciones Españolas de Fútbol*, <www.iusport.es/opinion/JUAN-L-FRANCO-1937-DOS-federaciones-OCT-2016.pdf>, 23. 11. 2018.
5. Frntić, Franjo, *Nogometna prvenstva Hrvatske od 1939. do 1945.*, *Povijest sporta*, 109/1996, str. 46-53.
6. González Calleja, Eduardo, *El Real Madrid, "equipo de España"?* *Fútbol e identidades durante el franquismo*, *Politica y Sociedad*, vol. 51, 2/2014., str. 275-296.
7. Heinrich, Arthur, *Deutscher Fussball-Bund und Nationalsozialismus*, u: Peiffer, Lorenz i Schulze-Marmeling, Dietrich (ur.), *Hakenkreuz und rundes Leder. Fussball in Nationalsozialismus*, Göttingen, Verlag Die Werkstatt, 2008, str. 58-80.
8. Jelenić, Miloslav, *Nogometna konfederacija u Jugoslaviji 1939. godine*, *Povijest sporta* 22/1991, str. 39-44.
9. Jovanović, Vladan, Antonijević, Nenad, *Ein unvermeidlicher Geschmack von Politik: Jugoslawischer Fussball zwischen zwei Weltkriegen*, u: Koller, Christian, Brändle, Fabian (ur.), *Fussball zwischen den Kriegen. Europa 1918-1939*, Zürich, LIT, str. 281-297.
10. Lefort, Claude, *Pojam totalitarizma*, *Politička misao*, 3/2011., str. 210-229.
11. Luh, Andreas, *On the way to a national socialist sports system: From liberal sports in clubs and associations to directed sports in national socialist organizations*, *European Journal of Sport Science*, 3/2003., str. 1-10.
12. Magdić, Zvonimir, *Nogomet u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj*, u: Kramer, Fredi (ur.), *Hrvatski nogometni savez 1912-1992.*, Zagreb, Hrvatski nogometni savez, 1992., str. 42-59.
13. Oswald, Rudolf, *Auf der Suche nad dem „Platz an der Sonne“: Der Deutsche Fussball-Budn 1900 bis 1933*, u: Peiffer, Lorenz, Schulze-Marmeling, Dietrich (ur.), *Hakenkreuz und rundes Leder. Fussball in Nationalsozialismus*, Göttingen, Verlag Die Werkstatt, 2008, str. 45-57.
14. Padjen, Ivan, *Fašizam kao reakcija na zapadnu pravnu tradiciju*, u: Knežević, Snješka i dr. (ur.), *Antisemitizam, holokaust, antifašizam*, Zagreb, Židovska općina, 1996., str. 307-327.
15. Peiffer, Lorenz, *Der usschluss jüdischer Athletinnen und Athleten aus der deutschen Turn-und Sportbewegung nach 1933.*, *Predavanje u Državnom arhivu Bremen* 16. 11. 1999., str. 9-13, <<http://ldn-knigi.lib.ru/JUDAICA/SPDavid.htm>>, 13. 11. 2018.

16. Peiffer, Lorenz, „... unser Verein ist judenfrei“- Die Rolle der deutschen Turn-und Sportbewegung in dem politischen und gesellschaftlichen Wandlungsprozess nach dem 30. Januar 1933, *Historical Social Research*, vol. 32, 1/2007., str. 92-109.
17. Peiffer, Lorenz, Schulze-Marmeling, Dietrich, *Der deutsche fussball und die Politik 1900 bis 1954*, u: Peiffer, Lorenz, Schulze-Marmeling, Dietrich (ur.), *Hakenkreuz und rundes Leder. Fussball in Nationalsozialismus*, Göttingen, Verlag Die Werkstatt, 2008, str. 16-44.
18. Polo Del Barrio, Jesus, *El Fútbol en Madrid. De actividad ludica a espectáculo de masas (1898-1945)*, neobjavljeni doktorski rad na Universidad Complutense de Madrid, 1993., <<https://webs.ucm.es/bulm/tesis/19911996/H/O/ah0030301.pdf>>, 19. 12. 2018.
19. Rivero, Antonio, *Deporte y sociedad durante el Franquismo, su organización y desarrollo en las diferentes etapas de la dictadura*, u: Rivero, Antonio (ur.), *Las Leyes del deporte español. Análisis y evolución historica*, Sevilla, Wanceulen, 2008.
20. Wahlig, Henry, Dr. Ivo Schricker: *Ein Deutscher in Diensten des Weltfussballs*, u: Peiffer, Lorenz i Schulze-Marmeling, Dietrich (ur.), *Hakenkreuz und rundes Leder. Fussball in Nationalsozialismus*, Göttingen, Verlag Die Werkstatt, 2008, str. 197-205.

Propisi i dokumenti

1. Circular núm. 3.382 de 28 de enero de 1941., *Boletín Oficial de la Delegación Nacional de Deportes*, núm. 13/1944.
2. Decreto de 22 de febrero de 1941 por el que se establece la Delegación Nacional de Deportes de F.E.T. y de las J.O.N.S., *Boletín Oficial del Estado*, núm. 64 de 05 de martes 1941.
3. Decreto número 138 de 29 de septiembre de 1936, *Boletín Oficial de JDN*, núm. 32 de 30 de septiembre de 1936.
4. Decreto número 255 de 19 de abril de 1937, *Boletín Oficial de Estado*, núm. 182 de 20 de abril de 1937.
5. Decreto sobre constitución y reonomiento del Comité Olímpico Español como Consejo Nacional de Deporte, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 69 de 29. de agosto de 1938.
6. El programa de Falange Española de las J.O.N.S., *ABC* de 30 noviembre de 1934, <www.filosofia.org/hem/dep/abc/9341130.htm>, 26. 10. 2018.
7. Estatuto Orgánico de la Delegación Nacional de Deportes, *Boletín del Movimiento F.E.T. y de las J.O.N.S.*, núm. 268 de 15 de julio de 1945, u: *Boletín oficial de la DND* núm. 28/1945
8. *European Sports Charter*, <<https://rm.coe.int/16804c9ddb>>, 4. 11. 2018.
9. FIFA cirkularno pismo br. 1649/18, *Glasnik HNS* br. 47/18.
10. Obći Pravilnik Hrvatskog nogometnog saveza III. dio, *Zbirka propisa Hrvatskog nogometnog saveza*, Hrvatski nogometni savez, Zagreb, 1943.
11. Odluka državnog vodje tjelesnog odgoja i športa, br.1474/43 od 02. 06. 1943, *Zbirka propisa Hrvatskog nogometnog saveza*, Hrvatski nogometni savez, Zagreb, 1943.
12. Odredba o imenovanju Prve Hrvatske Državne Vlade, *Narodne novine* br. 4/41.
13. Odredba o osnutku staliških i drugih postrojbi u okviru Hrvatskog ustaškog oslobodilačkog pokreta, *Narodne novine* br. 187/41.
14. Olimpijska povelja iz 2017., <https://www.hoo.hr/images/dokumenti/sport-olimpizam-medunarodni/Olimpijska_povelja_2017.pdf>, 18. 10. 2018.
15. Orden de 16 de mayo de 1940, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 138 de 17 de mayo. 1940.
16. Poslovník službenog dopisivanja za uprave saveza, dosaveza, župa i klubova članova Hrvatskog nogometnog saveza, *Zbirka propisa Hrvatskog nogometnog saveza*, Hrvatski nogometni savez, Zagreb, 1943.
17. Pravilnik o ustrojstvu dosaveza Hrvatskog nogometnog saveza, *Zbirka propisa Hrvatskog nogometnog saveza*, Hrvatski nogometni savez, Zagreb, 1943.
18. Propisnik o ustrojstvu Hrvatskog nogometnog saveza , *Zbirka propisa Hrvatskog nogometnog saveza*, Hrvatski nogometni savez, Zagreb, 1943.

19. Statut FIFA-e., Glasnik HNS br. 57/18.
20. Statut HNS-a, Glasnik HNS br. 39/17 i 23/18.
21. Statut UEFA-e, Glasnik HNS br. 13/18.
22. White Paper on Sport, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0391&from=HR>>, 4. 11. 2018.
23. Zakonska odredba o državnoj vladi Nezavisne Države Hrvatske, članak 6. i članak 20., Narodne novine br. 229/42.
24. Zakonska odredba o državnoj vladi Nezavisne Države Hrvatske, Narodne novine br. 58/41 i 59/41.
25. Zakonska odredba o osnivanju Ureda državnog vodstva tjelesnog odgoja i športa, Narodne novine br. 114/42.
26. Zakonska odredba o podjeli ministarstava na odjele i o djelokrugu odjela, Narodne novine br. 99/41.

Novine

1. Promjene u športu, Hrvatsko jedinstvo, br. 198 od 31. srpnja 1941.

Vladimir Iveta*

Summary

SPORT ORGANISATIONS IN TOTALITARIANISM: FOOTBAL FEDERATIONS IN GERMANY, SPAIN AND INDEPENDENT STATE OF CROATIA

The autonomy of sports organisations in relation to the state authorities is something that is commonplace today. This principle is contained, inter alia, in the documents of the European Union, International Olympic Committee, FIFA, UEFA and national sports federations. During the period when totalitarian or authoritarian regimes predominated in Europe, i.e. in the 1930s and 1940s, this principle (even though it already existed at that point) was not adhered to in countries governed by regimes that strived towards total control of all social aspects of life. In these regimes, sports organisations were directly managed by state or party authorities. This paper situates the status and structure of sports organisations in totalitarianism within their historical and political context, and then analyses them on the example of three case studies: Nazi Germany, Francoist Spain and the Ustasha-governed Independent State of Croatia. The results showed that, in spite of certain differences, all three regimes identified sports with the state/governing political party, imposed rules and personnel selections on it, and used it for propaganda purposes. The sources used for creating this paper included state and party regulations pertaining to the organisation of sports, the regulations of state umbrella sports organisations from the analysed period, and relevant literature on the history of sports.

Key words: sports organisation; totalitarianism; autonomy of sports; Germany; Spain; Independent State of Croatia

Zusammenfassung

SPORTORGANISATIONEN IM TOTALITARISMUS: FUSSBALLVEREINE IN DEUTSCHLAND, SPANIEN UND UNABHÄNGIGEM STAAT KROATIEN

Heutzutage gilt die Autonomie der Sportorganisationen der Staatsgewalt gegenüber als eine allgemein akzeptable Regel. Dieser Grundsatz ist unter anderem in Dokumenten der Europäischen Union, des Internationalen Olympischen Komitees, der FIFA, der UEFA und der nationalen Sportvereine enthalten. Zur Zeit der totalitären und autoritären Regimes in Europa in den 30er und 40er Jahren des

* Vladimir Iveta, dipl.iur., Croatian Football Association, vladimir.iveta@hns-cff.hr.

20. Jahrhunderts wurde dieser Grundsatz, obwohl es ihn schon gab, in Ländern mit Rechtsordnungen, welche alle Lebenssphären zu kontrollieren strebten, nicht respektiert. In diesen Regimes wurden Sportorganisationen direkt von staatlichen oder parteilichen Körpern verwaltet. Nach dem man im Beitrag den entsprechenden historisch-politischen Kontext bestimmt, analysiert man den Status und die Struktur von Organisationen im Totalitarismus in drei Fallstudien: Nazi-Deutschland, dem franquistischen Spanien und dem kroatischen Ustascha-Staat. Die Ergebnisse der Fallstudien zeigen, dass diese drei Regimes trotz mancher Unterschiede den Sport mit dem Staat/ der regierenden politischen Partei gleichsetzten, sowie dass sie ihm die Regeln und Personallösungen aufzwingen und ihn als Propaganda nutzten. Bei der Erfassung dieses Beitrags benutzte man die auf Sportorganisation bezogenen staatlichen und parteilichen Vorschriften, die Vorschriften der Dachorganisationen des Sports aus dem analysierten Zeitraum und die relevante Literatur über die Geschichte Sports als Quellen.

Schlüsselwörter: *Sportorganisation; Totalitarismus; Sportautonomie; Deutschland; Spanien; USK*

Riassunto

LE ORGANIZZAZIONI SPORTIVE NEL TOTALITARISMO: LE FEDERAZIONI CALCISTICHE IN GERMANIA, SPAGNA E NELLO STATO INDIPENDENTE DI CROAZIA

L'autonomia delle organizzazione sportive rispetto al potere statale costituisce al giorno d'oggi un principio assodato. Tale principio è, tra l'altro, contenuto nei documenti dell'Unione europea, del comitato olimpico internazionale, della FIFA, della UEFA e delle federazioni sportive nazionali. Nel periodo in cui in Europa vi furono dei regimi totalitari o autoritari, ossia negli anni '30 e '40 del XX secolo, tale principio, benché già esistente all'epoca, non veniva rispettato, poiché tali sistemi propendevano per il controllo totalitario di tutte le sfere sociali della vita. In tali regimi le organizzazioni sportive erano gestite direttamente da parte dello stato o di organi statali. Nel lavoro si disaminano alla luce del contesto storico-politico lo status e la struttura delle organizzazioni sportive in tre sistemi totalitari dell'epoca: la Germania nazista, la Spagna franchista e lo Stato indipendente di Croazia ustaschia. Si dimostra, nonostante alcune differenze, che questi tre regimi identificavano lo sport con il partito politico statale/al potere, imponendo regole e soluzioni, come anche utilizzando lo sport a fini di propaganda. Nella redazione del lavoro sono state utilizzate fonti statali e partitiche, che si riferivano all'organizzazione dello sport, legislazioni statali che si riferivano alle più alte organizzazioni sportive nazionali di quel periodo, come anche la letteratura rilevante in tema di storia dello sport.

Parole chiave: *organizzazione sportiva; totalitarismo; autonomia dello sport; Germania; Spagna; Stato Indipendente di Croazia*

ZAŠTITA POSLOVNIH TAJNI KAO OBLIKA INTELEKTUALNOG VLASNIŠTVA

Doc. dr. sc. Ana Rački Marinković*

UDK 347.77.038

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.5>

Ur.: 9. svibnja 2019.

Pr.: 5. lipnja 2019.

Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Pojmovno se definiraju poslovne tajne i objašnjavaju karakteristike i specifičnosti njihove zaštite. Poslovne se tajne razmatraju u kontekstu intelektualnog vlasništva, te ih se uspoređuje s drugim, formalnim pravima intelektualnog vlasništva. Sagledava se kako je zaštita poslovnih tajni uređena na međunarodnom planu te se analiziraju odredbe Direktive EU 2016/943 o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja, kao i razlozi za njezino donošenje. Govori se o važnosti njihove zaštite za poslovanje, osobito za poticanje inovacija. Prikazuje se na koji je način spomenuta Direktiva implementirana i kako je uspostavljen sustav zaštite poslovnih tajni kao oblika intelektualnog vlasništva u Republici Hrvatskoj donošenjem Zakona o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti. Naposljetku, razmatra se primjena Direktive o provedbi prava intelektualnog vlasništva na povrede poslovnih tajni. Ukazuje se da je važnost Direktive EU 2016/943 prije svega u harmonizaciji pravila građanskopravnog postupka, dok će u tumačenju opsega zaštite poslovnih tajni i predviđenih iznimaka značajnu ulogu imati sudska praksa.

Ključne riječi: *poslovne tajne; know-how; intelektualno vlasništvo; nepošteno trgovanje.*

1. UVOD

U poslovanju često razne informacije bilo da se radi o određenom znanju i iskustvu (*know-how*), ili o poslovnim ili tehnološkim informacijama pomažu tvrtkama koje tim informacijama raspoložu ostvariti prednost u odnosu na njihove konkurente. Zbog prednosti na tržištu koje nositelj poslovne tajne ostvaruje držanjem tih informacija u tajnosti takva informacija posjeduje određenu tržišnu (komercijalnu) vrijednosti.

* Doc. dr. sc. Ana Rački Marinković, Ured zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, armarinkovic@zastupnik-esljp.hr.

Znanje i iskustvo (*know-how*), poslovna ili tehnološka informacija koja predstavlja poslovnu tajnu u osnovi je određena intelektualna tvorevina. Kako pokazuju aktualne studije,¹ tvrtke češće svoje inovacije štite u okviru alternativnih mogućnosti zaštite kao što je zaštita poslovnih tajni nego kroz formalne oblike prava intelektualnog vlasništva kao što su patent, industrijski dizajn ili žig. Suprotno značaju koje u poslovanju gospodarskih subjekta evidentno imaju, u usporedbi s drugim pravima intelektualnog vlasništva poslovne tajne uvelike su manje istražene i obrađene.

Stoga će se u ovom radu poslovne tajne promatrati u svjetlu intelektualnog vlasništva te će se prikazati po čemu se one razlikuju a po kojim su obilježjima slične pravima intelektualnog vlasništva. Pored toga pokazat će se kako zaštita poslovnih tajni može biti komplementarna, ali i alternativna zaštita nekim od formalnih prava intelektualnog vlasništva. Pretpostavka je da svaki od ovih oblika zaštite ima određene mane ili nedostatke, ali i prednosti koje poslovni subjekti trebaju sagledati pri odlučivanju na koji način štititi svoje intelektualno vlasništvo.

Na razini Europske unije donošenjem nove Direktive EU 2016/943 o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja² predviđena su ujednačena pravila koja se tiču zaštite poslovnih tajni kako bi se pridonijelo predvidivosti poslovanja i razvitku zajedničkog tržišta. Pretpostavka je da će se novom Direktivom ojačati i harmonizirati zaštita poslovnih tajni na unutarnjem tržištu, pa će se pokušati utvrditi koji su dosezi i prednosti spomenute Direktiva po pitanju zaštite i provedbe poslovnih tajni. Pritom je bitan i način na koji je spomenuta Direktiva implementirana u nacionalno zakonodavstvo pa će se u radu prikazati i kako je općenito uspostavljen sustav zaštite poslovnih tajni u zakonodavstvu Republike Hrvatske.

2. POSLOVNE TAJNE KAO OBLIK INTELEKTUALNOG VLASNIŠTVA

Kada se poslovne tajne razmatraju u kontekstu intelektualnog vlasništva obično se naglašava da pojam intelektualnog vlasništva obuhvaća prava intelektualnog vlasništva koja se dijele na industrijsko vlasništvo s jedne i autorska i srodna prava s druge strane, dok poslovne tajne kao i drugo, tzv. neformalno intelektualno vlasništvo predstavljaju intelektualno vlasništvo u širem smislu koje u pravilu ne karakterizira postojanje subjektivnog isključivog prava apsolutne naravi.³ Takvi neformalizirani

- 1 Studija Intelektualno vlasništvo (IV) i rezultati malih i srednjih poduzeća za 2016. godinu (engl. Intellectual property (IP) SME Scoreboard 2016) koju je objavila Europska promatračnica za povrede prava intelektualnog vlasništva (EU Observatory) pri Uredu Europske unije za intelektualno vlasništvo (EUIPO), dostupno na: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/web/observatory/sme-scoreboard-2016> (18. veljače 2019.).
- 2 Direktiva (EU) 2016/943 Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2016. o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja (Tekst značajan za EGP), SL L 157, 15.6.2016, str. 1-18.
- 3 Matanovac Vučković, R., Zbirka propisa u području prava intelektualnog vlasništva, Zagreb, Narodne novine/Državni zavod za intelektualno vlasništvo, 2008., str. 5.

oblici zaštite intelektualnog vlasništva kao što je zaštita od nepoštenog tržišnog natjecanja ili zaštita poslovnih tajni dijele s pravima intelektualnog vlasništva određene karakteristike, ali nisu nikakvo isključivo, monopolno pravo kao što je to karakteristično kod formalnih prava intelektualnog vlasništva.

Poslovne su tajne istodobno i jedno od prava osobnosti poduzetnika. U tom kontekstu pravo na zaštitu poslovne tajne osobno je, neimovinsko pravo koje nositelju daje potpunu privatnopravnu vlast glede činjenica i vrijednosnih sudova zaštićenih poslovnom tajnom, te ovlast da svakoga isključi od protupravnog narušavanja toga njegovog prava osobnosti.⁴ U okviru prava osobnosti ne štiti se tajna sama po sebi, nego osobnost u koju se nepovlasno zadire njezinim odavanjem.⁵

Pravna zaštita poslovne tajne pretpostavlja postojanje instituta kojom će se ona zaštititi u slučaju povrede. Pritom se zaštita u slučaju povrede poslovne tajne s aspekta prava osobnosti očituje u naknadi prvenstvo neimovinske štete, dok se zaštita s aspekta prava intelektualnog vlasništva očituje u naknadi prvenstveno imovinske štete nastale nezakonitim pribavljanjem, korištenjem i otkivanjem poslovnih tajni.⁶

U radu će se ograničiti na razmatranje poslovnih tajni u kontekstu intelektualnog vlasništva. Pritom valja naglasiti da se zaštita poslovnih tajni kao intelektualnog vlasništva ostvaruje samo u odnosu na one poslovne tajne koje imaju određenu komercijalnu vrijednost. Naime poslovni subjekti često u svom poslovanju raspoložu i određenim informacijama koje drže u tajnosti, iako nemaju komercijalnu vrijednost. Međutim, takve se informacije upravo zbog toga što nemaju komercijalnu vrijednost ne bi mogle kvalificirati kao intelektualno vlasništvo.

Određene osobne informacije o zaposlenicima ili kupcima kao što su primjerice zdravstveni kartoni djelatnika, osobni podatci i podatci vezani za načine plaćanja moraju se čuvati tajnima, sukladno važećim propisima, no takvi podatci nisu intelektualno vlasništvo. Takve informacije nemaju komercijalnu vrijednost niti njima poduzeća ostvaruju prednost na tržištu. No, primjerice lista kupaca, odnosno klijenata može osiguravati određenu prednost na tržištu, pa se time kvalificira i kao poslovna tajna u smislu intelektualnog vlasništva.

Niti one informacije koje se saznaju u obavljanju profesionalne dužnosti nisu intelektualno vlasništvo jer iako se moraju čuvati u tajnosti slijedom obveze čuvanja profesionalne tajne, kao što su primjerice bankarska, odvjetnička ili liječnička tajna, nisu informacije s kojima bi njihov stjecatelj smio raspolagati, pa takve profesionalne informacije ne mogu imati komercijalnu vrijednost.

U okviru kategorije poslovnih informacija koje se čuvaju u tajnosti ne mora se uvijek raditi o informacijama koje bi se mogle kvalificirati kao poslovne tajne u smislu intelektualnog vlasništva. Naime u okviru širega pojma poslovne tajne obuhvaćene su i druge vrste povjerljivih poslovnih informacija koje nemaju nužno komercijalnu vrijednost. Poslovne tajne kao oblik intelektualnog vlasništva kompleksnije su informacije koje imaju komercijalnu vrijednost za razliku od onih povjerljivih

4 Miladin, P., *Poslovna i profesionalna tajna kao prava osobnosti*, u: *Zbornik radova: pravo na pristup informacija – Novalja 30-31. svibnja 2008.*, Split, str. 112.

5 *ibid.*, str. 110.

6 Slično tomu povreda žiga kao prava intelektualnog vlasništva istodobno može biti i povreda prava osobnosti u vidu prava na ugled pravne osobe koja je nositelj tog žiga.

informacija poslovnih subjekata koje se drže u tajnosti zbog određenih poslovnih razloga, ali nemaju takvu komercijalnu vrijednost.

Poslovne tajne koje se odnose na takve kompleksnije (netrivijalne) informacije, koje imaju gospodarsku, odnosno komercijalnu (tržišnu) vrijednost, uobičajeno se nazivaju *trade secret*, za razliku od šireg pojma poslovne tajne koji obuhvaća i druge vrste povjerljivih poslovnih informacija, a koja se uobičajeno naziva *business secret*. U hrvatskom jezičnom izričaju uobičajeno se oba pojma (engl. *trade secret* i *business secret*) nazivaju i prevode kao „poslovna tajna“, uz rjeđe korištenje termina „trgovačka tajna“ za poslovnu tajnu s gospodarskom vrijednosti (engl. *trade secret*).⁷

Poslovne informacije koje se mogu kvalificirati kao poslovne tajne u smislu intelektualnog vlasništva i podvesti pod definiciju poslovnih tajni često su podatci koji se odnose na proizvodni postupak, *know-how*, sastojke proizvoda, rezultate istraživačkog rada, popis klijenata, sadržaj ugovora, poslovnu politiku, podatci sadržani u internom izvješćivanju, procjenama, poslovnim planovima; uzorci, prototipovi, ogledni primjerci, radna oprema itd. Radi se o doista vrlo širokom i raznovrsnom spektru informacija koje ne uključuju samo tehnološko znanje, već i informacije bitne za stvaranje i korištenje takozvanih „mekih“ inovacija za konkurentnost, kojima su obuhvaćeni korištenje i primjena raznolikog raspona strateških poslovnih informacija, kao što su informacije o klijentima i dobavljačima, poslovnim procesima, poslovnim planovima, istraživanju tržišta itd.⁸

Često se u kontekstu podataka koji se uobičajeno čuvaju kao poslovne tajne spominje *know-how*. Taj se engleski izraz kao pojam uobičajeno koristi u poslovnim krugovima u svijetu te u literaturi, a u službenim dokumentima na hrvatskom jeziku prevodi se kao „znanje i iskustvo“.⁹ Ponekad se pojmovi poslovne tajne i *know-how*

7 Iz obrazloženja Prijedloga zakona o zaštiti neotkrivenih informacija i iskustava te poslovnih informacija kojeg je Hrvatskom saboru 9. studenog 2017. godine podnijela Vlada Republike Hrvatske, str. 1., dostupno na: https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/081314/PZE_225.pdf (28. lipnja 2019).

8 Iz obrazloženja Prijedloga direktive o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustava, te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja, COM(2013)813, Brisel, 28. studenog 2013. godine, str. 3, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0813:FIN:HR:PDF> (23. kolovoz 2018.). S obzirom na ovu raznovrsnost informacija neki autori pokušali su razložiti i podijeliti pojmovno njihovu zaštitu pa tako primjerice Hamidović, H. u: Nije zaštićeno? Ne može biti otuđeno!, *OpeninfoTrend*, 7, 2016., dostupno na: <http://www.infotrend.hr/clanak/2016/7/nije-zasticeno-ne-moze-biti-otudeno!-88,1258.html> (23. kolovoza 2018.), razlikuje proizvodne tajne koje bi se odnosile na postupak proizvodnje ili konstrukciju uređaja, od poslovnih tajni koje se tiču knjigovodstva, lista nabavnih izvora, klijenata, poslovnih partnera i slično. U Verona, A., *Pravo industrijskog vlasništva*, Zagreb, Informator, 1978., na str. 124-125, također se razlikuju tehnički *know-how* i poslovni i trgovački *know-how*.

9 Više o tome u Verona, op. cit., str. 123. Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti (NN, br. 30/18.) u članku 3. stavku 2. koristi pojam „znanje i iskustvo“. Tako i službeni prijevod na hrvatski jezik Uredbe Komisije (EU), br. 316/2014 od 21. ožujka 2014. o primjeni članka 101. stavka 3. Ugovora o funkcioniranju Europske unije na kategorije sporazuma o prijenosu tehnologije (SL L 93, 28.3.2014, str. 17–23) u članku 1. stavku 1. točki i).

smatraju čak i sinonimima,¹⁰ no bitno je istaknuti da je pojam znanja i iskustva koliko god široko shvaćen samo jedna od vrsta podataka koje mogu biti smatrane poslovnom tajnom kao oblikom intelektualnog vlasništva. S druge strane, *know-how* ne mora nužno biti tajan¹¹ i može se odnositi i na određene vještine i stručne sposobnosti koje su u određenim specijaliziranim krugovima postale opće poznate.¹² Stoga bi samo ona znanja i iskustva koja poslovni subjekti čuvaju u tajnosti mogli biti kvalificirani kao poslovna tajna.¹³

3. DEFINICIJA POSLOVNE TAJNE

Poslovnu tajnu nije moguće definirati popisivanjem i propisivanjem onih podataka i informacija koji može biti poslovna tajna. Stoga se definicija poslovne tajne daje navođenjem bitnih elemenata koje takva informacija mora zadovoljiti da bi se kvalificirala kao poslovna tajna u smislu intelektualnog vlasništva. Naočigled slična vrsta informacija stoga će jednom zadovoljavati uvjetima za zaštitu poslovne tajne, a drugi put ne. Kako bi se ostvarila kao oblik intelektualnog vlasništva poslovna tajna ne smije biti razotkrivena u javnosti, mora imati komercijalnu vrijednost zbog toga što je tajna te moraju biti poduzeti odgovarajući postupci kako bi se osigurala njihova tajnost.

Ova je definicija poslovne tajne usuglašena na međunarodnom planu i sadržana

- 10 IPR Helpdesk, *How to manage confidential business information*, Fact Sheet, lipanj 2015., str. 2., dostupno na: <https://www.iprhelphdesk.eu/sites/default/files/newsdocuments/Fact-Sheet-How-to-Manage-Confidential-Business-Information.pdf> (23. kolovoza 2018.). U literaturi i stručnim krugovima nalazimo primjere poistovjećivanja poslovnih tajni kao oblika intelektualnog vlasništva i *know-how*. Primjerice Matanovac, op. cit., str. 4-5, govori o zaštiti znanja i iskustva (*know-how*) u kontekstu zaštite poslovnih tajni. U starijoj literaturi Verona, op. cit., str. 123-134, raspravljalo se o zaštiti posebnog oblika intelektualnog vlasništva koji karakterizira tajnost i njegova komercijalna vrijednost zbog toga što je tajna te kojemu valja stoga pružiti odgovarajuću zaštitu u vezi s *know-how*, dok se pojam poslovnih tajni nije koristio. Raspravljalo se o tome je li tajnost bitan element zaštite takvog *know-how*a. Zaštita poslovnih tajni kao pojma širega pojmu znanja i iskustva te s tajnošću kao preduvjetom zaštite razvila se kasnije.
- 11 U Uredbi Komisije (EU), br. 316/2014 (bilješka 9) „znanje i iskustvo” definira se kao skup praktičnih podataka koji je nastao kao rezultat iskustva i ispitivanja i koji je: tajan, odnosno nije općepoznat ili lako dostupan; odnosno važan i koristan za proizvodnju ugovornih proizvoda i prepoznatljiv, odnosno opisan na dovoljno opširan način kako bi bilo moguće provjeriti ispunjava li kriterije tajnosti i važnosti. Ipak valja istaknuti da je doseg ove definicije ograničen na primjenu same Uredbe. Iz sadržaja Uredbe i načina na koji je pojam znanja i iskustva korišten može se zaključiti da se tako pojmovno definirano znanje i iskustvo koristi kao sinonim za poslovne tajne.
- 12 Radni dokument Europske komisije „Procjena učinka Prijedloga direktive o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustava, te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja“, SWD (2013) 471 od 28. studenog 2013. godine dostupan na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013SC0471> (23. kolovoza 2018.), Dodatak/Aneks 1, str. 108. U kontekstu znanja iskustva koje čine vještine i stručne sposobnosti ulazimo već u domenu implicitnog znanja (engl. tacit knowledge) koji se prije svega veže za ljudske resurse i smatra se intelektualnim kapitalom nekoga poslovnog subjekta.
- 13 Tako i IPR Helpdesk (bilješka 10), str. 2.

u Sporazumu o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (dalje u tekstu: Sporazum TRIPS).¹⁴ Taj je međunarodni ugovor ujedno i prvi koji spominje zaštitu neobjavljenih informacija u kontekstu zaštite intelektualnog vlasništva¹⁵ kao instrument osiguravanja učinkovite zaštite protiv nepoštene tržišne utakmice. Pritom se u okviru članka 39. koji predviđa zaštitu neobjavljenih informacija stavkom 2. definira generalna obveza zaštite poslovnih tajni. U stavku 3. posebno se osigurava zaštita podataka o lijeku koje je proizvođač lijeka dao nadležnom tijelu za izdavanje odobrenja za stavljanje lijekova na tržište. Valja napomenuti da odredba članka 39. stavka 3. Sporazuma TRIPS obvezuje države na zaštitu takvih podataka od nepoštene komercijalne uporabe ne propisujući niti duljinu trajanja takve zaštite podataka niti se izriekom odnosi na zabranu pozivanja konkurenata na rezultate toksikoloških i farmakoloških ispitivanja te rezultate kliničkih ispitivanja.¹⁶ Ipak većina razvijenih država pruža ekskluzivnu zaštitu podacima koji se odnosi na rezultate toksikoloških i farmakoloških ispitivanja te rezultate kliničkih ispitivanja tijekom određenog vremena. Proizvođač generičkoga lijeka može se pozvati na navedene podatke proizvođača izvornog lijeka i ishoditi odobrenje za stavljanje lijeka u promet ako dokaže da je lijek istovrstan onom izvornoga proizvođača tek nakon proteka tog razdoblja zaštite podataka. Razdoblje ekskluzivne zaštite ovih podataka poznat je i kao *data exclusivity* institut¹⁷ i smatra se višom razinom zaštite od obvezujuće po Sporazumu TRIPS.¹⁸

- 14 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, od 15. travnja 1994. je Aneks 1C Marakeškog ugovora o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije (WTO) kao rezultata pregovora Urugvajске runde. Sporazum TRIPS nije objavljen u Narodnim novinama. Službeni prijevod na hrvatski jezik nalazimo u posebnom izdanju pravne stečevine na hrvatskom jeziku objavljenom povodom pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji Poglavlje 11. Vanjski odnosi, Sv. 074, dostupno na: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex:21994A1223\(17\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex:21994A1223(17)) (23. kolovoza 2018.).
- 15 Dotadašnji horizontalni relevantni ugovori u području kao što su Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva od 20. ožujka 1883 te Konvencija kojom se osniva Svjetska organizacija za intelektualno vlasništvo od 14. srpnja 1967. u listi prava industrijskog odnosno intelektualnog vlasništva koju donose ne spominju poslovne tajne.
- 16 Meitinger, I., Burri, M., Protection of Undisclosed Information, Commentary of Article 39 of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS”), str. 5-6, u: Cottier, T., Véron, P., Concise International and European IP Law: TRIPS, Paris Convention, European Enforcement and Transfer of Technology, The Hague, Kluwer Law International, Hague, 2014., dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2439180> (23. listopada 2018.). U tom kontekstu države nisu dužne pružati ekskluzivnu zaštitu podataka već obvezi propisanoj Sporazumom TRIPS udovoljavaju i kad rezultate toksikoloških i farmakoloških ispitivanja te rezultate kliničkih ispitivanja štite samo u okviru pravila o zabrani nepoštenog trgovanja. Proizvođači generičkoga lijeka stoga se mogu pozvati na navedene podatke proizvođača izvornog lijeka i ishoditi odobrenje za stavljanje lijeka u promet dokazivanjem da su njihovi proizvodi istovjetni originalnom proizvodu bez da su im ti podatci bili dostupni odnosno ne smiju do njih doći nepošteno.
- 17 Naziv korišten i u obrazloženju Zakona o izmjenama i dopunama zakona o lijekovima i medicinskim proizvodima dostupno na: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/Arhiva//52-11.pdf> (23. kolovoza 2018.).
- 18 Correa, C. M., Test data protection, u Dreyfuss, Rochelle, C. i Strandburg, K. J. (ur.), The Law and Theory of Trade Secrecy, A Handbook of Contemporary Research, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011., str. 568-590 detaljno opisuje razlike u shvaćanju dosega odredbe

Odredba članka 39. stavka 2. Sporazuma TRIPS usklađuje zaštitu poslovnih tajni na međunarodnom planu određivanjem osnovnih karakteristika zaštite poslovnih tajni kao oblika intelektualnog vlasništva. Zaštita se pruža u slučajevima kada je poslovna tajna otkrivena protivno poštenoj trgovačkoj praksi. Zaštita poslovnih tajni za razliku od tradicionalnih prava intelektualnog vlasništva stoga ne stvara nikakvo apsolutno isključivo pravo slično kao i zaštita od nepoštenog trgovanja, pa se utoliko odredba članka 39. Sporazuma TRIPS smatra i svojevrsnom podvrstom zaštite od nepoštenog trgovanja.¹⁹ Upravo zbog toga veliki broj država zaštitu poslovnih tajni u prvom redu osigurava u sklopu propisa kojima se osigurava zaštita od nepoštenoga trgovanja.²⁰

Definicija sadrži nekoliko bitnih sastavnica: mora se raditi o informaciji koja je tajna, ima komercijalnu vrijednost i poduzeti su razumni koraci da bi ju se sačuvalo u tajnosti. Svi ti elementi moraju biti zadovoljeni da bi se neka informacija mogla smatrati poslovnom tajnom kao oblikom intelektualnog vlasništva. Sporazum TRIPS obvezuje sve države članice Svjetske trgovinske organizacije pa tako i Europsku uniju, stoga ovu definiciju preuzima i Direktiva EU 2016/943 o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja kao i Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti kojim je u nacionalno zakonodavstvo Republike Hrvatske implementirana ta Direktiva.

članka 39. stavka 3. Sporazuma TRIPS. Iako su Sjedinjene Američke Države i Europska unija agresivno promicale teoriju po kojoj Sporazum TRIPS ovim stavkom obvezuje države na uvođenje, tzv. data exclusivity, odnosno ekskluzivne zaštite podataka testiranja lijekova originalnih proizvođača lijekova, činjenica je da brojne zemlje u razvoju koje su članice WTO-a nisu uvele ovaj institut, a protiv njih nisu bili pokrenuti sporovi zbog povrede Sporazuma TRIPS kroz mehanizme koje predviđa sam sporazum. Takva je, ekskluzivna zaštita podataka iz kliničkih testiranja lijekova, smatra, zaštita povrh Sporazuma TRIPS a koju naziva TRIPS-plus zaštitom. Na razliku između zaštite podataka (engl. data protection) prema članku 39. stavku 3. Sporazuma TRIPS i ekskluzivne zaštite podataka (engl. data exclusivity) kakva postoji u Europskoj uniji upozoravaju i Adamini, S., et al., Policy Making on Data Exclusivity in the European Union: From Industrial Interests to Legal Realities, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 34, 6, prosinac 2009., str. 986.

19 Tako i Meitinger, op. cit., str. 2.

20 Tako Zakon o trgovini (NN, br. 87/08., 116/08., 76/09., 114/11., 68/13. i 30/14.) u članku 63. sadrži opću klauzulu zabrane nepoštenog trgovanja, dok u članku 64. u primjериčnom nabranjanju radnji koje se smatraju nepoštenim trgovanjem navodi i „protupravno pribavljanje poslovne tajne drugog trgovaca ili bespravno iskorištavanje povjerene poslovne tajne drugog trgovca“. Prethodnim Zakonom o trgovini (NN, br. 11/96., 75/99., 76/99., 62/01., 109/01., 49/03., 96/03. i 103/03.) u članku 70. i članku 71. u okviru zabrane nepoštenog tržišnog natjecanja nalazimo u odnosu na zaštitu poslovne tajne odredbe jednakog sadržaja. Zabrana neloyalne konkurencije bila je regulirana u starom Zakonu o trgovini (NN, br. 53/91., 77/92. i 26/93.) kojim je preuzet Zakon o trgovini iz Službenog lista 46/90. Analiza sadržana u Radnom dokumentu Komisije, (bilješka 12), str. 64, pokazuje da je i većina drugih država članica Europske unije neovlašteno otkivanje poslovnih tajni regulirala u okviru svojih zakona kojim se zabranjuje nepošteno trgovanje (Austrija, Bugarska, Češka, Njemačka, Danska, Estonija, Grčka, Španjolska, Finska, Mađarska, Latvija, Litva, Poljska, Rumunjska, Slovačka i Slovenija).

3.1. Tajnost informacije

Ova odrednica definicije osnovni je uvjet zaštite poslovnih tajni. Kao što izum mora biti nov da bi ga se zaštitio patentom, znak razlikovan da bi ga se registriralo kao žig, a autorsko pravo originalno, tako informacija u prvom redu mora biti tajna,²¹ premda trebaju biti zadovoljeni i ostali propisani uvjeti. Tako tajnost svakako treba i dokazati što se u praksi ponekad može ne činiti bitnim ili se može olako shvatiti.²² Iz navedenoga slijedi da paušalna i općenita pozivanja na tajnost ne bi bila dopuštena, pa stoga ne bi, primjerice bilo moguće cjelokupno poslovanje tvrtke proglasiti poslovnom tajnom.

Informacija mora biti tajna u smislu da nije u svojoj ukupnosti ili u točnoj strukturi i sklopu svojih sastavnih dijelova, općenito poznata ili lako dostupna osobama iz krugova koji se obično bave predmetnom vrstom informacija. Pritom se ne definira o kojoj se vrsti informacije radi, već se može raditi u načelu o bilo kojoj vrsti informaciji bilo poslovnoj ili tehnološkoj. Ne traži se da je informacija apsolutno tajna što bi pretpostavljalo da je poznata samo svome nositelju. Informacija koja bi morala biti apsolutno tajna ne bi imala nikakvu važnost jer se njome ne bi moglo raspolagati, stoga se traži relativna ili supstancijalna tajnost.²³ Osim nositelja poslovne tajne sadržaj poslovne tajne mogu znati i drugi, ali ona ne smije biti općepoznata ili lako dostupna osobama iz krugova koji se obično bave predmetnom vrstom informacija. To znači da smije biti poznata određenog krugu ljudi, ali se ne može nalaziti u javnoj domeni. Krug ljudi koji znaju sadržaj informacije treba biti brojčano ograničen, iako nije moguće odrediti neku gornju granicu o kojem se broju smije raditi, no sve osobe kojima su te informacije poznate moraju biti na određeni način obvezatni čuvati njenu tajnost. Dio definicije po kojem se tajnost očituje u tome da informacija ne smije biti „lako dostupna osobama iz krugova koji se obično bave predmetnom vrstom informacija“, odnosi se na svojevrstnu stvarnu dostupnost informacija koja proizlazi iz kvalitete i prirode tih informacija odnosno mogu li se lako pronaći u objavljenim materijalima.²⁴

21 Risch, M., Trade secret law and information development incentives, u: Dreyfuss, op. cit., str. 167.

22 Lemly, M., A. The surprising virtues of treating trade secrets as IP rights, u: Dreyfuss, op. cit., str. 131-132, navodi niz presuda iz sudske prakse SAD-a u kojima su sudovi zanemarivali utvrditi radi li se uopće o tajnim informacijama te su se fokusirali na postojanje određenog poslovnog odnosa tužitelja i tuženika te zaključili da postoji povreda iz same činjenice što je tuženik narušio obvezu čuvanja tajne iz tog odnosa a da su pritom uopće utvrdili je li informacija tajna ili čak i ako je ona bila dostupna javnosti utvrdili da postoji odgovornost tuženika iz činjenice da je ta ugovorna obveza povrijeđena. Ukazuje da prvi korak u sporu zbog povrede poslovne tajne mora biti utvrđivanje tajnosti, a ne postojanje obveze čuvanja poslovne tajne. Dokazivanjem tajnosti kao pretpostavkom zaštite, poslovne tajne ispravno se, smatra, tretiraju kao intelektualno vlasništvo, jer je kod svih prava intelektualnog vlasništva pretpostavka povrede postojanje samog prava, dok se u suprotnom ponajprije štite poslovni odnosi povjerenja, što ostaje u okviru zaštite nepoštenog trgovanja.

23 Sandeen, S., K., The limits of trade secret law: Article 39 of the TRIPS Agreement and the Uniform Trade Secret Act on which it is based, u: Dreyfuss, op. cit., str. 555.

24 Kao što su trgovački časopisi i knjige ili drugi objavljeni proizvodi. Iz Sandeen, op. cit., str. 555. Za razliku od toga Meitinger, op. cit., str. 2, smatraju da se ovaj dio definicije odnosi na čuvanje

Ne mora se nužno raditi samo o onim informacijama koje su tajne u cjelini, već i onda kada se radi o informacijama čiji dijelovi nisu tajni, ali način na koji su oni sastavljeni nije poznat javnosti. To je, primjerice slučaj s nekim bazama podataka u koje se unose elementi koji nisu tajni, ali način na koji su te baze sastavljene jesu tajne „u točnoj strukturi i sklopu svojih sastavnih dijelova“. Nekada informacija može djelomično biti otkrivena javnosti, a samo jedan njen dio, pod uvjetom da se može odgovarajuće specificirati i izdvojiti, ostaje tajan, ili je informacija otkrivena određenim zainteresiranim krugovima, ali ne i široj javnosti, pa možemo govoriti o svojevrsnoj relativnoj tajnosti.²⁵

3.2. Komercijalna vrijednost

Drugi uvjet koji mora biti zadovoljen da bi se radilo o poslovnoj tajni kao obliku intelektualnog vlasništva jest da tajna informacija ima komercijalnu vrijednost upravo jer je tajna. Ovo je onaj element definicije koji poslovne tajne kao intelektualno vlasništvo razgraničava od poslovnih tajni u širem smislu koje ne moraju nužno imati komercijalnu vrijednost. Upravo je komercijalna vrijednost koja proizlazi iz tajnosti ona prednost na tržištu nositelja u usporedbi s njegovim konkurentima i ona kvaliteta koja tim informacijama daje karakter intelektualnog vlasništva. Poslovne tajne u širem smislu također su tajne informacije, međutim one nemaju komercijalnu vrijednost *per se*,²⁶ već bi njihovo otkrivanje vjerojatno štetilo interesima nositelja, a taj interes je vrijedan pružanja zaštite. Komercijalna vrijednost informacije budući da je ona tajna znači da nositelj ima komercijalni interes držati tu informaciju u tajnosti, jer time ostvaruje prednost na tržištu koju ne bi imao da njegovi konkurenti znaju sadržaj te informacije. Kod poslovnih tajni kao oblika intelektualnog vlasništva taj je interes komercijalan i objektivn,²⁷ dok se kod poslovnih tajni u širem smislu može raditi o nekom drugom interesu koji nužno ne mora niti biti objektivn. U tom se kontekstu i takvim informacijama pruža zaštita,²⁸ ali ne u okviru zaštite intelektualnog vlasništva, jer im nedostaje komercijalna vrijednost da bi ih se moglo smatrati intelektualnim vlasništvom.

Pritom bi se trebalo uzeti u obzir da komercijalna vrijednost tajne informacije

tajnosti ne samo poduzetih od strane nositelja poslovne tajne nego općenito u krugu osoba koji se obično bave predmetnom vrstom informacije.

- 25 Cornish, W., Llewelyn, D., *Intellectual property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London, Sweet & Maxwell, 2003., str. 308, navodi da o okolnostima slučaja ovisi hoće li će sud priznati zaštitu takvih relativno tajnih informacija.
- 26 Iz Radnog dokumenta Komisije (bilješka 12), str. 113.
- 27 Cornish, op. cit., str. 326 navode da ukoliko se povreda ekonomskog interesa nositelja kod povrede poslovne tajne utvrđuje na osnovi subjektivnog kriterija ona bi se mogla sastojati i od povrede njegovih osjećaja zbog povrede poslovne tajne što otvara nova pitanja o pravnoj prirodi zaštite poslovnih tajni. Smatramo da bi takva zaštita spadala u domenu zaštite prava osobnosti a ne zaštite poslovnih tajni kao oblika intelektualnog vlasništva.
- 28 Opći sud Europske unije u Luxembourgu u predmetu T-353/94 Postbank protiv Europske komisije EU:T:1996:1 postavio je te kriterije za zaštitu poslovnih tajni u širem smislu. Sve presude Suda Europske unije dostupne su na: <https://curia.europa.eu> (30. listopada 2018.).

može biti stvarna ili potencijalna.²⁹ Člankom 2. Direktive EU 2016/943 propisano je da komercijalna vrijednost mora proizlaziti iz toga što su informacije tajne. U točki 14. preambule naglašava se da takva komercijalna vrijednost može biti stvarna ili potencijalna. Primjerično se navodi da informacije imaju komercijalnu vrijednost kada bi njihovo nezakonito pribavljanje, korištenje ili otkrivanje moglo naštetiti interesima osobe koja ih zakonito kontrolira jer se time narušavaju znanstveni i tehnički potencijal, poslovni ili financijski interesi, strateške pozicije ili sposobnost tržišnog natjecanja.³⁰ Trebalo bi uzeti da komercijalnu vrijednost imaju i informacije koje su negativne, primjerice dugotrajnim i skupim istraživanjem ustanovljeno je da neki postupak za proizvodnju jednostavno nije optimalan ili uopće ne radi, pa takva informacija može biti iznimno korisna konkurentima.

Kada se uzme u obzir da je skup podataka i informacija koje mogu biti smatrane poslovnim tajnama neodređen i nije ih moguće definirati popisivanjem i propisivanjem, dok komercijalna vrijednost koja takve podatke i informacije definira kao oblik intelektualnog vlasništva može biti i potencijalna, postavlja se realna opasnost da ova odrednica u praksi potpuno izgubi važnost. Moglo bi se, naime tvrditi da svaka informacija ili podatak koji je tajna u konačnici može potencijalno imati određenu, makar minimalnu, komercijalnu vrijednost. Činjenica što nositelj poslovne tajne smatra potrebnim zaštititi svoju poslovnu tajnu pravnim putem, mogla bi argumentirati postojanje takve komercijalne vrijednosti.³¹ Time bi se u potpunosti izgubila ona karakteristika poslovnih tajni kao oblika intelektualnog vlasništva koja ih razdvaja od drugih podataka i informacija koje se drže tajnim u poslovanju, a koje nemaju takvu vrijednost. Na kraju, ako teoretski svaka informacija i podatak koji je tajna zaslužuje zaštitu onda se štiti povreda tajnosti, pa predmet zaštite postaje tajna informacija, a ne ulaganje utrošeno u njen razvoj i određena komercijalna vrijednost odnosno tržišna prednost koju donosi, čime gubi poveznicu s drugim pravima intelektualnog vlasništva.³² Pri procjeni ovoga kriterija, stoga treba biti vrlo oprezan te je na sudskoj praksi da osigura da se komercijalna vrijednost utvrđuje na

29 Tijekom pregovora oko teksta Sporazuma TRIPS kako to opisuje Sandeen, op. cit., str. 549- 552, razmatrano je da se u odredbi članka 39. stavka 2. točke b) regulira „potencijalna“ komercijalna vrijednost. Ipak i bez ovog izričitog dodatka smatra da ta vrijednost ne mora nužno biti stvarna već i potencijalna jer u većini situacija poslovne tajne i nisu u komercijalnom prometu te se samo potencijalno može govoriti o njihovoj vrijednosti. Ako bi se radilo isključivo o stvarnoj komercijalnoj vrijednosti, zaštita poslovnih tajni uskratila bi se cijelom nizu tajnih informacija koje se drže u tajnosti u domorodačkim zajednicama. Naime, takve se informacije uglavnom unutar zajednica drže u tajnosti zbog drugih interesa, uglavnom religijskih, ali osobe izvan tih krugova mogu imati komercijalni interes u vezi sa sadržajem tih informacija. Više o tome u: Long, D. E., *Trade secrets and traditional knowledge: strengthening international protection of indigenous innovation*, u: Dreyfuss, op. cit., str. 522.

30 Isto je propisano Zakonom o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti (članak 3. stavak 1. točka 5. i stavak 3. istoga članka).

31 Tako Meitinger, op. cit., str. 3.

32 Trebalo bi uzeti u obzir da komercijalnu vrijednost mogu imati i informacije koje su negativne. Primjerice konkurentima može biti izuzetno korisna informacija da neki postupak za proizvodnju nije optimalan ili uopće ne radi, a što je ustanovljeno dugotrajnim i skupim istraživanjem, prema Van Overwalle, G., *Uncorking trade secrets: sparking the interaction between trade secrecy and open biotechnology*, u: Dreyfuss, op. cit., str. 250.

osnovi objektivnog interesa potrebe čuvanja tajnosti te da tražena razina komercijalne vrijednosti bilo stvarne ili potencijalne bude postavljena ne previsoko, ali ipak dostatno visoko da izuzme od zaštite trivijalne informacije i osigura zaštitu samo onih poslovnih tajni koje se mogu smatrati intelektualnim vlasništvom.

3.3. Razumne mjere za očuvanje tajnosti

Ovaj je uvjet već na prvi pogled prilično kontradiktoran, pa se često propitkuje opravdanost njegova postojanja.³³ Naime postavlja se pitanje zašto je uopće potrebna pravna zaštita poslovnih tajni kada su već poduzete mjere za očuvanje tajnosti? Tim više što se zaštita konvencionalnih prava intelektualnog vlasništva načelno pruža nositeljima tih prava neovisno o tome jesu li poduzeli mjere za zaštitu svojih prava od trećih osoba pa je ovaj uvjet svojevrsne samopomoći neobičan i u usporedbi s drugim oblicima intelektualnog vlasništva.³⁴

Neki autori smatraju da potreba poduzimanja mjera za očuvanje tajnosti kako bi se pružila pravna zaštita poslovnih tajni proizlazi iz činjenice što poslovne tajne ne pružaju isključivo pravo svojem nositelju. Zbog toga smatraju da je jedino opravdano pravnu zaštitu pružati samo onim poslovnim tajnama koje štiti i njihov nositelj³⁵ i time trećima obznani da se radi o zaštićenim podacima i informacijama.³⁶ Obrazloženje takvog uvjetovanja pravne zaštite po nekima se krije upravo u obvezi poduzimanja „razumnih“ mjera za očuvanje tajnosti. Činjenica da se traži poduzimanje razumnih koraka zamjenjuje obvezu poduzimanja mjera potpune zaštite tajnosti. Pravna zaštita nastupa nakon što je nositelj poduzeo razumne mjere za očuvanje tajnosti³⁷ pa nositelj

- 33 Bone, R. G., Trade secrecy, innovation and reasonable secrecy precautions, u: Dreyfuss, op. cit., str. 46-76, nakon iscrpne analize zaključuje da ne nalazi opravdanje postojanju ovog uvjeta.
- 34 Zaštita autorskog prava pružit će se bez potrebe enkripcije mrežne stranice na kojoj se djelo nalazi, zaštita srodnih prava umjetnika izvođača pruža se, iako posjetitelji koncerta/predstave nisu pretraženi imaju li skrivene snimatelje zvuka ili slike, dapače zaštita nije uvjetovana niti stavljanjem obavijesti da je takva reprodukcija ili snimanje zabranjeno, pa niti time da se naznači da je djelo zaštićeno autorskim pravom ili srodnim pravima. Jednako tako nositelj patenta ne mora pokazati da je treće pokušao spriječiti u proizvodnji, korištenju, prodaji ili uvozu predmeta izuma prije nego je zatražio pravnu zaštitu. Bone, op. cit., str. 47.
- 35 Tako Meitinger, op. cit., str. 3 smatra da se samo nositelj koji je poduzeo mjere za zaštitu svojih poslovnih tajni, pa su treće osobe morale uložiti određeni trud da zaobidu i prevladaju te mjere čime su dokazale svoju nepoštenu namjeru prema takvim zaštićenim informacijama, može pouzdati i u njihovu pravnu zaštitu. McMullen, D., J., Torok, G., Recipe for reasonable measures, Intellectual Property Magazine, listopad 2016., dostupno na: <https://www.intellectualpropertymagazine.com/patent/recipe-for-reasonable-measures-119892.htm> (14. veljače 2019.), pak smatraju da se nepoduzimanje razumnih mjera može smatrati nemarom nositelja kojim se doprinosi nastanku štete (engl. contributory negligence).
- 36 Donekle usporedivo sa stavljanjem, tzv. copyright notice, odnosno oznake „sva prava pridržana“ na primjerke autorskih djela čime je bila uvjetovana zaštita autorskih prava u nekim državama primjerice Sjedinjenim Američkim Državama do pristupanja Bernskoj konvenciji za zaštitu književnih i umjetničkih djela (dostupna na: https://www.dziv.hr/files/File/zakonodavstvo/knjizevni/Bernska_konvencija.pdf (13. veljače 2019.)).
- 37 Pritom se nameće pitanje nije li samopomoć u tom slučaju s obzirom na karakteristike poslovnih tajni učinkovitija i smislenija zaštita od pravne. Naime, poslovne tajne nisu isključivo pravo nositelja te ako se poslovna tajna otkrije pravna zaštita u pravilu dolazi prekasno jer bez obzira

ne mora uvesti stroga fizička ograničenja i uspostaviti potpunu izolaciju kako bi apsolutno onemogućio da se dođe do tih informacija, što bi inače morao primijeniti da učinkovito očuva tajnost takvih informacija.

Zaključuje se da potreba poduzimanja razumnih koraka za očuvanje tajnosti, iako istovremeno ima učinak obznanjivanja trećima da podatke i informacije ne smiju pribavljati, koristiti i otkrivati bez pristanka nositelja takve poslovne tajne, pretpostavlja pružanje pravne zaštite kojom se uklanja potreba za poduzimanjem ekstremnih mjera za očuvanje tajnosti koje bi bile povezane s velikim troškovima te negativno utjecale na razvoj poslovanja i inovativnost.³⁸

S obzirom na praktični aspekt primjene ovog uvjeta potrebno je sagledati koje su to mjere za očuvanje tajnosti koje će se smatrati razumno potrebne da se očuva tajnost. One prije svega ovise o okolnostima slučaja, pa je nemoguće unaprijed definirati razinu zaštite tajnosti koje nositelji moraju poduzeti kako bi zadovoljili ovaj uvjet pružanja pravne zaštite. Direktiva EU 2016/943 ne govori ništa detaljnije o tome, no u Zakonu o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti u članku 3., pri definiciji pojmova u stavku 4. navedeno je da takvi razumni koraci mogu uključivati izradu internog akta o rukovanju poslovnom tajnom i krugu osoba te njihovim pravima i obvezama kod rukovanja poslovnim tajnom ili mjere fizičke ili virtualne zaštite pristupa i rukovanja poslovnim tajnom. Iako se radi o primjeričnom nabranjanju te zbog činjenice da procjena koji su to koraci potrebni ovisi prvenstveno o okolnostima, donekle je nositeljima dano do znanja što bi mogli poduzeti za zaštitu poslovnih tajni. Sadržajno se radi o uspostavi internih procesa kojim se osigurava zaštita poslovnih tajni, te mjerama fizičke ili virtualne zaštite koje se mogu uspostaviti.

Procjena prije svega ovisi o okolnostima slučaja, na što utječe vrsta informacije koja se čuva tajnom, posebnosti industrijskog sektora u kojem se poslovna tajna javlja, uključujući rizik od neovlaštenog pribavljanja poslovne tajne u tom sektoru, ali i vrijednost same poslovne tajne. Trebalo bi uzeti da što je komercijalna vrijednost poslovne tajne veća, to bi mjere koje se očekuju da nositelj poduzme trebale biti na višoj razini. U tim bi okolnostima razumne mjere trebale bi biti sofisticiranije, skuplje sveobuhvatnije nego u slučajevima poslovnih tajni koje nemaju veću vrijednost. Pri procjeni jesu li poduzete mjere bile razumne u obzir treba uzeti postojeće dostupne zaštitne mjere i trošak njihova poduzimanja u razmjeru s vrijednošću poslovne tajne.³⁹

Jedan od najpoznatijih primjera poslovne tajne sastav je bezalkoholnog napitka *Coca-Cola*, ujedno jedna od najvrjednijih poslovnih tajni u svijetu.⁴⁰ Mjere koje

na zahtjeve koje nositelj ima prema onome tko ju je nezakonito pribavio, koristio ili otkrio ne može ju ostvarivati erga omnes i ne može ju ponovo učiniti tajnom ako je već postala javno dostupna.

38 Bone, op. cit., smatra da, iako se čini nerazumno, jedino donekle logično opravdanje postojanja ovog uvjeta upravo je u tome što primjena razumnih mjera umjesto učinkovitije zaštite poslovnih tajni služi kako bi se pospješila diseminacija takvih informacija i time obogatila javna domena, čime se potiče inovativnost.

39 Meitinger, op. cit., str. 3.

40 Nirwan, P., Trade secrets: the hidden IP right, WIPO Magazine, 6, prosinac 2017., dostupno na: http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/06/article_0006.html (13. veljače 2019.). Madison, M., J., Open secrets, u: Dreyfuss, op. cit., str. 222 navodi kako je poslovna tajna koju čini receptura ovog bezalkoholnog napitka osnova za više milijuna dolara prodaje potrošačima

kompanija poduzima kako bi recept očuvala tajnim već preko stotinu godina postali su urbana legenda.⁴¹ Ipak, to nisu uobičajene mjere koje će se očekivati od nositelja poslovnih tajni kako bi zadovoljili traženu razinu razumnih mjera. No, s druge strane razumnost mjera utvrđuje se prema objektivnom kriteriju, pa jednako tako nije niti dovoljno da nositelj poduzme samo one mjere koje on subjektivno misli da osiguravaju tajnost, a koje objektivno nisu dostatne.⁴² Važnost ovoga uvjeta pružanja zaštite tim je veći jer ovisi o djelovanju nositelja, dakle radi se o uvjetu na koji nositelj direktno svojim postupanjem može utjecati.

Iako bi sa stajališta nositelja sigurnije bilo poduzeti što veću razinu sigurnosti i mjera kada govorimo o potrebnoj razini mjera koje bi se mogle smatrati razumnim postoje određene preporuke koje bi trebali slijediti. Nositelji poslovne tajne trebali bi imati uspostavljen odgovarajući interni program upravljanja i zaštite poslovnim tajnama, pri čemu je bitan aspekt uspostava interne politike zaštite poslovnih tajni i identifikacije informacija koje se smatraju poslovnim tajnama kompanije.⁴³ Pojednostavljeno, nositelj mora prije svega točno znati koje su to tajne informacije koje posjeduje i čuva u tajnosti, a koje za njega imaju komercijalnu vrijednost. Nakon toga treba uspostaviti mjere kojima će takve informacije zaštititi od otkrivanja. Takve se mjere mogu podijeliti u tri bitne cjeline: mjere fizičke zaštite, mjere zaštite u odnosu na svoje zaposlenike i mjere zaštite prema svojim poslovnim partnerima.⁴⁴

Mjerama fizičke zaštite osigurava se u pravilu da povjerljive informacije ne dođu u ruke trećih osoba s kojima nositelj nema ugovorni odnos. Ovdje se u pravilu govori o tehničkim mjerama koje imaju za cilj da treće osobe ne mogu doći do sadržaja informacija koje čine poslovne tajne. Primjerice, pristup elektroničkim dokumentima osiguran je upotrebom lozinke,⁴⁵ informacije u fizičkom obliku drže se u zaključanim prostorijama te se osobe koje ulaze u te prostorije moraju evidentirati i slično. U tu vrstu mjera ubrajaju se i posebne procedure uspostavljene radi zaštite poslovnih tajni od trećih: primjerice zabrana preslika ili drugih načina umnožavanja takvih informacija, obveza uništavanja dokumenata koje sadrže poslovne tajne i slično. S obzirom na to da je rizik odavanja informacija veći što je veći krug osoba kojem su poslovne tajne poznate ovdje bi se mogle ubrojiti i mjere koje se sastoje od ograničenja pristupa informacijama samo određenom užem krugu zaposlenika

diljem svijeta.

41 Smatra se da cjelovita formula nije nikome poznata, već se čuva zapisana u trezoru u Atlanti, a dvoje ljudi zna svaki po polovicu formule i ta dvojica nikada ne smiju putovati istim avionom, dostupno na: <https://bdjls.org/coca-colas-secret-formula-trade-secret-kept-century/> (14. veljače 2019.). Trezor se nalazi u muzeju i može biti posjećen, dostupno na: <https://www.coca-colacompany.com/stories/the-secret-is-out-coca-colas-formula-is-at-the-world-of-coca-cola> (13. veljače 2019.).

42 McMullen, op. cit., str. 42.

43 Detaljnije IPR Helpdesk, op. cit., str. 6-10.

44 *ibid.*, str. 7-9.

45 S obzirom na specifičnost industrijskog sektora, kod poslovnih tajni koje se javljaju u industriji programiranja softvera takve će mjere fizičke zaštite moći biti određene tehničke mjere, poput tehnologija obfuskacije ili skrivanja koje izvorni kod čine nerazumljivim ili vezanje za softvere za praćenje izvršenja programa ili softvera za utvrđivanje profila programa iz: McMullen, op. cit., str. 42.

(prema *need-to-know* principu), posebna ograničenja ulaska u prostore gdje se koriste poslovne tajne i tako dalje.

Mjere zaštite u odnosu na zaposlenike čine u pravilu pravne mjere. Čak i ako smo mjerama fizičke zaštite ograničili krug osoba kojima su poslovne tajne dostupne, ipak određene osobe u obavljanju svojih poslova moraju koristiti poslovne tajne i nužno moraju poznavati sadržaj poslovnih tajni. Njih se mora pravno obvezati na čuvanje tajnosti takvih informacija te predvidjeti ugovornu odgovornost u slučaju povrede obveze čuvanja tajnosti. Takve će se klauzule o povjerljivosti najčešće nalaziti u ugovoru o radu, ali mogu biti primjenjive i slijedom odredaba kolektivnih ugovora i pravilnika o radu. Za otkrivanje poslovne tajne veliki su rizik bivši zaposlenici koji se zaposle kod konkurencije.⁴⁶ Stoga se ugovorna zabrana konkurencije⁴⁷ također smatra jednom od mjera zaštite poslovnih tajni. Zaposlenike treba i obučiti za rukovanje poslovnom tajnom, prije svega upoznati ih s predviđenim mjerama fizičke zaštite te ih obvezati da ih se pridržavaju. Identifikacija poslovnih tajni ovdje ima bitnu ulogu jer zaposlenik može poduzeti predviđene mjere i držati tajnim informacije, samo ako je svjestan da se radi o informacijama koje su poslovna tajna.

Mjere zaštite prema poslovnim partnerima također su pravne, bilo da se radi o posebnim ugovorima o čuvanju tajnosti, odnosno ugovorima o povjerljivosti podataka⁴⁸ bilo da se radi o klauzulama povjerljivosti koje nalazimo u ugovorima kojima se regulira neki poslovni odnos⁴⁹ te pretpostavljaju jasno označavanje informacija koje se smatraju poslovnim tajnama pri otkrivanju partnerima u poslovnim odnosima.

3.4. *Opseg zaštite*

Ranije je već spomenuto kako poslovne tajne nisu isključivo pravo. Isključivo pravo pretpostavlja pravo nositelja na isključivo iskorištavanje predmeta zaštite i

46 Andrews J., et al., Keep quiet and carry on under the EU trade Secrets Directive, Intellectual Property Magazine, rujan 2016., dostupno na: <https://www.intellectualpropertymagazine.com/world/europe/keep-quiet-and-carry-on-under-the-eu-trade-secrets-directive-119136.htm> (14. veljače 2019.) navode da se odavanje poslovnih tajni od strane bivših zaposlenika načelno smatra najvećim pojedinačnim uzrokom povrede poslovnih tajni.

47 Pod uvjetima pod kojim je ona dopuštena prema nacionalnom radnom zakonodavstvu. U Republici Hrvatskoj članci 102.-105. Zakona o radu (NN, br. 93/14. i 127/17.) reguliraju ovu materiju.

48 Često se u poslovanju susrećemo s raznim nazivima ovakvih ugovora budući da se radi o tzv. neimenovanim ugovorima, kojima za razliku od nominatnih (imenovanih) ugovora nije određen i propisan naziv i sadržaj. U engleskom nalazimo tako na, tzv. *secrecy agreement*, *confidentiality agreement* ili *non-disclosure agreement*. Takvi ugovori mogu biti namijenjeni jednostranoj ili dvostranoj razmjeni poslovnih tajni, kod kojih svaka strana drugoj otkriva određene informacije koje su tajne i obostrano se obvezuju na čuvanje tajnosti informacija koje su dobili od druge strane.

49 To će najčešće biti ugovor o licenciji, ugovor o zajedničkom pothvatu, ugovor o distribuciji, ugovor o franšizi, ugovor o ugovornoj proizvodnji te ugovor o provedbi kliničkih ispitivanja. Kod nekih poslovnih odnosa takvim se ugovorom, uz obvezu čuvanja tajnosti informacija s kojima je svaka od stranka ušla u poslovni odnos, mora urediti i pravni status zajedničkih poslovnih tajni koje nastanu kroz takvu poslovnu suradnju. To obuhvaća ne samo obvezu čuvanja tajnosti takvih informacija već i kome će one pripasti.

moгуćnost da svakog trećega spriječi da se njime koristi. Opseg zaštite takvih prava djeluje *erga omnes*, pa svaka treća osoba koja takva prava povrjeđuje s obzirom na njegov opseg zaštite može u tome biti spriječena. Opseg zaštite poslovne tajne ne ovlašćuje nositelja poslovne tajne da svaku treću osobu spriječi u korištenju poslovne tajne, dakle zaštita nije apsolutna. No, iako poslovne tajne nisu isključivo pravo, njihov nositelj ostvaruje stvarni monopol nad sadržajem poslovne tajne za vrijeme dok ih čuva tajnama.⁵⁰

Opseg zaštite prema odredbi članka 39. Sporazuma TRIPS obuhvaća otkrivanje, pribavljanje i uporabu drugih bez pristanka nositelja pod uvjetom da su protivni poštenoj trgovačkoj praksi. Otkrivanje poslovnih tajni sastojat će se u povredi koju počine zaposlenici, bivši zaposlenici ili poslovni partneri koji mimo preuzetih obveza čuvanja poslovne tajne otkriju sadržaj informacije. Povredu poslovne tajne pribavljanjem čine pak treće osobe koje su sadržaj poslovne tajne saznale od osoba koje su povrijedile obvezu čuvanja tajnosti otkrivanjem ili su ga pribavile činom industrijske špijunaže.⁵¹ Uporabi poslovne tajne kojom se čini povreda u pravilu će prethoditi neovlašteno pribavljanje ili otkrivanje takve poslovne tajne. Da bi se radilo o povredi dodatno svi takvi postupci moraju biti protivni poštenoj trgovačkoj praksi. Iako ne čini sastavni dio odredbe članka 39. kroz bilješku na ovaj dio odredbe nabrojani su oni postupci koje države u najmanju ruku trebaju smatrati protivnima poštenoj trgovačkoj praksi. To su kršenje ugovornih obveza, kršenje obveze čuvanja tajnosti i poticanje na takvo kršenje, što uključuje stjecanje neotkrivenih informacija od osoba koje znaju ili su zbog grube nepažnje propustile saznati, da je stečeno takvom praksom.

Iako je veliki broj država Europske unije zaštitu poslovnih tajni osiguravalo u sklopu propisa kojima se osigurava zaštita od nepoštenog trgovanja, neke su imale posebne zakone o zaštiti poslovnih tajni, neke su odredbe o zaštiti poslovnih tajni ugradile u svoje zakone o zaštiti intelektualnog vlasništva ili bi povredu poslovnih tajni sankcionirale kao delikt.⁵² Svakim od navedenih načina udovoljeno je obvezi prema Sporazumu TRIPS, no usprkos tome postojale su znatne razlike u načinu na koji se pružala zaštita poslovnim tajnama.⁵³

50 Poslovne se tajne i kod primjene propisa o zaštiti tržišnog natjecanja izjednačavaju s drugim pravima intelektualnog vlasništva u kontekstu zabrane nedozvoljenih monopola, sukladno odluci Prvostupanjskog suda u predmetu T-201/04 Microsoft protiv Europske komisije od 17. rujna 2007., dostupno na: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=30D76B4AB7DF8D6982510C073E92FCDA?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5243153> (14. veljače 2019.). Više o tome u: First, H., *Trade secrets and antitrust law*, u: Dreyfuss, op. cit., str. 360-363 i Turner, J., C., *Intellectual Property and EU Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010., str. 19. Također je izrijeком propisano u članku 7. Direktive 2016/943 kako se mjere, postupci i pravna sredstva propisani tom Direktivom moraju primjenjivati na način kojim se izbjegava stvaranje prepreka za zakonitu trgovinu na unutarnjem tržištu.

51 Meitinger, op. cit., str. 3.

52 Iz Procjene učinka Prijedloga direktive, (bilješka 12), str. 19-20.

53 Odredbe o zaštiti poslovne tajne u okviru Sporazuma TRIPS važne su jer države obvezuju pružati zaštitu poslovnim tajnama, no razina harmonizacije nije dostatna s obzirom na vrlo široko postavljenu obvezu i različite mogućnosti implementacije u propisima država članica. Nema naznaka da bi se na međunarodnom planu u okviru multilateralne organizacije (WIPO,

Zbog toga je donesena Direktiva EU 2016/943,⁵⁴ odnosno kako bi se na razini Europske unije ujednačila pravna zaštita poslovnih tajni, odnosno uspostavila „dostatna i dosljedna razina pravne zaštite u okviru građanskog prava na unutarnjem tržištu u slučaju nezakonitog pribavljanja, korištenje ili otkrivanja poslovne tajne“ (točka 10. preambule Direktive EU 2016/943). Detaljno je određen opseg zaštite poslovnih tajni time što je u članku 4. propisano kada se pribavljanje, korištenje ili otkrivanje poslovne tajne smatra nezakonitim⁵⁵ dok se u članku 3. navodi što se smatra zakonitim pribavljanjem, korištenjem i otkrivanjem poslovnih tajni.

Tako je dopušteno neovisno otkriti ili stvoriti sadržaj zaštićen poslovnom tajnom. Trećima je dopušteno da ih otkriju opažanjem, proučavanjem, rastavljanjem ili testiranjem proizvoda ili predmeta učinjenih dostupnim javnosti što se naziva reverzibilnim inženjeringom. Ovo zbog toga što poslovne tajne nisu isključivo pravo pa trećima nije zabranjeno da dođu do takvih podataka i informacija na bilo koji način, sve dok se s obzirom na te okolnosti može smatrati poštenom poslovnom praksom. Zakonitim se smatra i pribavljanje poslovne tajne ostvarivanjem prava radnika ili predstavnika radnika na informiranje i savjetovanje te ako se dopušta ili zahtijeva posebnim propisima.

Opseg zaštite prava uz to se ograničava propisivanjem iznimka u primjeni mjera, postupaka i pravnih sredstava predviđenih Direktivom. Ta su ograničenja sadržana u

WTO) radilo na daljnjoj harmonizaciji ovog područja. Ipak u odnosima između država posebno u okviru pregovora o bilateralnim trgovinskim odnosima uočava se sve veća potreba uspostave koherentne zaštite poslovnih tajni. Tako je ovo područje trebalo biti uređeno i trgovinskim sporazumom između Europske unije i Sjedinjenih Američkih Država, tzv. Transatlantskim trgovinskim i investicijskim partnerstvom (TTIP). Prema Bux, U., *Trade secrets, In-depth analysis: document requested by the URI Committee*, Europski parlament, PE 493.055, Brussels, travanj 2014., str. 9. i 11., dostupno na: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/493055/IPOL-JURI_NT\(2014\)493055_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/493055/IPOL-JURI_NT(2014)493055_EN.pdf) (18. veljače 2019.). Bez obzira na trenutni zastoj pregovora oko TTIP-a znakovito je da su Direktiva EU 2016/943 i američki propis kojim se na federalnoj razini u SAD-u uređuje građanskopravna zaštita poslovnih tajni (*Defend Trade Secrets Act*, 18 U.S.C. §1836, dostupno na: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-114publ153/html/PLAW-114publ153.htm> (18. veljače 2019.)) doneseni u jeku intenzivnih pregovora oko TTIP i to u gotovo isto vrijeme – Direktiva je usvojena 8. lipnja 2016., a američki zakon 11. svibnja 2016. godine.

54 Iz obrazloženja Prijedloga Direktive, (bilješka 8), str. 7.

55 Pribavljanje poslovne tajne bez pristanka nositelja poslovne tajne smatra se nezakonitim kada je ono učinjeno neovlaštenim pristupom, prisvajanjem ili umnožavanjem bilo kojih dokumenata, predmeta, materijala, stvari ili elektroničkih spisa ili bilo kojeg drugog ponašanja koje se u tim okolnostima smatra protivnim poštenim poslovnim praksama. Nadalje, korištenje ili otkrivanje poslovne tajne smatra se nezakonitim kada ga bez pristanka nositelja poslovne tajne učini osoba koja je pribavila je poslovnu tajnu nezakonito, ili krši sporazum o povjerljivosti, ili bilo koju drugu obvezu neotkrivanja poslovne tajne, ili pak krši ugovornu ili bilo koju drugu obvezu kojom se ograničava korištenje poslovne tajne. Nezakonito je i kada je osoba znala, ili je u tim okolnostima trebala znati, da je poslovna tajna pribavljena izravno ili neizravno od druge osobe koja je nezakonito koristila, ili otkrila poslovnu tajnu. Nezakonitim korištenjem poslovne tajne smatraju se i proizvodnja, stavljanje u ponudu, ili stavljanje na tržište robe kojom je počinjena povreda odnosno uvoz, izvoz ili skladištenje robe kojom je počinjena povreda u te svrhe, ako je osoba koja je provodila takve aktivnosti znala ili je u tim okolnostima trebala znati da je poslovna tajna korištena nezakonito.

članku 5. Direktive 2016/943. Ovaj je članak bio sporan u procesu donošenja Direktive tijekom političkih pregovora Vijeća i Europskog parlamenta te je izazvao velike polemike i zanimanje javnosti.⁵⁶ Predviđene se iznimke odnose na ostvarivanje prava na slobodu izražavanja misli, prava na pristup informacijama te slobode izvještavanja, zaštitu prijavitelja nepravilnosti (tzv. zviždača) otkrivanje od strane radnika svojim predstavnicima te u svrhu zaštite drugih legitimnih interesa sukladno propisima. To su slučajevi koji će se moći istaknuti kao obrana u sporu zbog povrede poslovne tajne te su svojevrsno jamstvo da zaštita poslovnih tajni neće neopravdano ograničiti slobodu izvještavanja i izražavanja misli, pravo na pristup informacijama, rad sindikata te prijavljivanje nepravilnosti koji kao takvi imaju širi pozitivni učinak na društvo. Ipak ostaje za vidjeti kako će sudovi primjenjivati ove odredbe.⁵⁷ Kao istaknuta opasnost je i činjenica da sama opasnost da osobe koje se ovim odredbama želi zaštititi budu tužene većinu njih može obeshrabriti i odvratiti od bilo kakvog djelovanja i aktivnosti u tom smjeru, makar i bili zaštićeni iznimkama.⁵⁸

Odredbe Direktive zasigurno razrađuju osnovne postavke zaštite propisane Sporazumom TRIPS, no analiza sadržaja spomenutih članaka 3. i 4. pokazuje da samo razgraničenje zakonitog od nezakonitog postupanja u vezi s poslovnim tajnama i dalje počiva na utvrđenju je li pribavljanje, korištenje i otkrivanje bilo u skladu ili protivno poštenim poslovnim praksama. Utoliko se može postaviti pitanje donosi li Direktiva 2016/943 uistinu nešto novo u odnosu na odredbe Sporazuma TRIPS. Neosporan je doprinos Direktive u propisivanju mjera, postupaka i pravnih sredstava u slučaju povrede poslovne tajne,⁵⁹ no s obzirom na opseg zaštite, definiciju i utvrđivanje

56 U dijelu javnosti Direktiva je shvaćena kao pokušaj velikih kompanija da zaštitom poslovnih tajni i ovom Direktivom spriječe javni nadzor korporacija u cilju zaštite javnog interesa. Posebno su nevladine udruge izražavale bojazan da će Direktiva biti korištena kako bi se spriječilo otkrivanje u javnom interesu podataka o sigurnosti proizvoda, kao što su rezultati kliničkih ispitivanja lijekova ili toksikološke studije pesticida. Tako i Corporate Europe Observatory (CEO), *Adapting the EU Directive on Trade Secrets „Protection“ into National Law – A transposition guide for legislators and civil society organisations*, veljača 2017., str. 3. - 8., dostupno na: https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/trade_secrets_protection_directive_-_a_transposition_briefing.pdf (25. veljače 2019.).

57 Dodatno valja napomenuti da u trenutku usvajanja Zakona o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti nije postojalo propis kojim su se štitili „zviždači“. Zakon o zaštiti prijavitelja nepravilnosti (NN, br. 17/19.) donesen je 20. veljače 2019. godine. Odredba članka 8. točke 2. Zakona o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti trebala bi se primjenjivati sukladno odredbama tog zakona. U tom kontekstu, a i slijedom odgovarajuće odredbe članka 5. Direktive 2016/943 trebalo bi uzeti da se iznimka odnosi na otkrivanje propusta, nepravilnosti i nezakonite aktivnosti. Pojam wrongdoing preveden je u hrvatskoj verziji Direktive kao „prijestup“, pa je slijedom toga pojam prijestup korišten i u Zakonu, no sukladno Zakonu o zaštiti prijavitelja nepravilnosti zaštita obuhvaća svaki oblik nepravilnosti, ne samo nezakoniti (što bi se moglo smatrati prijestupom), već i nepravilnosti koje ne proizlaze samo iz kršenja zakona ili drugih propisa.

58 CEO, (bilješka 56), str. 20.

59 Važnost Direktive stoga se očituje ponajprije u građansko-procesnim aspektima zaštite poslovne tajne koje donosi. Tomu u prilog ide i činjenica da veći dio odredbi Direktive sadrži pravila građanskog postupka, odnosno mjere, postupke i pravna sredstva koje stoje na raspolaganju nositeljima prava u slučaju tužbe zbog povrede poslovne tajne. Jedan je od ciljeva donošenja Direktive prema točki 24. Preambule, osigurati zaštitu povjerljivosti poslovne tajne, koja je

postojanja povrede, ne donosi bitan pomak. Tumačenje pojma poštenih poslovnih praksa i time razgraničenje zakonitog i nezakonitog postupanja u svezi s povredama poslovnih tajni ostaje stoga na sudovima.

4. VAŽNOST POSLOVNIH TAJNI U POSLOVANJU

Poduzeća stalno ulažu u pribavljanje, razvoj i primjenu znanja i iskustva te informacija. To ulaganje utječe na njihovu konkurentnost i uspješnost inovacija na tržištu, čime se osigurava povrat ulaganja što je u svojoj biti temeljna motivacija za poslovna istraživanja i razvoj. Poslovna tajna tako postaje alat za poslovnu konkurentnost i upravljanje istraživačkim inovacijama te utječe na povećanje vrijednosti poduzeća. Procjena ekonomske vrijednosti poslovnih tajni zahtjevnija je upravo zbog uvjeta držanja u tajnosti tih informacija,⁶⁰ iako postoje određene naznake njihove vrijednosti, koje se prije svega odnose na podatke o procjeni visine naknade štete u sporovima zbog povrede poslovnih tajni. Takvi podatci ukazuju na znatne iznose. Studije ukazuju i da postoji pozitivna i statistički važna poveznica između poslovnih tajni i pokazatelja inovativnosti poslovanja.⁶¹ Dodatno istraživanja pokazuju da kompanije same ocjenjuju poslovne tajne kao strateški važan instrument rasta, konkurentnosti i inovativnosti svoga poslovanja.⁶²

Pri donošenju Direktive EU 2016/943 upravo su ti razlozi isticali kao argumenti u prilog normativnog uređenja zaštite poslovnih tajni na razini Europske unije. Navodi se i da poduzeća neovisno o veličini pridaju barem jednaku važnost poslovnim tajnama kao i ostalim oblicima intelektualnog vlasništva.⁶³

Kod usporedbe značaja poslovnih tajni sa značajem formalnih prava intelektualnog vlasništva treba sagledati koje su prednosti, a koji nedostaci svakog od tih oblika zaštite, jer će često njihova primjena ovisiti o određenim karakteristikama svakog od njih. Prema osnovnim karakteristikama, prava intelektualnog vlasništva bitno su različita od poslovnih tajni, utoliko što su vremenski ograničena isključiva prava koja se stječu na zakonski propisani način. S tim da se prava industrijskog vlasništva u pravilu stječu priznanjem u postupku registracije pred nadležnim tijelima u svrhu upisa u javne upisnike uz javnu objavu sadržaja zaštite trećima.

