

UDK 34 + 3

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

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 39

BROJ 3

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij.
vol. 39, br. 3, str. XII + 1091-1446, Rijeka, 2018.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI
COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA
RECUEIL DES TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RIJEKA
RACCOLTA DI SCRITTI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI RIJEKA
GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA

Nakladnik/Publisher: Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hahlić 6, 51 000 Rijeka

Glavni urednik/Editor-in-Chief: prof. dr. sc. Željko Bartulović

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, prof. dr. sc. Nada Bodiroga – Vukobrat, prof. dr. sc. Edita Čulinović Herc, prof. dr. sc. Eduard Kunštek, prof. dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, prof. dr. sc. Dario Đerđa, prof. dr. sc. Sanja Barić, prof. dr. sc. Budislav Vukas, prof. dr. sc. Maja Bukovac Puvača (svi s Pravnog fakulteta u Rijeci), prof. dr. sc. Gian Antonio Benacchio (Trento, Italija), prof. dr. sc. Tomislav Borić (Graz, Austrija), izv. prof. dr. sc. Elina N. Moustaira (Atena, Grčka), izv. prof. dr. sc. Pasquale Pistone (Salerno, Italija/IBFD, Nizozemska), izv. prof. dr. sc. Saša Prelič (Maribor, Slovenija), doc. dr. sc. László Heka (Szeged, Mađarska)

Izvršni urednici/Executive Editors: doc. dr. sc. Dejan Bodul, doc. dr. sc. Petra Perišić

Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board: prof. emeritus Ljubo Bavcon (Ljubljana, Slovenija), prof. emeritus Šime Ivanjko (Maribor, Slovenija), prof. emeritus Marcus Lutter (Bonn, Njemačka), prof. dr. sc. Gaetano Insolera (Bologna, Italija), izv. prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Rim, Italija)

Lektura/Language Editing: dr. sc. Dejana Golenko, viša knjižničarka (za hrvatski)

Prijevod/Translations: doc. dr. sc. Sandra Winkler (za talijanski), dr. sc. Katja Dobrić Basaneže (za njemački)

za UDK/for UDC: dr. sc. Dejana Golenko, viša knjižničarka

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel. + 385 51 359-555, faks. + 385 51 675-113

e-pošta: zbornik@pravri.hr

mrežno mjesto/web: <http://pravri.uniri.hr/hr/advancedmodules/znanost/zbornik.html>

English: <http://pravri.uniri.hr/en/advancedmodules/scientific-research/collected-papers.html>

Časopis izlazi triput godišnje.

Naklada: 300 primjeraka

Priprema i tisak/Layout & Print: Tiskara Grafika Helvetica d.o.o., Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za Web of Science Core Collection (WoSCC), podbaza Emerging Sources Citation Index (ESCI), HeinOnline Law Journal Library (William S. Hein & Co., Inc., USA), Index to Foreign Legal Periodicals, Berkeley, California, USA (HeinOnline), Sociological Abstracts - CSA (ProQuest), Worldwide Political Science Abstracts - CSA (ProQuest), Linguistics and Language Behavior Abstracts, San Diego, California, USA - CSA (ProQuest), Political Science Complete – EBSCO, Directory of Open Access Journals (DOAJ).

Časopis je objavljen uz financijsku potporu Ministarstva znanosti i obrazovanja Republike Hrvatske.

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



SVEUČILIŠTE U RIJECI
PRAVNI FAKULTET

*45 godina pravnog studija u Rijeci
1973.-2018.*

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 39

BROJ 3

RIJEKA, 2018.

SADRŽAJ

Članci:

- Željko Bartulović, Zrinka Erent Sunko, Vilma Pezelj,*
 Spolno zlostavljanje i druga kaznena djela nasilja nad ženama u zakonicima srednjovjekovnog germanskog prava, s naglaskom na *Lex Salica* i *Lex Ribuaria*
 (izvorni znanstveni rad)..... 1091
- Dubravka Akšamović, Sanjin Stupar,*
 Pojam, pravna priroda i neka otvorena pitanja faktičnih koncerna u domaćem i komparativnom pravu
 (izvorni znanstveni rad)..... 1119
- Ines Matić, Anamari Petranović,*
 Antihreza u rimskoj pravnoj doktrini
 (izvorni znanstveni rad)..... 1153
- Ivan Tot,*
 Prestanak trajnih obveznih odnosa
 (izvorni znanstveni rad)..... 1171
- Sanja Barić, Ana Acinger,*
 Pravna regulacija položaja lobista u Europi
 (prethodno priopćenje) 1207
- Jakub Handrlica,*
 Revidiranje međunarodnog upravnog prava kao pravne discipline
 (prethodno priopćenje) 1237
- Sabina Mandić, Dora Dodig Hundrić, Neven Ricijaš, Mirta Kuharić,*
 Pravni aspekti maloljetničkog pravosuđa – perspektiva stručnjaka
 (prethodno priopćenje) 1259