Dodatno pri usporedbi treba uzeti u obzir da svaki oblik intelektualnog vlasništva

predmet spora, jer se pokazalo da mogućnost gubitka povjerljivosti tijekom sudskoga postupka često odvraća zakonite nositelje od pokretanja tužbi za zaštitu poslovnih tajni.

60 OECD, *Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact*, 2015., str. 36. Dostupno na: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/intellectual-property-economic-impact.htm> (18. veljače 2019.).

61 *ibid.*, str. 11.

62 To pokazuju rezultati javnog savjetovanja koje je Europska komisija provela od 11. prosinca 2012. do 8. ožujka 2013. godine, prema Radnom dokumentu Komisije (bilješka 12), str. 80 -99. Čak 91 % kompanija koje su sudjelovale smatra poslovne tajne važnim instrumentom poslovanja. Studija Intelektualno vlasništvo (IV) i rezultati malih i srednjih poduzeća za 2016. godinu (bilješka 1), pokazuje da većina ispitanika iz reda, tzv. malog i srednjeg poduzetništva svoje poslovanje smatra inovativnim, a kao najvažnije oblike zaštite svojih inovacija na drugom mjestu navode poslovnu tajnu (42 %).

63 Iz obrazloženja Prijedloga Direktive, (bilješka 8), str. 3.

ima određen predmet zaštite pa ovisno o tome poslovne tajne s nekim oblicima intelektualnog vlasništva imaju manje ili važnije sličnosti predmeta zaštite, a otuda i konkurentnu primjenu. Izum koji se može odnositi na novi inventivni proizvod ili proizvodni postupak kao i na novu primjenu postojećih proizvoda ili postupaka bit je tehnološke inovacije i moguće ga je zaštititi patentom, kao oblikom intelektualnog vlasništva. No, po prirodi stvari takve tehnološke inovacije alternativno se mogu štiti i kao poslovne tajne.

U kontekstu patentne zaštite u postupku za priznanje patenta potrebno je otkriti tehničke detalje izuma u opsegu koji omogućuje stručnjaku iz predmetnog područja izradu ili upotrebu izuma. Takav je postupak često vrlo kompliciran i skup, te pretpostavlja otkrivanje predmeta izuma koji nakon perioda važenja prava, što ne može biti dulje od 20 godina, postaje javno dostupan svima. S aspekta trajanja, prednost se može dati poslovnim tajnama jer njihovo trajanje nije vremenski ograničeno, pa se u njihovu zaštitu može pouzdati potencijalno neograničeno, sve dok se one drže u tajnosti. Činjenica što zaštita ne pretpostavlja otkrivanje također se može smatrati prednošću jer se drugima ne otkriva unaprijed sadržaj informacije koji se štiti. No s druge strane, opseg je zaštite patentom šire jer pravo djeluje *erga omnes*. Neovisno otkrivanje poslovne tajne ili reverzibilni inženjering realna je opasnost gubitka stvarnog monopola nad informacijama koji se štite poslovnom tajnom u bilo kojem trenutku. Štoviše, osoba koja je neovisno došla do takvih izuma može se odlučiti na njihovu zaštitu patentom što će nositelja poslovne tajne dovesti u poziciju da bude isključen od njegova daljnjeg korištenja. S obzirom na opasnost od reverzibilnog inženjeringa, one inovacije koje su očite, odnosno one za koje se mogu rekonstruirati tehnički detalji izuma uvidom u proizvod ili postupak koji se temelji na izumu, nisu pogodne za zaštitu poslovnom tajnom. S druge strane, netehnološke inovacije⁶⁴ često nisu patentibilne, pa će jedina opcija preostati zaštita u okviru poslovnih tajni. Činjenica što je postupak registracije patenta kompliciran i skup, često se smatra prednošću na strani zaštite poslovnom tajnom kod kojih zaštita ne pretpostavlja provođenje postupka registracije.⁶⁵ Međutim, treba uzeti u obzir da i nositelj poslovne tajne mora računati na troškove poduzimanja zaštitnih mjera za čuvanje tajnosti, a nužno je napomenuti da je dokazivanje povrede poslovne tajne pred sudom s obzirom na to da se ne radi o registriranom pravu vrlo često skupo i teško.

Provedena istraživanja preferirane strategije zaštite inovativnog poslovanja pokazuju da inovativna poduzeća često koriste kombinaciju zaštite poslovnom

64 Takve su inovacije koje se očituju u korištenju i primjeni raznolikog raspona strateških poslovnih informacija, tzv. „meke“ inovacije karakteristične za uslužni sektor koji ne ovisi toliko o tehnološkim procesima i inovacijama proizvoda. Poslovne tajne, stoga su iznimno važne za taj ključni dio gospodarstva EU-a, prema obrazloženju Prijedloga Direktive, (bilješka 8), str. 3. Netehnološke inovacije obuhvaćale bi i književne, umjetničke i znanstvene inovacije koje još nisu dobile svoj izražaj. Autorskim se pravom ne štiti ideja, nego autorsko djelo koje je izražaj ideje, a tijekom nastajanja autorskog djela, dok je djelo tek u fazi ideje, takvu ideju bilo bi moguće zaštititi poslovnom tajnom. Tako i Cornish, op. cit., str. 306.

65 Zbog toga se sukladno obrazloženju Prijedloga Direktive, (bilješka 8) smatra da su poslovne tajne osobito važne za mala i srednja poduzeća i novoosnovana poduzeća.

tajnom i patentom, posebno kod zaštite složenih inovacija.⁶⁶ Pritom se ne misli na kumulativnu zaštitu jer ova dva oblika zaštite međusobno isključuju jedan drugo. Patent pretpostavlja otkrivanje pa ne može istovremeno biti i poslovna tajna. No, s primjenom izuma koji je patentiran mogu dodatno biti povezana određena tehnološka znanja i iskustvo⁶⁷ koje će se komplementarno štititi kao poslovna tajna. Pored svega treba istaknuti i značaj poslovnih tajni za zaštitu svih vrsta inovacije u ranom stadiju njihovoga razvoja.⁶⁸ U konačnici svako pravo intelektualnog vlasništva nužno počinje s tajnom.⁶⁹

Pritom valja biti oprezan kod naglašavanja značaja poslovnih tajni za inovativnost. Naime, inovacija pretpostavlja određenu novost. Poslovna tajna ne mora nužno biti objektivno odnosno univerzalno nova. Tako će se baze podataka, kao što su primjerice popisi klijenta također smatrati poslovnim tajnama, iako pritom sadržaj tih podataka čine elementi koji nisu tajni, već način na koji su te baze sastavljene. Informacija mora biti tajna u smislu da nije općenito poznata ili lako dostupna osobama iz krugova koji se obično bave predmetnom vrstom informacija, a ne nužno nova.

Sustav zaštite prava intelektualnog vlasništva počiva na premisi da se priznanjem isključivih prava kroz određeno razdoblje nakon kojeg zaštićeni sadržaj postaje javno dostupan i slobodan za korištenje, potiče inovativnost i gospodarski napredak društva u cjelini. Čuvanjem informacija u tajnosti čini se upravno suprotno pa se postavlja pitanje zašto bi se pružala zaštita poslovnim tajnama, odnosno ohrabivala inovativnost koja ostaje u sferi tajnosti umjesto da se potiče njihovo otkrivanje koje će generirati stjecanje novih znanja i napredak.⁷⁰ Premda to može izgledati na prvi pogled paradoksalno, smatra se da zaštita poslovnih tajni u stvari potiče njihovo otkrivanje.⁷¹

66 Studija „Zaštita inovacija putem poslovnih tajni i patenata: odrednice za poduzeća u Europskoj uniji“, koju je objavila Europska promatračnica za povrede prava intelektualnog vlasništva pri Uredu Europske unije za intelektualno vlasništvo (EUIPO), dostupno na: http://www.stop-krivotvorinama-i-piratstvu.hr/files/file/pdf/studije/EUIPO_zastita_inovacija_poslovne_tajne_patenti.pdf (20. veljače 2019.).

67 Cornish, op. cit., str. 301. Patentom će se zaštititi centralni dio samog izuma, dok će većina informacija do kojih se došlo pri uvođenju predmeta izuma u industrijsku proizvodnju za komercijalnu uporabu ostati u domeni poslovne tajne. Pritom treba voditi računa da u postupku za priznanje patenta postoji obveza otkrivanja tehničkih detalja izuma u opsegu koji omogućuje stručnjaku iz predmetnog područja izradu ili upotrebu izuma.

68 Pisci ne otkrivaju priču na kojoj rade (buduće autorsko pravo), proizvođači automobila ne prosljeđuju prve nacрте novoga modela (budući dizajn), poduzeća ne otkrivaju preliminarne rezultate tehnoloških eksperimenata (budući patent), poduzeća zadržavaju za sebe informacije koje se odnose na lansiranje nove marke proizvoda (budući žig) itd. Iz obrazloženja Prijedloga Direktive, (bilješka 8), str. 2.

69 Čak i kada se odluči na zaštitu patentom u fazi istraživanja i pisanja patentne prijave do trenutka podnošenja patentne prijave, nositelj se mora pouzdati u zaštitu poslovne tajne.

70 Iako se širenje znanja smatra poželjnim društvenim učinkom, jer omogućava daljnje inovacije i napredak, u kontekstu poslovnih tajni može imati i negativni učinak. Iz studije OECD-a (bilješka 54), str. 54, kao primjer se navodi otkrivanje punog algoritma pretraživača koji koristi Google. Njegovo otkrivanje ne bi naštetilo samo nositelju već i društvu u cjelini jer bi se znajući način na koji se pretražuje i rangira rezultate pretraživanja s njima moglo manipulirati pa bi u konačnici rezultati postali iskrivljeni i nepouzdana.

71 Lemley, M., A, The surprising virtues of treating trade secrets as IP rights, u: Dreyfuss, op. cit.,

Naime, nositelji poslovnih tajni umjesto poduzimanja mjera potpune zaštite tajnosti pouzdajući se u njihovu pravnu zaštitu upuštati će se u otkrivanje takvih podataka poslovnim partnerima radi ostvarivanja zajedničke suradnje. Time zaštita poslovnih tajni povećava i vjerojatnost prelijevanja znanja.⁷² Stoga poslovne tajne s obzirom na suvremene načine dolaska do inovacija suradnjom i veću zastupljenost inovacija koje se očituju u postupnim poboljšanjima u odnosu na radikalne inovacije imaju sve veću važnost.⁷³

5. IMPLEMENTACIJA U NACIONALNO ZAKONODAVSTVO – ZAKON O ZAŠTITI NEOBJAVLJENIH INFORMACIJA S TRŽIŠNOM VRIJEDNOSTI

Države članice Europske unije bile su dužne prenijeti odredbe Direktive 2016/943 u svoje nacionalno zakonodavstvo do 9. lipnja 2018. godine. Pritom države članice samostalno izabiru oblik i metodu kojom će to učiniti. Izbor ovisi ponajprije o postojećim propisima u području i nacionalnom pravnom sustavu u cjelini u koji se implementirani zakon, podzakonski akt i sl. treba što bolje uklopiti, a da se pritom nužno osigura postizanje cilja zadanoga Direktivom.

5.1. Donošenje novog zakona

Pri odluci o načinu transponiranja obveza iz Direktive trebalo je voditi računa o činjenici da u hrvatskom pravnom sustavu postoji cijeli niz propisa koji djelomično uređuju područje zaštite poslovne tajne ili propisuju načine ophođenja s poslovnim tajnama u određenim građanskim ili upravnim postupcima. Međutim, većina se tih propisa odnosi na povjerljive poslovne informacije u širem smislu, a ne na poslovne tajne u smislu koji odgovara obliku intelektualnog vlasništva iz Direktive 2016/943 ili sadrže odredbe vezane za zaštitu ili korištenje poslovne tajne ili povjerljivih informacija u posebnim postupcima pa transpozicijom Direktive u okviru tih propisa ne bi bio postignut njezin zadani cilj.

Primjerice, u pogledu propisivanja pojma tajnosti te određenih mjera i postupaka za utvrđivanje, uporabu i zaštitu poslovne i profesionalne tajne na snazi su odredbe odgovarajućih glava (VIII. i IX.) Zakona o zaštiti tajnosti podataka.⁷⁴

str. 110.

72 Iz studije OECD-a, (bilješka 60), str. 15.

73 Brant, J., Lohse, S., *Trade secrets: Tools for innovation and collaboration*, ICC Innovation and Intellectual Property Research Paper, 2014, br. 3., str. 12., dostupno na: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-Research-Trade-Secrets-english.pdf> (18. veljače 2019.).

74 Zakon o zaštiti tajnosti podataka (NN, br. 108/96.) prestao je važiti stupanjem na snagu Zakona o tajnosti podataka (NN, br. 79/07. i 86/12.) osim odredaba glave 8. i 9. kojima se uređuju poslovna i profesionalna tajna. Peran, B, Goreta, M., Vukošić, K., *Pojam i vrste tajni*, Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, 3-4/2015, str. 132 navode kako je razlog donošenja Zakona o tajnosti podataka to što su se načela tajnosti trebala uskladiti sa suvremenim standardima tajnosti podataka zemalja Europske unije i NATO-a. Nejasno je međutim zašto pri donošenju toga zakona nije riješeno pitanje daljnje sudbine poslovnih i profesionalnih tajni koje novim zakonom nisu obuhvaćene, ali nisu niti ukinute. Svakako prestanak važenja zakona uz ostavljanje

Definicija poslovne tajne sadržana u tim odredbama odnosi se na poslovnu tajnu čiji je nositelj pravna osoba, obuhvaća povjerljive poslovne informacije u širem smislu i ne propisuje nikakve pravne mjere za njihovu zaštitu. Stoga Direktivu nije bilo moguće transponirati ispravno u okviru tih odredbi, ali se opravdano postavlja pitanje jesu li donošenjem Zakona o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti te odredbe trebale prestati važiti.⁷⁵ Razlog što Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti nije mijenjao niti ukidao ove odredbe leži upravo u činjenici što je definicija poslovnih tajni iz njega uža od onih obuhvaćenim glavom VIII. i odnosi se samo na poslovne tajne kao oblik intelektualnog vlasništva, a slijedom zahtjeva Direktive. Ukidanjem odredbi glave VIII. izostalo bi bilo kakvo pravno uređenje poslovnih tajni u širem smislu. Jednako tako ne bi bilo opravdano poslovne tajne u širem obuhvatiti odredbama zakona kojim se implementira Direktiva 2016/943, jer bi im se time pružila preširoka zaštita koju zaslužuju samo one poslovne tajne koje imaju komercijalnu vrijednosti i jedan su od oblika intelektualnog vlasništva. Pri implementaciji Direktive u pravni sustav Republike Hrvatske ne zadire se, stoga u odredbe Glave VIII. koje i dalje nastavljaju važiti. No, zbog toga se u nazivu zakona za razliku od Direktive ne govori o poslovnim tajnama.⁷⁶

Vežano za zaštitu poslovnih tajni u okviru građanskog prava sukladno Zakonu o obveznim odnosima⁷⁷ ona se ostvaruje i kao zaštita prava osobnosti pravne osobe. O tom kontekstu zaštite poslovnih tajni kao osobnih, neimovinskih prava, već je ranije u tekstu bilo riječi. Zaštita se ovdje očituje prvenstveno u naknadi neimovinske štete te je kumulativna zaštiti slijedom Zakona o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti primjenom kojeg se pruža zaštita koja se očituje u naknadi prvenstveno imovinske štete.

Zaštita predviđena u okviru Zakona o trgovini⁷⁸ gdje se jednom od radnji koje se smatraju nepoštenim trgovanjem smatra i protupravno pribavljanje poslovne tajne drugog trgovca ili bespravno iskorištavanje povjerene poslovne tajne drugog trgovca po uzoru na odredbe Sporazuma TRIPS zaštitu poslovnih tajni svrstava se u okvir nepoštenog trgovanja. Međutim ove su odredbe podnormirane u pogledu definicije poslovne tajne prema odredbama Sporazuma TRIPS.⁷⁹ Osim toga, Direktiva 2016/943 sadrži materijalne i postupne odredbe vezane uz zaštitu poslovnih tajni stoga se u

na snazi pojedinih njegovih odredba ne doprinosi pravnoj sigurnosti i vrlo je negativna praksa.

75 Tim više što se radi o odredbama izdvojenim iz zakona koji je prestao važiti kako je prethodno opisano. No, tada bi se i dalje trebalo riješiti pitanje uređenja profesionalne tajne (glava IX.).

76 U odnosu na naziv zakona upućen u zakonodavnu proceduru u prvom čitanju koji je pratio naziv Direktive, osim korištenja zajedničkoga pojma „poslovne tajne“, konačni naziv zakona, Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti posljedica je traženja da se sam naziv prilagodi duhu hrvatskoga jezika, prema Izvješću Odbora za obrazovanje, znanost i kulturu P.Z.E., br. 225, dostupno na: <http://www.sabor.hr/radna-tijela/odbori-i-povjerenstva/izvjesce-odbora-za-obrazovanje-znanost-i-kulturu-o-147> (14. veljače 2019.).

77 Zakon o obveznim odnosima (NN, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15. i 29/18.).

78 Zakon o trgovini (NN, br. 87/08., 116/08., 76/09., 114/11., 68/13. i 30/14.).

79 Republika Hrvatska članica je WTO-a od 30. studenog 2000. godine, pa je od tada obvezna primjenjivati odredbe Sporazuma TRIPS. Nije poznato je li u sudskim sporovima zbog povrede poslovne tajne doista primijenjena definicija poslovne tajne iz ovog za Republiku Hrvatsku obvezujućega međunarodnog ugovora.

dijelu koji se tiče postupovnih odredbi nije mogla implementirati u okviru Zakona o trgovini. Teoretski je bilo moguće postupovne odredbe transponirati u okviru općeg propisa kojim je uređen građanski postupak, uz razradu materijalnih normi u okviru Zakona o trgovini. Međutim, donošenje posebnog zakona izvan okvira zaštite nepoštenog trgovanja u skladu je s načinom uređenja predmetne materije u Direktivi 2016/943 kojom se detaljno uređuju mjere protiv nezakonitog pribavljanja, uporabe i odavanja poslovnih tajni koje imaju gospodarsku vrijednost kao specifičnog oblika intelektualnog vlasništva. Osim toga, teži se izbjegavati da se odredbe općih propisa, konkretno općeg propisa kojim se uređuje parnični postupak, opterećuju propisivanjem određenih specifičnih postupanja za određenu vrstu sporova.

Zbog tih je razloga cjelovito pravno uređenje poslovnih tajni kao oblika intelektualnog vlasništva uz propisivanje posebnosti građanskog postupka u slučaju njihove povrede bio ispravan način da se osigura postizanje cilja zadanoga Direktivom 2016/943.

Pritom valja naglasiti da Direktiva 2016/943 ne utječe na obvezu otkrivanja poslovnih tajni zbog javnog interesa tijelima javne vlasti ili upravnim ili sudskim tijelima radi obavljanja njihovih dužnosti kao ni na načine postupanja tijela javne vlasti s poslovnim tajnama kada se po posebnim propisima od njih zahtijeva ili im se dopušta da te informacije otkrivaju (članak 1. stavak 2.), pa ovo nije bio predmet usklađivanja niti je obuhvaćeno Zakonom o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti.⁸⁰

Osim toga, Direktiva se ograničava na harmonizaciju zaštite u okviru građanskog prava (članka 6. stavak 1.), dok kaznena odgovornost za povrede poslovnih tajni nije usklađena na razini Europske unije, a u Republici je Hrvatskoj predmet uređenja Kaznenog zakona.⁸¹

5.2. Primjena Direktive o provedbi prava

Direktiva 2004/48/EZ o provedbi prava intelektualnog vlasništva⁸² predviđa mjere, postupke i pravna sredstva za provedbu prava intelektualnog vlasništva u građanskim postupcima. Horizontalno zahvaća u pravila o građanskim postupcima za zaštitu prava u slučaju povrede, za razliku od većine direktiva iz područja prava intelektualnog vlasništva koje mahom zahvaćaju materijalnopravne sustave prava

80 Stoga će odredbe vezane za zaštitu ili korištenje poslovne tajne (u pravilu i šire od toga, odnosit će se na sve povjerljive podatke koji ne moraju nužno biti poslovne tajne) u pojedinim posebnim postupcima i dalje biti sadržane u nizu propisa kojim se uređuju ti postupci (primjerice postupanje s tajnim podacima prema članku 52. Zakona o javnoj nabavi (NN, br. 120/16.), postupanje s povjerljivim podacima prema članku 7. Zakona o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja (NN, br. 69/17.). Obvezu otkrivanja poslovnih tajni zbog javnog interesa nalazimo, primjerice u Zakonu o pravu na pristup informacijama (NN, br. 25/13. i 85/15.) koja se utvrđuje provođenjem testa razmjernosti i javnog interesa.

81 Kaznenim zakonom (NN, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15., 101/17. i 118/18.) predviđeno je kazneno djelo odavanja i neovlaštenog pribavljanja poslovne tajne (članak 262.).

82 Direktiva 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o provedbi prava intelektualnog vlasništva, SL L 157, 30.4.2004., str. 45–86.

intelektualnog vlasništva.⁸³ Direktiva o provedbi prava ne definira pojam prava intelektualnog vlasništva, odnosno ne sadržava popis konkretnih prava koja se smatraju pravima intelektualnog vlasništva za njezine potrebe. No, u točki 13. preambule objašnjava se da bi se njezino područje primjene trebalo odrediti što je šire moguće kako bi obuhvatilo sva prava intelektualnog vlasništva.⁸⁴ Zaštita poslovnih tajni nije isključivo pravo intelektualnog vlasništva, pa tako ne bi bila izravno obuhvaćena opsegom primjene ove direktive.⁸⁵ Ipak se navodi da su države članice slobodne proširiti u svojim nacionalnim pravnim sustavima primjenu odredba direktive i na nepošteno trgovanje, uključujući parazitske kopije i slične aktivnosti.

Direktiva 2016/943 sadrži niz odredaba koje se odnose na građanskopravnu zaštitu poslovnih tajni. Prema točki 39. preambule ako se njezino područje primjene preklapa s područjem primjene bilo kojih drugih relevantnih propisa, trebala bi se smatrati *lex specialis*. Tako se Direktiva 2016/943 ima smatrati *lex specialis* i u slučaju preklapanja s područjem primjene Direktive o provedbi prava u slučaju da države članice odluče proširiti odredbe Direktive o provedbi prava i na poslovne tajne, iako to nisu obvezatne učiniti.⁸⁶

Pri prenošenju odredbi Direktive 2016/943 u nacionalno zakonodavstvo Republike Hrvatske donošenjem Zakona o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti, proširena je primjena Direktive o provedbi prava i na poslovne tajne na nacionalnoj razini u skladu s točkom 13. preambule Direktive. Stoga u slučaju nezakonitog pribavljanja, korištenja ili otkrivanja poslovnih tajni, nositelj može ostvariti korist u prvom redu od mjera, postupaka i pravnih sredstava iz Direktive 2016/943, ali i od onih mjera, postupaka i pravnih sredstava iz Direktive o provedbi prava koje se ne preklapaju s onima iz Direktive 2016/943. Tako su u Zakonu sadržane i mjere za pribavljanje dokaza (članak 17.), mjere osiguranja dokaza (članak 20.) i pravo na dobivanje podataka (članak 16.) kako to propisuju odredbe Direktive o provedbi prava. Odredbe koje bi uređivale ove mjere i sredstva nisu sadržane u Direktivi 2016/943 pa one nisu bile predmet usklađenja s tom Direktivom i mogle su

83 Matanovac, R., Građanskopravna zaštita prava intelektualnog vlasništva u odnosu prema Direktivi 2004/48/EZ o provedbi prava intelektualnog vlasništva – analiza stanja i nagovještaj promjena, u: Matanovac, R. (ur.), Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji, Zagreb, Narodne novine/Državni zavod za intelektualno vlasništvo, 2006., str. 122.

84 Izjava Komisije o članku 2. Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva (2005/295/EZ), SL L 94, 13.4.2005., str. 37. Izdana je kako bi se bolje odredilo njezino područje primjene. Izjava je pravno neobvezujuća. Prema Izjavi, Komisija smatra da su najmanje sljedeća prava intelektualnog vlasništva obuhvaćena njezinim područjem primjene: autorska prava i srodna prava, pravo sui generis proizvođača baze podataka, pravo stvaratelja topografija za poluvodičke proizvode, prava na žig, prava na dizajn, patentna prava, uključujući prava koja proizlaze iz svjedodžaba o dodatnoj zaštiti, oznake zemljopisnog podrijetla, prava iz korisnih modela, prava zaštite biljnih sorti, trgovačka imena, ako su u predmetnom nacionalnom pravu zaštićena kao isključiva prava vlasništva.

85 Tako i Montagnon, R., The Trade Secrets Directive: consistency of approach required, with or without Brexit, Journal of Intellectual Property Law and Practice, vol. 11, 9. rujan 2016., str. 644, dostupno na: <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpw122> (25. veljače 2019.).

86 Tako i u Smjernicama o određenim aspektima Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva COM/2017/0708 od 29.11.2017., str. 23.

biti i izostavljene iz zakona da se nije proširila primjena Direktive o provedbi prava i na poslovne tajne na nacionalnoj razini. Odredbe o privremenim mjerama (članak 18. i 19.), korektivnim mjerama (članak 12. i 13.) kao i druge mjere koje proizlaze iz odluke o meritumu spora (zahtjevi koji se mogu postaviti kod povrede poslovne tajne propisani su člancima 11., 14. i 15.) implementirani su tako da su prenesene u prvom redu odredbe Direktive 2016/943 kao *lex specialis*, a u manjem dijelu Direktive o provedbi prava, tamo gdje se one ne preklapaju s odredbama Direktive 2016/943. Primjerice Direktiva 2016/943 ne sadrži izričite odredbe o privremenim mjerama kojima bi se spriječile povrede poslovnih tajni na komercijalnoj razini, već je odredba o tim mjerama koju nalazimo u stavcima 2. i 3. članka 18. Zakona unesena radi implementacije Direktive o provedbi prava.

5.3. Sporovi zbog zaštite poslovnih tajni nakon donošenja Direktive 2016/943

Broj slučajeva povrede poslovnih tajni gotovo je nemoguće utvrditi. Naime često i zbog čuvanja svoje reputacije, tvrtke nisu sklone otkrivati da su bile žrtve nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja poslovnih tajni, a jednako su tako suzdržane utužiti takve povrede.⁸⁷

Osim toga, prije donošenja Direktive 2016/943 u mnogim državama članicama nisu postojala pravila namijenjena zaštiti poslovne tajne u okviru sudskog spora, čime su žrtve neovlaštenog pribavljanja poslovne tajne bile dodatno obeshrabrene zatražiti pravnu zaštitu sudskim putem.⁸⁸ Stoga se odredba o očuvanju povjerljivosti poslovnih tajni tijekom sudskog postupka smatra jednom od ključnih odredaba Direktive 2016/943. Odredba o očuvanju povjerljivosti tijekom sudskog postupka sadržana je u članku 10. Zakona. Sukladno zahtjevima Direktive predviđa se ograničenje broja osoba koje mogu pristupiti ročištima i dokumentima iz spisa predmeta. Ograničenje toga kruga osoba samo na osobe nužne za osiguravanje poštenog suđenja trebalo bi spriječiti nekontroliranu diseminaciju tajnih podataka te otkrivanje poslovne tajne samo onim osobama koje su obvezatne na čuvanje tajnosti i koje dodatno izjavom potvrđuju da su upoznate s tom obvezom. Sudska odluka u verziji koja nije povjerljiva ne smije se širiti izvan toga kruga osoba, a iz nje se uklanjaju ili redigiraju odlomci koji sadrže poslovne tajne kako bi se pripremila nepovjerljiva verzija odluke koja se može javno objaviti. Predviđeni su i posebni oblici dostave podnesaka i odluka u takvom postupku, naime oni se mogu dostaviti isključivo poštom ili neposredno dostavom.

Hoće li odredba o očuvanju povjerljivosti poslovnih tajni tijekom sudskog

87 Prema Radnom dokumentu Komisije, (bilješka 12), str. 17, gdje se navodi da studije pokazuju da se radi o znatnom broju: 20 %, odnosno svaka četvrta tvrtka u Europskoj uniji bila je žrtva barem jednog slučaja krađe povjerljivih informacija.

88 Iz obrazloženja Prijedloga direktive, (bilješka 8), str. 5. U Radnom dokumentu Komisije, (bilješka 12), str. 216., naglašen je problem očuvanja trajnosti informacija tijekom sudskoga postupka. Naime, poslovne tajne mogu biti otkrivene drugoj strani ili javnosti kao posljedica takvog postupka, što je osnovni razlog da su nositelji obeshrabreni da pokreću postupke radi zaštite poslovnih tajni.

postupka, pa i ostale mjere, postupci i pravna sredstva predviđena Direktivom 2016/943 dovesti do povećanja broja sudskih predmeta u kojima se traži zaštita poslovnih tajni, ostaje za vidjeti. Priprema izvješća o trendovima u sudskim sporovima u pogledu nezakonitog pribavljanja, korištenja ili otkrivanja poslovne tajne u okviru primjene Direktive 2016/943 u nadležnosti je Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo (EUIPO), točnije Europske promatračnice za povrede prava intelektualnog vlasništva koja djeluju pri EUIPO-u i treba biti pripremljeno da 9. lipnja 2011.⁸⁹ S obzirom na to da je tek godina dana prošla od roka za implementaciju direktive prerano je da bi se mogli sagledati njezini učinci.

No, na temelju propisa kojim se na federalnoj razini u SAD-u uređuje građansko pravna zaštita poslovnih tajni,⁹⁰ a koji je sadržajno vrlo blizak Direktivi 2016/943⁹¹ zabilježene su prve sudske odluke. U predmetu *Dalmatia Import Group, Inc. v. FoodMatch, Inc. et al.*⁹² tužitelju je presudom dodijeljena naknada štete u iznosu većem od 2,500,000 USD, pri čemu je 500,000 USD na ime naknade štete zbog nezakonitoga pribavljanja i korištenja poslovne tajne, a radilo se tajnom receptu džema od smokava. Također podatci iz SAD-a pokazuju da je nakon što je 2016. godine na snagu stupio novi zakon zabilježeno 30 % više sporova zbog povrede poslovnih tajni.⁹³

Ovdje valja napomenuti da je upravo odgovarajući iznos dosuđene naknade štete presudan za učinkovitu zaštitu poslovnih tajni. Za razliku od povreda prava intelektualnog vlasništva koje ne utječu na postojanje zaštićenog isključivog prava, povredom poslovna tajna najčešće gubi svoj faktični monopol i time mogućnost daljnje zaštite. Pojednostavljeno, jednom otkrivena poslovna tajna ne može ponovo

89 Kao pripremu, EUIPO je proveo studiju „Osnovna odrednica za sudske sporove o poslovnim tajnama u Europskoj uniji, (engl. The Baseline of Trade Secrets Litigation in the EU Member States, koja pruža opis temeljnih značajki pravnih sustava u 28 država članica EU-a u području zaštite od nezakonitog pribavljanja, korištenja ili otkrivanja poslovnih tajni prije implementacije Direktive. Ti će podatci služiti kao usporedni kada će se procjenjivati pomak odnosno učinak primjene Direktive. Studija je objavljena u kolovozu 2018. godine, dostupno na: <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/hr/web/observatory/news/-/action/view/4702225> (25. veljače 2019.).

90 Vidi bilješku 51.

91 Linton, K. C., The Importance of Trade Secrets: New Directions in International Trade Policy Making and Empirical Research, *Journal of International Commerce and Economics*, 2, rujan 2016., str. 9., navodi da je definicija poslovne tajne, kao i definicija nezakonitoga pribavljanja, korištenja i otkrivanja vrlo slična. Slične su i predviđene mjere, postupci i pravna sredstva, kao i mjere očuvanja povjerljivosti poslovnih tajni tijekom sudskog postupka. Osnovna je razlika što za razliku od američkoga zakona, Direktiva ne uređuje kaznenopravna aspekte odgovornosti.

92 Spor pred United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, (Docket No. 16-2767), dostupno na: <https://www.crowelltradesecretstrends.com/2017/04/the-first-dtsa-verdict-500000-for-misappropriation-of-a-fig-spread-recipe/> (25. veljače 2019.). Posebno je zanimljiva činjenica da se radi o proizvodu hrvatskoga poduzetnika koji se na hrvatskom tržištu nalazi pod žigom Dida Boža, više o tome: <https://novac.jutarnji.hr/karijere/kako-sam-didu-bozu-prodao-amerikancima-puno-ulazemo-u-popularizaciju-dalmatinske-price/7779144/> (25. veljače 2019.).

93 U usporedbi s približno 900 sporova godišnje u prethodnim razdobljima, u 2017. godini zabilježeno je čak 1.134 sporova zbog povrede poslovne tajne. Prema White, C., Trade secrets act increases US cases by 30%, *Intellectual Property Magazine*, kolovoz 2018., dostupno na: <https://www.intellectualpropertymagazine.com/patent/trade-secrets-act-increases-us-cases-by-30-131239.htm> (25. veljače 2019.).

postati tajna, stoga gubi karakter intelektualnog vlasništva i u odnosu na sve treće postaje javno dostupna te nositelju više ne može pružati komercijalnu prednost na tržištu.

6. ZAKLJUČAK

Poslovne tajne kao oblik intelektualnog vlasništva imaju veliku važnost u poslovanju i često se koriste za zaštitu inovacija jer u usporedbi s formalnim pravima intelektualnog vlasništva imaju određene prednosti. Prednosti se očituju u vremensko neograničenom trajanju faktičnog monopola nad sadržajem informacije koja se čuva tajnom te činjenici da zaštita ne pretpostavlja provođenje postupka registracije, pa stoga nije ni trošak. Međutim, iako se poslovnim tajnom mogu zaštititi najrazličitije vrste informacija pod uvjetom da su povjerljive, imaju komercijalnu vrijednost i poduzete su razumne mjere za očuvanje njihove povjerljivosti, njihova zaštita ne pruža se *erga omnes*, već se nositelj štiti od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja. Poslovne su tajne oblik neformalnog intelektualnog vlasništva kod kojeg ne nastaje subjektivno isključivo pravo kao što je to uobičajeno kod drugih prava intelektualnog vlasništva.

U cilju ujednačavanja pravne zaštite poslovnih tajni na unutarnjem tržištu Europske unije, doduše, samo u okviru građanskog prava, donesena je Direktiva EU 2016/943 o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja. Iako su države članice Europske unije obvezatne Sporazumom TRIPS na pružanje zaštite poslovnih tajni s obzirom na to da je ta obveza vrlo načelna i općenita, postojale su velike razlike u načinu na koji su im države pružale zaštitu.

Direktiva u pogledu definicije poslovnih tajni i načela pružanja zaštite poslovnih tajni slijedi Sporazum TRIPS, ali razrađuje odredbe o opsegu zaštite poslovnih tajni propisivanjem što se smatra zakonitim, a što nezakonitim otkrivanjem, pribavljanjem ili korištenjem poslovnih tajni. Ipak i dalje je osnovni kriterij razgraničenja jesu li takve radnje počinjene u skladu ili protivno poštenim poslovnim praksama. Na sudskoj je praksi da tumači ove pojmove u primjeni, kao i druge bitne odrednice definicije, primjerice ima li informacija komercijalnu vrijednost, odnosno kvalificira li se informacija uopće za zaštitu u okviru intelektualnog vlasništva te koje će se mjere poduzete za zaštitu tajnosti smatrati razumnima. Važna će biti uloga suda i kod primjene predviđenih iznimaka kojima se želi osigurati ostvarivanje slobode izražavanja misli i izvještavanja, prava na pristup informacijama, zaštita zviždača i drugih legitimnih javnih interesa.

Važnost Direktive EU 2016/943 stoga je ponajprije u usklađivanju pravila građanskopravnog postupka predviđanjem mjera, postupaka i pravnih sredstava koje stoje na raspolaganju nositelju poslovne tajne u slučaju spora zbog povrede poslovne tajne, a koja su dodatno ujednačena Direktivom o provedbi prava intelektualnog vlasništva, ako države članice prošire njenu primjenu na nacionalnoj razini i na poslovne tajne. Također, nositeljima poslovne tajne osigurava se zaštita povjerljivosti informacija u okviru i tijekom sudskoga postupka. Pritom će iznositi dosuđene naknade

štete imati presudnu važnost.

Primjena će pokazati je li Direktivom 2016/943 uspostavljen odgovarajući pravni okvir koji omogućava tvrtkama da nesmetano iskorištavaju i razmjenjuju svoje poslovne tajne na unutarnjem tržištu kako bi njihove inovacije dovele do gospodarskog razvoja i potaknule zapošljavanje, što je bio cilj harmonizacije ovoga pravnog područja.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Adamini, Sandra, Maarse, Hans, Versluis, Esther, Light, Donald, W., Policy Making on Data Exclusivity in the European Union: From Industrial Interests to Legal Realities, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 34, 6, 2009., str. 979-1010.
2. Bone, Robert G., Trade secrecy, innovation and reasonable secrecy precautions, u: Dreyfuss, Rochelle, C. i Strandburg, Katherine, J.(ur.), *The Law and Theory of Trade Secrecy, A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011., str. 46-76.
3. Cornish, William, Llewelyn, David, *Intellectual property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London, Sweet & Maxwell, 2003.
4. Correa, Carlos, M., Test data protection, u: Dreyfuss, Rochelle, C. i Strandburg, Katherine, J.(ur.), „*The Law and Theory of Trade Secrecy, A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011., str. 568-590.
5. First, Harry, Trade secrets and antitrust law, u: Dreyfuss, Rochelle, C., Strandburg, Katherine, J.(ur.), *The Law and Theory of Trade Secrecy, A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011., str. 332-380.
6. Turner, Jonathan C., *Intellectual Property and EU Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
7. Lemley, Mark A., The surprising virtues of treating trade secrets as IP rights, u: Dreyfuss, Rochelle, C. i Strandburg, Katherine, J.(ur.), *The Law and Theory of Trade Secrecy, A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011., str. 109-139.
8. Linton, Katherine Connor, The Importance of Trade Secrets: New Directions in International Trade Policy Making and Empirical Research, *Journal of International Commerce and Economics*, 2, rujan 2016. str. 1-17.
9. Long, Doris Estelle, Trade secrets and traditional knowledge: strengthening international protection of indigenous innovation, u: Dreyfuss, Rochelle, C. i Strandburg, Katherine, J.(ur.), *The Law and Theory of Trade Secrecy, A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011., str. 495- 536.
10. Matanovac, Romana, Građanskopravna zaštita prava intelektualnog vlasništva u odnosu prema Direktivi 2004/48/EZ o provedbi prava intelektualnog vlasništva – analiza stanja i nagovještaj promjena, u: Matanovac, Romana (ur.), *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji*, Zagreb, Narodne novine/Državni zavod za intelektualno vlasništvo, 2006., str. 115-168.
11. Matanovac Vučković, Romana, Zbirka propisa u području prava intelektualnog vlasništva, Zagreb, Narodne novine, Državni zavod za intelektualno vlasništvo, 2008.
12. Meitinger, Ingo, Burri, Mira, Protection of Undisclosed Information, Commentary of Article 39 of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), u: Cottier, Thomas, Véron, Pierre (ur.), *Concise International and European IP Law: TRIPS, Paris Convention, European Enforcement and Transfer of Technology*, The Hague, Kluwer Law International, 2014.

13. Miladin, Petar, Poslovna i profesionalna tajna kao pravo osobnosti, u: Zbornik radova: pravo na pristup informacija – Novalja, 30-31. svibnja 2008., Split, 2008.
14. Montagnon, Rachel, The Trade Secrets Directive: consistency of approach required, with or without Brexit, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 11, 9, rujan 2016.
15. Peran, Branko, Goreta, Mirko, Vukošić, Kristina, Pojam i vrste tajni, Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, br. 3-4/2015., str. 127-135.
16. Risch, Michael, Trade secret law and information development incentives, u: Dreyfuss, Rochelle, C., Strandburg, Katherine, J. (ur.), *The Law and Theory of Trade Secrecy, A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011., str. 152- 184.
17. Sandeen, Sharon, K., The limits of trade secret law: Article 39 of the TRIPS Agreement and the Uniform Trade Secret Act on which it is based, u: Dreyfuss, Rochelle, C., Strandburg, Katherine, J.,(ur.) *The Law and Theory of Trade Secrecy, A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011., str. 537- 567.
18. Van Overwalle, Geertrui, Uncorking trade secrets: sparking the interaction between trade secrecy and open biotechnology, u: Dreyfuss, Rochelle, C., Strandburg, Katherine, J. (ur.), *The Law and Theory of Trade Secrecy, A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011., str. 246-268.
19. Verona, Albert, *Pravo industrijskog vlasništva*, Zagreb, Informator, 1978.

Pravni akti:

Međunarodni ugovori

1. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva) od 15. travnja 1994.
2. Bernska konvencija za zaštitu književnih i umjetničkih djela od 9. rujna 1886.
3. Konvencija kojom se osniva Svjetska organizacija za intelektualno vlasništvo od 14. srpnja 1967.
4. Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva od 20. ožujka 1883.

Pravna stečevina Europske unije

1. Direktiva (EU) 2016/943 Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2016. o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja (Tekst značajan za EGP), SL L 157, 15.6.2016., str. 1-18.
2. Direktiva 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o provedbi prava intelektualnog vlasništva, SL L 157, 30.4.2004, str. 45–86.
3. Izjava Komisije o članku 2. Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva (2005/295/EZ), SL L 94, 13.4.2005., str. 37.
4. Smjernice o određenim aspektima Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva, COM/2017/0708 od 29.11.2017.
5. Uredba Komisije (EU) br. 316/2014 od 21. ožujka 2014. o primjeni članka 101. stavka 3. Ugovora o funkcioniranju Europske unije na kategorije sporazuma o prijenosu tehnološke, SL L 93, 28.3.2014., str. 17–23

Hrvatska, Republika

1. Kazneni zakon, NN, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17 i 118/18
2. Zakon o izmjenama i dopunama zakona o lijekovima i medicinskim proizvodima dostupan na <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/Arhiva//52-11.pdf> (23. kolovoza 2018.)
3. Zakon o javnoj nabavi, NN, br. 120/16
4. Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 35/05, 41/08, 125/1, 78/15 i 29/18

5. Zakon o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja, NN, br. 69/2017
6. Zakon o pravu na pristup informacijama, NN, br. 25/13 i 85/15
7. Zakon o radu, NN, br. 93/14 i 127/17
8. Zakon o tajnosti podataka, NN, br. 79/07 i 86/12
9. Zakon o trgovini, NN, br. 11/96, 75/99, 76/99, 62/01, 109/01, 49/03, 96/03 i 103/03
10. Zakon o trgovini, NN, br. 53/91, 77/92 i 26/93
11. Zakon o trgovini, NN, br. 87/08, 116/08, 76/09, 114/11, 68/13 i 30/14
12. Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti, NN, br. 30/18.
13. Zakon o zaštiti prijavitelja nepravilnosti, NN, br. 17/19
14. Zakon o zaštiti tajnosti podataka, NN, br. 108/96

Sjedinjene Američke Države

1. Defend Trade Secrets Act, 18 U.S.C. §1836

Sudska praksa:

1. Opći sud EU; predmet T-201/04, *Microsoft protiv Europske komisije* od 17. rujna 2007., EU:T:2007:289.
2. Opći sud EU; predmet T-353/94 *Postbank protiv Europske komisije*. od 18. rujna 1996., EU:T:1996:119
3. United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania (Docket, No. 16-2767).

Službene publikacije:

1. Brant, Jennifer, Lohse, Sebastian, Trade secrets: Tools for innovation and collaboration, ICC Innovation and Intellectual Property Research Paper, 2014., br. 3.
2. Bux, Udo, Trade secrets, In-depth analysis: document requested by the URI Committee, Europski parlament, PE 493.055, Brussels, travanj 2014.
3. Corporate Europe Observatory (CEO), Adapting the EU Directive on Trade Secrets „Protection“ into National Law – A transposition guide for legislators and civil society organisations, veljača 2017.
4. Europska promatračnica za povrede prava intelektualnog vlasništva (EU Observatory) pri Uredu Europske unije za intelektualno vlasništvo (EUIPO): Studija „Intelektualno vlasništvo (IV) i rezultati malih i srednjih poduzeća za 2016. godinu“ (engl. „*Intellectual property (IP) SME Scoreboard 2016*“)
5. Europska promatračnica za povrede prava intelektualnog vlasništva pri Uredu Europske unije za intelektualno vlasništvo (EUIPO): Studija „Zaštita inovacija putem poslovnih tajni i patenata: odrednice za poduzeća u Europskoj uniji“, dostupno na: http://www.stop-krivotvorinama-i-piratstvu.hr/files/file/pdf/studije/EUIPO_zastita_inovacija_poslovne_tajne_patenti.pdf (20. veljače 2019.)
6. Europska promatračnica za povrede prava intelektualnog vlasništva pri Uredu Europske unije za intelektualno vlasništvo (EUIPO): Studija Osnovna odrednica za sudske sporove o poslovnim tajnama u Europskoj uniji (engl. *The Baseline of Trade Secrets Litigation in the EU Member States*), kolovoz 2018.
7. IPR Helpdesk, How to manage confidential business information, Fact Sheet, lipanj 2015.
8. Izvješće Odbora za obrazovanje, znanost i kulturu P.Z.E. br. 225 dostupno na: <http://www.sabor.hr/radna-tijela/odbori-i-povjerenstva/izvjesce-odbora-za-obrazovanje-znanost-i-kulturu-o-147> (14. veljače 2019.)
9. OECD, Enquiries Into Intellectual Property’s Economic Impact, 2015.
10. Prijedlog Direktive o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustava, te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja, COM(2013)813, Brisel, 28. studenog 2013. godine

11. Prijedlog zakona o zaštiti neotkrivenih informacija i iskustava te poslovnih informacija kojeg je Hrvatskom saboru 9. studenog 2017. godine podnijela Vlada Republike Hrvatske, dostupno na: https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/081314/PZE_225.pdf (28. lipnja 2019)
12. Radni dokument Europske komisije, Procjena učinka Prijedloga direktive o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustava, te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja, SWD (2013) 471 od 28. studenog 2013. godine

Vrela s interneta:

1. Andrews Jeffrey, Henessy, Erin, Morrison O'Connor, Nancy, Rhebergen, Constance, Carbone, Chelsea, Kendrick, Nick, Keep quiet and carry on under the EU trade Secrets Directive, Intellectual Property Magazine, rujan 2016., dostupno na: <https://www.intellectualpropertymagazine.com/world/europe/keep-quiet-and-carry-on-under-the-eu-trade-secrets-directive-119136.htm> (14. veljače 2019.)
2. Coca Cola Journey, The Secret Is Out: Coca-Cola's Formula Is at the World of Coca-Cola, listopad 2012, dostupno na: <https://www.coca-colacompany.com/stories/the-secret-is-out-coca-colas-formula-is-at-the-world-of-coca-cola> (14. veljače 2019.)
3. Hamidović, Haris, Nije zaštićeno? Ne može biti otuđeno!, OpeninfoTrend, 7, 2016, dostupno na: <http://www.infotrend.hr/clanak/2016/7/nije-zasticeno-ne-moze-biti-otudeno!-88,1258.html> (23. kolovoza 2018.)
4. McMullen, Daniel, J., Torok, Gabriel, Recipe for reasonable measures, Intellectual Property Magazine, listopad 2016., dostupno na: <https://www.intellectualpropertymagazine.com/patent/recipe-for-reasonable-measures-119892.htm> (14. veljače 2019.)
5. Moniruzzaman, Mohammad, Coca-Cola's Secret Formula: A Trade Secret Kept for More Than A Century, ožujak 2016, dostupno na: <https://bdjls.org/coca-colas-secret-formula-trade-secret-kept-century/> (14. veljače 2019.)
6. Nirwan, Prajwal, Trade secrets: the hidden IP right, WIPO Magazine, 6, prosinac, dostupno na: http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/06/article_0006.html (13. veljače 2019.)
7. Songer, Michael, Tehrani, Ali, The First DTSA Verdict: \$500,000 for Misappropriation of a Fig Spread Recipe, Crowell & Moring LLP blog, travanj 2017, dostupno na: <https://www.crowelltradesecretstrends.com/2017/04/the-first-dtsa-verdict-500000-formisappropriation-of-a-fig-spread-recipe/> (25. veljače 2019.)
8. Vrdoljak Jozo, privredni.hr, rujan 2018, dostupno na: <https://novac.jutarnji.hr/karijere/kako-sam-didu-bozu-prodao-amerikancima-puno-ulazemo-u-popularizaciju-dalmatinske-price/7779144/> (25. veljače 2019.)
9. White, Catherine, Trade secrets act increases US cases by 30%, Intellectual Property Magazine, kolovoz 2018., dostupno na: <https://www.intellectualpropertymagazine.com/patent/trade-secrets-act-increases-us-cases-by-30-131239.htm> (25. veljače 2019.)

Ana Rački Marinković*

Summary

PROTECTION OF BUSINESS SECRETS AS A TYPE OF INTELLECTUAL PROPERTY

Concept of trade secrets is defined and the characteristics and specifics of trade secrets protection are explained. Trade secrets are considered in the context of intellectual property, and are compared to other, formal intellectual property rights. Protection of trade secrets on the international level is presented and the provisions of Directive /EU) 2016/943 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure are analysed as well as the reasons for its adoption. Importance of trade secrets protection for business, especially to foster innovation is highlighted. It is reviewed how the mentioned Directive was implemented in the Republic of Croatia and how the system of protection of trade secrets as a form of intellectual property was established by adopting the Act on the Protection of Undisclosed Information with Market Value. Finally, the application of the Directive on Enforcement of Intellectual Property Rights in cases of unlawful acquisition, use and disclosure of trade secrets is investigated. It is indicated that the significance of the EU Directive 2016/943 is primarily in the harmonization of the rules of civil procedure, while the jurisprudence will have an important role in the interpretation of the scope of protection of trade secrets and the application of foreseen exceptions.

Keywords: *trade secrets; know-how; intellectual property; unfair competition.*

Zusammenfassung

SCHUTZ DER GESCHÄFTSGEHEIMNISSE ALS EINER FORM DES GEISTIGEN EIGENTUMS

In Beitrag werden der Begriff des Geschäftsgeheimnisses sowie auch die Eigenschaften und die Besonderheiten des Schutzes der Geschäftsgeheimnisse definiert. Geschäftsgeheimnisse werden im Kontext des geistigen Eigentums betrachtet und mit anderen formellen Rechten des geistigen Eigentums verglichen. Der auf den Schutz der Geschäftsgeheimnisse bezogene völkerrechtliche Rahmen wird berücksichtigt und die Bestimmungen der Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen

* Ana Rački Marinković, Ph.D., Office of the Agent of the Republic of Croatia before the European Court of Human Rights, armarinkovic@zastupnik-esljp.hr.

(Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung sowie auch die Gründe für deren Erlassung werden analysiert. Die Wichtigkeit des Schutzes des Geschäftsgeheimnisses für die Geschäftsführung, insbesondere für Innovationsförderung, wird auch hervorgehoben. Es wird dargestellt, wie die genannte Richtlinie implementiert wurde und wie man das System des Schutzes der Geschäftsgeheimnisse als eine Form des geistigen Eigentums in der Republik Kroatien durch Erlassung des Gesetzes über den Schutz von unveröffentlichten Marktwert-relevanten Informationen gründete. Abschließend wird die Anwendung der Richtlinie über die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums bei Verletzung von Geschäftsgeheimnissen analysiert. Es wird auf die Wichtigkeit der Richtlinie (EU) 2016/943, vor allem bei der Harmonisierung der Regeln des Zivilprozesses, hingewiesen. Ebenfalls wird betont, dass die Rechtsprechung die bedeutende Rolle bei der Auslegung des Umfangs der Geschäftsgeheimnisse und der vorgesehenen Ausnahmen spielen wird.

Schlüsselwörter: *Geschäftsgeheimnisse; Know-how; geistiges Eigentum; unfaire Handel.*

Riassunto

LA PROTEZIONE DEI SEGRETI COMMERCIALI QUALE FORMA DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

Si definiscono le nozioni di segreti commerciali e si illustrano le caratteristiche e le peculiarità della protezione dei segreti commerciali. I segreti commerciali si analizzano nel contesto della proprietà intellettuale e si comparano con gli altri diritti formali della proprietà intellettuale. Si valuta altresì come la protezione dei segreti commerciali sia disciplinata sul piano internazionale e si disaminano le disposizioni della Direttiva EU 2016/943 sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, come pure i motivi della sua emanazione. Si tratta altresì della rilevanza della protezione dei segreti commerciali negli affari, in specie per il sostegno delle innovazioni. Si illustra in quale modo tale Direttiva sia stata attuata e come sia stata concepita la protezione dei segreti commerciali quale forma di proprietà intellettuale nella Repubblica di Croazia con l'emanazione della Legge sulla tutela delle informazioni commerciali riservate. Alla fine, si disamina l'applicazione della Direttiva su diritti di proprietà intellettuale in caso di violazione dei segreti commerciali. Si dimostra che l'importanza della Direttiva EU 2016/943 anzi tutto sta nell'armonizzazione delle regole del processo civile, mentre nell'interpretazione dell'ampiezza della tutela dei segreti commerciali e delle relative eccezioni un ruolo fondamentale verrà ricoperto dalla giurisprudenza.

Parole chiave: *segreti commerciali; know-how; proprietà intellettuale; concorrenza sleale.*

PAY INEQUALITY AND THE DETERIORATING LABOUR STANDARDS IN CROATIA

Ivan Rubinić, mag. oec.*

UDK: 330.564(497.5)

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.6>

Ur.: 1. ožujka 2019.

Pr.: 7. svibnja 2019.

Izvorni znanstveni rad

Summary

This study furnishes proof in support of the hypothesis that Croatian employees are experiencing persistent worsening of the labour standard alongside the rising divergence in their earnings distribution. The research disclosed five mutually reinforcing tendencies investigated through a widely used Theil index and functional income distribution. The empirical analysis demonstrated the deterioration of the labour standard apparent through the continuous decline in the labour share of income concurrent with productivity growth. The net pay inequality reported a radical increase and stabilization on a higher plane with a nominal improvement brought about as a result of the layoffs predominantly affecting the lower tail of the distribution. Consequently, the lesser earning dispersion came at the expense of the overall rise in inequality. The gross inequality indicated an increasing pattern highly and positively correlated with the movement of the highest earners experiencing a triple-digit population surge. The rising between-county pay inequality throughout the period suggested a strong bias toward excessive centralization, evident with the capital city being the exclusive county consistently reporting above-average earning levels. Lastly, the between-sector pay inequality exhibited an overall decline. This isolated case, however, remains a dominant driver of inequality, given that the lowest-highest earning sector range is approximately double that of the between-county range. These findings are detrimental to the Croatian worker's wellbeing and they pose a challenge to the national policymakers who must counter adverse tendencies in order to circumvent the current exodus of skilled workers, and restore long-term macroeconomic stability.

Keywords: *inequality; pay inequality; Theil's T statistic.*

1. INTRODUCTION

The present-day deluge of academic writings addressing the subject of inequalities emerges as a consequence of hazards generated by acute economic

* Ivan Rubinić, mag. oec., University of Rijeka, Faculty of Law, irubinic1@pravri.hr.

polarization. The field's leading experts argue that the excessive inequality is both the cause and the consequence of the system's failure, contributing to the instability and endangering the future,¹ that capitalism generates unsustainable inequalities via limitless wealth increase that undermines meritocratic values and results in a waste of human resources,² and that rising inequality is a sign of a trouble to come.³ Others⁴ hold inequality as a natural outcome of the market economy, distributing the rewards in accordance with contributions and prescribing the inequality to a skill-based technological change. Conrad⁵ asserts that the success of the top one percent is an asset rather than a liability, while Watkins and Brook⁶ claim that the purpose of the inequality apologists is to create a land inhospitable to opportunity. These authors advocate for a smaller government and oppose the redistribution by appropriating the logic of Milton and Rose Friedman⁷ stating that society must put freedom ahead of equality, or will end up without either.

While a certain degree of the inequality can be tolerated based on incentive grounds, the author of this paper considers the arguments of the latter group as not compelling and lacking adequate empirical grounds. Their reasoning is, *inter alia*, debunked by Galbraith⁸ who has shown that the extreme inequalities cannot be legitimized and are an indisputable sign that there is something wrong with the unobstructed competitive model. Accordingly, the author considers it self-evident that the drastic widening of the inequality gap, if left uncontrolled, will result in the plutocracy and the oppression of the weak.

The multidimensional phenomena of economic inequality should to be investigated through the connectedness of its components amongst which the paramount ones include wealth, income, and pay inequalities. Due to the high capital centralization, the wealth inequality is greater than the income inequality,⁹ while the income inequality is greater than the inequality of pay. Given that, the income inequality, in addition to earnings, is comprised of capital gains, dividends, rent, and other incomes. The full complexity surfaces when the matter is investigated holistically. When it is proven that the individuals earning high capital gains are the same ones receiving the highest labour incomes,¹⁰ and keeping the growth of the poorest as a hostage of the rich.¹¹ When it is proven that this dynamic is further

- 1 Stiglitz, J. E., *The Price of Inequality*, New York, W. W. Norton & Company, 2013.
- 2 See Piketty, T., *Capital in the Twenty-First Century*, London, Harvard University Press, 2014 and Piketty, T., *The Economics of Inequality*, London, Harvard University Press, 2015.
- 3 Galbraith, J. K., *Inequality*, New York, Oxford University Press, 2016.
- 4 e.g. Mankiw, G. N., *Defending the One Percent*, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 27, 3/2013, p. 27.
- 5 Conrad, E., *The Upside of Inequality*, New York, Penguin Random House, 2016.
- 6 Watkins, D., Brook, Y., *Equal is Unfair*, New York, St. Martin's Press, 2016.
- 7 Friedman, M., Friedman, R., *Free to Choose*, New York, Harcourt, 1980.
- 8 Galbraith, J. K., *Created Unequal*, Chicago, Chicago University Press, 2000.
- 9 Milanović, B., *Global Inequality*, London, Harvard University Press, 2016.
- 10 Lakner, C., Atkinson, A., *Wages, Capital and Top Incomes: The Factor Income Composition of Top Incomes in the USA, 1960–2005*, 2014. Available at: www.ecin.org.
- 11 van der Weide, R., Milanović, B., *Inequality Is Bad for the Growth of the Poor*, Policy Research Working Paper, No. 6963, World Bank, 2014.

reinforced by the inequalities of opportunities and prolonged through the inequality spiral permanently capturing the workers' wellbeing through the decline of labour standards, earnings, and prospects. Accordingly, the principal focus of this study is placed on the earnings inequality which reflects the position of the majority of the population whose dependence on wages represents a matter of existence.

On the aforementioned foundations, this paper is addressing the central issue of Croatian pay inequalities and labour force standards with the hypothesis stating that the Croatian worker suffers both, from the worsening of their labour standards and from the high level of earning inequalities. The former is put to a test via research questions dealing with the labour share of income and labour productivity, overall net and gross pay inequality, between-county pay inequality, and between-sector pay inequality.

The secondary motivation for the study is to disclose that the inequality rise and the deterioration of the labour force position is at the root cause of Croatia's disastrous demographic trends.¹² Given that the international migration is the symbol of inequality,¹³ it is no surprise that Croatia is facing a high rate of emigration of skilled workers trying to capture Milanović's citizenship rent, trying to avoid Galbraith's national economic destiny, and seeking an economic refuge in a country with a higher level of social labour recognition.¹⁴

This research is structured in six parts. After the introduction, the author presents the literature overview within the second section. Section three elaborates on the methodology used and data induced limitations. Section four displays the results of the labour force position via functional income distribution and labour productivity. The fifth section presents the dimensions and trends of the overall, county-based, and sector-based pay inequities. Section six concludes.

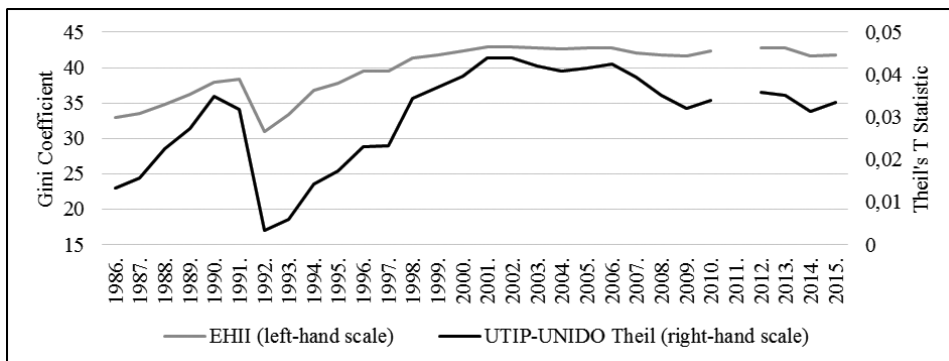
2. THE OVERVIEW OF THE CROATIAN ECONOMIC INEQUALITY

Permeated with the momentous history ranging from Yugoslavia with a command economy and social ownership, through the independent country with a market economy and private property, to the European Union's single market, Croatia can serve as an ideal testing field for the investigation of the economic inequalities. The former is notably documented within the UTIP database, which is largely neglected within the existing research.

12 Akrap, A., *Demografski slom Hrvatske: Hrvatska do 2051.*, Zagreb, Bogoslovna smotra, vol. 85, 3/2015, p. 855.

13 Black, R., Natali, C., Skinner, J., *Migration and Inequality*, background paper for the 2006 World Development Report, Sussex, 2004. Available at: www.worldbank.org.

14 Rubinić, I., Tajnikar, M., *Labour Force Exploitation and Unequal Labour Exchange as the Root Cause of the Eurozone's Inequality*, Zagreb, Društvena Istraživanja, vol. 28, 2/2019, p. 207.

Figure 1. Croatian Estimated Household Income and Pay Inequality (1986-2015).

The UTIP¹⁵ database provides the UTIP-UNIDO industrial pay inequality data used for the calculation of the estimated household income inequality (EHII). The displayed patterns indisputably confirm the overall inequality rise and complement an existing explanation. In his work based on the household consumption survey, Nestić¹⁶ concludes that the income inequality was declining from 1973-83, after which it started to rise until 1998. Nestić is rightfully surprised when writing that the inequality alterations were not high when comparing the socialist setting of 1988 to the market economy a decade later. The application of the mentioned dynamics to the presented figure builds upon the finding that the transition played a key role in the overall rise in inequality¹⁷ and indicate a significant inequality increase from 1988-98, suggesting that the consumption survey data are an inadequate estimator of the inequality during wartime.

Once this peculiar historical development is recognized, it becomes enigmatic that the Croatian case did not attract appropriate attention. From the modest body of comparative literature, the following works must be mentioned. The World Bank,¹⁸ in 2001, confirmed that the increasing inequality poses a severe challenge to the Croatian economy which suffers from a wide gap between the rich and the poor, high informal economy, inadequate safety nets, poor comparative performance, low competitiveness, and generally speaking, an unfavourable position. With the income inequality in question, Novokmet¹⁹ concludes that the transition to the market economy has raised the inequality measured through the usage of income tax data. The inequality stabilized in 1990 and was primarily driven by the rising shares of top earners. Novokmet proves that over one third of the incomes of the wealthiest

15 UTIP, Inequality Project Data-Set, Austin, University of Texas, 2018.

16 See Nestić, D., *Ekonomске nejednakosti u Hrvatskoj 1973-1998*, Zagreb, Financial Theory and Practice, vol. 26, 3/2002a, p. 595, and Nestić, D., *Ekonomska nejednakost u Hrvatskoj 1998. manja od očekivanja*, Zagreb, Economic Review, vol. 53, 11-12/2002b, p. 27.

17 See Milanović, B., *The Haves and the Have-nots*, New York, Basic Books, 2012.

18 Croatia: Economic Vulnerability and Welfare Study, Washington, World Bank (Report No. 2079-HR), 2001.

19 Novokmet, F., *Between communism and capitalism: essays on the evolution of income and wealth inequality in Eastern Europe 1890-2015*, PhD Thesis, Paris School of Economics, 2017.

Croatians comes from employment earnings. Thus, confirming the claim of Lakner and Atkinson and, as subsequent sections empirically show, confirming a vital role that top earners exercise in governing pay as well as overall inequality. In 1999, Milanović²⁰ finds that the crucial factor behind the upward trend during the transition is increased inequality of wage distribution, while Nestić²¹ confirms that the unequal wages are the biggest contributor to the overall inequality in Croatia.

From the pay inequality point of view, several authors²² have proven that the inequality is higher in the private sector than within the sectors with the prevailing country ownership. Sectoral and regional disparities were investigated by Nestić et al.,²³ who have shown that the employment loss from 2009-13 disproportionately affected low-wage sectors. They have, via the heterogeneous counties' reliance on the minimum wage effects, effectively proven the between-county inequality and dependence. Additionally, the between-county pay inequality is confirmed by Karaman Aksentijević and Denona Bogović,²⁴ while the growing tendency arising from diverging cross-county development levels is confirmed by Karaman Aksentijević and Ježić.²⁵

An additional contribution came from Hofman et al.²⁶ who, by examining Croatian wage inequality and differentials, proved the general inequality increase in the net earnings distribution. By building upon this research, Bičanić and Tuđa²⁷ reported the continuation of the rising trend through 2013, and showed that the inequality was increasing within the expansion phase. The impact of the crisis 2007/2008 on the wage and income inequalities was investigated by Franičević,²⁸ who displayed findings consistent with the ones presented in this paper. Franičević concluded that the inequalities have decreased from 2007-09 because the lower earners suffered high employment losses and the top earners experienced a decrease in wages. At the same

- 20 Milanović, B., Explaining the increase in inequality during transition, *Economics of Transition*, vol. 7, 2/1999, p. 299.
- 21 Nestić, D., The Determinants of Wages in Croatia, in: *Proceedings of the 65th Anniversary Conference of the Institute of Economics, Zagreb*, Economic institute, 2005, p. 131.
- 22 e.g. Rubil, I., *The Great Recession and Public-Private Wage Gap* MPRA paper, No. 46798, Munich, 2013, and Nestić, D., Rubil, I., Tomić, I., *Analysis of the Difference in Wages between the Public Sector, State-Owned Enterprises and the Private Sector in Croatia in the Period 2000-2012*, Zagreb, *Economic Trends and Economic Policy*, vol. 24, 1/2015, p. 7.
- 23 Nestić, D., Babić, Z., Blažević Burić, S., *Minimum wage in Croatia: sectoral and regional perspectives*, *Economic Research*, vol. 31, 1/2018, p. 1981.
- 24 Karaman Aksentijević, N., Denona Bogović, N., *Economic Inequality and the Influence of Salaries on Income Inequality in the Republic of Croatia*, *Proceedings of Rijeka Faculty of Economics*, vol. 21, 1/2003, p. 37.
- 25 Karaman Aksentijević, N., Ježić, Z., *Tendencies of development inequalities of Croatian counties*, *Proceedings of Rijeka Faculty of Economics*, vol. 29, 2/2011, p. 269.
- 26 Hofman, S., Bičanić, I., Vukoja, O., *Wage inequality and labour market impact of economic transformation: Croatia 1970-2008*, *Economic Systems*, vol. 36, 2/2012, p. 206.
- 27 Bičanić, I., Tuđa, D., *Wage inequality in Croatia during boom and bust (2000-2014)*, In: *Challenges of Europe: Growth, Competitiveness and Inequality*, Hvar, University of Split, 2015.
- 28 Franičević, V., *Croatia: Prolonged crisis with an uncertain ending*, in: Vaughan-Whitehead, D. (ed.), *Work Inequalities in the Crisis*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011.

time, the wages of the employed low earners exhibited rigidity due to the minimum wage impact, while the high crisis-led employment loss has increased the countries' poverty risk.

Lastly, the considerable advancement in the investigation of pay inequalities was done by Bićanić et al.²⁹ These authors have set a foundation on which all future research in the field will build upon. Through a comprehensive approach, they have shown that the Croatian gross and net pay inequalities, generated by the high inequality in the distribution of the upper-tail earnings, are on the rise from the beginning of the 21st century. Their study constitutes the basis upon which the author of this paper extends the analysis, provides a contribution, and solidifies the findings by elaborating them through the in-depth examination.

3. MEASURING INEQUALITY FROM EARNINGS DATA

For the pay inequality measurement, the author used Theil's T statistic founded on the works of Theil³⁰ and widely used in the field of economic inequality.³¹ Theil's T statistic measures the degree of dispersion about the average value for groups of observations. Thus, for n groups, Theil's T statistic is expressed as:

$$(1)$$

$$T = \sum_{i=1}^n \left\{ \left(\frac{p_i}{p} \right) * \left(\frac{y_i}{\mu} \right) * \log \left(\frac{y_i}{\mu} \right) \right\}$$

where n is the number of workers in group i , p is the total working population, p_i denotes the average income in group i , y_i is the natural logarithm, and μ represents the average income of the total working population calculated as a weighted mean with weights being the population shares. The expression within the summation is called the Theil element. They are, as a consequence of the logarithmic term, positive for groups with above-average income and negative for groups with below-average income. However, the Theil's T statistic as the sum of elements is always positive. The practical feature of this measure is that it requires only information on distribution of workers and their earnings divided into mutually exclusive and completely exhaustive classes.³²

29 Bićanić, I., Ivanković, Ž., Krofflin, M., Nejednakost plaća u Hrvatskoj 2003.-2016, Zagreb, Politička misao, vol. 55, 3/2017, p. 43.

30 The Theil index is a member of the family of inequality measures entitled "general entropy measures" where the highly organized system is connected to the low-entropy, while high-entropy is a sign of a disordered system. See Theil, H., Statistical Decomposition Analysis: With Applications in the Social and Administrative Sciences, Amsterdam, North-Holland, 1972.

31 See Conceição, P., Bradford, P., Galbraith, J., The Theil Index in Sequences of Nested and Hierarchical Grouping Structures, Eastern Economic Journal, vol. 27, 4/2001, p. 491; Sbardella, A., Pugliese, E., Pietronero, L., Economic development and wage inequality, PLOS One, vol. 12, 9/2017.

32 Conceição, P., Ferreira, P., The Young Person's Guide to the Theil Index, UTIP Working Paper, 14/2000. Available at: <http://utip.gov.utexas.edu>.

The empirical inequality measurement is undergone using the CBS data collected for the purpose of investigating Croatian pay inequalities by Bićanić et al.

The study of overall net pay inequality uses the data on net earnings including the persons in employment in legal entities of all types of ownership working 160-200 monthly hours. These data are gathered by the CBS through the Annual Survey on Persons in Employment and Paid-off Earnings from March (RAD-1G form). Data are collected on reports filled in by legal entities according to the records of persons in employment. The data are reporting the annual earning based on the information for March of each year and are distributed over twenty earning classes for the period of 2000-15. During the selected period there were some minor conceptual inconsistencies with regard to including/excluding the military and police within the analysis, alterations in national classification of economic activities in 2009, and alterations in the class size for the years 2014-15. The analysis of overall gross pay inequality uses data on gross earnings gathered by the CBS through the official forms R-sm for the years 2003-13 (collected by Central Registry for Insured Persons “Regos”) and JOPPD form for 2014-15 (collected by Tax Administration). The gross earnings are including persons employed by legal entities for a definite or indefinite period of time, regardless of the duration of working hours. If the person employed receives gross earnings from multiple sources, they are treated as one by grouping the individual in the appropriate earnings class. The data on gross earnings are reported monthly from 2003-15 and are limited by following methodological issues: the JOPPD form gathers data more accurately than its preceding source, in certain years the data includes individuals in internship with special legal status, the dataset experienced class size alterations after 2007 (from 83 classes in 2007 to 164 classes from 2008 onwards), the data set has one misreported period (December, 2013) omitted within this analysis.

Since these sources report a categorical earning measurement, by grouping individuals into earning classes, all the observations within an interval are assigned the same value. The conversion of group data to point data is performed via midpoint method imputing the midpoint interval value to each observation within the class. The earnings of the highest, open-ended category, are received by following the commonly used approach,³³ which assumes that the midpoint exceeds the open interval lower bound by 10%.

The Croatian between-county pay inequality is based on the annual average data on monthly net and gross earnings and the number of persons in employment, which are publicly available and published by CBS.³⁴ The persons in employment are those employed for a fixed or specified period of time, irrespective of whether they work full time or less. The data are reporting the average earnings for twenty-one counties gathered from the annual survey from 1998-15 with a reporting date of 31 March.

33 See Fields, G. S., *A Compendium of Data on Inequality and Poverty for the Developing World*, New York, Cornell University, 1989, Von Fintel, D., *Earnings bracket obstacles in household surveys – How sharp are the tools in the shed?*, Stellenbosch Economic Working Paper, 08/2006; Yu, D., *Some factors influencing the comparability and reliability of poverty estimates across household surveys*, Stellenbosch Economic Working Paper, 03/2013.

34 CBS, *Employments and Wages Review by Counties*. Available at: www.dsz.hr (Accessed November 7, 2018).

Between-sector pay inequality is measured through the dispersion over nineteen national-level activities by accounting for annual average net and gross monthly paid off earning in addition to the number and composition of persons in paid employment in legal entities. The data are gathered from the survey including legal entities of all types of ownership and covering 70% of the persons in employment, and are collected on reports filled-in by legal entities according to the records of persons in employment. All the data are publicly available and retrieved from CBS³⁵ for the period of 2000-15.

When empirically employed, specified methodological restrictions combined with data limitations generate constraints that one must be aware of when making final judgments. The irreversible data defects are the unfortunate reality affecting a majority of the works in the field, or as Galbraith puts it: *“If science consists in a search for patterns in data, then the study of economic inequality suffers from an original sin”*³⁶. On the bright side, the concerns raised by the data imperfections will be countervailing when a higher number of high-quality micro data observations (JOPPD form) will enhance the economic inequality analysis.

4. LABOUR SHARE OF OUTPUT AND PRODUCTIVITY

The functional income distribution and accompanying, regulating laws have long been recognized as the principal problems in political economy.³⁷ According to Atkinson,³⁸ the income breakdown by its sources provides a valuable starting point in understanding the distribution of income inequality and addressing the concern with regards to social justification of distinct income sources. It is on these grounds that the indispensable inquiry into the labour force position must commence by investigating the dynamics of the labour share of income. In order to capture and analyse the wellbeing of the Croatian labour force, the point of departure lays in the disintegration of the national income. For this purpose, the author calculated the labour share through the method treating the labour share of income () as the ratio of the total employees’ remuneration to the value added.³⁹ Formally,

$$(2)$$

$$LS = \frac{COE}{GDP - T_{ind} - CFC}$$

35 CBS, MSI Employment and Wages. Available at: www.dsz.hr [Accessed November 7, 2018].

36 Galbraith, J. K., *Inequality, unemployment and growth: New measures for old controversies*, *Journal of Economic Inequality*, vol. 7, 2/2009, p. 190.

37 See Ricardo, D., *Principles of Political Economy and Taxation*, London, Dent, 1911.

38 Atkinson, A. B., *Factor shares: the principal problem of political economy?*, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 25, 1/2009, p. 3.

39 See Jayadev, A., *Capital account openness and the labour share of income*, *Cambridge Journal of Economics*, vol. 31, 3/2007, p. 423; Daudey, E., Garcia-Penalosa, C., *The Personal and the Factor Distributions of Income in a Cross-Section of Countries*, *Journal of Development Studies*, vol. 43, 5/2007, p. 812.

where COE is the compensation for employees, GDP is the gross domestic product or the value added, T_{ind} denotes indirect taxes less subsidies, and CFC is the consumption of fixed capital.

It must be noted that the, in line with Guerriero⁴⁰ and Bernanke & Gürkaynak,⁴¹ LS was calculated by using GDP. That being said, it should be emphasised that the modern economic relationships pose a challenge in differentiating between income sources resulting in an inadequate labour share estimation. The latter is explained by Guerriero and, as such, is beyond the scope of this paper. However, by acknowledging all computational methods, the choice to use the presented one is the outcome of the fact that the usage of the COE is most convenient for the comparisons with the subsequent sections, as well as the fact that other methods, with analogous patterns, overestimated the labour share by sometimes reporting the value greater than 1.

In order to investigate the full extent of the labour force position and gain a broader understanding of the matter, aside from the labour share, the research must encompass the labour force productivity. Such an upgrade is useful for questioning whether the productivity movement is commensurate with the income received by the respective production factor. Amongst a variety of productivity quantification approaches, the author applied the frequently used, nominal labour productivity per person employed, expressing the productivity as the ratio of labour inputs to the value of production. Quantifying the productivity as the GDP per employed was preferred because it points out the general productivity impression and enables for the calculation of the longest period attainable.

On this basis, the two abovementioned components were calculated for Croatia. The data for the COE, GDP and T_{ind} is retrieved from Eurostat.⁴² The number of employed is taken from ILO,⁴³ and the CFCO data is obtained from Eurostat⁴⁴ by estimating the missing values through the usage of CBS's⁴⁵ information on the share of CFC in GDP.

40 Guerriero, M., *The Labour Share of Income around the World*, Development Economics and Public Policy Working Paper, 32/2012.

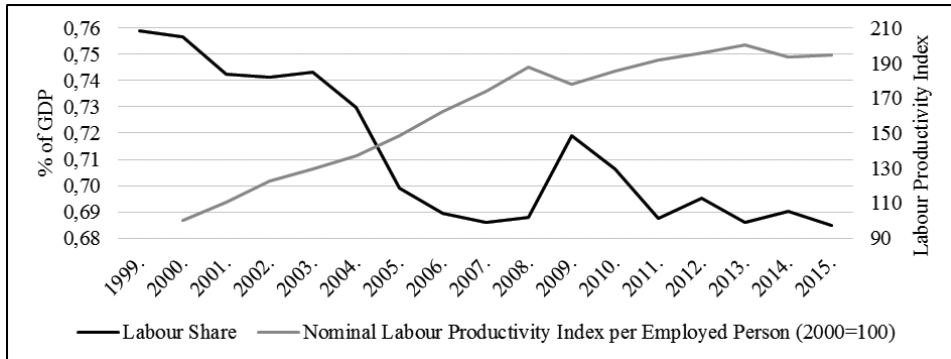
41 Bernanke, B. S., Gürkaynak, R. S., *Is Growth Exogenous? Taking Mankiw, Romer, and Weil Seriously*, in: Bernanke, B.S., Rogoff, K. (ed.), *NBER Macroeconomics Annual 16*, Cambridge, MIT Press, 2002.

42 Eurostat, *GDP and main components*. Available at: <http://ec.europa.eu> [Accessed October 8, 2018].

43 ILO, *Status in employment – ILO modelled estimates*. Available at: <http://www.ilo.org> [Accessed October 8, 2018].

44 Eurostat, *GDP and main aggregates*. Available at: <http://ec.europa.eu> [Accessed October 8, 2018].

45 CBS, *Annual Gross Domestic Product, 1995-2005*, Zagreb, CBS (First Release No. 12.1.3.), 2009.

Figure 2. Labour share of GDP and labour productivity (1999-2015).

As demonstrated, founded on the author's calculations based on the data from Eurostat, CBS, and ILO, within the analysed period, the position of the Croatian labour force substantially deteriorated as a result of two reinforcing tendencies. Firstly, the share of the national income going to the labour force reported a 10% drop in 2015 in comparison to the beginning of the period. Secondly, the falling labour standard was further intensified with 95% increase in the labour productivity in 2015 compared to 2000.

This necessitates a digression. Considering that the factor shares are relative values, what appears to be a 2008 labour position improvement is a consequence of the crisis-led decline in the profit income share. This brings to the surface the ultimate degree of the labour position worsening, becoming apparent as soon as the analysis is broadened to include profits. The profit share, calculated from the same source and encompassing the gross sum of operating surplus and mixed income, net of fixed capital consumption, reported a 28% rise within the same period. Paradoxically, this inequality is further enhanced by the Croatian tax system, through the violation of the equity principles and unfair taxation that disproportionately affects the labour earnings.⁴⁶ Effectively, the Croatian worker that bears a higher tax burden experienced a relative decline in their gross, pre-tax earnings (COE) alongside the rise of their productivity and simultaneously with the growth of the share of national income constituting profits.

5. DIMENSIONS AND DYNAMICS OF CROATIAN PAY INEQUALITY

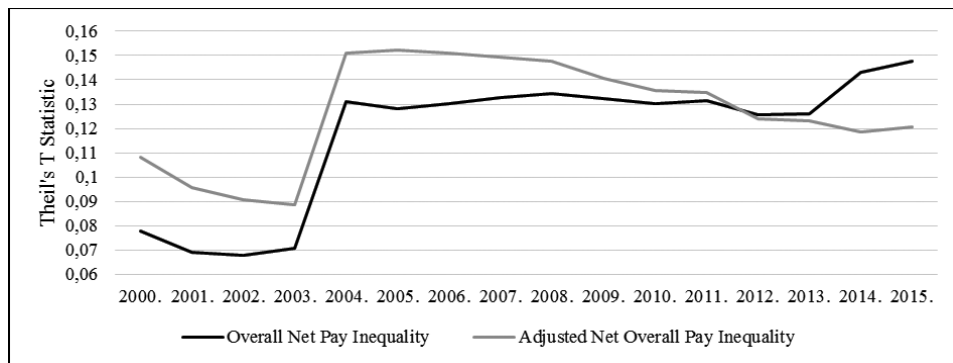
The scrutinization of the pay inequality phenomena is carried out through two major segments distinguished by the nature of inquiry and data used. The first segment deals with the dynamics and implications of overall pay inequality, analysed via micro data on earnings distribution. The second segment deals with the specific

⁴⁶ See Škalamera-Alilović, D., Rubinić, I., *The Tax System as a Generator of Economic Inequality in Croatia*. In: *Book of Proceedings: 16th International Scientific Conference on Economic and Social Development*, Varaždin, Development and Entrepreneurship Agency, 2016; p. 459.

pay inequality dimensions accomplished through the annual average data. The interconnectedness of presented components will broaden the understanding of the researched topic and demonstrate new findings with respect to Croatian inequality.

The overall inequality analysis, constituting the first segment, is subdivided into two parts differentiating amongst pay inequalities based on the earning status. The first component investigates the net inequality, while the second one deals with the gross inequality. Due to the usage of various data and grouping sizes, the aforementioned components are not comparable and must be investigated independently.

Figure 3. Overall net pay inequality (2000-2015)



Within Figure 3, overall pay inequality is retrieved from Bićanić et al., whereas adjusted overall pay inequality is the author's calculation based on CBS data (RAD-1G form). Overall net pay inequality occurs in two forms based on the distinct approach taken by the authors. The main difference arises as a consequence of methodological changes in the raw data connected primarily with the series break in the size/span of the earning classes. While Bićanić et al. presented the overall inequality trend derived from twenty classes without class alteration, the author of this paper demonstrated the adjusted version comprised of class synchronization and exhibiting the trend with a reduced number of classes (sixteen). Due to the unequal class composition, the results obtained are not directly comparable. Regardless of technical disparities, it is evident that both methods indicate a trend marked by a radical rise during 2003, after which the inequality was maintained on a high level. To put trends into perspective, during the reference period, the number of representatives within the class earning above 21,000 HRK increased by 1278% from 2000-15, while the dramatic rise in 2003 came as a consequence of a 69% rise in representatives earning less than 2200 HRK, with a 17% rise of the highest earning representatives.

The adjusted trend seems to be more consistent with the underlying theoretical interpretation suggesting the influence of economic cycles within the inequality patterns. This cyclical influence is captured within the inequality decline initiated by the economic downturn of 2008 lasting until 2014. At this point, it bears mentioning that the analysis is limited to the pay inequality structure, and that without further investigation, generating conclusions about seemingly positive trends can be

misleading. Therefore, it is of paramount importance to explain that this inequality decline is not a consequence of benevolent economic forces as indicated in the subsequent figure.

Figure 4. Employment structure for selected classes expressed in thousands of employed (2000-2015).

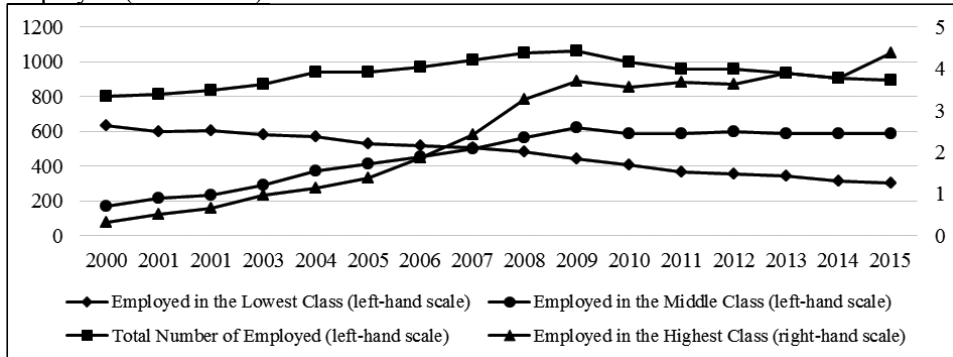
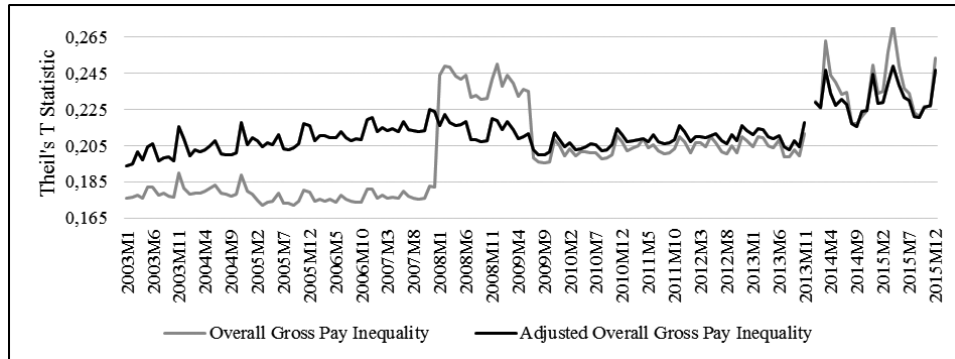


Figure 4 displays author's calculation based on CBS data (RAD-1G form) that shows the total number employed, employed in the lowest class (earning up to 4,000 HRK), employed in the middle class (earning between 4,001-21,000 HRK), and employed in the highest earning class (earning above 21,001 HRK). Accordingly, it becomes evident that the decline in the pay inequality comes as a result of the dynamics occurring within the lower tail of the earning distribution. Inflicted by the crisis, the drop in the total number employed occurred through the decline of employment in the lowest earning class while the trends for middle and high earners experienced a high level of stabilisation. This implies that the surge in unemployment induced by the crisis was the outcome of laying off of the low earning workers. Therefore, the decline of the adjusted overall net pay inequality from Figure 3 did not improve the wellbeing of the average worker since it happened as the manifestation of the massive layoffs which increased overall Croatian economic inequality.

Acknowledging these findings brings about uncertainty and negative perspectives when contemplating on the future of Croatian pay inequality. Derived from the notion that the European double dip recession ended in 2013, the challenge that the policymakers should be increasingly focused on is how to prevent the corresponding re-appearance of the inequality increase that occurred within the last expansion period.

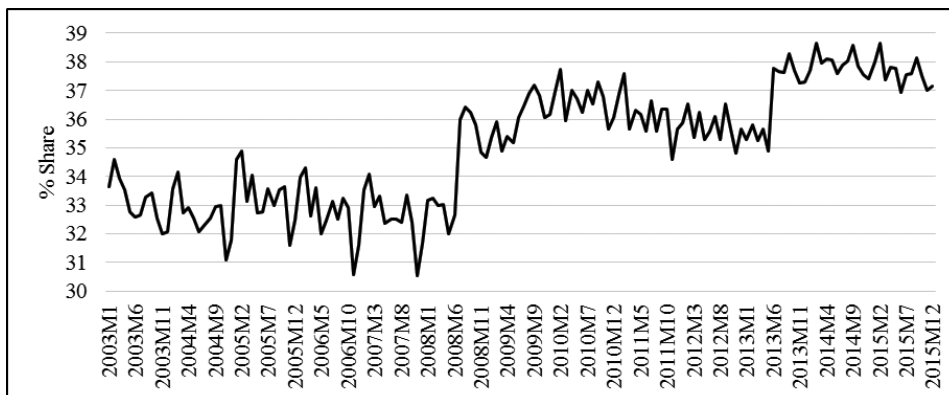
Alternatively, the research question is studied from the aspect of gross earnings.

Figure 5. Overall gross pay inequality (2003-2015).

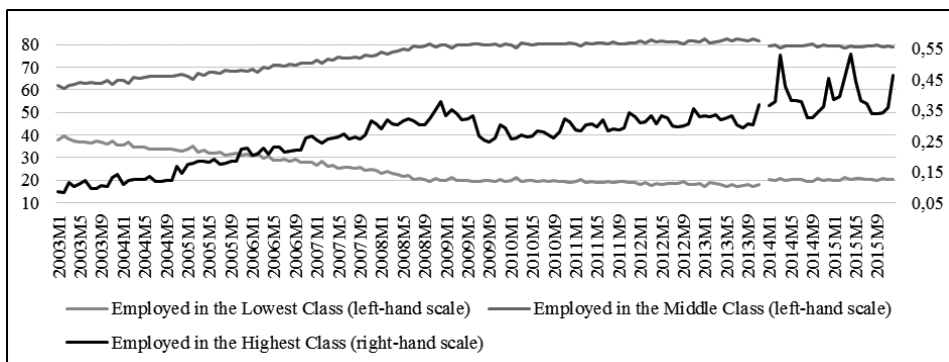


In a manner similar to that of net inequality, Figure 4 presents two gross inequality trends. The overall pay inequality is retrieved from Bićanić et al., whereas adjusted overall pay inequality is the author's calculation based on Regos and Tax Administration data (R-sm and JOPPD forms). Again, the difference arises from the break in the raw data methodology which, up to 2007, reports earnings grouped into 83 classes, while from 2008 onwards that number rises to 164. The overall gross pay inequality is computed with original class composition, while the adjusted trend is author's calculation through the application of the uniform number of earning classes throughout the period. The corrected version thus synchronizes the classes by the total distribution disaggregation over 83 classes. Additionally, in order to minimize the consequential loss of information inflicted by the class reduction, the average earning of the highest class was estimated as an average annual earning of the upper 84 classes (earning more than 41,000 HRK) reported for the period of 2008-15. As depicted, the adjusted version exhibits a smoother trend and repeatedly captures the cyclical influence known from the economic theory. These mostly overlapping methods are drawing corresponding conclusions and unambiguously prove the increasing tendency of Croatian gross pay inequality amounting to a 27% increase over the period of twelve consecutive years.

An attractive feature of investigating the gross inequality via monthly data surfaces from its ability to be related to the conventional earnings data. This allows for the straightforward investigation of the inequality drivers, a scenario which is particularly interesting to associate with the ratio between minimum and average gross wage.

Figure 6. The share of minimum gross wage in the average gross wage (2003-15).

Based on the data retrieved from ZDOO,⁴⁷ ZMP,⁴⁸ and CBS, the recognition of the continuously increasing trend of the share of minimum wage in the average gross wage comes as an unexpected outcome. Given the gross pay inequality growth, it is reasonable to anticipate that the lower earning representatives would experience a worsening rather than improvement of their relative position. The intuitive response to such insight is to direct the study to the upper tail of the earnings distribution.

Figure 7. Percentage share of the number of employed in total number employed for the selected classes (2003-2015).

Since the quantification of the Croatian gross pay inequality is undergone using the Theil index, the influence of certain classes can simply be viewed through the number of its representatives expressed as the share of total employed. With this in mind, based on the data from Regos and Tax Administration (R-sm and JOPPD forms), all workers covered by the data are clustered into three earning brackets. The lower tail includes the workers earning up to 3,500 HRK, the middle bracket

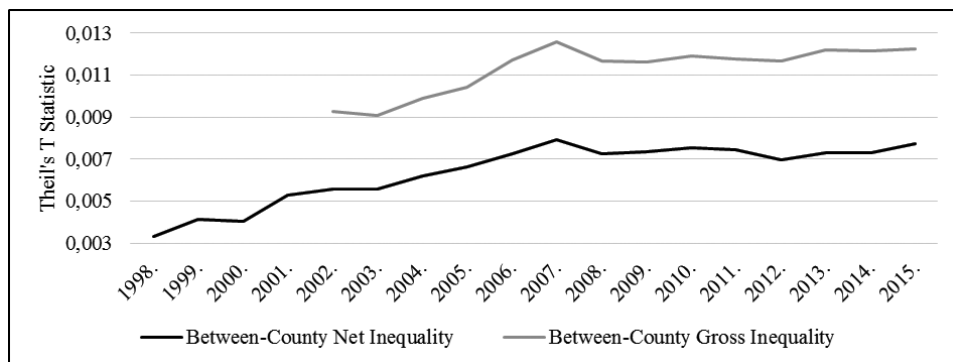
47 ZDOO [Statutory Insurance Contributions Act], Official Gazette, No. 147/2002.

48 ZMP [Minimum Wage Act], Official Gazette, No. 39/2013.

includes employees earning 3,500-41,000 HRK, and the upper tail is comprised of the wealthiest individuals with more than 41,000 HRK in gross monthly earnings. At this point, it becomes indisputable not only that the adjusted overall gross pay inequality is highly and positively correlated with the number of upper tail individuals (.798), but also that the inequality growth is predominantly driven by the rise of high earners. This notion becomes especially alarming when it is considered that the absolute number of high earners in December 2015 increased by 543% since the beginning of the period. Moreover, while the lowest and middle classes reported mostly balanced trends, the movement of the high earners suggests, in accordance with previous findings, the presence of a cyclical influence. The full extent of the issue becomes striking when it is confirmed that, on average, in 2015 20% of the total Croatian workforce earned less than 3,500 HRK, 5,211 individuals earned more than 41,000 HRK, 660 earned more than 100,000 HRK, and 28 earned more than 500,000 HRK, in gross monthly earnings. The acknowledgment that the individual earning minimum wage must work at least 13.7 years to earn as much as the highest earner makes in a month, defies the logic of marginal contribution and the common-sense justification.⁴⁹

Upon exhibiting the findings related to inequality dynamics, the forthcoming section is addressing the issue of dimensions in which existing pay inequalities manifest. This is achieved by considering the matter from two distinct aspects, constituting the second major segment.

Figure 8. Between-county pay inequality (1998-2015).



Based on the author's calculation derived from the CBS data, the analysis has reported a steadily increasing pay inequality trend. From the beginning of the investigated period in 2015, the net inequality has increased by 146% while the gross inequality has risen by 31%. Regardless of the earning status, throughout the period, receiving the highest average earning was an exclusive privilege of the employed within the City of Zagreb. Contrarily, the lowest average earnings were reported within Međimurje and Varaždin counties. If pay inequality is analyzed via Theil elements, the group with the lowest earnings includes Osijek-Baranja and Varaždin

49 In the case of net wages calculated for December 2015, for individuals with basic personal deductions reported in City of Zagreb, this difference is at least nine years.

counties. Conversely, the group with above-average earnings, after 2007 includes the City of Zagreb in addition to Primorje-Gorski kotar (until 2014) and Dubrovnik-Neretva (2014-15), which reported positive net values. When it comes to the ratio between an average county's earnings and the average country's earnings (weighted by the counties' respective population shares), there exists variation in the earning status. Therefore, the above-average gross earnings were measured in: the City of Zagreb (2002-15), Primorje-Gorski kotar (2006-06; 2008), Istria (2002-06), and Lika-Senj (2003). Whereas, above-average net earnings were reported in: the City of Zagreb (1998-15), Primorje-Gorski kotar (1998-14), Zadar (1998-99; 2003-05), Split-Dalmatia (1999-01), Sisak-Moslavina (2000), Istria (2001-07), and Dubrovnik-Neretva (2014-15). Given that the average earnings of those employed in the Croatian capital, the City of Zagreb, on average, surpassed national levels by 22% (gross) or 16% (net), the results provide a clear insight into the extent that the centralization process has regarding governance of Croatia's overall economic inequality.

Compared to the gross, the lower net between-county pay inequality can be largely attributed to the national taxation policies. However, given the shrinking number of counties with above-average earnings, the effectiveness of these policies is undeniably diminishing, irrespective of the introduction of a local surtax on income tax in 2001. These striking patterns suggests that the geographical location of the employment is becoming a determinant of workers' wellbeing, perhaps to a higher degree than the skills that workers have to offer. Accordingly, it is no surprise, especially in recent times, that the Croatian workers tend to identify themselves and their economic position by where they live.

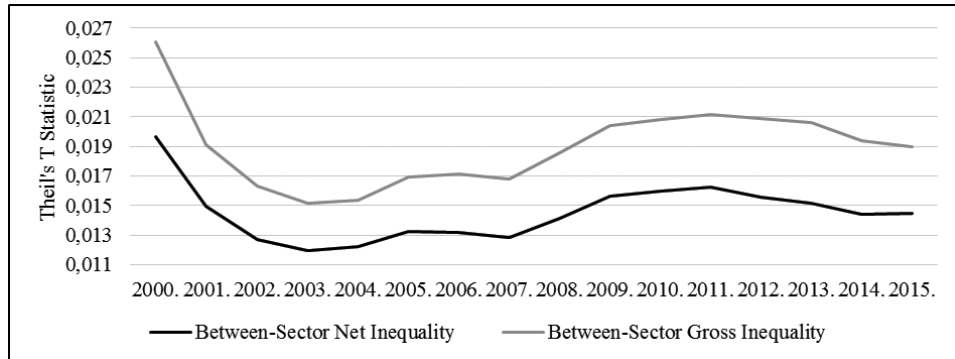
What is particularly interesting, in this hitherto analysis, is that the Croatian pay inequality is negatively correlated with the unemployment rate published by Eurostat.⁵⁰ Such a dynamic opposes Galbraith⁵¹ and reveals the unconventional cyclical influence on inequality. It remains a puzzle why the pay inequality increased in the expansion phase and decreased in the contraction phase of the economic cycle. At the time of writing this paper, based on the data availability, the partial intuitive interpretation is that the inequalities in the pay structures are extremely dependent on the procyclical, upper tail movements. This insinuates that the top earners have a much higher effect on the entire pay inequality than the lower and middle part of the distribution combined. Regardless of the gravity of the remark, this issue deserves special attention and must be examined in the forthcoming research.

The closing type of pay inequality within the realm of this paper deals with sectoral pay differentials. Albeit less polarized than in the between-county, the between-sector component plays a paramount role in creating pay inequality.

50 Eurostat, Unemployment by sex and age – annual average, available at: <http://ec.europa.eu> [Accessed January 9, 2019].

51 Galbraith, J. K., *Inequality and Instability*, New York, Oxford University Press, 2012.

Figure 9. Between-sector pay inequality (2000-2015).



Based on the author's calculation derived from the CBS data, the deviation between higher gross and lower net levels, observable within Figure 6, is equivalently present in the current instance. In the case of between-county inequality, some counties reported below-average gross earnings and above-average net earnings. This was not the occurrence with the components of the sector analysis. In the latter case all activities predominantly retained their position regardless of the earning status.⁵² The lack of activity redistribution is a straightforward consequence of non-existing taxation policies targeting the individual activities in the same way as the local surtax on income tax (to an extent), remedying the geographical pay inequalities. The author will elaborate the between-sector pay inequalities by focusing on the final year covered by the research. In 2015, there were nine activities with above-average earning levels that contributed to the inequality. Starting with the sector having the highest contribution, these activities are: professional, scientific and technical, financial and insurance, information and communication, human health and social work, transportation and storage, public administration and defence, mining and quarrying, and other activities. On the other side of the spectrum, ten activities remained, amongst which the worst outcome was measured in manufacturing, wholesale, and retail activities. One last notion bears mentioning. From the presented trend, one might conclude that the between-sector pay inequality is of lesser significance to the overall inequality than the between-county inequality, however this is not the case. The latter claim can be justified by deeper insight into average gross earnings for the period between 2002-15. The lowest county's earning is 5,511 HRK while the highest is 8,682 HRK, resulting in a range of 3,171 HRK. In the sectoral case, the results are 4,782 HRK for the lowest earning, 10,961 HRK for the highest earning, and 6,178 HRK for their respective range. Given that the sectoral range exceeds that of counties almost twice over, this extreme difference is confirmation of the importance that the between-sector pay inequality plays in terms of, not solely overall pay inequality, but total Croatian economic inequality as well.

52 A minor deviation occurred between 2008-10 when education activity changed the below-average gross values for above-average net values. In 2003, an equivalent practice took place with regards to water supply, sewerage, waste management, and remediation activities.

Due to the high and rising levels of overall pay inequalities, an increasing number of individuals in the highest earning tier, continuously growing between-county inequality, and high levels of between-sector pay inequality, it is safe to conclude that economic inequality is a viable threat deteriorating the wellbeing of the majority of Croatian workers at the expense of those at the top. The former holds especially if the analysis is extended to include categorical inequalities remaining outside of the context of this paper, as well as income and wealth inequality which are historically proven to be far greater generators of economic inequality when comparing them to the pay inequalities.

6. CONCLUSION AND DISCUSSION

In this paper, the author argued that the principal problem confronting the Croatian worker's wellbeing is a cumulative consequence of two detrimental tendencies that worsen the labour standards and increase inequalities. The empirical analysis confirmed that the Croatian worker experienced a relative decline of their gross pre-tax earnings while substantially increasing productivity. This occurred alongside the growing profit share of income, simultaneously with the unequal taxation disproportionately affecting the labour, and concurrently with the unfavourable pay inequalities. The study has shown that net pay inequality is high and likely to rise. Furthermore, when the net inequality declined, it did so by laying-off the representatives of the lowest earning classes, i.e. by increasing the overall economic inequality. The gross inequality exhibited continuous rise highly and positively correlated with the earnings distribution's upper tail being increasingly concentrated within the wealthiest fraction of society. The upward between-county pay inequality, as an outcome of the long-lasting centralization process, divided the workers based on geographical grounds by favouring the City of Zagreb as the exclusive county consistently reporting above-average values. Finally, the between-sector pay inequality indicated a high and stable trend with a range between the highest-lowest paying sector surpassing its between-county counterpart approximately twice over.

Once confirmed, this state of affairs becomes more perplexing when combined with interdependent inequality sources. Therefore, the formation of the concluding judgements must account for highly concentrated inequalities of wealth and income, as well as categorical inequalities and inequalities of opportunity. Consequently, it is evident that these inequalities are the leading cause of Croatia's human capital outflow and therefore, must be mitigated.

With this in mind, it is unquestionable whether the central place should be reserved for the relative enhancement of the distribution's lower tail. Among a variety of policy recommendations, the following must be singled out. The minimum wage should be increased to commensurate with rising prices and a part of the rising productivity. Indexing the minimum wage to the median wage is worthy of attention because it would incentivize employers to invest in their workers' productivity simultaneously while lifting the standards of the poorest. The tax code must be more progressive to account for a country's role as a protector of the private property. Last but not

the least, the national policymakers need to implement a periodical taxation of the highest earnings and wealth. The latter is a prerequisite for maintaining the minimum wellbeing of those in need during the recession where the collected revenues would serve as a safety net through the increase in transfers and social security spending. This would prevent the ominous effects, as seen during the last crisis where the decrease in pay inequality occurred through the firing of the expendable (low earning) workers.

Given that until 2019, policymakers failed to implement a positive set of measures and even decreased the tax code's progressiveness, the future is not promising. In their defence, it must be noted that the adjustments proposed in the Theory of the Second Best imply government intervention. Therefore, attaining the optimal performance via remedying for the inequalities as market failures is a delicate matter since it encompasses the trade-offs between the economic incentives and redistribution. Consequently, the national policymakers, conditioned by the free market, low competitiveness, and capital scarcity, are limited in attempts to respond to the negative pressures intensified by the globalisation.

The findings presented within this study can serve as a platform for the inquiry directed toward including for the overlooked inequality sources. This research must be utilized as the foundation for the future investigations into the Croatian inequality phenomena, where the ultimate challenge is being posed by the antagonism between the low-competitive national social state and globalization. Special attention should be placed on the investigation of Croatian fiscal policy with regards to its contribution in the formation of persisting inequalities. The sphere of taxation where the policymakers must innovate and implement adequate solutions to increase the average citizens' welfare remains to be investigated. The establishment of control upon the abovementioned adverse trends, via redefinition of the current, sub-optimal policies, must become a societal imperative that will overcome ominous demographic trends and create the foundation for economic prosperity.

BIBLIOGRAPHY

1. Akrap, Anđelko, *Demografski slom Hrvatske: Hrvatska do 2051.*, Zagreb, Bogoslovna smotra, vol. 85, 3/2015, pp. 855-868.
2. Atkinson, Anthony Barnes, *Factor shares: the principal problem of political economy?*, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 25, 1/2009, pp. 3-16.
3. Bernanke, Ben Shalom, Gürkaynak, Refet Soykan, *Is Growth Exogenous? Taking Mankiw, Romer, and Weil Seriously*, in: Bernanke, B.S., Rogoff, K. (eds), *NBER Macroeconomics Annual 16*, Cambridge, MIT Press, 2002.
4. Bičanić, Ivo, Ivanković, Željko, Kroflin, Matija, *Nejednakost plaća u Hrvatskoj 2003.-2016*, Zagreb, *Politička misao*, vol. 55, 3/2017, pp. 43-81.
5. Bičanić, Ivo, Tuđa, Dora, *Wage inequality in Croatia during boom and bust (2000-2014)*, in: *Challenges of Europe: Growth, Competitiveness and Inequality*, Hvar, University of Split, 2015.
6. Black, Richard, Natali, Claudia, Skinner, Jessica, *Migration and Inequality*, background paper for the 2006 World Development Report, Sussex, 2004. Available at: www.worldbank.org.

7. CBS, Annual Gross Domestic Product, 1995-2005, Zagreb, CBS (First Release No. 12.1.3.), 2009.
8. CBS, Employments and Wages Review by Counties. Available at: www.dsz.hr [Accessed November 7, 2018].
9. CBS, MSI Employment and Wages. Available at: www.dsz.hr [Accessed November 7, 2018].
10. Conceição, Pedro, Bradford, Peter, Galbraith, James Kenneth, The Theil Index in Sequences of Nested and Hierarchical Grouping Structures, *Eastern Economic Journal*, vol. 27, 4/2001, pp. 491-514.
11. Conceição, Pedro, Ferreira, Pedro, The Young Person's Guide to the Theil Index, UTIP Working Paper, 14/2000. Available at: <http://utip.gov.utexas.edu>.
12. Conrad, Edward, *The Upside of Inequality*, New York, Penguin Random House, 2016.
13. Daudey, Emilie, Garcia-Penalosa, Cecilia, The Personal and the Factor Distributions of Income in a Cross-Section of Countries, *Journal of Development Studies*, vol. 43, 5/2007, pp. 812-829.
14. Eurostat, GDP and main aggregates. Available at: <http://ec.europa.eu> [Accessed October 8, 2018].
15. Eurostat, GDP and main components. Available at: <http://ec.europa.eu> [Accessed October 8, 2018].
16. Eurostat, Unemployment by sex and age – annual average. Available at: <http://ec.europa.eu> [Accessed January 9, 2019].
17. Fields, Gary Sheldon, *A Compendium of Data on Inequality and Poverty for the Developing World*, New York, Cornell University, 1989.
18. Franičević, Vojmir, Croatia: Prolonged crisis with an uncertain ending, In Vaughan-Whitehead, D. (ed.), *Work Inequalities in the Crisis*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
19. Friedman, Milton, Friedman, Rose, *Free to Choose*, New York, Harcourt, 1980.
20. Galbraith, James Kenneth, *Created Unequal*, Chicago, Chicago University Press, 2000.
21. Galbraith, James Kenneth, *Inequality and Instability*, New York, Oxford University Press, 2012.
22. Galbraith, James Kenneth, *Inequality*, New York, Oxford University Press, 2016.
23. Galbraith, James Kenneth, Inequality, unemployment and growth: New measures for old controversies", *Journal of Economic Inequality*, vol. 7, 2/2009, pp. 189-206.
24. Guerriero, Marta, The Labour Share of Income around the World, *Development Economics and Public Policy Working Paper*, 32/2012.
25. Hoffman, Saul, Bičanić, Ivo, Vukoja, Oriana, Wage inequality and labour market impact of economic transformation: Croatia 1970-2008, *Economic Systems*, Vol. 36, 2/2012, pp. 206-217.
26. ILO, Status in employment – ILO modelled estimates. Available at: <http://www.ilo.org> [Accessed October 8, 2018].
27. Jayadev, Arjun, Capital account openness and the labour share of income, *Cambridge Journal of Economics*, vol. 31, 3/2007, pp. 423-443.
28. Karaman Aksentijević, Nada, Denona Bogović, Nada, Economic Inequality and the Influence of Salaries on Income Inequality in the Republic of Croatia, *Proceedings of Rijeka Faculty of Economics*, vol. 21, 1/2003, pp. 37-51.
29. Karaman Aksentijević, Nada, Ježić, Zoran, Tendencies of development inequalities of Croatian counties, *Proceedings of Rijeka Faculty of Economics*, vol. 29, 2/2011, pp. 269-290.
30. Lakner, Christoph, Atkinson, Anthony Barnes, *Wages, Capital and Top Incomes: The Factor Income Composition of Top Incomes in the USA, 1960–2005*, 2014. Available at: www.ecinq.org.

31. Mankiw, Gregory Nicholas, *Defending the One Percent*, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 27, 3/2013, pp. 21-34.
32. Milanović, Branko, *Explaining the increase in inequality during transition*, *Economics of Transition*, vol. 7, 2/1999, pp. 299-341.
33. Milanović, Branko, *Global Inequality*, London, Harvard University Press, 2016.
34. Milanović, Branko, *The Haves and the Have-nots*, New York, Basic Books, 2012.
35. Nestić, Danijel, Babić, Zdenko, Blažević Burić, Sanja, *Minimum age in Croatia: sectoral and regional perspectives*, *Economic Research*, vol. 31, 1/2018, pp. 1-30.
36. Nestić, Danijel, *Ekonomska nejednakost u Hrvatskoj 1998. manja od očekivanja*, Zagreb, *Economic Review*, vol. 53, 11-12/2002b, pp. 1109-1150.
37. Nestić, Danijel, *Ekonomske nejednakosti u Hrvatskoj 1973-1998*, Zagreb, *Financial Theory and Practice*, vol. 26, 3/2002a, pp. 595-613.
38. Nestić, Danijel, Rubil, Ivica, Tomić, Iva, *Analysis of the Difference in Wages between the Public Sector, State-Owned Enterprises and the Private Sector in Croatia in the Period 2000-2012*, Zagreb, *Economic Trends and Economic Policy*, vol. 24, 1/2015, pp. 7-51.
39. Nestić, Danijel, *The Determinants of Wages in Croatia*, in: *Proceedings of the 65th Anniversary Conference of the Institute of Economics*, Zagreb, Economic institute, 2005, pp. 131-162.
40. Novokmet, Filip, *Between communism and capitalism: essays on the evolution of income and wealth inequality in Eastern Europe 1890-2015*, PhD Thesis, Paris School of Economics, 2017.
41. Piketty, Thomas, *Capital in the Twenty-First Century*, London, Harvard University Press, 2014.
42. Piketty, Thomas, *The Economics of Inequality*, London, Harvard University Press, 2015.
43. Ricardo, David, *Principles of Political Economy and Taxation*, London, Dent, 1911.
44. Rubil, Ivica, *The Great Recession and Public-Private Wage Gap* MPRA paper, No. 46798, Munich, 2013.
45. Rubinić, Ivan, Tajnikar, Maks, *Labour Force Exploitation and Unequal Labour Exchange as the Root Cause of the Eurozone's Inequality*, Zagreb, *Društvena Istraživanja*, vol. 28, 2/2019, pp. 207-228.
46. Sbardella, Angelica, Pugliese, Emanuele, Pietronero, Luciano, *Economic development and wage inequality*, *PLOS One*, vol. 12, 9/2017.
47. Škalamera-Alilović, Dunja, Rubinić, Ivan, *The Tax System as a Generator of Economic Inequality in Croatia*, in: *Book of Proceedings: 16th International Scientific Conference on Economic and Social Development*, Varaždin, Development and Entrepreneurship Agency, 2016., pp. 459-477.
48. Stiglitz, Joseph Eugene, *The Price of Inequality*, New York, W. W. Norton & Company, 2013.
49. Theil, Henri, *Statistical Decomposition Analysis: With Applications in the Social and Administrative Sciences*, Amsterdam, North-Holland, 1972.
50. UTIP, *Inequality Project Data-Set*, Austin, University of Texas, 2018.
51. van der Weide, Roy, Milanović, Branko, *Inequality Is Bad for the Growth of the Poor*, Policy Research Working Paper, No. 6963, World Bank, 2014.
52. Von Fintel, Dieter, *Earnings bracket obstacles in household surveys – How sharp are the tools in the shed?*, Stellenbosch Economic Working Paper, 08/2006.
53. Watkins, Don, Brook, Yaron, *Equal is Unfair*, New York, St. Martin's Press, 2016.
54. World Bank, *Croatia: Economic Vulnerability and Welfare Study*, Washington (Report No. 2079-HR), 2001.
55. Yu, Derek, *Some factors influencing the comparability and reliability of poverty estimates across household surveys*, Stellenbosch Economic Working Paper, 03/2013.
56. ZDOO [Statutory Insurance Contributions Act], *Official Gazette*, No.147/2002.
57. ZMP [Minimum Wage Act], *Official Gazette*, No.39/2013.

Ivan Rubinić*

Sažetak

NEJEDNAKOST PLAĆA I PROPADANJE STANDARDA RADNIKA U HRVATSKOJ

Ova studija potvrđuje hipotezu da hrvatski zaposlenici prolaze kroz kontinuiranu degradaciju radnih standarda uz simultanu divergenciju distribucije njihovih plaća. Korištenjem Theilovog indeksa i funkcionalne distribucije dohotka, istraživanje ukazuje na pet međusobno povezanih i štetnih tendencija. Empirijska analiza upućuje na pogoršanje standarda radne snage vidljivo kroz kontinuirani pad udjela dohotka rada u nacionalnom dohotku koji se odvija usporedno s rastom produktivnosti. Neto nejednakost u plaćama radikalno je povećana i stabilizirana na višoj razini. Pri čemu je periodično, nominalno, poboljšanje bilo većinski rezultat otpuštanja pojedinaca iz donjeg repa raspodjele plaća. Posljedično, smanjivanje disperzija plaća povećalo je ukupnu ekonomsku nejednakost. Bruto nejednakost plaća ukazuje na rastući trend, snažno i pozitivno povezan s kretanjem pripadnika s najvišim primanjima, koji doživljavaju trobrojčani porast svojih članova u analiziranom razdoblju. Rastuća nejednakost plaća između županija ukazuje na snažnu sklonost prema prekomjernoj centralizaciji zabilježenu u činjenici da je glavni grad ekskluzivna i privilegirana županija koja dosljedno izvještava iznadprosječne razine plaća. Naposljetku, nejednakost u plaćama između sektora pokazala je opći pad. Međutim, ovaj izolirani slučaj, uzimajući u obzir da je raspon između sektora s najnižim i najvišim plaćama približno dvostruko veći od komparativnog raspona između županija, i dalje ostaje dominantan katalizator nejednakosti. U skladu sa navedenim, neupitno je da trenutno stanje stvari narušava dobrobit hrvatskog radnika. Takav zaključak pred kreatora nacionalnih politika postavlja izazov suprotstavljanja s istaknutim negativnim tendencijama u cilju prevencije trenutnog egzodusa kvalificiranih radnika i uspostavljanja dugoročne makroekonomske stabilnosti.

Ključne riječi: *ekonomska nejednakost; nejednakost plaća; Theil's T statistic.*

Zusammenfassung

LOHNGEFÄLLE UND VERSCHLECHTERUNG DES ARBEITSSTANDARDS IN KROATIEN

Dieser Beitrag erbringt den Nachweis, dass kroatische Arbeiter ständige

* Ivan Rubinić, mag. oec., Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, irubinic1@pravri.hr.

Verschlechterung des Arbeitsstandards und erhöhte Ungleichverteilung ihrer Einkommen erleben. Die Forschung entdeckte fünf sich wechselseitig stützende Tendenzen, welche mithilfe des Theil-Indexes und der funktionalen Einkommensverteilung untersucht wurden. Die empirische Analyse zeigt, dass die Verschlechterung des Arbeitsstandards in der ständigen Abnahme des Anteils des Arbeitseinkommens, welche parallel zur Produktivitätswachstum geschieht, sichtbar ist. Die Ungleichheit der Nettoeinkommen zeigt eine radikale Zunahme und Stabilisierung auf einem hohen Niveau, wo die nominale Einkommenssteigerung als Ergebnis der Entlassungen, welche in erster Linie den unteren Rand der Einkommensverteilung beeinflussen, verursacht wurde. Infolgedessen trug die geringe Ungleichverteilung der Einkommen zum Zuwachs an allgemeiner ökonomischer Ungleichheit bei. Die Ungleichheit des Bruttoeinkommens nimmt auch zu, was mit dem Zuwachs an Spitzenverdiener wegen des dreistelligen Anstiegs in diesem Bereich zu tun hat. Der Zuwachs an Ungleichheit zwischen Gespanschaften in diesem Zeitraum weist auf übermäßige Zentralisierung hin, was in der Tatsache, dass die Hauptstadt die einzige Gespanschaft mit ständigen Meldungen zum überdurchschnittlichen Einkommen darstellt, sichtbar ist. Andererseits nimmt das Einkommensgefälle zwischen Sektoren ab. Dieser isolierte Fall ist aber die Hauptursache der Ungleichheit, denn die Spannweite zwischen dem Sektor mit niedrigsten und dem Sektor mit höchsten Einkommen ist zwei Mal größer als die vergleichende Spannweite zwischen Gespanschaften. Diese Ergebnisse sind für das Wohl des kroatischen Arbeiters schädlich. Ebenfalls stellen sie eine Herausforderung für nationale Politiker dar, die nachteilige Tendenzen entgegen müssen, um den Exodus von qualifizierten Arbeitern vorzubeugen und die langfristige makroökonomische Stabilität zu schaffen.

Schlüsselwörter: Ungleichheit; Einkommensgefälle; Theil's T statistic.

Riassunto

DISEGUAGLIANZA DEI SALARI E CALO DELLO STANDARD DEI LAVORATORI IN CROAZIA

La presente ricerca conferma l'ipotesi che i lavoratori croati attraversino una fase di continuo calo dello standard unitamente alla divergenza della distribuzione dei loro salari. Applicando l'indice Theil e la distribuzione funzionale dei redditi, l'indagine dimostra l'esistenza di cinque tendenze tra loro collegate e dannose. L'analisi empirica indica un peggioramento dello standard della forza lavoro che si individua nel progressivo calo dei redditi da lavoro sul piano nazionale in correlazione alla crescita della produttività. La divergenza nei salari al netto è in aumento e si è stabilizzata al livello più alto. Di qui il miglioramento periodico, nominale, è rappresentato perlopiù dal risultato del licenziamento di singoli dalla coda della distribuzione dei salari. Conseguentemente, la diminuzione della dispersione dei salari ha accresciuto

la disparità economica. La disegualianza dei salari lordi evidenzia una crescente tendenza fortemente connessa con la circolazione dei soggetti con i redditi più elevati, i quali registrano una crescita esponenziale del loro numero nel periodo analizzato. La crescente disparità di salari tra le contee evidenzia una forte tendenza ad un'eccessiva centralizzazione, che si individua nel fatto che la capitale è la contea privilegiata ed esclusiva, che registra continuamente livelli reddituali al di sopra della media. Alla fine, la disparità dei salari tra i diversi settori ha evidenziato un calo generale. Tuttavia, tale caso isolato, considerando che il divario tra i settori a salari bassi e quelli a salari alti è più del doppio rispetto a quello tra contee, permane il dominio del catalizzatore della disparità. Alla luce di tutto ciò, è fuor di dubbio che l'attuale stato delle cose compromette il benessere dei lavoratori croati. Tale conclusione pone dinnanzi ai fautori delle politiche nazionali la sfida volta a fronteggiare tali tendenze negative al fine di ovviare all'attuale esodo di lavoratori qualificati, tendendo al raggiungimento di una duratura stabilità macroeconomica.

Parole chiave: *disparità economica; disegualianza dei salari; Theil's T statistic.*

EXEMPLIS DISCIMUS: REAFIRMACIJA VRIJEDNOSTI I REDEFINICIJA SADRŽAJA SOCIJALNE DRŽAVE U NOVOM STOLJEĆU

Izv. prof. dr. sc. Sonja Cindori*
Valentino Kuzelj**

UDK 364.013
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.7>
Ur.: 5. srpnja 2018
Pr.: 28. studenog 2018.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Ekonomске кризе с краја 20. и почетка 21. stoljeća aktualiziraju prijepore oko uloge države u socio-ekonomskom životu društva. Populistički pokreti izrasli na posljedicama posljednje velike krize iz 2008. pozivajući se na socijalnu državu i socijalnu pravdu, smjeraju rastakanju demokratskoga poretka. Zbog toga se imperativnim nameće poznavanje nastanka socijalne države, njezine konstitucionalizacije i jačanja opće solidarnosti u poslijeratnim godinama druge polovice 20. stoljeća. Radi jačanja socijalne države nužno je promotriti neoliberalnu kritiku njezine koncepcije te snagom tumačenja načela socijalne države i socijalne pravde proizišlima iz recentne ustavnosudske prakse pristupiti reafirmaciji koncepta socijalne države kao države općeg blagostanja. Vodiljom na putu reafirmacije vrijednosti i redefinicije njezina sadržaja nameće se skandinavski model socijalne države, posebice dansko oživotvorenje, tzv. flexicurity modela, a najpogodnijim sredstvom njezina ostvarenja fiskalni suverenitet države. Jačanjem poreznoga kapaciteta, uvažavajući ustavna ograničenja oporezivanja, moguće se približiti skandinavskom modelu aktivne socijalne države kao jamcu sigurnosti i mobilnosti te izgraditi novu državu opće solidarnosti.

Ključne riječi: *socijalna država; država blagostanja; socijalna pravda; solidarnost; fiskalni suverenitet; porezna država*

1. UVOD

Začetci socijalne države u rudimentarnom se obliku javljaju krajem 19. stoljeća, a konstitucionalizacija socijalnih prava započinje Ustavom Weimarske Republike 1919., dok će završetak Drugoga svjetskog rata označiti početak zlatnog doba socijalne

* Dr. sc. Sonja Cindori, izvanredna profesorica, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, scindori@pravo.hr.

** Valentino Kuzelj, student, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, valentino.kuzelj01@gmail.com.

države. Ekonomska kriza s kraja sedamdesetih godina prošloga stoljeća dovodi u pitanje opstojnost socijalne države, dok se posljedice uspona na vlast neoliberalne doktrine u narednom desetljeću osjećaju do danas. Neovisno o navedenom, tijekom, tzv. zlatnog doba socijalna se država institucionalizirala te usprkos stremljenju k liberalizaciji ostaje vrednotom društvene solidarnosti. Kroz praksu ustavnih sudova uspijeva se prometnuti u normativno načelo koje obvezuje zakonodavca umiješati se u zakone tržišta radi ispravljanja nejednakosti, istodobno prepuštajući model i sadržaj takve intervencije normativnoj slobodi zakonodavne vlasti.

Posljednja ekonomska kriza rezultirala je ne samo ekonomskim, već i društvenim posljedicama u obliku populističkih pokreta koji, pozivajući se među inim i na načela socijalne države i pravde, streme urušavanju suvremenih demokratskih poredaka. Zbog toga je važno upoznati se s rađanjem, evolucijom i suvremenim značajem socijalne države, modelima njezina ostvarenja te suvremenim prijeporima oko njezinih zadaća. U tom će se cilju u radu izložiti osnovni značaj socijalne države, nastanak, razvoj i modeli njezina ostvarenja, istaknuti značenje krize socijalne države, nužnost reafirmacije kao brane od bujajućeg populizma, normativni značaj načela socijalne države i socijalne pravde kao ustavnih vrednota te u završnom dijelu rada dati prijedlog izgradnje nove socijalne države kroz fiskalni suverenitet, radi ostvarenja opće solidarnosti.

2. OSNOVNE ODREDNICE SOCIJALNE DRŽAVE

Teško je ponuditi jednoznačnu definiciju socijalne države bez sagledavanja njezina nastanka i razvoja. Socijalna država svoje podrijetlo vuče iz preobražaja teorije blagostanja. Ideja blagostanja ostvarena u noćobdijskoj državi razvila se kroz ideju države jamca temeljnih egzistencijalnih prava do pozitivnog shvaćanja države kao jamca socijalnih prava koju kritičari nerijetko nazivaju skrbničkom ili paternalističkom.¹ Načelo socijalne države izrasta iz kritike liberalne doktrine 19. stoljeća koliko i iz pragmatičnih razloga ublažavanja rastućeg siromaštva kao posljedice industrijske revolucije. Ona pritom ne prestaje biti jamac individualne slobode. Naprotiv, postaje jamcem slobode od nužde.² Socijalna država prirodan je slijed pravne države i vladavine prava te je njezino ostvarenje moguće smatrati uvjetom legitimiteta vlasti.³ Takva vjerodostojnost više ne počiva isključivo na legitimitetu fizičke prisile, već na mogućnosti osiguranja osnovnih egzistencijalnih uvjeta građana.

Recentna pojavnost socijalne države usmjerena je ostvarenju socijalne pravde i sigurnosti. Ipak, niti u njezino zlatno doba, a tako niti danas, socijalna država ne uklanja, već samo ublažava socijalne nejednakosti.⁴ Pritom zadržava odlike države

1 Dokić, M., *Preobražaji teorije blagostanja*, Zagreb, Prolegomena, vol. 15, 2/2016., str. 190-191.

2 Dicke, K., *Pravna državnost i socijalna državnost – relativiziranje ili jačanje demokratskog načela u ustavnoj državi?*, Zagreb, Politička misao, vol. 35, 3/1998., str. 85.

3 Miličić, V., *Socijalna država, država blagostanja*, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 5, 4/1998., str. 261.

4 Lončarić-Horvat, O., *Socijalna država i posredni porezi*, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 2, 2/1995., str. 115.

koja je ujedno demokratska i pravna. Kao demokratska počiva na suverenitetu naroda te slobodnim i višestranačkim izborima, dok je kao pravna izgrađena na načelima ustavnosti i zakonitosti te vladavini prava. Njezin se socijalni aspekt ogleda u kontroli socijalnih procesa i djelotvornim sustavima socijalne sigurnosti.⁵

Većina ustava suvremenih država utemeljuje ih kao socijalne te ističe načela socijalne pravde i jednakosti najvišim vrednotama ustavnopravnoga poretka. Tako je i Republika Hrvatska Ustavom uređena kao demokratska i socijalna država,⁶ a jednakost, socijalna pravda i vladavina prava izdignute su među najviše ustavne vrednote.⁷ Iz navedenoga nedvosmisleno proizlazi da je Republika Hrvatska demokratska, pravna i socijalna država. U cilju analize postignutog stupnja razvoja socijalne pravednosti potrebno je promotriti nastanak, razvoj i evoluciju sadržaja socijalne države i njezinoga ustavnosudskog shvaćanja.

3. NASTANAK I RAZVOJ SOCIJALNE DRŽAVE

Kroz povijesno-komparativni pristup, prema Esping-Andersenu moguće je razlikovati tri tipa socijalne države: državno-korporativistički (konzervativni), liberalni i socijaldemokratski.⁸ Navedena će kategorizacija poslužiti kao osnova prikaza nastanka i razvoja socijalne države kroz osobitosti svakoga navedenog oblika.

3.1. Državno-korporativistički ili konzervativni model

Konzervativni model socijalne države originira u Bismarckovom zakonodavstvu s kraja 19. stoljeća. Začetak promjene u shvaćanju uloge države od „noćobdije“ prema „skrbniku“ javlja se iz pragmatičnih razloga: bujajućeg siromaštva radnika kao neminovne posljedice industrijalizacije i urbanizacije te opasnosti od revolucionarnih stremljenja zasnovanih na socijalističkim zasadama. Država, šireći granice svojeg djelovanja, vezuje za sebe radničku egzistenciju, ne ostavljajući mjesta revolucionarnoj ideji u tom „zagrljaju“.

Takvo pragmatično „rađanje“ socijalne države oslikano je trima zakonima: Zakonom o obveznom osiguranju za slučaj bolesti iz 1883., Zakonom o nesreći na radu iz 1884. i Zakonom o mirovinskom osiguranju iz 1889. Tri navedena zakona predstavljaju početak kodifikacije osnovnih zadaća socijalne države te su 1911. ujedinjena u kodeks socijalnog osiguranja. Ostvarenje sadržaja sva tri zakona zamišljeno je kroz sustav doprinosa u fondove osiguranja koje (ovisno o vrsti) u različitim omjerima uplaćuju radnici i poslodavci. Država primarno ne sudjeluje u financiranju zadataka socijalne države, već na sebe preuzima ulogu reguliranja njezinih sadržaja i osiguranja pravnog okvira njihovu ispunjenju.⁹ Iz naravi tih zakona

5 Ravnić, A., *Socijalna država i država blagostanja*, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 3/1996., str. 239.

6 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 85/10., pročišćeni tekst, čl. 1. st. 1.

7 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 85/10., pročišćeni tekst, čl. 3.

8 Puljiz, V., *Južnoeuropska socijalna država*, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 1/1996., str. 45.

9 id., *Bismarckove socijalne reforme*, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 2, 3/1995., str.

proizlazi razlog zbog kojeg će Esping-Andersen takav model socijalne države nazvati državno-korporativističkim.

Ako je Bismarcka moguće smatrati ocem socijalnih prava, tada je Njemačku (Weimarsku Republiku) prikladno osloviti „majkom socijalne državnosti“ jer se začetkom konstitucionalizacije socijalnih prava smatraju upravo odredbe Weimarskog ustava iz 1919. Ekonomski je sustav ustrojen na načelima pravednosti i ostvarenja dostojanstva sviju, a unutar tako postavljenih granica zajamčena je individualna ekonomska sloboda.¹⁰

3.2. Liberalni model

Liberalni model socijalne države razvija se u anglosaksonskim zemljama. Naglašeni individualizam i nerazvijen osjećaj solidarnosti obilježili su prva dva stoljeća Sjedinjenih Američkih Država (u daljnjem tekstu: SAD). Zbog toga ne čudi da su se prvi oblici socijalne pomoći razvijali u obliku privatnih filantropskih organizacija (npr. *Charity Organization Societies* i *Settlement houses*) utemeljenih na uvjerenju da bogati trebaju pomagati siromašne, potaknuti svojom dobrom naravi, a ne prema državnom nalogu. Upravo zbog duha američkog individualizma radnički se pokret pod okriljem sindikata razvija sporije negoli u Europi. Sindikati okupljeni oko *American Federation of Labor* na prijelazu s 19. na 20. stoljeće nisu motivirani mijenjati socijalni sustav, već u borbi za položaj radnika smatraju poslodavce svojim protivnicima. Sindikati osiguravaju radnike od socijalnih rizika vežući ih tako uz sebe, a financiranje radničkih prava definiraju kolektivnim ugovorima kao glavnim instrumentom sindikalnoga djelovanja. Zahtjevi za državnom regulacijom „divljeg“ kapitalizma pojavljuju se tek nakon depresije koja je pogodila SAD 1929., na koje će predsjednik Roosevelt odgovoriti mjerama čiji je cilj zapošljavanje, a ne osiguranje nezaposlenih od posljedica koje nezaposlenost donosi.¹¹

Pragmatičan i postupan razvoj, decentralizacija funkcija i značajan udio privatnog sektora temeljna su obilježja sustava socijalne sigurnosti SAD-a koji svoj začetak vuče iz Rooseveltova *Social Security Acta* usvojenog 1935. kao nacionalnoga programa osiguranja od starosti i nezaposlenosti koji je narednih godina proširivan i dopunjavan.¹² Takva obilježja uglavnom ostaju odrednicama američke socijalne države sve do danas. Ipak, valja podsjetiti na riječi predsjednika Roosevelta, prema kojima je sigurnost bitna odrednica „traganja za srećom“ iz Deklaracije nezavisnosti.¹³

Liberalni model britanske socijalne države u svojem se razvoju duboko razlikuje od američkoga. Početci socijalne regulacije elizabetanskog doba, kroz tzv. Stari zakon o siromašnima iz 1601., ogledaju se u kombiniranim oblicima paternalističke skrbi

243-246.

10 The Reich Constitution of August 11th 1919 (Weimar Constitution) with Modifications, čl. 151. st. 1., http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php (6. lipnja 2018.).

11 Puljiz, V., SAD: liberalizam, filantropija i Rooseveltove socijalne reforme, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 4, 1/1997., str. 58-61.

12 id., Programi socijalne sigurnosti u Sjedinjenim Američkim Državama, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 2, 1/1995., str. 61-62.

13 id., SAD: liberalizam..., cit., str. 62.

o radno nesposobnim siromašnima, s represivnim obilježjima odnosa prema ostalim siromašnima kao krajnjem izrazu duha kalvinističkog puritanizma. Zakonom iz vremena ekonomske krize 1795. prvi je put priznato pravo na egzistencijalni minimum siromašnima koji radom ne uspijevaju udovoljiti osnovnim životnim potrebama. Novi zakon o siromašnima iz 1834. izraz je krajnjega liberalizma viktorijanskoga razdoblja koji dokida s represivnim i paternalističkim obilježjima elizabetanskoga zakona. Stari zakon o siromašnima doživljen je preprekom gospodarstvu te je uspostavljen centralizirani sustav unificirane pomoći siromašnima kojeg odlikuje povećana selektivnost. Cilj takvih izmjena leži u nastojanju da se siromašne potakne na pronalaženje izvora zarade. *Laissez-faire* politika doživljava zaokret u vrijeme liberalne vlade L. Georgea koja usvaja dva socijalna zakona: Zakon o mirovinama starim ljudima iz 1908. (temeljen na niskim mirovinama uz provjeru imovnog stanja, a financiran kroz poreze čiji su obveznici bogatiji građani) i Zakon o zdravstvenom osiguranju i osiguranju od nezaposlenosti iz 1911. (temeljen na obveznom osiguranju koje obuhvaća sve radnike čija su primanja ispod određenoga godišnjeg cenzusa, ostvarenom kroz doprinose koje snose poslodavci, radnici i država). Tezu kako je takvim reformama odstupljeno od liberalne teorije tržišta valja odlučno odbaciti s obzirom na to da su one tek nastojale umanjiti društvene nejednakosti i nepravde, zadržavajući ideju individualističke samopomoći kroz obrazovanje i promicanje jednakosti šansi.¹⁴

Zlatno doba socijalne države nakon pada nacizma neodvojivo je od imena lorda Williama Beveridgea čiji je izvještaj *Social Insurance and Allied Services* iz 1942. postao temelj poslijeratnih socijalnih politika. Njime se identificira bolesno tkivo britanskoga društva ogledano kroz bolest, prljavštinu, nezaposlenost, siromaštvo i neznanje. Beveridgeove se reforme zasnivaju na konceptu socijalne sigurnosti, radije nego socijalnog osiguranja. Naglašena je uloga države u oslobođenju pojedinaca od nužde jamstvom sigurnosti prihoda. Temelj ovoga principa počiva na punoj zaposlenosti kao maksimi zlatnoga doba socijalne države o kojoj se danas govori tek kao o reliktu prošlosti. U središtu su pozornosti jedinstvene socijalne naknade kao ostvarenje nacionalnoga egzistencijalnog minimuma. Takve naknade ne nagrizaju liberalno načelo samopomoći jer su relativno niske i služe upravo zadovoljenju osnovnih potreba. Time poticaj individualne akcije nije nestao, naprotiv, olakšan je sigurnošću pri traganju za srećom.¹⁵

3.3. Socijaldemokratski, skandinavski ili nordijski model

Socijaldemokratski model socijalne države posebnost je skandinavskih zemalja zbog čega se naziva još i skandinavskim ili nordijskim. Takva socijalna država, izrasla iz duha solidarizma i univerzalizma, pruža socijalne usluge uz relativno visoka davanja svim građanima, a temeljna joj je odlika financiranje putem poreza, umjesto doprinosa bismarckovskog tipa. Nastanak ovakvog modela bilježi se u Danskoj uvođenjem mirovina za siromašne 1891., financiranih sredstvima prikupljenim porezom na pivo.

14 id., Velika Britanija: od zakona za siromašne do laburističkih socijalnih reformi, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 2/1996., str. 159-164.

15 loc. cit.

Najveću reformu i proširenje socijalne države toga doba uvest će Švedska 1913. u obliku univerzalnih narodnih mirovina. Iz tih se temelja tridesetih godina razvila švedska socijalna država, prožeta duhom solidarizma, financirana porezima, a orijentirana k prevenciji siromaštva, potpori obitelji te pronatalitetnoj politici. Takav oblik socijalne države ide u korist svim slojevima društva, a njezin se legitimitet širi na cjelokupno društvo koje prihvaća ideju jednakosti i solidarnosti kao svoju osnovu. Usprkos određenom stupnju liberalizacije započete osamdesetih godina, skandinavski model socijalne države ostaje primjerom oživotvorene solidarnosti.¹⁶

3.4. Različit put i brzina razvoja socijalne države

Nisu sve države jednakom brzinom i odlučnošću zakoračile u usvajanje socijalnoga zakonodavstva poput *supra* izloženih predstavnika triju modela socijalne države. Tako Francuska, opterećena mentalitetom seljaštva kao dominantne klase, razvojem buržoazije umjesto srednje klase poduzetnika te ratovima i revolucijama, nije uspjela jednako smjelo zakoračiti u reforme zakonodavstva u smjeru solidarnosti i univerzalnosti socijalne zaštite. Bolnice i dobrotvorni uredi nacionalizirani u vrijeme revolucije prepušteni su lokalnim i municipalnim vlastima, dok se država ogradila od izravne intervencije u smislu pomoći siromašnima. Razvoj radničkoga pokreta zaustavljen je famoznim *Le Chapelier* zakonom 1791. koji, zabranjujući radničke asocijacije, osigurava odnos države i građana bez posrednika (što je u potpunosti suprotnosti s današnjim shvaćanjem ne samo socijalne već i pravne države gdje između države i građanina stoje Ustav i zakoni!). Osiguranje od nesreće na radu uvedeno je u Francuskoj 1898., a rudimentarni oblik mirovinskog osiguranja već 1910. Nadalje, Zakon o socijalnom osiguranju donesen je 1930. u cilju osiguranja materinstva, starosti, invaliditeta, bolesti i smrti. Ono što najviše ukazuje na zaostalost u razvoju francuske socijalne države svakako je osiguranje od nezaposlenosti koje se usprkos duhu solidarizma nakon Prvog svjetskog rata počelo razvijati tek pedesetih godina, a kodificirano je 1958. Time se francuska socijalna država ogleda dijelom u bismarckovskom modelu socijalnog osiguranja, a dijelom u sustavu socijalne pomoći, uz jak utjecaj crkve ponajviše kroz ideju pomoći obitelji zasnovanu na socijalnom katolicizmu.¹⁷

Bez obzira na razlike u oblicima i brzini usvajanja socijalnoga zakonodavstva, većina suvremenih država poslijeratnog razdoblja pedesetih i šezdesetih godina konstitucionalizirala je socijalna prava i proširila ih u mjeri zbog koje to razdoblje ostaje zlatnim dobom socijalne države. Ekonomske krize sedamdesetih godina dovele su u pitanje postulate poslijeratne socijalne države. Puna zaposlenost te rašireni i izdašni programi socijalnih politika postali su preskupi i neodrživi. Predstavnici neoliberalnih doktrina uspinju se na vlast u ionako tradicionalno liberalnim socijalnim državama anglosaksonskoga kruga te provode ekonomske politike, tzv. „tačerizma“ i „reganizma“ čije se temeljne odrednice očituju u ograničavanju uloge države uz

16 id., Korijeni skandinavskog solidarizma, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 1/1996., str. 51-57.

17 id., Francuska: spor uspon socijalne države, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 2, 4/1995., str. 337-342.

jačanje privatnog sektora te smanjenju javnih rashoda popraćenom smanjenjem poreza.

4. OSNOVNA OBILJEŽJA KRIZE SOCIJALNE DRŽAVE

Jednako kako je velika ekonomska kriza tridesetih godina učvrstila i proširila socijalnu državu, tako ju je sedamdesetih godina oslabila, dovodeći u pitanje njezin opstanak.¹⁸ Neoliberalna doktrina izgrađena na kritici paternalističke socijalne države, države „dadilje“ ili „maćehe“, dubinski se razlikuje od liberalne doktrine nastale na teoriji Adama Smitha. Neoliberali odbacuju ideju reafirmacije noćobdijske države uništenjem jake države nastale na temelju teorije blagostanja. Shvaćaju da je jednako lako (vjerojatno i lakše) provesti neoliberalne ideje putem državnog mehanizma, koliko i neovisno o njemu. Državu nastoje rekonstruirati marketizacijom državnih usluga pruženih na ugovornoj osnovi što ju ne slabi, već štoviše, birokracija neoliberalnih režima raste. Sve što se takvom politikom uspjelo postići jest svodenje građana na korisnike, kupce državnih usluga. Najvažnija odrednica koju je neoliberalizam posudio od liberalne teorije jest slobodno tržište kao najbolji regulator ekonomskih odnosa. Nejednakost neoliberalima postaje prirodno stanje u koje ne treba zadirati, jer upravo nejednakost motivira pojedince na dnu ljestvice, umjesto da država intervenira provodeći „zastarjele“ ideje pravde i jednakosti. Idejom tržišta koje generira rješenja problemima proizišlim djelovanjem samog tržišta, neoliberali su pokušali od isključivo ekonomske teorije stvoriti moralno načelo.¹⁹

Odmicanjem od ideologijskih suprotstavljanja neoliberalizma teoriji socijalne države dolazi se do konkretnih (i gdje god ispravnih) zamjerki preraspodjeli društvenoga bogatstva mehanizmima socijalne države. S druge strane, neke od kritika sa stajališta demokracije i jednakosti percipiranih kroz prizmu suvremenih društava treba zdušno odbaciti kao diskriminirajuće i zaostale. Tako ideju da programi potpore samohranim majkama i poticaj zaposlenju žena razaraju jezgrovite obitelji te pridonose siromaštvu²⁰ treba odbaciti kao nedemokratske i nedopustive u suvremenom poimanju civilizacijskih tekovina jednakosti i zabrane diskriminacije. Tu valja podsjetiti na odredbu Ustava Republike Hrvatske prema kojoj je obitelj pod posebnom zaštitom države²¹ jer država štiti materinstvo, djecu i mladež te stvara socijalne, materijalne i druge uvjete kojima se promiče ostvarivanje prava na dostojan život.²²

Jednako odlučno treba odbaciti i ideju da djelatnost socijalne države, poput transfera sredstava ugroženim građanima zbog nezaposlenosti te garancija univerzalnih, dostupnih i, što više, besplatnih javnih usluga, demotivira građane u pronalasku zaposlenja (ili izvora povećanja prihoda). Teza da socijalna država

18 Perko-Šeparović, I., *Kriza države općeg blagostanja*, Zagreb, *Politička misao*, vol. 24, 4/1987., str. 7.

19 Mirowski, P., *Neoliberalna početnica*, Zagreb, *Diskrepancija*, vol. 12, 18/2013., str. 189-196.

20 Block, W. i dr., *Socijalna država: negativni učinci na društvo*, Zagreb, *Acta Economica Et Turistica*, vol. 1, 1/2015., str. 78-79.

21 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 85/10., pročišćeni tekst, čl. 62. st. 1.

22 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 85/10., pročišćeni tekst, čl. 63.

zarobljava siromašne u siromaštvu,²³ usput svodeći one na dnu društvene ljestvice na stereotip neradnika koji svojevoljno parazitiraju na račun poreznih obveznika, u suprotnosti je sa samim temeljima modernih ustavnih poredaka u kojima je pravo na poštovanje ljudskoga dostojanstva najviša vrednota (tako čl. 35. Ustava Republike Hrvatske te čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona Savezne Republike Njemačke čiji će značaj biti prikazan *infra*).

Pored *supra* kritiziranih stavova iz neoliberalne kritike socijalne države, moguće je izdvojiti primjedbu o pretjeranoj birokratizaciji državnog aparata putem kojeg transakcija od proračunskih sredstava do računa primatelja socijalne pomoći umanjuje sredstva namijenjena smanjenju društvenih razlika.²⁴

Valja naglasiti kako i neoliberalni model ne uspijeva riješiti problem nezaposlenosti, s obzirom na to da je osamdesetih godina puna zaposlenost prestala biti ostvarivim ciljem modernih država. Tržište može odgovoriti tek *a posteriori* kada je kriza već nastala, dok je postojećim mehanizmima nemoguće djelovati na uzroke. Stoga ne čudi da se već osamdesetih godina pojavila nova teorija, tzv. *sustainable society* koja odbacuje teoriju proizvodnje radi profita, već radi zadovoljenja osobnih potreba. Pritom se polazi od osnovnih materijalnih i nematerijalnih potreba, a prelazak s neobuzdanog tržišta na *sustainable society* počiva na regulatornim ovlastima države.²⁵

Neoliberalna doktrina zbog novih ekonomskih kriza pokazala se jednako neučinkovitom, usto još i nezainteresiranom za rješavanje problema rastućeg siromaštva i nejednakosti te su evidentni zahtjevi za reafirmacijom socijalne države. Dakako, u suvremeno doba informatizacije i globalizacije ciljevi i sredstva zlatnog doba socijalne države ostaju neostvarivi, a „stare stranke“ zapadnih demokracija ne uspijevaju iznaći nove socijalne politike koje bi se prometnule u moralna društvena načela. Na temelju navedenog evidentno je da moderna država još uvijek trpi porođajne muke pri rađanju novog modela socijalne države 21. stoljeća.

5. USPON POPULIZMA I NUŽNOST REAFIRMACIJE SOCIJALNE DRŽAVE

Prije negoli se zakorači u analizu socijalne države 21. stoljeća, potrebno je promotriti južnoeuropsku državu s kraja prošlog milenija, obrisi čijih problema se sve više ogledaju u obliku posttranzicijske Republike Hrvatske, te u razgradnju sadržaja socijalne države u tranzicijskim zemljama tijekom devedesetih godina.

Pođe li se od tipologije socijalne države Richarda Titmussa umjesto *supra* izloženih Esping-Andersenovih modela, dolazi do razlikovanja rezidualne, industrijske te institucionalne socijalne politike. Upravo se rezidualnim ili rudimentarnim može okarakterizirati model južnoeuropske socijalne države s kraja prošloga stoljeća. Takav je model karakterističan za Portugal, Španjolsku, Italiju i Grčku. U svim navedenim državama, osim Grčke, prisutan je snažan utjecaj Katoličke Crkve. Ustavi tih zemalja utemeljuju ih kao socijalne, ali takvo je određenje isključivo nominalno. U tom je

23 Block, W. i dr., op. cit., str. 85.

24 Block, W. i dr., op. cit., str. 80-81.

25 Perko-Šeparović, I., op. cit., str. 7-11.

smislu, socijalna država obilježena dualnim karakterom zaštićenog stanovništva kojem je većina socijalnih usluga dostupna i izdašna (pripadnici te skupine većinom su zaposleni u javnoj službi), dok su s druge strane spektra nezaštićeni ili slabo zaštićeni radnici privatnog sektora i nezaposleni. Socijalna prava ne počivaju na univerzalizmu i otvorenosti, kao niti na nepristranosti i solidarnosti. U zamjenu za navedeno, sustav počiva na klijentelizmu. Formalno univerzalističko načelo zdravstvenog sustava u stvarnosti je neprovedeno, a država se neznatno upliće u sferu socijalnih usluga koje su isprepletene javno-privatnim elementima. Kriza socijalne države u državama južnoeuropskoga modela je dvojaka. Niska razina zaposlenosti, demografsko starenje te slab gospodarski rast izražavaju potrebu za jačanjem socijalne uloge države – istodobno tražeći restrikcije u njezinoj proračunskoj politici, ali i u izdancima na račun ostvarenja socijalne države.²⁶

Suprotno, devedesetih godina prošlog stoljeća zemlje srednje i istočne Europe su, i one proizišle iz, tzv. Baršunaste revolucije i one nastale raspadom Jugoslavije, doživjele dvostruki šok: tranziciju iz planskoga gospodarstva (samoupravljanja, u slučaju zemalja bivše Jugoslavije) u tržišno, a usporedno s privatizacijskim procesima svjedočile su i rastakanju socijalne sigurnosti kakvu su poznavale do tada. Egalitarna raspodjela zarade, upotpunjena dobro usmjerenim obiteljskim potporama u socijalističkim zemljama, znatno je pridonijela smanjenju neravnopravnosti, a pomoć siromašnima pružana je većem broju ugroženih ponajviše sigurnim zaposlenjem te značajnim novčanim naknadama i uslugama, umjesto mehanizmima socijalne pomoći. Početkom procesa tranzicije glavnim obilježjem postsocijalističkih zemalja smatra se porast siromaštva ogledan kroz masovna otpuštanja radnika te propadanje industrijskih gradova, a fiskalna kriza smanjuje mogućnost transfernih plaćanja na ime smanjenja bujajućih nejednakosti. Iz navedenoga proizlazi da je politika sprječavanja siromaštva u tranzicijskim zemljama *de facto* nemoguća te se nužnom nametnula politika ublažavanja njegovih posljedica.²⁷

Republika Hrvatska, kao zemlja postsocijalističke tranzicije obilježena je određenim specifičnostima koje priječe njezino svrstavanje u jedan od Esping-Andersenovih ideal-tipskih modela socijalne države. Pritom niti definiranje jednog, novoga modela „post-tranzicijske“ ili „post-blokovske“ socijalne države, nije moguće s obzirom na to da su nakon 1989. godine nestankom umjetno stvorene uniformnosti otkrivene različitosti među tradicijama, razvijenosti i mentalitetima naroda pojedinih socijalističkih zemalja.²⁸ Uz uspostavu demokratskoga poretka koji je jednopartijski sustav zamijenio višestranačjem i prijelaz iz socijalističkog u tržišno gospodarstvo ističe se nepripremljenost socijalne politike takvim korjenitim društvenim promjenama. Procesi transformacije obilježeni su diskrepancijom pokušaja legitimiranja novih demokratskih vlasti i uspostave tržišta u odnosu na ostvarenje socijalne pravde kao jednog od uvjeta legitimacije suvremenih poredaka. Tako se jednim od temeljnih neuspjeha transformacije ističe proces privatizacije društvenog vlasništva čije su

26 Puljiz, V., Južnoeuropska..., cit., str. 45-49.

27 Sipos, S., Obiteljske naknade i pomoć siromašnima u Srednjoj i Istočnoj Europi, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 2, 2/1995., 169-175.

28 Puljiz, V., Socijalna politika postsocijalističkih zemalja, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 1, 1/1993., str. 83-84.

posljedice u raskoraku s idejom socijalne pravde. Nastavno na uvođenje tržišnih mehanizama i privatizaciju vezuje se porast nezaposlenosti i pad standarda.²⁹

Pritom su se u Strategiji razvoja makroekonomije 2001. isticale dvije vrste prepreka razvoju: prvu su činile psihološke i običajne prepreke ukorijenjene u egalitarnom sindromu naslijeđenom iz prošlog sustava, dok je druga počivala na percepciji „novonastalih političkih i gospodarskih procesa, društvenih troškova tranzicije i rata“.³⁰ Haramija i Njavro identificiraju pet čimbenika neuspjeha tranzicije: lošu gospodarsku strukturu naslijeđenu iz socijalizma i prevelik utjecaj politike na gospodarstvo; institucionalno nasljeđe prošloga razdoblja ponajbolje izraženo sintagmom „birokratski div“ pojačanom korupcijom; posljedično prvim dvama čimbenicima ističu loše provedenu privatizaciju; sagledavajući takvu konstelaciju odnosa pomoć zapada pokazala se nedostatnom, a međunarodna potpora tranziciji je šablonska i neprilagođena različitostima zemalja proizišlih ispod socijalističke „kape“, a naposljetku se ističe nerazvojni karakter stranih investicija.³¹

Kriza socijalne države s kraja prošlog stoljeća svoje uzroke pronalazi u usporavanju gospodarskog razvoja, deindustrijalizaciji te poražavajućim ekonomskim trendovima.³² Uz navedene vanjske čimbenike, socijalna država generira uzroke vlastita propadanja. U tom kolopletu uzročnika dominantnom se nameće činjenica da je tkivo solidarizma i univerzalizma socijalne države počivalo na homogenoj industrijskoj radničkoj klasi koja je danas tek relikvost poslijeratnog zlatnog doba.³³

Kao posljedica kriza generiranih neoliberalnim ekonomskim politikama, onom poteklom iz azijskih država 1997. te drugom, započetom 2008. u SAD-u, koja se prelila u sve sfere svjetskoga društva, ekonomski gubitnici pokazuju otpor globalizaciji, a bilježi se porast protekcionističkih težnji, poglavito u Ujedinjenom Kraljevstvu i SAD-u.³⁴ Glavni protagonisti takvih ideja populistički su pokreti koji se pojavljuju u dvama temeljnim oblicima: *mainstream* političara i radikalnih ili populista u užem smislu. *Mainstream* političari, naglašavajući svoju posebnu vezu s narodom, svoje politike predstavljaju izrazom narodne volje. Sasvim suprotno, radikalni ili populisti u užem smislu pokazuju prijezir prema demokratskim procesima, institucijama i modelu predstavničke demokracije, pritom nastojeći konstruirati sustav neposredne demokracije bez posrednika između vlasti i naroda, a okosnica je njihova djelovanja preka narod – elita.³⁵

Iako takva zamisao, teoretski gledano, potencira ideju o nekom obliku

29 *ibid.*, str. 86-87.

30 Ured za strategiju razvitka Republike Hrvatske, Hrvatska u 21. stoljeću - makroekonomija, Lovrinčević, Ž. (ur.), Zagreb, listopad 2001., str. 5., <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/Arhiva/2.%20-%201.pdf> (25. studenoga 2018.).

31 Haramija, P., Njavro, Đ., Tranzicija i njezini rezultati – zašto tranzicija iz komunističkog u demokratski sustav tržišnog gospodarstva nije ostvarila očekivanja, Zagreb, *Obnovljeni život*, vol. 71, 4/2016., str. 517.

32 Esping-Andersen, G., Nakon zlatnog doba: budućnost socijalne države u novom svjetskom poretku, Zagreb, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 3, br. 1, 1996., str. 62.

33 *ibid.*, str. 64.

34 Konya, S. i dr., Welfare and governance crises of neoliberal globalization: the new institutional economics perspective, Dubrovnik, *DIEM*, vol. 3, 1/2017., str. 369-370.

35 Derado, A., Populizam i kriza demokracije, Zagreb, *Amalgam*, 6-7/2014., str. 21-22.

demokracije, ipak je u dubokoj suprotnosti s vladavinom prava³⁶ koja jednako obvezuje narod kao suverena te izabrane narodne predstavnike na poštovanje Ustava, zakona i pravnog poretka.³⁷ Pritom krizi demokracije pridonose podjednako: razgradnja, tzv. srednje klase uzrokovana rastućom nejednakošću zapadnih ekonomija³⁸ te nesposobnost politika, tzv. *mainstream* stranaka da se nose s novonastalim društvenim problemima.³⁹ Iz navedenoga proizlazi jasan odgovor na pitanje zašto je reafirmacija socijalne države nužni uvjet očuvanja demokracije. Prije nego što se zakorači putem transformacije i reinstitucionalizacije socijalne države, potrebno je zagledati se u važnost načela socijalne države i socijalne pravde kao ustavnih vrednota i normativne podloge izgradnji nove države blagostanja.

6. **NORMATIVNI ZNAČAJ NAČELA SOCIJALNE DRŽAVE**

Krajem prošlog milenija Pusić dvoji je li socijalna država kao organizacija uspjela institucionalizirati svoj sadržaj.⁴⁰ Institucija predstavlja interese i potrebe pripadnika društva pretvorene u institucionalne svrhe. Takve su svrhe prihvaćene u društvu kao normativna očekivanja zajednice. Organizacija, nasuprot tome, svoje ciljeve izvodi iz temeljnog akta o osnivanju koji je sankcioniran i vrijedi do donošenja novog i drukčijeg propisa ili do opoziva. Svijest i poznavanje sadržaja takvog propisa i njegova internalizacija pripadnika organizacije ne igra presudnu ulogu. Upravo nevažnost mogućnosti transformacije temeljnog propisa u opća normativna očekivanja unutar zajednice daje organizaciji veću elastičnost u odnosu na visok stupanj stabilizacije i prihvaćenosti koji prate instituciju. Napokon, svaka organizacija teži protekom vremena postati institucijom, time što se ciljevi organizacije s vremenom institucionaliziraju u normativna očekivanja.⁴¹

I dok je iz *supra* izloženog vidljivo da je u svojem nastanku socijalna država sasvim sigurno organizacija, prihvatila se 1945. kao razdjelnica između dotadašnje države socijalne pomoći i države blagostanja,⁴² tada se tek u slučaju poslijeratnih država može govoriti o namjeri institucionalizacije socijalne države kao općeg načela. Kriza u zadnjoj četvrtini 20. stoljeća zaustavila je takva nastojanja zbog čega se potrebno zagledati u evoluciju ustavnosudske prakse u svrhu ustanovljenja osnovnih odrednica socijalne države.

Raspravu o ustavnosudskom značenju socijalne države olakšava posezanje za judikaturom Saveznog ustavnog suda SR Njemačke. U posljednjem kvartalu dvadesetog stoljeća Savezni ustavni sud zaključuje kako je samorazumljivo da pomoć bespomoćnima spada u obveze socijalne države, ističući zakonodavčevu normativnu slobodu pri uređenju sustava socijalne pomoći. Pritom će kršenje načela socijalne

36 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 85/10., pročišćeni tekst, čl. 3.

37 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 85/10., pročišćeni tekst, čl. 5.

38 Konya, S. i dr., op. cit., str. 370.

39 Derado, A., op. cit., str. 21.

40 Pusić, E., Uvjeti institucionalne stabilizacije socijalne države, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 3/1996., str. 205.

41 *ibid.*, str. 202.

42 *ibid.*, str. 210.

države (čl. 20. st. 1.) i jednakosti pred zakonom (čl. 3. st. 1.) iz Temelnog zakona SR Njemačke⁴³ biti tek nedostatnost dodijeljene pomoći pri udovoljenju zahtjevu socijalne pravde, time što je krug primatelja pomoći netočno određen ili što je jedna skupina, pri utvrđivanju potrebe za socijalnom zaštitom, zapostavljena (BverfGE 40, 121 (Waisenrente II)).⁴⁴ Do kraja milenija njemačka je pravna teorija zauzimala stav da je načelo socijalne države nužno zakonski konkretizirati, isključujući mogućnost ustavnosudske konkretizacije, dok je ustavnosudska interpretacija ustavnih odredbi i zakona ne samo dopuštena, već i potrebna.⁴⁵

Promijenjeno se shvaćanje najbolje ogleda u Odluci o ustavnosti odredbi II. knjige Socijalnog zakonika, tzv. Hartz IV. zakona (BverfGE 125, 175), u kojoj Savezni ustavni sud odstupa od stajališta o nemogućnosti ustavnosudske konkretizacije načela socijalne države te pristupa kreaciji prava na osiguranje osnovnog egzistencijalnog minimuma. To pravo izvodi iz prava na poštovanje ljudskoga dostojanstva (čl. 1. st. 1.) i načela socijalne države (čl. 20. st. 1.), određujući da se do donošenja nove regulative navedeno može ostvariti neposredno na temelju spomenutih odredbi Temelnog zakona SR Njemačke. Valja napomenuti kako je posebno istaknuta zakonodavčeva znatna normativna sloboda pri uređenju socijalne materije, ali je njegova diskrecija ograničena suzdržanom ustavnosudskom kontrolom takve regulacije, koja se ponajprije očituje u pitanju ocjene očigledne nedostatnosti visine davanja o egzistencijalnom minimumu te prihvatljivosti odabrane metode njegova izračuna i zakonodavčeva pridržavanja.⁴⁶

Ustavni sud Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: USRH) više je puta odlučivao o suglasnosti zakona s načelima socijalne države i socijalne pravde. U dvama recentnim rješenjima iznio je shvaćanja socijalne države i socijalne pravde koja potvrđuju njihov normativni značaj. Tako u Rješenju⁴⁷ o ocjeni suglasnosti s Ustavom Zakona o izmjeni i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju⁴⁸ i Zakona o izmjeni i dopunama Zakona o kreditnim institucijama⁴⁹ (tzv. zakona o konverziji kredita u švicarskim francima) USRH polazi od tri temeljne funkcije socijalne države kako ih definira Bačić.⁵⁰ Te se funkcije ogledaju u državnom intervencionizmu i „dirizizmu“, obvezi interveniranja u tržišnu funkciju radi umanjenja socijalnih nejednakosti i realizacije temeljnih socijalnih prava te zabrani rastakanja zakonski utemeljenih socijalnih prava.⁵¹

43 Constitution of Germany 1949 (rev. 2014), https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014?lang=en (10. ožujka 2018.)

44 Prema: Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda, Konrad Adenauer Stiftung, 2009., originalna zbirka: Jürgen Schwabe, obradio, dopunio i preveo: Edin Šaričević, str. 526.

45 Rodin, S., Ustavni sud definira socijalnu državu, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 5, 2/1998., str. 115-116.

46 Prema: Izbor odluka Ustavnog suda Savezne Republike Njemačke, Zern, T., Bauch, M., (ur.), Zaklada Konrad Adenauer, 2015., str. 208-209.

47 Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-3685/2015 i dr. od 4. travnja 2017.

48 Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju, NN, br. 102/15.

49 Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o kreditnim institucijama, NN, br. 102/15.

50 Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-3685/2015 i dr. od 4. travnja 2017., toč. 26.1.

51 Bačić, A., Prava izgubljena u tranziciji, Split, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 42., 1-2/2005., str. 5.

U ostvarenju pravednoga socijalnog poretka sadržan je zahtjev za ostvarenjem egzistencijalnog minimuma radi ostvarenja ljudskoga dostojanstva, a iz koncepta socijalne države proizlazi pravo vlasništva te obveza nositelja tog prava na doprinos općem dobru. USRH prosuđuje o zakonodavčevu balansiranj u između koncepta socijalne države i tržišnoga gospodarstva te ističe da načela socijalne države i socijalne pravde nisu pogodna neposrednom ograničenju temeljnih prava bez zakonske konkretizacije, ali istodobno su obveza države na skrb o pravednom socijalnom poretku, dok izbor modela ispunjenja te obveze ostaje pridržan zakonodavcu.⁵² Iz navedenoga proizlazi da bi USRH nastupao *ultra vires* procjenjujući svrsishodnost odabranih zakonskih mjera pri ispunjenju obveze sadržane u načelu socijalne države.⁵³

U stručnom mišljenju,⁵⁴ dostavljenom USRH pri odlučivanju o suglasnosti s Ustavom Zakona o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku⁵⁵ (tzv. *lex Agrokor*), Kostadinov ističe kako Ustav „ne jamči ni neutralnost izvršne i zakonodavne vlasti na području gospodarske politike, ni socijalno tržišno gospodarstvo koje bi isključivo podlijegalo pravilima koja poštuju tržišne mehanizme“, dok „ograničena ustavnosudska kontrola nad zakonodavcem ne odražava doktrinarni stav pasivnosti prema parlamentima, već predstavlja izraz ekonomskog ustava koji se zalaže za aktivnu ulogu država u gospodarstvu gdje sudovi smatraju da države mogu slijediti vrlo široke ciljeve u javnom interesu, uključujući interese široko shvaćene socijalne politike“. U tom smislu zaključuje kako „ustav ne određuje ni jednu ekonomsku doktrinu ni sustav ili smjer ekonomske politike jer sve što je navedeno potječe od zakonodavca.“⁵⁶ Pozivajući se na judikaturu njemačkoga Saveznog ustavnog suda napominje kako temeljna prava dobivaju novu funkciju kojom pojedinci mogu zahtijevati zaštitu od države. Takva se funkcija odražava ponajprije kroz „ograničavanje gospodarskih sloboda u ime općeg interesa kako bi se ublažila moć najbogatijih“, „ograničavanje područja primjene gospodarskih prava u korist osoba kojima je potrebna pojačana zaštita prava ... širenje zaštite ugovorne slobode na najslabije“ te ustavnosudsko ustanovljenje novoga temeljnog prava „na životni minimum dostojan čovjeka – minimum prihoda siromašnih osoba“.⁵⁷

Shvaćanje da neoliberalni individualizam ne predstavlja slobodu od socijalističkog egalitarizma, već novu vrstu neslobode, neslobode od nužde, prihvaćeno je u suvremenoj praksi ustavnih sudova te *supra* izloženo svjedoči kako je socijalna država danas doista normativni zahtjev, dok iz ekonomske neutralnosti ustava proizlazi kako neograničeno tržište i država „noćni čuvar“ nisu temeljni postulat demokracije. S tim na umu moguće je pristupiti pronalasku rješenja bremenitosti postojeće socijalne države te zakoračiti u teorijsko razmatranje njezine reafirmacije i redefinicije kao nove socijalne države 21. stoljeća.

52 Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-3685/2015 i dr. od 4. travnja 2017., toč. 26.4. i 26.6.

53 Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-3685/2015 i dr. od 4. travnja 2017., toč. 26.8.

54 Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1694/2017 i dr. od 2. svibnja 2018., toč. 10.

55 Zakon o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku, NN, br. 32/17.

56 Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1694/2017 i dr. od 2. svibnja 2018., toč. 29.5.

57 Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1694/2017 i dr. od 2. svibnja 2018., toč. 29.5.

7. POSTULATI NOVE SOCIJALNE DRŽAVE

Težeći pronalasku modela socijalne države 21. stoljeća, Esping-Andersen upozorava da su postojeći sustavi europskih socijalnih država uvelike orijentirani na zaštitu starijih osoba. Istodobno ukazuje na potrebu jačanja tržišta rada i obitelji kao izvora zaštite te ističe nužnost redefiniranja socijalnih prava koja, umjesto da zarobljavaju pojedince u sustavu pomoći, trebaju biti efikasno jamstvo životnih šansi.⁵⁸ Posebno rizičnu i ujedno dominantnu društvenu skupinu čine obitelji bez dohotka iz rada te jednoroditeljske obitelji čiji je rizik siromaštva daleko veći od klasične obitelji zlatnog doba socijalne države. Jamcem sigurnosti takvih obitelji Esping-Andersen ponajprije ističe zaposlenost majke.⁵⁹

Takvo stajalište ujedno odražava drugo lice solidarizma novog tisućljeća te je solidarnost kao obrana od nužde dopunjena solidarnošću kao izrazom spolne ravnopravnosti i emancipacije. Uz to, nužnim se nameće pitanje produljenja radnog vijeka koje bi pratilo rast kvalitete života i produljenje očekivane životne dobi, a prioritetnom politikom ističe ulaganje u djecu i mlade.⁶⁰

S obzirom na to da se socijalna država uspjela institucionalizirati, rijetke su države uspjele provesti radikalne zaokrete u smjeru deregulacije i liberalizacije. Države koje se opiru liberalizaciji opterećene su visokim stopama nezaposlenosti, dok je onima obilježenim deregulacijom, uz uspješniju politiku zapošljavanja, svojstvena rastuća nejednakost i siromaštvo. Stoga se potrebno zagledati u primjere Australije i Kanade u kojima je liberalizacija praćena povećanjem socijalnih potpora najugroženijima te skandinavskih zemalja koje se reorijentiraju od sustava pasivnih dohodovnih potpora k snaženju aktivnih politika zapošljavanja i ulaganja u ljudski kapital uz provođenje socijalnih mjera u cilju sprječavanja koncentracije nejednakosti.⁶¹

Umjesto ustrajanja na liberalizaciji i deregulaciji djelatnosti socijalne države, potrebno je poraditi na njezinoj transformaciji od pasivne prema aktivnoj socijalnoj državi. Pasivna socijalna država počiva na sustavu državnih transfera koji nerijetko rezultiraju povećanjem stope dobrovoljne nezaposlenosti, ne stimulira poduzetništvo, zaposlenje i učinkovitost te se zbog time izazvanog smanjenja državnih prihoda dovodi u pitanje mogućnost osiguranja djelatnosti socijalne države i njezinih javnih usluga. Posežući za javnim dugom kao instrumentom namicanja novčanih sredstava, pasivna socijalna država prebacuje teret troškova na dolazeće naraštaje te današnju humanost pretače u krajnje nehuman pristup prema budućim generacijama.⁶²

8. PRIJELAZ PREMA AKTIVNOJ SOCIJALNOJ DRŽAVI

Kao vodilja na putu „aktivacije“ socijalne države svakako se nameće suvremeni

58 Esping-Andersen, G., Kakva socijalna država za XXI. stoljeće? Konvergencije i divergencije europskih država, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 8, 3/2001., str. 311.

59 *ibid.*, str. 313.

60 *ibid.*, str. 317.

61 Esping-Andersen, G., Nakon..., cit., str. 64.

62 Ivanov, M., Porezna presija i blagostanje u socijalnoj državi: slučaj Hrvatske, Zagreb, Ekonomija = Economics, vol. 18, 1/2011., str. 30.

skandinavski model socijalne politike koja je neizostavan segment cjelovite ekonomske politike, a počiva na pretpostavci osiguranja osnovnoga životnog standarda socijalno ugroženima. Socijalna je politika posebno usmjerena na smanjenje siromaštva, jačanje zajedništva, pomoć mladima te rješavanje problema dugoročne nezaposlenosti. Financiranje tih djelatnosti u prvom redu osigurava država, zatim poslodavci, dok osiguranici sudjeluju manje.⁶³

Provođenje mjera socijalne politike većinski počiva na lokalnoj razini dok je uspostava ekonomskog i normativnog okvira pridržana središnjoj državi.⁶⁴ Tomu u prilog svjedoči trend remunicipalizacije javnih službi na tržištu energenata, ali i drugih gospodarskih javnih službi,⁶⁵ u okviru Europske unije kao pokušaja njihova povratka pod državno okrilje. Pritom je uz osiguranje normativnog okvira političke i upravne decentralizacije imperativno stvaranje stabilnog financijskog okvira lokalnih jedinica u okviru fiskalne decentralizacije s obzirom na samoevidentnost povezanosti financijske i autonomije odlučivanja. Posebnu pozornost valja obratiti kako se stremljenja ka financijskoj autonomiji ne bi negativno odrazila na mjere šire fiskalne politike središnje vlasti dovodeći do stanja „fiskalnoga kaosa“.⁶⁶

Hrvatski je zakonodavac već na početku decentralizacijskih stremljenja 2000-ih, definirajući izvore prihoda lokalnih jedinica Zakonom o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, uspostavio tri penalna porezna oblika (na neobrađeno obradivo poljoprivredno zemljište, nekorištene poduzetničke nekretnine i neizgrađeno građevno zemljište). Takvo zakonodavčevo nerazumijevanje temeljnih postulata porezno-pravne teorije dovelo je do toga da je USRH ukinuo odredbe spomenutoga zakona⁶⁷ radi njihove eklatantne suprotnosti s ustavnim jamstvom prava vlasništva⁶⁸ i aksiomima hrvatskog porezno-pravnoga sustava.⁶⁹ Time je potvrđeno stajalište prema kojem su porezi u službi građana, a ne sredstvo njihova sankcioniranja.⁷⁰ Pritom su se sami financijski učinci djelovanja takvih protuustavnih poreza prije ukidanja pokazali nevažnim.⁷¹

Proizlazi kako iako potrebna, decentralizacija mora biti provedena uzimajući u

63 Krtalić, S., Kakva će biti nordijska socijalna država u 21. stoljeću, Zagreb, Ekonomski pregled, vol. 55, 1-2/2004., str. 55-56.

64 *ibid.*, str. 63.

65 V. Wollman, H., Provision of Public Services in European Countries: From Public/Municipal to Private and Reverse?, Zagreb, Hrvatska i komparativna javna uprava, vol. 11, 4/2011.

66 Rogić Lugarić, T. Normativna decentralizacija u Hrvatskoj i njezine granice, Zagreb, Društvena istraživanja, vol. 14, 6/2005., str. 1179.

67 Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-I-1559/2001 U-I-2355/2002 od 21. veljače 2007., toč. 8.

68 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 85/10., pročišćeni tekst, čl. 48. st. 1.

69 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 85/10., pročišćeni tekst, čl. 51.

70 Cindori, S. i Kuzelj, V., Inadmissibility of penal and confiscatory taxes, 5th International Multidisciplinary Scientific Conference on Social Sciences and Arts SGEM 2018, Conference Proceedings, Volume 5, Modern Science, Issue 1.2, Secretariat Bureau (ur.), Albena, STEF 92 Technology, 2018., str. 587-589.

71 „Drugi pak, financijski učinci zakonom omogućenih novih lokalnih poreza: primjerice, poreza na neizgrađeno građevno zemljište, na neobrađeno obradivo zemljište i na nekorištene poduzetničke nekretnine, beznačajni su.” Rogić Lugarić, T., *op. cit.*, str. 1187.

obzir potrebe: očuvanja određene razine jedinstvenosti i jednakosti pri oporezivanju; razgraničenja ovlasti središnje i decentraliziranih jedinica; osiguranja transparentnosti i odgovornosti jedinica glede ubiranja i raspolaganja prihodima; provođenja vodoravnog fiskalnog izravnanja u cilju uklanjanja gospodarskih i socijalnih neravnoteža među jedinicama.⁷² Iz pregleda uvjeta pravilno provedene decentralizacije nameće se pitanje stvarne mogućnosti hrvatskih lokalnih jedinica na participaciju u izgradnji socijalno osjetljivog društva temeljenog na skandinavskom modelu koji se i sam, opirući se idejama neoliberalizma, redefinirao.

Periodične su krize u obliku inflacije i rastuće nezaposlenosti opstojnost skandinavskoga modela činile upitnom. Usprkos određenom stupnju liberalizacije tijekom devedesetih godina prošloga stoljeća pogrešno je govoriti o rastakanju skandinavskog modela socijalne države. Istraživanja pokazuju kako izdašnost socijalnih programa skandinavskih zemalja time nije znatnije narušena. Štoviše, socijalna država utkana je u biće tih zemalja tako da niti desne opcije pri dolasku na vlast nisu dovodile u pitanje postojeće razine socijalne zaštite, a u svijesti je građana vidljivo opredjeljenje za javno financiranje ključnih sadržaja socijalne države porezima i doprinosima. Navedeno potiče na zaključak kako u Skandinaviji legitimnost demokracije počiva na legitimaciji socijalnih reformi.⁷³

Posebno valja istaknuti danski primjer ostvarenja, tzv. *flexicurity* modela kao kombinacije fleksibilnog tržišta rada i adekvatnog osiguranja od nesigurnosti koji se očituje u: fleksibilizaciji radnog odnosa, aktivnom provođenju koncepta cjeloživotnog učenja, efikasnim i aktivnim politikama tržišta rada te modernom sustavu socijalnog osiguranja. Cilj je takvog pristupa omogućiti veću pokretljivost radne snage uz državno jamstvo egzistencije u međuperiodu između prestanka starog i zasnivanja novog radnog odnosa. Tako je *flexicurity* model najlakše definirati sustavom socijalne zaštite aktivnih radnika. Posebnost i razlog uspješnosti danskog modela upućuje na, tzv. „zlatni trokut“ međupovezanih *flexicurity* mjera: visoka razina mobilnosti rada upotpunjena visokim stupnjem socijalne sigurnosti i politika, tzv. „aktivacije“ radništva u smislu sudjelovanja u programima doškoloavanja, preškoloavanja i cjeloživotnog učenja kao mjere za poticanje aktivnosti radnika i aktivne pomoći u pronalasku zaposlenja.⁷⁴

Ovakav model prihvaća shvaćanje da usprkos konsenzusu kako je ulaganje u ljudski kapital nužnost održanja i razvoja, takav jednodimenzionalni cilj ne može voditi ka ostvarenju dobrobiti praćene učinkovitošću jer sposobnost pri iskorištavanju obrazovanja kao budućeg resursa uvelike ovisi o socijalnim uvjetima obitelji. Stoga su, iako naizgled pasivne, naknade za nezaposlenost i održanje dohotka *conditio sine qua non* ostvarenja jednakosti šansi.⁷⁵

Kako je već navedeno, socijalna država danas nije tek država socijalnog osiguranja, već teži institucionalizaciji u državu općeg blagostanja. Njezine se zadaće

72 *ibid.*, str. 1179.

73 Munta, M., Model države blagostanja u političkom životu Skandinavije: stranački sustavi i socijalne politike, Zagreb, Politička misao, vol. 51, 3/2014., str. 129-134.

74 Obadić, A., The Danish flexicurity labour market policy concept, Zagreb, EFZG working paper series, 4/2009., str. 5-10.

75 Esping-Andersen, G., Kakva..., cit., str. 323.

ogledaju u osiguranju socijalne sigurnosti, javnih usluga, ali i mogućnosti aktivnog sudjelovanja i potpore tržištu. Potonja je djelatnost socijalne države omogućena upravo *supra* izloženom ekonomskom neutralnošću ustava, a država poseže za mjerama industrijske politike kao glavnim instrumentom njezina ostvarenja. Današnje se poimanje industrijske politike razlikuje od strukturalističkih shvaćanja iz zlatnog doba socijalne države, zasnovanih na snažnoj državnoj intervenciji, nepovjerenju u tržište i planiranju u cilju preusmjerenja investicija u odabrane gospodarske grane. Niti neoliberalno uvjerenje o samoispravljujućoj moći tržišta s kraja sedamdesetih godina nije više aktualno.⁷⁶ Srednji je put odabran u suvremenosti te se današnja industrijska politika zasniva na supostojanju i suradnji centralne države i decentralizirane tržišne strukture.

Ustupak neoliberalnoj teoriji očituje se u državnom nemiješanju u poslove koje tržišna struktura obavlja učinkovitije, dok se strukturalizam nazire u državnoj intervenciji u cilju sprječavanja i ispravljanja tržišnih neuspjeha. Tako se razlikuju metode pozitivnog i negativnog restrukturiranja. Metoda pozitivnog restrukturiranja temelji se na prepoznavanju obećavajućih industrijskih grana u koje će država ulagati ne bi li time potaknula razvoj, čiji će se rezultati prelići na društvo u cjelini. Metoda negativnog restrukturiranja pretpostavlja odabir grana koje se u trenutnoj tržišnoj konstelaciji nalaze na drugoj, gubitničkoj strani spektra, te je njihov opstanak bez tržišne intervencije malo vjerojatan. Pri ocjeni o tome koje „gubitaše“ vrijedi pomagati potrebno je cijeniti dugoročnu održivost tih grana, ali i troškove za društvo ako bi izostala takva državna intervencija.⁷⁷

Nastavno na navedeno, iako nedvojbeno socijalna država, posttranzicijska Republika Hrvatska eklatantan je primjer pasivne socijalne države. Osnovne joj se djelatnosti temelje na održanju *statusa quo*, što dovodi do povećanja javnog duga, pada nataliteta i smanjenja broja radno aktivnog stanovništva, pritom čineći upitnim ispunjenje zadaća socijalne države u budućnosti. Zbog toga bi se kao imperativ trebalo nametnuti udruženje hrvatske socijalne i industrijske politike, snagom proizišlom iz Ustava kao najvišeg i obvezujućeg akta, transformirajući Republiku Hrvatsku u aktivnu socijalnu državu – državu sigurnosti i prilika. Kako današnja razina socijalne sigurnosti ne bi postala tek relikv prošlosti i nedosanjan san budućih generacija, suvremena država treba posegnuti za fiskalnim suverenitetom kao najvažnijim izrazom suverene vlasti.

Porezna je država odlika svih suvremenih zapadnih demokracija. Iako formalno odijeljena od gospodarstva, ta su dva kraka isprepletana činjenicom da ona većinu svojih sredstava namiče porezima koji su, u konačnici, tek državni udio u prihodima ostvarenim na tržištu.⁷⁸ Porezni suverenitet, proizišao iz fiskalnog suvereniteta Republike Hrvatske, ograničen je konstitucionalizacijom socijalno-političkih načela

76 Kesner-Škreb, M., Industrijska politika – teorijski okvir državne intervencije, Ideje o ekonomskoj politici/Uroš Dujšin; Ekonomska politika u Republici Hrvatskoj/Mladen Vedriš, Uroš Dujšin, u suradnji s Ružicom Šimić Banović, Nenadom Rančićem, Zagreb, Pravni fakultet, Zagreb, 2012., str. 245-247.

77 *ibid.*, str. 250-254.

78 Lončarić-Horvat, O., Osnove općega poreznog prava – uloga poreza u poreznoj i pravnoj državi, Zagreb, Pravo i porezi, 7/2000., str. 3.

oporezivanja, pravednosti i jednakosti, te načelom doprinošenja podmirenju javnih izdataka u skladu s gospodarskim mogućnostima.⁷⁹

Dok se navedene ustavne odredbe trebaju smatrati polazišnom točkom pri ocjeni pravednosti poreznog sustava, koncept socijalne države današnjice te načela socijalne pravde i jednakosti postavljaju dodatne uvjete pri ostvarenju porezne države kao emanacije socijalne države. Pravedna raspodjela socijalnog tereta dopunjena je zadaćom planiranja gospodarskog razvoja, sudjelovanjem u kreiranju novoga socijalnog poretka te osiguranjem pomoći potrebitima.⁸⁰ Upravo upravljanjem poreznih prihoda na zadovoljenje javnih potreba, a uz poštovanje načela pravednosti u suvremenim demokracijama, pravo na oporezivanje ne zahtijeva opravdanje,⁸¹ već se nameće pretpostavkom ostvarenja zadaća socijalne države.

U tom svjetlu, Jelčić ističe kako visina poreza nije izraz proizvoljnosti zakonodavca već je određena javnim potrebama. Navedeni stav objašnjava vječnom aktualnošću, tzv. Wagnerova zakona u socijalnoj državi prema kojem porast državnih djelatnosti nužno prati porast javnih rashoda, a time i potreba za namicanjem sredstava putem poreza.⁸² Stoga je, u cilju praćenja skandinavskoga primjera u institucionaliziranoj socijalnoj državi, presudno osvijestiti građane o važnosti poreza i njihovoj ulozi u izgradnji države općeg blagostanja. Iako je stupanj gospodarskog razvoja Republike Hrvatske daleko od zemalja Skandinavije, a samim time i izdašnost mjera socijalne politike je proporcionalno manja, valja težiti ostvarenju socijalne države utemeljene na duhu solidarizma. Pritom valja podsjetiti kako se počeci socijalne državnosti nisu javili u najindustrijaliziranim zemljama niti je njihov opseg tamo bio najširi. Naprotiv, najširi socijalni programi javili su se upravo u tada manje razvijenoj Njemačkoj i relativno nerazvijenim „perifernim europskim zemljama kakve su pred kraj prošlog (19., *op. a.*) stoljeća bile skandinavske“.⁸³ Oslanjajući se na svoj fiskalni suverenitet i slijedeći primjere skandinavske solidarnosti ogledane u danskom primjeru, Republika Hrvatska treba težiti kreaciji vlastite inačice *flexicurity* modela u oživotvorenju ustavnih vrednota socijalne države i socijalne pravde te reinstitucionalizacije kao države općega blagostanja 21. stoljeća.

9. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Poznavanje nastanka i evolucije socijalne države i njezinih modela, konstitucionalizacije socijalnih prava i krize države blagostanja nužno je pri pokušaju pronalaska modela nove socijalne države.

Iz ustavnog određenja Republike Hrvatske proizlazi njezin normativni značaj kao

79 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 85/10., pročišćeni tekst, čl. 51.

80 Lončarić-Horvat, O., Promjene u oporezivanju dohotka u Republici Hrvatskoj s motrišta porezne pravednosti, Zagreb, Pravo i porezi, 9-10/2010., str. 4.

81 Goreta, M. i dr., Originarni i derivativni prihodi države, Šibenik, Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, 1-2/2016, str. 188.

82 Jelčić, B., Promjene u udjelu poreza u bruto društvenom proizvodu, Spomenica prof. dr. sc. Juri Šimoviću, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2017., str. 148-149.

83 Puljiz, V., Determinante razvoja socijalne politike, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 4., 2/1997., str. 114.

obveze zakonodavca na djelovanje u cilju smanjenja nejednakosti, jamstva jednakosti šansi i osnovnog egzistencijalnog minimuma potrebnog za očuvanje ljudskoga dostojanstva. Ekonomska neutralnost ustava pritom ostavlja široku normativnu slobodu u odabiru modela intervencije radi ispravljanja posljedica tržišnih neuspjeha.

Time su zadaće suvremene socijalne države proširene, pritom nadilazeći osnovne zadaće socijalnog osiguranja i javnih službi. Teži se ostvarenju države s karakteristikama aktivnog poticatelja i sukreatora tržišnih odnosa, kompetencije ljudskoga kapitala te jamca sigurnosti od nužde i ljudskoga dostojanstva. Idejna koncepcija socijalne države 21. stoljeća ne staje na socijalnoj politici, već obuhvaća industrijsku, obrazovnu, demografsku, zdravstvenu te politiku jednakosti šansi mladih, sigurnosti radnika, osiguranja starije populacije i ravnopravnosti spolova, objedinjene u pojmu ljudskoga dostojanstva. Zbog toga suvremena socijalna država zahtijeva opći konsenzus oko vlastita sadržaja, dok se pojavnost modela ostvarenja tako prihvaćenog sadržaja može prilagođavati sukladno bilu naroda oslikanom u demokratskom izbornom procesu.

Bremenitost tako shvaćene socijalne države leži u povećanim rashodima koji se namiruju na temelju njezina fiskalnog suvereniteta. Porezna država kao emanacija socijalne države predstavlja stvarnost zapadnih demokracija, a fiskalni suverenitet kao izraz državne vlasti najpogodniji modalitet izgradnje nove države blagostanja, pri čemu porezi ostaju dominantan način prikupljanja sredstava za osiguranje njezinih djelatnosti. Učenjem na pogreškama prošlih sustava, jačanjem poreznog kapaciteta, uz uvažavanje ustavnih ograničenja oporezivanja te približavanjem skandinavskom modelu aktivne socijalne države financiranom pretežno porezima, pružajući istodobno sigurnost i mobilnost, moguće je izgraditi novu socijalnu državu – državu opće solidarnosti!

LITERATURA

Knjige i članci

1. Bačić, Arsen, Prava izgubljena u tranziciji, Split, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 42, 1-2/2005., str. 1-19.
2. Block, Walter, Knight, Victoria, Simpson, David, Socijalna država: negativni učinci na društvo, Zagreb, Acta Economica Et Turistica, vol. 1, 1/2015., str. 77-93.
3. Cindori, Sonja, Kuzelj, Valentino, Inadmissibility of penal and confiscatory taxes, 5th International Multidisciplinary Scientific Conference on Social Sciences and Arts SGEM 2018, Conference Proceedings, Volume 5, Modern Science, Issue 1.2, Secretariat Bureau (ur.), Albena, STEF 92 Technology, 2018., str. 583-590.
4. Derado, Augustin, Populizam i kriza demokracije, Zagreb, Amalgam, 6-7/2014., str. 19-36.
5. Dicke, Klaus, Pravna državnost i socijalna državnost – relativiziranje ili jačanje demokratskog načela u ustavnoj državi?, Zagreb, Politička misao, vol. 35, 3/1998., str. 78-91.
6. Dokić, Marko, Preobražaji teorije blagostanja, Zagreb, Prolegomena, vol. 15, 2/2016., str. 189-208.
7. Esping-Andersen, Gøsta, Kakva socijalna država za XXI. stoljeće? Konvergencije i divergencije europskih država, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 8, 3/2001., str. 309-324.

8. Esping-Andersen, Gøsta, Nakon zlatnog doba: budućnost socijalne države u novom svjetskom poretku, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 1/1996., str. 59-80.
9. Goreta, Mirko, Peran, Branko, Vukošić, Kristina, Originarni i derivativni prihodi države, Šibenik, Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, 1-2/2016, str. 183-190.
10. Haramija, Predrag, Njavro, Đuro, Tranzicija i njezini rezultati – zašto tranzicija iz komunističkog u demokratski sustav tržišnog gospodarstva nije ostvarila očekivanja, Zagreb, Obnovljeni život, vol. 71, 4/2016., str. 515-528.
11. Ivanov, Marijana, Porezna presija i blagostanje u socijalnoj državi: slučaj Hrvatske, Zagreb, Ekonomija = Economics, vol. 18, 1/2011., str. 21-38.
12. Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda, Konrad Adenauer Stiftung, originalna zbirka: Jürgen Schwabe, obradio, dopunio i preveo Edin Šarićević, 2009.
13. Izbor odluka Ustavnog suda Savezne Republike Njemačke, Zern, Tobias i Bauch Martin (ur.), Zagreb, Zaklada Konrad Adenauer, 2015.
14. Jelčić, Božidar, Promjene u udjelu poreza u bruto društvenom proizvodu, u: Spomenica prof. dr. sc. Juri Šimoviću, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2017., str. 147-162.
15. Kesner-Škreb, Marina, Industrijska politika – teorijski okvir državne intervencije, Ideje o ekonomskoj politici/Uroš Dujšin; Ekonomska politika u Republici Hrvatskoj/Mladen Vedriš, Uroš Dujšin u suradnji s Ružicom Šimić Banović, Nenadom Rančićem, Zagreb, Pravni fakultet, 2012., str. 245-257.
16. Konya, Sevilay, Karaçor, Zeynep, Yardimci, Pinar, Welfare and governance crises of neoliberal globalization: the new institutional economics perspective, Dubrovnik, DIEM, vol. 3, 1/2017., str. 361-380.
17. Krtalić, Sandra, Kakva će biti nova socijalna država u 21. stoljeću, Zagreb, Ekonomski pregled, vol. 55, 1-2/2004., str. 44-65.
18. Lončarić-Horvat, Olivera, Osnove općega poreznog prava – uloga poreza u poreznoj i pravnoj državi, Zagreb, Pravo i porezi, 7/2000., str. 3-5.
19. Lončarić-Horvat, Olivera, Promjene u oporezivanju dohotka u Republici Hrvatskoj s motrišta porezne pravednosti, Zagreb, Pravo i porezi, 9-10/2010., str. 3-4.
20. Lončarić-Horvat, Olivera, Socijalna država i posredni porezi, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 2, 2/1995., str. 115-121.
21. Miličić, Vjekoslav, Socijalna država, država blagostanja, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 5, 4/1998., str. 261-267.
22. Mirowski, Philip, Neoliberalna početnica, Zagreb, Diskrepancija, vol. 12, 18/2013., str. 189-204.
23. Munta, Mario, Model države blagostanja u političkom životu Skandinavije: stranački sustavi i socijalne politike, Zagreb, Politička misao, vol. 51, 3/2014., str. 123-138.
24. Obadić, Alka, The Danish flexicurity labour market policy concept, Zagreb, EFZG working paper series, 4/2009., str. 1-15.
25. Perko-Šeparović, Inge, Kriza države općeg blagostanja, Zagreb, Politička misao, vol. 24, 4/1987., str. 5-12.
26. Puljiz, Vlado, Bismarckove socijalne reforme, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 2, 3/1995., str. 243-247.
27. Puljiz, Vlado, Determinante razvoja socijalne politike, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 4, 2/1997., str. 111-121.
28. Puljiz, Vlado, Francuska: spor uspon socijalne države, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 2, 4/1995., str. 337-343.
29. Puljiz, Vlado, Južnoeuropska socijalna država, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 1/1996., str. 45-49.
30. Puljiz, Vlado, Korijeni skandinavskog solidarizma, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 1/1996., str. 51-57.

31. Puljiz, Vlado, Programi socijalne sigurnosti u Sjedinjenim Američkim Državama, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 2, 1/1995., str. 61-66.
32. Puljiz, Vlado, SAD: liberalizam, filantropija i Rooseveltove socijalne reforme, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 4, 1/1997., str. 55-62.
33. Puljiz, Vlado, Socijalna politika postsocijalističkih zemalja, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 1, 1/1993., str. 83-90.
34. Puljiz, Vlado, Velika Britanija: od zakona za siromašne do laburističkih socijalnih reformi, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 2/1996., str. 159-165.
35. Pusić, Eugen, Uvjeti institucionalne stabilizacije socijalne države, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 3/1996., str. 201-216.
36. Ravnić, Anton, Socijalna država i država blagostanja, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 3/1996., str. 239-250.
37. Rodin, Siniša, Ustavni sud definira socijalnu državu, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 5, 2/1998., str. 111-118.
38. Rogić Lugić, Tereza, Normativna decentralizacija u Hrvatskoj i njezine granice, Zagreb, Društvena istraživanja, vol. 14, 6/2005., str. 1175-1198.
39. Sipos, Sándor, Obiteljske naknade i pomoć siromašnima u Srednjoj i Istočnoj Europi, Zagreb, Revija za socijalnu politiku, vol. 2, 2/1995., str. 169-178.
40. Wollman, Hellmut, Provision of Public Services in European Countries: From Public/Municipal to Private and Reverse?, Zagreb, Hrvatska i komparativna javna uprava, vol. 11, 4/2011., str. 889-910.

Pravni izvori

1. Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 85/10 (pročišćeni tekst).
2. Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o kreditnim institucijama, NN, br. 102/15.
3. Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju, NN, br. 102/15.
4. Zakon o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku, NN, br. 32/17.

(Ustavno)sudska praksa

1. Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-I-1559/2001 U-I-2355/2002 od 21. veljače 2007.
2. Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-3685/2015 i dr. od 4. travnja 2017.
3. Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1694/2017 i dr. od 2. svibnja 2018.

Vrela s interneta

4. Constitution of Germany 1949 (rev. 2014), https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014?lang=en (10. ožujka 2018.).
5. The Reich Constitution of August 11th 1919 (Weimar Constitution) with Modifications, čl. 151. st. 1., http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php (6. lipnja 2018.).
6. Ured za strategiju razvitka Republike Hrvatske, Hrvatska u 21. stoljeću - makroekonomija, Lovrinčević, Željko (ur.), Zagreb, listopad 2001., prema: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/Arhiva/2.%20-%201.pdf> (25. studenoga 2018.).

Sonja Cindori*
Valentino Kuzelj**

Summary

EXEMPLIS DISCIMUS: REAFFIRMATION OF VALUES AND REDEFINITION OF CONTENT OF SOCIAL STATE IN NEW CENTURY

Economic crises from the last decade of 20th and the beginning of 21st century actualize controversies about the role of state in the socio-economic life of the society. Populist movements that arose from latest large economic crisis in 2008, by promising the realization of social state, are actually aiming for dissolution of democracy. Considering that it is imperative to know about genesis of social state, its constitutionalization and strengthening of solidarity in the post-war years of second half of 20th century. With a goal of strengthening social state it is indispensable to observe the neoliberal critique of its conception and – by the authority of interpretation of social state and social justice principles that arose from recent Constitutional Court jurisprudence – to approach to reaffirmation of social state concept as new welfare state. Role model on the path to reaffirmation and redefinition should be Scandinavian social state, especially Danish realization of so called flexicurity model. Optimal instrument in its realization should be fiscal sovereignty of a state. By strengthening states taxation capacity, and respecting the constitutional limits of taxation, it is possible to get closer to realization of Scandinavian model of active social state that guarantees both security and mobility, and to build new welfare state on these grounds.

Keywords: *social state; welfare state; social justice; solidarity; fiscal sovereignty; fiscal state.*

Zusammenfassung

EXEMPLIS DISCIMUS: BEKRÄFTIGUNG DER WERTE UND WIEDERDEFINIERUNG DES SOZIALSTAATES IN NEUEM JAHRHUNDERT

Die Wirtschaftskrisen vom Ende des 20. und Beginn des 21. Jahrhunderts

* Sonja Cindori, Ph.D., Associate Professor, University of Zagreb, Faculty of Law, scindori@pravo.hr.

** Valentino Kuzelj, student, University of Zagreb, Faculty of Law, valentino.kuzelj01@gmail.com.

aktualisieren die Streitigkeiten über die Rolle des Staates in sozialem und wirtschaftlichem Gesellschaftsleben. Die von den Folgen der letzten Krise aus 2008 ausgehenden populistischen Bewegungen haben das Ziel, die demokratische Ordnung aufzulösen, indem sie sich auf den Sozialstaat und die soziale Gerechtigkeit berufen. Deshalb muss man sich unbedingt in der Entstehung des Sozialstaates, seiner Konstitutionalisierung und der Stärkung von Solidarität in den Nachkriegsjahren der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts auskennen. Mit dem Ziel der Stärkung des Sozialstaates soll man die neoliberale Kritik dessen Begriffs in Betracht ziehen und durch die Auslegung des aus der jüngsten Rechtsprechung des Verfassungsgerichts ausgehenden Grundsätze des Sozialstaates und der sozialen Gerechtigkeit die Rechtsfigur des Sozialstaates als eines Wohlfahrtsstaates bekräftigen. Als Vorbild für die Bekräftigung und Wiederdefinierung des Sozialstaates kann das skandinavische Modell dienen, insbesondere die dänische Realisierung des sog. Flexicurity-Modells, wobei das optimale Mittel dafür die staatliche Steuerhoheit ist. Durch die Stärkung der Steuerkapazität und der Anerkennung verfassungsrechtlicher Beschränkungen der Besteuerung kann man sich dem skandinavischen Modell des aktiven Sozialstaates als Bürgen der Sicherheit und Mobilität nähern und einen neuen Staat der allgemeinen Solidarität ausbauen.

Schlüsselwörter: *Sozialstaat; Wohlfahrtsstaat; soziale Gerechtigkeit; Solidarität; Steuerhoheit; Steuerstaat.*

Riassunto

EXEMPLIS DISCIMUS: RIAFFERMAZIONE DEL VALORE E RIDEFINIZIONE DEL CONTENUTO DI STATO SOCIALE NEL NUOVO SECOLO

Le crisi economiche della fine del XX e dell'inizio del XXI secolo attualizzano la diatriba circa il ruolo dello stato nella vita socio-economica della società. I movimenti populistici sorti come reazione all'ultima grande crisi del 2008, richiamando lo stato sociale e la giustizia sociale volgono alla dispersione dell'ordinamento democratico. Pertanto si pone l'imperativo della conoscenza della nascita dello stato sociale, della sua costituzionalizzazione e del rafforzamento della solidarietà generale nel periodo postbellico della seconda metà del XX secolo. Al fine di rafforzare lo stato sociale è necessario valutare la critica neoliberale relativa alla sua concezione e con la forza dell'interpretazione del principio dello stato sociale e della giustizia sociale emersi dalla recente giurisprudenza della Corte costituzionale approcciarsi alla riaffermazione dello stato sociale quale stato di benessere generale. La via sul cammino della riaffermazione del valore e della ridefinizione del contenuto viene indicata dal modello scandinavo dello stato sociale, in particolare dal modello danese della c.d. *flexicurity*; mentre il mezzo più opportuno per la sua realizzazione viene

individuato nella realizzazione della sovranità fiscale dello stato. Con il rafforzamento della capienza fiscale, rispettando le limitazioni fiscali costituzionalmente garantite, è possibile avvicinarsi al modello scandinavo dello stato sociale attivo quale garante della sicurezza e della mobilità al fine di costruire uno nuovo stato di solidarietà generale.

Parole chiave: *stato sociale; stato di benessere; giustizia sociale; solidarietà, sovranità fiscale; stato fiscale.*

SPECIFIČNOSTI VRŠENJA INSPEKCIJSKIH FUNKCIJA U OBLASTI RADA, RADNIH ODNOSA I SIGURNOSTI NA RADU

Izv. prof. dr. sc. Ivo Rozić*
Doc. dr. sc. Emir Mehmedović**

UDK: 331.4
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.8>
Ur.: 10. travnja 2019.
Pr.: 30. svibnja 2019.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se analizira pitanje intenziteta vršenja temeljnih funkcija inspeksijskog nadzora – preventivne, korektivne i represivne funkcije u kontekstu inspekcije rada. Iako predstavljaju funkcije zajedničke svim oblastima inspeksijskih nadzora, obim i intenzitet vršenja navedenih funkcija ovisi od oblasti inspeksijskog nadzora. Pored toga, u okviru određene oblasti, obim korištenja navedenih funkcija inspeksijskog nadzora zavisi i o stupnju razvijenosti (i kvalitete) sektorske politike, ali i oblika organiziranja inspeksijske službe. Zbog njegove društvene i gospodarske važnosti, kao i subjekata na koje utječe (gospodarskih društava i uposlenih), oblast rada, radnih odnosa i sigurnosti na radu traži prilagođen pristup u inspeksijskom nadzoru. U oblasti rada, radnih odnosa i sigurnosti na radu preventivna funkcija ima, ili bi barem trebala da ima, dominantn(ij)u ulogu u odnosu na korektivnu i represivnu funkciju inspeksijskog nadzora.

Ključne riječi: *inspeksijske službe; sektorska politika; preventivna funkcija; korektivna funkcija; represivna funkcija.*

1. UVOD

Inspeksijske službe svoj društveni značaj i ulogu prvenstveno ostvaruju vršeći upravni nadzor, koji je, nakon poslova izvršavanja zakona i drugih propisa, jedan od najvažnijih poslova uprave.¹ Poslovi inspeksijskog nadzora vrše se prvenstveno radi osiguranja dosljedne primjene propisa, ali i radi identificiranja njihovih slabosti i nedostataka u praksi u cilju njihove prilagodbe društvenoj realnosti.² Inspeksijske

* Dr. sc. Ivo Rozić, izvanredni profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, ivo.rozic@pf.sum.ba.

** Dr. sc. Emir Mehmedović, docent, Fakultet za upravu Univerziteta u Sarajevu, emir.mehmedovic@fu.unsa.ba.

1 Dedić, S., *Upravno pravo Bosne i Hercegovine*, Bihać-Sarajevo, Pravni fakultet u Bihaću, Magistrat, 2000., str. 253.

2 Perišić, S., *Organizacija i principi inspeksijskog nadzora*, doktorska disertacija, Niš, Pravni

službe pri vršenju nadzora mogu djelovati poduzimanjem preventivnih, korektivnih i represivnih mjera³ te se, sukladno njemu, funkcije inspekcijskog nadzora nazivaju: 1) preventivna, 2) korektivna i 3) represivna funkcija. Svaka od navedenih funkcija ima svoj *raison d'être* (razlog postojanja), svoje specifičnosti i domete.

Iako navedene funkcije obavljaju sve inspekcijske službe, u pojedinim oblastima inspekcijskog nadzora, ovisno o objektu zaštite, njegovom društvenom značaju i javnoj politici (u određenom sektoru), u fokusu pažnje mogu biti određene funkcije, dok druge mogu imati manji značaj i utjecaj.

Oblast rada, radnih odnosa i sigurnosti na radu jedna je od najvažnijih oblasti društvenog života. Nadzor nad primjenom propisa koji reguliraju ovu oblast vrši (isključivo ili u najvećem dijelu⁴) inspekcija rada.⁵ Inspekcija rada snažan je i kvalitetan instrument za učinkovitu provedbu politika u oblasti rada i sigurnosti na radu. Kvalitetna inspekcija rada istodobno je zaštitnik, ali i promotor radnog zakonodavstva i javne politike u oblasti rada.

Postupajući u okviru svojih nadležnosti inspekcijske službe inspekcije rada, svojim načinom rada, poduzetim aktivnostima i mjerama mogu dati važan doprinos u osiguranju boljih i sigurnijih uvjeta rada, osiguranju „fer“ konkurencije, pa čak i omogućavanju učinkovitije organizacije rada i poslovanja poslodavaca. Međutim, utjecaj inspekcijskih službi može biti i negativan, čak i onda kada su inspekcijske aktivnosti i mjere poduzete u okviru zakonom propisanih ovlasti. Kao posljedica toga može doći do negativnih efekata po društvo, a posebice gospodarstvo. Tako se, npr. nepotrebnim ili nerazmjernim izricanjem strožih upravnih mjera (npr. zabranom rada) izravno utječe na poslovanje poduzeća, što posljedično ima negativne društvene i gospodarske implikacije. Nažalost, pitanju utjecaja aktivnosti inspekcije rada na društvo i gospodarstvo ne pridaje se dužna pažnja ni u znanstvenim ni u stručnim radovima.⁶

Kako je pitanje intenziteta vršenja određenih funkcija izravno povezano s utjecajem inspekcije rada na društvo i gospodarstvo, u nastavku rada ćemo izložiti opće karakteristike funkcija inspekcijskog nadzora, nakon čega ćemo razmotriti njihove specifičnosti u oblasti rada, radnih odnosa i sigurnosti na radu.

fakultet u Nišu, 2011., str. 74-75.

3 Ivošević, Z., Radno pravo, 8. izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Javno preduzeće Službeni glasnik, 2015., str. 340.

4 U velikom broju država inspekcijski nadzor u oblasti sigurnosti na radu vrše specijalizirani inspektori zaštite na radu.

5 Na temelju analize radnog zakonodavstva najvećeg broja država članica Međunarodne organizacije rada, a posebice država Europske unije i država regije može se ustvrditi da u standardne poslove inspekcije rada spadaju nadzor u oblasti radnih odnosa te u oblasti zdravlja i sigurnosti na radu.

6 Pires, R., Labour inspection and development: Some reflections, Geneva, International Labour Organisation, 2011., str. 1.

2. FUNKCIJE INSPEKCIJSKOG NADZORA

2.1. Preventivna funkcija inspekcijskog nadzora

Cilj preventivne funkcije inspekcijskog nadzora je sprječavanje, prevencija povrede propisa. Ona se provodi radi pravovremenog sprječavanja neželjenih posljedica, odnosno nepravilnosti, koje predstavljaju odstupanje od društvenih pravila reguliranih propisima.⁷ Nepravilnosti, kao takve, ponašanja su suprotna društveno prihvaćenim vrijednostima koje su zaštićene odgovarajućim pravnim propisima.

Preventivna funkcija, kao proaktivna djelatnost, može se ostvarivati različito, a najtipičniji su pravodobno, stručno i detaljno informiranje subjekata nadzora o pravilima i propisima koje su dužni primjenjivati te davanje odgovora na upite subjekata nadzora o odgovarajućem postupanju u određenim situacijama. Preventivno djelovanje inspekcijske službe može se ostvariti putem izravnog ukazivanja subjektima nadzora na obveze pridržavanja propisa, na štetne posljedice (po njih i širu zajednicu) u slučaju nepridržavanja propisa, sugeriranjem mjera za otklanjanje uzroka koji mogu dovesti do štetnih posljedica, informiranjem o djelotvornijem načinu izvršenja propisa i sl.

Paradoks preventivnog djelovanja očituje se u tome da je, kao posljedica kvalitetnog i učinkovitog obavljanja preventivne funkcije, važnost rada i djelovanja inspekcijskih službi manje vidljiv. Naime, što inspekcijske službe kvalitetnije i učinkovitije provode preventivnu funkciju manji je broj povreda propisa, pa samim time i njihov negativni utjecaj na društvo. Iako je rezultate preventivnog djelovanja teško kvantitativno iskazati, ipak se može, uspoređujući broj povreda kontroliranog propisa prije neke preventivne kampanje, tijekom njenog trajanja, neposredno nakon njenog okončanja te u određenom periodu nakon njenog okončanja, doći do signifikantnih podataka o uspješnosti preventivnog djelovanja. Također, do navedenih podataka može se doći i usporedbom s rezultatima u oblastima nadzora gdje se preventivna aktivnost nije provodila. Efekti preventivnog djelovanja inspekcijskih službi mogu se ogledati u činjenici da subjekti nadzora, svjesni da su njihove aktivnosti predmet nadzora (ili to barem mogu biti), dodatno paze na zakonitost svoga djelovanja.⁸

U određenim okolnostima i represivna funkcija, kao posebna funkcija inspekcijskog nadzora, nalazi se u funkciji prevencije. Naime, sankcija nema isključivo funkciju kažnjavanja, nego ima i funkciju generalne i specijalne prevencije. Generalna prevencija⁹ preventivni je utjecaj sankcije na javnost (širi krug osoba), dok specijalna

7 U Zakonu o inspekcijama Federacije Bosne i Hercegovine preventivna funkcija definirana je kao inspekcijski posao čiji je smisao *poduzimanje mjera i radnji radi sprječavanja povrede propisa*, čl. 2., st. 1., t. 4.), podt. b).

8 Borković, I., *Upravno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 114.

9 *Teorije generalne prevencije svrhu kažnjavanja određuju kao utjecaj na javnost radi sprječavanja počinjenja kaznenih djela. One su primarno teorije o prijetnji kaznom, ali nužno i o izricanju i izvršenju kazne jer o tome ovisi efikasnost propisane prijetnje*. Bojanić, I., Mrčela, M., *Svrha kažnjavanja u kontekstu šeste novele Kaznenog zakona*, Zagreb, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 13, 2/2006, str. 438.

prevencija¹⁰ preventivni je utjecaj sankcije na izvršioca, jer jednom izrečena sankcija može djelovati na subjekt nadzora da više ne vrši povrede propisa.

Ideal inspekcije je njen nestanak, odnosno ostvarivanje takvog nivoa poštovanja zakona i drugih propisa subjekata nadzora da ne postoji potreba za vršenjem korektivne i represivne funkcije inspekcijskih službi. Taj ideal vjerojatno će biti praktično neostvariv, budući da nepravilno postupanje nije samo rezultat pogreški, neznanja i neinformiranosti subjekata nadzora, nego nerijetko, (svjesne i voljne) namjere da se, iz određenog razloga, počini nepravilnost. I pored toga, pri utvrđivanju misije inspekcijskih službi mora se poći od toga da ona treba biti prvenstveno preventivna i proaktivna.¹¹

2.2. Korektivna funkcija inspekcijskog nadzora

Korektivna funkcija djelatnost je inspekcijske službe čiji je smisao da utvrđenu nepravilnost ispravi, otkloni ili umanjí njene posljedice. Za razliku od preventivne funkcije, koja je proaktivna, korektivna (kao i represivna) funkcija su reaktivne djelatnosti inspekcijskih službi.

Nepravilnošću je povrijeđen društveni interes zaštićen propisom te, stoga, postoji i društveni interes da se ona ispravi, otkloni ili umanjí njene posljedice, koliko je to moguće. Korektivna funkcija je nužna i konstantna, i u odnosu na nju postoji najmanji obim variranja u intenzitetu njenog vršenja. Naime, dok intenzitet vršenja druge dvije (preventivne i represivne) funkcije u određenoj mjeri zavise o politici u određenoj oblasti, kod korektivne funkcije to nije tako nego se u svakom slučaju evidentiranog kršenja treba izvršiti korekcija. Ukoliko inspekcijske službe ne vrše korektivnu funkciju, to znači da one ne obavljaju svoju temeljnu djelatnost. Neučinkovita korektivna funkcija ukazuje na nepoštovanje zakona.

Nastanak nepravilnosti je nužan uvjet za primjenu sankcije, koja je kazna zbog ponašanja suprotnog dispoziciji pravne norme.¹² Do nastanka nepravilnosti može doći svakom radnjom kojom se postupa suprotno pravnoj normi, bilo činjenjem ili nečinjenjem.

U suvremenoj općoj teoriji prava po pitanju pravne prirode korektivne funkcije postoje dva shvaćanja: sankcionističko i obligaciono-pravno. Prema sankcionističkom shvaćanju korekcija, odnosno popravljjanje štete se smatra isključivo kao sankcija za protupravno ponašanje, dok je prema obligaciono-pravnom shvaćanju, korekcija obligaciona obveza stvorena protupravnim postupanjem.¹³

10 *Prema teorijama specijalne prevencije, svrha kazne je odvrćanje počinitelja od budućih kaznenih djela. Specijalnu prevenciju kao svrhu kazne izričito spominje i članak 50. KZ-a kao utjecaj na počinitelja da ubuduće ne čini kaznena djela. Specijalna prevencija može se promatrati u negativnom aspektu kao individualno zastrašivanje i sprječavanje počinitelja da ponovo počini kazneno djelo (zatvaranjem kod kazni lišenja slobode) te u pozitivnom aspektu kao osposobljavanje počinitelja za život bez počinjenja kaznenih djela (popravljanje, resocijalizacija). Ibid., str. 436.*

11 Andelković, B., Uloga nadzora i inspekcije zaštite na radu u uslovima tranzicije na tržišnu ekonomiju – iskustva Republike Srbije, Niš, Safety Engineering, vol. 4, 1/2014, str. 54.

12 Lukić, R., Košutić, B., Uvod u pravo, XIX. izdanje, Beograd, Službeni list SCG, 2003., str. 273.

13 Burazin, L., Hegelov prinos suvremenom odštetnom pravu sa stajališta opće teorije i filozofije

Korektivna funkcija podrazumijeva aktivnost inspekcijske službe usmjerenu na uklanjanje nepravilnosti i nedostataka utvrđenih u inspekcijskom nadzoru, odnosno zabranu daljnjeg poduzimanja radnji i aktivnosti koje su u suprotnosti s propisima čiju primjenu nadzire inspekcijska služba. Korektivnu funkciju inspekcijska služba ostvaruje donošenjem rješenja kojim subjektu nadzora nalaže ili zabranjuje određeno činjenje.

2.3. Represivna funkcija inspekcijskog nadzora

Represija, odnosno sankcija djelatnost je inspekcijske službe kojom se kažnjava subjekt nadzora zbog nepravilnosti, odnosno ponašanja koje je protivno dispoziciji. To je prinudna mjera koju tijelo uprave primjenjuje nad prekršiteljem dispozicije.¹⁴ Pojam represije u širem smislu obuhvata ne isključivo sankcioniranje, nego i prijetnju sankcijom.¹⁵ Ovisno o politici u određenoj oblasti, kao i o načinu organiziranja inspekcijskih službi, zavisi u kojem intenzitetu će se vršiti ova funkcija. Ukoliko je akcenat na preventivnom djelovanju, funkcija sankcioniranja neće biti dominantno izražena. Čak i ako je sankcija izrečena, ona, prvenstveno, ima za cilj specijalnu i generalnu prevenciju, odnosno upozorenje je subjektu nadzora koji je počinio nepravilnost, ali i svim drugim subjektima nadzora da će u slučaju počinjene nepravilnosti biti sankcionirani. Kažnjava se ne samo zbog toga što je počinjena nepravilnost, nego i zbog toga da se ne bi ponovo počinila.¹⁶

Represivna funkcija ostvaruje se kažnjavanjem subjekta nadzora zbog povreda propisa koje inspekcijska služba nadzire. Kažnjavanje se ostvaruje u prekršajnom postupku, na način da inspekcijska služba subjektu nadzora koji je počinio povredu propisa može izdati prekršajni nalog ili podnijeti prekršajnu prijavu nadležnom sudu. Izuzetno, represivnu funkciju inspekcijska služba može ostvarivati i iniciranjem stegovnog postupka protiv uposlenog čijom krivnjom je došlo do kršenja propisa subjekta nadzora, odnosno podnošenjem kaznene prijave, ukoliko inspektor utvrdi da određeno kršenje propisa subjekta nadzora ima elemente kaznene odgovornosti. Treba podsjetiti da je stegovna odgovornost poseban oblik pravne odgovornosti jer se odnosi samo na uposlene i to u vezi s njihovim radno-pravnim statusom. Međutim, s obzirom na to da ta radnja istovremeno može biti i povreda službene ili radne dužnosti, ali i kazneno djelo, odnosno prekršaj, otvara se dilema o pravičnosti dvostrukoga kažnjavanja za isto djelo. Ova dilema riješena je tako što je propisano da utvrđivanje kaznene ili prekršajne odgovornosti ne isključuje stegovnu odgovornost za isto djelo. Stoga uposleni može za isto djelo odgovarati i stegovno, ali i kazneno, odnosno prekršajno. U oblasti radnog zakonodavstva, s obzirom na društveni značaj rada, normirana je i kazneno-pravna odgovornost i sankcija za kršenje određenih prava uposlenih na osnovu radnog odnosa.¹⁷

prava, Zagreb, Hrvatska pravna revija, 2/2011, str. 83.

14 Lukić, R., Košutić, B., *op. cit.*, str. 274.

15 Stojanović Z., Preventivna funkcija krivičnog prava, Beograd, Crimen - Časopis za krivične nauke, 1/2011, str. 4.

16 *loc. cit.*

17 *Krivičnom sankcijom štite se određena prava zaposlenika i građana po osnovu radnog odnosa.*

Iako je cilj inspekcijskog nadzora usklađivanje postupanja subjekata nadzora s propisima, inspekcijske službe ne mogu funkcionirati isključivo na represivnoj funkciji, odnosno na prinudi i strahu od prinude. Naprotiv, inspekcijske službe usklađenost između činjeničnog i pravnog stanja moraju ostvarivati izgradnjom dobrih odnosa i suradnje sa subjektima nadzora, što nesumnjivo ukazuje da funkcija represije nije primarna. Posebno, represija ne smije biti izražena kada postoje objektivne okolnosti koje onemogućavaju postupanje subjekata nadzora u skladu s propisima. U tim situacijama inspektori trebaju, ukoliko je to moguće i koliko je to moguće, pružiti podršku subjektima nadzora da usklade svoje postupanje s propisima, prije nego da ih samo sankcioniraju.¹⁸

Konačno, postoji korelacija između oblika organiziranja i intenziteta vršenja funkcija inspekcijskih službi. U principu, korektivna i represivna funkcija dominantnije su u slučaju funkcionalnog organiziranja inspekcijskih službi, dok je preventivna funkcija dominantnija u resornom modelu organiziranja. Naime, kod funkcionalnog modela organiziranja više inspekcijskih službi zajedno rade i djeluju te je težište rada na provjeri usklađenosti postupanja sa zakonom, a manje na provođenju politika koje kreira resorno ministarstvo, uključujući i politiku preventivnog djelovanja. Nasuprot tome, kod resornog modela organiziranja, inspekcijska služba je organizacijski vezana za resorno ministarstvo te politiku resornog ministarstva mnogo više doživljava kao svoju, što utječe da se ona bolje i dosljednije provodi, a posebno vezano za intenzivnije vršenje preventivne funkcije.¹⁹

3. SPECIFIČNOSTI INTENZITETA VRŠENJA FUNKCIJA NA PRIMJERU INSPEKCIJE RADA

Kao što je već rečeno, svaka oblast inspekcijskog nadzora ima svoje posebnosti koje su određene njenim ciljem i specifičnim društvenim odnosima reguliranim pravnim normama nad čijom primjenom nadzor vrši inspekcijska služba. Te posebnosti mogu utjecati na intenzitet vršenja određenih funkcija inspekcijskog nadzora.

Tako se u okviru krivičnih djela protiv radnih odnosa, koja su svrstana odmah iza grupe krivičnih djela protiv slobode i prava građana, omogućuje zaštita određenih prava iz radnih odnosa, kao i prava koja proizilaze iz socijalnog osiguranja, i to: prava vezanih za povrede ravnopravnosti u zapošljavanju, povrede prava iz radnog odnosa, povrede prava za vrijeme privremene nezaposlenosti, povrede i zloupotrebe prava iz socijalnog osiguranja, neizvršavanja odluke o vraćanju na rad, te nepreduzimanja mjera zaštite na radu. Ostala prava, koja po osnovu rada pripadaju zaposlenicima, štite se posredno u okviru drugih grupa krivičnih djela (npr. krivična djela protiv slobode i prava građana, krivična djela protiv opće sigurnosti i imovine, krivična djela protiv privrede). Ono što karakterizira ova krivična djela je nastojanje društva da naglasi poseban značaj zaštite prava iz radnog odnosa, kao značajnog segmenta prava koja pripadaju građanima. Dedić, S., Gradašević-Sijerčić, J., Radno pravo, 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., Sarajevo, Magistrat, 2005., str. 463-464.

- 18 Jacobs, S., Cordova, C., Good Practices for Business Inspections - Guidelines for Reformers, Washington, World Bank Group, Small and Medium Enterprise Department, 2006., str. 4.
- 19 Rozić, I., Mehmedović, E., Uticaj organizacije inspekcijskih službi na učinkovitost i ostvarivanje funkcije inspekcijskog nadzora – primjer inspekcija rada u Bosni i Hercegovini, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, god. I, 1/2017, str. 121-123.

Takav je slučaj i u oblasti rada, radnih odnosa i sigurnosti na radu. U usporednom pravu, u ovoj oblasti, izdiferencirala su se dva pristupa, i to „pristup sankcija”, izražen npr. u Sjedinjenim Američkim Državama, Brazilu, Nizozemskoj, prema kojem je prvenstveni zadatak inspektora sankcioniranje subjekata nadzora zbog kršenja propisa, odnosno izricanje sankcija zbog nepoštovanja pravila i propisa. Osnovna postavka ovog modela je da će subjekti nadzora poštovati propise kada im je to „isplativo“, odnosno da kada je velika vjerojatnost da će njihovo nepridržavanje propisa biti utvrđeno i sankcionirano inspeksijskim nadzorom i da će, u tom slučaju, rizik od troškova kazne prevagnuti nad eventualnom koristi od nepoštovanja zakona. Sukladno njemu, od inspektora se očekuje „traženje“ nepravilnosti i izricanje propisane kazne.

Drugi pristup je „pristup poštovanja zakona” (npr. u Ujedinjenom Kraljevstvu, Njemačkoj i Japanu), prema kojem je zadatak inspektora rada, prije svega, prevencija, gdje se nastoji promovirati poštovanje zakona, uz ozbiljnu prijetnju sankcijama ukoliko se subjekt nadzora ne pridržava zakonom propisane obveze.

Oba ova pristupa baziraju se na različitom intenzitetu vršenja temeljnih funkcija inspeksijskog nadzora.

3.1. Preventivna funkcija inspekcije rada

Primarna uloga inspekcije rada je osiguranje poštovanja odredbi nacionalnoga radnog zakonodavstva.²⁰ Da bi se to ostvarilo od suštinskog značaja je razvijanje svijesti subjekata nadzora o obvezi poštovanja propisa, a posebice o njihovim pravima i obvezama.²¹ Razvijanje svijesti o obveznosti primjene propisa značajna je aktivnost inspekcije rada,²² budući da je preduvjet uspješnosti politike prevencije učešće svih

20 Čl. 3. st. 1.) t. a) Konvencije o inspekciji rada, broj 81.

21 *Danas je opšteprihvaćeno da je bolje sprečiti nego sankcionisati ili kažnjavati. (...) Naglasak se sve više stavlja na preventivnu intervenciju kao jedan vid korektivne intervencije. Naravno, tradicionalno 'sprovođenje propisa', naime različiti vidovi tehničke inspekcije, i dalje u značajnoj mjeri doprinose prevenciji nezgoda i štetnosti za zdravlje, posebno ako je praćeno savjetima i komentarima za poslodavce i radnike.* Rihthofen, V. fon, *Inspekcija rada – Vodič za profesiju*, Beograd, Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike Republike Srbije, 2005., str. 18-19.

22 Četvrti princip se odnosi na to da inspekcija rada treba da poveća svoju orijentaciju i naglasak na prevenciji. Govoriti o prevenciji u kontekstu zaštite na radu podrazumeva, pre svega, jedan odlučan napor da se izbegnu neočekivani događaji, sporovi, povrede, konflikti i profesionalna oboljenja tako što će se obezbediti poštovanje postojećih zakona. *Danas, preventivna orijentacija ima za svoj krajnji cilj razvoj kulture prevencije u paradigmi socijalne i politike rada. Ona takođe sve više teži ka jednom širem cilju, da se pojedincima omogućiti da vode dug, produktivan i zdrav život, a u isto vreme da se smanje eksponencijalni rastući troškovi koji su rezultat neprevencije, ili da se smanje gubici koje neočekivani događaji izazivaju kod pojedinaca, preduzeća i društva u cjelini. Prevencija, u današnjem svetu rada, sve više se podržava ne samo zbog svojih kratkoročnih ili srednjoročnih prednosti, već i zbog toga što ona podržava dugoročne ekonomske i socijalne ciljeve politike na nacionalnom, sektorskom i nivou preduzeća, jer na taj način se održava radna sposobnost, produktivnost i kvalitet, motivacija zaposlenih i bezbednost zaposlenja. Zato se na prevenciju gleda kao na presudan preduslov ne samo da bi pojedinci vodili dostojanstven život u društvu već i da bi preduzeća bili uspešni konkurenti na (globalnom) tržištu. Stoga se prevencija sve više definiše kao celovit, 'otvoren' ili pluralistički koncept, koji ima za cilj da izbegne višestruke tehničke, socijalne, zdravstvene,*

izravno zainteresiranih strana i pojedinaca.²³

Zbog društvenog i gospodarskog značaja rada te zdravlja i sigurnosti na radu preventivna funkcija inspekcije rada je znatnije izražena nego kod većine drugih inspeksijskih službi. Termin „sigurnost“, odnosno „zaštita“ na radu ukazuju na preventivno aktivnost.²⁴ Općenito promatrajući, što je neka oblast društveno značajnija preventivna funkcija je razvijenija, odnosno, postoji korelacija između težine eventualnih posljedica nepravilnosti i funkcija inspeksijskog nadzora. Može zvučati paradoksalno, ali što su aktivnosti inspekcije rada u preveniranju nepravilnosti, a posebice nesreća na radu i profesionalnih oboljenja uspješnije, umanjuje se očigledna činjenica *da su njegove (inspekcije rada - op. aut.) aktivnosti od vitalnog značaja*.²⁵ Drugim riječima, što je efikasnija preventivna funkcija inspekcije rada broj i težina nesreća je manji, što u javnosti posljedično umanjuje njen značaj. Nasuprot tome, veliki broj nesreća, posebno onih sa smrtnim ishodom, utječe na društvenu percepciju značaja preventivne funkcije inspekcije rada. Imajući u vidu da su oblasti rada i zdravlja i sigurnosti na radu od velikog društvenog i gospodarskog značaja preventivna funkcija bi morala biti izraženija u odnosu na korektivnu i represivnu funkciju inspeksijskog nadzora.

Inspekcija rada razvijanje svijesti, kao preventivnu djelatnost može vršiti informiranjem i savjetovanjem uposlenika, poslodavaca, ali i šire javnosti putem informativnih kampanja, zatim, prethodnom provjerom i odobrenjem otvaranja novih postrojenja ili proizvodnih pogona.²⁶ Posebno je značajna preventivna aktivnost u sprječavanju industrijskih nesreća i profesionalnih oboljenja.

Najčešće se preventivna funkcija vrši informiranjem i savjetovanjem kako uposlenika tako i poslodavaca.²⁷ Ovaj zadatak inspekcije rada svoje utemeljenje nalazi u odredbama članka 3. stavak 1. točka (b) Konvencije o inspekciji rada, broj 81 i članka 6. stavak 1. točka (b) Konvencije o inspekciji rada u poljoprivredi, broj 129, kojima je propisana obveza inspektora rada da poslodavcima i uposlenim daju tehničke informacije i savjete o najdjelotvornijim načinima poštivanja zakonskih odredbi.²⁸ Da bi savjete i informacije prihvatili poslodavci i uposleni potrebno je da

psihološke i ekonomske opasnosti. Iz tog razloga, nedavno je došlo do velike promene u orijentaciji inspekcije rada ka usvajanju jednog šireg, multidisciplinarnog pristupa prevenciji.
Ibid., str. 6.

23 ibid., str. 25.

24 Učur, M., Neki posebni subjekti i odnosi po Zakonu o zaštiti na radu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, 1/2015, str. 533.

25 Rihthofen, V. fon, *op. cit.*, str. 24.

26 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (Article 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, 50th Session, Geneva, 1966, Report III (Part IV): Labour inspection in industry, str. 210-212. (para. 53-59), <[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1966-50-III-4\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1966-50-III-4).pdf)>.

27 *Profesionalni inspektori rada će pružiti uslugu poslodavcima koja će im pomoći da iznađu i uspostave najbolje prakse. (...) Takva usluga pružena kao javno dobro poslodavcima može biti neprocjenjiva za čileansku ekonomiju.* Cesar Rosando, M., Of Labour Inspectors and Labour Judges: Chilean Labour Law Enforcement After Pinochet (And What the United States Can Do To Help) (Symposium), St. Louis University Law Journal, vol. 54, 497/2009, str. 518.

28 *1. Zadaci sistema inspekcije rada jesu: ... (b) davati tehničke informacije i savjete poslodavcima*

inspekcija rada ima kredibilitet, a posebno profesionalno znanje i iskustvo.²⁹

Preventivna funkcija inspekcije rada je posebno istaknuta u Preporuci o inspekciji rada u poljoprivredi, broj 133, kojom je u članku 14. stavak (1) preporučeno da svaka država članica poduzme ili promovira edukativne kampanje u cilju informiranja subjekata nadzora o propisima i potrebi njihove dosljedne primjene, o opasnostima za život i zdravlje uposlenih (poljoprivrednika), kao i odgovarajućim sredstvima za njihovu zaštitu.³⁰ Preporuka navodi da takve edukativne kampanje mogu uključivati korištenje usluga promotora ili instruktora, distribuciju postera, letaka, magazina, časopisa, filmova, radijskih i televizijskih emisija, izložbi i demonstracija, uključivanja u obrazovni sustav predmeta „Higijena“, „Sigurnost“ i drugih srodnih predmeta, organiziranje konferencija o novim metodama rada ili novim supstancama i materijalima, učešće inspektora rada u edukativnim programima te organizaciju predavanja, debata, seminara, te nagradnih takmičenja.³¹ Učinkovito informiranje subjekata nadzora i javnosti općenito se može vršiti putem medija i IT komunikacija.

Vršeći preventivnu aktivnost Odbor viših inspektora rada (*Senior Labour Inspectors' Committee - SLIC*) Europske komisije redovito organizira kampanje o određenim pitanjima iz područja zaštite na radu. Od 2017. do 2019. provodi se kampanja zaštite na radu radnika zaposlenih putem agencija za privremeno zapošljavanje pod nazivom „Siguran i zdrav rad na privremenim poslovima“. Kampanja ima dva segmenta, inspekcijski i informativni, pri čemu se inspekcijski dio provodi vršenjem inspekcijskih nadzora s ciljem poboljšanja zaštite na radu radnika zaposlenih putem agencija za privremeno zapošljavanje, dok se informativni dio se provodi u cilju podizanja svijesti o obvezama u provođenju zaštite na radu. Predviđeno je da se pri provođenju kampanje posebna pozornost posveti uvjetima na mjestu rada prije ustupanja radnika korisniku, procjenjivanju rizika i mjerama prevencije koje uključuju korištenje osobne zaštitne opreme, osposobljavanju za rad na siguran način sukladno rizicima prisutnima na mjestima rada, zdravstvenoj sposobnosti potrebnoj za obavljanje poslova s posebnim uvjetima rada te obvezi prijave ozljeda i profesionalnih bolesti nadležnim inspekcijskim i drugim državnim tijelima.³²

Način i intenzitet ostvarivanja navedenih preventivnih aktivnosti različiti su u državama, ali se u svim državama pri vršenju ovih aktivnosti ostvaruje izravan kontakt između uposlenih, poslodavaca i inspektora. Taj kontakt se ostvaruje prilikom nadzora, u radnim prostorijama inspektora ili na zajedničkim tripartitnim vijećima. Komunikacija

i radnicima o najdjelotvornijim načinima poštivanja zakonskih odredbi. Čl. 3. st. 1. t. (b) Konvencije o inspekciji rada broj 81; 1. Zadaci sistema inspekcije rada u poljoprivredi su: ... (b) davati tehničke informacije i savjete poslodavcima i radnicima o najefikasnijim načinima poštivanja zakonskih odredbi. Čl. 6. st. 1. t. (b) Konvencije o inspekciji rada u poljoprivredi, broj 129.

29 Rihthofen, V. fon, *op. cit.*, str. 19.

30 Članice će poduzeti ili promovirati edukativne kampanje sa ciljem da informiraju stranke kojih se to tiče, svim odgovarajućim sredstvima, o primjenjivim pravnim propisima i potrebi njihove striktno primjene kao i o opasnostima za život i zdravlje osoba koje rade u poljoprivrednim dobrima i o najviše odgovarajućim sredstvima izbjegavanja istih; čl. 14. st. 1. Preporuke o inspekciji rada u poljoprivredi, broj 133.

31 Čl. 14. st. 2. Preporuke o inspekciji rada u poljoprivredi, broj 133.

32 Čizmar, Đ., *Europska kampanja Odbora viših inspektora rada (SLIC) 2017.-2019.*, Zagreb, *Sigurnost*, vol. 60, 3/2018, str. 269-271.

inspekcije rada sa socijalnim partnerima može biti izravna, putem telefona ili e-maila. U pojedinim državama, kao dio proaktivnog pristupa, inspektori publiciraju u tiskanoj formi ili na web stranicama³³ neka od najinteresantnijih i najčešće postavljanih pitanja ili tema, odnosno objavljuju stručne članke o radnom zakonodavstvu, posebice onome što je novo, kao i o najučinkovitijim načinima primjene propisa. Značajnu preventivnu ulogu inspektori rada vrše svojim predavanjima na seminarima ili stručnim skupovima. U vršenju preventivnih aktivnosti potrebno je stvoriti odgovarajući balans između, na jednoj strani, uvjeravanja poslodavaca, ali i uposlenih u ispravnost preventivnog postupanja, i, na drugoj strani, korištenja prinude, odnosno vršenja represivne funkcije u cilju generalne prevencije.³⁴

Kao što je ranije rečeno navedeno, posebno osjetljiva je oblast sigurnosti i zdravlja na radu, s obzirom na to da nepravilnosti u toj oblasti mogu dovesti do ozbiljnih posljedica po život i zdravlje ljudi, kako uposlenih tako i trećih osoba. Zbog toga je Preporukom br. 81 sugerirano državama članicama da osiguraju da svaka osoba koja želi otvoriti industrijske ili trgovačke objekte treba prethodno obavijestiti nadležni inspektorat rada. Tako, npr. u Republici Hrvatskoj Inspekciji rada je dana nadležnost da, kao javnopravno tijelo, sudjeluje u postupku izdavanja građevinske i uporabne dozvole za objekte namijenjene za rad na koje se primjenjuju propisi o zaštiti na radu. U takvom postupku izdavanja građevinske dozvole nadležna inspekcija rada provjerava usklađenost glavnog projekta sa posebnim propisima i/ili uvjetima te ukoliko su oni ispunjeni izdaje potvrdu.³⁵ One države članice koje takvo ovlaštenje nisu prenijele na inspekciju rada, isto su povjerile drugim državnim tijelima.

Specifičan oblik vršenja preventivne funkcije situacija je kada inspektor rada rješenjem naloži zabranu vršenja određene djelatnosti, aktivnosti ili proizvodnog procesa, jer ona može ugroziti sigurnost i zdravlje ljudi. Dakle, iako je naložena i kao takva obvezujuća za subjekt nadzora, ova je aktivnost preventivnog karaktera, budući da (još uvijek) nije nastupila štetna posljedica.³⁶

33 *Inspekcije rada povećano koriste mogućnosti koje se nude putem interneta da osiguraju tehničke informacije i savjete o sadržaju propisa o sigurnosti i zdravlju na radu i najefikasnijim sredstvima postupanja u skladu s istim. To je navedeno od strane vlada većeg broja država, uključujući Fidži, Francusku, Poljsku, Rumunjsku, Ukrajinu, Ujedinjeno Kraljevstvo i Vijetnam. Report III (Part 1B) General Survey of the reports concerning the Labour Inspection Convention, Geneva, 2006., op. cit., str. 31.*

34 *U većini zemalja sa efikasnom inspekcijom rada postoji kreativno ambivalentan odnos između inspekcije rada i poslodavaca, pošto inspekcija nastoji da pažljivo izbalansira ubeđivanje i prinudu. Iskustvo pokazuje da najisplativije i najtrajnije rezultate daje efikasno ubeđivanje poslodavaca da usvoje preventivne i zaštitne mere a time i progresivnu politiku pridržavanja propisa kao nešto što je u njihovom sopstvenom dugoročnom interesu. Perišić S., Funkcionisanje inspekcije rada i ekonomska kriza, Novi Pazar, Univerzitetaska misao, 10/2011, str. 88.*

35 Čizmar, Đ., Rad inspektora rada u postupcima izdavanja građevinske i uporabne dozvole, Zagreb, Sigurnost, vol. 56, 4/2014, str. 357-358. U slučaju da građevinsku dozvolu izdaje Ministarstvo graditeljstva i prostornoga uređenja, glavni projekt izdaje inspektor rada iz Sektora za nadzor u području zaštite na radu Središnjeg ureda Inspektorata rada, a ako građevinsku dozvolu izdaje nadležno upravno tijelo za poslove graditeljstva velikog grada, Grada Zagreba ili županije, potvrdu glavnog projekta izdaje mjesno nadležan inspektor rada u područnom uredu, odnosno ispostavi područnog ureda Inspektorata rada.

36 *Opasnost može, ali ne mora, nastati kao rezultat nepridržavanja propisa. Ukoliko je sigurnost*

Preventivna aktivnost inspekcijskih službi može se ostvarivati i putem iniciranja izmjena određenih propisa, odnosno u davanju mišljenja ili učešću u izradi određenih propisa. Tako je npr. Federalna uprava za inspekcijske poslove u 2018. godini inicirala izmjene Zakona o radnom vremenu, obveznim odmorima mobilnih radnika i uređajima za evidentiranje u cestovnom prijevozu Bosne i Hercegovine, Zakona o radu (u cilju reguliranja instituta „iznajmljivanja radne snage“), Pravilnika o privatnim agencijama za zapošljavanje te dala svoje mišljenje u svezi s prijedlogom Uredbe o postupku prijema u radni odnos u javnom sektoru u Federaciji Bosne i Hercegovine.³⁷

3.2. Korektivna funkcija inspekcije rada

Korektivna funkcija inspekcije rada, kao reaktivna djelatnost koja se provodi u slučaju nepridržavanja propisa, ima za cilj ispravljanje, otklanjanje ili umanjeње posljedica nepravilnosti koje su počinili poslodavci. Kao što je to ranije navedeno, nepravilnost može nastati svakom radnjom kojom se postupa suprotno pravnoj normi.

Korektivnu funkciju inspekcije rada potvrđuje i Konvencija o inspekciji rada, broj 81,³⁸ i Konvencija o inspekciji rada (u poljoprivredi), broj 129,³⁹ koje isto, propisuju da su *[i]nspektori rada ... ovlašteni poduzimati aktivnosti u cilju otklanjanja nedostataka, uočenih na postrojenju, alatu ili u metodama rada, za koje iz opravdanog razloga vjeruju da predstavljaju prijetnju za zdravlje ili sigurnost radnika*. Međutim, treba istaći da korektivna funkcija nije ograničena samo na one nepravilnosti koje su prijetnja po zdravlje i sigurnost radnika.

Korektivnu funkciju inspektor rada vrši tijekom i nakon inspekcijskog nadzora. Kada prilikom vršenja inspekcijskog nadzora inspektor rada utvrdi određene manje nepravilnosti kod subjekta nadzora, dužan je iste evidentirati u zapisnik te onda, na osnovu diskrecionog ovlaštenja odlučiti da li je u konkretnom slučaju dovoljno usmeno upozoriti subjekt nadzora da ih je obavezan otkloniti⁴⁰ ili će naložiti odgovarajuće upravne mjere. Praksa je pokazala da postoji potreba da se inspektorima rada omogući diskreciono odlučivanje kako bi svoje djelovanje mogli prilagoditi konkretnim okolnostima. U slučaju težih nepravilnosti, kao i kada subjekt nadzora nije postupio

i zdravlje radnika u neposrednoj opasnosti nema svrhe istraživati postojanje kršenja, prioritet postaje eliminacija opasnosti. U takvim slučajevima inspektori rada propisuju mjere koje mogu uključivati obustavu radova ili zatvaranje preduzeća, u zavisnosti od ozbiljnosti opasnosti. Svrha davanja direktnog ili indirektnog ovlaštenja inspektorima rada da nalažu takve mjere je prije svega da zaštiti radnike od opasnosti za njihovu sigurnost i zdravlje. Report III (Part 1B) General Survey of the reports concerning the Labour Inspection Convention, Geneva, 2006., *op. cit.*, str. 35.

37 Godišnji izvještaj o radu Federalne uprave za inspekcijske poslove za 2018. godinu, str. 7, <www.fuzip.gov.ba/bundles/websitenews/gallery/files/37/1552313830Izvjestaj2018_compressed.pdf>.

38 Čl. 13. st. (1) Konvencije o inspekciji rada iz 1947. godine.

39 Čl. 18. st. (1) Konvencije o inspekciji rada (u poljoprivredi) iz 1969. godine.

40 *Inspektori rada slobodno odlučuju hoće li izreći opomenu ili dati savjet umjesto pokretanja postupka ili predlaganja postupanja...*; čl. 17. st. (2) Konvencije o inspekciji rada iz 1947. godine. Slično propisuje i čl. 22. st. (2) Konvencije o inspekciji rada (u poljoprivredi) iz 1969. godine.

po usmenom upozorenju inspektora, inspektor rada će sačiniti rješenje kojim će subjektu nadzora naložiti određene upravne mjere, odnosno postupanja. Ovakva diskreciona ovlaštenja inspektora rada su vrlo važan instrument osiguranja poštovanja slova i duha zakona, jer omogućavaju da se u svakoj konkretnoj situaciji iznađu najadekvatnija rješenja. Ono što je vrlo bitno kod korištenja diskrecionih ovlaštenja je da se ne zloupotrebjavaju, bilo za osobnu korist ili kroz nepošteno kažnjavanje poduzeća. Kako bi se izbjegle eventualne zloupotrebe granice diskrecionog ovlaštenja inspektora moraju biti jasno i nedvojbeno definirane.⁴¹ Ovaj rizik može se umanjiti, npr. donošenjem vodiča za postupanje i pravila ponašanja inspektora te efikasnim stegovnim i/ili kaznenim sankcioniranjem u slučaju zloupotrebe ovih ovlaštenja.⁴²

Ovisno o pravnom sistemu, različite su upravne mjere koje inspektori rada mogu naložiti. Najčešće upravne mjere koje inspektori rada nalažu u slučaju kada utvrde nepravilnosti su sljedeće: da se utvrđene nepravilnosti otklone (u određenom roku), da se poduzmu radnje koje je subjekt nadzora propustio poduzeti, da se zabrane određene radnje ili postupanja. U svakom konkretnom slučaju inspektori rada trebaju odrediti najadekvatniju mjeru, kojom će biti ispravljena ili otklonjena nepravilnost, odnosno umanjene njene posljedice. Pri određivanju odgovarajuće mjere posebno do izražaja dolazi primjena načela razmjernosti, budući da inspektor treba odrediti onu mjeru ili radnju koja je razmjerna nepravilnosti, a kojom se povoljnije za subjekt nadzora ostvaruje cilj i svrha inspekcijskog nadzora.

3.3. Represivna funkcija inspekcije rada

Kao što je već rečeno, nepoštovanje pravnih normi koje reguliraju oblast rada i sigurnosti na radu protupravno je djelo.⁴³ Represivna funkcija inspekcije rada ostvaruje se, prvenstveno, izricanjem sankcije poslodavcima čije je postupanje suprotno odredbama radnoga zakonodavstva, ali i poduzimanjem drugih mjera koje imaju za cilj vršenje represivne funkcije. Treba istaći da su sankcije samo jedno od sredstava koje stoje na raspolaganju inspektorima. U vršenju represivne funkcije inspektori rada mogu vršiti aktivnosti vezane za upravne, prekršajne, građanske i kaznene postupke.⁴⁴ Osim klasičnih pravnih aktivnosti, represivna funkcija se može ostvariti i kroz izvanpravne aktivnosti inspekcije rada koje se mogu doticati poslovnih interesa poduzeća, kao što su onemogućavanje učešća u postupcima javnih nabava, uskraćivanjem subvencija, poticaja i državne pomoći, oduzimanjem dozvola za obavljanje određenih poslova, privremenom ili trajnom obustavom radova ili poslovne aktivnosti.⁴⁵

Da bi ostvarile svoju svrhu sankcije moraju biti odgovarajuće po obliku i visini,

41 Rihthofen, V. fon, *op. cit.*, str. 92.

42 Vega Maria, L., Rene, R., *Labour inspection sanctions: Law and practice of national labour inspection systems*, Geneva, International Labour Organisation, 2013., str. 19.

43 Učur, M., *Zaštita osobe u radnom odnosu od načela do realizacije*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, 1/2008, str. 558.

44 Vega Maria, L., Rene, R., *op. cit.*, str. 19.

45 *ibid.*, str. iv.

te osim što se izriču one se moraju i učinkovito izvršiti.⁴⁶ Kredibilitet inspekcije rada ovisi o dva bitna elementa: sposobnosti da savjetuje poslodavca i radnike o najdjelotvornijim načinima usklađivanja postupanja s radnim zakonodavstvom (preventivna i korektivna funkcije) te o odabiru i primjeni odgovarajućih mehanizama izvršenja sankcija (represivna funkcija).⁴⁷ Time se još jednom potvrđuje postojanje komplementarnosti između preventivne i represivne funkcije inspeksijskog nadzora.⁴⁸

Nesporno je da su sankcije sredstvo koje stoji na raspolaganju inspekciji rada. Međutim, da bi se uspješno vršila uloga inspekcije rada potrebno je utvrditi kaznenu politiku, koja će obuhvatiti mjere potrebne radi usklađivanja postupanja sa zakonom, ispravljanje utvrđenih nepravilnosti i odvraćanje od budućih kršenja. Jedna od glavnih prepreka koja rad inspektora čini neučinkovitim jeste nepostojanje odvraćajućeg sustava sankcija koje su na raspolaganju inspektorima.⁴⁹ Naime, u praksi, pitanje sankcija najčešće nije dovoljno jasno i kvalitetno uređeno te se inspektorima rada stoga mora omogućiti određena razina diskrecije pri utvrđivanju odgovarajućih sankcija u odnosu na konkretnu nepravilnost. Ta diskreciona ovlaštenja u svojoj suštini praktična su primjena načela razmjernosti, budući da inspektor rada konkretno ocjenjuje da se cilj i svrha nadzora ostvaruju onim mjerama i sankcijama koje su razmjerne učinjenim nepravilnostima. Načelo razmjernosti nalaže inspektorima da među mjerama koje u okviru propisa može izreći izabere onu mjeru koja je povoljnija za subjekt nadzora, odnosno da ostavi prikladan rok za otklanjanje nepravilnosti. Vrsta i visina sankcija su nerijetko loše utvrđene, tako da su ili preblage da bi mogle imati odvraćajuće djelovanje ili prestroge što opet utječe na to da zbog svoje disproporcije (kao društveno neopravdane i neprihvatljive) najčešće i ne budu izvršene. Sankcije moraju biti tako prilagođene da natjeraju poslodavca da, kada se utvrdi nepravilnost, spontano ili po nalogu inspektora rada, poduzme korektivne aktivnosti te da ga odvrate od budućih kršenja.⁵⁰

Sustav sankcija, kao dio represivne funkcije inspekcije rada, je važno sredstvo koje podržava poštovanje zakona. On se uspostavlja na temelju vrednovanja društvene opasnosti i štetnosti nezakonitog ponašanja, s jedne strane, i težine sankcija, s druge

46 *ibid.*, str. 3.

47 Report III (Part 1B) General Survey of the reports concerning the Labour Inspection Convention, Geneva, 2006., *op. cit.*, str. 93.

48 *Sistem inspekcije rada ima dvoju ulogu. U jednu ruku, on nadzire izvršenje pravnih odredbi (uključujući uslove rada, uređenje radnog odnosa, standardne zdravlja i sigurnosti). U drugu ruku, on pruža informacije obuke i savjete radnicima, poslodavcu i njihovim predstavnicima. U ovom okviru sankcije koje su na odgovarajući način utvrđene u skladu sa regulatornim i ekonomskim uslovima države su komplementarne općoj svrsi promocije usklađivanja sa radnim zakonodavstvom.* Vega Maria, L., Rene, R., *op. cit.*, str. 3. *Mjere prevencije i izvršenja sankcija su komplementarne u odnosu na opću svrhu promocije radnih standarda. Bitno je za sistem administracije rada uspostaviti odgovarajući i blagovremen proces za utvrđivanje i izvršenje kazni, kao i blagovremen postupak koji će se provoditi u skladu sa principima postupka.* Provisional Record 19, International Labour Conference 100th Session, Geneva, June 2011., str. 91-92.

49 Vega Maria, L., Rene, R., *op. cit.*, str. 5.

50 *ibid.*, str. 3.

strane.⁵¹ Širina spektra sankcija za kršenje radnog zakonodavstva, koje mogu izricati inspektori rada ili sudovi, zavisi o državi, njenom uređenju i organizaciji te politici u oblasti rada.

Širina spektra sankcija je izuzetno bitna za efektivnost ukupnog sustava sankcija.⁵² Naime, uzak spektar sankcija, posebno kada se radi samo o jednoj vrsti sankcija, onemogućava ostvarivanje represivne funkcije. Iako može izgledati kao paradoks, u tom slučaju što je sankcija teža to više dovodi do neprimjenjivanja propisa od strane inspektora. Jer za neke manje prekršaje *politički je nemoguće i moralno neprihvatljivo*⁵³ primjenjivati takve sankcije, budući da ne postoji razmjer između prekršaja i sankcije. Inspekcijske službe koje imaju na raspolaganju samo jednu sankciju u tim situacijama će se, najčešće, uzdržati od primjene sankcije, što negativno utječe na sustav sankcija. Najoptimalnije bi bilo da za svaku vrstu povrede postoji određena vrsta ili visina sankcije, koja odgovara značaju i težini prekršaja.

Iako sve inspekcije rada u okviru svojih ovlaštenja vrše represivnu funkciju, sustav sankcija nije jedinstven, nego zavisi o politici u oblasti rada svake od država. Tako u nekim državama, npr. inspektori rada ne mogu samostalno izricati novčane kazne, nego mogu podnositi samo prekršajne prijave ili obavještavati resorna ministarstva da podnose takve prijave.⁵⁴ Takvu mogućnost predviđa i Konvencija o inspekciji rada (u poljoprivredi) iz 1969. godine koja propisuje da ako inspektori rada nisu ovlašteni pokretati prekršajne postupke, onda moraju imati ovlasti podnositi izvješća o prekršajima onim tijelima koja su nadležna za pokretanje takvih postupaka.⁵⁵ Ipak, općenito, većina nacionalnih zakonodavstava daje inspektorima ovlaštenje da na licu mjesta izriču novčane sankcije, odnosno izdaju prekršajne naloge.⁵⁶

Najčešća sankcija koju inspekcije rada mogu izricati je novčana kazna. U nekim slučajevima su te kazne niske pa nisu odgovarajuće sredstvo odvraćanja, posebno za srednja i velika poduzeća koja ih mogu platiti bez poteškoća.⁵⁷ U tim situacijama

51 *Da bi bile kredibilne, važno je da kazne budu definisane u odnosu na prirodu i težinu prekršaja.* Report III (Part 1B) General Survey of the reports concerning the Labour Inspection Convention, Geneva, 2006., *op. cit.*, str. 96.

52 *Izbjegavanje saradnje je vjerovatno manje privlačan prijedlog za biznis kada susreće regulatora sa piramidom izvršenja nego kada se susreće sa regulatorom koji ima samo jednu opciju zastrašivanja.* Ayres I., Braithwaite J., *op. cit.*, str. 36.

53 *loc. cit.*

54 *U nekim slučajevima, inspektori imaju direktno pravno ovlaštenje da izriču kazne zbog prekršaja koje su utvrdili tokom inspekcijskog nadzora. To nije slučaj u svim državama. U Francuskoj, na primjer, inspektori rada nemaju pravni osnov za izricanje novčanih kazni, kao što policajac može kada izdaje prekršajni nalog. Točnije, francuski inspektori mogu jedino obavijestiti o postojanju prekršaja i predložiti aktivnosti odgovarajućem upravnom ili sudskom organu, koji sam ima ovlaštenje da kazni ili izrekne neku drugu odgovarajuću sankciju. Ova vrsta procedure ograničava diskreciju inspektora u radu sa prekršiteljima na licu mjesta, ali se može smatrati sredstvom osiguranja transparentnosti i upravne konzistentnosti u izricanju novčanih kazni. To može dalje pomoći (prividno) umanjenju mogućnosti inspektorima da zloupotrebjavaju njihova ovlaštenja iznuđujući mito, dodajući nadzorno odobrenje.* Vega Maria, L., Rene, R., *op. cit.*, str. 15.

55 Čl. 23. Konvencije o inspekciji rada (u poljoprivredi) iz 1969. godine.

56 Vega Maria, L., Rene, R., *op. cit.*, str. 15.

57 *ibid.*, str. 7.

subjekt nadzora može, suprotno politici u određenoj oblasti, samostalno vrednujući odnos između koristi i štete koju može imati zbog nepropisnog ponašanja, da ocjeni da mu je nastavak nepropisnog ponašanja ili postupanja prihvatljiviji od izrečene sankcije. Time se urušava društveni sustav i politika države u oblasti rada, te ozbiljno narušava autoritet države. Novčana kazna je jedno od osnovnih sredstava represije koje inspektori rada koriste u cilju usklađivanja postupanja subjekata nadzora u skladu sa zakonom, odnosno kao kaznu zbog kršenja propisa. U najvećem broju država nacionalno zakonodavstvo izričito navodi za koje nepravilnosti se mogu izricati novčane kazne. Zakonima je uobičajeno predviđen opseg novčane kazne (npr. od 50 do 1.000 eura) ili maksimalni iznos kazne za određene nepravilnosti. Bitno je da novčana sankcija bude adekvatna, da se ne dođe u situaciju da je poslodavcu prihvatljivije da plati novčanu kaznu nego da svoje postupanje uskladi sa zakonom.⁵⁸ Novčana kazna treba biti dovoljno fleksibilna da se prilagodi okolnostima prekršaja, jer kažnjavanje za različite nepravilnosti istom novčanom kaznom ne može biti prihvaćeno kao društveno prihvatljivo i opravdano.

Pored novčane kazne, druga je najčešća mjera privremeno ili trajno obustavljanje rada subjektu nadzora. Do primjene ove mjere najčešće dolazi u oblasti sigurnosti na radu, u situacijama kada je zbog nepravilnosti ugrožen život i zdravlje radnika ili drugih osoba. S obzirom na težinu navedene mjere, to nije standardno ovlaštenje inspekcije rada, odnosno može biti podložno dodatnim odobrenjima drugih državnih tijela.⁵⁹

U Europskoj uniji države članice uobičajeno koriste kombinaciju kaznenih i upravno-prekršajnih sankcija. Upravno-prekršajne sankcije dominantne su u Austriji, Danskoj, Njemačkoj, Italiji, Litvi, Portugalu, Slovačkoj i Španjolskoj. Kaznene sankcije igraju ulogu u slučajevima težih kršenja radnog zakonodavstva, a posebno u oblasti zaštite života i zdravlja i sigurnosti na radu. S druge strane, u Francuskoj kaznene sankcije imaju važnu ulogu.⁶⁰ Većina kaznenih zakonodavstava sadrži odredbe o kaznenim djelima vezanim za radne odnose.

Posebne sankcije predviđene su zbog onemogućavanja rada inspektora. Onemogućavanje rada inspektorima može se manifestirati onemogućavanjem pristupa prostorijama, dokumentaciji ili strojevima, odnosno odbijanjem suradnje i davanja informacija. Odredbama obje konvencije o inspekciji rada propisano je da se nacionalnim zakonodavstvima država članica moraju propisati kazne za onemogućavanje rada inspektora te da se moraju učinkovito i provoditi.⁶¹ Pojedine

58 *Beznačajna novčana kazna je pogodna da bude ignorirana i ima malo ili nimalo utjecaja na ponašanje poslodavca. S druge strane, teška novčana kazna, ako se primjenjuje striktno, može ugroziti održivost poduzeća i poslove njegovih radnika...*; *ibid.*, str. 15.

59 Npr. u Albaniji odluku o obustavi rada koju je donio inspektor rada mora u roku od 48 potvrditi generalni inspektor.

60 *ibid.*, str. 8-9.

61 *Nacionalnim zakonima ili drugim propisima moraju se propisati odgovarajuće kazne za kršenje zakonskih odredaba za čije su provođenje nadležni inspektori rada, kao i za ometanje inspektora rada u obavljanju njihovih dužnosti, te se one moraju efikasno provoditi*; čl. 18. Konvencije o inspekciji rada iz 1947. godine. Slično je propisano i odredbom čl. 24. Konvencije o inspekciji rada (u poljoprivredi) iz 1969. godine.

države (npr. Belgija) su takvo postupanje definirale kao kazneno djelo.

4. MOGUĆNOSTI JAČANJA PREVENTIVNE FUNKCIJE KROZ ZAKONODAVNE INTERVENCIJE U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

Organizacija i nadležnosti inspekcije rada na teritoriju Federacije Bosne i Hercegovine regulirane su prvenstveno odredbama Zakona o inspekcijama Federacije Bosne i Hercegovine,⁶² županijskim zakonima o inspekcijama,⁶³ Zakonom o radu (Federacije Bosne i Hercegovine)⁶⁴ te Zakonom o zaštiti na radu.⁶⁵

Glede ovlaštenja za vršenje inspeksijskog nadzora propisano je da se *djelokrug rada* federalnih inspekcija utvrđuje propisima Federacije Bosne i Hercegovine, kao i propisima Bosne i Hercegovine koji propisuju da inspeksijski nadzor vrše entitetske inspekcije i inspekcije Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, kao i drugim propisima kojima je utvrđena nadležnost federalnih inspekcija za određenu upravnu oblast. Federalna inspekcija vrši inspeksijski nadzor nad primjenom propisa kojima je utvrđena nadležnost entitetskih inspekcija za vršenje inspeksijskog nadzora te, izuzetno, i onih federalnih propisa čiji je nadzor u nadležnosti županijskog inspektora, ako županijsko tijelo za inspeksijske poslove nema inspektora iz te oblasti. Zakon o inspekcijama Federacije Bosne i Hercegovine, kojim je uređeno vršenje inspeksijskog nadzora iz nadležnosti federalnih tijela uprave, inspeksijski poslovi federalnih inspekcija i njihov djelokrug, jedinstveni postupak inspeksijskog nadzora u Federaciji Bosne i Hercegovine radi osiguranja izvršenja zakona i drugih propisa, organizacija Federalne uprave za inspeksijske poslove i rukovođenje, prava, obveze i odgovornosti inspektora, prava i obveze subjekata nadzora, odnosi između Federalne uprave i županijskih inspeksijskih tijela, preventivno djelovanje inspektora u vršenju inspeksijskog nadzora i druga pitanja značajna za funkcioniranje inspeksijskog sustava Federacije Bosne i Hercegovine⁶⁶ dobar je temelj za odgovarajuće vršenje preventivne funkcije inspekcije rada.

Iako Zakon o inspekcijama Federacije Bosne i Hercegovine prepoznaje posebne funkcije inspeksijskog nadzora, zakoni koji reguliraju nadležnosti i postupanja inspekcija rada, Zakon o radu, a posebice Zakon o zaštiti na radu, ne posvećuju posebnu pažnju preventivnoj funkciji inspekcije rada. Posebno je to izraženo u oblasti zaštite na radu, budući da je ova oblast u Federaciji Bosne i Hercegovine još uvijek regulirana Zakonom o zaštiti na radu iz 1990. godine, koji je u svim njegovim segmentima, a posebice vezano za preventivno djelovanje, prevladan. Iako je radno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini od stjecanja neovisnosti do danas

62 Sl. novine FBiH, br. 73/14.

63 Sedam od deset županija u Federaciji Bosne i Hercegovine je donijelo svoje zakone o inspekcijama, i to: Zapadnohercegovačka županija, Zeničko-dobojski kanton, Unsko-sanski kanton, Tuzlanski kanton, Posavska županija, Bosansko-podrinjski kanton te Kanton Sarajevo.

64 Sl. novine FBiH, br. 26/16 i 89/18.

65 Sl. list SR BiH, br. 22/90.

66 Čl. 1. Zakona o inspekcijama u Federaciji Bosne i Hercegovine.

imalo dinamičan i raznovrstan razvoj u cilju njegova prilagođavanja tržišnom načinu privređivanja i prilagodbi odredbama komunitarnog prava, to nažalost nije bio slučaj u oblasti zaštite na radu. U praksi su još poodavno i radnici i poslodavci i Vlada Federacije Bosne i Hercegovine,⁶⁷ prepoznali potrebu za donošenjem novog zakona, kojim će se regulirati oblast sigurnosti i zaštite na radu te posebno apostrofirati prevencija povreda na radu i profesionalnih oboljenja. Nažalost, do danas takav propis nije donesen.

Ipak, upravo ta nužnost donošenja novog zakona o zaštiti na radu može biti prilika za inovativnije uređenje ove oblasti, pri čemu će se, cijeneći da je život i zdravlje radnika velika društvena vrijednost pitanju preventivnih aktivnosti općenito, a posebno preventivnih aktivnosti inspekcije rada pridati dužna pažnja.

5. ZAKLJUČAK

Inspeksijske službe imaju veliki društveni i gospodarski značaj. One imaju dvojak cilj i ulogu. S jedne strane nadziru i osiguravaju dosljednu primjenu propisa, dok s druge identificiraju slabosti i nedostatke tih istih propisa u praktičnoj primjeni, a sve u cilju njihovog prilagođavanja realnim društvenim potrebama. Uloga i značaj inspeksijskih službi zahtijevaju da se pitanju učinkovitosti njihovog rada posveti dužna pažnja te da se, između ostaloga, u tom cilju razmotri i pitanje mogućnosti unaprjeđenja njihovog rada.

Intenzitet vršenja temeljnih funkcija inspeksijskog nadzora u oblasti rada, radnih odnosa i sigurnosti na radu je u značajnoj mjeri specifičan u odnosu na ostale oblasti inspeksijskog nadzora. U ovoj oblasti primarna funkcija bi trebala biti preventivna funkcija. Šteta koja je nastala, posebice u oblasti zaštite zdravlja i sigurnosti na radu uposlenih i drugih osoba, u najvećem broju slučajeva ne može se ispraviti ili otkloniti, dok se određene posljedice mogu umanjiti. U tim slučajevima, šteta koja je nastala na životima i zdravlju ljudi (uposlenih ili trećih osoba) ima ogromne društvene i gospodarske implikacije. Iako i represivna funkcija ima svoju ulogu, u oblasti rada, radnih odnosa i sigurnosti na radu, ona se mora promatrati prvenstveno kroz prizmu generalne i specijalne prevencije. Resorna ministarstva rada, kao nositelji javnih politika u ovoj oblasti, moraju mnogo više i učinkovitije djelovati na promoviranju prevencije te u tom smislu usmjeravati i poticati i aktivnosti inspekcije rada.

Prevladan normativni okvir u Federaciji Bosne i Hercegovine u oblast sigurnosti i zaštite na radu ne osigurava adekvatno preventivno postupanje inspekcija rada, međutim, upravo nužnost donošenja nove regulative o zaštiti na radu može biti prilika za inovativnije uređenje ove oblasti.

67 Vlada Federacije Bosne i Hercegovine više je puta (2007., 2009. i 2016. godine) utvrđivala i u parlamentarnu proceduru upućivala nacrt Zakona o sigurnosti i zdravlju na radu.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Anđelković, Branislav, Uloga nadzora i inspekcije zaštite na radu u uslovima tranzicije na tržišnu ekonomiju – iskustva Republike Srbije, Niš, Safety Engineering, vol. 4, 1/2014, str. 51-54.
2. Ayres, Ian, Braithwaite, John, Responsive regulation: Transcending the deregulation debate, New York-Oxford, Oxford University Press, 1992.
3. Bojanić, Igor, Mrčela, Marin, Svrha kažnjavanja u kontekstu šeste novele Kaznenog zakona, Zagreb, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 13, broj 2/2006, 2006., str. 431-449.
4. Borković, Ivo, Upravno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2002.
5. Burazin, Luka, Hegelov prinos suvremenom odštetnom pravu sa stajališta opće teorije i filozofije prava, Hrvatska pravna revija, vol. XI, 2/2011, str. 81-84.
6. Cesar Rosando, Marzan, Of Labour Inspectors and Labour Judges: Chilean Labour Law Enforcement After Pinochet (And What the United States Can Do To Help) (Symposium), St. Louis University Law Journal, vol. 54, 497/2009, str. 497-524.
7. Čizmar, Đuro, Europska kampanja Odbora viših inspektora rada (SLIC) 2017.-2019., Zagreb, Sigurnost, vol. 60, 3/2018, str. 269-271.
8. Čizmar, Đuro, Rad inspektora rada u postupcima izdavanja građevinske i uporabne dozvole, Zagreb, Sigurnost, vol. 56, 4/2014, str. 357-359.
9. Dedić, Sead, Upravno pravo Bosne i Hercegovine, Bihać - Sarajevo, Pravni fakultet u Bihaću, Magistrat, 2000.
10. Dedić, Sead, Gradašćević-Sijerčić, Jasminka, Radno pravo, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, Magistrat, 2005.
11. Ivošević, Zoran, Radno pravo, Osmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Javno preduzeće Službeni glasnik, 2015.
12. Jacobs, Scott, Cordova, César, Good Practices for Business Inspections - Guidelines for Reformers, Washington, World Bank Group, Small and Medium Enterprise Department, 2006.
13. Jacobs, Scott, Cordova, César, Good Practices for Business Inspections: Guidelines for Reformers, Small and Medium Enterprise Department, Washington, World Bank Group, 2006.
14. Lukić, Radomir, Košutić, Budimir, Uvod u pravo, XIX. izdanje, Beograd, Službeni list SCG, 2003.
15. Perišić, Saša, Funkcionisanje inspekcije rada i ekonomska kriza, Novi Pazar, Univerzitetska misao, 10/2011.
16. Perišić, Saša, Organizacija i principi inspekcijskog nadzora, doktorska disertacija, Niš, Pravni fakultet u Nišu, 2011.
17. Pires, Roberto, Labour inspection and development: Some reflections, Geneva, International Labour Organisation, 2011.
18. Provisional Record 19, International Labour Conference 100th Session, Geneva, June 2011.
19. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (Article 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, 50th Session, Geneva, 1966, Report III (Part IV): Labour inspection in industry.
20. Report III (Part 1B) General Survey of the reports concerning the Labour Inspection Convention, Geneva, 2006.
21. Rihthofen, Wolfgang fon, Inspekcija rada – Vodič za profesiju, Beograd, Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike Republike Srbije, 2005.

22. Rozić, Ivo, Mehmedović, Emir, Uticaj organizacije inspekcijskih službi na učinkovitost i ostvarivanje funkcija inspekcijskih nadzora – primjer inspekcija rada u Bosni i Hercegovini, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, god. I, 1/2017, str. 116-131.
23. Stojanović, Zoran, Preventivna funkcija krivičnog prava, Beograd, Crimen – Časopis za krivične nauke, 1/2011, str. 3-25.
24. Učur, Marinko, Neki posebni subjekti i odnosi po Zakonu o zaštiti na radu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, 1/2015, str. 533-546.
25. Učur, Marinko, Zaštita osobe u radnom odnosu od načela do realizacije, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, 1/2008, str. 557-578.
26. Vega, Maria Luz, Rene, Robert, Labour inspection sanctions: Law and practice of national labour inspection systems, Geneva, International Labour Organisation, 2013.

Propisi

1. Konvencija o inspekciji rada iz 1947. godine, broj 81 (Sl. list FNRJ - Međunarodni ugovori, br. 5/56 - u pravni sustav Bosne i Hercegovine preuzeta 2. lipnja 1993. godine na temelju notifikacije o sukcesiji međunarodnih ugovora bivše SFRJ)
2. Konvencija o inspekciji rada (u poljoprivredi) iz 1969. godine, br. 129 (Sl. list SFRJ, br. 22/75 - u pravni sustav Bosne i Hercegovine preuzeta 2. lipnja 1993. godine na temelju notifikacije o sukcesiji međunarodnih ugovora bivše SFRJ)
3. Preporuka o inspekciji rada iz 1947. godine, br. 81
4. Preporuka o inspekciji rada u poljoprivredi iz 1969. godine, br. 133
5. Zakon o inspekcijama Federacije Bosne i Hercegovine (Sl. novine FBiH, broj 73/14)
6. Zakon o radu (FBiH) (Sl. novine FBiH, br. 26/16 i 89/18)
7. Zakon o zaštiti na radu (Sl. list SR BiH, br. 22/90)

Ivo Rozić*
Emir Mehmedović**

Summary

SPECIALITIES OF INSPECTION FUNCTIONS PERFORMANCE IN THE AREAS OF WORK, WORK RELATIONS AND OCCUPATIONAL SAFETY

In this paper, authors deal with the problem of intensity of inspection supervision basic function performance (preventive, corrective and repressive function), primarily in the context of the labor inspection. Although these functions are common for inspection supervision in general, scope and intensity of their performance depend on the area of inspection supervision. In addition, and in the frame of specific area, the scope of use of the aforementioned functions depends also on the degree (and quality) of respective sectoral policy, as well as on the organization of the inspection supervision. Due to its social and economic importance, as well as influential subjects (business societies and employees) - areas of work, work relations and occupational safety require a tailored approach to inspection supervision. In the field of work and labor affairs, preventive function has, or at least should have, (more) dominant role in regard to corrective and repressive function of inspection supervision.

***Keywords:** inspection service; sectoral policy; preventive function; corrective function; repressive function.*

Zusammenfassung

BESONDERHEITEN DER DURCHFÜHRUNG DER AUFSICHT IM BEREICH DER ARBEIT, ARBEITSVERHÄLTNISSE UND DES ARBEITSSCHUTZES

Der Beitrag bespricht die Frage der Intensität der Durchführung der Arbeitsaufsicht, insbesondere ihre vorbeugende, korrektive und repressive Funktion. Obwohl diese Funktionen allen Bereichen der Aufsichten gemeinsam sind, hängt der Umfang und die Intensität der Durchführung genannter Funktionen vom Bereich, in dem die Aufsicht durchgeführt wird, ab. Ebenfalls hängt der Umfang der Nutzung

* Ivo Rozić, Ph.D., Associate Professor, University of Mostar, Faculty of Law, ivo_rozic@yahoo.com.

** Emir Mehmedović, Ph.D., Assistant Professor, University of Sarajevo, Faculty of Administration, emir.mehmedovic@fu.unsa.ba.

genannter Funktionen der Aufsicht sowohl von der Entwicklung (und Qualität) der sektoralen Politik als auch von der Form der Organisation des Aufsichtsamtes ab. Wegen seiner gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung sowie auch der von ihm beeinflussten Subjekte (wirtschaftliche Gesellschaften und Beschäftigte) verlangt der Bereich der Arbeit, Arbeitsverhältnisse und Arbeitssicherheit einen angemessenen Ansatz bei der Aufsicht. Im Bereich der Arbeit, Arbeitsverhältnisse und Arbeitssicherheit spielt oder sollte die vorbeugende Funktion der korrekativen und repressiven Funktionen der Aufsicht gegenüber die wichtigste Rolle spielen.

Schlüsselwörter: Aufsichtsamt; sektorale Politik; vorbeugende Funktion; korrektive Funktion; repressive Funktion.

Riassunto

LE SPECIFICITÀ DELL'ESPLETAMENTO DELLE FUNZIONI DI CONTROLLO NELL'AMBITO DEL LAVORO, DEI RAPPORTI DI LAVORO E DELLA SICUREZZA SUL LAVORO

Nel lavoro si disamina la questione dell'intensità dell'espletamento delle funzioni ispettive di controllo - preventive, correttive e repressive nel contesto dell'ispezione del lavoro. Benché rappresentino funzioni comuni a tutte le autorità ispettive di controllo, la portata e l'intensità di tali funzioni dipende dalle funzioni cui siano deputati i singoli ispettorati. Oltre a ciò, nel contesto di una determinata funzione, l'ampiezza dell'utilizzo delle attività ispettive di controllo dipende anche dal grado di sviluppo (e di qualità) della politica settoriale, come anche della forma di organizzazione del servizio ispettivo. In ragione del suo significato sociale ed economico, come anche dei soggetti sui quali sortisce la propria influenza (società commerciale e lavoratori). Il lavoro, i rapporti di lavoro e la sicurezza sul lavoro esigono un approccio adattato nell'ambito del controllo ispettivo. Nel lavoro, nei rapporti di lavoro e nella sicurezza sul lavoro la funzione preventiva ha, o perlomeno dovrebbe avere, un ruolo preponderante rispetto alle funzioni di controllo correttiva e repressiva.

Parole chiave: autorità ispettive; politica settoriale; funzione preventiva; funzione correttiva; funzione repressiva.

COMBATING CORRUPTION IN CROATIA IN THE MIDDLE AGES: AN EXAMPLE OF CROATIAN LEGAL DOCUMENTS – THE LAW CODE OF VINODOL (1288) AND STATUTE OF THE ISLAND OF KRK/VRBNIK (1388)¹

Doc. dr. sc. Tomislav Galović*

UDK: 316.654:343.352

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.9>

Ur.:13. veljače 2019.

Pr.: 3. lipnja 2019.

Pregledni znanstveni rad

Summary

The Croatian medieval lands were encompassed by Western European civilization and its culture, language and script, collectively referred to as orbis Latinus, but they were also lands in which there was a notable influence of different legal systems. In this paper, we will discuss combating corruption in Croatia in the Middle Ages: an example of Croatian legal documents – the Law Code of Vinodol (1288) and Statute of the island of Krk (1388). The first part of this paper is a general introduction, which defines history and legal history of Vinodol. The Law Code of Vinodol is in many ways a vital historical source, not only for legal history and linguistics, but also for knowledge of social structures in medieval Vinodol, the organization of the Church, and the ethnographic and cultural heritage. In the second part of this paper the focus will be on the Statute of Krk or Vrbnik, which is chronologically the second codex/statute written in the Croatian language and Glagolitic script. It is formally only a century younger than the Law Code, or Codex, of Vinodol from 1288, and was composed in the same year as the Latin-language Statute of Senj.

Keywords: *Croatian legal documents; Croatian medieval lands; legal systems; combating corruption; Croatia; Middle Ages; Law Code of Vinodol (1288); Statute of the island of Krk (1388).*

* Tomislav Galović, Ph.D., Assistant Professor, University of Zagreb, Faculty of Humanities and Social Sciences, Department of History and Institute of Croatian History, tgalovic@ffzg.hr.

¹ One part of this paper is based on the lecture held at international conference *Good Old Laws. The Tradition of Combating Corruption in Croatia*, organized by European Parliament, Group of the Greens/European Free Alliance, Brussels, Belgium, October 14, 2015. Modified Croatian version (without footnotes) of this lecture is available in Galović, T. et al., *Suzbijanje korupcije u Hrvatskoj u srednjem vijeku*, Z. A. Petrović (ed.), Zagreb, Udruga Kultura i etika, 2016., chapter: Vinodolski zakon, pp. 10-22; Hrvatskoglagoljski Krčki ili Vrbanski/Vrbnički statut, pp. 62-75.

1. THE LAW CODE OF VINODOL: INTRODUCTION

From Antiquity to modern and contemporary times, Vinodol and the Vinodol area has nurtured a rich written culture thanks to the specific structure of its terrain and rich history that have produced first-class monuments to literacy and architecture.

The Croatian Frankapan (Frankopan) noble kindred – dynasty of nobles and magnates left behind it an exceptionally rich written but also legal heritage as a result of its political and cultural activities. Its founder was Dujam, probably a native of Krk, to whom the Venetian Doge Domenico Michieli granted the island of Krk to administer under specific conditions. Dujam is cited as the duke of Krk in individual documents dated from 1118 (his first mention) until 1130, and also in 1163. Separate lines or familial branches formed within this aristocratic dynasty, of which the first two are dated from the Krk Dukes Bartol Škinela I (1254-1261) and Vid III (1242-1251). They are the progenitors of the so-called Škinela and Vid lines on the island of Krk. As they expanded their *državine* (this is a term for actual authority over land and administration of estates), they were referred to as Vinodolski, Modruški, Senjski and so forth after the territories they had acquired. From the initial territory of Krk, Vinodol and Senj, the Frankapan *državina* was later divided into eight immense estates. Duke Nikola IV (after 1352-1432) began to record his name as Frangipan, i.e., Frankapan, for the first time in 1422 (*magnifici viri domini Nicolai de Frangiapanibus, Vegle et Modrussie etc. comitis*). Based on the seat of their rule, the Frankapani formed alongside the existing lines: Cetinski, Ozaljski, Slunjski, Tržački, etc. Through the subsequent centuries, they were the dukes of Krk, Vinodol, Senj, Modruš, Rab, Brač, Hvar, Korčula, Brinje, Cetina, Drežnik, Gata, Požega, Slunj and Tržac.² Additionally, for longer or briefer periods, they administered Split, Trogir, Omiš, Rašpor, Kras, Postojno, Muggia, Bihać, etc. At most of these places, there are traces of their presence, including legal activities.³

According to the most prominent Croatian historian of law L. Margetić:

“The question that springs to mind is why important legal documents written in the Croatian language, and carrying the ancient Croatian name “zakon” have been preserved in the area of the Kvarner Bay to the east of the Učka mountain in Kastav, Trsat and Vinodol. The answer to this question should be sought in the circumstances after the demise of the sovereign Croatian national state - whose nucleus was in the continental hinterland along the coast of the Adriatic Sea, and the creation of the Hungaro-Croatian union in which the quasi-sovereign power rested principally with two powerful Croatian families: the feudal lords of Bribir, whose centre of power was in the continental hinterland of Zadar and the feudal lords of Krk (subsequently known as Frankapan) whose centre of power lay on the island of Krk, in Vinodol and in Modruš. But when the power of the lords of Bribir in the Zadar hinterland was crushed as early as the first half of the 14th century they transferred their centre of

2 Cf. Klaić, V., *Krčki knezovi Frankapani. Knjiga prva. Od najstarijih vremena do gubitka otoka Krka (od god. 1118. do god. 1480.)*, Zagreb, 1901, reprinted Izdavački centar Rijeka, 1991.

3 Cf. Srdoč-Konestra, I., Potočnjak, S. (ed.), *Putovima Frankopana, Frankopanska baština u Primorsko-goranskoj županiji*, Rijeka, Sveučilište u Rijeci – Filozofski fakultet u Rijeci, 2018., pp. 375-428, authors: Bartulović, Ž., Radić, Ž.).

power to Zrin and would have to wait a full 150 years to resume again a powerful role in the history of Croatia. This left the lords of Krk as the only guardians of Croatian nationhood and old traditions. By very skilful manipulation of the two mighty neighbouring powers, that is, Venice (they formally recognised their sovereignty over the island of Krk) and the Hungaro-Croatian kings (whose sovereignty over their continental possessions was also recognised more or less formally), they managed to preserve Croatian ancient traditions.⁷⁴

The Law Code, or Codex, of Vinodol is the oldest and most significant Croatian medieval legal document. It is also the oldest written Croatian legal custom (*consuetudo*). It was adopted, i.e., codified exactly 731 years ago in Novi Grad (present-day Novi Vinodolski). Its beginning (f. 1^v), in the form of an invocation and dating, is written as follows:

Vъ ime B(o)žie, amen. Let g(ospod)nih 128[8.], indicio pravo, dan 6. miseca jenvara. – Vъ vrъme krala Ladislava preslavnoga krala ugrskoga kralstva nega leto 6. na deset[e]. Va vrime ubo velikih muži gospode Fedriga, Ivana, Levnarda, Duima, Bartola i Vida, krčkih, vinodolskih i modruških knezi ('In the name of the Lord. Amen. In the year of our Lord 1288, the first indiction, the sixth day of the month of January. In the time of King Ladislaus, the illustrious king of the Hungarian Kingdom, the 16th year of his reign. Also in the time of the great men, lords Frederick, John, Leonard, Duimo, Bartholomew, and Guido, lords of Krk, Vinodol, and Modruš').⁵

In terms of its age, the Law Code of Vinodol stands side by side with the *Russkaya Pravda*, or Rus' Justice (Правда русьская, 11th-13th century), the oldest Slavic text of customary law, which is particularly evident in the representation of old Slavic legal terms and formulas in its text.⁶ In comparison to somewhat older or contemporary European laws, it is comparable to, e.g., the German *Sachsenspiegel* (*Sassenspiegel/Sassen Speyghel*, 13th century), or to the charter between the Swiss cantons of Uri, Schwyz, and Unterwalden from 1291.⁷

The Law Code of Vinodol is a collection of customary law in the area in which it was adopted and to which it applied at the time. It was irrefutably rooted in old Slavic law, but with notable influences from other legal spheres: e.g., Germanic law (*Leitkauf* = likuf),⁸ or Lombardian terminology (*ariman* = perman).⁹ The legal custom as such was mutable, and it gained validity through application by both the people and the (judicial) authorities. The Law Code of Vinodol bears certain similarities to the

4 Margetić, L., *Laws, Common Laws, Statutes, Privileges*, in: *Croatia in the Late Middle Ages and the Renaissance. A Cultural Survey*, vol. II of *Croatia and Europe*, Supićić, I., Hercigonja, E. (ed.), London – Zagreb, Philip Wilson Publishers, Croatian Academy of Sciences and Arts, Školska knjiga, 2008., pp. 155-156.

5 Margetić, L., *Vinodolski zakon – La legge del Vinodol – Das Gesetz von Vinodol – The Vinodol Law*, 2nd ed., Rijeka, Adamić, Vitagraf, 2000., p. 197. (English translation by Kraljic, J. P.).

6 Margetić, L., *Laws, Common Laws, Statutes, Privileges*, p. 151.

7 Margetić, L., *Vinodolski zakon...*, pp. 63, 147, 167, 189.

8 Margetić, L., *Vinodolski zakon*, in: *Leksikon hrvatskoga srednjovjekovlja*, Šanjek, F., Grbavac, B. (ed.), Zagreb, Školska knjiga, 2017., pp. 698-702.

9 Margetić, L., *Iz vinodolske prošlosti. Pravni izvori i rasprave*, Rijeka, Školska knjiga et al., 1980., pp. 55-79.

Statute of Korčula and the Statute of Poljica, because their foundations also rest in old Croatian law, and it was only a century later that the statutes of nearby Senj and Krk (Vrbnik) were composed, while it served as the direct precursor to the Law of Trsat.¹⁰

Distinguished Croatian linguist and Vinodol native Antun Mažuranić (1805-1888), brother of the even better known author, politician, and lawyer Ivan (1814-1890), was the first to publish the text of the Law Code of Vinodol in print in 1843. In the introduction to this publication, he wrote the following: “In olden times, Vinodol was the name for that part of the Croatian lands which is next to sea between Senj and Rēka. This area was owned by the Counts of Krk, Vinodol and Modruš, who began to refer to themselves as the Frankopans about 150 years later. Significant communities in Vinodol were: Novi Grad, Ledenice, Bribir, Grižane, Drivenik, Hreljin or Hriljin, Bakar, Tèrsat and Grobnik. – Every one of these places had a large or small stately manor (castle), one or two churches, and 50 to 300 houses, all of which, girded by a wall for safety, was referred to as a town. Every one of these towns had one, two, or three gates which were closed every night. Some of these towns, like Ledenice and Hreljin, are already completely deserted, since the folk preferred to move outside to their fields rather than live in the hilltop towns where they would be far from their land. All that is left in Drivenik is the church, its vicar (pastor), and the bell-ringer. Bribir is the only town left in Vinodol that closes at night, and Bakar became a free royal borough under Maria Theresa. The cathedral chapter of the Modruš or Krbava Diocese, which came to Vinodol with its vicar in 1493 when the Turks ravaged Modruš, has been divided into three so-called seats of the *collegiata*: in Novi, Bribir, and Bakar.”¹¹

2. COMPARISON TO STATUTES AND ROYAL CHARTERS

Besides the aforementioned, another aspect is vitally important: the mutual chronological link between legal actions in various Croatian lands in the Middle Ages. Namely, the adoption of the Law Code of Vinodol is comparable to the process of codification of statutes in Dalmatian communes and the issuance of royal charters in the Slavonian cities.¹² Among the oldest statutes are those of Korčula and Dubrovnik, while the oldest royal charters are those issued in Varaždin, Vukovar, Virovitica, Petrinja and elsewhere. The city governments in Split in 1239 and Zagreb’s Gradec in 1242 were regulated at virtually the same time. In Split, governance was based on the proto-statute composed by the chief magistrate (podestà) Gargan de Arscindis, while in Gradec it was based on a royal charter, the so-called Golden Bull issued by

10 Cf. Cvitančić, A., *Iz dalmatinske pravne povijesti*, Split, Književni krug, 2002., pp. 701-714; Margetić, L., *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru, knj. 3.: Grobnik, Bakar, Hreljin, Grižane, Bribir, Vinodol*, Rijeka, “Adamić”, Zavod za kaznene znanosti Mošćenice Pravnog fakulteta u Rijeci, 2007.

11 Mažuranić, A., *Zakon vinodolski od leta 1280. s priloženim izgledom glagolskoga pisma u rukopisu, Kolo*, separated print, Zagreb 1843., p. 50.

12 Kolanović, J., *Komparativno statutno pravo slobodnih kraljevskih gradova te priobalnih gradskih općina*, in: *Statut grada Varaždina – Statuta civitatis Varasdinensis*, Kolanović J., Križman, M. (transcription & ed.), Varaždin, Državni arhiv u Varaždinu, 2001., pp. 30-50.

the Croatian-Hungarian King Béla IV.¹³

The reason for the adoption of the Law Code of Vinodol is stated in its preamble:

Zač dole kr[at] videći ludi ki bludeći svojih starij[h i is]kušanih zakon zato ubo edin po edinom i [vsi] ludi vinodolski želeći one stare d[obre z]akone shraniti e napuni ke nih prvi v[sag]da su [shra]neni neurèeni. Skupiše se vs[i] na kup [tako] crikveni tako priprošči ludi svršenêm [imêu]č zdrave svet u Novom gradu pred obrazom [t]oga istoga kneza Leonarda zgora imenovana i sbraše se od vsakoga grada vinodolskoga ne vse st[a]riiši na vkup, na ke viahu da se bole spominahu v zakonih svojih otac i od svojih ded ča bihu slišali i nim narediše i ukazaše tesnim zakonom da bi vse dobre stare iskušane zakone u Vinodol činiti položiti v pisma od kih bi se mogli spomenuti ili slišati od svojih otac i ded zgora rečenih tako od sada naprid mogu se uleći bluenja te riči i nih dètce vrime ko pride da nimaû primisalê v tih zakonih ('Since they often observed that the people misunderstood their old and tested laws, therefore each individual and all the people of Vinodol together, in the desire to completely preserve these old good laws which had always been maintained by their ancestors but which had been preserved in a disorderly manner, gathered at a meeting, with clerical as well as lay people, and seriously consulted with each other in Novi Grad in the presence of the same Count/Lord Leonard mentioned above and elected from each Vinodol town to the assembly, not all the elders, but those who were known to better remember the laws of their fathers, and also ordered and commanded them that all the good old tested Vinodol laws be written down, which they could remember or which they had heard from their fathers and grandfathers above mentioned so that henceforward they may avoid misunderstandings in these matters and also so that their children may in the future avoid dilemmas over these laws').¹⁴

Antun Mažuranić interpreted it as follows: "In the year 1280¹⁵, several wise patriarchs from every municipality of Vinodol [besides Belgrade and Kotor, although they were already supposed to be there then] gathered in Novi, and here in the domain of Count Leonard of Krk, Vinodol and Modruš, they have for the first time written in the script of their national language all of those pristine laws and customs which they had recalled hearing from their fathers and grandfathers before that time. They have written the laws so collected in as many examples as there were cities represented at that gathering, so in at least nine examples."¹⁶

So, on 6 January 1288, a committee gathered, consisting of approximately 40 representatives of the nine municipalities of Vinodol¹⁷: Novi Grad (present-day Novi

13 Matijević Sokol, M., Statuti gradskih komuna i povlastice slobodnih kraljevskih gradova s posebnim osvrtom na grad Koprivnicu, in: *Statut grada Koprivnice – Statuta civitatis Capronzensis*, Levanić, K. (transcription & ed.), preface Ernečić, D. et al., Koprivnica, Muzej grada Koprivnice i Državni arhiv u Varaždinu, 2006., pp. 9-29.

14 Margetić, L., *Vinodolski zakon...*, p. 197.

15 Due to the damage to the text of the Law Code of Vinodol on the first sheet, in the 19th century (until 1880) it was deemed that it had been drawn up 1280, but subsequent research has corrected this interpretation to the correct year, 1288.

16 Mažuranić, A., *Zakon vinodolski...*, p. 51.

17 Cf. Klaić, N., *Vinodol od antičkih vremena do knezova Krčkih i Vinodolskog zakona*, Pazin – Rijeka, Historijski arhiv Pazin, Historijski arhiv Rijeka, spec. ed. vol. 9, 1988.; Kraljic, J.

Vinodolski), Ledenice, Bribir, Grižane, Drivenik, Hreljin, Bakar, Trsat and Grobnik, as well as the Counts of Krk, the feudal Counts of this territory who were known as the Frankopan Counts (Frankopans) since the 15th century. Their task was to ascertain, consolidate and adapt the laws and obligations between serfs and feudal counts in written form. This had to be done because problems had arisen regarding the interpretation of the “good old laws,” i.e., tried and tested laws which had been passed down from one generation to the next. It was thus necessary to collect and write down those laws in one place so that all future dilemmas concerning the interpretation of legal customs could be resolved. In the words of E. Hercigonja, “the goal was to bring those traditional legal institutions and norms in line with reality: with new relations imposed onto the old free municipalities of Vinodol” by the Counts of Krk which extended their rule and administration to the aforementioned area.¹⁸

However, the Law Code of Vinodol significantly differs from the statutes of the Adriatic urban municipalities in which the patriciate more or less tried its best to secure the best possible status vis-à-vis commoners and peasants. First and foremost, the Law Code of Vinodol was not created on the basis of the so-called Roman legal component.¹⁹ Although its provisions favoured ducal authority, they also codified numerous customs of archaic law, e.g., blood feuds (*vražba/vražda*), etc.²⁰

3. MANUSCRIPT – LANGUAGE AND WRITING

The extant text of the Law Code of Vinodol is a transcript from the latter half of the 16th century. It contains 14 parchment sheets (28 pages) in a format of 24.3 x 16.5 cm and is held in the Manuscripts and Old Books Collection of the National and University Library in Zagreb (call number: R 4080). The whereabouts of any potential older transcripts or the original itself are currently unknown.²¹

The language of the law is old Croatian, in a mixture of the Chakavian and Ekavian dialects, or in more precise linguistic terms, an amalgam of Chakavian and Old Church Slavonic. In the law itself, the language is called Croatian (*hervatski*), which is one of the earliest confirmations of the Croatian linguistic ethnicity in general.²² Although a Latin redaction of the Law Code of Vinodol does not exist, it was

P., *The Early History of Vinodol and the Lord of Krk: Recent Works of Nada Klaić and Lujko Margetić*, *Journal of Croatian Studies* 30/1989, pp. 153-165; Margetić, L., *Rijeka, Vinodol, Istra. Studije*, Rijeka, Izdavački centar Rijeka, 1990., pp. 67-88; Kosanović, O., *Državina Krčkih knezova – Vinodol, Senj i Krk od početka 14. stoljeća do 1420. godine*, Ph.D. Thesis, Zagreb, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012., pp. 16-30.

18 Hercigonja, E., *Neke jezično-stilske značajke Vinodolskoga zakona (1288) i Krčkoga (Vrbanskoga) statuta (1388)*, *Slovo* 39-40/1989-1990, pp. 87-125, p. 95.

19 Cf. Cvitanić, A., *Iz dalmatinske pravne povijesti*, pp. 701-714.

20 Margetić, L., *Laws, Common Laws, Statutes, Privileges*, p. 156.

21 Cf. Bratulić, J. (ed.), *Vinodolski zakon 1288.*, Zagreb, Globus et. al., 1988.

22 Cf. Jagić, V., *Priměri starohervatskoga jezika iz glagolskih cirilskih književnih starinah II*, Zagreb, Brzotiskom Antuna Jagića, 1866., pp. 176-178; Šepić, A., *Jezik hrvatskih općinskih statuta istarskih i primorskih, Prilog historičkoj gramatici hrvatskog jezika*, *Rad JAZU* 295/1953, pp. 5-40; Munić, D., *Statuti/zakoni kvarnerskih srednjovjekovnih komuna hrvatskim jezikom zapisani*, *Sveti Vid*, 4/1999, pp. 53-68.

written with numerous elements of Latin diplomatics sources. What actually occurred was the interference of “certain elements of Latin diplomatic forms (translations of certain terms) into traditional Slavic customary legal processes, formulations, and terminology” (E. Hercigonja).²³ Also irrefutably present in the dating formula is the influence of Latin diplomatics sources. Furthermore, the text contains indicative examples of the influence and translation of the Latin diplomatic nomenclature: *imejuć zdrave svet* = *salvo habito consilio*; *narediše i ukazaše* = *jusserunt et ordinauerunt*; *tesnim zakonom* = *lege stricta*; *crikva općinska* = *ecclesia publica*; *redi* = *(e)redi* < Lat. *Heredes*, etc.²⁴

The text of the law is written in the Croatian Glagolitic script. There is also a Latin transcript of the Law Code of Vinodol from the 17th century. A reasonable presumption is that the original was written in the angular Glagolitic script, while the transcript was written in Glagolitic cursive, which was used for legal documents since the latter half of the 14th century. It is indicative that a part of the dating formula (a portion of the first line), as well as the third and fourth lines in transcript of the invocation are also written in angular Glagolitic. Otherwise, the text is decorated with initials containing herbal and geometric motifs and intriguing drawings on the margins. The text itself begins with a large capital Glagolitic letter *V*, while, for example, a serpent is drawn next to Article 12 which deals with an outlaw in this principality (*zgonik*), an upright birch held in a hand is drawn next to the Article 25 dealing with a physical altercation between serfs (*kmeti*), an upright key is drawn next to Article 42 about a *klučar* (who locked valuables for safekeeping), and a table with a jug of wine, a cup and a glass is drawn next to Article 43 dealing with an innkeeper (*tovernar*), above which there is an inscription reading *Oštarija*. A brandished sword is drawn next to Article 71, which deals with the capture and killing of a brigand (*razboinik*).²⁵

The preserved transcript of the Law Code of Vinodol is not divided into Articles; that was done by later publishers and scholars in different ways, so there are divisions into 75, 76, and 77 articles. Also noticeable are various (transcriptional, linguistic, etc.) errors at numerous levels.

4. SOCIETY AND LAW

Society in Vinodol at that time was rather stratified and consisted of *serfs*, *nobles*, *priests* and then *all other people*.²⁶ The deliberations to adopt the Law Code of Vinodol were attended by “both ecclesiastical people and common folk”: *archbishop*, *bishops*, *vicars*, and *Glagolitic priests*, and a *courtier*, *captains*, *judges* and unspecified others, very likely *elders* (‘*seniors*’, an institution of medieval social life). Municipal officials were represented by the *satnik*, *graščik* and *busović*. Such nomenclature, especially *captain*, i.e. *satnik* (*centurio/hundred-man*), is clearly indicative of the former military

23 Hercigonja, E., *Neke jezično-stilske značajke...*, p. 122.

24 loc. cit.

25 Cf. Margetić, L., *Vinodolski zakon...*, pp. 9-60.

26 Raukar, T., *Vinodolski zakon i hrvatsko srednjovjekovno društvo*, *Historijski zbornik*, XLV, 1/1992, pp. 155-168.

organization of this area. A *satnik* was the head of a (fortified) town, a *graščik* was a municipal official, and *busović* served as a crier. Also mentioned in the law are *kmetovi* (serfs), and out of all of these terms, it is the one that has raised the most questions and debate in Croatian legal scholarship and historiography. It was finally identified as equivalent to the term *gradokmet* (*iobagiones castris*).²⁷

Particular attention in the Law Code of Vinodol is accorded to criminal law and contractual law.²⁸ Notable among its provisions are those pertaining to the authority of the count, the organization of the Vinodol municipality and its functioning, and the status of the Church.²⁹ Some provisions regulating arbitrary and excessive punishment even limit the counts's authority. The punishments which stem from provisions of the Law Code of Vinodol are mostly fines, which in and of itself speaks to the level of economic development of this society. It bears emphasis that the text contains no proof of the so-called *trial by ordeal* and *torture*, which makes the law itself rather advanced for its time because such institutions – e.g., holding a red-hot iron, or torturing the accused until he tells the truth – were known and utilized in the European legal practices of the time.³⁰ Furthermore, the provisions of the Law Code of Vinodol grant full legal equality to local residents and the lower strata, which included people such as shepherds and ploughmen and others who lived outside of the town “if they have a good reputation.” Special protection (both personal and moral) of women's dignity comes to the fore in Articles 27, 28 and 29.³¹

The Law Code of Vinodol is a valuable legal document created under socio-political and historical conditions entirely different from those of the present today, and it also possesses a legal vocabulary different than that of modern times. As Lujo Margetić often emphasized, “studying the legal institutions of the Middle Ages by applying modern legal terminology” is sometimes deceptive, because “it results in a rather distorted image of medieval legal thought.”³² I shall therefore list individual provisions below that limit the arbitrary authority of feudal counts and others and specify their rights and obligations.³³ Although they functioned as a sort of corrective

27 Levak, M., Podrijetlo i uloga kmetâ u vinodolskom društvu XIII. stoljeća, *Zbornik Odsjeka za povijesne znanosti Zavoda povijesnih i društvenih znanosti HAZU* 19/2001, pp. 35-81. Cf. Margetić, L., Vinodolska općina i vinodolski kmeti, *Rad HAZU* 485/2002, pp. 129-169.

28 Bartulović, Ž., *Neka pitanja stvarnih i obveznih prava: Vinodolski zakon (1288.)*, Krčki i Senjski statut (1388.), Rijeka, Ogranak Matice hrvatska Rijeka, 1997. Cf. also: Bartulović, Ž., Problem vlasništva nad neobrađenim zemljištem u srednjovjekovnom Vinodolu, Krku i Senju, *Historijski zbornik* XLIII, 1/1990, pp. 39-47; Bartulović, Ž., Ugovorna kazna prema Vinodolskom zakonu te Krčkom i Senjskom statutu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci* 13/1992, pp. 1-12.

29 Bogović, M., Crkva u Vinodolskom zakonu iz 1288. godine, *Riječki teološki časopis* II, 1/1994, pp. 63-77.

30 Margetić, L., *Laws, Common Laws, Statutes, Privileges*, p. 154.

31 Novak, Z., Neki aspekti pravnog položaja žena u Vinodolskom zakonu, Senjskom i Krčkom statutu, *Historijski zbornik*, LXII, 2/2009, pp. 315-343.

32 Galović, T., Vinodolski zakon – 725 godina poslije, in: *725 godina Vinodolskog zakonika – 725 godina suzbijanja korupcije u Hrvatskoj*. Petrović, Z. A. (ed.), Zagreb, Udruga Kultura i etika, 2013., p. 13; Margetić, L., *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru*, knj. 3., 267.

33 Cf. also: Galiot, M., Aktivno podmićivanje u hrvatskom srednjovjekovnom i novovjekovnom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 36, 3/2016, pp. 1149-1173.

at the time of their creation, they may serve as interesting and incentivizing measures for various social institutions even today.

- Articles 1 and 2 precisely stipulate what belongs to a bishop, and what belongs to a *žakn* (the person who helps the priest in his service – a deacon) during consecration of a specific church, which means that any potential additional requests are annulled:

(Art. 1) “First, if any of the churches of the Vinodol communities must be consecrated or are consecrated by the lord bishop, in which bishopric that certain church is located, he may receive only 40 soldins of petty Venetian currency for that mentioned consecration, and also one dinner and one supper and that directly from those who present the church to be consecrated. The deacon, known as *malik* in Croatian and *macarol* in the language of Vlachs who serves behind the bishop in that same church, may receive for that same consecration only a *bolanza* of 15 petty Venetian money.”³⁴

(Art. 2) “Furthermore, in regards to the mentioned community churches, abbeys or monasteries, the lord bishop may not order, or take, or direct anything except what the administrators of those same churches wish to give him of their own free will.”³⁵

- Article 5 states that if the count visits any Vinodol municipality (a town), he has the power to seize or order the seizure of livestock belonging the serfs so that he and his family can eat while he resides in Vinodol; however, he must pay compensation for such livestock in any case:

(Art. 5) “Furthermore, if the count of Vinodol or the mentioned bishop travels through the county of Vinodol, in whichever of its towns he arrives, he may order, for the support of himself and his family, that the hundred-man of the town brings to him anyone’s cattle or small livestock, that is, the nearest one found, and that from the stock of commoners, of nobles, of priests and of other people. Nevertheless, for that cattle the lord must always pay, while he may, through his (armed) servants (*permani*), take for himself and his family and for his court the nearest available cattle of that same community without regard to whomever of the abovementioned the cattle belongs.”³⁶

- Article 20 states that no man can propose his wife as his witness on his behalf in court, but according to Article 67, a father may testify for his son, a son and daughter may testify for their father, and by the same token, a brother and sister may testify on behalf of their sister, but only if they do so by standing independently and separate from one another:

(Art. 20) “Furthermore, no one may present his wife for testimony; she is not credible in any of his matters.”³⁷

(Art. 67) “Furthermore, a father may be a witness for a son, a son and daughter may be witnesses for a father, as may a brother and sister for a sister, if each live separately and if they have divided their estate among themselves.”³⁸

34 Margetić, L., *Vinodolski zakon...*, Rijeka – Zagreb, Adamić i Nakladni zavod Globus, 2008., p. 209.

35 loc. cit.

36 loc. cit.

37 ibid., p. 211.

38 ibid., p. 218.

- Article 26 stipulates that the captain (head of the town/municipality), *grašćik* (city official), and *busović* (crier), all of which are posts tied to the safety of a specific Vinodol municipality, shall not be believed with regard to any act committed during the time pertaining to their service, except after a period of one year after the end of their service:

(Art. 26) “Furthermore, the hundred-man, hundred-man’s assistant and towncrier are not credible in any matter which may be committed during the time of their duties, except for a period of one year after the completion of their term of office.”³⁹

Article 39 stipulates that no charges (accusation) shall bear a fine higher than 6 libri attached to it, except for those involving violence:

(Art. 39) “And furthermore, no accusation can result in a penalty greater than 6 libras except for the crimes mentioned above.”⁴⁰

- Article 42 stipulates that the word of no *ključar* (i.e. a person who safeguards other people’s belongings under lock and key; bailee) shall be trusted regarding any thing he could claim to have given, donated or borrowed, or in any other way whatsoever given from his cellar, except in a value not exceeding 20 soldi, unless he has trustworthy witnesses, but even for a value not exceeding 20 soldi he must put his hand on the Gospels and swear an oath:

(Art. 42) “And furthermore, no bailey (*ključar*) is either credible or to be trusted about anything that he says he has given to someone or presented it or lent it or that he has given it in any manner from his warehouse except if the item has a value of less than 20 soldins, unless he has credible witnesses. And also, regarding the item’s value as being up to 20 soldins, he must swear and touch the Holy Gospel.”⁴¹

- Article 43 stipulates that the word of an innkeeper shall not be accepted without testimony from another witness in any claim arising from the sale of his own wine except in a value not exceeding 10 soldi, while in case of a re-seller, i.e. a person who sells someone else’s wine, the rule stipulated a value of 50 soldi and the swearing of an oath:

(Art. 43) “Furthermore, no inn-keeper is credible without evidence of any claim for the payment of his own wine except if its value is up to 10 soldins, and up to 50 soldins for a *podružnik*, that is, one who is selling another’s wine, with the condition that he must swear to it.”⁴²

- Article 44 stipulates that no commercial ledger shall be deemed authentic without trustworthy witnesses, unless the value does not exceed 50 libri for each debt, but even then one has to swear an oath on the Gospels:

(Art. 44) “Furthermore, no commercial book is credible without a good witness, except up to 50 libras for every debt and this also requires an oath on the Gospels to verify his books and records.”⁴³

- Article 45 stipulates that no reward confidentially granted for finding an

39 *ibid.*, pp. 211-212.

40 *ibid.*, p. 213.

41 *ibid.*, p. 214.

42 *loc. cit.*

43 *loc. cit.*

item, detecting a crime, or anything else such as land, vineyards, or any other kind of thing for which a *likuf* (consumption of food and beverages after the conclusion of a certain type of business deal) is given by law – or for finding a large livestock animal – may exceed 40 soldi, and whoever gives more, does so to his own detriment:

(Art. 45) “Furthermore, no reward that is secretly given for the discovery of any item, crime or anything else, such as land, a vineyard, or other properties for which a *likuf* is to be given – of for the discovery of a large head of cattle – may be more than 40 soldins. Who gives more, does so to his own damage, except if the count should decide to give more for the discovery of some crime or for some other item which is thought to belong to the same count. Of these 40 soldins he must swear that he gave them or that he promised to give them to the person who claims that he gave that same reward and that he sought and found the item. From these 40 soldins the court receives nothing, except for 5 soldins and 2 soldins for every small animal.”⁴⁴

- Finally, also noteworthy is the provision of Article 54 which prohibits lawyers from receiving recompense higher than that prescribed!

(Art. 54) “And furthermore, no advocate in the largest suits may take more than 10 soldins for his defence and no more than 5 soldins for the smallest. And no commoner may be an assistant (*odgovornik*) for a noble, nor a noble for a commoner, without the court’s permission. Whosoever does the contrary must give the lord one ox and the same to the person whom he assisted, or 8 libras.”⁴⁵

5. CONCLUSION: IMPORTANCE AND SIGNIFICANCE

The Law Code of Vinodol was first published by Antun Mažuranić in 1843. This invaluable Croatian legal document is interesting to European legal-historical scholarship and has been translated into numerous European languages (Russian, Ukrainian, French, Polish, German, Italian, English, etc.). After only three years, it was first translated and published in Russian (Osip Bodnjanski), and in 1878, Anna Michailowna Jewreinowa (Evreinova) published a facsimile edition of the original with a Latin and Cyrillic transcript. A Polish translation from 1856 was signed by Waclaw Alexander Maciejowski, while Jules Preux was responsible for the French translation in 1896. In 1880, the ‘patriarch of Slavic studies,’ Vatroslav Jagić, published the original version of the Law Code of Vinodol along with particularly valuable linguistic and legal interpretations and a new Russian translation, and ten years later, in cooperation with Franjo Rački and Ivan Črnčić, he published *Statuta lingua Croatica conscripta – Hrvatski pisani zakoni: vinodolski, poljički, vrbanski, a donekle i svega krčkoga otoka, kastavski, veprinački i trsatski*.⁴⁶ In 1931, Marko Kostrenčić published a German translation. In the book by Miho Barada, *Hrvatski vlasteoski feudalizam po*

44 loc. cit.

45 *ibid.*, p. 216.

46 *Statuta lingua Croatica conscripta – Hrvatski pisani zakoni: vinodolski, poljički, vrbanski, a donekle i svega krčkoga otoka, kastavski, veprinački i trsatski*, Rački, F., Jagić V., Črnčić, I. (ed.), Zagrabiae, Academia scientiarum et artium Slavorum meridionalium (Monumenta historico-juridica Slavorum meridionalium, vol. 4, 1890.

Vinodolskom zakonu, a transcript and interpretation into modern Croatian was edited by Vjekoslav Štefanić.⁴⁷ On the 700th anniversary of its ratification, Josip Bratulić prepared the publication *Vinodolski zakon: faksimil, diplomatsko izdanje, kritički tekst, tumačenje, rječnik* in 1988, while Lujo Margetić provided English, German, Italian, and French translations along the Croatian interpretation in his editions; his work also significantly advanced legal-historical research and insights pertaining to the Law Code of Vinodol.⁴⁸

As a part of the Digitized Heritage (*Digitalizirana baština*) project conducted by the National and University Library in Zagreb, which envisions digitization of selected works from its collection, the manuscript of the Law Code of Vinodol was among the first works to be digitized in November 2005.⁴⁹ All of this abundantly confirms the broad interest of not only Croatian, but also a significant number of foreign scholars in studying Croatia's oldest customary law text.

The Law Code of Vinodol is in many ways a vital historical source, not only for legal history and linguistics, but also for knowledge of social structures in medieval Vinodol, the organization of the Church, and the ethnographic and cultural heritage. We are therefore at liberty to conclude that the Law Code of Vinodol is just as stimulating and topical today, despite the fact that 731 years have passed since it was adopted: much can still be learned from its provisions. Perhaps more notable than anything else is its rather *humane legal character*.

However, despite the existence of extensive and valuable literature on the subject of the Law Code of Vinodol – from historiographic and Slavistic to legal and other research – many questions are still left for future researchers to answer.

6. THE CROATIAN GLAGOLITIC STATUTE OF KRK OR VRBNIK: INTRODUCTION

The history of the largest Croatian, and also Adriatic island, Krk, is characterized by various processes, events and people who sometimes left behind them major, and sometimes minor marks, i.e. evidence.⁵⁰ Due to its favourable geographical location and size, early habitation, the orientation of its residents toward both the land and the sea, the early appearance and acceptance of Christianity, but also due the governance of the medieval Counts of Krk, later called the Frankopans, it is not surprising that an entire line of first-rate written cultural monuments of national importance originated on Krk.

From the 7th and 6th centuries B.C. (the prehistoric period when the earliest

47 Barada, M., *Hrvatski vlasteoski feudalizam po Vinodolskom zakonu*, Zagreb, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Djela JAZU, knj. 44, 1952.

48 Cf. Karbić, D., Karbić, M., *The Laws and Customs of Medieval Croatia and Slavonia: A Guide to the Extant Sources*, London, UCL School of Slavonic and East European Studies (Studies in Russia and Eastern Europe), 2013., pp. 55-58.

49 <http://db.nsk.hr/HeritageDetails.aspx?id=894>

50 Bolonić, M., Žic Rokov, I., *Otok Krk kroz v(i)jekove*, Zagreb, Kršćanska sadašnjost, Analecta Croatica Christiana, sv. IX, 1977., 2nd ed., Kršćanska sadašnjost i Biskupski ordinarijat Krk, 2002.

forts that have been discovered on the island of Krk were built) right up to the present, the island has been ruled by various tribes, nations, rulers and states. Each of them left traces for future generations, which created something of a mosaic that reveals the level of civilization of each individual historical era (Ancient History, Late Antiquity and the Middle Ages, the Modern Era).

The island of Krk as the source of the Krčki dukes, later Frankapans (Frankopans), constitutes an invaluable and geographically well-rounded unit in the heritage of this dynasty with its origins in the island's distant past. In order to correctly understand both the physical and natural environment and the political, ecclesiastical and cultural milieu of the island of Krk, it is necessary to go back several centuries and consider the basic contours of its past. Passing over the relatively rich Roman heritage, the Early Christian ecclesiastical complexes on the island of Krk clearly heralded the onset of a new era. A crucial change in the religious sphere occurred when Christians in the Roman Empire were guaranteed the freedom to practice their faith and they were granted equal status with other religions. This exceptionally important event in the history of the Church was followed by the initial centuries of the growth of Christianity on the island of Krk. This, in fact, would be of crucial importance to the future development of the island and its population. After the fall of the Western Roman Empire, the island came under the rule of the Byzantine Empire, and, with the exception of a few brief intervals, remained within its sphere, whether factually or only superficially, for a long portion of the Early Middle Ages. With the close of Antiquity and the onset of the early medieval period, the territory of the island of Krk – and the same applies to neighbouring and surrounding territories – was settled with a new population: Slavs/Croats. On the neighbouring Istrian peninsula the Slavs were recorded rather early, already in the 6th/7th century. On the other hand, according to the latest research and interpretations, as well as archaeological evidence, the Croats came to these areas, including the island of Krk, during the 8th century (L. Margetić, V. Sokol), pushing the indigenous Romanic inhabitants into the walls and ramparts of the town of Krk. Thus, the emperor and writer, Constantine VII Porphyrogenitus (905-959), could rightfully note in his texts that Krk was inhabited by Romans. This certainly applies if it means the town of Krk, but not if it implies the entire island as well. In the absence of other historical sources, the linguistic and toponymic research conducted by P. Skok has shown that old names which bear the particularities of the old Romanic speech of the town of Krk can be found south of the line from Punta Pelova to Draga Baška, while they are generally Slavic, i.e., Croatian, north of that line (e.g. Dobrinj, Vrbnik). The final decision on territorial-political authority over the island of Krk was only resolved by the Peace of Aachen in 812. Under this treaty, the island belonged to Byzantine Dalmatia, but it is likely that it had belonged to the Byzantine Empire even before. This is confirmed by the fact that on the Kvarner islands, of which Krk is an integral component, the term *općina* (municipality) appeared, and this was primarily a territorial and organizational form that emerged where the Byzantine Empire had sovereignty.⁵¹

Constantine Porphyrogenitus wrote that as of the latter half of the 9th century,

51 Božanić, A., Galović, T., Žic, I., *Krčka kulturna baština*, Rijeka, Glosa, 2018., pp. 16-38.

the island of Krk paid a tribute to the Croatian ruler. In the year 1000, Venetian Doge Pietro II Orseolo assumed actual authority over Kvarner, but he nonetheless had to acknowledge Byzantine primacy. The Venetians confirmed their rule over Krk once more in 1018 with a document in which the islanders undertook the commitment to pay tribute to their senior lord, Otto, the doge of the Venetians and Dalmatians (*domino Ottoni, seniori nostro, duci Veneticorum ac Dalmaticorum*). The island came under the authority of Croatian rulers at several points, particularly Peter Krešimir IV (ca. 1058-1074) and Dmitar Zvonimir (1076-1089), whose actual rule here is best confirmed by the *Baška Tablet*.⁵²

The Church, as an institution and a community of believers, without a doubt played a significant role in the historical development of Krk. Due to its spiritual, but also partially educational and correctional role in Krk's society both among the elites and among the common people, the Krk Diocese has a special place in the island's history.⁵³ The Glagolitic script and Croatian Old Church Slavonic, which were used to inscribe hundreds of stone monuments and to write numerous religious and other books from the 11th to the mid-19th century, are particularly important for the cultural identity of Krk. The medieval culture of the island of Krk would be unimaginable without its priests and monks—the Benedictines and the Third Order of St. Francis. Therefore, precisely under the aegis of the ecclesiastical monastic community, emphasis will be accorded to that which best illustrates this entire aspect, the renowned *Baška Tablet* (11th/12th century). It was created, carved, in a transitional form of the Glagolitic script between the round and angular versions in the old Slavic Croatian language. It was preceded by another important, also Glagolitic text, the *Krk Inscription* from the 11th century, which testifies to the early existence of the Croatian Benedictine-Glagolitic culture in the town of Krk alongside the Latin-Roman one. Viewed from another angle, the Croatian aristocratic kindred of the Frankopans occupied a crucial place in the history of Krk, as their significance, economic power and political acumen stretched far beyond the island itself.⁵⁴

During the 12th century, battles arose between the Hungarian-Croatian Kingdom and Venice for possessions which included the island of Krk. The Venetians emerged victorious and the island, as their newly-acquired possession, was soon turned over for administration in 1117/1118 to the ducal authority of Dujam, the progenitor of the Krk lords, later the Frankapans. The duke presumably administered Krk until his death, and in 1163 the Venetians turned the island to two of his sons to administer. Among the earliest mentions of this duke/progenitor was from 1133, when the residents of Krk granted their duke, Dujam (*dominus Duymus comes*) the right to impose a levy (*colta*) for the repair of the town and to collect taxes for the Venetians.

52 Cf. Margetić, L., *Bašćanska ploča*, Rijeka, Povijesno društvo Rijeka, Vitagraf, 2000.

53 Bolonić, M., *Otok Krk kolijevka glagoljice*, Zagreb, Kršćanska sadašnjost, Analecta Croatica Christiana, sv. XII, 1980.

54 Klaić, V., *Krčki knezovi Frankapani, Knjiga prva, Od najstarijih vremena do gubitka otoka Krka (od god. 1118. do god. 1480.)*, Zagreb, 1901.; reprinted Rijeka, Povijesno društvo otoka Krka, *Krčki zbornik*, vol. 25, spec. ed. vol. 19, & Izdavački centar Rijeka, 1991.; Klaić, N., Knezovi Frankopani kao krčka vlastela, *Krčki zbornik* 1/1970, pp. 125-180; Kosanović, O., *Državina Krčkih knezova...*, pp. 110-190.

To understand the medieval times on Krk and the role of the dukes of Krk, later known as Frankapan (Frankopan), it is important to present their actual status under given political circumstances. Namely, the sons of Dujam, the first duke of Krk, Bartol I and Vid I, concluded a treaty with the Venetians on 3 August 1163 in which it stipulates:

“whereas we know that you, Bartol, and your brother, Vid, sons of the aforementioned Dujam, are such that you may wisely administer and protect the duchy of Krk, we therefore grant, relinquish and entrust to you two brothers this same duchy and the entire island for the remainder of your lives, and to whomsoever of you survives the other, under the terms and conditions with which your aforementioned father maintained for our predecessors, blessed be their memory, Doges Domenico Michiel, Pietro Polani and Domenico Morosini, and as confirmed by privilege during our reign. We grant to you all revenues that your father had, to fully and without diminishment receive and retain for yourself. We only wish that you should not burden the barques of the people of Krk with duties, nor may you seize their donkeys or beasts of burden by force. Finally, you may not take bushels of grapes from their vineyards, and we hereby forbid you from doing four things. You shall receive our envoys and honourably supply them at your own expense, but you may not take anything from your citizens for this purpose. Every year on the Feast of St. Michael you shall pay for the duchy and the island, and for all revenues therefrom, to the municipality (i.e. Venice) 350 *romanat's* (coins of Roman III Argir). You must moreover suitably defend the island from all enemies of Venice without our assistance, with the sole exception of crowned heads and their armies. You shall observe these stipulations for us to the letter. And this pertains to you both or to the one who outlives the other. And we and our successors shall uphold all commitments to you entirely, so long as you fulfil the aforementioned. Should we fail to uphold our obligations, we shall be obliged to compensate you with 10 *libri* of gold, and this charter shall nonetheless remain in force.”

Aspirations to establish of regulated life in the Adriatic communes in the Middle Ages – both in the only urban entity on the island, the town of Krk, and in its five castles: Omišalj, Baška, Vrbnik, Dobrinj and Dubašnica (only since the 15th century) – reflected the level of development in this area. This primarily pertains to the desire to commit various legal regulations, in most cases the hitherto customary law (*consuetudines*), to writing under different or new socio-political circumstances.

Known as such from the medieval period on Krk are three collections of legal texts⁵⁵ aimed at the regulation of everyday life in the island communes and other relations, especially with the feudal count or authorities:

- a. The Statute (štatut) of Krk or Vrbnik from 1388, written in Glagolitic script in the (old) Croatian language (in the Chakavian dialect);
- b. “Provisions and new regulations of the city and island of Krk” (*Ordines et Reformationes Civitatis et Insulae Veglae*) from 1489 – also known as the Statute of Antonio Vinciguerra – in the Latin and Venetian languages;
- c. The Statute of Krk (*Statuta Vegliae*) in Latin from 1512.

55 Margetić, L., *Rijeka, Vinodol, Istra. Studije*, pp. 93-104.

The focus here will be on the Statute of Krk or Vrbnik,⁵⁶ which is chronologically the second codex/statute written in the Croatian language and Glagolitic script. It is formally only a century younger than the Law Code, or Codex, of Vinodol from 1288, and was composed in the same year as the Latin-language Statute of Senj.⁵⁷

7. TO E Š'TATUTŬ ('THIS IS A STATUTE')

The place of origin of the statute is Vrbnik⁵⁸ on the island of Krk, hence the distinctiveness of its name: the Statute of Krk or Vrbnik (dialectically). However, that should not be interpreted in the sense that this statute applies only to Vrbnik – on the contrary, the first part of its name, *Krk*, points precisely to the fact that it was applied to the entire island.

This is best demonstrated by the text of the statute itself. After the invocation and dating formula, which reads: *V ime Božie am(e)nъ letъ Božьihъ tekućihъ • č • t • o • J •* [=1388.] *m(i)s(e)ca ijuna danъ • dī •* [=15.] (In the name of the Lord, amen. The current year of our Lord 1388, in the month of June on its 15th day), its preamble sets forth the circumstances surrounding its creation:

*To e š'tatutъ. [M]i gosp(od)i nъ k'nežъ Štefanъ i mi g(ospodi)nъ knežъ Anžъ s'lišeći mi velike tuž'be ot našihъ ver'nihъ s'luž'b'nikovъ kr'čkoga otoka ke imъ čin'hu hudi ljudi pos'lali es'mo našihъ ver'nihъ v otokъ da oni s'z'vav'se dob'rihъ muži za v'sega otoka i tako esu načiniли da b(u)du pravi v' pr(a)vdē s'tati a k'rivi da b(u)du kaš'tigani. Mi g(ospodi)nъ Lov'renac i g(ospodi)nъ Ivanъ i gos(po)d(i)nъ Pavlъ i pod'knežinъ Dok'sha budući mi pos'lani od' g(ospodi)na k'neza Štefana i od' g(ospodi)na kn(e)za Anža v otok' kr'čki priz'vali es'mo k' n(a)mъ pod'knežina otoč'kihъ i dobrihъ muži s Kr'ka i za v'sega otoka hotečъ učiniti to ča bi pravo i dob'ro za vasъ otokъ.*⁵⁹

So, this is a statute – as is written at its very beginning – and it was formulated in such a way that the Krk counts, at the time officially *the Counts of Krk, Modruš, Gatan, and Vinodol and natural Counts of Senj*, Štefan (Stjepan II, 1330-1390) and Anž (Ivan V, Croatian-Slavonian-Dalmatian ban in 1393), heeded the complaints of their loyal officials on the island of Krk regarding the misdeeds inflicted upon them by bad people, so they sent their faithful servants to the island in order to confer with the worthy folk from the entire island. Thus, Master Lovro, Master Ivan, Master Pavao, and Vice-rector Dokša were dispatched by Counts Štefan and Anž and they called the vice-rectors of the island and the worthy folk from the town of Krk and the rest of the island with the desire to do that what is right and good for the entire island. They performed their duties with the purpose of securing the rights of the righteous and punishing the guilty.

The provisions of the statute are actually divided into two larger sections. The

56 Margetić, L., Strčić, P. (ed.), *Krčki (Vrbanski) statut iz 1388.*, Krk, *Krčki zbornik*, vol. 62. spec. ed., vol. 52, 2008.

57 Cf. Bartulović, Ž., *Neka pitanja stvarnih i obveznih prava...*, *passim*.

58 Bolonić, M., *Vrbnik nad morem – od početka do propasti Austro-Ugarske*, Krk, *Krčki zbornik*, vol. 9., spec. ed., vol. 3, 1981.

59 Margetić, L., Strčić, P. (ed.), *Krčki (Vrbanski) statut iz 1388.*, pp. 95-97.

first part of the statute encompasses 32 provisions, i.e. *glave* (chapters, articles).⁶⁰

The second part of the statute contains 26 provisions, i.e. *glave*, which – just like those in the previous section – are not completely systemized.⁶¹

Most of the statute therefore pertains to criminal law, so based on its provisions, the most can be said about criminal law and criminal prosecution, as well as property rights and contractual law.⁶² Thus, it stipulates, for example, that no document or ruling is valid if it is not accompanied by sanctions. However, on the other hand, the provisions themselves demonstrate that this applied to a rather rural area and population, though one in which certain urban elements were gradually encroaching.

8. KRK SOCIETY AND THE PROVISIONS OF THE STATUTE

Just a superficial survey, as well as a palaeographic analysis, already suggest that not all provisions of the statute were codified simultaneously, not even under the same government. The majority dates from the tenure of the counts who administered Krk until 1480, followed by provisions instituted under the Venetian Republic, which ruled in this area from 1480 to 1797. Thus, the oldest provision is from 1362, and the youngest dates to 1599, while certain Venetian provisions as well as the ratification of the Statute itself by the Venetians are written in Latin. Therefore, the Statute of Krk or Vrbnik may be viewed as a collection of statutory provisions, not so much systemized as adopted in accordance with needs, importance or a given situation, which all clearly reflect its complexity and the process of its codification. In one place, it is directly stated that a certain provision needs to be included in the statute “*več’nim’ zakon(o)m*” (as a perpetual legal custom).⁶³

Judging by the example of Vrbnik, the medieval society on Krk consisted of nobility and serfs. One example gives a somewhat more elaborate division, mentioning “*vas plk, veli i mali*” (all of the folk, great and small), i.e. a judge, councillors, serfs and a steward. The judge, for example, belonged to the category of officials serving the Counts of Krk, while the councillors were municipal officials. Taking into account the island as a whole, this first category includes the Krk Counts as the nobility (until 1480), vice-rectors (*vicecomes*)⁶⁴ as the officials for each citadel/commune, courtiers and stewards, but also clerics/priests. Particularly indicative of the latter is a provision stipulating that a deacon or a priest cannot free his parents or anyone else from service to the counts. With reference to provisions about vice-rectors and judges, what was written then is basically what would be sought from such officials even today (under completely different social circumstances in comparison to the Middle Ages):

60 *ibid.*, pp. 95-114.

61 *ibid.*, pp. 115-166.

62 Cf. Lonza, N., Kazneni postupak Krčkog (Vrbanskog) statuta iz 1388. godine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, XLIII, 6/1993, pp. 715-725; Bartulović, Ž., Problem vlasništva nad neobrađenim zemljištem..., pp. 39-47; Bartulović, Ž., Ugovorna kazna..., pp. 1-12; Bartulović, Ž., *Neka pitanja stvarnih i obveznih prava...*, *passim*.

63 Margetić, L., Strčić, P. (ed.), *Krčki (Vrbanski) statut iz 1388.*, p. 118.

64 Cf. Kosanović, O., Družine i potknežini knezova Krčkih na Krku (od 1260. do 1480. godine), *Povijesni prilozi*, L, 50/2016, pp 233-261.

that they swear an oath after their appointment, pledging that they will discharge their duties based on the proper legal customs and take into account the reputation and benefit of 'our illustrious Counts/Lords' (the Venetians) and their vassals (the people of Krk); that they are obliged to report all perpetrators and offenders on the island to their Venetian *provveditore* (governor) and not impinge upon his authority. Additionally, vice-rectors were explicitly prohibited from selling their public service in any way whatsoever under threat of loss of their post for a duration of 10 years and the obligation to reimburse all money or whatever else was taken and to pay an additional fine equal to the reimbursed sum. A rather eloquent illustration of the importance of electing judges to the local community (the Vrbnik citadel) is the major dispute from 1526 which had to be settled by Krk's *provveditore*, who set forth an election procedure that complied with Vrbnik's customs.⁶⁵

However, it has been reasonably presumed that the *great folk* also included the municipal judge and councillors, as well as assessors and captains, courtiers and stewards, all of whom are mentioned in other statutory provisions. Therefore, according to the *Glava o gradu*, originally dating to 20 June 1367 and compiled by a judge, councillors and serfs, it is stated that in cases in which a certain need is expressed to the town, Vrbnik must summon a council to convene on a Sunday after a mass.⁶⁶ The decisions of the council – which in this case includes *all the great and small folk* – were binding and no one could oppose them. In cases when that need arose, the municipality elected one man or as many as necessary. However, if a municipal councillor attempted to evade such service, he would be fined and removed from the council.

With regard to elected and confirmed assessors (councillors who swore an oath) in the Venetian period, it stipulates that they had to swear an oath in front of the *provveditore*, pledging to discharge their duties properly and scrupulously, and that they shall not be swayed by any manner of kinship or friendship, nor love, hostility, special pleading, fear or threats, and that they shall notify his grace (the *provveditore*) of all they know and see to the reputation and benefit of the powerful and prominent Counts and their vassals. In other words, individually speaking, they were obliged, under threat of a 50 libri fine and dismissal from their post, to report to their superiors all those who cursed God, the Blessed Virgin Mary and the other saints, who worked on holidays, who engaged in physical altercations either armed or unarmed, who committed theft, who played cards or gambled for money in closed houses, who sold or measured spurious wine or measured bad meat, fishermen who sold fish contrary to regulations, and also those who addressed others with offensive language without reason. Finally, it is stipulated that assessors must, for the appropriate fee, specifically assess damages to chattels and real estate, defend widows, orphans and poor people in general, who due to ignorance or misfortune, were unable to declare their rights before the *provveditore*, judges and vice-rectors. For such service, they were entitled to one third of the sum specified by any judgment rendered pursuant to their testimony,

65 Cf. Galović, T., et al., *Suzbijanje korupcije u Hrvatskoj u srednjem vijeku*, pp. 62-75.

66 Margetić, L., Strčić, P. (ed.), *Krčki (Vrbanski) statut iz 1388.*, pp. 142-143.

which could also be held in secrecy.⁶⁷

Also interesting is the entire range of provisions pertaining to women; indeed, the entire statute begins with a chapter on violence against a violated (raped) woman (*Glava prva o nasilju nad silovanom ženom*).⁶⁸ Thus, in case of a woman cursing some other good woman, her own husband could not free her from any kind of liability, rather he had to confine her in stocks (a device for shackling and torturing people) and pay 3 celzi, half of which went to the counts, and half to the victim. If, on the other hand, someone cursed a councillor without reason, he would only have to pay a fine.

The second part of the statute from the Venetian period contains provisions on the price and quality of fish, based on which fishers assumed the obligation to sell fish at a certain price. They would be fined if they violated these regulations, and furthermore shackled in stocks for a month and forfeit their driftnets and other nets.

The chapter on areas with restricted access (*Glava o zabranu*) underscores the problem of municipal land and the granting of it for cultivation. It would have to be returned to the municipality if it were neglected. A provision from 1443 explicitly stipulates fines for chopping live or dry trees in groves and thickets in which such activity is banned. Also, an unleashed dog in a vineyard carried a fine of 25 soldi.⁶⁹

9. TEXT TRADITION AND PRINTED EDITIONS

The Glagolitic text of the Statute of Krk or Vrbnik that at our disposal today is not the original from the 14th century, but rather a transcript. By all accounts, in 1470 or slightly thereafter a scribe copied the statutes from 1388 and 1470, while subsequent entries were also made by other scribes. However, it is known with certainty that a part of it was transcribed in Vrbnik in 1526 by a priest, Grgur Žašković, for the purpose of certification of the statute before the Venetian *provveditore* in Krk (Ê pop' G'r'gur' Žaškovičъ to prepisahъ z' har'ti bunbaziha na har'tu ber'gaminu po proš'ni sud' i po proš'ni sud'ca i po ur'dinu i vsêhъ prisež'nici na • č • f • i • e • [=1526]).⁷⁰

The codex in which it is held contains several later statutory provisions and other records in relation to the statute from 1388. It contains statutory provisions from 1362 to 1599 written in the Glagolitic script, as well as several other subsequently added provisions written in Latin and Italian in Latin cursive script, concluding with 1850. The codex contains four small volumes, 36 16×11.5 cm parchment sheets in total, bound in original wood covers lined with dark brown leather on which the remnants of two metal buckles can be seen. It is written in angular and cursive Glagolitic script. The angular Glagolitic script was used in sheets 1^r-13^r by a single scribe, while numerous scribes used cursive Glagolitic script to write sheets 13^v-18^v, 22^v-31^v, 32^r and 34^v.⁷¹

The statute was originally held in the Vrbnik Municipality as an official manual (it is reasonably presumed that other municipalities on Krk also had a copy of the

67 *ibid.* pp. 126-128.

68 Cf. Novak, Z., *Neki aspekti pravnog položaja žena...*, pp. 315-343

69 Margetić, L., Strčić, P. (ed.), *Krčki (Vrbanski) statut iz 1388.*, pp. 129-131.

70 Cf. Bozanić, A., Galović, T., Žic, I., *Krčka kulturna baština*, 2018., p. 91.

71 Margetić, L., Strčić, P. (ed.), *Krčki (Vrbanski) statut iz 1388.*, (facsimile).

statute, which applied to the entire island with several specific provisions for each citadel), and then – after the emergence of new political circumstances – by the Petriš (Petris) family of Vrbnik, and then in the Vrbnik parish rectory.⁷² In 1949 it was restored in the bookbinding workshop of the Yugoslav Academy of Arts and Science in Zagreb, and in 1962 it was purchased from the heir of the late prebendary, Petar Petriš, through the intermediation of Vrbnik resident Ivan Matanić, and is today stored in the Manuscripts and Old Books Collection of the National and university library in Zagreb under the call number: R 4003.⁷³ It was digitized and made available for free use in the same institution.⁷⁴

As to printed editions, the statute was first published in 1852 by Ivan Kukuljević Sakcinski under the title “Statut otoka Krka” in the journal *Arkiv za pověstnicu jugoslavensku*.

After Kukuljević Sakcinski, Anna Mikhailovna Evreinova published *Statut' ostrova K'rka 1388* in Saint Petersburg twice: Cyrillic and Latin transliteration in 1879, and a lithographic reproduction of the Glagolitic part of the statute in 1880.

It was published by the Yugoslav Academy of Arts and Science in Zagreb as Volume IV of *Monumenta historico-juridica Slavorum Meridionalium*, and in 1890 with several other medieval statutes in *Statuta lingua Croatica conscripta – Hrvatski pisani zakoni: Vinodolski, Poljički, Vrbanski, a donekle i svega krčkoga otoka, Kastavski, Veprinački i Trsatski*, edited by Franjo Rački, Vatroslav Jagić, and Ivan Črnčić. Črnčić and Rački were also the editors of *Statut Vrbanski a donekle i svega Krčkoga otoka (god. 1362-1599.)*.

A bibliographic edition of *Vrbnički statut*, edited by Stjepan Štefić, was published in Rijeka in 1988, while the Italian and Latin parts were translated by Šime Jurić. The greatest value of this edition is that Štefić single-handedly transcribed the entire statute, both the Glagolitic and Latin parts, and printed it as such.⁷⁵

To observe the 600th anniversary of the adoption of the Statute of Krk (Vrbnik) (1388 – 1988), Lujo Margetić and Petar Strčić prepared a new critical edition of the *Krčki (Vrbanski) statut iz 1388* for print. This valuable monograph was published in Krk in 1988, and it consists of a foreword by Miloš Orlić, Petar Strčić's study “Krčki knezovi i otok Krk od kraja XII. do kraja XIII. Stoljeća” (“The Counts of Krk and the island of Krk from the end of the 12th to the end of the 13th centuries”; pp. 11-54), Lujo Margetić's study “O Krčkom (Vrbanskom) statutu” (“On the Statute of Krk (Vrbnik)”; pp. 55-92), and “Prijepis Krčkoga (Vrbanskog) statuta i prijenos na suvremeni jezik” (“Transcript of the Statue of Krk (Vrbnik) and its translation into modern language”; pp. 93-170) also compiled by Margetić. A very well-done facsimile of the Statute of Krk (Vrbnik) appears at the end of the book. The first contacts with Margetić and work on the collation of the Statute took place in 1973.

72 Cf. Štefanić, V., *Glagoljski rukopisi otoka Krka*, Zagreb, Djela JAZU, 51, 1960., pp. 404-411.

73 Cf. Bratulić, J., Damjanović, S., *Hrvatska pisana kultura. Izbor djela pisanih latinicom, glagoljicom i ćirilicom od VIII. do XXI. stoljeća*, 1. sv. (VIII. – XVII. st.), Križevci – Zagreb, Veda, 2005., p. 227.

74 <https://digitalna.nsk.hr/pb/?object=info&id=16153>

75 *Vrbnički statut 1388-1850.[1988]*. Prema čitanju Črnčić – Rački – Štefić, Štefić, S. (ed.), Zagreb 1983., Rijeka, Partizanska knjiga, 1988.

A new reprint, before the aforementioned edition, was cooperatively published in 2008 by the Krk Historical Society (in the series *Krčki zbornik* vol. 62, *Posebno izdanje Krčkog zbornika* vol. 52) and the Society of Krk Natives and Friends of the Island of Krk in Zagreb. It begins with a foreword by scholars Lujko Margetić and Petar Strčić and commemorative remarks by Darijo Vasilić, the mayor of the town of Krk, and Ivan Lukarić, the former chief of the Vrbnik Municipality.⁷⁶

10. CONCLUSION

The Statute (štatut) of Krk or Vrbnik from 1388 is therefore quite accessible thanks to numerous editions, not only to scholars, but also to a wide circle of readers, because to date, several thousand copies have been published. This additionally confirms its topicality and value despite the completely different contemporary social, cultural and other circumstances in comparison to those more than six centuries ago on the island of Krk.

The Croatian aristocratic family of Frankopans (Frankapan/Frankopan) has left behind—as a result of the entirety of its political and social activity and cultural efforts—an exceptionally rich written heritage which in its basis is bilingual (Croatian and Latin) and recorded in two scripts (in the Glagolitic and the Latin scripts). The present paper deals with legal heritage produced, obtained, or kept in the territories of the dominion of the Frankopans, with special regard for the domains of the counts of Krk and Vinodol.

The topical nature of Croatia's old statutes and law codes is sufficiently demonstrated by the fact that select examples could be considered contemporary if we did not know when they had actually been written. The Croats of times past regulated what we today call conflicts of interest and corruption in a remarkably contemporary manner. Although cognizant of the fact that the legal monuments under consideration had emerged under entirely different social circumstances than those of today's democratic society from which we examine our past in order to understand, learn and progress, this does not prevent us from finding provisions in those old texts used by our predecessors to regulate what we today call conflicts of interest and corruption within the community. Indeed, in them we can recognize the contemporary nature of these same documents, even though a vast span of time, many centuries, have passed since they had originally been written. It thus seems that the old political maxim, "*Obliti privatorum, publica curate,*" is just as pertinent today as it was when it first appeared in the Rector's Palace in Dubrovnik, at the former entrance to the hall of the Grand Council.

⁷⁶ Cf. Matijević Sokol, M., *Novi pretisak Krčkog ili Vrbničkog statuta iz 1388. godine*, (bookreview), *Radovi Zavoda za hrvatsku povijest Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, 40/2008, pp. 312-314; also published in: *Krčki zbornik* 69/2013, pp. 283-287.

Bibliography

1. Barada, Miho, *Hrvatski vlasteoski feudalizam po Vinodolskom zakonu*, Zagreb, Djela JAZU, knj. 44, 1952.
2. Barbarić, Ivan, 720. obljetnica Vinodolskog zakona, Crikvenica, *Vinodolski zbornik* 13/2010, pp. 68-93.
3. Barbarić, Josip, Neke odredbe Vinodolskog zakona u svjetlu objavljene diplomatske građe, Zagreb, *Arhivski vjesnik* 36/1993, pp. 99-116.
4. Bartulović, Željko, Dr. Matko Laginja i istraživanja Vinodolskog zakona, Klana, *Zbornik Društva za povjesnicu Klana*, 4/1998, pp. 29-35.
5. Bartulović, Željko, *Neka pitanja stvarnih i obveznih prava: Vinodolski zakon (1288.), Krčki i Senjski statut (1388.) s uvodnim razmatranjem o povijesti otoka Krka, Vinodola i Senja od antike do konca XV. stoljeća*, Rijeka, Ogranak Matice hrvatska Rijeka, 1997.
6. Bartulović, Željko, Problem vlasništva nad neobrađenim zemljištem u srednjovjekovnom Vinodolu, Krku i Senju, Zagreb, *Historijski zbornik*, XLIII, 1/1990, pp. 39-47.
7. Bartulović, Željko, Ugovorna kazna prema Vinodolskom zakonu te Krčkom i Senjskom statutu, Rijeka, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, 13/1992, pp. 1-12.
8. Beuc, Ivan, *Povijest institucija državne vlasti Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije. Pravnopovijesne studije*, Zagreb, Pravni fakultet Zagreb i Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, 1985.
9. Bogović, Mile, Crkva u Vinodolskom zakonu iz 1288. godine, Rijeka, *Riječki teološki časopis*, II 1/1994, pp. 63-77.
10. Bolonić, Mihovil, *Otok Krk kolijevka glagoljice*, Zagreb, Kršćanska sadašnjost, Analecta Croatica Christiana, sv. XII, 1980.
11. Bolonić, Mihovil, *Vrbnik nad morem – od početka do propasti Austro-Ugarske*, Krk, *Krčki zbornik*, sv. 9, spec. ed., vol. 3, Povijesno društvo otoka 1981.
12. Bolonić, Mihovil, Žic Rokov, Ivan, *Otok Krk kroz v(i)jekove*, Zagreb, Kršćanska sadašnjost, Analecta Croatica Christiana, sv. IX, 1977., 2nd ed., Zagreb, Kršćanska sadašnjost, Biskupski ordinarijat Krk, 2002.
13. Bozanić, Anton, Galović, Tomislav, Žic, Igor, *Krčka kulturna baština*, Rijeka, Glosa, 2018.
14. Bratulić, Josip (ed.), *Vinodolski zakon 1288.*, Zagreb, Globus, et. al., 1988.
15. Bratulić, Josip, Damjanović, Stjepan, *Hrvatska pisana kultura. Izbor djela pisanih latinicom, glagoljicom i ćirilicom od VIII. do XXI. stoljeća*, 1. sv. (VIII. – XVII. st.), Križevci – Zagreb, Veda, 2005.
16. Cvitanić, Antun, *Iz dalmatinske pravne povijesti*, Split, Književni krug, 2002.
17. Cvitanić, Antun, Pristav u Vinodolskom zakonu, Rijeka, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, 3/1983, pp. 69-74.
18. Dabinović, Antun, *Hrvatska državna i pravna povijest*, Zagreb, Matica hrvatska, 1940., (reprinted: Nakladni zavod Matice hrvatske, Zagreb 1990).
19. Evreinova, Anna Mikhailovna, *Statut' ostrova K'rka 1388*, Sankt Peterburg', Obščestva ljubitelej drevnej pis'menosti, 1879.
20. Evreinova, Anna Mikhailovna, *Statut' ostrova K'rka 1380-go goda*, Sankt Peterburg', Obščestva ljubitelej drevnej pis'menosti, 1880.
21. Frančišković, Stjepan, Mletačko gospodarenje šumama otoka Krka, Krk, *Krčki zbornik* 1/1970, pp. 259-284.
22. Fučić, Branko, Hrvatski glagoljski i ćirilski natpisi, *Hrvatska i Europa. Kultura, znanost i umjetnost, sv 1: Srednji vijek (VII. – XII. stoljeće)*, Rano doba hrvatske kulture, Supićić, Ivan (ed.), Zagreb, HAZU, AGM, 1997., 2nd ed. 2007., pp. 258-283.
23. Galiot, Mijo, Aktivno podmićivanje u hrvatskom srednjovjekovnom i novovjekovnom pravu, Rijeka, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 36, 3/2016, pp. 1149-1173.

24. Galović, Tomislav, Krčki statut na latinskom jeziku iz 16. stoljeća, Krk, *Krčki kalendar 2014.*, 2013, pp. 82-87.
25. Galović, Tomislav, Vinodolski zakon – 725 godina poslije, in: *725 godina Vinodolskog zakonika – 725 godina suzbijanja korupcije u Hrvatskoj*. Petrović, Zorislav Antun (ed.), Zagreb, Udruga Kultura i etika, 2013., pp. 7-19.
26. Galović, Tomislav, et. al., *Suzbijanje korupcije u Hrvatskoj u srednjem vijeku*, Petrović, Zorislav Antun (ed.), 2nd ed., Zagreb, Udruga Kultura i etika, 2016.
27. Gardaš, Miro, Petrašević, Tunjica, Cikač, Martina, Dokazni postupak i dokazna sredstva u Iločkom statutu i Vinodolskom zakoniku, Osijek, *Pravni vjesnik*, vol. 26, 2/2010, pp. 37-56.
28. Hercigonja, Eduard, *Na temeljima hrvatske književne kulture. Filološkomedievističke rasprave*, Zagreb, Matica hrvatska, 2004., pp. 483-523.
29. Hercigonja, Eduard, Neke jezično-stilske značajke Vinodolskoga zakona (1288) i Krčkoga (Vrbanskoga) statuta (1388), *Slovo* 39-40/1989-1990, pp. 87-125.
30. Jagić, Vatroslav, *Priměri starohrvatskoga jezika iz glagolskih cirilskih književnih starinah II*, Zagreb, Brzotiskom Antuna Jagića, 1866., pp. 176-178.
31. Kampuš, Ivan, Poruka naših predaka – Lujo Margetić: Vinodolski zakon, Rijeka, 1998., Zagreb, *Forum XXXVIII*, 71, 7-9/1999, pp. 1069-1085.
32. Kampuš, Ivan, Pristup Luje Margetića proučavanju Vinodolskog zakona, Rijeka, *Rijeka* 4/1998-1999, 1-2/1999, pp. 7-21.
33. Karbić, Damir, Karbić, Marija, *The Laws and Customs of Medieval Croatia and Slavonia: A Guide to the Extant Sources*, London, UCL School of Slavonic and East European Studies, Studies in Russia and Eastern Europe, 2013.
34. Katičić, Radoslav, Praslavenski pravni termini i formule u Vinodolskom zakonu, Zagreb, *Slovo* 39-40/1989-1990, 1990, pp. 73-85.
35. Klaić, Nada, Društvena struktura kvarnerske općine u razvijenom srednjem vijeku, Krk, *Krčki zbornik*, 2/1971, pp. 111-144.
36. Klaić, Nada, Kako i kada su knezovi Krčki stekli Modruš i Vinodol?, Rijeka – Pazin, *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu*, XVI/1971, pp. 129-168.
37. Klaić, Nada, Knezovi Frankopani kao krčka vlastela, Krk, *Krčki zbornik*, 1/1970, pp. 125-180.
38. Klaić, Nada, *Povijest Hrvata u razvijenom srednjem vijeku*, Zagreb, Školska knjiga, 1976.
39. Klaić, Nada, Što su kmetovi Vinodolskog zakona? Prilog problematici društvenog uređenja Vinodola u XIII. stoljeću, Zagreb, *Radovi Filozofskog fakulteta u Zagrebu – Odsjek za povijest*, 4/1962, pp. 25-50.
40. Klaić, Nada, *Vinodol od antičkih vremena do knezova Krčkih i Vinodolskog zakona*, Pazin – Rijeka, spec issue vol 9), Historijski arhiv Pazin, Historijski arhiv Rijeka, 1988.
41. Klaić, Vjekoslav, *Krčki knezovi Frankopani. Knjiga prva. Od najstarijih vremena do gubitka otoka Krka (od god. 1118. do god. 1480.)*, Zagreb, 1901., reprinted: Rijeka, *Krčki zbornik*, vol. 25, spec issue vol. 19, Povijesno društvo otoka Krka, Izdavački centar Rijeka, 1991.
42. Kolanović, Josip, Hrvatsko običajno pravo prema ispravama XIV. i XV. stoljeća, Zagreb, *Arhivski vjesnik*, 36/1993, pp. 85-98.
43. Kolanović, Josip, Komparativno statutno pravo slobodnih kraljevskih gradova te priobalnih gradskih općina, u: *Statut grada Varaždina – Statuta civitatis Varasdinensis*, Kolanović Josip, Križman, Mate (ed.), Varaždin, Državni arhiv u Varaždinu, 2001., pp. 30-50.
44. Kosanović, Ozren, *Državina Krčkih knezova – Vinodol, Senj i Krk od početka 14. stoljeća do 1420. godine*, doktorski rad, Zagreb, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012.
45. Kosanović, Ozren, Družine i potknežini knezova Krčkih na Krku (od 1260. do 1480. godine), Zagreb, *Povijesni prilozi*, L, 50/2016, pp. 233-261.

46. Kosanović, Ozren, Prilog za bibliografiju objavljenih pravnih izvora (statuta, zakona, urbara i notarskih knjiga) i pravnopovijesnih studija za Istru, kvarnersko primorje i otoke u srednjem i ranom novom vijeku, Zagreb, *Arhivski vjesnik*, 52/2009, pp. 129-170.
47. Kosanović, Ozren, Prilog za bibliografiju radova o povijesti srednjovjekovnog Vinodola sa historiografskim pregledom, Zagreb, *Historijski zbornik*, 63, 1/2010, pp. 243-268.
48. Kostrenčić, Marko, *O radnji prof. dr. Mihe Barade, Hrvatski vlasteoski feudalizam*, Zagreb, Predavanja održana u JAZU, vol. 9, 1953.
49. Kostrenčić, Marko, Vinodolski zakon, Zagreb, *Rad JAZU* 227, 1923, pp. 110-230.
50. Koščak, Vladimir, Položaj Vinodola u hrvatskoj feudalnoj državi, Zagreb, *Historijski zbornik*, XVI, 1963, pp. 131-146.
51. Kraljic, John P., The Early History of Vinodol and the Lord of Krk: Recent Works of Nada Klaić and Lujo Margetić, New York, *Journal of Croatian Studies*, 30/1989, pp. 153-165.
52. Kukuljević Sakcinski, Ivan, Statut otoka Krka, Zagreb, *Arkiv za povjestnicu jugoslavensku*, II, 1852, pp. 277-307.
53. Laszowski, Emilij, *Gorski kotar i Vinodol. Dio državine knezova Frankopana i Zrinskih. Mjestopisne i povjesne crtice*, Zagreb, Matica hrvatska, 1923.
54. Levak, Maurizio, Podrijetlo i uloga kmetâ u vinodolskom društvu XIII. stoljeća, Zagreb, *Zbornik Odsjeka za povijesne znanosti Zavoda povijesnih i društvenih znanosti HAZU*, 19/2001, pp. 35-81.
55. Lonza, Nella, Kazneni postupak Krčkog (Vrbanskog) statuta iz 1388. godine, Zagreb, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, XLIII 6/1993, pp. 715-725.
56. Lonza, Nella, Novopronađeni izvori o sudskim postupcima protiv krčkih knezova u XIV. stoljeću, Rijeka, *Vjesnik Povijesnog arhiva u Rijeci*, 35-36/1994, pp. 9-20.
57. Lonza, Nella, Pravna kultura srednjovjekovne Dalmacije između usmenosti i pismenosti, Zagreb, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63, 5-6/2013, pp. 1203-1232.
58. Mandić, Oleg, Kmetovi u općinama oko Kvarnera od XIII do kraja XVII stoljeća, Zagreb, *Zbornik Historijskog instituta JAZU*, Zagreb, 5/1963, pp. 153-203.
59. Margetić, Lujo et al., *Vinodolski zakon 1288. Studijski materijal i tekst*, Osijek, Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera, 1998.
60. Margetić, Lujo, Strčić, Petar (ed.), *Krčki (Vrbanski) statut iz 1388.*, Krk, *Krčki zbornik*, vol. 10, spec. issue vol. 12, Povijesno društvo otoka Krka, 1988.
61. Margetić, Lujo, Strčić, Petar (ed.), *Krčki (Vrbanski) statut iz 1388.*, Krk, *Krčki zbornik*, vol. 62, spec. issue vol. 52, Povijesno društvo otoka Krka, Društvo Krčana i prijatelja otoka Krka u Zagrebu, 2008.
62. Margetić, Lujo, *Bašćanska ploča*, 2nd ed., Rijeka, Povijesno društvo Rijeka, Vitagraf, 2000.
63. Margetić, Lujo, *Iz vinodolske prošlosti. Pravni izvori i rasprave*, Rijeka, Školska knjiga et al., 1980.
64. Margetić, Lujo, Laws, Common Laws, Statutes, Privileges, in: *Croatia in the Late Middle Ages and the Renaissance. A Cultural Survey, vol. II of Croatia and Europe*. Supićić, Ivan, Hercigonja, Eduard (ed.), Zagreb, Philip Wilson Publishers, Croatian Academy of Sciences and Arts, Školska knjiga, 2008., pp. 150-168.
65. Margetić, Lujo, Perspektive daljnjeg rada na srednjovjekovnim statutima, Zagreb, *Rad HAZU*, 482/2001, pp. 1-53.
66. Margetić, Lujo, *Rijeka, Vinodol, Istra. Studije*, Rijeka, Izdavački centar Rijeka, 1990.
67. Margetić, Lujo, Senjski statut iz 1388, *Senjski zbornik* 12-13-14/1987, pp. 19-100.
68. Margetić, Lujo, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru, knj. 3.: Grobnik, Bakar, Hreljin, Grižane, Bribir, Vinodol*, Rijeka, Adamić, Zavod za kaznene znanosti Mošćenice Pravnog fakulteta u Rijeci, 2007.
69. Margetić, Lujo (ed.), *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru*, Zagreb – Rijeka, Nakladni zavod Globus, Naklada Kvarner, 2012.

70. Margetić, Lujo, Vinodolski zakon, in: *Leksikon hrvatskoga srednjovjekovlja*, Šanjek Franjo, Grbavac, Branka (ed.), Zagreb, Školska knjiga, 2017., pp. 698-702.
71. Margetić, Lujo, *Vinodolski zakon – La legge del Vinodol – Das Gesetz von Vinodol – The Vinodol Law*, Rijeka, Adamić, Vitagraf, 1998., 2nd ed. 2000.
72. Margetić, Lujo, Vinodolska općina i vinodolski kmeti, Zagreb, *Rad HAZU*, 485/2002, pp. 129-169.
73. Margetić, Lujo, *Vinodolski zakon – La legge del Vinodol – Das Gesetz von Vinodol – The Vinodol Law*, Rijeka – Zagreb, Adamić, Nakladni zavod Globus, 2008.²
74. Margetić, Lujo, Zakoni, pravni običaji, statuti, privilegiji, *Hrvatska i Europa. Kultura, znanost i umjetnost, sv. II., Srednji vijek i renesansa (XIII-XVI. stoljeće)*, Hercigonja, Eduard (ed.), Zagreb, HAZU, Školska knjiga, 2000., pp. 148-166.
75. Matijević Sokol, Mirjana, Novi pretisak Krčkog ili Vrbničkog statuta iz 1388. godine (book review), Zagreb, *Radovi Zavoda za hrvatsku povijest Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, 40/2008, pp. 312-314; also: *Krčki zbornik*, 69/2013, pp. 283-287.
76. Matijević Sokol, Mirjana, Statuti gradskih komuna i povlastice slobodnih kraljevskih gradova s posebnim osvrtom na grad Koprivnicu, in: *Statut grada Koprivnice – Statuta civitatis Capronczensis*, Levanić, Karmen (ed.), Koprivnica, Muzej grada Koprivnice i Državni arhiv u Varaždinu, 2006., pp. 9-29.
77. Mažuranić, Antun, *Zakon vinodolski od leta 1280. s priloženim izgledom glagolskoga pisma u rukopisu* (separated issue from *Kolo*), Zagreb 1843.
78. Mažuranić, Vladimir, *Prinosi za hrvatski pravno-povjestni rječnik*, sv. I-II, 2nd ed., Zagreb, Informator, 1975.
79. Meyer, Karl Heinrich, *Čakavština otoka Krka*, (translat. and ed.) Turk, Marija, Rijeka, Izdavački centar Rijeka, 1996.
80. Mičetić, Zrinko, *Praputnjak i Vinodolski zakon*, Praputnjak, Kulturno društvena udruga "Praputnjak", 2009.
81. Milčetić, Ivan, Čakavština Kvarnerskih otoka, Zagreb, *Rad Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti. Razredi filologičko-historički i filozofičko-juridički*, XLII, 1895, pp. 92-131.
82. Milčetić, Ivan, Hrvatska glagoľska bibliografija. I. dio. Opisi rukopisā. (...) XI. Povijest i pravo, Zagreb, *Starine JAZU*, XXXIII, 1911.
83. Milović, Đorđe, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta*, Rijeka, Adamić, 2005.
84. Munić, Darinko, Statuti/zakoni kvarnerskih srednjovjekovnih komuna hrvatskim jezikom zapisani, Rijeka, *Sveti Vid*, 4/1999, pp. 53-68.
85. Novak, Zrinka, Neki aspekti pravnog položaja žena u Vinodolskom zakonu, Senjskom i Krčkom statutu, Zagreb, *Historijski zbornik*, LXII, 2/2009, pp. 315-343.
86. Polovina, Svetislav, Gospodarski i društveni aspekti Vinodolskog zakona, Zagreb, *Ekonomski misao i praksa*, I, 1/1992, pp. 157-160.
87. Radošević, Petar, Pčelarsko pravo u hrvatskoj pravnoj povijesti (I. dio), Zagreb, *Hrvatska pčela*, 128, 6/2009, pp. 179-180.
88. Raukar, Tomislav, *Hrvatsko srednjovjekovlje. Prostor, ljudi, ideje*, Zagreb, Školska knjiga, Zavod za hrvatsku povijest Filozofskog fakulteta u Zagrebu, 1997., 2nd ed. 2007.)
89. Raukar, Tomislav, *Seljak i plemić hrvatskoga srednjovjekovlja*, Zagreb, FF Press, 2002.
90. Raukar, Tomislav, Vinodolski zakon i hrvatsko srednjovjekovno društvo, Zagreb, *Historijski zbornik*, XLV 1/1992, pp. 155-168.
91. Smiljanić, Franjo, O položaju i funkciji župana u hrvatskim srednjovjekovnim vrelima od 9. do 16. stoljeća, Zagreb, *Povijesni prilozi*, XXVI, 33/2007, pp. 33-102.
92. Smiljanić, Franjo, *Studije o srednjovjekovnim slavenskim/hrvatskim institucijama*, Zadar, Sveučilište u Zadru, Odjel za povijest, spec. issue Odjel za povijest Sveučilišta u Zadru, vol. 3, 2010.

93. Srdoč-Konestra, Ines, Potočnjak, Saša (ed.), *Putovima Frankopana, Frankopanska baština u Primorsko-goranskoj županiji*, Rijeka, Sveučilište u Rijeci, Filozofski fakultet u Rijeci, 2018.
94. *Statuta lingua Croatica conscripta – Hrvatski pisani zakoni: vinodolski, poljički, vrbanski, a donekle i svega krčkoga otoka, kastavski, veprinački i trsatski*, Rački, Franjo, Jagić, Vatroslav i Črnčić, Ivan (ed.), Zagrabiae, Academia scientiarum et artium Slavorum meridionalium, Monumenta historico-juridica Slavorum meridionalium, vol. 4, 1890.
95. *Statuti, urbari, notari Istre, Rijeke, Hrvatskog primorja i otoka. Katalog izložbe*, Klen, Danilo (ed.), Rijeka, Historijski arhiv Rijeka, 1968.
96. *Statuti, urbari, notari, Državni arhiv u Rijeci, Rijeka, travanj 1998.*, catalogue by Klen, Danilo, Crnković, Goran, Rijeka, Državni arhiv u Rijeci, 1998.
97. Strohal, Ivan, *Statuti primorskih gradova i općina. Bibliografski nacrt*, Zagreb, JAZU, 1911.
98. Šepić, Ante, Jezik hrvatskih općinskih statuta istarskih i primorskih: Prilog historičkoj gramatici hrvatskog jezika, Zagreb, *Rad JAZU*, 295/1953, pp. 5-40.
99. Štefanić, Vjekoslav, *Glagoljski rukopisi otoka Krka*, Zagreb, Djela JAZU, knj. 51, 1960.
100. Tadejević, Vinko, Poljoprivredno čitanje Vinodolskog zakona, Crikvenica, *Vinodolski zbornik*, 9/2004, pp. 245-249.
101. *The statute of Vinodol from 1288*, London, British Croatian Society, BC review, 14/1978.
102. *Vrbnički statut 1388-1850. [1988]*. Prema čitanju Črnčić – Rački – Štefić. Prevod s talijanskog i latinskog prof. Šime Jurić, Štefić, Štefan (ed.), Zagreb 1983., Rijeka, Partizanska knjiga, 1988.
103. *Zakon' vinodol'skij: faksimile i karta horvatskago brega Adriatičeskago morja S.-Peterburg' pečatano v' litografii A. Beggrova*, 1878. (attached: *Zakon' vinodolskij s' predisloviem' i transkripciej A. M. Evreinovoj*)
104. Zoričić, Bojan, Vinodolski zakon: novo tumačenje pojedinih dijelova, Crikvenica, *Vinodolski zbornik*, 11/2006, pp. 110-114.
105. Zoričić, Glorija, Kazneno procesno pravo po Vinodolskom zakonu, Zagreb, *Pravnik XLV*, 2011, 1/90, pp. 135-152.

Tomislav Galović*

Sažetak

SUZBIJANJE KORUPCIJE U HRVATSKOJ U SREDNJEM VIJEKU: NA PRIMJERU PRAVNIH SPOMENIKA NA HRVATSKOM JEZIKU – VINODOLSKI ZAKON (1288.) I KRČKI-VRBNIČKI STATUT (1388.)

Hrvatski srednjovjekovni prostori bili su dionici zapadno-europske civilizacije, kulture, jezika i pisma, što se zajednički naziva *orbis Latinus*, ali ujedno i prostori na kojima je primjetan utjecaj različitih pravnih sustava. U ovome radu raspraviti ćemo temu suzbijanja korupcije u Hrvatskoj u srednjem vijeku na primjeru pravnih spomenika na hrvatskom jeziku: Vinodolskom zakonu (1288.) i Krčkom-Vrbničkom statutu (1388.). U prvom dijelu rada donosi se opći uvod u kojem se definira povijest i pravna povijest Vinodola. Vinodolski zakon mnogostruko je važno povijesno vrelo, ne samo za pravnu povijest i filologiju, već za poznavanje društvenih struktura Vinodola, crkvenoga ustroja, etnološke i kulturne baštine. U drugom dijelu rada naglasak je stavljen na Krčki ili Vrbanski/Vrbnički statut koji po starini zauzima drugo mjesto među zakonicima-statutima pisanim hrvatskim jezikom i glagoljskim pismom. Formalno tek jedno stoljeće mlađi od Vinodolskog zakona ili zakonika iz 1288. godine, a sastavljen iste godine kada i Senjski statut na latinskom jeziku.

Ključne riječi: *hrvatski pravni spomenici; hrvatski povijesni prostor; pravni sustavi; suzbijanje korupcije; Hrvatska; srednji vijek; Vinodolski zakon (1288.); hrvatskoglagoljski Krčki ili Vrbanski/Vrbnički statut (1388.).*

Zusammenfassung

KORRUPTIONSBEKÄMPFUNG IN KROATIEN IM MITTELALTER AM BEISPIEL DER KROATISCHEN GESETZESDOKUMENTE – DES GESETZES VON VINODOL (1288) UND DES STATUTS DER INSEL KRK/VRBNIK (1388)

* Dr. sc. Tomislav Galović, docent, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Odsjek za povijest i Zavod za hrvatsku povijest, tgalovic@ffzg.hr.

Kroatien war im Mittelalter nicht nur durch westeuropäische Zivilisation und ihre Kultur, Sprache und Schrift, die unter dem Oberbegriff *Orbis Latinus* zusammengefasst werden, sondern auch durch andere Rechtssysteme beeinflusst. Dieser Beitrag bespricht Korruptionsbekämpfung in Kroatien im Mittelalter am Beispiel der kroatischen Gesetzesdokumente, nämlich des Gesetzes von Vinodol (1288) und des Statuts der Insel Krk (1388). Der erste Teil des Beitrags bietet eine allgemeine Einführung an, in der die Geschichte und die Rechtsgeschichte Vinodols dargestellt wird. Das Gesetz von Vinodol ist in vielen Hinsichten eine wichtige historische Quelle nicht nur für die Rechtsgeschichte und Linguistik. Es beinhaltet auch Informationen über gesellschaftliche Strukturen im mittelalterlichen Vinodol, die Organisation der Kirche sowie auch über das ethnographische und kulturelle Erbe. Der zweite Teil des Beitrags bespricht das Statut der Insel Krk oder Vrbnik, welcher das zweite in kroatischer Sprache und glagolitischer Schrift geschriebene Statut darstellt. Das Statut ist nur ein Jahrhundert jünger als das Gesetz von Vinodol aus dem Jahr 1288 und wurde im selben Jahr wie das in Latein geschriebene Statut von Senj erfasst.

Schlüsselwörter: *kroatische Gesetzesdokumente; Kroatien im Mittelalter; Rechtssysteme; Korruptionsbekämpfung; Kroatien; Mittelalter; das Gesetz von Vinodol (1288); das Statut der Insel Krk (1388).*

Riassunto

LA LOTTA ALLA CORRUZIONE IN CROAZIA NEL MEDIOEVO: UN ESEMPIO DI DOCUMENTI LEGALI CROATI – IL CODICE DI VINODOL (1288) E LO STATUTO DELL’ISOLA DI VEGLIA/VRBNIK (1388)

Le terre croate medievali erano abbracciate dalle civiltà europee occidentali e dalla loro cultura, lingua e scrittura, intendendo in senso ampio l’*orbis Latinus*. Tuttavia, erano anche terre nelle quali vi fu una significativa influenza di sistemi giuridici diversi. Nel presente scritto si tratterà della lotta alla corruzione in Croazia nel Medioevo: un esempio di fonti legali croate – il codice di Vinodol (1288) e lo Statuto dell’isola di Veglia/Vrbnik (1388). La prima parte dello scritto è un’introduzione generale, la quale definisce la storia e la storia giuridica di Vinodol. Il codice di Vinodol in molti modi è considerato una fonte storica vitale, non soltanto per la storia del diritto e per i linguisti, ma anche per la conoscenza delle strutture sociali nel Vinodol medievale, dell’organizzazione della chiesa e per il lascito etnografico e culturale. Nella seconda parte di questo scritto l’attenzione sarà incentrata sullo Statuto di Veglia o Vrbnik, il quale cronologicamente è il secondo codice/statuto redatto in lingua croata e scritto in glagolitico. Formalmente è soltanto un secolo più

giovane del codice di Vinodol del 1288 e fu composto nello stesso anno dello Statuto di Segna in lingua latina.

Parole chiave: *documenti legali croati; terre medievali croate; sistemi legali; lotta alla corruzione; Croazia, Medioevo; Codice di Vinodol (1288); Statuto dell'isola di Veglia (1388).*

JUDICIAL DIALOGUE IN THE LIGHT OF PROTOCOL NO. 16 TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Dr. sc. Bruna Žuber*
Špela Lovšin**

UDK: 341.231.14(4)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.10>
Ur.: 31. prosinca 2018.
Pr.: 11. veljače 2019.
Pregledni znanstveni rad

Summary

The authors discuss legal nature of the Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights (ECHR) which entered into force on 1 August 2018. With the aim of improving the judicial dialogue between European Court of Human Rights (ECtHR) and highest national courts, the Protocol No. 16 introduced the advisory opinion procedure at the ECtHR level. A detailed analysis of the impact of advisory opinion procedure on the judicial dialogue is included and is further supported by the reviews of cases at the ECtHR against Slovenia, Belgium and Italy, which illustrate how a possibility to request an advisory opinion could have prevented finding of a human right's violation on the Strasbourg level and raised the effectiveness of human rights standards. The authors believe the Protocol No. 16 has brought a lot of potential for improvement of the judicial dialogue, which could lead to better understanding of ECHR standards, as interpreted by the ECtHR, and therefore prevent human rights violations already on a national level.

Keywords: *judicial dialogue; Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights; advisory opinion; European Court of Human Rights.*

1. INTRODUCTION

Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights (hereinafter referred as the Protocol No. 16), which entered into force for the Parties concerned on 1 August 2018, enables the highest courts and tribunals of a State Party to ask the European Court on Human Rights (hereinafter referred as ECtHR) for advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the European Convention on Human Rights (hereinafter

* Bruna Žuber, Ph.D., teaching assistant, University of Ljubljana, Faculty of Law and senior judicial advisor at the Supreme Court of the Republic of Slovenia, bruna.zuber@pf.uni-lj.si.

** Špela Lovšin, first cycle graduate in law, Master's student, University of Ljubljana, Faculty of Law, spelalovsin@gmail.com.

referred as ECHR) or the Protocols thereto.

The scientific problem of this article is the efficiency and effectiveness analysis of new means and approaches for conducting judicial dialogue and thus for preventing violations of human rights and freedoms, on the basis of Protocol No. 16. The aim of this paper is to provide scientific analysis of the effects of the advisory opinion procedure on the judicial dialogue between the national courts and the ECtHR. To conduct the research successfully, the authors used the following methods of scientific knowledge: logical (analysis, synthesis, induction, deduction), historical, systemic and formally dogmatic.

To achieve the goal, the authors first analyse the genesis of Protocol No. 16 and its substance. They further discuss the role of the advisory opinions for national court proceedings and its possible impacts on the judicial dialogue realisation in European countries through theory and case law.

In the second part of the paper, the authors discuss the intended effects of advisory opinions in the case of judicial decision-making in some European states. The authors' hypothesis is that the advisory opinion procedure under Protocol No. 16 will have a significant impact on a judicial dialogue between the ECtHR and the highest states national courts. The hypothesis is tested on the example of past ECtHR's cases against Slovenia, Belgium and Italy. On the foundations of Protocol No. 16, the authors examine whether the finding of a violation in certain cases could have been prevented and whether the dialogue between national courts and the ECtHR could have been enhanced if national courts had requested an advisory opinion before adopting a decision. All the foregoing illustrates the originality of this scientific paper.

Although the authors at some points critically evaluate the current state of play in the area of judicial dialogue among the national courts and the ECtHR they encouragingly conclude that adopting Protocol No. 16 could enrich judicial dialogue between the national courts and the ECtHR and thus consolidate the understanding of the human rights' and fundamental freedoms' protection in the whole Europe.

2. PROTOCOL NO. 16 TO THE ECHR AND ITS NOVELTIES

2.1. Reasons for adoption of Protocol No. 16.

The adoption of Protocol No. 16 was part of an ongoing series of reforms of the Strasbourg human rights protection system¹ and it has been open for signature by the State Parties to the ECHR since 2 October 2013. By legal nature, it is an optional protocol, producing effects solely with respect to those Member States² that will have proceeded to its ratification and after ten ratifications are completed. To date, the tenth

1 More on this see: Schabas, W. A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 26-32; Harris, D., et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 174-179.

2 The term »Member States« is used in this article to designate State Parties to the ECHR and is hereinafter referred to as »States«, while the term »State Parties« is used to denote States which have ratified the Protocol No. 16.

ratification recently took place,³ by France on 12 April 2018, and according to its Article 8 the Protocol No. 16 entered into force for the states concerned on 1 August 2018.⁴

The idea of the reforms, initiated over a decade ago, arose mainly from the ECtHR's overload and, in consequence, the lengthened average time of application processing as well as the significant number of applications concerning systemic violations.⁵ It follows from this that there is not only a practical but also a substantial aim to the Protocol No. 16 i.e. to reduce the large backlog of applications, and to intensify and strengthen the dialogue between higher national courts and the ECtHR.⁶ The substantial aim has been also highlighted in the Protocol's Preamble, which states that 'the extension of the Court's competence to give advisory opinions will further enhance the interaction between the ECtHR and national authorities and thereby reinforce implementation of the ECHR, in accordance with the principle of subsidiarity'. This principle was clearly reflected in the Interlaken Declaration of 19 February 2010, in which the Conference pointed out that it is first and foremost the responsibility of the States to guarantee the implementation of the Convention rights.⁷ Having regard to the ECtHR's current workload, a reinforcement of the national courts' role in applying the ECHR is of the utmost importance and all tools working towards that end should be seriously examined.⁸

Although the implementation of the advisory opinion procedure seems to be *prima facie* a great solution as it will presumably reduce the burden of ECtHR's caseload on the one hand and help domestic courts to develop and protect human rights standards on a national level on the other hand, it was cautioned in the legal theory by some scholars that the advisory opinion procedure does not entail an actual decrease of the ECtHR's caseload but only the distribution of ECtHR's activities into two separate competences: the advisory opinion and the application procedure.⁹

3 The following High Contracting Parties to the ECHR have ratified the Protocol No. 16 (by the 8 December 2018): Albania, Armenia, Estonia, Finland, France, Georgia, Lithuania, San Marino, Slovenia and Ukraine.

4 Council of Europe, *France ratifies Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights, triggering its entry into force*, <<https://www.coe.int/en/web/tbilisi/-/france-ratifies-protocol-no-16-to-the-european-convention-on-human-rights-triggering-its-entry-into-force>> 12th of April 2018, 8th of December 2018.

5 Paprocka, A., Ziółkowski, M., *Advisory opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights*, Cambridge, *European Constitutional Law Review*, vol. 11, 2/2015, p. 275.

6 Đorđević, S., *Protocol 16 to the European Convention on Human Rights and Freedoms*, Niš, *Law and Politics*, vol. 12, 2/2014, p. 109.

7 Interlaken Declaration, adopted at the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights organized within the framework of the Swiss Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe in Interlaken, Switzerland, on 18th-19th February 2010, PP 6 and part B., paras. 4 and 9 of the Action Plan.

8 European Court on Human Rights, *Reflection Paper on the proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*, Strasbourg, 2013, para. 9.

9 See Đorđević, S., *op. cit.*, p. 107.

2.2. The substance of Protocol No. 16

In line with Article 1(1) of the Protocol No. 16, highest courts and tribunals of State Parties may request the ECtHR to give advisory opinions. By stating that relevant courts or tribunals “may” request the ECtHR to give an advisory opinion, it is clear that it is only optional and not obligatory for them to do so. Each State Party is obliged to specify which highest courts or tribunals may request an advisory opinion of the ECtHR and may change their choice at any time.¹⁰ Still, it is important to stress out that, according to the Protocol No. 16, a national body must fulfill three conditions in order to qualify as entitled to request an opinion: (1) the body must constitute a court or tribunal in the meaning of the ECHR,¹¹ (2) legal norms establishing the given body’s position in the structure of national bodies of power have to put it on the top of the hierarchical structure of competence in the given legal system, and (3) in a proceeding before this body, questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the ECHR need to be raised.¹² Interestingly, Protocol No. 16 does not indicate whether there is any control by the ECtHR over the choice made by a State Party, which could hypothetically lead to a situation in which a State might designate a body that is not one of its ‘highest courts or tribunals’.¹³ It is not yet clear whether the ECtHR could decline to issue an opinion in such situations. We believe that the ECtHR could take such a request into a consideration with the aim to provide effective protection of the ECHR’s rights and freedoms already on a national level. On the other hand, however, it could be argued that consideration of such request could go beyond the linguistic interpretation of the Protocol No. 16 and that State Parties could easily abuse such an extended interpretation, which could lead to overburdening of the ECtHR with the requests for the advisory opinions.

Procedural requirements that have to be met by the requesting national body are set in Article 1(3) of the Protocol No. 16 and reflect the aim of the procedure, which is not to transfer the dispute to the ECtHR, but rather to give the requesting court or tribunal guidance on ECHR issues when determining the case before it.¹⁴

10 See Article 1(1) and Article 10 of the Protocol No. 16.

11 The terms ‘court’ and ‘tribunal’ are subjected to an autonomous interpretation by the ECtHR. According to its well-established case law, a court or tribunal is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner. See, for example *Sramek v. Austria*, no. 8790/79, 22 October 1984, para. 36, and *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, 10 May 2001, para. 233.

12 Paprocka, A., Ziółkowski, M., op. cit., p. 279.

13 Schabas, W. A., op. cit., p. 1215.

14 These requirements firstly imply that the requesting court or tribunal must have reflected upon the necessity and utility of requesting an advisory opinion of the ECtHR, and secondly, they imply that the requesting court or tribunal is in a position to set out the relevant legal and factual background, thereby allowing the ECtHR to focus on the question(s) of principle relating to the interpretation or application of the ECHR or the Protocols thereto. More on this see: Council of Europe, Explanatory Report: Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 2013, para. 11.

One of the most important aspects of the request for the advisory opinion in this regard is also the nature of the questions on which a domestic court or tribunal may request the advisory opinion.¹⁵ In its request, which should be in the context of a case pending before the requesting court or tribunal, a national body can raise any question of principle relating to the interpretation or application of the provisions containing rights and freedoms defined in the ECHR or the Protocols thereto.¹⁶ This is, without a doubt, a somewhat vague provision, which will have to be interpreted with the help of ECtHR's case law. Most importantly, it is not clear with what level of precision should the domestic courts convince the Grand Chamber that the specific request concerns a question of principle. Due to the interest of the ECtHR to raise the level of protection of the Convention rights and freedoms on the national level and to provide a uniformity of respect for these standards among all Member States of the Council of Europe, it is expected that the threshold for arguing the existence of the question of principle by a requesting court will not be disproportionate and that the decision on taking the request into consideration will be subjected to a high level of discretion of the deciding panel of the Grand Chamber. With such selectivity, ECtHR could avoid deciding on questions, which are at the moment still too delicate to be decided upon, in order to avoid the denunciation by certain States and the risk of its authority to be undermined. Yet, it is also possible to speculate that due to the interest of reducing the ECtHR's workload, the threshold will be set high, forcing the requesting courts to form greatly convincing arguments, unless they want their requests to be dismissed already on the doorstep to the ECtHR. Still, based on past experience it seems more likely the Grand Chamber not to set unreasonably high threshold.

Advisory opinions shall not be binding.¹⁷ Since the opinions take place in the context of the judicial dialogue between the ECtHR and domestic courts and tribunals,¹⁸ it is implicit that it is on the requesting court to decide on the effects of the advisory opinion in the domestic proceedings. At the moment, it is difficult to predict the frequency of the State Parties to make use of the advisory opinion proceeding and to assess what effects will they delegate to the advisory opinions on the national level. It cannot be ruled out that the State Parties will transfer the provisions of the Protocol No. 16 directly into their national legislation and thus try to even more approximate

15 Article 1(2). Requests for *in abstracto* review of legalities are excluded. For more on this see Council of Europe, Explanatory Report: Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 2013, para. 10.

16 It can be concluded from this provision that advisory opinions cannot settle questions referring to procedural and institutional issues regulated by the ECHR and its Protocols; see also Paprocka, A., Ziolkowski, M., op. cit., p. 285.

17 See Article 5 of the Protocol No. 16

18 More on the judicial dialogue between the ECtHR and domestic courts see: Ribičič, C., *Ustavno sodišče - ESČP - Sodišče EU, Ljubljana, Podjetje in delo*, vol. 36, 6-7/2001, pp. 1054-1061; Rinceanu, J., *Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national supreme courts*, in: Spinellis, C., et al. (eds.), *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*. Vol. II: Essays in English, German, French, and Italian, Athens, Ant. N. Sakkoulas Publishers L.P., 2017, pp. 1029-1041; Gerards, J., Fleuren, J., *Implementation of the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights in national case-law: A comparative analysis*, Antwerp, Intersentia, 2014.

the appliance of this legal institute to highest national courts and tribunals.¹⁹ Also, given the fact that advisory opinions are to be delivered by the Grand Chamber, we should expect them to have considerable jurisprudential weight in the ECtHR's future decision-making.²⁰

With regard to the non-binding nature of the advisory opinions, it needs to be stressed out that the delivery of an advisory opinion on a question arising in the context of a case pending before a national court or tribunal does not undermine the right to an individual application to the ECtHR where the domestic court did not follow the non-binding opinion.²¹ Therefore, if the domestic court does not act in line with an advisory opinion, there is a risk of subsequent duplication of proceedings before the ECtHR, in case the party dissatisfied, which would make it harder to achieve one of the aims of the Protocol – to reduce ECtHR's caseload.²²

3. ADVISORY OPINIONS AND JUDICIAL DIALOGUE

3.1. Impacts of advisory opinions on the judicial dialogue realisation

Until this day no advisory opinion has been issued and it is therefore only possible to speculate about the effects of these proceedings, since it will probably take some time before State Parties will fully comprehend the importance of this instrument and finally request the issuance of the advisory opinion by the ECtHR. Nevertheless, even when the ECtHR will finally receive an opportunity to address a “question of principle”, many initial legal difficulties would probably await to be resolved before the beginning of the sole decision-making process.²³

It is possible to predict that the advisory opinion procedure will provide a broader scope of implementation of the ECHR rights and freedoms as interpreted by the ECtHR, mainly because when the highest national courts or tribunals will doubt whether rights and freedoms guaranteed by the ECHR in the proceedings in front of them are threatened, they will be free to clarify that at the very source.²⁴ Furthermore,

19 For example, the Republic of Slovenia has implemented the provisions of the Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union regarding preliminary ruling procedure at the European Court of Justice into its national legislation through Article 113.a of the Courts Act (Official Gazette of the Republic of Slovenia no. 94/07, 45/08, 96/09, 86/10, 33/11, 75/12, 63/13, 17/15, 23/17 and 22/18). Legislative initiative of this kind cannot be excluded in Member States also in regard to the advisory opinions procedure.

20 Mowbray, A., *European Court of Human Rights: May 2013-April 2014*, Hull, European Public Law, vol. 20, 4/2014, p. 583.

21 European Court on Human Rights, *Reflection Paper on the proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*, Strasbourg, 2013, paras. 45-46.

22 See: Đorđević, S., *op. cit.*, p. 106.

23 Such difficulties would be, for example, the question of what are “the national highest courts or tribunals”, what is a “question of principle” that needs to be raised in the request and also, what happens with the request if a similar question has already been raised and addressed in another case at the ECtHR.

24 Józwicki, W., *Protocol 16 to the ECHR: A Convenient Tool for Judicial Dialogue and Better Domestic Implementation of the Convention?*, in: Kuźelewska, E., et al. (eds.), *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, European Integration and Democracy Series,

by clarifying the law at a stage of uncertainty, the advisory opinions will channel the judicial discourse on legal concepts from the beginning and will assist the highest domestic courts to apply the ECHR standards and to avoid future violations.²⁵ Also, since the highest domestic courts will have to take a stand on the advisory opinions in their final judgments, the general awareness of ECHR standards amongst lower domestic courts will also be raised.²⁶

Even though the advisory opinions under the Protocol No. 16 will not be binding, they will be issued by the Grand Chamber, which could lead to the emergence of more general implementation obligations on the side of the State Parties, as they should also take into consideration verdicts in cases to which they were not parties and undertake general means aimed at implementing to their own legal systems the ECHR rights and freedoms as interpreted in the ECtHR's case law.²⁷ It is speculated in the legal theory that the non-binding character of the advisory opinions may with time become inviting to the Grand Chamber to formulate perhaps more far reaching arguments than it would in its ordinary proceedings.²⁸ The assertion of the ECtHR's constitutional function will further add to its role as external control organ for the domestic authorities' human rights abidance and would therefore bolster the legitimacy of international human rights protection.²⁹

The advisory opinions could have a beneficial effect on the resources of the ECtHR, since they will prevent a violation before its occurrence on the national level and therefore reduce the number of potential individual applications. Also, the development of the ECHR's uniform interpretation standards will contribute to alleged violations of the ECHR's rights and freedoms being adequately addressed already at the national level, which could lead to the reduction of the ECtHR's caseload.

3.2. Effects of ECHR's advisory opinions and CJEU's preliminary ruling procedure in the light of judicial dialogue

3.2.1. Brief comparison between advisory opinions and preliminary ruling procedure

One of the most important tools for establishing and maintaining the judicial dialogue on the European level is also a preliminary ruling procedure conducted by the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as CJEU) under the Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union³⁰ (hereinafter referred to as TFEU). This procedure has been subjected to many discussions in the legal theory,³¹ which is why we further limit ourselves only to describing the most

Antwerp, Intersentia, 2015, p. 192.

25 Jahn, J., op. cit., p. 828.

26 *ibid.*, p. 829.

27 Józwicki, W., op. cit., pp. 193-194.

28 *ibid.*, p. 195.

29 Jahn, J., op. cit., p. 841.

30 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C 326, 26th October 2012, pp. 47-390.

31 For more on CJEU's preliminary ruling procedure, see Craig, P., de Búrca, G., *EU Law* :

important differences and similarities between the preliminary ruling procedure under the jurisdiction of the CJEU, and advisory opinion proceedings established with the Protocol No. 16.

The main procedural difference between the two proceedings is the determination of national courts, which can request a decision. The preliminary ruling procedure is available to all national courts or tribunals at all levels in any EU Member State,³² making it broader in application than the new Protocol No. 16 mechanism, which is applicable only to those State Parties to the ECHR that have ratified the Protocol and only to their highest national courts and tribunals.

There are also a few substantive differences, the first one being the objective of the proceedings. The objective of the preliminary ruling procedure is to guarantee uniform interpretation of EU law,³³ while the objective of the Protocol No. 16 is to provide domestic courts with guidance on interpreting the ECHR and providing a new means to facilitate dialogue between the two. Second important substantive difference is the nature of the question that needs to be addressed by the European judicial authorities. In the context of the preliminary ruling procedure, national courts may present questions about the interpretation and validity of EU law to the CJEU if they consider the question necessary to their judgment,³⁴ a narrower scope than the one established with Protocol No. 16, which only provides that national courts may request an advisory opinion on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the ECHR or the protocols thereto that are raised in the context of a pending case. And finally, national court or tribunal against whose decision there is no judicial remedy has an obligation to refer a case to the CJEU concerning a question of EU law.³⁵ As stated above, Protocol No. 16 provides domestic courts only with a possibility to request an advisory opinion and therefore contains no provisions on obligatory request for such an opinion.

Interestingly, the CJEU has established that when a provision in the EU law is so clear as to leave no scope for reasonable doubt, or where previous decisions of the CJEU have already dealt with the point of law in question, the last instance national court or tribunal has discretion as any other national court or tribunal to refer a case (doctrine of *acte clair*).³⁶ Such a practical solution, which aims at reducing the CJEU's caseload, is worth considering by the ECtHR when deciding on whether to grant a request for advisory opinion which only raises questions that already have an answer in the ECtHR's case law.

Text, cases and materials, 6th edition, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 464-508; Fairhurst, J., *Law of the European Union*, 7th edition, Essex, Pearson Education Limited, 2010, pp. 189-213; Trstenjak, V., Brkan, M., *Pravo EU : Ustavno, procesno in gospodarsko pravo EU*, Ljubljana, GV Zalobža, 2018, pp. 252-289; Varanelli, L., *Predhodno odločanje v evropskem pravu*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2010; Brkan, M. et al. (ed.), *Postopki pred Sodiščem EU*, Ljubljana, GV Založba, 2014.

32 Article 267(2) TFEU.

33 CJEU, Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings (2018/C 257/01), 20th July 2018, para. 1.

34 Article 267(2) TFEU.

35 Article 267(3) TFEU.

36 Case C-283/81 *CILFIT v. Ministry of Health* [1982] ECR 3415, paras. 14-16.

Overall, based on the numerous differences among the two institutes which were illustrated above, the authors believe the advisory opinion proceedings established with Protocol No. 16 will not impact the CJEU's preliminary ruling procedure due to different legal nature and purpose of both procedures.

3.2.2. *European Union and accession to Protocol No. 16*

In the relationship between the CJEU and the ECtHR, it is clear that the ECHR norms are already integrated into EU law. The EU Charter of Fundamental Rights (hereinafter referred as the Charter)³⁷ effectively incorporates the ECHR norms into EU law and contains strict instructions for EU law to respect the ECHR. The Treaty of Lisbon further provides that the Charter has the same value as the Treaties and Article 6(2) of the Treaty of European Union³⁸ provides a duty for the EU to accede to the ECHR. Such accession would have the effect of formally incorporating the ECHR into the EU legal order, and of subjecting the EU institutions, including the CJEU, to the decisions and judgments of the ECtHR. However, the CJEU delivered a negative opinion in relation to the compatibility of the Draft Accession Agreement with the Treaties and Protocol No. 8 EU,³⁹ known as Opinion 2/13.⁴⁰

In the third section of the Opinion 2/13, the CJEU focused on the Protocol No. 16 to the ECHR and compared its provisions with the EU law obligation for such highest courts to refer cases on EU law to the CJEU under the preliminary rulings system. The main conclusions were:

- the mechanism established by the Protocol No. 16 could affect the autonomy and effectiveness of the preliminary rulings procedure, since ECHR would – after accession – form an integral part of EU law,⁴¹
- a request for an advisory opinion made pursuant to Protocol No. 16 could trigger the procedure for the prior involvement of the CJEU, thus creating a risk that the preliminary ruling procedure might be circumvented,⁴² and
- since there is no provision in respect of the relationship between the mechanism established by Protocol No. 16 and the preliminary ruling procedure, national courts might be tempted to turn to the ECtHR for an advisory opinion rather than request a preliminary ruling from the CJEU.

For the abovementioned reasons, the CJEU concluded that the Accession Agreement is liable adversely to affect the autonomy and effectiveness of the preliminary ruling procedure.⁴³

37 Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, pp. 391–407.

38 Consolidated version of the Treaty on European Union, OJ C 326, 26th October 2012, pp. 13–390.

39 Protocol (No 8) relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, OJ C 326, 26th October 2012, p. 273.

40 Opinion 2/13 pursuant to Article 218(11) TFEU, ECLI:EU:C:2014:2454, European Union: Court of Justice of the European Union, 18th December 2014.

41 Opinion 2/13 of the CJEU, para. 197.

42 Opinion 2/13 of the CJEU, para. 198.

43 Opinion 2/13 of the CJEU, para. 199.

Nevertheless, it has been stressed in legal theory that it is not clear what interest would a national highest court have in requesting an advisory opinion from the ECtHR, rather than a preliminary ruling from the CJEU, since the latter is typically speedier, it provides for the possibility to request an interpretation of the EU provisions in question beyond their compatibility with fundamental rights and it might also lead to a more satisfactory result given that the CJEU would still remain the only court which might declare an act of the EU institutions invalid.⁴⁴ The theory also warns that a mere “taking account” of ECtHR case law by the CJEU will effectively send the message that, in the sphere of human rights protection, the two courts are equal, and that the ECHR and the Charter are equivalent documents, which could – with the EU law’s claims to supremacy and direct effect – be read as undermining the ECtHR’s core judicial function.⁴⁵ The authors believe that the Opinion 2/13, especially in the abovementioned part, mainly focuses on securing the autonomy of CJEU in its relationship to ECtHR, without having regard to possible cooperation between these two courts in order to raise the level of effective protection of the human rights standards across Europe.

4. INTENDED EFFECTS OF ADVISORY OPINIONS

4.1. *The judicial dialogue between national courts and the ECtHR in some European countries*

With ratifying the ECHR, the States have committed themselves to securing for everyone within their jurisdiction both human rights and fundamental freedoms, which fall into the scope of the protection of this international instrument. Nevertheless, Article 1 of the ECHR does not require States to incorporate the ECHR directly into national law and thereby make it directly applicable before domestic courts,⁴⁶ which was also confirmed by the ECtHR.⁴⁷ Still, the reception of the ECHR into the domestic legal order and the judicial dialogue between the ECtHR and national supreme courts are intrinsically linked.⁴⁸

At first, national constitutional courts were reluctant to incorporate the ECHR into their national legal systems and the resistance only started yielding in the 1980s, and particularly in the past ten years of the 21st century.⁴⁹ Nevertheless, the ECHR

44 Spaventa, E., *A very fearful Court? The protection of fundamental rights in the European Union after Opinion 2/13*, Maastricht, Maastricht journal of European and comparative law, vol. 22, 1/2015, p. 49.

45 Eeckhout, P., *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, New York, Fordham International Law Journal, vol. 38, 4/2015, p. 991.

46 Schabas, W. A., *op. cit.*, p. 90.

47 *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, no. 5614/72, 6 February 1976, para. 50.

48 Rinceanu, J., *Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national supreme courts*, in: Spinellis, C. et al., *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis. Vol. II: Essays in English, German, French, and Italian*, Athens, 2017, pp. 1032-1033.

49 Nastić, M., *ECHR and National Constitutional Courts*, Niš, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, vol. 71, 14/2015, p. 206.

has gradually infiltrated in the national human rights' protection systems, with constitutional courts having had a key role in this process due to their realization that reliance on the ECHR could strengthen their authority on the national level.⁵⁰ Today, the ECtHR exercises substantial influence on the national legal systems of the States and has therefore evolved into an important promoter of common human rights standards.⁵¹ The ECtHR regards the ECHR as a constitutional instrument of the European public order and despite the subsidiary role the ECtHR is supposed to play in human rights protection, its position has changed into that of a 'constitutional court' under the ECHR system.⁵²

The judicial dialogue between national courts and the ECtHR is characterized by a shared responsibility, meaning that national courts have the most important role to play in guaranteeing the primary protection of the ECHR, while the ECtHR only has a supervisory role and decides in individual cases whether a State has complied with its obligation of human rights protection.⁵³ Although, according to Article 46(1) of the ECHR, the ECtHR's judgments have an *inter partes* effect, it has become accepted that ECtHR's interpretations of the terms and concepts contained in the ECHR have an *erga omnes* effect, which implies that all national authorities have to comply with the ECHR as interpreted by the ECtHR through its case law.⁵⁴ Due to the binding nature of the ECtHR's interpretations, a uniform level of protection of human rights within the 47 Member States can be ensured.⁵⁵

While up to the adoption of Protocol No. 11 to the ECHR⁵⁶ the common aim of

50 loc. cit.

51 Rinceanu, J., *Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national supreme courts*, in: Spinellis, C. et al., *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*. Vol. II: Essays in English, German, French, and Italian, Athens, 2017, p. 1041.

52 Grabenwarter, C., *The European Convention on Human Rights: Inherent Constitutional Tendencies and the Role of the European Court of Human Rights*, *Budapest, Elite Law Journal*, vol. 2, 1/2014, p. 102. See also: Zoethout, C. M., *The European Court of Human Rights and Transnational Judicial Dialogue*, *Vienna, Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 9, 3/2015, pp. 409-410.

53 Copenhagen Declaration, adopted at High Level Conference meeting in Copenhagen on 12 and 13 April 2018 at the initiative of the Danish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe, paras. 6-11.

54 Lambert-Abdelgawad, E., *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2002, pp. 7-8. See also Gerards, J., *The European Court of Human Rights and the National Courts: giving shape to the notion of "shared responsibility"*, in: Gerards, J., Fleuren, J., op. cit. p. 23.

55 Rinceanu, J., *Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national supreme courts*, in: Spinellis, C. et al., *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*. Vol. II: Essays in English, German, French, and Italian, Athens, 2017, pp. 1039-1040.

56 Protocol No. 11 to the ECHR entered into force on November 1998 and has superseded the Protocols 2, 3, 5, 8, 9 and 10. Protocol no. 11 aims to rationalise the machinery for enforcement of rights and liberties guaranteed by the Convention. The Protocol abolished the Commission, allowing individuals to apply directly to the ECtHR, which was given compulsory jurisdiction and altered the latter's structure. The protocol also abolished the judicial functions of the Committee of Ministers.

the States, the ECtHR as well as the political organs of the Council of Europe was to create and strengthen the ECtHR's function as the arbiter of individual human rights complaints, the focus has shifted in the last decade – due to the overwhelming workload and the growing criticism of some States concerning the ECtHR's activism, new strategies were developed to bolster the ECtHR's authority and its effectiveness at the national level and an adequate conceptualization of the ECtHR's future role within the multi-level institutional framework was discussed among the stakeholders.⁵⁷ One of results of this endeavor was the adoption of Protocol No. 16, which created a path for the ECtHR and national courts to deepen their judicial dialogue and thus consolidate the understanding of the human rights' and fundamental freedoms' protection in the whole Europe.

In what follows, the authors will present the main highlights of the judicial dialogue between national courts and ECtHR in Belgium, Sweden and Italy. The countries were selected due to their different approaches to the judicial dialogue and their implementation of the ECtHR case law into the national decision-making process.

4.1.1. Belgium

The Belgian Constitutional Court stands out with a particular reliance on the ECtHR decisions in its reasoning – sometimes it refers to more than fifteen ECtHR decisions in the same judgment.⁵⁸ Paul Martens, then President of the Constitutional Court, emphasized how the Constitutional Court, “without even the slightest inclination to resist” is willing to reverse its own case law in order to comply with the ECtHR, and is prepared to suspend its decisions to await the outcome of the ECtHR proceedings.⁵⁹ For example, when the Belgian Constitutional Court had to decide on whether the Electoral Code, which temporarily disenfranchised those convicted to a prison sentence of four months or more, violated the Constitution, the Constitutional Court postponed its deliberations in order to await the outcome of the Grand Chamber decision in the *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*⁶⁰ case.⁶¹ It then decided that the Constitution was violated, because convicted persons were automatically deprived of the right to vote for a term that lasted much longer than the term of the sentence.⁶² As a consequence, Parliament abolished the automatic disenfranchisement in these cases,⁶³ which shows that eagerness of the Constitutional Court to comply with ECHR's

57 Jahn, J., Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions: Deprivation or Relocation of the Convention's Core?, Heidelberg, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* = Heidelberg journal of international law (HJIL), vol. 74, 4/2014, p. 822.

58 Popelier, P., Belgium: faithful, obedient, and just a little irritated, in: Popelier, P. et al. (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights: shifting the convention system : counter-dynamics at the national and EU level*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 117-118.

59 Popelier, P., op. cit., p. 118.

60 *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, 6 October 2005.

61 loc. cit.

62 loc. cit.

63 loc. cit.

standards sometimes results in adjustments at the political level.

The Court of Cassation also gives explicit priority to the ECHR over the Belgian Constitution and considers the judgments of the ECtHR to have *res interpretata* effect, meaning that the Belgian courts have to comply with these judgments, even if Belgium was not party in the case.⁶⁴ Nevertheless, the practice of the Court of Cassation is more distant compared to the Constitutional Court, especially because the Court of Cassation seems to often disregard the ECtHR case law or refers to it only *in abstracto*, without quoting specific judgments.⁶⁵

4.1.2. Sweden

In 1995, Sweden chose to incorporate the whole Convention and its Protocols into its national legal system. Even though the incorporation law provides that the ECHR is to have the status of an ordinary law, a constitutional provision was also added, which determines that »a law or other regulation shall not be issued in conflict with Sweden's obligations under [the ECHR].«⁶⁶ Sweden has two supreme judicial bodies, i. e. the Supreme Court and the Supreme Administrative Court, for which the ECHR and the ECtHR case law normally form an important part of the argumentation in cases involving fundamental rights.⁶⁷ Given that, the Swedish legal framework in some cases still seems to be superior to ECHR when it comes to court's reasoning, which can be seen from the Supreme Court case *NJA 2005 s. 805*.⁶⁸ In this case the Supreme Court assessed the situation first under the relevant national criminal law, then in relation to national constitutional law, and in the end to the ECHR and the ECtHR case law.⁶⁹ This method, which is normally applied also by the Supreme Administrative Court, can be interpreted as regarding the ECHR as a supplement to the domestic legislation.⁷⁰

Nevertheless, there have been some developments in the last decade, shifting into a direction of taking a greater account of the ECtHR case law. Both Supreme Courts have introduced a doctrine of »clear support«, which provides Swedish national courts with the ability to set aside an act of law which violates the ECHR, also in situations when the matter has not yet been assessed by the ECtHR.⁷¹ For example, in a criminal case relating to tax offences (*NJA 2010 s. 168 I-II*),⁷² the Supreme Court underlined the responsibility of the legislature to make sure that

64 Popelier, P., op. cit., p. 121.

65 Popelier, P., op. cit., p. 122.

66 Cameron, I., *The Swedish Experience of the European Convention on Human Rights since Incorporation*, Cambridge, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1/1999, p. 23.

67 Wenander, H., *Sweden: European Court of Human Rights endorsement with some reservations*, in: Popelier, P., et al., *Criticism of the European Court of Human Rights: shifting the convention system: counter-dynamics at the national and EU level*, Cambridge, 2016, p. 261.

68 *The Supreme Court of Sweden*, *NJA 2005 s. 805* from 29th November 2005.

69 Wenander, H., op. cit., p. 261.

70 loc. cit.

71 Wenander, H., op. cit., p. 258.

72 *The Supreme Court of Sweden*, *NJA 2010 s. 168 I-II* from 31th March 2010.

Swedish legislation follows the ECHR concerning more systemic matters.⁷³ However, the Supreme Court later limited the effects of the “clear support” requirement and elaborated that factors such as the importance of the right, the type of legislation, the legal and practical consequences, as well as the opportunities for the legislature to adapt Swedish legislation to the ECHR need to be taken into account.⁷⁴ This decision has been seen in the legal theory as an attempt to promote a certain degree of judicial restraint concerning the impact of ECtHR case law.⁷⁵ Nevertheless, Swedish legal theory stresses that the legalistic approach, which is an integral part of Swedish legal culture, implies that the ECHR as well as the case law of the ECtHR is respected and that there have not been any discussions implying that a Swedish court should simply disregard the ECtHR judgement.⁷⁶

4.1.3. Italy

In the course of the constitutional reform of 2001, Article 117 of the Italian Constitution was reformulated so as to provide that the state and the regions exercise their legislative power »in compliance with the Constitution and with the constraints deriving from EU legislation and international obligations«. ⁷⁷ This reform set the stage in 2007 for the Constitutional Court to overrule its previous case law and state that the ECHR is placed in an intermediate position between the Constitution and ordinary domestic law.⁷⁸ In the event that judges in common courts found domestic legislation to be incompatible with the ECHR, it became possible for them to refer the case to the Constitutional Court on the basis of the violation of the ECHR, which bolstered the ability of the domestic judge to enter into a formal, although indirect, vertical dialogue with the ECtHR.⁷⁹ The potential for dialogue was further strengthened by the Constitutional Court’s ruling that the ECtHR’s interpretation of the ECHR has binding effect and that domestic judges can therefore not interpret the ECHR differently than the ECtHR.⁸⁰ However, the Constitutional Court introduced a doctrine applicable to possible inconsistencies between Italian law and the ECHR: the doctrine of »enlarged counter-limitations«, under which the Constitutional Court preserved for itself the power to verify whether the ECHR, as interpreted by the ECtHR, was consistent with all other constitutional values.⁸¹ Only then would it declare the domestic law

73 Wenander, H., op. cit., p. 257.

74 The Supreme Court of Sweden, NJA 2013 s. 502 from 11th June 2013; Wenander, H., op. cit., p. 258.

75 Wenander, H., op. cit., p. 259.

76 loc. cit.

77 Sabato, R., *Judicial dialogue: The experience of Italy*, in: Müller, A. (ed.), *Judicial dialogue and human rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 273.

78 loc. cit.

79 loc. cit.

80 Glas, L. R., *The Boundaries to Dialogue with the European Court of Human Rights*, in: Benedek, W., et al. (eds.), *European Yearbook on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2018, p. 302.

81 Sabato, R., op. cit., p. 273.

unconstitutional as a result of a direct violation of the ECHR.⁸²

In March 2015, the Constitutional Court adopted a different, somewhat restrictive approach as before.⁸³ While it reaffirmed common judges' general obligation to interpret Italian law consistently in light of the ECHR and ECtHR case law, it further stated that, when doing so, common judges should nonetheless give priority to a reading of domestic law that is in accordance with the Constitution, which is »axiologically dominant« over the ECHR.⁸⁴ Also, the Italian Constitutional Court declared that common judges are bound by ECtHR case law only in a limited number of circumstances⁸⁵ and only in these instances should they refer cases to the Constitutional Court for this Court to verify whether the obligation to conform to Article 117 of the Italian Constitution or to »counter-limitations« prevails over ECHR-consistent interpretation.⁸⁶ The authors believe that such a decision does not contribute to raising the human rights standards, since it encourages national judges to prioritize national law over the international obligations.

4.2. Consideration of intended effects of advisory opinions on same recent national court cases

It appears very difficult to make a comprehensive consideration of intended effects of advisory opinions when no advisory opinion has been issued until today. Therefore, the authors decided to look into same recent court cases of particular European states and assess whether initiating the advisory opinion procedure (if existed at the time of adopting the court decision) would have changed final national courts' decisions and consequently prevented the occurrence of violation of human rights and fundamental freedoms.

*4.2.1. The case of *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. v. Slovenia**

Protection of human rights and fundamental freedoms in Slovenia is inseparably linked to triangle, which consists of three vertices: i) the Constitution and the Constitutional Court, ii) the ECHR and the ECtHR⁸⁷ and iii) the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the CJEU. The relations within this triangle are modifying dynamically, however, all the above-mentioned courts are inclined to extensive, creative and developmental interpretation of the documents which form a basis for their decision-making. Generally, the Slovenian legal theory

82 Sabato, R., op. cit., p. 274.

83 The Constitutional Court of the Italian Republic, judgment no. 49, 14th January 2015.

84 Sabato, R., op. cit. pp. 274-275.

85 More specifically, the judges should only follow pilot judgments, judgments concerning 'a specific individual dispute remitted to the national court' and well-established case-law. Glas, L. R., op. cit., p. 303.

86 Sabato, R., op. cit., p. 275.

87 In the last six-year period (2013-2018), ECtHR has found a violation in 43 cases against Slovenia, while it has found violations in 56 cases in the prior six-year period (2007-2012), meaning that, in comparison to the latter time period, the number of determined violations against Slovenia has been reduced by 23 % in the last six years.

advocates for such collaboration among the Constitutional Court, the ECtHR and the CJEU as to lead to higher standards of the human rights protection.⁸⁸

In a recent surprising statement, which has soon been withdrawn from the official web page due to public backlash, the Supreme Court of the Republic of Slovenia (hereinafter referred as the Supreme Court) has publicly disapproved with the ECtHR's findings in the case of *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. v. Slovenia*⁸⁹ where ECtHR found a violation of Article 6 of the ECHR. A significant part of the public, including some of the most prominent Slovenian lawyers, understood the court's statement as a general refusal to follow the ECtHR's decision which occurred for the first time in Slovenia. Later, the Supreme Court decided to withdraw its statement and regretted the tone in which the statement was written, saying that it is aware of the important role the ECtHR plays promoting and enforcing human rights in the Council of Europe's territory.⁹⁰ In the present case finding violation of Article 6 of the ECHR was undoubtedly the consequence of the fact that Slovenian national legal procedures were not in line with the ECtHR's established case-law standards on oral hearings.

4.2.1.1. *Facts of the case*

The case *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. v. Slovenia* concerned proceedings against the applicant company, *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o.* for alleged abuse of its dominant position, which was initiated by the Competition Protection Office (later: the Competition Agency). After an unsuccessful inspection of the applicant's premises by the Competition Office, an inspection report was issued, in which the Competition Office fined the applicant 105,000 euros for obstructing the inspection. The applicant appealed and requested an oral hearing but the Supreme Court dismissed the action. The applicant company complained in particular, under Article 6 (right to a fair trial), that the proceedings imposing a fine for obstructing the inspection had been unfair because of the lack of oral hearings.⁹¹

The ECtHR pointed out that the Supreme Court was the first and only tribunal to examine the applicant company's case and as such it was required under Article 6(1) of the ECHR to examine not only legal aspects of the case but to review the facts on which the applicant company's punishment was based and which the applicant company disputed. However, the Supreme Court made no reference to any other

88 See: Ribičič, C., *Ustavno sodišče - ESČP - Sodišče EU, Ljubljana, Podjetje in delo*, vol. 36, 6-7/2010, pp. 1054-1061; id., *Razbremenjevanje ESČP in Ustavnega sodišča, Ljubljana, Podjetje in delo*, vol. 33, 6-7/2007, pp. 993-1004; id., *Zakaj podpiram reformiranje ESČP?*, Ljubljana, vol. 22, 12/, pp. I-III; Ribičič, C., Kaučič, I., *Referendum and The European Convention on Human Rights, Regensburg, Entwicklungen im Europäischen Recht*, vol. 11, 1/2016, pp. 31-59; Žuber, B., *Ustavnosodni nadzor zakonodajnega referenduma, Ljubljana, GV Založba*, 2018, p. 69-250.

89 *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. v. Slovenia*, no. 47072/15, 23 October 2018.

90 *Vrhovno sodišče po plazu kritik umaknilo sporno sporočilo v zadevi Pro Plus*, <<http://www.rtvsl.si/slovenija/vrhovno-sodisce-po-plazu-kritik-umaknilo-sporno-sporocilo-v-zadevi-pro-plus/470349>>, 29th of October 2018, 6th of November 2018.

91 For more on the other alleged violations, see *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. v. Slovenia*, no. 47072/15, 23 October 2018, para. 32.

evidence than the impugned decision itself and did not hear the evidence requested by the applicant company aimed at proving the opposite. Furthermore, despite the applicant company expressly requesting that a hearing be held, the Supreme Court neither acknowledged the request nor gave any reasons for not granting it. In view of the above, the ECtHR found that the applicant company was deprived of a right to have the factual aspects of the administrative decision issued against it reviewed by the tribunal with full jurisdiction and that there has accordingly been a violation of Article 6(1) of the ECHR.⁹²

4.2.1.2. Would the advisory opinion on oral hearing have prevented the violation of Article 6 of ECHR?

As already mentioned above, the Supreme Court, in its statement regarding *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. v. Slovenia*⁹³ asserted that the ECtHR's argumentation is unconvincing, since there is no grounds in Slovenian legislation for the obligatory oral hearing in front of the Supreme Court in the given case. The Slovenian Prevention of the Restriction of Competition Act has a clear provision, which states that the court generally decides without conducting a public hearing.⁹⁴ Furthermore, the Supreme Court stated that the concerned fine was given in the accordance with the Prevention of the Restriction of Competition Act and cannot be equated with a fine, given in the misdemeanor procedure. Therefore, the given monetary penalty cannot be regarded as a criminal procedure in accordance with the Article 6(1) of the ECHR, which would otherwise require a conduct of an oral hearing.

If we focus on the question, whether it would be possible to prevent the violation and consequently the surprising statement of the Supreme Court there seems to be various options. First, the Supreme Court could have requested initiation of the procedure under Article 23 of the Slovenian Constitutional Court Act substantiating that Article 59 of Prevention of the Restriction of Competition Act cannot be interpreted and applied in a constitutionally consistent manner. Under Article 23 of the Constitutional Court Act the Constitutional Court intervenes only when national courts substantiate that the challenged statutory provision cannot be interpreted and applied in a constitutionally consistent manner and that, consequently, in the concrete proceedings the court cannot adopt a constitutionally consistent decision without the decision of the Constitutional Court on the unconstitutionality of the law at issue.⁹⁵ In the present case it is not very likely the Constitutional Court would

92 For more on the ECtHR's decision, see *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. v. Slovenia*, no. 47072/15, 23 October 2018, paras. 51-60.

93 The statement has since been removed and it is not publicly accessible anymore. However, parts of it can still be found in the Slovenian media. For example, see Boštele, M., *Vrhovno sodišče: Argumentacija ESČP je neprepričljiva*, <<https://www.delo.si/novice/slovenija/vrhovno-sodisce-argumentacija-escp-je-neprepricljiva-106336.html>>, 25th of October 2018, 6th of November 2018.

94 Article 59 of the Prevention of the Restriction of Competition Act reads as follows: "The court shall, as a rule, decide without a hearing".

95 For more on this see: Constitutional Court of the Republic of Slovenia, U-I-238/12 from 23rd January 2014.

have initiated the procedure and decide on the merits as public hearing in line with Article 59 is not expressly but generally prohibited, and could have been performed if the Supreme Court decided so in the present case. Therefore, the Constitutional court would have probably concluded the Supreme Court could adopt a constitutionally consistent decision without the Constitutional Court's intervention. Even though the Constitutional Court is competent to decide on compliance of a national law with the ratified national treaties⁹⁶ and is authorized to apply the ECHR standards regarding the oral hearing in this matter and deliver a decision, it needs to be pointed out that, in accordance with ECtHR's case law, the obligation under Article 6(1) of ECHR to hold a public hearing is not an absolute one and a hearing may not be necessary due to exceptional circumstances of the case, for example when it raises no questions of fact or law which cannot be adequately resolved on the basis of the case-file and the parties' written observations.⁹⁷ This leads us to conclusion that the Constitutional Court also if it decided on merits of the case would not have been likely to found a non-compliance of the Article 59 of Prevention of the Restriction of Competition Act with the ratified national treaty (ECHR), which is hierarchically placed under the Constitution in accordance with the Slovene legal order.⁹⁸ In light of the above, the second option for preventing the violation of Article 6 in the present case would be adopting the Supreme Court's decision after the public hearing.⁹⁹

The third option assumes the existence of the advisory opinion proceeding at the time of the court proceeding. The Supreme Court could have, as one of the highest national courts,¹⁰⁰ requested the ECtHR to give an advisory opinion. Presumably, two questions of principle would have arisen in the case: firstly, the obligation of conducting an oral hearing in the light of the relevant national provisions, and secondly, the existence of a "criminal charge" in this matter. Since the ECtHR's case law on these questions is already well established,¹⁰¹ it is possible to make a conclusion that the Grand Chamber would have refused to accept the request into consideration.

96 See Article 21(1)(2) of the Constitutional Court Act.

97 *Lundevall v. Sweden*, no. 38629/97, 12 November 2002, para. 34; *Motion Pictures Guarantors Ltd v. Serbia*, no. 28353/06, 8 June 2010, paras. 30-31; *Suuripää v. Finland*, no. 43151/02, 12 January 2010, para. 39.

98 See Article 153(2) of the Constitution of the Republic of Slovenia.

99 This option assumes the Supreme Court would waive long lasting practice's interpretation of Article 59 of Prevention of the Restriction of Competition Act (that is the competent court always adopts decision without public hearing).

100 As the highest courts and tribunals which can request the advisory opinion in accordance with Article 1(1) of the Protocol No. 16, Slovenia has determined its Constitutional Court and Supreme Court. See Article 3 of the Act Ratifying Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Official Gazette – International Treaties, no. 1/15).

101 For more on standards for conducting an oral hearing, see, among others, *Salomonsson v. Sweden*, no. 38978/97, 12 November 2002, paras. 34-40; *Miller v. Sweden*, no. 55853/00, 8 February 2005, paras. 29-37; *Jussila v. Finland* [GC], no. 73053/01, 23 November 2006, paras. 40-45. For more on term »criminal charge«, see, among others, *Engel and Others v. the Netherlands*, nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72, 8 June 1976, paras. 80-85; *Lutz v. Germany*, no. 9912/82, 25 August 1987, paras. 50-57; *Bendenoun v. France*, no. 12547/86, 24 February 1994, paras. 44-48.

However, if the ECtHR had issued an advisory opinion in this matter, the Supreme Court would have conducted the proceeding in accordance with the ECHR standards and thus avoided the finding of a violation by the ECtHR. Also, with an advisory opinion and its *erga omnes* effect regarding interpretation of the ECHR standards, Slovenian courts could have acted in accordance with the requests for conducting an oral hearing beforehand and therefore avoid being convicted twice in the same year for non-compliance with the mentioned obligations.¹⁰² And lastly, it is possible to assume that the national legislator would have regarded such an opinion as a basis for amending the provisions, which apply to the oral hearing.

Overall, the abovementioned statement of the Supreme Court was, without a doubt, inappropriate. Nevertheless, the authors believe the timely European judicial dialogue could have contributed to its avoidance. If we put ourselves in the shoes of the Supreme Court, it is not difficult to understand its defense in the situation, being the consequence of the surprise when the judgment was issued, given that the ECtHR has interpreted relevant Slovenian legislation on its own. However, it is possible to speculate that the advisory opinions will help with preventing such situations in the future, making possible for both participants of the judicial dialogue to form convincing legal arguments to appeal to the reasoning of the other side and therefore contribute to improvement of understanding of the ECHR standards and raise the level of protection of human rights and fundamental freedoms all over Europe.

4.2.2. *Case of Paposhvili v. Belgium*

The case of *Paposhvili v. Belgium*¹⁰³ has been selected by the authors due to its importance on protection of seriously ill aliens, who are facing a removal into a country of origin. What is more, with the analysis of the events unfolding on a national level, the authors will demonstrate how the development of the national case law in favor of such aliens could have raised the human rights standards years before the decision in *Paposhvili* case was adopted, if the advisory opinion proceedings had existed at that point in time.

4.2.2.1. *Facts of the case*

The applicant was a Georgian national who lived in Brussels and was there diagnosed with a number of serious medical conditions, for which he received hospital treatment. Later, the Minister for the Interior issued a deportation order directing the applicant to leave the country. Relying, amongst others, on Articles 2 (right to life) and 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment), the applicant alleged that if he had been expelled to Georgia he would have faced a real risk there of inhuman and degrading treatment and of a premature death.

The ECtHR noted that Mr Paposhvili had been suffering from a life-threatening

¹⁰² For more on this, see Žuber, B. et al. (ed.), *Pomen prakse in zahtev ESČP za izvedbo glavne obravnave v upravnem sporu: študija projekta*. Ljubljana, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, 2018.

¹⁰³ *Paposhvili v. Belgium* [GC], no. 41738/10, 13 December 2016.

illness and that his condition had become stable as a result of the treatment he was receiving in Belgium. If the treatment had been discontinued, his life expectancy would have been less than six months. The applicant had made requests for regularisation of his residence status in Belgium on medical grounds, on the basis of section 9ter of the Aliens Act. However, the requests had been refused on the grounds of the serious crimes he had committed.

The ECtHR concluded that the domestic authorities had not made any assessment of the risk facing Mr Paposhvili and the information available to those authorities had been insufficient for them to conclude that the applicant, if returned to Georgia, would not have run a real and concrete risk of treatment contrary to Article 3 of the Convention.

4.2.2.2. Could the existence of advisory opinion proceeding have raised the human rights standards sooner?

The crux of this case was whether Article 3 of the ECHR also applied to situations of inhuman or degrading treatment of seriously ill aliens on account of the lack of appropriate treatment in the receiving country. At that point in time, only two relevant ECtHR judgments existed – *N. v. the United Kingdom* (2008)¹⁰⁴ and *D. v. the United Kingdom* (1997)¹⁰⁵ – which both contained only a general ruling that in addition to situations of removal of seriously ill aliens in which death was imminent, there might be other very exceptional cases where the humanitarian considerations weighing against removal were equally compelling.

Already two years before the judgment of the Grand Chamber was delivered, the

¹⁰⁴ In the case of *N. v. the United Kingdom* ([GC], no. 26565/05, 27 May 2008), which concerned the removal of a Ugandan national who was suffering from Aids to her country of origin, the ECtHR observed that neither the decision to remove an alien who was suffering from a serious illness to a country where the facilities for the treatment of that illness were inferior to those available in the Contracting State, nor the fact that the individual's circumstances, including his or her life expectancy, would be significantly reduced, constituted in themselves "exceptional" circumstances sufficient to give rise to a breach of Article 3. Regard should be had to the fact that the applicant's condition was not critical and was stable as a result of the treatment she had received in the United Kingdom, that she was fit to travel and that her condition was not expected to deteriorate as long as she continued to take the treatment she needed. Nevertheless, the ECtHR specified that, in addition to situations of the kind in which death was imminent, there might be other very exceptional cases where the humanitarian considerations weighing against removal were equally compelling.

¹⁰⁵ In *D. v. the United Kingdom* (no. 30240/96, 2 May 1997), which concerned the decision taken by the United Kingdom authorities to expel to St. Kitts an alien who was suffering from Aids, the ECtHR considered that the applicant's removal would expose him to a real risk of dying under most distressing circumstances and would amount to inhuman treatment. It found that the case was characterised by "very exceptional circumstances", owing to the fact that the applicant suffered from an incurable illness and was in the terminal stages, that there was no guarantee that he would be able to obtain any nursing or medical care in St. Kitts or that he had family there willing or able to care for him, or that he had any other form of moral or social support. Taking the view that, in those circumstances, his suffering would attain the minimum level of severity required by Article 3, the ECtHR held that compelling humanitarian considerations weighed against the applicant's expulsion.

case law regarding the abovementioned issue has developed significantly in Belgium. This case law concerns the application of section 9ter, paragraph 1,¹⁰⁶ to aliens who have not been excluded a priori from the scope of that provision.

A Dutch-speaking Division of the *Conseil d'État* held that, irrespective of the scope of application of Article 3 of the ECHR, section 9ter was clear and applied to situations going beyond a direct threat to the life of the applicant or the existence of a critical condition,¹⁰⁷ and therefore also covered a real risk of inhuman or degrading treatment on account of the absence of appropriate treatment in the country of origin.¹⁰⁸

In the meantime, a French-speaking Division of the *Conseil d'État* adopted a completely different approach. According to that Division, the legislature had clearly sought to confine the benefit of section 9ter to aliens who were so “seriously ill” that their removal would amount to a violation of Article 3 of the ECHR, and to ensure that the assessment in question was carried out in accordance with the ECtHR’s case-law as established in the case of *N. v. the United Kingdom*. The three categories of illness concerned, where they attained a minimum level of severity, were apt to satisfy the requirements of Article 3.

The divergence in the case-law of the *Conseil d'État* was resolved on 16 October 2014 when the French-speaking Division adopted the same interpretation as the Dutch-speaking Division and proposed an “autonomous” interpretation of section 9ter, paragraph 1, in so far as that provision concerned situations of inhuman or degrading treatment on account of the lack of appropriate treatment in the receiving country. Unfortunately, these developments were not considered by national authorities in Mr Paposhvili’s case.

As already noted, this change in the national case law occurred two years before the Grand Chamber judgment in the case of *Paposhvili*. The ECtHR itself noted that the case law subsequent to *N. v. the United Kingdom* has not provided more detailed guidance regarding the “very exceptional cases” referred to in that judgment. It therefore clarified, similarly as the Belgium *Conseil d'État*, that the “other very exceptional cases” within the meaning of the judgment in *N. v. the United Kingdom* which may raise an issue under Article 3 should be understood to refer to situations involving the removal of a seriously ill person in which substantial grounds have been shown for believing that he or she, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid

106 Section 9ter of the Aliens Act provides for the possibility of granting leave to remain on medical grounds. The first paragraph, as inserted by the Act of 15 September 2006, amended by the Act of 7 June 2009 and replaced by the Act of 29 December 2010, provided as follows at the material time: “1. Aliens resident in Belgium who provide proof of identity in accordance with paragraph 2 and who are suffering from an illness entailing a real risk to their life or physical well-being or a real risk of inhuman or degrading treatment if no appropriate treatment exists in their country of origin or previous country of residence may apply to the Minister or his or her representative for leave to remain in the Kingdom. .../”

107 Conseil d’État of the Kingdom of Belgium, judgment no. 223.961 of 19th June 2013.

108 Conseil d’État of the Kingdom of Belgium, judgments nos. 225.632 and 225.633 of 28th November 2013.

and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy. It pointed out that these situations correspond to a high threshold for the application of Article 3 of the ECHR in cases concerning the removal of aliens suffering from serious illness.

Since the decision in this case also summarizes the abovementioned development of the relevant case law on the national level,¹⁰⁹ it is possible to assume that ECtHR relied to those developments in its decision. If Belgian courts had the possibility to request an advisory opinion when they were deciding on the applicant's case, they could have suggested to the ECtHR to accept their interpretation on the scope of Article 3 regarding the removal of seriously ill aliens already years before the Grand Chamber adopted its decision in the *Paposhvili* case. It is clear that the latter judgment raised the level of protection of seriously ill aliens who are facing a removal and we can only assume the number of such aliens who have, before this judgment, already been returned to the receiving country, in which there is no appropriate treatment.

4.2.3. *Case of G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*

The case of *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*¹¹⁰ is of significant importance because it shows how the existence of the advisory opinion proceedings could have helped the Italian courts, which were been torn between various interpretations of the Article 7 of the ECHR and were consequently forced to adopt a decision in the matter, without having any guidance from the ECtHR. The authors analyse whether the advisory opinion proceedings could have led to faster and clearer unification of the human rights standards.

4.2.3.1. *Facts of the case*

The cases concerned the confiscation of land as provided for by domestic legislation in the event of unlawful site development. The applicants alleged that this confiscation had an insufficient legal basis. One of the applicants had been prosecuted for illegal site development but had not been convicted because the offence had become statute-barred. The illegally developed land had nonetheless been confiscated in its entirety. Relying on the judgment in the case of *Varvara v. Italy*,¹¹¹ the ECtHR reiterated that Article 7 of the ECHR precluded the imposition of a criminal sanction on an individual without personal criminal liability being established and declared beforehand. Since the domestic courts had noted that all the elements of the offence of illegal site development were present, while discontinuing the proceedings on the sole ground of statute limitation, the ECtHR found that there had been a "conviction" for the purposes of Article 7 and that there had therefore been no violation of the latter in the applicant's case. As regards the applicant companies (legal entities with a legal personality distinct from that of their directors or shareholders), which had not been prosecuted as such and had not been parties to the criminal proceedings, the ECtHR

109 See *Paposhvili v. Belgium* [GC], no. 41738/10, 13 December 2016, paras. 101-107.

110 *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy* [GC], nos. 1828/06, 34163/07 and 19029/11, 28 June 2018.

111 *Varvara v. Italy*, no. 17475/09, 29 October 2013.

found that they could not have been the subject of such a declaration of criminal liability, so that the confiscation of their property had been incompatible with Article 7.

4.2.2.2. *Would the advisory opinion proceeding have shifted the burden of solving a complex human rights standards' dilemma on the ECtHR?*

The main issue of the case was the interpretation of the provision of Construction Act, which determined that the development of a site that is carried out in the absence of a planning permission or regulation, is a punishable criminal offence and requires sentencing courts to order the confiscation of the unlawfully developed land and the illegally erected buildings. Nevertheless, Italian courts, including the Constitutional Court, considered this measure as an administrative sanction, which is authorized even when the criminal proceedings for unlawful site development do not lead to the “formal” conviction of the accused. The main question was therefore, whether such interpretation was in compliance with Article 7 of the ECHR, which precludes the imposition of a criminal sanction on an individual without personal criminal liability being established and declared beforehand.

In a separate judgment delivered in March 2015¹¹² (six months before the Grand Chamber held an oral hearing in the case of *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*), the Italian Constitutional Court suggested that, while referring to the term “conviction”, the ECtHR did not have in mind the form of the ruling by a sentencing court but rather a more general finding of responsibility. The Constitutional Court further stated that the *Varvara* judgment cannot be unequivocally interpreted to the effect that confiscation in accordance with spatial planning provisions may only be ordered in parallel with a conviction by the courts for the offence of unlawful parceling.

The reasoning seems to have convinced the ECtHR, which delivered its decision in the case on 28 June 2018. In its judgement, the ECtHR acknowledged that even though the *Varvara* case states that the declaration of criminal liability is often made in a criminal-court judgment formally convicting the defendant, this should not be seen as a mandatory rule. The ECtHR therefore followed the reasoning of the Italian Constitutional Court, noting that while conviction by the domestic criminal courts may constitute one criterion for determining whether or not a measure constitutes a “penalty” within the meaning of Article 7, the absence of a conviction does not suffice to rule out the applicability of that provision.¹¹³

All in all, it is possible to conclude that if the advisory opinion proceedings had existed when national courts had been deciding on the case of *G.I.E.M. S.r.l.*, the Italian Constitutional Court would not have to take matters into its own hands several years later, when it was faced with the same dilemma with regard to the dilemma of complex interpretation of human rights standards. Although the ECtHR later followed the reasoning of the Italian Constitutional Court, the authors believe that a prior judicial dialogue in the form of an advisory opinion could have led to the unification

¹¹² The Constitutional Court of the Italian Republic, judgment no. 49, 14th January 2015.

¹¹³ *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy* [GC], nos. 1828/06, 34163/07 and 19029/11, 28 June 2018, para. 127.

of the human rights standards in this matter already years before the ECtHR finally ruled on the matter.

5. CONCLUSION

With its entry into force, Protocol No. 16 to the ECHR has introduced an advisory opinion proceeding, which aims not only to reduce the ECtHR's workload, but also to foster judicial dialogue among highest national courts and the Strasbourg court. While many questions regarding the procedure itself remain open, the authors believe that this institute carries a lot of potential for the improvement of understanding and following ECHR standards already on the national level.

It has been illustrated on two ECtHR's cases against Slovenia and Belgium that a possibility for national courts to request an advisory opinion could have prevented a violation of human rights and fundamental freedoms. Furthermore, it has been shown on the ECtHR's case against Italy that due to the absence of the advisory opinion proceedings, the national courts were sometimes forced to take matters into its own hands, if certain interpretations of the ECHR standards were unclear. Since Slovenia is one of the State Parties that has ratified the Protocol, it is now only the matter of time for the national courts to make use of this institute and prove whether the predictions made in this article would come true. On the other hand, Belgium and Italy are only the Signatories of the Protocol No. 16, although the advisory opinions, issued by the ECtHR, will undoubtedly affect their interpretation of ECHR standards.

The authors believe that State Parties to the Protocol No. 16 should use the given possibility to request an advisory opinion without any hesitation for at least two reasons. Firstly, this would show that national courts can understand the complexity of ECtHR's developing case law and therefore identify the potential questions of principle with regard to the interpretation of ECHR's standards. Secondly, it would also contribute to the development and improvement of human rights' standards, which would not only effect the decision on the given case, but also contribute to the wider application of these standards in the whole Europe.

BIBLIOGRAPHY

Books

1. Brkan, Maja et al. (ed), *Postopki pred Sodiščem EU*, Ljubljana, GV Založba, 2014.
2. Craig, Paul, de Búrca, Gráinne, *EU Law: Text, cases and materials*, 6th edition, Oxford, Oxford University Press, 2015.
3. Fairhurst, John, *Law of the European Union*, 7th edition, Essex, Pearson Education Limited, 2010.
4. Gerards, Janneke, Fleuren, Joseph, *Implementation of the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights in national case-law: A comparative analysis*, Antwerp, Intersentia, 2014.
5. Harris, David, O'Boyle, Michael and Warbrick, Colin, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
6. Lambert-Abdelgawad, Elisabeth, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2002.

7. Popelier, Patricia, Lambrecht, Sarah, Lemmens, Koen (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights: shifting the convention system: counter-dynamics at the national and EU level*, Cambridge, Intersentia, 2016.
8. Ribičič, Ciril, Kaučič, Igor, *Referendum and The European Convention on Human Rights (Entwicklungen im Europäischen Recht, Vol. 11)*, Regensburg, Universitätsverlag Regensburg, 2016.
9. Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
10. Trstenjak, Verica, Brkan, Maja, *Pravo EU: Ustavno, procesno in gospodarsko pravo EU*, Ljubljana, GV Založba, 2018.
11. Varanelli, Luigi, *Predhodno odločanje v evropskem pravu*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2010.
12. Žuber, Bruna et al. (ed.), *Pomen prakse in zahtev ESČP za izvedbo glavne obravnave v upravnem sporu : študija projekta*. Ljubljana, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, 2018.
13. Žuber, Bruna, *Ustavnosodni nadzor zakonodajnega referendum*, Ljubljana, GV Založba, 2018.

Articles

1. Cameron, Iain, *The Swedish Experience of the European Convention on Human Rights since Incorporation*, Cambridge, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1/1999, pp. 20-56.
2. Đorđević, Sanja, *Protocol 16 to the European Convention on Human Rights and Freedoms*, Niš, *Law and Politics*, vol. 12, 2/2014, pp. 103-111.
3. Eeckhout, Piet, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, New York, *Fordham International Law Journal*, vol. 38, 4/2015, pp. 955-992.
4. Glas, Lize R., *The Boundaries to Dialogue with the European Court of Human Rights*, in: Benedek, W. et al. (eds.), *European Yearbook on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 287-318.
5. Grabenwarter, Christoph, *The European Convention on Human Rights: Inherent Constitutional Tendencies and the Role of the European Court of Human Rights*, Budapest, *Elite Law Journal*, vol. 2, 1/2014, pp. 101-115.
6. Jahn, Jannika, *Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions: Deprivation or Relocation of the Convention's Core?*, Heidelberg, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) = Heidelberg journal of international law (HJIL)*, vol. 74, 4/2014, pp. 821-845.
7. Józwicki, Władysław, *Protocol 16 to the ECHR: A Convenient Tool for Judicial Dialogue and Better Domestic Implementation of the Convention?*, in: E. Kuzelewska, et al. (eds.), *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, European Integration and Democracy Series, Antwerp, Intersentia, 2015, pp. 183-209.
8. Mowbray, Alastair, *European Court of Human Rights: May 2013-April 2014*, Hull, *European Public Law*, vol. 20, 4/2014, pp. 1-18.
9. Nastić, Maja, *ECHR and National Constitutional Courts*, Niš, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, vol. 71, 14/2015, pp. 203-220.
10. Paprocka, Ada and Ziółkowski, Michał, *Advisory opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights*, Cambridge, *European Constitutional Law Review*, vol. 11, 2/2015, pp. 274-292.
11. Ribičič, Ciril, *Ločena mnenja in varstvo človekovih pravic*, Ljubljana, *Pravna praksa*, vol. 25, 41-42/2006 October 2006, pp. VIII-XII.

12. Ribičič, Ciril, Razbremenjevanje ESČP in Ustavnega sodišča, Ljubljana, Podjetje in delo, vol. 33, 6-7/2007, pp. 993-1004.
13. Ribičič, Ciril, Ustavno sodišče - ESČP - Sodišče EU, Ljubljana, Podjetje in delo, vol. 36, 6-7/2001, pp. 1054-1061.
14. Ribičič, Ciril, Zakaj podpiram reformiranje ESČP?, Ljubljana, vol. 22, 12/; pp. I-III.
15. Rinceanu, Johanna, Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national supreme courts, in: C. Spinellis, et al. (eds.), *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis. Vol. II: Essays in English, German, French, and Italian*, Athens, Ant. N. Sakkoulas Publishers L.P., 2017, pp. 1029-1041.
16. Sabato, Raffaele, Judicial dialogue: The experience of Italy, in: Müller, A. (ed.), *Judicial dialogue and human rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 267-284.
17. Spaventa, Eleanor, A very fearful Court? The protection of fundamental rights in the European Union after Opinion 2/13, *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 22, 1/2015, pp. 35-56.
18. Zoethout, Carla M., The European Court of Human Rights and Transnational Judicial Dialogue, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 9, 3/2015, pp. 398-416.

Internet sources

1. Boštele, Mojca, *Vrhovno sodišče: Argumentacija ESČP je neprepričljiva*, <<https://www.delo.si/novice/slovenija/vrhovno-sodisce-argumentacija-escp-je-neprepricljiva-106336.html>>, 25th of October 2018, 6th of November 2018.
2. Council of Europe, *France ratifies Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights, triggering its entry into force*, <<https://www.coe.int/en/web/tbilisi/-/france-ratifies-protocol-no-16-to-the-european-convention-on-human-rights-triggering-its-entry-into-force>> 12th of April 2018, 8th of December 2018.
3. *Vrhovno sodišče po plazu kritik umaknilo sporno sporočilo v zadevi Pro Plus*, <<http://www.rtv slo.si/slovenija/vrhovno-sodisce-po-plazu-kritik-umaknilo-sporno-sporocilo-v-zadevi-pro-plus/470349>>, 29th of October 2018, 6th of November 2018.

Legal acts

Slovenia, the Republic

1. Administrative Dispute Act, Official Gazette no. 105/06, 107/09, 62/10, 98/11, 109/12 and 10/17.
2. Constitution of the Republic of Slovenia, Official Gazette no. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 69/04, 68/06, 47/13, and 75/16.
3. Constitutional Court Act, Official Gazette no. 109/12 (official consolidated text).
4. Courts Act, Official Gazette, no. 94/07, 45/08, 96/09, 86/10, 33/11, 75/12, 63/13, 17/15, 23/17 and 22/18.
5. Prevention of Restriction of Competition Act, Official Gazette no. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13, 63/13, 33/14, 76/15 and 23/17.

International contracts

1. Act Ratifying European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Official Gazette International Contracts, 7-41/1994.
2. Act Ratifying Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Official Gazette International Contracts, no. 1/15.
3. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C 326, 26 October 2012, pp. 47-390.

Court practice

Practice of Belgian national courts

1. Conseil d'État of the Kingdom of Belgium, judgment no. 223.961 of 19th June 2013.
2. Conseil d'État of the Kingdom of Belgium, judgments nos. 225.632 and 225.633 of 28th November 2013.

Practice of the CJEU

1. Case C-283/81 *CILFIT v. Ministry of Health* [1982] ECR 3415.

Practice of the ECtHR

1. *Bendenoun v. France*, no. 12547/86, 24 February 1994.
2. *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, 10 May 2001.
3. *D. v. the United Kingdom*, no. 30240/96, 2 May 1997.
4. *Engel and Others v. the Netherlands*, nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72, 8 June 1976.
5. *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy* [GC], nos. 1828/06, 34163/07 and 19029/11, 28 June 2018.
6. *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, 6 October 2005.
7. *Jussila v. Finland* [GC], no. 73053/01, 23 November 2006.
8. *Lundevall v. Sweden*, no. 38629/97, 12 November 2002.
9. *Lutz v. Germany*, no. 9912/82, 25 August 1987.
10. *Miller v. Sweden*, no. 55853/00, 8 February 2005.
11. *Mladina d.d. Ljubljana v. Slovenia*, no. 20981/10, 17 April 2014.
12. *Motion Pictures Guarantors Ltd v. Serbia*, no. 28353/06, 8 June 2010.
13. *N. v. the United Kingdom* [GC], no. 26565/05, 27 May 2008.
14. *Paposhvili v. Belgium* [GC], no. 41738/10, 13 December 2016.
15. *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. v. Slovenia*, no. 47072/15, 23 October 2018.
16. *Salomonsson v. Sweden*, no. 38978/97, 12 November 2002.
17. *Sramek v. Austria*, no. 8790/79, 22 October 1984.
18. *Suuripää v. Finland*, no. 43151/02, 12 January 2010.
19. *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, no. 5614/72, 6 February 1976.
20. *Varvara v. Italy*, no. 17475/09, 29 October 2013.

Practice of Italian national courts

1. The Constitutional Court of the Italian Republic, judgment no. 49, 14th January 2015.

Practice of Slovene national courts

1. Constitutional Court of the Republic of Slovenia, U-I-238/12 from 23rd January 2014.
2. Constitutional Court of the Republic of Slovenia, U-II-1/15 from 28th September 2015.

Practice of Swedish national courts

1. The Supreme Court of Sweden, NJA 2010 s. 168 I-II from 31th March 2010.
2. The Supreme Court of Sweden, NJA 2013 s. 502 from 11th June 2013
3. The Supreme Court of Sweden, NJA 2005 s. 805 from 29th November 2005.

Bruna Žuber*
Špela Lovšin**

Sažetak

SUDSKI DIJALOG U SVJETLU PROTOKOLA BROJ 16 UZ EUROPSKU KONVENCIJU ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA

Autorice raspravljaju o pravnoj prirodi Protokola broj 16 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava (EKLJP), koji je stupio na snagu 1. kolovoza 2018. Sa svrhom poboljšanja sudskog dijaloga između Europskog suda za ljudska prava (ESLJP) i najviših nacionalnih sudova, je Protokol broj 16, na razini ESLJP, uveo postupak davanja savjetodavnih mišljenja. Članak uključuje detaljnu analizu utjecaja postupka za davanje savjetodavnih mišljenja na sudski dijalog, koja je dodatno podržana pregledom slučaja pred ESLJP-om protiv Slovenije, Belgije i Italije, koji pokazuju, kako bi mogućnost podnošenja zahtjeva za savjetodavno mišljenje mogla spriječiti utvrđivanje povrede ljudskih prava u Strasbourgu i povećati učinkovitost standarda ljudskih prava. Autorice vjeruju da je Protokol broj 16 donio ogroman potencijal za poboljšanje sudskog dijaloga, što može dovesti i do boljeg razumijevanja standarda ECHR-a, kako ih tumači EKLJP, čime se sprječava povreda ljudskih prava već na nacionalnoj razini.

Ključne riječi: *sudski dijalog; Protokol broj 16 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava; savjetodavno mišljenje; Europski sud za ljudska prava.*

Zusammenfassung

JUSTIZIELLER DIALOG IM LICHT DES ZUSATZPROTOKOLLS NR. 16 DER EUROPÄISCHEN KONVENTION ZUM SCHUTZ DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN

Im Beitrag wird die Rechtsnatur des Zusatzprotokolls Nr. 16 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten besprochen,

* dr. sc. Bruna Žuber, asistentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Ljubljani i viša sudska savjetnica na Vrhovnom sudu Republike Slovenije, bruna.zuber@pf.uni-lj.si.

** Špela Lovšin, diplomirana pravnica i polaznica magistarskog studija, Pravni fakultet Sveučilišta u Ljubljani, spelalovsin@gmail.com.

welcher am 1. August 2018 in Kraft trat. Mit dem Ziel der Verbesserung des justiziellen Dialogs zwischen dem Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und den höchsten nationalen Gerichten hat der Zusatzprotokoll Nr. 16 ermöglicht, dass sich die letztinstanzlichen nationalen Gerichte mit Fragen zur Auslegung der EMRK für ein Gutachten an den EGMR wenden können. Dieser Beitrag beinhaltet eine erschöpfende Analyse des Einflusses solchen Gutachtenverfahrens auf justiziellen Dialog. Ebenfalls stellt der Beitrag zwei Fälle gegen Slowenien vor dem EGMR dar, die zeigen, dass die Möglichkeit der letztinstanzlichen Gerichte, sich an den EGMR für ein Gutachten anwenden zu können, die Feststellung einer Verletzung von Menschenrechten in Strasbourg verhindern könnten. Im Beitrag wird die Ansicht vertreten, dass der Zusatzprotokoll Nr. 16 sehr stark der Verbesserung des justiziellen Dialogs beigetragen hat, was gleichzeitig auch zum besseren Verständnis der vonseiten des EGMR ausgelegten Standards der EMRK beibringt. Dadurch kann man die Verletzung der Menschenrechte schon auf nationaler Ebene verhindern.

Schlüsselwörter: justizieller Dialog; Zusatzprotokoll Nr. 16 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten; Gutachten; Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte.

Riassunto

IL DIALOGO GIUDIZIALE ALLA LUCE DEL PROTOCOLLO NUM. 16 ALLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

Le autrici dibattono della natura giuridica del Protocollo num. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), entrato in vigore l'1 agosto 2018 con l'intento di migliorare il dialogo giudiziale tra la Corte dei diritti dell'uomo e le massime istanze giudiziali nazionali, introducendo sul piano della CEDU la procedura di rilascio di pareri consultivi. Lo scritto prevede un'analisi dettagliata dell'influenza della procedura di rilascio pareri consultivi sul dialogo giudiziale, come anche l'analisi di due casi contro la Slovenia dinnanzi alla Corte dei diritti dell'uomo, i quali dimostrano come la possibilità di richiedere un parere consultivo potrebbe evitare la condanna per la violazione di diritti umani a Strasburgo. Le autrici credono che il Protocollo num. 16 abbia portato un enorme potenziale per il miglioramento del dialogo giudiziale, il che potrebbe condurre altresì ad una maggiore consapevolezza degli standard della Corte dei diritti dell'uomo, come intesi dalla CEDU, il che porta alla diminuzione delle violazioni dei diritti umani già sul piano nazionale.

Parole chiave: dialogo giudiziale; Protocollo num. 16 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; pareri consultivi; Corte europea dei diritti dell'uomo.

THE OTHER SIDE OF TAX DISCRIMINATION. LACK OF LEGAL RECOGNITION FOR SAME-SEX COUPLES AND ITS FISCAL CONSEQUENCES

Mateusz Wąsik*

UDK: 336

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.11>

Ur.: 29. travnja 2019.

Pr.: 27. lipnja 2019.

Pregledni znanstveni rad

Summary

The purpose of the paper is to present the tax consequences resulting from the lack of recognition of registered partnerships¹ and same-sex marriages in certain EU member states, taking the example of Poland. These aspects are usually perceived as discrimination of citizens based on their sexual orientation. The author of this paper has focused on various aspects of possible discrimination, mainly concerning discrimination on the grounds of personal taxation, including inheritance and gift taxes. For these purposes, the author analysed the domestic tax rules differentiating couples living in a marriage and couples without that possibility. These legal provisions have been analysed together with the most recent domestic jurisprudence. Furthermore, the paper presents comparative analyses of domestic rules with EU law. Due to the lack of case-law oriented towards fiscal discrimination due to sexual orientation, the relevant CJEU (the Court of Justice of the European Union, hereinafter: the CJEU) and ECHR (the European Court of Human Rights, hereinafter: the ECHR) case-law have been recalled to reveal possible violations of fundamental freedoms and tax discrimination. The author makes a connection between the lack of proper regulations implemented in the domestic law with the unjustified differentiation of cross-border families on tax grounds. In the long run, only the harmonisation of personal taxation at the EU level can lead to a resolution to this situation. Alternatively, as an interim solution, the relevant ECHR judgment may be of assistance.

Keywords: *cross-border; sexual orientation; tax; discrimination; inheritance.*

* Mateusz Wąsik, Ph.D. candidate, Institute of Law Studies at the Polish Academy of Sciences, attorney-at-law, mateusz_wasik@wp.pl.

1 For the purpose of this paper, the author uses the terms “registered partnership” and “civil union” interchangeably.

1. INTRODUCTION

The European Union currently encompasses 28 Member States, all differing in their languages, history, traditions, legal systems and personal taxation. Under EU law, some existing systems have been harmonised, such as the Value-Added Tax (VAT), which is a part of the *acquis communautaire* and two directives,² while other systems, including certain fields of taxation, are still at the sole discretion of the particular Member States. Personal taxation is one of these fields. Even though it is partially covered by existing treaties on the avoidance of double taxation, there are still points referring to cross-border families that are not harmonised, and so remain ignored by the law.

At the time of preparing this paper, in the EU there are at least two existing legal acts that should comprehensively regulate the cross-border elements of marriage and inheritance.³ It should be underlined, however, that not all the Member States have already participated in the EU cooperation in these fields.⁴ For Poland and other nine countries, the main reason for this non-cooperation is that registered partnerships are not recognised in their domestic legislation. This may pose problems in terms of taxation or inheritance items that affect cross-border families who live in a country that does not recognise them as a couple, and creates additional tax liabilities for them in terms of personal taxation or additional inheritance obligations.

The purpose of this paper is to identify a practical problem for cross-border families that is caused by local laws not keeping up with the changing world and trends in the EU region. Moreover, questions have arisen as to whether these laws are compliant with certain provisions of the European Convention of the Human Rights and the EU Treaty.

Marriage is a legal institution currently recognised in all 28 EU Member States. In 14 States, marriage is open to both opposite-sex and same-sex couples. In 21 EU countries, registered partnerships are allowed.⁵

2 Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes and Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax.

3 Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes and Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships.

4 Jourova, V., EU Regulations on the property regimes of international couples. Fact Sheet, January 2019, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/190129_international_couples_factsheet.pdf, [31 May 2019].

5 https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/family-law/property-international-couples-marriages-and-registered-partnerships_en. More information can be found also at a Eurobarometer survey (Special Eurobarometer 393: Discrimination in the EU in 2012. On page 41 of the Report it is concluded that the acceptance of LGBT people is greatest in northern and western EU Member States, and least common in a number of Eastern European countries, available at http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_393_en.pdf, [31 May 2019].

As the author of this paper is a Polish citizen, the main axis of the problem highlighted in the paper is focused around Polish law and its compliance with supranational regulations. As the Polish non-recognition of civil unions and same-sex marriages is rather common for eastern Member States of the EU, the considerations analysed in the paper may be treated as common for other states that do not have registered partnerships regulated in their domestic law.

2. LEGAL ASPECTS USING THE EXAMPLE OF POLAND

2.1. General remarks

As a rule, people in a marriage are entitled to social or tax benefits as described in various domestic acts. In Poland, couples living in a marriage can be treated in a more favourable way than single persons or people living in partnerships. According to the census carried out in Poland, 75% of families lived in marriages, while only 3% lived in partnerships.⁶ This 75% of population is under the protection of Article 18 of the Constitution of the Republic of Poland, which indicates that marriage, which is deemed to be a union between a man and a woman, along with family, motherhood and parenthood, will be placed under the protection and care of the Republic of Poland. It has a direct impact on the benefits of other domestic legal acts, e.g. the Polish Code of Criminal Procedure,⁷ in which Article 185 enables a person remaining in a particularly close personal relationship to be exempt from testifying or answering questions about the person they are close to. Previously, only a spouse in a marriage could have been exempted from testifying. Nowadays, due to certain developments made by the Polish courts,⁸ the scope of this exemption has also been extended to persons living in same-sex partnerships.

Other benefits reserved only to persons in marriages are also described in the Polish Civil Code.⁹ According to Article 691 of that code, in the event of the death of a tenant, the lease of the flat may be inherited by: a spouse, children of the tenant (...) and a person who lived with the tenant. In previous years, the authorities and the courts presented the approach that this provision does not enable persons living in a same-sex partnership to benefit. Only a significant judgment made by the Supreme Court¹⁰ has changed that negative jurisprudence and forbade the differentiation of partnerships in terms of sexual orientation.

6 Polish National Census 2011, available at: <http://stat.gov.pl/spisy-powszechno-nsp-2011/nsp-2011-wyniki/>, [31 May 2019].

7 The Polish Code of Criminal Procedure of 6 June 1997, as amended, available at: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19970880553>, [31 May 2019].

8 Resolution of the Polish Supreme Court from 25 February 2016, I KZP 20/15, Judgment of the Polish Supreme Court from 21 March 2013, III KK 268/12.

9 The Polish Civil Code of 23 April 1964, as amended, available at: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19640160093>, [31 May 2019].

10 Resolution of the Polish Supreme Court from 28 November 2012, III CZP 65/12.

2.2. Family aspects

Benefits from being in a marriage can also be found in connection with the Family and Guardianship Code.¹¹ According to Article 115 §1 of that code, adoption can be made jointly only by spouses. On the other hand (Article 114 §1 of the code), A person with full legal capacity may adopt, as long as their personal qualifications justify the belief that they will properly carry out the obligations of an adopter. Moreover, the person should also have a training certificate issued by the adoption centre. These provisions may lead to the conclusion that adoption can only be made jointly by spouses in a marriage, or by a single person. A literal interpretation of the provisions implies that persons living in partnerships cannot adopt jointly.

According to the Report of the Supreme Audit Office,¹² officials often create non-statutory criteria giving marital supremacy over those in partnerships for the adoption of a child. The report shows that, from the beginning of 2015 to mid-2017, out of 76,000 children in a foster care, only 6,009 were adopted, of which 710 were adopted by families residing abroad.

2.3. Inheritance aspects

Another area where differences between marriages and partnerships are widely seen is the inheritance law. In Poland, under certain conditions testate succession is not limited and anyone described in the will may inherit after the deceased person. Differences between marriages and partnerships are, however, explicitly highlighted if there is no will, because then intestate succession provisions are in force, in which there are no provisions in place for inheritance by a person who lived with the deceased. In line with Book IV of the Polish Civil Code,¹³ which comprehensively describes persons eligible for inheritance, the spouse and descendants are listed as the first-line statutory heirs. In the absence of descendants – the spouse and parents of the deceased inherit, and if one of the parents is deceased at the time of opening the estate, then that person's share of the estate falls to the deceased person's siblings, or their descendants. If there are no descendants, the parents inherit along with the spouse. If there is no spouse of the deceased person, the entire estate will fall to the parents in equal parts. In the absence of the spouse, or descendants, parents, siblings or siblings' descendants – the grandparents of the deceased or their descendants are to inherit. Next come the children of the deceased person's spouse whose parents are dead when the estate is opened. Last of all to inherit are the local municipality or the State Treasury.

As this shows, it is not possible for a person who lived with the descendant in a partnership to inherit. That person is recognised as a third party without any rights to inherit. Only a properly prepared will in advance could secure such a person's rights,

11 The Polish Family and Guardianship Code of 25 February 1964, as amended, available at: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19640090059>, [31 May 2019].

12 Performing tasks by adoption centres, the Supreme Audit Office, August 2018.

13 Articles 931 - 935 of the Polish Civil Code define groups of heirs and the order of inheritance specifically. Moreover, there are precisely described shares of inheritance.

but even then it is not entirely the same situation, as additional tax burdens will arise in that scenario.

2.4. Cross-border families in confrontation with Polish law

All these rules also affect cross-border families. At this moment, there are no binding supranational provisions that could exclude these provisions in any case of cross-border families. In other words, a person who concluded a legal same-sex marriage in a country that recognises that institution, or who is living in a partnership registered abroad, is still deprived of the opportunity to inherit. On the basis of domestic law, that person is a third person to his/her partner. This situation seems to be improving slightly as these couples start to receive certain rights thanks to developing jurisprudence granting them tenancy and witness rights. However, there is no relevant case law associated with these issues in connection with adoption or inheritance, and the Polish authorities will refuse any possibility of adopting or being included in the group of statutory heirs (without a will). In other words, a Danish-Polish couple living in a partnership in Poland (with a registered partnership concluded in Denmark) will not benefit from their legal relationship in Poland.

3. TAXATION DIFFERENCES

3.1. Personal income tax burdens for registered couples

More differences between relationships and marriages can be widely seen regarding personal taxation. The basic acts that regulate these issues are the Personal Income Tax Act,¹⁴ the Inheritance and Gift Tax Act¹⁵ and the Tax Ordinance Act,¹⁶ which includes provisions regulating tax proceedings before the Polish tax authorities.

The first difference that all people living in relationships in Poland must face, compared with people living in a marriage, is that even if they have some rights guaranteed and obligations imposed under other legal acts (i.e. tenant's rights), on the ground of personal taxation they are treated as third parties. As Polish law does not recognise the institution of registered partnerships or same-sex marriage, people who run a common household cannot file a joint tax declaration. This benefit is reserved only for people who have concluded a marriage. Only they can submit a joint tax declaration allowing them to divide their cumulative income by two, and then calculate the preferential tax rate. Depending on the numbers, they can save up to PLN 12 000 (approximately EUR 3 000) per year by applying for a joint tax declaration. The Polish tax authorities adopt the position that this possibility applies only for people

14 The Polish Personal Income Tax Act of 26 July 1991, as amended, available at: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19910800350>, [31 May 2019].

15 The Polish Inheritance and Gift Tax Act of 28 July 1983, as amended, available at: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19830450207>, [31 May 2019].

16 The Polish Tax Ordinance Act of 29 August 1997, as amended, available at: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19971370926>, [31 May 2019]; The Tax Ordinance Act is an act describing tax procedure in Poland.

being in a marriage, which is understood in line with the Polish Constitution as a legal relationship between a man and a woman. Even if a couple concluded a legal marriage outside of Poland where same-sex marriages are recognised, they will be refused the possibility for a joint tax declaration while in Poland. The main line of argumentation being presented by the administrative courts in Poland concerns the fact that any tax provisions providing for tax savings, tax relief or any tax benefits to taxpayers should be interpreted strictly in a conservative way, without possible extensions to other groups. As registered partnerships are not recognised in Poland, benefits for married people cannot be extended to those couples who are living in partnerships. The same line of interpretation is used to justify whether a legal marriage between same-sex partners concluded abroad in a regime that allows for concluding marriages between the same gender can be treated in Poland as a marriage. The approach represented by the Polish tax authorities and the courts is the same – only a marriage between a man and a woman, namely in line with the Polish Constitution, can enjoy the benefits from a joint tax declaration. According to the current opinion presented by the Polish legislator, a contrary interpretation would be an unjustified attempt to implement the legal construction of same-sex marriages or registered partnerships into the Polish legal system. For this reason, all requests for joint tax declarations have been rejected, and argumentation presented by the applicants, citing jurisprudence represented by the European Court of Human Rights (details will be presented in point 3.5), have been considered as inaccurate to the factual background of the applicants.

3.2. Tax consequences concerning inheritance tax

As long as the joint tax declaration institution can still be perceived as a tax benefit for a narrow group of taxpayers, significant differences between partnerships and marriages can be seen on the basis of the Inheritance and Gift Tax Act. These tax provisions can be divided into two types – concerning inheritance aspects and donations made between a donor and a beneficiary. Both differentiate groups of taxpayers because of their civil status, excluding couples in same-sex marriages and couples living in partnerships from the group of relatives.

In line with the law, the acquisition of assets located in Poland, or rights executed in Poland, will be subject to the inheritance tax. The same rules may apply to assets located abroad. These assets and rights will, however, be exempted from taxation in any case when neither the donor nor the beneficiary were Polish citizens, and their place of residence was located outside of Poland. This exemption depends only on the citizenship or tax residence of taxpayers, which is a commonly used form of differentiation in cross-border taxation.

Determining the base and the rate of inheritance tax depends on belonging to a specified tax group. It determines the tax-exempt amount, the tax rate and further exemptions. Those acquiring the inheritance are placed into three tax groups, though the criteria are based only on the personal relation of the person acquiring the inheritance to the person from whom the inheritance was acquired.¹⁷

¹⁷ Article 14 of the Inheritance and Donation Tax Act provides that the amount of tax is determined

Group I includes: a spouse, descendants (children, grandchildren), ascendants (parents, grandparents), stepchildren, sons-in-law, daughters-in-law, siblings, stepfather, stepmother and in-laws; group II: descendants of siblings, siblings of parents, descendants and spouses of stepchildren, spouses of siblings and siblings of spouses, spouses of spouses' siblings, spouses of other descendants; and group III: other persons acquiring inheritance (unrelated persons and relatives of distant family belonging in tax group II). The tax free amounts differ from PLN 9 637 to PLN 4 902 (approximately EUR 2 200 to EUR 1 160) per year, while tax rates for certain groups range from 3% to 20%.

It should be also underlined that the act also defines a so-called group 0, which includes members of the closest family:¹⁸ spouse, descendants, ascendants, stepson, siblings, stepfather and stepmother. Being in the closest bonds with a testator allows the acquisition of assets or rights that are fully exempted from taxation, irrespective of the value of those assets. An analysis of those provisions leads to the conclusion that also on a basis of the inheritance tax, the Polish legislator favours members of the closest family, compared to other taxpayers, by giving lower tax rates, higher tax-free amounts and full exemptions. Nevertheless, also on those grounds, marriage is understood only as a legal relationship concluded between a man and a woman. All partners (including same-sex and opposite-sex partners) are deprived from any rights of favourable taxation of inherited assets. In other words, persons living in long-term relationships who have gained valued assets over those years are treated in the same manner as strangers. It creates complicated tax scenarios in which a widowed partner is forced to pay inheritance tax on assets that belonged equally to him/her and his/her partner during a year. There are also scenarios seen where properties maintained by both partners are inherited by members of the family belonging to the II group of taxpayers. In order to continue living in the property, the widowed partner is forced to start legal proceedings in order to buy the apartment from the family, which creates more tax obligations for him/her. In both scenarios (inheritance and lack of inheritance), additional taxes are imposed towards a part of the assets belonging to the partner.

3.3. Donations between partners – gift tax

The same approach is seen in the case of donations. It should be underlined that inheritance tax and gift tax are regulated by the same act. For this reason, the thresholds, tax rates and exemptions provided above are also applicable in the case

depending on the tax group, to which the beneficiary is included. Belonging to those groups is determined on the personal relationship of the beneficiary to the person from whom or after which the property and property rights were acquired. There are three groups of taxpayers on a basis of the Act.

18 Article 4a of the act provides that the acquisition of ownership of things or rights is exempt from tax by the spouse, descendants, ascendants, stepchildren, siblings, stepfather and stepmother, if they report that acquisition to the competent head of the tax office within six months from the date of acquisition, and, if the object of acquisition is cash, provide proof of transfer to a payment account.

of donations being made between spouses and partners. Not surprisingly, Polish law also differentiates the tax treatment of donations made between these two groups. Donations made between persons living in a marriage are, as a rule, exempted from taxation under certain conditions, while donations made between partners are normally taxed as donations made between strangers. From a practical point of view, it creates some uncertainties. As the registered partnership is not defined in Polish law, these people are not visible for the state as partners. They are strangers. For this reason, any fluctuation of assets between them can be subject to a tax audit. If these asset flows are of insignificant value (e.g. daily affairs, current expenses), they can be considered as tax neutral. The problem arises when these transactions exceed a certain threshold, which for group III is PLN 4 902 (approximately EUR 1 160). All donations above that limit should be subject to normal taxation, which may cause significant problems for both donor and beneficiary. It is even impossible (or at least causing technical problems for these taxpayers) to verify whether transactions between their bank accounts would have exceeded the threshold, and as such created tax reporting obligations during a tax year, not to mention the fact that some payments between partners can be considered as a donation from a legal point of view.

Polish law does not define whether unequal divisions of incurred expenses between partners (e.g. based on the difference in their earnings), or payments made on behalf of the partner to utilities' suppliers in exchange for taking care of the household can be perceived as donations. The current tax law does not provide clear answers from a fiscal point of view on how to treat a situation when one partner does not work because of maternity obligations and the second partner maintains the family. Would that benefit be considered as a taxable donation for the first partner? Current legislation does not provide answers to these issues either, though considering the literal definition of a donation, in such a case the answer should be positive.

Another issue may be recognised in connection with cross-border families living in Poland. Not all of them are in marriages, and at least they are not all considered as marriages in line with the Polish concept of a family. Same-sex spouses will be considered as strangers, which would cause serious problems if one of them dies. For instance, under Dutch law they are considered in a legal marriage with all the respective rights and obligations. Notwithstanding the foregoing, Polish law does not consider them as spouses. As Poland does not currently participate in the EU cooperation around matrimonial property regimes, only Polish law will apply in this case, and it is not possible under the law to treat those partners equally with spouses. Even if there was a will granting the rights to an inheritance to a widowed partner, or Dutch intestate provisions were chosen by the deceased in line with the Council Regulation (EU) 650/2012,¹⁹ Polish tax inheritance provisions would still prevail for any assets inherited by a widowed partner who was a Polish citizen or a Polish tax resident. It means that all assets (including assets located in the Netherlands) inherited

19 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

by such a partner will be subject to taxation in Poland in the same manner as assets inherited by a stranger. That example shows how tax provisions in Poland, in terms of inheritance and donations, differentiate persons considering their legal bonds and ignoring their factual relationship.

3.4. Domestic inaccuracies under Polish law – ‘family’ in the meaning of the Tax Ordinance

Surprisingly, Polish tax law is not fully consistent with the presented approach of not recognising civil unions or same-sex marriages in terms of their tax rights and obligations. As mentioned, marriage is considered a relationship between a man and a woman. This literal definition was fully transposed to the Polish tax law with one exception. According to Article 111 of the Tax Ordinance, if a member of a taxpayer’s family cooperated with the taxpayer in a business activity and gained (directly or indirectly) benefits from this activity, then that member is jointly responsible along with the taxpayer for his tax arrears resulting from the taxpayer’s business activity. Point 3 of the analysed provision defines a family member by extending the catalogue to descendants, ascendants, siblings, spouse’s descendants and any person remaining with the taxpayer in a factual relationship. It should be underlined that the last category of a family member is mentioned only once in the analysed act. There are no other tax provisions that include partners as family members for tax purposes. What is also worth mentioning is that provision does not give any tax relief or rights to the partners, but instead imposes tax obligations in the form of tax responsibility for the tax liabilities of the partner who runs his business activity.

Because of that position, the state does not recognise partners or same-sex spouses for fiscal purposes by granting these couples certain rights in terms of tax relief and/or tax benefits, while it recognises these partners as legal partners for potential tax liabilities. It may be compared to a situation of business partners with unlimited liability. In that way, the state equated the tax obligations of business partners to partners living in a factual relationship.

3.5. Current position of the Polish tax authorities and legislature

The author came across certain cases where partners living in relationships were trying to apply for a joint tax filing. These partners believed they should have that right granted on the basis of the definition of family members from the Tax Ordinance. These applications have been refused by the tax authorities, and these refusals have been sustained by the administrative courts. In one case, the judges argued that the provision of the Polish Income Tax Act does not allow the joint taxation of heterosexual persons living together (outside of marriage). Therefore, it is not possible to refer to a definition of a family member from the Tax Ordinance.²⁰ In the written justification of the judgment, the Court underlined that the essence of marriage was properly regulated in the provisions of the Family Code. Based on that regulation, there is no reason to seek a different understanding of marriage than the one outlined in the family law. In

²⁰ Supreme Administrative Court, Poland, *judgment from 20 March 2012*, II FSK 2082/10.

fact, in the absence of any indication of the institution of marriage laid down by the provisions of the family law, there are no different regulations applicable based only on the tax law. The Court also rejected the line of argumentation presented by the applicants referring to a potential violation of Article 8 and Article 14 of the European Convention of Human Rights. With that argumentation in mind, the Court refused the request of the applicants. In another case, the Court highlighted that the analysed provision from the Tax Ordinance only regulates the possibility of the tax liability for tax arrears of the taxpayer's family members. Therefore, it does not contain a universal definition of a family member applicable to other scenarios covered by the tax law.²¹

For this reason, Polish tax law finds only one definition of family, which is exclusive to heterosexual families that have concluded a legal marriage.²² As such, the Polish tax law is binding for cross-border families treated as Polish tax residents. Registered partnerships concluded in a country of origin are not recognised in Poland in any way, neither are marriages concluded between same-sex partners. That approach excludes these families from the possibility of enjoying tax relief and tax benefits described in connection with individual taxation.²³ Furthermore, these couples are also considered as strangers with regard to inheritance and gift tax, which makes their assets subject to taxation despite the existence of a will, or the fact that the property at hand already belonged to the widowed partner. On the other hand, the same law described in the Tax Ordinance forces partners to be responsible for any tax arrears of their partners who conduct business activity.

One might ask whether there is there a solid basis to state that in Poland and other eastern EU Member States there is discrimination in respect of personal taxation as far as sexual orientation is concerned?²⁴

4. DISCRIMINATION

4.1. General remarks

There are a few definitions of discrimination that are currently in use for various purposes. In Poland, the 2010 Equal Treatment Act²⁵ introduced several legal definitions that were previously included only in the Labour Code and concerned the employment field only. Direct discrimination takes place when a person, because of their gender, race, ethnic origin, nationality, religion, belief, political opinion, disability, age or sexual orientation, is treated less favourably than another person

21 Supreme Administrative Court, Poland, *judgment from 25 May 2012*, II FSK 2116/10.

22 Judgment of the Polish Supreme Court from 6 December 2007, IV CSK 301/07.

23 Papadopoulou, L., *In(di)visible Citizens(hip): Same-sex Partners in European Union Immigration Law*, Yearbook of European Law, vol. 21, 2002, pp. 229-262.

24 Tryfonidou, A., *EU free movement law and the legal recognition of same-sex relationships: the case for mutual recognition*, Columbia Journal of European Law, 21, 2/2015, pp. 195-248.

25 The Polish Act on the Implementation of Certain Regulations of the European Union Regarding Equal Treatment of 3 December 2010, available at: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20102541700>, [31 May 2019].

is, has been or would be treated in a comparable situation. Indirect discrimination is when an unfavourable difference or particular disadvantage occurs (or could occur) for persons because of their gender, race, ethnic origin, nationality, religion, belief, political opinion, disability, age or sexual orientation, due to an apparently neutral provision, criterion used or practice/action undertaken, unless that decision, criterion or action is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

4.2. Tax discrimination

While discrimination can easily be defined on the basis of the Equal Treatment Act²⁶ (in Poland and in other states), law practitioners and scholars face difficulties in clearly defining the term “tax discrimination”. There have been several attempts to conclude one, all-encompassing definition, but there is currently no single term that could describe that aspect coherently.²⁷ The CJEU has interpreted the fundamental freedoms of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFUE) as mechanisms that are to prevent tax discrimination by EU member states.²⁸ At the same time, an explicit prohibition on tax discrimination appears in the model tax treaties of the Organisation for Economic Cooperation and Development²⁹ (hereinafter: OECD) and the United Nations.³⁰ In line with Article 24 thereof, in order to prevent unjustified discriminatory tax treatment to foreign taxpayers, the OECD Model Tax Convention has a set of rules based on national treatment principles. Paragraph 1 of Article 24 provides for a non-discrimination rule based on the nationality of the taxpayer.

4.3. Free movement and direct taxes

The fundamental purpose of all EU Treaties was to unite European nations into one economic and single market that could eliminate barriers to cross-border trade, investment, business and work.³¹ One of the primary concepts recognisable in the treaties revolves around free movement and trade. Since 1976, the European Union has been acknowledged as being “not merely an economic union”, but also creates binding social rights for people to “ensure social progress and seek the constant

26 Jabłoński, M., Jarosz-Żukowska, S., W sprawie prac nad ustawą wdrażającą dyrektywy równościowe UE do polskiego porządku prawnego, *Przegląd Prawa i Administracji*, LXXXII, pp. 111-138.

27 Bennett, M., The 2006 David R. Tillinghast Lecture: Non-discrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle, 59 *TAX L. REV.* 439.

28 Mason, R., 2015, *Primer on direct taxation in the European Union*, St. Paul, 2005, pp. 37-113.

29 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, article 24, condensed version available at https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page1, [31 May 2019].

30 U.N. Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, Article 24, available at: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf, [31 May 2019].

31 Barnard, C., *The Substantive law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2013, pp. 229-271.

improvement of the living and working conditions of its peoples.³² Articles 28 to 37 of the TFUE establish the principle of the free movement of goods in the EU, while Articles 45 to 66 require the free movement of persons, services and capital. These “four freedoms” were thought to be inhibited by physical, technical and fiscal barriers for EU nationals. Moreover, these freedoms represent the cornerstones of the EU’s internal market, and the principle of tax non-discrimination may be perceived as deriving from them.³³

As mentioned, each EU Member State has its own tax system, and since national income tax laws are not harmonised in the EU like the VAT system, it means that tax bases, rates, relief and deductions vary significantly across the Member States, as do methods of taxing cross-border income. These differences in Member State tax systems may create barriers to EU nationals exercising their fundamental freedoms to work, reside, invest, provide services, and establish businesses anywhere in the EU.³⁴

It should be underlined, however, that, in terms of the non-discrimination clause, in relation to taxes, most of the cases analysed so far have referred to different treatment of residents and non-residents in EU Member States.³⁵

4.4. Lack of recognition of registered partnerships as a type of tax discrimination

How should we define a problem for EU citizens who have concluded a cross-border legal relationship in one EU Member State, or a same-sex marriage, which is then not recognised for fiscal purposes in a different Member State? If the partners are able to move to a different tax regime, there may be arguments to reject claims of discrimination in taxation as they opted to live in a country whose legal system does not recognise registered partnerships or legal marriages. But what happens when these two taxpayers reside in Poland and have assets in other EU Member States? In line with the mentioned provisions, if one of them dies, the widowed partner will still be obliged to pay inheritance taxes on assets falling to him on a basis of the will. These assets would not be subject to taxation in a tax regime where registered partnerships are recognised, or at least they would be accepted by the authorities in the case of cross-border families.³⁶ In the absence of the definition of tax discrimination, the only definition at hand is a simplified one. With that in mind, a widowed taxpayer is treated less favourably than another taxpayer because of his/her sexual orientation. If Poland recognised same-sex marriages or civil unions, the widowed partner would be treated in the same manner as he/she would be treated in the Member State where

32 The European Union Court of Justice, *Defrenne v Sabena*, Case 43/75.

33 Mason, R., Knoll, M., 2012, What Is Tax Discrimination?, Faculty Scholarship. Paper 404.

34 Graetz, M., Bennett, M. C., The 2006 David R. Tillinghast Lecture: Non-discrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle, 59 TAX L. REV. 439.

35 The European Union Court of Justice, *Gilly v. Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin*, Case C-336/96 or *Gerritse v. Finanzamt Neukölln-Nord*, Case C-234/01. For more information see: Mason R., Tax Expenditures and Global Labor Mobility, 84 N.Y.U. L. REV. 1540, 2009, pp. 1608-1610.

36 More information can be also found in the Commission Recommendation of 15 December 2011 regarding relief for double taxation of inheritances, 2011/856/EU, OJ 6/81 (2011).

the marriage/partnership was concluded. In the area of inheritance, a widowed partner cannot opt for another tax regime as he is treated as tax resident in Poland. In line with Polish tax provisions, he/she inherited assets from an unrelated person and these assets should be subject to standard rules applicable for third parties because as such they are considered as income. However, if that partner was heterosexual and had concluded an opposite-sex marriage, he/she would be exempt from inheritance tax in Poland.

The lack of recognition of registered partnerships and same-sex marriages places couples who conclude those relationships abroad in a worse fiscal situation than couples whose relationships are legally recognised.³⁷ The problem concerns in particular these cross-border families who sanctioned their relationship abroad, but no live in countries in Eastern Europe that do not recognise these relationships. Although the reality of modern society is changing, no jurisdiction has adjusted its legal system to meet the new challenges.³⁸ The lack of harmonisation or the recognition of registered partnerships concluded abroad may pose significant challenges in the analysed field. As mentioned above, there is one Polish case³⁹ that – despite rejecting the possibility of a joint tax filing for a same-sex partner – admitted that those applicants remained in actual partnerships that can be compared to the institution of marriage. Moreover, according to the judges adjudicating in the case, the provisions of the Polish tax law, as well as civil law, grant specific rights to anyone remaining in a marriage, and in such cases it would not raise doubts that the same analogous rights should be granted to homosexual couples on the basis of equality, fairness, non-discrimination and the protection of property. However, because of the clear division in the Polish legal system into three branches: legislature, executive, and judiciary, it was impossible to implement those rights for registered partnerships or same-sex marriages without engaging the Polish legislator. That case-law, besides the obvious conclusion, still gave a clear signal that the legislator's actions do not reflect the changing reality by concluding that the same rights should be granted to those couples in order to avoid a violation of equality, fairness and non-discrimination.

The recognition of registered partnerships and same-sex marriages is an aspect that has been changing over the past 20 years, with the first same-sex marriage legislation passed in the Netherlands in 2001⁴⁰ and most recently replacing the institution of registered partnership with that of same-sex marriages, passed in Germany in 2017. That may be a reason why aspects of sexual orientation and potential related discrimination in taxes have not been widely analysed by scholars so far.

37 Bell, M., *EU Directive on Free Movement and Same-Sex Families: Guidelines on the implementation process*, Brussels, 2005, pp. 13.

38 Merin, Y., *Equality for same-sex couples. The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States*, Chicago, 2002, pp. 6-60.

39 Supreme Administrative Court, Poland, *judgment from 20 March 2012*, II FSK 2082/10.

40 The Dutch Marriage Opening Act from 1 April 2001 as amended.

5. EU LAW

5.1. The concept of free movement in terms of cross-border families

As mentioned, personal taxation is not harmonised within the EU.⁴¹ For this reason, there are no binding regulations that could be of assistance in determining tax discrimination in the described scenario. In that case, general provisions must be analysed in this respect.

The legal basis at the level of the EU is the TFEU. Article 18 of the TFEU states that, within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality is prohibited.⁴² The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt rules designed to prohibit such discrimination. That general rule is clarified in subsequent provisions, e.g. in Article 19 setting out a non-discrimination rule on a basis of sexual orientation (*without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation*).

Finally, Article 21 pointed out that every citizen of the EU has the right to move and reside freely within the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in the Treaties and by the measures adopted to give them effect.⁴³

That concept of free movement was consolidated by adopting Directive 2004/38/EC.⁴⁴ Recital 31 of the directive states that *This Directive respects the fundamental rights and freedoms and observes the principles recognized in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In accordance with the prohibition of discrimination contained in the Charter, Member States should implement this Directive without discrimination between the beneficiaries of this Directive on grounds such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic characteristics, language, religion or beliefs, political or other opinion, membership of an ethnic minority, property, birth, disability, age or sexual orientation*.

Article 2 of the same directive defines family as a spouse or partner with whom

41 Feranecová, A. et al., Possibilities of harmonization of direct taxes in the EU, *Investment Management and Financial Innovations*, 14(2-1), 2017, pp. 191-199.

42 Brouwer, E., de Vries, K., Third-country nationals and discrimination on the ground of nationality: Article 18 TFEU in the context of Article 14 ECHR and EU migration law: time for a new approach, Amsterdam, 2015, available at: <http://dare.uvu.vu.nl/bitstream/handle/1871/54014/Brouwer-and-de-Vries-Third-country-nationals-and-discrimination.?sequence=1>, [31 May 2019].

43 Douma, S., *Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement*, IBFD, 2011.

44 Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC

the EU citizen has contracted a registered partnership, based on the legislation of the Member State, if the legislation of the host Member State treats registered partnerships as equivalent to marriage, and in accordance with the conditions laid down in the relevant legislation of the host Member State. Article 3 clarifies that the directive will apply to all EU citizens who move to or reside in a Member State other than that of which they are a national, and to their family members, as defined in point 2 of Article 2, who accompany or join them. Point 2 of the analysed article states that, without prejudice to any right to free movement and residence the persons concerned may have in their own right, the host Member State will, in accordance with its national legislation, facilitate the entry and residence for the following persons:

- a. any other family members, irrespective of their nationality, not falling under the definition in point 2 of Article 2 who, in the country from which they have come, are dependents or members of the household of the Union citizen having the primary right of residence, or where serious health grounds strictly require the personal care of the family member by the Union citizen;
- b. the partner with whom the Union citizen has a durable relationship, duly attested.

According to the directive, the host state may have the right to undertake an examination of the personal circumstances of whether a couple is in a factual relationship.⁴⁵

The concept of free movement has been developed and is currently perceived as a system that encourages EU citizens to exercise their right to move and reside freely within the EU, to cut back administrative formalities to the bare essentials, to provide a better definition of the status of family members, and to limit the scope for refusing entry or terminating the right of residence.⁴⁶

5.2. Coman's case and its conclusions for tax discrimination

In this respect, on 5 June 2018 the CJEU ruled on case C-673/16⁴⁷ that the term “spouse”, for the purpose of granting the right of residence to non-EU citizens, also includes same-sex spouses. The background of the case refers to R. Coman (a Romanian-American citizen) and R. Hamilton who had married in Belgium in 2010. In 2012, Mr Hamilton requested a permanent right to residence in Romania in his capacity as a member of Mr Coman's family. His request was rejected by the Romanian authorities on the basis that the Romanian Civil Code prohibits same-sex marriage and does not recognise such unions even if contracted abroad. The spouses challenged this decision, claiming that it is a case of discrimination on the ground of sexual orientation, and that the latter provision of the Romanian Civil Code is unconstitutional. The Romanian Constitutional Court asked the CJEU for a preliminary ruling on whether the term “spouse” in Article 2(2)(a) of the Citizens'

45 Costello, C., Metock: free movement and normal family life in the Union, *Common Market Law Review*, Issue 2, 46/2009, pp. 615-616.

46 Guild, E., Peers, S., Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive, a commentary*, Oxford University Press, 2014.

47 The European Union Court of Justice, *Coman and Others vs. Romania*, Case C-673/16.

Directive (2004/38/EC) includes a non-EU national that is legally married to an EU citizen in another Member State than the EU host State.

The ruling in the case held that the term “spouse” is gender neutral and may therefore include spouses of the same sex. Therefore, Romania cannot rely on its national law as justification to refuse the recognition of a marriage between two persons of the same sex legally concluded in another Member State. That ruling has certain visible aspects that are crucial for determining the thesis presented in the paper:

- EU citizens have the right to lead a normal family life (coming from case C-165/16⁴⁸).
- The term ‘spouse’ used in that provision refers to a person joined to another person by the bonds of marriage (coming from case C-127/08⁴⁹).
- The term ‘spouse’ within the meaning of Directive 2004/38 is gender-neutral and may therefore cover the same-sex spouse of the Union citizen concerned.
- Aspects of marriage fall into the competence of the Member States and EU law does not detract from that competence.⁵⁰ The Member States are therefore free to decide whether to allow marriage for same-sex persons, but in exercising that competence, Member States must comply with EU law, in particular the Treaty provisions on the freedom conferred on all Union citizens to move and reside in the territory of the Member States.⁵¹
- Moreover, it is established case-law that a restriction on the right to the freedom of movement for persons, which is independent of the nationality of the persons concerned, may be justified if it is based on objective public-interest considerations, and if it is proportionate to a legitimate objective pursued by national law. It is also apparent from the Court’s case-law that a measure is proportionate if, while appropriate for securing the objective pursued, it does not go beyond what is necessary to attain that objective.

In the analysed case, the governments of Poland, Latvia and Hungary joined the proceedings before the CJEU. These countries have not established any same-sex marriage laws. The Latvian government stated that marriage, as a relationship between a man and a woman, is protected by the Latvian constitution. Any other understanding of the term could violate the Latvian public policy and national identity. The CJEU, however, repeated that the concept of public policy as justification for a derogation from a fundamental freedom must be interpreted strictly. For this reason, the judges concluded that an obligation to recognise such marriages for the sole purpose of granting a derived right of residence to a third-country national does not undermine the national identity or pose a threat to the public policy of the Member State concerned.

The analysed case may have a significant impact on the topic forming the main subject of this paper. As long as there is no established case-law in the field of tax discrimination from a sexual orientation point of view, scholars might analyse and draw

48 The European Union Court of Justice, *Lounes*, Case C-165/16.

49 The European Union Court of Justice, *Metock and Others*, Case C-127/08.

50 The European Union Court of Justice, *Garcia Avello*, Case C-148/02, *Maruko*, Case C-267/06, *Grunkin and Paul*, Case C-353/06.

51 The European Union Court of Justice, *Bogendorff von Wolfersdorff*, Case C-438/14.

conclusions from similar case-law that refers to discrimination, sexual orientation and taxes separately.⁵² The Coman case-law does not change the perception of same-sex marriages. It should not be interpreted as a judgment that orders same-sex marriages to be implemented in domestic legal systems, or even registered partnerships. It is, however, an important judgment in which the CJEU explicitly stated that there is no space for discrimination against same-sex marriages under Directive 2004/38/EC. Spouses have the rights to continue their family life without any interruptive actions of the Member States. Moreover, the CJEU repeated once again that the recognition of same-sex marriages for the sole purpose of granting the right of residence is not a violation of the Member States' sole competence of regulating marriages in their domestic law. As a result, the Member States cannot use arguments that public policy or national identity could prevent them from respecting the fundamental rights of such marriages concluded abroad.⁵³

In the analysed issue, these arguments could also be used for the purposes of determining tax discrimination. As mentioned, in the EU Member States that do not recognise registered partnerships or same-sex marriages concluded abroad, couples could be deprived of their basic rights concerning personal taxation. That issue is widely seen in respect of donation and inheritance. A scenario where a widowed partner or widowed spouse who is perceived as a stranger from a Polish tax point of view cannot inherit part of his or her partner's assets, or is forced to incur additional taxes because he or she is considered as an unrelated person, represents a violation of the rights to continue his or her family life. Moreover, a country that does not respect marriages or partnerships concluded abroad may not be compliant with EU law, in particular with Article 21 of TFUE. Any restrictions of free movement should be properly justified by the EU Member States. At the moment, it is difficult to imagine how countries that do not recognise these types of relationships concluded abroad could argue that they cannot recognise them for reasons of public policy or national identity. There is no place for speculation, as there have not been any tax-related cases in this respect, but scholars could easily use the same arguments as judges from the Coman case to challenge these arguments presented by the governments.

More resources can be found in certain judgments presented by the ECHR where discrimination on the grounds of sexual orientation has been the subject of numerous, well-established case-laws.

52 The European Union Court of Justice, *Grant v. South West Trains*, Case C-249/96, joined cases *D and Sweden v. Council*, Case C-122/99 P and Case C-125/99P, *Romer*, Case C-267/12, *Asociatia Accept*, Case C-81/12, joined cases *Minister voor Immigratie en Asiel v. X and Y and Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel*, Cases C-199/12 and C-201/12. For more see: Rijpma J., Koffeman, N., *Free Movement Rights for Same-Sex Couples under EU Law: What Role to Play for the CJEU?* In: Gallo D., Paladini L., Pustorino P., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, pp. 484-487.

53 See more: Opinion of Advocate General Jääskinen in Case *Römer* C-267/12,

6. ECHR RELATED CASE-LAW

6.1. Fundamentals of the Convention for potential tax discrimination aspects

Corresponding values presented in the Coman case can also be seen in the European Convention of Human Rights (the Convention).⁵⁴ Article 8 of this Convention concerns the fundamental right to respect for private and family life. According to the article, everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. Point 2 of the analysed article clarifies that there will be no interference by a public authority with the exercise of this right, except in accordance with the law and as necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. Article 14 of the Convention states that the enjoyment of the rights and freedoms set out in this Convention is secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, politics or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. Finally, Article 1 of the Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the Protocol), concluded in Paris on 20 March 1952, pointed out that every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one will be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by the law and by the general principles of international law. These provisions will not, however, in any way impair the right of a state to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.⁵⁵

The Convention is another supranational act that should protect families against any discrimination. As mentioned, tax discrimination has not been explicitly pointed out in the act, but it can be interpreted from a joint analysis of the mentioned provisions. On the one hand, the Convention ensures that private and family life comes under the protection of the state. In addition, that right is emphasised by Article 1 of the Protocol, which clarifies that these persons (e.g. anyone leading a family life) should be entitled to the peaceful possession of their assets. Furthermore, the enjoyment of these rights should be secured without any discrimination on any grounds, including sexual orientation. On the other hand, any restrictions of these rights can be justified by reasons of national security, public safety, protection of morals (Article 8.2) or state rights regarding general interests or the secure payments of taxes. The prohibition of tax discrimination may, therefore, be derived from the joint provisions of Articles 8 and 14 of the convention in conjunction with Article 1 of the Protocol.

The analysed cases suggest that cross-border families who live in civil unions or

54 The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms from 4 November 1950 as amended, available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, [31 May 2019].

55 Nowicki, M. A., Wokół Konwencji Europejskiej, Warszawa 2017.

same-sex marriages that are not recognised in their countries may face discrimination also on the basis of the Convention.⁵⁶ Article 8 should secure their rights by giving their family life some protection. Possessions gathered during their lifetime should also benefit from conventional protection and any restrictions should be properly justified. In a scenario when partners cannot inherit from each other without tax burdens (which are not applicable for opposite-sex marriages), there are open questions as to whether these couples face discrimination because of their sexual orientation. Had they not been homosexuals, they could have concluded an opposite-sex marriage and then would have been entitled to the peaceful enjoyment of their possessions.

Member States have the right to regulate their taxes and family issues internally. Furthermore, they have the same rights to create fiscal policy without being accused of violating the provisions of the Convention. It should be underlined, however, that, although these states have the right to control the use of property in accordance with the general interest, or to secure the payment of taxes, they cannot discriminate against any group of taxpayers. These conclusions come from analysing Article 1 of the Protocol, together with a general non-discrimination clause from Article 14 of the Convention. As well as in the *Coman* case, the CJEU admitted that recognition of same-sex marriages for residence purposes does not undermine national identity or pose a threat to the public policy of the Member State concerned. It should be justified also at the level of the Conventional level that the lack of recognition of same-sex marriages for fiscal purposes could violate morals or protection of the rights and freedoms of others.

6.2. Relevant case law

There have been many judgments based on the Convention that referred to similar cases as in the analysed problem.⁵⁷ It should be noted, however, that the applicants in those cases indicated more general potential violations of their rights, rather than narrowing them to tax discrimination.⁵⁸ In the most significant case-law that has changed the perception of same-sex marriage discrimination by the ECHR,⁵⁹ the applicants complained that they had no means of legally safeguarding their relationship, in that it was impossible to enter into any type of civil union in Italy. Consequently, they complained that they were being discriminated against in breach of Article 14 in conjunction with Article 8. The Court held that Italy had violated Article 8 of the Convention through its failure to legally recognise same-sex relationships. This led the Court to focus on the discrepancy between social reality and the law. The Court also emphasised the conflict between the social reality of the applicants,

56 Scherpe, J. M., *The legal recognition of same-sex couples in Europe and the role of the European Court of Human Rights*, *The Equal Rights Review*, vol. 10, 2013, pp. 83-96.

57 Hayward, A., 'Justifiable discrimination - the case of opposite-sex civil partnerships', *Cambridge law journal*, vol. 76, 2/2016, pp. 243-246.

58 Trispiotis, I., *Discrimination and civil partnerships: Taking 'legal' out of legal recognition*, *Human Rights Law Review*, 14, 2/2014, pp. 343-358.

59 The European Court of Human Rights, *Case of Oliari and Others v. Italy*, application Nos 18766/11 and 36030/11.

who already live their lives in a relationship in Italy, and the silence of the law.⁶⁰ What is more important, the judges explicitly emphasised that the absence of a legal framework allowing for the recognition and protection of a relationship violates the applicants' rights under Article 8 of the Convention. It was also emphasised that the legal recognition of same-sex partnerships/marriages has continued to develop rapidly in Europe since the previous judgment in *Shalk and Kopf*.⁶¹ In that case, although the Court decided that the non-recognition of same-sex partnerships did not violate Article 8 of the Convention, it considered it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy a "family life" for the purposes of Article 8. According to the judges adjudicating in the *Shalk and Kopf* case, the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.

In another case – *Taddeucci and McCall vs. Italy*⁶² – with a similar factual background, the Court underlined that protection of the traditional family may, in some circumstances, amount to a legitimate aim under Article 14 of the Convention. Nevertheless, the refusal to grant a residence permit for family reasons to a homosexual foreign partner is not a convincing and weighty reason. Accordingly, that refusal creates discrimination on the grounds of sexual orientation. Moreover, the Court noted that, although Italian law did not treat unmarried heterosexual couples differently from unmarried homosexual couples, the heterosexual couples had the possibility to obtain legal recognition of their relationship and satisfy some requirements of domestic law, while that option was not available to the homosexual couples. That differentiation was not justified, and for these reasons the Court saw discriminatory treatment of homosexual couples.⁶³

The *Taddeucci* case can be directly compared to the issue that is the subject of this paper. Lack of recognition of the same-sex marriages or partnerships concluded abroad may be perceived as unjustified discrimination for fiscal purposes. A cross-border, opposite-sex couple can conclude their marriage in Poland, or at least have this marriage recognised. Hence, they can enjoy the possibilities of a joint tax declaration and of tax exemptions in terms of donations and inheritance. Same-sex couples do not have that possibility and cannot conclude a registered partnership that could be recognised by the Polish authorities. For this reason, their assets may be doubly taxed or be part of taxation in the case of any donation and inheritance. In this sense, a widowed partner will be deprived of his inherited assets. Moreover, following the line of argumentation included in recent case-law presented by the Court, a member

60 Ragone, S., Volpe, V., An Emerging Right to a "Gay" Family Life? The Case *Oliari v. Italy* in a Comparative Perspective. *German Law Journal*, vol. 17, 3/2019, pp 451-485.

61 The European Court of Human Rights, *Case Schalk and Kopf v. Austria*, application No 30141/04.

62 The European Court of Human Rights, *Case Taddeucci and McCall v. Italy*, application No 51362/09.

63 Grzeszczak, R., Gniadzik, M., The Right of European Union Citizens and Their Family Members to Move Freely within the Territory of Member States, *Polish Rev. Int'l & Eur. L.*, vol. 4, 2015, pp. 73-88.

State that does not recognise these partnerships, and thereby creates exclusions from the general anti-discrimination clause, should demonstrate that these restrictions are justified. It seems, however, that the arguments previously used by governments, referring to the protection of traditional families or national identity, may now be rejected by the judges, taking into consideration the social reality and the gradual evolution of the Member States on the matter.⁶⁴

7. CONCLUSION

After the many years of gradual developments in the EU Member States, there are still differences between them. These differences may have various backgrounds, but they cannot compete with fundamental freedom of the EU, which is the free movement of people. In times of dynamic global mobility, the existence of cross-border families is much more common than 20 or 30 years ago. As long as social trends are developing, the same approach should be seen in law. A situation where there is a silence of the law is not desirable. Legislators should always have clear answers and solutions for a changing society. As indicated, all restrictions to free movement (on the basis of the EU law) or restrictions to human rights should be properly justified by the legislators and should have a solid background.

Given these times of more prevalent global mobility, such arguments as the protection of national identity or the traditional concept of the family should be considered as futile. They are no longer supported in the CJEU case-law, considering the main thesis from the Coman case. Furthermore, they will not be reflected in the current jurisprudence presented by the ECHR, which clearly considers same-sex relationships or same-sex marriages as a family in the meaning of the Convention.

With that in mind, it should be noted that there are still countries in Eastern Europe that do not recognise these types of relationships in their legal system. Using arguments from the ECHR cases, that situation should be understood as direct discrimination. None of the applicants, however, have used arguments in their cases relating to potential tax-discrimination, which is a narrower concept of discrimination because of sexual orientation than a general anti-discrimination approach.

That direction should not be completely rejected by the scholars, however, as, taking the example of Poland, it was shown that the lack of proper legal regulations may cause serious problems for registered partnerships and same-sex marriages, who may be deprived of their rights to joint taxation, or even deprived from their right to assets gathered during their relationship. Additional tax burdens imposed in the case of any donations or inheritance place these couples at a disadvantage compared to marriages in Poland or marriages in countries where these institutions have already been implemented in the legal system. This may have a significant fiscal impact on cross-border couples where one of the partners is from a country where these relationships are recognised and, in line with this law, inheritance between same-sex partners is exempted from taxation. Because of tax residence, a widowed partner will

⁶⁴ Guth, J., When is a Partner not a Partner? Conceptualisation of ‘family’ in EU Free Movement Law, ‘Journal of Social Welfare and Family Law’, vol. 33, 2/2011, pp. 193-204.

not be able to inherit (and tax) in line with provisions applicable for his spouse due to the absence of harmonisation between these two systems.

The author of the paper views the only possibility to avoid these situations is through the harmonisation of personal taxes at an EU level.⁶⁵ For obvious reasons, this harmonisation would not be as coherent as the VAT system, but it could implement rules applicable to all tax regimes (such as the recognition of same-sex partnerships for residence purposes on the basis of Directive 2004/38/EC). In the interim, an alternative to the proposed solution would be an ECHR judgment that will indirectly order the implementation of these institutions in a domestic system. This, however, would require the applicants' involvement, and does not guarantee that the applicants' Member State would apply the directions set out in the judgment.

Nonetheless, as long as Member States continue to differentiate between couples because of their sexual orientation, these couples will face discrimination. If these couples do not have a possibility to obtain legal recognition of their relationship, and therefore to satisfy the requirements for tax exemptions of their inheritance and donations (whereas that option is available to heterosexual partners), the treatment of homosexual couples can be recognised as discriminatory. In this particular case, it would be tax discrimination because of their sexual orientation.

BIBLIOGRAPHY

Books and articles

1. Barnard, Catherine, *The Substantive law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2013, pp. 229-271.
2. Bell, Mark, *EU Directive on Free Movement and Same-Sex Families: Guidelines on the implementation process*, Brussels, 2005, pp. 13.
3. Bennett, Mary, *The David R. Tillinghast Lecture: Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle*, *Tax Law Review*, vol. 59, 2006.
4. Boele-Woelki, Katharina, *The Legal Recognition of Same-Sex Relationships within the EU*, *Tulane Law Review*, vol. 82, 2018.
5. Brouwer, Evelin, de Vries, Karin, *Third-country nationals and discrimination on the ground of nationality: article 18 TFEU in the context of article 14 ECHR and EU migration law: time for a new approach*, Amsterdam, 2015.
6. Costello, Cathryn, *Metock: Free movement and normal family life in the Union*, *Common Market Law Review*, 46/2009, Issue 2, pp. 615-616.
7. Douma, Sjoerd., *Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement*, IBFD, 2011.
8. Feranecová, Adela, Manová, Eva, Meheš, Marek, Simonidesová, Jana, Stašková, SSlavomira, Blaščák, Pavel, *Possibilities of harmonization of direct taxes in the EU*, *Investment Management and Financial Innovations*, vol. 14, 2-1/2017, pp. 191-199.
9. Graetz, Michael J., Bennet, Mary C., *The David R. Tillinghast Lecture: Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle*, *Tax Law Review*, vol. 59, 2006.
10. Grzeszczak, Robert, Gniadzik, Magdalena, *The Right of European Union Citizens and Their Family Members to Move Freely within the Territory of Member States*, *Polish Rev. Int'l & Eur. L.*, vol. 73, 2015, pp. 73-88.
11. Guild, Elspeth, Peers, Steve, Tomkin, Jonathan, *The EU Citizenship Directive, a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

65 Boele-Woelki, K., *The Legal Recognition of Same-Sex Relationships within the EU*, *Tulane Law Review*, vol. 82/2018, pp. 1981.

12. Guth, Jessica, When is a Partner not a Partner? Conceptualisation of ‘family’ in EU Free Movement Law, *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 33, 2/2011, pp. 193-204.
13. Hayward, Anady, 2017, Justifiable discrimination - the case of opposite-sex civil partnerships, *Cambridge law journal*, vol. 76, 2/2017, pp. 243-246.
14. Jabłoński, Mariusz, Jarosz-Żukowska, Sylwia A., W sprawie prac nad ustawą wdrażającą dyrektywy równościowe UE do polskiego porządku prawnego, *Przegląd Prawa i Administracji*, LXXXII, 2010, pp. 111-138.
15. Jourova, Vera, EU Regulations on the property regimes of international couples. Fact Sheet, January 2019.
16. Mason, Ruth, *Primer on direct taxation in the European Union*, St. Paul, 2005, pp. 37-113.
17. Mason, Ruth, Tax Expenditures and Global Labor Mobility, *New York University Review*, vol. 84, 2009, pp. 1608-1610.
18. Mason, Ruth, Knoll, Michael S., What Is Tax Discrimination?, *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2012, Paper 404.
19. Merin, Yuval, Equality for same-sex couples. The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States, Chicago, University of Chicago Press, 2002, pp. 6-60.
20. Nowicki, Marek Antoni, *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warszawa, 2017.
21. Papadopoulou, Lina, In(di)visible Citizens(hip): Same-sex Partners in European Union Immigration Law, *Yearbook of European Law*, vol. 21, 1/2002, pp. 229-262.
22. Ragone, Sabrina, Volpe, Valentina, 2019, An Emerging Right to a “Gay” Family Life? The Case *Oliari v. Italy* in a Comparative Perspective, *German Law Journal*, vol. 17, 3/2016, pp. 451-485.
23. Scherpe, Jens M., The legal recognition of same-sex couples in Europe and the role of the European Court of Human Rights, *The Equal Rights Review*, 10/2013, pp. 83-96.
24. Rijpma Jorit, Koffeman, Nelleke, Free Movement Rights for Same-Sex Couples under EU Law: What Role to Play for the CJEU?, in: Gallo, Daniele, Paladini, Luca, Pustorino Pietro (ed.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin, Springer, 2014, pp. 484-487.
25. Trispiotis, Ilias, Discrimination and civil partnerships: Taking legal out of Legal Recognition, *Human Rights Law Review*, vol. 14, 2/2014, pp. 343-358.
26. Tryfonidou, Alina, 2015, EU free movement law and the legal recognition of same-sex relationships: the case for mutual recognition. *Columbia Journal of European Law*, vol. 21, 2/2015, pp. 195-248.

Legal sources

1. Commission Recommendation of 15 December 2011 regarding relief for double taxation of inheritances, 2011/856/EU, OJ 6/81 (2011).
2. Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes and Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax.
3. Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes and Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships.
4. Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC.

5. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, available at: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page1.
6. Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession
7. The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms from 4 November 1950 as amended, available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.
8. The Dutch Marriage Opening Act from 1 April 2001, as amended.
9. The Polish Act on the Implementation of Certain Regulations of the European Union Regarding Equal Treatment of 3 December 2010.
10. The Polish Civil Code of 23 April, 1964 as amended.
11. The Polish Code of Criminal Procedure of 6 June 1997, as amended.
12. The Polish Family and Guardianship Code of 25 February 1964, as amended.
13. The Polish Inheritance and Gift Tax Act of 28 July 1983, as amended
14. The Polish Personal Income Tax Act of 26 July 1991, as amended.
15. The Polish Tax Ordinance Act of 29 August 1997, as amended.
16. U.N. Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, available at: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf.

Case law

1. Judgment of the Polish Supreme Court from 6 December 2007, IV CSK 301/07.
2. Judgment of the Polish Supreme Court from 21 March 2013, III KK 268/12.
3. Opinion of Advocate General Jääskinen in *Römer*; Case C-267/12.
4. Resolution of the Polish Supreme Court from 25 February 2016, I KZP 20/15.
5. Resolution of the Polish Supreme Court from 28 November 2012, III CZP 65/12.
6. Supreme Administrative Court, Poland, judgment from 20 March 2012, II FSK 2082/10.
7. Supreme Administrative Court, Poland, judgment from 25 May 2012, II FSK 2116/10.
8. The European Court of Human Rights, *Case Schalk and Kopf v. Austria*, application No 30141/04.
9. The European Court of Human Rights, *Case Taddeucci and McCall v. Italy*, application No 51362/09
10. The European Court of Human Rights, *Case of Oliari and Others v. Italy*, application Nos 18766/11 and 36030/11.
11. The Court of Justice of the European Union, *Defrenne v Sabena*, Case 43/75.
12. The Court of Justice of the European Union, *Grant v. South West Trains*, Case C-249/96
13. The Court of Justice of the European Union, *Gilly v. Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin*, Case C-336/96.
14. The Court of Justice of the European Union, joined cases *D and Sweden v. Council*, Case C-122/99 P and Case C-125/99P
15. The Court of Justice of the European Union, *Gerritse v. Finanzamt Neukölln-Nord*, Case C-234/01.
16. The Court of Justice of the European Union, *Garcia Avello*, Case C-148/02.
17. The Court of Justice of the European Union, *Maruko*, Case C-267/06.
18. The Court of Justice of the European Union, *Grunkin and Paul*, Case C-353/06.
19. The Court of Justice of the European Union, *Metock and Others*, Case C-127/08.
20. The Court of Justice of the European Union, *Asociatia Accept*, Case C-81/12
21. The Court of Justice of the European Union, joined cases *Minister voor Immigratie en Asiel v. X and Y and Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel*, Cases C-199/12 and C-201/12..

22. The Court of Justice of the European Union, *Bogendorff von Wolfersdorff*, Case C-438/14.
23. The Court of Justice of the European Union, *Case Lounes*, Case C-165/16.
24. The Court of Justice of the European Union, *Coman and Others vs. Romania*, case C-673/16.

Reports

1. Performing tasks by adoption centres, the Supreme Audit Office, August 2018.
2. Polish National Census 2011, available at: <http://stat.gov.pl/spisy-powszechne/nsp-2011/nsp-2011-wyniki/>.

Webpages

1. https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/family-law/property-international-couples-marriages-and-registered-partnerships_en.
2. http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_393_en.pdf.

Mateusz Waśik*

Sažetak

DRUGA STRANA POREZNE DISKRIMINACIJE: NEDOSTATAK PRAVNOG PRIZNAVANJA ISTOSPOLNIH PAROVA I FISKALNE POSLJEDICE

Svrha ovog rada je predstavljanje poreznih posljedica koje proizlaze iz izostanka priznavanja registriranih partnerstava i istospolnih brakova u nekim državama članicama EU-a, a kao primjer se uzima Poljska. Ovi se aspekti uglavnom smatraju diskriminacijom građana na temelju njihove spolne orijentacije. Ovaj se rad usredotočuje na različite aspekte moguće diskriminacije, posebice one temeljem osobnog poreza, što uključuje poreze na nasljedstvo i darove. Zbog toga se u radu analiziraju nacionalna porezna pravila, koja prave razliku između parova u braku i onih kojima je ta mogućnost uskraćena. Te su pravne odredbe analizirane zajedno s recentnom nacionalnom sudskom praksom. Nadalje, rad komparativno analizira nacionalna pravila i europsko pravo. Budući da postoji nedostatak sudske prakse usmjerene k fiskalnoj diskriminaciji temeljem spolne orijentacije, u radu se analizira i relevantna praksa Suda EU-a (Sud Europske unije, nadalje: Sud EU) i ESLJP-a (Europski sud za ljudska prava, nadalje: ESLJP) radi otkrivanja mogućih povreda temeljnih sloboda i porezne diskriminacije. Smatra se da je neopravdana porezna diskriminacija prekograničnih obitelji povezana s nedostatkom uređenja u nacionalnom pravu. Samo harmonizacija osobnog oporezivanja na razini EU-a može dugoročno dovesti do rješavanja ove situacije. Kao alternativa i privremeno rješenje može poslužiti i relevantna praksa ESLJP-a.

Ključne riječi: *prekograničnost; spolna orijentacija; porez; diskriminacija; nasljedstvo.*

* Mateusz Waśik, odvjetnik i doktorand na Institutu za pravne studije Poljske akademije znanosti, mateus_wasik@wp.pl.

Zusammenfassung

**DIE ANDERE SEITE DER STEUERDISKRIMINIERUNG.
FEHLENDE RECHTLICHE ANERKENNUNG FÜR
GLEICHGESCHLECHTLICHE PAARE UND DEREN
STEUERLICHE FOLGEN**

Ziel dieses Beitrags ist es, die von der fehlenden rechtlichen Anerkennung von eingetragenen Partnerschaften und gleichgeschlechtlichen Ehen in manchen Mitgliedsstaaten ausgehenden steuerlichen Folgen darzustellen, wobei man sich auf das Beispiel Polens konzentriert. Diese Aspekte erkennt man gewöhnlich als Diskriminierung von Bürgern aufgrund sexueller Orientierung. Im Mittelpunkt dieses Beitrags stehen unterschiedliche Aspekte möglicher Diskriminierung, insbesondere Diskriminierung aufgrund personenbezogener Steuern, was Erbschafts- und Schenkungsteuer einschließt. Deshalb analysiert man in diesem Beitrag die nationalen Steuerregeln für eheliche Partnerschaften und Partnerschaften, denen diese Möglichkeit verweigert wurde. Diesbezüglich wird auch die jüngste nationale Rechtsprechung analysiert. Ebenfalls werden im Beitrag die nationalen Regeln und das EU-Recht rechtsvergleichend analysiert. Wegen fehlender Rechtsprechung über Steuerdiskriminierung aufgrund sexueller Orientierung zieht man die relevante Rechtsprechung des EuGHs (der Gerichtshof der Europäischen Union, nachstehend: EuGH) und des EGMR (der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, nachstehend: EGMR) in Betracht, um die Verletzungen grundlegender Freiheiten und Steuerdiskriminierung aufzudecken. Es wird behauptet, dass der Mangel an relevanter Regulierung auf nationaler Ebene mit der unrechtfertigten Unterscheidung von grenzüberschreitenden Familienbeziehungen aufgrund Steuer zu tun hat. Langfristig kann nur die Harmonisierung personenbezogener Steuer auf der EU Ebene die Lösung für dieses Problem bieten. Anderenfalls kann die relevante Rechtsprechung des EGMR als eine Zwischenlösung dazu beitragen.

Schlüsselwörter: *grenzüberschreitend; sexuelle Orientierung; Diskriminierung; Erbschaft.*

Riassunto

L'ALTRA FACCIA DELLA DISCRIMINAZIONE FISCALE. L'ASSENZA DI RICONOSCIMENTO GIURIDICO DELLE COPPIE DI PERSONE DELLO STESSO SESSO E LE RELATIVE CONSEGUENZE FISCALI

Lo scopo di questo lavoro è di illustrare le conseguenze fiscali risultanti dall'assenza di riconoscimento delle unioni registrate e dei matrimoni di persone dello stesso sesso in alcuni Stati membri dell'UE, prendendo ad esempio la Polonia. Tali aspetti vengono solitamente intesi quali discriminazioni dei cittadini fondate sul loro orientamento sessuale. L'autore di questo lavoro s'è focalizzato su vari aspetti di possibile discriminazione, principalmente riguardanti la discriminazione fondata su ragioni di tassazione personale, incluse le tasse di successione e di donazione. A tali fini, l'autore analizzerà le regole fiscali domestiche che distinguono le coppie unite da matrimonio rispetto alle coppie che non hanno tale possibilità. Tali previsioni legali sono state analizzate unitamente alla giurisprudenza nazionale più recente. Ancora, il lavoro presenta analisi comparate delle regole domestiche con il diritto dell'UE. Vista l'assenza di giurisprudenza volta ad individuare la discriminazione fiscale in ragione dell'orientamento sessuale, la giurisprudenza rilevante della Corte di Giustizia dell'UE e della Corte dei diritti dell'uomo è stata richiamata al fine di rivelare possibili violazioni delle libertà fondamentali e la discriminazione fiscale. L'autore fa un collegamento tra l'assenza di un'appropriata regolamentazione nel diritto interno ed una ingiustificata differenziazione delle famiglie cross-border. Sul lungo termine, soltanto l'armonizzazione della tassazione personale sul piano dell'UE può risolvere tale situazione. In alternativa, quale soluzione ad interim, la giurisprudenza di Strasburgo può essere d'aiuto.

Parole chiave: *cross-border; orientamento sessuale; tasse; discriminazione; successione.*

PРАВНА ПРИРОДА СУДСКЕ НАГОДБЕ

Dr. sc. Lidija Vojković*

UDK 347.925

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.2.12>

Ur.: 27. kolovoza 2018.

Pr.: 8. siječnja 2019.

Stručni rad

Sažetak

Autorica u radu daje prikaz pravne prirode sudske nagodbe kao posebnog instituta procesnog prava. Kako bi se odredila pravna priroda sudske nagodbe prethodno je nužno odrediti njezin pojam te svojstva koja čine njezinu pravnu prirodu, a to je svojstvo da se njome okončava parnica, svojstvo pravomoćne i ovršne presude i da nije moguća nova parnica o istoj pravnoj stvari. Po pravnoj prirodi sudska se nagodba razlikuje od izvansudske nagodbe kao instituta materijalnoga građanskog prava. Iako pravila procesnoga prava sadrže određene odredbe o sudskoj nagodbi ona tim procesnim pravilima nije u cijelosti uređena, posebno u pogledu pravnih sredstava za njezino pobijanje. Stoga je potrebno pored materijalnopравnih tužbi za pobijanje, predvidjeti i procesnopravno sredstvo slično prijedlogu za ponavljanje postupka. Zbog posebne pravne prirode, sudska nagodba stvara određene procesnopravne učinke po kojima se izjednačava s pravomoćnom i ovršnom sudskom presudom, što je čini posebnim i učinkovitim pravim sredstvom rješavanja sudskih sporova.

Ključne riječi: *sudska nagodba; pravna priroda sudske nagodbe; pravomoćnost; ovršnost; ne bis in idem.*

1. UVOD

U pravnom prometu sudionici mogu stupati u različite odnose i preuzimati određena prava i obveze koji su po svojoj prirodi građanskopravni odnosi i na njih se primjenjuju pravila građanskoga materijalnog prava. Međutim, ako nastane spor u pogledu preuzetih prava i obveza stranke taj sporni odnos mogu riješiti u postupku pred sudom na koji se primjenjuju pravila procesnoga građanskog prava.

Ako je spor u tijeku ili ga stranke tek namjeravaju pokrenuti one mogu taj sporni odnos prekinuti i riješiti ga sklapanjem sudske nagodbe tijekom parničnog postupka ili prije njegovog pokretanja. Tako sklopljena sudska nagodba otklanja potrebu daljnjeg vođenja postupka i ona postaje pravomoćna te se po procesnim učincima izjednačava s pravomoćnom presudom.

* Dr. sc. Lidija Vojković, sutkinja Županijskog suda u Splitu, lidija.vojkovic@zsst.pravosudje.hr.

Pravnu prirodu sudske nagodbe određuju njeni procesnopравни učinci s obzirom na to da je to procesna radnja koja se poduzima u postupku pred sudom koji je strogo formalan postupak što mu daje posebna obilježja. Po pravnoj prirodi razlikuje se sudska nagodba sklopljena u posebnom postupku pred nadležnim sudom od nagodbe sklopljene po pravilima materijalnoga građanskog prava. Sudskom i izvansudskom nagodbom parnične odnosno ugovorne strane međusobno uređuju svoje građanskopravne odnose kojima mogu slobodno raspolagati.

S obzirom na brzinu i učinkovitost u pravnom prometu građanskopravna nagodba ima važno mjesto dok sudska nagodba ima posebnu pravnu snagu koja proizlazi iz njene pravne prirode jer se sudska nagodba izjednačava s pravomoćnom i ovršnom sudskom presudom. Zbog svojstva pravomoćnosti sudska nagodba dovodi do okončanja postupka i nemogućnosti vođenja nove parnice o istoj pravnoj stvari u kojoj je sklopljena sudska nagodba. Upravo zbog toga pravna priroda sudske nagodbe predmet je ovoga rada.

2. POJAM SUDSKE NAGODBE

Kako bismo odredili pojam sudske nagodbe nužno je prethodno prikazati različita shvaćanja pojma sudske nagodbe. Pojam sudske nagodbe, njezina pravna priroda, procesni učinci te pravna sredstva za pobijanje različito se određuju u pravnoj znanosti, u zakonodavstvima i sudskoj praksi.¹

Sudska nagodba smatra se isključivo materijalnopравnim ugovorom građanskog prava ili se smatra procesnopравnom radnjom za koju ne vrijede pravila materijalnoga građanskog prava.² Jedni autori strogo razgraničavaju sudsku nagodbu od građanskopravne nagodbe, dok drugi shvaćaju sudsku nagodbu kao građanskopravni posao i procesnu radnju, koja se prosuđuje po pravilima materijalnog i procesnog prava.³

Sudska je nagodba sporazum koji sve ili samo neke od stranaka ili eventualno treći, na temelju sudskog odobrenja, zaključuju tijekom parničnog (parnična sudska nagodba) ili nekoga drugog sudskog postupka (neparnična sudska nagodba) potpisivanjem sudskog zapisnika u koji je taj sporazum unesen. Time njegovi potpisnici u cijelosti ili djelomično uređuju svoje odnose u vezi s predmetom spora ili

- 1 Dika, M., *Građansko parnično pravo, Sudske odluke i sudska nagodba*, IX. knjiga, Zagreb, Narodne novine, 2013., str. 515; Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 569; Triva, S., *Sadržaj sudske nagodbe*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2/1960. str. 120; Radanović, M., *Sudska nagodba u parničnom postupku i praksi*, Naša zakonitost, 5/1969., str. 391; Korlaet, R., *Materijalno i procesno značenje nagodbe*, *Odvjetnik*, 7-8/1983., str. 14.
- 2 Takvo shvaćanje, po kojem je sudska nagodba materijalnopравni ugovor, zastupaju Rosenberg i Neumann. Sudska nagodba je procesnopравna radnja po shvaćanju Sauera i Sperla. Prema Trivi, S., *Pravna priroda sudske nagodbe*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/1959, str. 213.
- 3 Razgraničenje između sudske nagodbe kao materijalnopравnog ugovora i procesne radnje vrši Hellwig. Sudska nagodba je mješoviti materijalnopравni i procesnopравni fenomen, po shvaćanju Steina, Schonkea, Pollaka, Zuglije i dr. Prema Trivi, S., *Pravna priroda...*, str. 214. Vidi i Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično...*, str. 573.

u povodu njega, a koji može imati učinke pravomoćne sudske odluke te, ako je njime utvrđena i obveza na neku činidbu, i ovršne isprave.⁴

Sudska je nagodba ugovor kojim stranke uređuju svoje građanskopravne odnose kojima mogu slobodno raspolagati, a koji je zaključen u pisanom obliku pred nadležnim sudom i koji je dopustio sud u parničnom ili u izvanparničnom postupku te ima svojstva pravomoćne presude i posebno ovršne isprave, ako se njime ugovara obveza na neku činidbu.⁵

U sudskoj je praksi sudska nagodba mješoviti procesnopravni i građanskopravni ugovor, pa se njezina valjanost prosuđuje i prema građanskom procesnom pravu i prema građanskom materijalnom pravu.⁶ Polazeći od navedenoga, ovlaštenje punomoćnika stranke za sklapanje sudske nagodbe ocjenjuje se po pravilima procesnog prava, tj. odredbi članka 95. Zakona o parničnom postupku (u daljnjemu tekstu: ZPP),⁷ dok su za pravne posljedice nepostojanja tog ovlaštenja mjerodavne odredbe materijalnog prava, tj. odredbe Zakona o obveznim odnosima (u daljnjemu tekstu: ZOO).⁸

Sudska nagodba (*res iudicialiter transacta*) po svojoj je pravnoj prirodi procesnopravna radnja i građanskopravni ugovor stranaka, kojim one uređuju svoje dispozitivne građanskopravne odnose, tako što je sklapaju u posebnom pisanom obliku pred sudom, što joj daje posebna procesnopravna svojstva, tako da ona proizvodi određene procesnopravne učinke. Sudska se nagodba po određenim procesnim učincima izjednačava s pravomoćnom sudskom presudom. Ona ima prednosti pred presudom, ponajprije presudom na temelju priznanja i presudom na temelju odricanja, jer je učinkovitije sredstvo zaštite od njih. Sudska nagodba sklopljena u parničnom postupku dovodi do okončanja parnice, a sklopljena u izvanparničnom postupku otklanja potrebu vođenja parnice. Sudska je nagodba procesna smetnja za vođenje postupka, pa tužbu podnesenu o predmetu spora o kojem je sklopljena sudska nagodba treba odbaciti kao nedopuštenu. ZPP ne određuje pojam sudske nagodbe, procesnopravne učinke, niti pravna sredstva za njeno pobijanje. Do njihovog se određenja dolazi posredno, tumačenjem pojedinih odredbi ZPP-a koje uređuju sudsku nagodbu.

Pravna priroda i procesnopravni učinci koje ona stvara ovise o značenju koje se daje sudskoj nagodbi. Sudska nagodba razlikuje se od nagodbe u materijalnom pravnom smislu. Nagodba je institut materijalnog građanskog prava i uređena je odredbama članka 150. do 159. ZOO-a. Prema odredbi članka 150. ZOO-a, koja određuje pojam nagodbe, ugovorom o nagodbi osobe između kojih postoji spor ili neizvjesnost o nekom pravnom odnosu, uzajamnih popuštanja, prekidaju spor, odnosno otklanjaju neizvjesnost i određuju svoja uzajamna prava i obveze. Prema odredbi članka 158. stavka 1. ZOO-a nagodba je ništetna ako je zasnovana na pogrešnom vjerovanju oba

4 Dika, M., *Građansko parnično...*, str. 515.

5 Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično...*, str. 573.

6 Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske br. Rev 2351/92 od 19. studenoga 1992. Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 1994., br. 1., str. 293.

7 Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 154/11 – pročišćeni tekst, 25/13 i 89/14.

8 Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske br. Rev 331/93 od 14. travnja 1993. Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 1994., br. 1., str. 295.

ugovaratelja da postoji pravni odnos koji ustvari ne postoji, i ako bez toga pogrešnog vjerovanja ne bi među njima bilo ni spora ni neizvjesnosti. Isto vrijedi i kada se pogrešno vjerovanje oba ugovaratelja odnosi na činjenice prema članku 158. stavku 2. ZOO-a. Odricanje od ove ništetnosti nema pravnog učinka i ono što je dano na ime ispunjenja obveza iz takve nagodbe može se tražiti natrag prema odredbi članka 158. stavka 3. ZOO-a. Odredbom članka 159. ZOO-a određeno je da odredbe nagodbe čine cjelinu te ako je jedna odredba ništetna, cijela je nagodba ništetna, osim ako se iz nje vidi da se sastoji od neovisnih dijelova.

U ostalim odredbama ZOO određuje u čemu se sastoji uzajamno popuštanje, pretpostavke valjanosti nagodbe, poništaj, ništetnost i pravni učinci nagodbe.⁹

3. PROCESNE ODREDBE O SUDSKOJ NAGODBI

Sudska je nagodba institut procesnog prava. U našem pravnom sustavu uređena je odredbama članka 321. do 324. ZPP-a. Prema odredbi članka 321. stavka 1. ZPP-a stranke mogu tijekom cijeloga postupka pred parničnim sudom do njegova pravomoćnog okončanja zaključiti nagodbu o predmetu spora (sudska nagodba), pa i tijekom postupka pred drugostupanjskim sudom do donošenja drugostupanjske odluke u povodu žalbe nagodbu. Nagodba se može odnositi na cijeli tužbeni zahtjev ili na jedan njegov dio prema odredbi članka 321. stavka 2. ZPP-a. Sud će tijekom postupka upozoriti stranke na mogućnost sudske nagodbe i pomoći im da zaključe nagodbu prema odredbi članka 321. stavka 3. ZPP-a. Prema odredbi članka 321. stavka 4. ZPP-a pred sudom se ne može zaključiti nagodba u pogledu zahtjeva kojima stranke ne mogu raspolagati (članak 3. stavak 3. ZPP). Prema odredbi članka 321. stavka 5. ZPP-a kad sud donese rješenje kojim se ne dopušta nagodba stranaka, zastat će s postupkom dok to rješenje ne postane pravomoćno.

Sudsku nagodbu stranke mogu zaključiti pred sudom koji je proveo prvostupanjski postupak, odnosno pred drugostupanjskim sudom ako se održava sjednica vijeća uz sudjelovanje stranaka prema odredbi članka 362. stavka 2. ZPP-a ili rasprava prema

9 Odredbom članka 151. stavka 1. ZOO-a određeno je da se popuštanje može sastojati, među ostalim, u djelomičnom ili potpunom priznavanju nekog zahtjeva druge strane ili u odricanju od nekog svog zahtjeva; u uzimanju na sebe neke nove obveze; u smanjenju kamatne stope; u produljenju roka; u pristajanju na djelomične uplate, u davanju prava na odustatninu. Prema stavku 3. istoga članka, kad samo jedna strana popusti drugoj, na primjer, prizna pravo druge strane, onda to nije nagodba i ne podliježe pravilima o nagodbi.

Člankom 152. ZOO-a određeno je da je za sklapanje ugovora o nagodbi potrebna sposobnost za raspolaganje pravom koje je sadržaj nagodbe.

Prema članku 153. stavku 1. ZOO-a sadržaj nagodbe može biti svako pravo kojim se može raspolagati. Prema stavku 2. članka 153. ZOO-a valjana je nagodba o imovinskim posljedicama kaznenog djela, a prema stavku 3. ne mogu biti sadržajem nagodbe sporovi koji se tiču statusnih odnosa.

Člankom 154. stavkom 1. ZOO-a za ugovor o nagodbi vrijede opće odredbe o dvostranoobveznim ugovorima, ako za njega nije što drugo predviđeno. Prema stavku 2. članka 154. ZOO-a kad pod nazivom nagodbe ugovaratelji sklope neki drugi pravni posao, na njihove se odnose ne primjenjuju odredbe zakona koje vrijede za nagodbu, već one koje vrijede za stvarno sklopljeni posao.

odredbi članka 373.b. stavka 2. ZPP-a, kada se nagodba može zaključiti i pred tim sudom u smislu odredbe članka 321. stavka 6. ZPP-a.

Prema odredbi članka 321. stavka 7. ZPP-a ako stranka hoće zaključiti nagodbu pred prvostupanjskim sudom nakon donošenja prvostupanjske odluke dok je postupak u povodu žalbe u tijeku pred drugostupanjskim sudom, prvostupanjski će sud bez odgode zatražiti – telefonom, telefaksom ili elektroničkom poštom, od drugostupanjskog suda da ga se obavijesti o tome je li već odlučeno u povodu žalbe te obavijestiti taj sud da stranke namjeravaju zaključiti sudsku nagodbu. Prvostupanjski sud će strankama dopustiti zaključenje nagodbe nakon što ga drugostupanjski sud obavijesti da još uvijek nije odlučeno u povodu žalbe i da je zastao s postupkom dok se postupak zaključenja nagodbe ne dovrši.

Prema odredbi članka 321. stavka 8. ZPP-a ako stranke zaključe nagodbu nakon donošenja prvostupanjske odluke, a prije donošenja drugostupanjske odluke u povodu žalbe, sud pred kojim je nagodba zaključena rješenjem će ukinuti donesenu prvostupanjsku odluku i utvrditi da je tužba povučena, osim ako stranke nisu drukčije riješile to pitanje u zaključenoj nagodbi.

Sporazum stranaka o nagodbi unosi se u zapisnik (članak 322. stavak 1. ZPP-a). Nagodba je zaključena kad stranke nakon pročitano g zapisnika o nagodbi potpišu zapisnik (članak 322. stavak 2. ZPP-a). Strankama će se na njihov zahtjev izdati ovjeren prijepis zapisnika u koji je unesena nagodba (članak 322. stavak 3. ZPP-a).

Prema odredbi članka 323. ZPP-a sud tijekom cijeloga postupka po službenoj dužnosti pazi vodi li se parnica o predmetu o kojemu je ranije bila zaključena sudska nagodba. Ako utvrdi da se parnica vodi o predmetu o kojemu je već zaključena sudska nagodba, odbacit će tužbu. Osoba koja namjerava podići tužbu može pred nižim prvostupanjskim sudom na čijem području protivna strana ima prebivalište pokušati postići nagodbu. Tada će sud kojem je taj prijedlog podnesen pozvati protivnu stranu i upoznati je s prijedlogom nagodbe sukladno odredbi članka 324. ZPP-a, a troškove tog postupka podmiruje podnositelj prijedloga.

Prema odredbi članka 186.d. stavka 1. ZPP-a sud može tijekom cijeloga parničnog postupka strankama predložiti da spor riješe u postupku mirenja pri sudu ili izvan suda. Ako stranke suglasno predlože ili prihvate spor riješiti mirnim putem pred sudom, bez odgode će se odrediti ročište radi pokušaja mirenja na koje se pozivaju stranke, njihovi zastupnici i opunomoćenici ako ih imaju (članak 186.d. stavak 2. ZPP-a). Prema odredbi članka 186.d. stavak 4. ZPP-a nagodba sklopljena u postupku mirenja provedenom u sudu ima važnost sudske nagodbe.

Sklopljena predstečajna nagodba ima snagu ovršne isprave za sve vjerovnike čije su tražbine utvrđene tom nagodbom. Dospijeće tih tražbina dokazuje se zapisnikom s ročišta za sklapanje predstečajne nagodbe odnosno rješenjem o odobrenju sklapanja predstečajne nagodbe iz članka 9. Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (Narodne novine, br. 108/12, 144/12, u daljnjemu tekstu: ZFPPN). Predstečajna nagodba je sudska nagodba na što upućuje odredba članka 83. ZFPPN-a, koja za vjerovnike čije su tražbine utvrđene ima snagu ovršne isprave sukladno odredbi članka 66. stavka 12. ZFPPN-a.¹⁰

10 Odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske br. Pž-6599/2014 od 12. rujna 2014.

4. PRAVNA PRIRODA SUDSKE NAGODBE

Pravnu prirodu sudske nagodbe određuju procesnopravni učinci koje ona stvara. Sudska nagodba u procesnom smislu proizvodi određene procesnopravne učinke koji ju obilježavaju i čine je različitom od izvansudske, materijalnopravne nagodbe. Sudska nagodba kao procesnopravna radnja i poseban ugovor procesnog prava ima određena posebna obilježja koja je čine sličnom presudi.¹¹

Sklopljenom sudskom nagodbom parnične stranke uređuju sporni odnos, što dovodi do okončanja parnice odnosno drugog postupka, a tako sklopljena sudska nagodba izjednačava se u procesnom smislu sa pravomoćnom sudskom presudom. Sudska nagodba ima snagu ovršne isprave.

Ako je u određenoj pravnoj stvari sklopljena sudska nagodba nije dopušteno pokrenuti novu parnicu o istoj pravnoj stvari između istih stranaka. Ako o toj pravnoj stvari bude pokrenuta parnica, tužbu treba odbaciti zbog nedostatka pravnog interesa. Nije dopušteno ponovno odlučivanje o zahtjevu o kojem je sklopljena sudska nagodba jer je to bitna povreda odredbi postupka, pa presudu treba ukinuti i tužbu odbaciti.

Sva ta obilježja određuju pravnu prirodu sudske nagodbe koja će, u daljnjem tekstu, biti поближе određena.

4.1. Okončavanje parnice

Prema odredbi članka 321. ZPP-a, stranke mogu zaključiti sudsku nagodbu o predmetu spora tijekom cijeloga postupka pred parničnim sudom prvog stupnja. Prema odredbi članka 321. stavka 7. ZPP-a, stranka može zaključiti nagodbu pred prvostupanjskim sudom nakon donošenja prvostupajnske odluke, dok je postupak u povodu žalbe u tijeku pred drugostupanjskim sudom, ako drugostupajnski sud još nije odlučio u povodu žalbe.

Sudska nagodba može se zaključiti i prije pokretanja parnice, a isto tako i u izvanparničnom postupku. Zaključenje sudske nagodbe treba dopustiti sve dok se njome može nadomjestiti sudska odluka, tj. do pravomoćnog okončanja parnice.¹²

Sudska nagodba bi se mogla zaključiti u izvanparničnom postupku, prije podnošenja tužbe pred nadležnim prvostupanjskim sudom na čijem području barem jedna od stranaka ima boravište, pred prvostupanjskim parničnim sudom, u stadiju postupanja po žalbi, sve dok se parnica pravomoćno ne okonča, u adhezijskom postupku te pred zamoljenim sudom.¹³ Sudska nagodba dovodi do okončanja parnice i to ne sama izjava stranaka da su sklopile nagodbu, već procesnopravni učinak okončanja parnice nastupa kada stranke potpišu sudski zapisnik u koji je unesen sadržaj nagodbe. U tom trenutku zaključenja sudska nagodba neposredno i konstitutivno djeluje na

Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 2014., br. 2.; vidjeti i Maganić, A., *Pravna sredstva protiv predstečajne nagodbe*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/2015., str. 409.

11 Dika, M., op. cit., str. 527; Triva, S., *Pravna priroda...*, str. 209; Triva, S., *Sadržaj...*, str. 120; Radanović, M., op. cit., str. 391; Korlaet, R., op. cit., str. 14; Jelinić, S., *Pobijanje sudske nagodbe*, *Odvjetnik*, 5-6/1973., str. 211.

12 Triva, S., Dika, M., op. cit., str. 574.

13 Dika, M., op. cit., str. 574.

okončanje parnice. Tada nikakva druga parnična radnja stranaka nije potrebna, pa ni izjava o povlačenju tužbe, odnosno pristajanju na povlačenje.

Za valjanost i dopuštenost sudske nagodbe te da bi dovela do okončanja parnice moraju biti ispunjene određene pretpostavke. Sudska nagodba treba biti zaključena pred nadležnim prvostupanjskim sudom, u posebnom obliku sudskog zapisnika. Parnične stranke koje je sklapaju trebaju imati pravni interes i sposobnost, odnosno procesno ovlaštenje za njeno sklapanje. Predmet i sadržaj sudske nagodbe moraju biti dopušteni. Sudska nagodba se može zaključiti samo u okviru onih pravnih odnosa kojima stranke mogu slobodno raspolagati, te mora biti u skladu s prisilnim propisima i pravilima morala.

Sudska nagodba nije dopuštena u statusnim sporovima, u kojima stranke ne mogu raspolagati svojim zahtjevima.¹⁴ Raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti s prisilnim propisima i pravilima javnog morala, sud neće uvažiti, te će donijeti rješenje kojim ne dopušta sudsku nagodbu.

Ako je sudska nagodba zaključena u parničnom postupku ona dovodi do okončanja parnice, a sudska nagodba zaključena u izvanparničnom postupku otklanja potrebu vođenja parnice. S obzirom da sudska nagodba dovodi do okončanja parnice ne može se ponovno voditi parnica o onoj pravnoj stvari u kojoj je sklopljena sudska nagodba. Ukoliko je u istoj pravnoj stvari podnesena tužba nju treba odbaciti kao nedopuštenu.

4.2. Pravomoćnost

Sudska nagodba nije sudska odluka već procesnopravna radnja i građanskopravni ugovor stranaka, koja se sklapa u posebnom obliku pred sudom što određuje njenu pravnu prirodu, daje joj poseban procesnopravni karakter i posebna svojstva. Sudske odluke su presuda i rješenje. Sudska odluka je i rješenje kojim se ne dopušta sudska nagodba. Zbog svoje pravne prirode sudska nagodba se, u određenim aspektima, u procesnopravnom smislu izjednačava s pravomoćnom sudskom presudom.¹⁵

Svojstvo pravomoćnosti sudske nagodbe nije izričito određeno odredbama ZPP-a već se o njemu zaključuje posredno, tumačenjem pojedinih odredbi o sudskoj nagodbi. Po svojoj pravnoj prirodi sudska nagodba već time što je na valjan način zaključena dovodi do pravomoćnog okončanja parnice. Sudska nagodba postaje pravomoćna u trenutku zaključenja, odnosno kad je parnične stranke potpišu, i po pravomoćnosti se u procesnopravnom smislu izjednačava s pravomoćnom sudskom presudom. Tražbina utvrđena sudskom nagodbom zastarijeva za deset godina isto kao i tražbina utvrđena pravomoćnom sudskom presudom prema odredbi članka 333. stavka 1. ZOO-a.

Po pravnoj prirodi sudska nagodba može biti *kondemnatorna*, *konstitutivna* i *deklaratorna*. Sudska nagodba je kondemnatorna kada se njome ugovara obveza na neko činjenje, trpljenje ili propuštanje. Izvršenje obveza iz sudske nagodbe može se

14 Međutim, odredbama članka 331. do 341. Obiteljskog zakona, Narodne novine, br. 103/15, uređena je obiteljska medijacija kao postupak u kojem stranke nastoje sporazumno riješiti spor iz obiteljskih odnosa s pomoću jednog ili više obiteljskih medijatora.

15 Vidjeti Dika, M., O biti i granicama pravomoćnosti, Zagreb, Sveučilišna naklada, 1991.

ugovoriti na različite načine i u različitim rokovima, nasuprot strogim paricijskim rokovima kod presude. Konstitutivnom sudskom nagodbom se stvaraju novi pravni odnosi, preinačavaju ili ukidaju postojeći pravni odnosi. Deklaratornom sudskom nagodbom utvrđuje se postojanje odnosno nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa, te istinitost odnosno neistinitost neke isprave.¹⁶

Presuda postaje pravomoćna kada se više ne može pobijati žalbom, odnosno kad žalba bude pravomoćno odbijena ili odbačena, dok je sudska nagodba pravomoćna kada, nakon što stranke potpišu sudski zapisnik u koji je unesen sadržaj nagodbe, sudac taj zapisnik strankama pročita i ovjeri.

O pravnoj stvari o kojoj je sklopljena sudska nagodba ne može se voditi nova parnica, isto kao i kod pravomoćne sudske presude. Tako se prigovor *rei iudicialiter transactae* izjednačava s prigovorom *rei iudicatae*. Na sudsku nagodbu se, kao i na pravomoćnu presudu, odnosi i primjenjuje pravilo *ne bis in idem*. Ovakvo shvaćanje o sudskoj nagodbi zastupljeno je u našem pravnom sustavu i ono proizlazi iz odredbi parničnog procesnog prava. Polazeći od toga sud tijekom cijeloga postupka, sukladno odredbi članka 323. ZPP-a, po službenoj dužnosti pazi vodi li se parnica o predmetu u kojem je ranije bila sklopljena sudska nagodba. Ukoliko sud utvrdi da se parnica vodi o predmetu o kojem je već sklopljena sudska nagodba, tužbu će odbaciti. Sudska nagodba je procesna smetnja za vođenje istovjetne parnice među istim strankama, te je sudac ovlašten tužbu odbaciti, u stadiju prethodnog ispitivanja tužbe, kao i na pripremnom ročištu sukladno odredbi članka 288. stavka 2. ZPP-a, sve do okončanja postupka.

Pravna priroda pravomoćnosti sudske nagodbe, po kojoj se ona izjednačuje s pravomoćnom sudskom presudom, ogleda se i u odredbama o apsolutno bitnim povredama odredaba parničnog postupka. Uvijek postoji bitna povreda odredaba parničnog postupka ako je odlučeno o zahtjevu o kojem je sklopljena sudska nagodba, prema odredbi članka 354. stavka 2. točke 9. ZPP-a. Drugostupanjski sud je tada dužan po službenoj dužnosti ukinuti presudu i tužbu odbaciti, pozivom na odredbu članka 369. stavka 2. u svezi s člankom 366. stavkom 1. ZPP-a. Isto će postupiti Vrhovni sud Republike Hrvatske kada odlučuje o izjavljenoj reviziji, sukladno odredbi članka 385. stavka 1. točke 1. ZPP-a.

Zbog toga što se sudskoj nagodbi daje isto značenje kao i pravomoćnoj presudi i zbog toga nije dopušteno o onoj pravnoj stvari o kojoj je sklopljena sudska nagodba voditi novu parnicu. Tada stranka nema pravni interes za donošenje presude, pa tužbu, u istoj pravnoj stvari u kojoj je sklopljena sudska nagodba treba odbaciti.¹⁷ Ako nagodba ne bi imala značenje pravomoćne presude, odnosno značenje presuđene stvari, postojao bi pravni interes za donošenje presude nakon sklopljene sudske nagodbe jer bi presuda u tom slučaju pružala potpuniju zaštitu. Međutim, dok teče parnica stranke mogu, o predmetu spora, izvan suda sklopiti nagodbu. Izvansudska nagodba nema neposredni procesnopravni učinak na parnicu, niti zbog toga stranke gube pravni interes za vođenje parnice i pravnu zaštitu. Izvansudska nagodba, odnosno prigovor *rei transactae* u parnici, ne dovodi do odbacivanja tužbe već do prihvaćanja

16 Dika, M., *Gradansko str.* 527.

17 *ibid.* str. 545; Jelinić, S., *op. cit.*, str. 213.

ili odbijanja tužbenog zahtjeva.

4.3. Ovršnost

Sudska presuda, a isto tako i sudska nagodba da bi imale snagu ovršne isprave prethodno trebaju imati svojstvo pravomoćnosti. Pravomoćnost je pretpostavka ovršnosti presude i sudske nagodbe. Za sklapanje i za stjecanje tog svojstva nije potreban nikakav rok, već samo potpisivanje sudskog zapisnika, odnosno njegova ovjera dovodi do pravomoćnog okončanja postupka.

Da bi se mogla ostvariti tražbina koja je njom određena sudska nagodba mora imati svojstvo ovršne isprave. Ovršnost je svojstvo ovršne isprave da se tražbina koja je u njoj određena može prisilno, putem suda ostvariti. Sudska nagodba ima pravnu snagu ovršne isprave i to njeno svojstvo određeno je izričito odredbom članka 23. stavka 1. točke 1. Ovršnog zakona (u daljnjemu tekstu: OZ),¹⁸ prema kojem su, između ostalog, ovršne isprave ovršna sudska odluka i ovršna sudska nagodba. Prema odredbi članka 24. stavka 1. OZ-a sudskom nagodbom smatra se nagodba sklopljena u postupku pred sudom i pred izbranim sudom. Sudska odluka je ovršna ako je postala pravomoćna i ako je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje tražbine koja je u njoj određena.

Sudska, odnosno upravna nagodba je ovršna ako je tražbina koju prema njoj treba ispuniti dospjela. Dospijeće tražbine dokazuje se zapisnikom o nagodbi ili javnom ispravom ili po zakonu ovjerovljenom ispravom prema odredbama članka 27. stavka 1. i 2. OZ-a. Nagodba sklopljena pred sudom, neovisno o tome je li sklopljena u parničnom postupku, prije nego je parnica počela teći ili u izvanparničnom postupku, prema odredbama ovršnog postupka predstavlja ovršnu ispravu.

Sve pravomoćne presude i sudske nagodbe nemaju snagu ovršne isprave. Svojstvo ovršne isprave imaju samo one sudske nagodbe koje su po svojoj prirodi kondemnatorne, tj. one kojima se ugovara obveza na neko davanje, činjenje, trpljenje ili propuštanje.¹⁹ Ovršne isprave nisu, niti mogu postati sudske nagodbe, a isto tako ni sudske presude, deklaratornog i konstitutivnog karaktera.²⁰ Sudska nagodba se i po ovom svojstvu ovršne isprave izjednačuje s pravomoćnom presudom.

U odnosu na presudu, a posebno presudu na temelju priznanja i presudu na temelju odricanja, sudska nagodba ima određene prednosti. Sudskom nagodbom se mogu brže urediti pravni odnosi među strankama, te odrediti rokovi izvršenja činidbi kako to odgovara ugovornim strankama neovisno o zakonskim rokovima za presudu. Zbog toga je sudska nagodba elastičnije i učinkovitije procesno sredstvo od presude.

4.4. Ne bis in idem

S obzirom da se sudska nagodba po svom svojstvu pravomoćnosti izjednačava s pravomoćnom sudskom presudom to otklanja potrebu vođenja nove parnice o istoj pravnoj stvari u kojoj je sklopljena sudska nagodba zbog nedostatka pravnog interesa

18 Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 i 73/17.

19 Dika, M., *Gradansko...*, str. 553; Triva, S., *Pravna priroda...*, str. 218.

20 loc. cit.; Jelinić, S., op. cit., str. 217.

– *ne bis in idem*. Zbog toga tužbu podnesenu o predmetu spora u kojem je sklopljena sudska nagodba treba odbaciti kao nedopuštenu. Ako je odlučeno o pravnoj stvari u kojoj je sklopljena sudska nagodba to je bitna povreda odredbi postupka, pa presudu treba ukinuti i tužbu odbaciti.

Pravomoćna sudska presuda može se pobijati izvanrednim pravnim lijekovima, pa tako i prijedlogom za ponavljanje postupka, dok takva mogućnost ne postoji kod sudske nagodbe. ZPP u odredbama o ponavljanju postupka ne predviđa mogućnost pobijanja sudske nagodbe prijedlogom za ponavljanje postupka.

ZPP ne predviđa izričito procesna sredstva kojima bi se mogla pobijati sudska nagodba zbog nedostataka procesnih i materijalno-pravnih pretpostavki za njenu valjanost. Prema stajalištu sudske prakse sudska nagodba ne može se pobijati prijedlogom za ponavljanje postupka, već samo tužbom.²¹

Ako je ugovorne stranke koje su sklopile sudsku nagodbu žele zbog određenih razloga pobijati, stoje im na raspolaganju redovne građanske tužbe, predviđene odredbama materijalnoga građanskog prava, tj. odredbama ZOO-a. Sudska nagodba se, tako, može pobijati tužbom radi utvrđenja ništetnosti sudske nagodbe, tužbom radi poništenja nagodbe te tužbom radi proglašenja nedopuštenosti ovrhe određene na temelju sudske nagodbe. Parnice pokrenute ovim tužbama nisu parnice o istoj pravnoj stvari o kojoj je sklopljena sudska nagodba te se na njih ne odnosi pravilo o nedopuštenosti vođenja nove parnice.

Predmet spora i pobijanja u tom je slučaju pravomoćna sudska nagodba. Sredstva za pobijanje sudske nagodbe su materijalno-pravnoga karaktera. Postoje li pretpostavke za poništenje sudske nagodbe prosuđuje se po pravilima materijalnoga građanskog prava, a također i pravilima procesnog prava, ovisno o razlogu zbog kojeg se sudska nagodba poništava.²²

Kada se radi o procesnim razlozima mogućnost pobijanja sudske nagodbe trebala bi se ograničiti na one procesne razloge zbog kojih bi se pravomoćne presude na temelju priznanja i na temelju odricanja mogle pobijati prijedlogom za ponavljanje postupka. Ako su u pitanju materijalno-pravni razlozi sudska nagodba bi se mogla pobijati tužbom zbog mana volje, bitnih procesnih nedostataka te zbog onih materijalno-pravnih razloga zbog kojih se i inače može pobijati izvansudska nagodba dok bi se tužbom moglo tražiti utvrđenje ništetnosti sudske nagodbe iz razloga zbog kojih se to može tražiti kad je u pitanju izvansudska nagodba. U hrvatskom pravu nedostaju odredbe kojima bi se uredili razlozi za pobijanje sudske nagodbe kao što su uređeni razlozi za pobijanje presude na temelju priznanja i presude na temelju odricanja, sredstva za pobijanje, pretpostavke i rokovi za njihovo korištenje. U tom se pravcu predlaže mogućnost pobijanja sudske nagodbe prijedlogom za ponavljanje postupka zbog razloga zbog kojih se može pobijati presuda na temelju priznanja i

21 Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. Rev 331/93 od 14. travnja 1993. Izbor odluka Vs RH 1994., br. 1., str. 294.; Jelinić, S., op. cit., str. 216.

22 Prema odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. Rev br. 1174/85 od 28. 11. 1985. kada je sadržaj sudske nagodbe nedopušten, sud može u povodu zahtjeva stranke utvrditi njezinu ništetnost, ali nije ovlašten mijenjati njen sadržaj. Grbin, I., *Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom, bilješkama, napomenama i priložima*, Zagreb, 2000., str. 239; Bazala, B., *Sudska nagodba može se pobijati samo tužbom*, *Odvjetnik*, 9/1959., str. 195.

presuda na temelju odricanja.²³

Odredbom članka 421. stavka 3. ZPP-a je, između ostalog, predviđeno da se postupak pravomoćno završen presudom na temelju priznanja i presudom na temelju odricanja može ponoviti zato što je izjava o priznanju, odnosno odricanju dana u bitnoj zabludi ili pod utjecajem prisile ili prijevare.

Prema odredbi članka 65. stavka 1. točke 4. OZ-a ovrha se može odgoditi i u povodu tužbe za pobijanje sudske nagodbe, dok se prema odredbi članka 72. stavka 1. OZ-a ovrha određena na temelju sudske nagodbe može obustaviti tek nakon što se ona poništi ili utvrdi njena nedjelotvornost.

Teoretski bi postojala mogućnost izmjene sadržaja sudske nagodbe zbog promijenjenih okolnosti, koje su nastupile nakon sklapanja sudske nagodbe.²⁴ Procesne odredbe članka 342. i 347. ZPP-a, o ispravku presude i rješenja kao sudskih odluka, odnose se isključivo na mogućnost ispravka presude i rješenja, a nikako i na mogućnost ispravka sudske nagodbe bez obzira na to je li sklopljena tijekom ili prije parnice.²⁵

5. ZAKLJUČAK

Po pravnoj prirodi sudska nagodba je specifičan institut procesnog prava koja procesna pravila sadrži u odredbama ZPP-a.

Sudska nagodba poseban je građanskopravni ugovor i parnična radnja stranaka, kojim one, u strogo formalnom postupku pred sudom, uređuju svoje međusobne odnose, kojima mogu slobodno raspolagati tako da ona stvara određene procesnopravne učinke po kojima se razlikuje od izvansudske nagodbe.

Pravnu prirodu i procesnopravne učinke sudske nagodbe određuje to što: sudska nagodba dovodi do okončanja parnice, ona stječe svojstvo pravomoćnosti, ima snagu ovršne isprave te nedopuštenost vođenja nove parnice o istoj pravnoj stvari u kojoj je sklopljena sudska nagodba.

Zbog toga se valjanost sudske nagodbe prosuđuje prema pravilima građanskoga procesnog prava i prema pravilima građanskoga materijalnoga prava.

S obzirom na to odredbe procesnog prava ne uređuju pravna sredstva za pobijanje sudske nagodbe kao niti rokove za njeno pobijanje u sudskoj praksi je zauzeto stajalište da se sudska nagodba može pobijati samo tužbama te bi *de lege lata* trebalo ostati kod takvog stajališta u sudskoj praksi i tužbu radi poništaja, tužbu radi utvrđenja ništetnosti sudske nagodbe i tužbu radi stavljanja izvan snage sudske nagodbe smatrati pravnim sredstvima za pobijanje sudske nagodbe.

Međutim, kako je sudska nagodba institutu procesnog prava, *de lege ferenda*, pravno sredstvo za pobijanje sudske nagodbe bi trebalo biti ono koje bi trebalo urediti odredbama procesnog prava, a koje bi bilo slično prijedlogu za ponavljanje postupka kojim bi se moglo tražiti ukidanje sudske nagodbe zbog razloga zbog kojih bi se moglo tražiti pobijanje presude na temelju priznanja i presude na temelju odricanja

23 Dika, M., *Gradansko...*, str. 546.

24 Osibov, I., *Sudska nagodba i promijenjene okolnosti, Naša zakonitost*, 4/1981., str. 65.

25 Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 1998., br. 1, str. 172.

zbog razloga zbog kojih se one mogu pobijati i u rokovima sličnim onima određenim za njihovo pobijanje.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Bazala, Branko, Sudska nagodba može se pobijati samo tužbom, *Odvjetnik*, 9/1959. vol. 9, str. 195-201.
2. Dika, Mihajlo, Građansko parnično pravo, *Sudske odluke i sudska nagodba*, IX. knjiga, Zagreb, Narodne novine, 2013.
3. Dika, Mihajlo, O biti i granicama pravomoćnosti, Zagreb, Sveučilišna naklada, 1991.
4. Grbin, Ivo, Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom, bilješkama, napomenama i priložima, Zagreb, Organizator, 2000.
5. Jelinić, Srećko, Pobijanje sudske nagodbe, *Zagreb, Odvjetnik*, 5-6/1973. vol. 46; str. 211-218.
6. Korlaet, Radoje, Materijalno i procesno značenje nagodbe, *Zagreb, Odvjetnik*, 7-8/1983. vol. 56, str. 14-20.
7. Maganić, Aleksandra, Pravna sredstva protiv predstečajne nagodbe, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3-4/2015., str. 409-437.
8. Osibov, Ivo, Sudska nagodba i promijenjene okolnosti, *Naša zakonitost*, vol. 35, 4/1981., str. 65-79.
9. Radanović, Mile, Sudska nagodba u parničnom postupku i praksi, *Naša zakonitost*, vol. 23, 5/1969., str. 391-399.
10. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, *Narodne novine*, Zagreb, 2004.
11. Triva, Siniša, Pravna priroda sudske nagodbe, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 9, 3-4/1959., str. 209-220.
12. Triva, Siniša, Sadržaj sudske nagodbe, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 10, 2/1960., str. 120-127.

Sudska praksa:

1. Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 2014., br.2.
2. Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 1998., br. 1.
3. Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 1994., br. 1.

Propisi:

1. Obiteljski zakon, *Narodne novine*, br. 103/15.
2. Ovršni zakon, *Narodne novine*, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 i 73/17.
3. Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, *Narodne novine*, br. 108/12 i 144/12.
4. Zakon o obveznim odnosima, *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18.
5. Zakon o parničnom postupku, *Narodne novine*, br. 154/11 – pročišćeni tekst, 25/13 i 89/14.

Lidija Vojković*

Summary

THE LEGAL NATURE OF SETTLEMENT

The paper describes the legal nature of settlement as a special institute of procedural law. In order to establish the legal nature of settlement, we must first define its concept and characteristics, whereby the latter encompass the fact that a settlement brings an end to the proceedings, that it produces the effects of a final and enforceable court ruling, and that continued litigation of the same matter is not possible. We have to differentiate between a settlement and an out-of-court settlement as an institute of civil substantive law. Although the rules of procedural law do contain certain provisions on settlement, they do not regulate the matter completely, especially in terms of the remedies for challenging such decisions. Therefore, there is a need for envisaging procedural remedies that are similar to the renewal of proceedings. Due to its special legal nature a settlement produces certain procedural effects, due to which it is comparable to a final and enforceable court ruling. A settlement is thus a special and effective legal remedy for dispute resolution.

Keywords: *settlement; legal nature of settlement; finality; enforceability; ne bis in idem.*

Zusammenfassung

DIE RECHTSNATUR DES GERICHTLICHEN VERGLEICHS

Dieser Beitrag stellt die Rechtsnatur des gerichtlichen Vergleichs als Sonderinstituts des Prozessrechts dar. Um die Rechtsnatur des gerichtlichen Vergleichs zu bestimmen, muss man zuerst dessen Begriff und Eigenschaften bestimmen. Kennzeichnend für den gerichtlichen Vergleich ist, dass dadurch ein Prozess beendet wird, dass der Vergleich rechtskräftig und vollstreckbar ist und dass ein neuer Prozess über die gleiche Rechtssache nicht möglich ist. Der Rechtsnatur nach unterscheidet sich der gerichtliche Vergleich vom außergerichtlichen Vergleich als Institut des materiellen Zivilrechtes. Obwohl manche Bestimmungen über den gerichtlichen Vergleich in den Regeln des Prozessrechts enthalten sind, ist er durch diese Prozessregeln nicht ganz geregelt, insbesondere bezüglich der Rechtsmittel für dessen Anfechtung, weshalb es notwendig ist, neben der materiellrechtlichen

* Lidija Vojković, Ph.D., judge at the County Court of Split, lidija.vojkovic@zsst.pravosudje.hr.

Klagen für dessen Anfechtung auch prozessrechtliche Mittel, ähnlich dem Antrag auf Erneuerung des Verfahrens, vorzusehen. Wegen seiner besonderen Rechtsnatur erzeugt der gerichtliche Vergleich bestimmte prozessrechtliche Wirkungen, weswegen man behaupten kann, dass der gerichtliche Vergleich und das rechtskräftige und vollstreckbare Urteil gleich sind. Aus diesem Grund ist der gerichtliche Vergleich ein besonderes und effektives Rechtsmittel für die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten.

Schlüsselwörter: *gerichtlicher Vergleich; Rechtsnatur des gerichtlichen Vergleichs; Rechtskräftigkeit; Vollstreckbarkeit; ne bis in idem.*

Riassunto

LA NATURA GIURIDICA DELLA TRANSAZIONE GIUDIZIALE

Nel presente lavoro l'autrice illustra la natura giuridica della transazione giudiziale quale fattispecie del diritto processuale. Al fine di determinare la natura giuridica della transazione giudiziale occorre in primo luogo accertarne la nozione, come anche le caratteristiche costitutive e cioè che si tratti di una transazione con la quale si termina una lite; che abbia le caratteristiche di una sentenza definitiva di condanna in forza della quale non sia possibile intentare una nuova lite sullo stesso oggetto. In base alla sua natura giuridica, la transazione giudiziale si distingue dalla transazione stragiudiziale quale istituto giuridico del diritto privato sostanziale. Benché le regole del diritto processuale contengano certune disposizioni sulla transazione giudiziale, essa non è regolata per intero in specie con riguardo ai mezzi giuridici volti ad invalidarla. In tale senso è pertanto necessario affiancare alla domanda di diritto sostanziale volta all'invalidità anche uno strumento di diritto processuale simile alla richiesta di rinnovo del procedimento. A causa della particolare natura giuridica la transazione giudiziale sortisce determinati effetti processuali in base ai quali essa si assimila alla sentenza di condanna definitiva, il che la rende un mezzo particolare ed efficace nella risoluzione di liti giudiziali.

Parole chiave: *transazione giudiziale; natura giuridica della transazione giudiziale; passaggio in giudicato; esecutività; ne bis in idem.*

Prikazi

(Book Reviews, Beschreibungen, Presentazioni)

Međunarodna konferencija: „Upravni spor u državama srednje i istočne Europe“, Opatija, 3. i 4. lipnja 2019. godine

Upravni je spor najsavršeniji oblik nadzora nad zakonitošću rada uprave, posebno nad zakonitošću upravnih odluka. Kako bi se ovaj nadzor učinio učinkovitijim i potpunijim, u različitim državama svijeta, osobito u posljednjih dvadesetak godina, uvode se pravni mehanizmi kojima se nastoji omogućiti proaktivna uloga sudova nadležnih za rješavanje upravnih sporova u zaštiti prava i pravnih interesa pojedinaca, koja mogu biti povrijeđena odlukama i radnjama javnopravnih tijela. U razvoju novih pravnih instituta posebno značenje ima razmjena dobre prakse među državama te preuzimanje adekvatnih pravnih rješenja iz usporednoga prava. Pritom je nužno voditi računa o preuzimanju onih instituta koji se mogu bez važnijih strukturnih zahvata uklopiti u tradiciju i pravnu kulturu države koja ih preuzima.

U svrhu ostvarivanja ovoga cilja, u Opatiji je 3. i 4. lipnja 2019. godine organizirana Međunarodna konferencija „Upravni spor u državama srednje i istočne Europe“. Organizatori su bili Visoki upravni sud Republike Hrvatske, Pravni fakultet u Rijeci i Zaklada *Hanns Seidel*, a u suradnji sa Saveznim upravnim sudom Njemačke i *Jean Monnet* međusveučilišnim centrom izvrsnosti – Opatija. Konferencija je okupila znanstvenike i praktičare iz osam država članica Europske unije iz srednje i istočne Europe i pet država jugoistočne Europe koje su kandidati odnosno potencijalni kandidati za članstvo u ovoj organizaciji. Time su na Konferenciji aktivno sudjelovali suci vrhovnih odnosno visokih upravnih sudova

te sveučilišni profesori iz Hrvatske, Njemačke, Austrije, Mađarske, Poljske, Češke, Slovačke, Slovenije, Srbije, Bosne i Hercegovine, Crne Gore, Sjeverne Makedonije i Albanije.

Konferenciju je otvorio predsjednik Visokog upravnog suda Republike Hrvatske Ante Galić, a pozdravne govore u ime organizatora održali su još dekanica Pravnog fakulteta u Rijeci prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić i regionalni direktor za jugoistočnu Europu *Hanns Seidel* Zaklade Klaus Fiesinger. Sudionicima su se obratili i sudac Saveznog upravnog suda Njemačke Carsten Günther, ministar pravosuđa Republike Hrvatske Dražen Bošnjaković, veleposlanik Savezne Republike Njemačke u Republici Hrvatskoj Robert Klinke te predsjednik Vrhovnog suda Republike Hrvatske Đuro Sessa.

Program Konferencije obuhvatio je tri cjeline izlaganja te okrugli stol. U prvoj su cjelini iznesena iskustva Republike Hrvatske, kao države koja je prije skoro jednoga desetljeća znatno reformirala upravni spor te iskustva Njemačke, kao države stabilne pravne regulacije i Mađarske, koja trenutačno prolazi strukturalnu reformu upravnoga spora. U tom kontekstu, Ante Galić, predsjednik Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, naglasio je kako se uvođenjem nove strukture upravnih sudova te novog postupovnoga režima u Hrvatskoj značajno izmijenio koncept upravnog sudovanja uopće. Posebno je upozorio na reformacijske ovlasti upravnih sudova koje su kasatorne presude potisnule tek u drugi plan te

istaknuo prednosti i nedostatke takvoga pravnog uređenja. Dario Đerđa, redoviti profesor i predstojnik Katedre za upravno pravo Pravnog fakulteta u Rijeci, izložio je postupovna rješenja upravnog spora u usporednom pravu koja su znatno utjecala na današnje pravno uređenje upravnoga spora, posebno usmjerena na predmet i institucionalni ustroj upravnog spora, osiguranje kontradiktornosti u njegovu vođenju te sudske ovlasti pri donošenju odluke o tužbenom zahtjevu, dajući time primjere dobre i loše prakse preuzimanja pravnih instituta. Nakon prikaza hrvatskoga pravnog uređenja te razloga takve pravne regulacije, Carsten Günther, sudac Saveznog upravnog suda Njemačke, izložio je njemački model rješavanja upravnih sporova, pritom se osvrćući na reformacijske i kasacijske ovlasti sudova. Peter Darak, predsjednik Vrhovnoga suda Mađarske, izložio je prijedlog strukturne reforme upravnosudskoga sustava i upravnoga spora. Pritom je istaknuo kako se u Mađarskoj pristupa napuštanju sustava upravnosudskoga nadzora ustrojenoga u okviru sudova opće nadležnosti te se smjera, sukladno zahtjevima moderne pravne regulacije utemeljene na europskim standardima pravne zaštite pojedinaca, ustrojiti osam specijaliziranih prvostupanjskih regionalnih upravnih sudova i Visoki upravni sud.

U drugome je dijelu, posebna pozornost usmjerena na analizu ovlasti sudova u rješavanju upravnoga spora u usporednome pravu. Polazeći od uloge Europske unije, kao organizacije koja svojim pravom, ali i praksom, utječe na pravne vrijednosti i njihovu provedbu u državama članicama, Vesna Tomljenović, sutkinja Općeg suda

Europske unije i redovita profesorica Pravnoga fakulteta u Rijeci, razmatrala je posebne ovlasti Općeg suda u odnosu na ispitivanje zakonitosti akata institucija, tijela, ureda i agencija Unije u području tržišnoga natjecanja. Meinrad Handstanger, sudac Vrhovnog upravnog suda Austrije i profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Grazu, objasnio je kako su upravni sudovi u Austriji u pravilu ovlašteni donositi reformacijske odluke te sami meritorno riješiti upravnu stvar, što je ocijenio važnim dosegom novoga austrijskog pravnog uređenja. Istaknuo je važnost uvođenja posebnoga filtra za izjavljivanje žalbe, kojim je Vrhovni upravni sud u drugostupanjskom postupku ovlašten rješavati o pravnim pitanjima od temeljne važnosti. David Krysa, s Pravnog fakulteta Karlovog sveučilišta u Pragu, analizirao je ovlasti sudova u Češkoj s izraženom ovlasti kasacije. Istaknuo je kako najviše kasacijske ovlasti uzrokuju brojne poteškoće, ali i neučinkovitost upravnosudske zaštite, što je jedan od bitnih razloga inicijative za modernizacijom upravnog spora u toj državi. Andras Patyi, profesor na Nacionalnom sveučilištu za javnu upravu, izložio je specifičnosti sudske kontrole zakonitosti akata lokalne samouprave u Mađarskoj.

Posljednja cjelina izlaganja na Konferenciji obuhvatila je aktualne teme upravnoga spora u nekim državama članicama Europske unije. Tako je Martin Steinkühler, sudac Saveznog upravnog suda Njemačke, analizirao inkvizitorne ovlasti upravnih sudova u Njemačkoj u kontekstu njihove obveze utvrditi činjenično stanje te njihov učinak na zaštitu subjektivnih prava i pravnih interesa stranaka. Joanna Wegner,

izvanredna profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta Lođu, ukazala je na važnost meritornog odlučivanja u upravnome sporu, koje je, unatoč opasnostima koje nosi, nužno ne samo radi učinkovitosti i ekonomičnosti rješavanja upravnih sporova, već i radi ostvarivanja prava pojedinca uopće. Ujedno je ukazala na zastarjelost i neučinkovitost kasacijskog modela odlučivanja, posebice zbog nepravodobnog ostvarivanja prava građana u Poljskoj. Erik Kerševan, sudac Vrhovnog suda Republike Slovenije i izvanredni profesor na Pravnom fakultetu u Ljubljani, razmatrajući mehanizme pridržavanja presuda upravnih sudova u Sloveniji, ukazao je na obvezu upravnih tijela i nižih upravnih sudova da pri donošenju budućih odluka slijede stajalište Vrhovnog upravnog suda. Posljednje je izlaganje održao Juraj Vačok, izvanredni profesor Pravnog fakulteta *Comenius* Sveučilišta u Bratislavi, koji je prikazao ulogu upravnog sudovanja u Slovačkoj, posebno razmatrajući ustroj upravnosudske zaštite u sustavu sudova opće nadležnosti te trenutačnu situaciju i probleme s kojima se susreću sudovi u praksi.

Konferencija je zaključena okruglim stolom o sudskoj zaštiti prava na pristup informacijama, koji je moderirao Jurij Toplak, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mariboru. Posebnu raspravu privuklo je propisivanje roka za ostvarivanje sudske zaštite prava na pristup informacijama koji je prisutan u zakonodavstvima nekih država, primjerenost prvostupanjske zaštite ovoga prava pred visokim upravnim sudom te hitnost rješavanja sporova o zaštiti ovoga prava.

Konferenciju je zaključio Ante

Galić osvrćući se na nužnost razmjene dobre prakse između država članica Europske unije, ali i država kandidata. Posebno je istaknuo nužnost znanstvene analize postojećih propisa i prakse, a u koju je svrhu održana i ova konferencija, koja je bila tek prva u nizu.

Nina Kovač, mag. iur.

UPUTE SURADNICIMA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci objavljuje radove iz područja pravnih i društvenih znanosti. Uredništvo prima rukopise na hrvatskom, engleskom, talijanskom i njemačkom jeziku, a odlukom uredništva prihvaća za objavljivanje rukopis i na nekom drugom stranom jeziku. Radovi se uredništvu dostavljaju u elektroničkom obliku (*e-mail*). Uredništvo prima isključivo neobjavljene rukopise. Uz naslov rada nužno je navesti ime, prezime i titulu autora, naziv i adresu ustanove ili kućnu adresu te *e-mail* adresu.

Preporučeni opseg rada u pravilu je do dva autorska arka. Radu trebaju biti priloženi popis literature te sažeci i ključne riječi na hrvatskom i engleskom jeziku. Sažetak ne smije prelaziti 200 riječi i mora upućivati na svrhu rada, metodologiju, najvažnije rezultate i zaključak. Prilaže se na posebnoj stranici s navedenim imenom i prezimenom autora, nazivom institucije, naslovom rada, do pet ključnih riječi i s oznakom “Sažetak” / “Summary”.

Rad koji se predaje za objavljivanje u Zborniku Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci treba biti pisan i opremljen u skladu s Uputama za oblikovanje teksta koje su objavljene na mrežnoj stranici:

<http://pravri.uniri.hr/files/zbornik/upute%20autorima%20za%20oblikovanje%20teksta%20rada.pdf>.

Detaljne upute autorima i recenzentima glede razvrstavanja radova dostupne su na mrežnoj stranici:

<http://pravri.uniri.hr/files/zbornik/upute%20autorima%20i%20recenzentima%20glede%20razvrstavanja%20radova.pdf>.

Svi radovi podliježu anonimnom recenzentskom postupku. Radi anonimizacije rada, koja se obavlja uklanjanjem imena autora, neprihvatljivo je da autor u radu piše na način da je identitet autora moguće otkriti iz načina na koji upućuje na vlastite radove.

Uredništvo pridržava pravo redakcijski prilagoditi rad propozicijama časopisa i radove predane na hrvatskom jeziku lektorirati sukladno standardima hrvatskog književnog jezika.

Prikazi knjiga, osvrti i ocjene ne podliježu recenziji, ne smiju biti dulji od osam kartica i potpisuju se na kraju.

Radovi se šalju na adresu: zbornik@pravri.hr.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka publish scientific papers in the field of legal and social sciences. The editorial board accepts scientific papers written in Croatian, English, Italian and German language, nevertheless, the board may, according to its internal decision, accept for publishing scientific papers in some other foreign language. Papers should be submitted in the electronic form (e-mail). The editorial board strictly accepts unpublished manuscripts. Together with the title of the paper, authors should submit their name, family name and title, name and address of the institution or home address, as well as their e-mail address.

It is recommended to submit papers which should not exceed more than 32 type-written double-spaced pages (about 10000 words). The summary and keywords in Croatian and English language should be attached to the paper. The summary will be translated in to German and Italian language. It should encompass no more than 200 words and should inform about the purpose of the paper, methodology, the most important results and conclusions. The summary should be enclosed on a separate page stating the name and family name of the author, name of the institution, title of the article, no more than five key words and a denotation "Summary".

Manuscript submitted for publishing in the Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka should be written and formatted according to the Instructions for Text Formatting which can be downloaded at: <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/format.pdf>.

Detailed instructions for authors and reviewers regarding the classification of papers can be downloaded at: <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/category.pdf>.

All papers will be subject to anonymous review procedure. Due to paper anonymity which is ensured by removing the author's name, it is unacceptable to submit a paper written in a way revealing the author's identity by citations of his own previously written works.

The editorial board holds the right to editorially adjust the paper to journal's propositions and to language-edit written works in Croatian language, according to standards of Croatian standard language.

Book reviews, comments and surveys are not subject to review. They should not exceed eight typed double-space pages (about 2400 words). The authors are expected to sign them before submitting.

Manuscripts should be sent to the following address: zbornik@pravri.hr.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

AKCIJSKA PRODAJA ZBORNIKA!

Naručujem/o ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

- po jedinstvenoj cijeni od **26,25 kn**
- Vol. 20 br. 2 (1999.): _____ primjeraka
- Vol. 21 br. 1 (2000.): _____ primjeraka
- Vol. 21 br. 2 (2000.): _____ primjeraka
- Vol. 22 br. 1 (2001.): _____ primjeraka
- Vol. 22 br. 2 (2001.): _____ primjeraka
- Supplement br. 1 (2001.): _____ primjeraka
- Vol. 23 br. 1 (2002.): **rasprodan**
- Vol. 23 br. 2 (2002.): _____ primjeraka
- Supplement br. 2 (2002.): _____ primjeraka
- Vol. 24 br. 1 (2003.): _____ primjeraka
- Vol. 24 br. 2 (2003.): _____ primjeraka
- Supplement br. 3 (2003.): _____ primjeraka
- Vol. 25 br. 1 (2004.): _____ primjeraka
- Vol. 25 br. 2 (2004.): _____ primjeraka
- Vol. 26 br. 1 (2005.): _____ primjeraka
- Vol. 26 br. 2 (2005.): _____ primjeraka
- Vol. 27 br. 1 (2006.): _____ primjeraka
- Vol. 27 br. 2 (2006.): _____ primjeraka
- Vol. 28 br. 1 (2007.): _____ primjeraka
- Vol. 28 br. 2 (2007.): _____ primjeraka
- Vol. 29 br. 1 (2008.): _____ primjeraka
- Vol. 29 br. 2 (2008.): _____ primjeraka
- Vol. 30 br. 1 (2009.): _____ primjeraka
- Vol. 30 br. 2 (2009.): _____ primjeraka
- Vol. 31 br. 1 (2010.): _____ primjeraka
- Vol. 31 br. 2 (2010.): _____ primjeraka
- Supplement, Vol. 31 br. 1 (2010.): **rasprodan**
- Vol. 32 br. 1 (2011.): **rasprodan**
- Vol. 32 br. 2 (2011.): _____ primjeraka
- Vol. 33 br. 1 (2012.): **rasprodan**
- Vol. 33 br. 2 (2012.): _____ primjeraka
- Vol. 34 br. 1 (2013.): **rasprodan**
- Vol. 34 br. 2 (2013.): _____ primjeraka
- Vol. 35 br. 1 (2014.): _____ primjeraka
- Vol. 35 br. 2 (2014.): _____ primjeraka
- Vol. 36 br. 1 (2015.): **rasprodan**
- Vol. 36 br. 2 (2015.): _____ primjeraka
- Vol. 37 br. 1 (2016.): _____ primjeraka
- Vol. 37 br. 2 (2016.): _____ primjeraka
- Vol. 37 br. 3 (2016.): _____ primjeraka
- po cijeni od **50,00 kn**
- Vol. 38 br. 1 (2017.): **rasprodan**
- po cijeni od **90,00 kn**
- Vol. 38 br. 2 (2017.): _____ primjeraka
- Vol. 38 br. 3 (2017.): _____ primjeraka
- po cijeni od **150,00 kn**
- Vol. 39 br. 1 (2018.): _____ primjeraka
- po cijeni od **90,00 kn**
- Vol. 39 br. 2 (2018.): _____ primjeraka
- Vol. 39 br. 3 (2018.): _____ primjeraka
- Vol. 39 br. 4 (pos. broj) (2018.): _____ primjeraka
- Vol. 40 br. 1 (2019.): _____ primjeraka
- po cijeni od **150,00 kn**

BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

UREDNIK: PROF. DR. SC. MIOMIR MATULOVIĆ

Biblioteka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena je 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose. Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici. U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, Kriminalistika, 1. Uvod, 1997. **(rasprodano)**
- Vinko Hlača, Hrvatsko pomorsko pravo, Izabrani radovi, 2001. **(rasprodano)**
- Vladimir Đ. Degan, Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. **(unutarnja cijena: 165,00 kn; vanjska cijena: 200,00 kn)**
- Matthias Herdegen, Europsko pravo, 2003. **(rasprodano)**
- Milovan Jovanović, *Polis-oikos-nomos*, Ekonomski zakoni, 2004. **(rasprodano)**
- Vladimir Đ. Degan, Međunarodno pravo, II. osuvremenjeno izdanje, 2006. **(rasprodano)**
- Zvonimir Slakoper, Bankovni i financijski ugovori, 2007. **(rasprodano)**
- Robert Blažević, Upravna znanost, 2007. **(rasprodano)**
- Berislav Pavišić, Kazneno postupovno pravo – autorizirana predavanja – 2. izdanje, 2008. **(rasprodano)**
- Dorotea Ćorić, Onečišćenje mora s brodova – Međunarodna i nacionalna pravna regulativa, 2009. **(cijena: 577,50 kn)**
- Berislav Pavišić, Kazneno postupovno pravo, 3. izdanje, 2010. **(rasprodano)**
- Anamari Petranović, *Obligationes iuris romani: (breviarum)*, 2010. **(cijena 157,50 kn)**
- Milovan Jovanović i Ivo Eškinja, Osnove ekonomske politike, 2012. **(cijena 157,50 kn)**
- Dario Đerđa, Osnove upravnog prava Europske unije, 2012. **(cijena 115,00 kn)**
- Berislav Pavišić i Tadija Bubalo, Međunarodno kazneno pravo, 2013. **(cijena 94,50 kn)**
- Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić i Igor Martinović, Kazneno pravo – opći dio, 2013. **(cijena 68,25 kn)**
- Edita Čulinović-Herc, Dionis Jurić, Mihaela Braut Filipović i Nikolina Grković: Pravno uređenje UCITS fondova na tržištu kapitala, 2013. **(cijena 300,00 kn)**
- Teodor Antić, Ustrojstvo i djelokrug javnog sektora, 2014. **(cijena 150,00 kn)**
- Berislav Pavišić i suradnici, Kazneno postupovno pravo, 6. izdanje, 2014. **(cijena 140,00 kn)**

- Željko Bartulović, Povijest prava i države (I. dio – Opća povijest prava i države, 2014. **(cijena 50,00 kn)**)
- Robert Blažević, Upravna znanost, 2015. **(rasprodano)**
- Ivan Padjen, Metodologija pravne znanosti, 2015. **(cijena 120,00 kn)**
- Robert Blažević, Upravna znanost, V. izdanje, 2016. **(cijena 120,00 kuna)**
- Milovan Jovanović, Osnove ekonomike javnog sektora, 2016. **(cijena 60,00 kuna)**
- Milovan Jovanović, Ekonomska politika, 2017. **(cijena 80,00 kuna)**
- Dario Đerđa, Upravni spor, 2017. **(cijena 120,00 kuna)**

MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, Politički poretci i legitimitet, 1995. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. **(rasprodano)**
- Marinko Đ. Učur, Pomorsko radno pravo, 1997. **(rasprodano)**
- Vesna Tomljenović, Pomorsko međunarodno privatno pravo, Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998. **(rasprodano)**
- Edita Čulinović-Herc, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. **(cijena: 73,50 kn)**
- Lujo Margetić, Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999. **(rasprodano)**
- Milovan Jovanović, Kapitalizam iznutra, 1999. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, 2000. **(cijena: 105,00 kn)**
- Vesna Crnić-Grotić, Pravo međunarodnih ugovora, 2002. **(cijena: 126,00 kn)**
- Eduard Kunštek, Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. **(cijena: 136,50 kn)**
- Petar Simonetti, Denacionalizacija, 2004. **(rasprodano)**
- Petar Šarčević, Essays in Private International Law and Comparative Law, 2004. **(cijena: 294,00 kn)**
- Željko Bartulović, Sušak 1919. - 1947. Državnopravni položaj grada, 2004. (suizdavač: Adamović, Rijeka i Državni arhiv u Rijeci) **(rasprodano)**
- Robert Blažević, Karizma, Politička vlast i karizmatičke ličnosti, 2006. **(rasprodano)**
- Mirela Župan, Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu, 2006. **(cijena: 103,95 kn)**
- Ivana Kunda, Internationally Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation, 2007. **(cijena: 114,45 kn)**
- Petar Simonetti, Prava na građevinskom zemljištu, 2008. **(rasprodano)**
- Petar Simonetti, Prava na nekretninama, 2009. **(rasprodano)**
- Sanja Barić, Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim Europskim državama, 2009. (suizdavač: Organizator, Zagreb) **(rasprodano)**

- Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, uz suradnju Maje Bukovac Puvače, Obvezno pravo - opći dio - sklapanje, promjene i prestanak ugovora, 2009. (suizdavač: Novi informator, Zagreb) **(cijena: 556,50 kn)**
- Maša Marochini, SOCIO-ECONOMIC DIMENSION OF THE ECHR - Should there be limits to the European Court of Human Rights reading significant socio-economic elements into Convention rights?, 2013. **(cijena 73,50 kn)**
- Marija Pospišil Miler, Novi sustav odgovornosti za smrt i tjelesne ozljede putnika u pomorskom prijevozu, 2014. **(cijena 299,00 kn)**
- Sanja Grbić, Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6. stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost – razumna duljina trajanja postupka – nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca – pristup sudu – jednakost oružja), 2014. **(cijena 120,00 kn)**
- Dalida Rittossa, Zablude u kaznenom pravu, 2014. **(cijena 110,00 kn)**
- Igor Martinović, Institut namjere u kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi, 2014., **(cijena 80,00 kn)**
- Tadija Bubalo, Pravni lijekovi u kaznenom postupnom pravu, 2015. **(cijena 180,00 kn)**
- Velinka Grozdanić (urednica), Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, 2015. **(cijena 100,00 kn)**
- Robert Blažević, Stigma i karizma, 2017. **(cijena 80,00 kuna)**
- Budislav Vukas, Hrvatska državnost – pravopovijesne prosudbe - u povodu 25. obljetnice prijama RH u Ujedinjene narode, 2017. **(cijena 70,00 kuna)**
- Anamari Petranović, “Riječko” uz rimsko pravo, 2019. **(cijena 70,00 kuna)**
- Liber Amicorum Aldo Radolović, Zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću, 2018. **(cijena 250,00 kuna)**

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- Velinka Grozdanić, Alenka Šelih, Žene i kazna zatvora, 2001. **(rasprodano)**
- Velinka Grozdanić i dr., Kad žena ubije, 2011. **(cijena: 105,00 kn)**
- Susan Šarčević, Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union, 2001. **(rasprodano)**
- Nada Bodiroga Vukobrat, Sanja Barić, Prekogranična i regionalna suradnja, 2007. (Zbornik radova s međunarodnog znanstvenog skupa održanog na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 6. i 7. listopada 2006. godine), **(cijena: 126,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu, Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala, 2005. **(rasprodano)**
- Nada Bodiroga-Vukobrat, Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje - europski zahtjevi i nacionalna rješenja, 2008. **(cijena: 147,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović-Herc, Vlatka Butorac Malnar, Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđnom području, 2009. **(cijena: 189,00 kn)**

- Vesna Tomljenović i Ivana Kunda: Uredba Bruxelles I. – izazovi u hrvatskom pravosuđu, 2013. **(cijena 150,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Silvija Petrić i Emilia Mišćenić, Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba, 2013. **(cijena: 150,00 kn)**
- Zbornik radova povodom 70. godine života Berislava Pavišića, Kazneno pravo i kazneno postupovno pravo i kriminalistika, 2014. **(cijena 190,00 kn)**
- Zbornik radova, Obitelj i djeca: europska očekivanja i nacionalna stvarnost, urednica: Ivana Kunda, 2015. **(cijena 157,50 kn)**
- Zbornika radova, Povijest i sadašnjost građanskih kodifikacija Baltazar Bogišić 1908-2008., urednik: Nenad Hlača, 2015. **(cijena: 115,50 kn)**

PRIJEVODI:

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, Međunarodni trgovački poslovi, 1998. **(besplatno izdanje)**
- R. L. Doernberg, Međunarodno oporezivanje, 1999. **(besplatno izdanje)**
- T. C. Hartley, Temelji prava Europske zajednice, 2004. **(cijena: 315,00 kn - meki uvez)**
- Buergethal, Thomas, Međunarodna ljudska prava, 2011. **(rasprodano)**

PRIRUČNICI:

- Miomir Matulović, Berislav Pavišić, Dokumenti Vijeća Europe, 2001. **(cijena: 157,50 kn)**

* **Napomena: u cijenu je uračunat porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

BIBLIOTEKA ZAVODA ZA KAZNENE ZNANOSTI MOŠĆENICE

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi.

- Berislav Pavišić, Gaetano Insolera, Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava, Rijeka, 1997. **(rasprodano)**
- Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra, Rijeka, 2002. **(rasprodano)**
- Berislav Pavišić, Transition of criminal procedure systems, Vol. II., 2004. **(cijena: 236,25 kn)**
- Đorđe Milović, Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta, 2005. **(cijena: 189,00 kn)**
- Código procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, poredbeni pregled: Vanina Ferreccio, 2005. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru – Mošćenički zakon i statuti, Knjiga prva, 2006. **(rasprodano)**
- Marinko Đ. Učur, Radni odnosi u privatnoj zaštiti, 2006. **(rasprodano)**

- Dejana Golenko, Hrvatska kriminalistička bibliografija, Svezak 1 / Bibliography of Croatian Criminalistics, Volume 1, 2009. **(cijena: 136,50 kn)**
- Berislav Pavišić, Hrvatska kaznena jurisdikcija za kaznena djela na moru/ Croatian criminal jurisdiction over the crime at sea, 2013. **(cijena 105,00 kn)**
- *Zakonik o kaznenom postupku Ruske Federacije*, urednik: prof. em. dr. sc. Berislav Pavišić, prijevod Iva Parenta, 2015., **(cijena: 460,00 kn)**

* **Napomena: u cijenu je uračunat porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

Ime i prezime/Poduzeće/Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

OIB: _____

U _____, _____ godine

MP

Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci

IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka

Tel.: 051/359-516, fax 051/675-113, e-mail: skriptarnica@pravri.hr