- Attila Badó, Gábor Feleky, János Lőrinczi,*
Empirijsko istraživanje porotnog sustava u Mađarskoj (Odnos sudaca laika i profesionalnih sudaca u mješovitim sudovima)
(pregledni znanstveni rad)..... 1287
- Petar Miladin,*
Protuponuditeljske mjere prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o preuzimanju dioničkih društava
(pregledni znanstveni rad)..... 1319
- Zrinka Erent Sunko,*
Abortus u pravnom sustavu SSSR od 1920. do 1991. – legalizacija i kriminalizacija
(pregledni znanstveni rad)..... 1347
- Stjepan Novak,*
Razvoj sustava sankcija protiv fizičkih i pravnih osoba, skupina i nedržavnih entiteta povezanih s terorizmom u okviru pravnog poretka Ujedinjenih naroda s aspekta Suda Europske unije
(pregledni znanstveni rad)..... 1371
- Islam Qerimi, Bedri Bahtiri,*
Kazneno pravo i kazneno postupovno pravo u Republici Kosovo
(stručni rad) 1395

TABLE OF CONTENTS

Articles:

- Željko Bartulović, Zrinka Erent Sunko, Vilma Pezelj,*
Sexual Abuse and Other Criminal Acts of Violence Against Women in
Medieval German Law Codes with a Focus On *Lex Salica* and *Lex*
Ribuaria..... 1091
- Dubravka Akšamović, Sanjin Stupar,*
Factual Concerns in Domestic and Comparative Law – the Concept, Legal
Nature and Other Open Questions 1119
- Ines Matić, Anamari Petranović,*
Antichresis in Roman Legal Doctrine..... 1153
- Ivan Tot,*
Termination of Continuing Obligation Relationships 1171
- Sanja Barić, Ana Acinger,*
The Legal Status of Lobbyists in Europe..... 1207
- Jakub Handrlica,*
Revisiting International Administrative Law as a Legal Discipline 1237
- Sabina Mandić, Dora Dodig Hundrić, Neven Ricijaš, Mirta Kuharić,*
The View of Experts on the Effectiveness of the Juvenile Justice
System..... 1259
- Attila Badó, Gábor Feleky, János Lőrinci,*
Empirical Research into the Relationships Between Professional and Lay
Judges in Mixed Tribunals in Hungary 1287
- Petar Miladin,*
Counter-offer Measures According to the Draft Act on Amendments to the
Act on the Takeover of Joint-stock Companies..... 1319

Zrinka Erent Sunko,

Abortion in the Legal System of the USSR From 1920 To 1991 –
Legalization and Criminalization 1347

Stjepan Novak,

Development of the System of Sanctions Against Natural and Legal
Persons, Groups and Non-state Entities Connected with Terrorism in the
Legal Order of the United Nations from the Perspective of the Court of
Justice of the European Union 1371

Islam Qerimi, Bedri Bahtiri,

Criminal and Criminal Procedural Law in Kosovo..... 1395

INHALT

Beiträge:

- Željko Bartulović, Zrinka Erent Sunko, Vilma Pezelj,*
 Sexueller Missbrauch und andere Straftaten gegen Frauen in Gesetzen des
 mittelalterlichen germanischen Rechts mit Betonung auf *Lex Salica* und
Lex Ribuaria 1091
- Dubravka Akšamović, Sanjin Stupar,*
 Begriff, Rechtsnatur und einige offene Fragen bezüglich faktischer
 Konzerne aus der nationalen und rechtsvergleichenden Perspektive..... 1119
- Ines Matić, Anamari Petranović,*
 Antichresis in der Römischen Rechtsdoktrin 1153
- Ivan Tot,*
 Erlöschen der Schuldverhältnisse..... 1171
- Sanja Barić, Ana Acinger,*
 Rechtsregelung der Stellung von Lobbyisten in Europa 1207
- Jakub Handrlica,*
 Internationales Verwaltungsrecht als revidierte Rechtsdisziplin..... 1237
- Sabina Mandić, Dora Dodig Hundrić, Neven Ricijaš, Mirta Kuharić,*
 Die Ansicht von Experten über die Zweckmäßigkeit des Systems der
 Jugendgerichtsbarkeit..... 1259
- Attila Badó, Gábor Feleky, János Lőrinczi,*
 Eine empirische Forschung über das Laienrichtersystem in Ungarn
 (Die Beziehung zwischen den Laien- und Berufsrichtern in gemischten
 Gerichtshöfen)..... 1287

Petar Miladin,

Maßnahmen hinsichtlich Gegenangebote gemäß der Gesetzesvorlage über die Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über die Übernahme von Aktiengesellschaften 1319

Zrinka Erent Sunko,

Abtreibung im Rechtssystem der Sowjetunion von 1920 bis 1991 –
Legalisierung und Kriminalisierung..... 1347

Stjepan Novak,

Entwicklung von Sanktionen gegen die mit Terrorismus verbundenen natürliche und juristische Personen, Personengruppen oder nichtstaatliche Organisationen in der Rechtsordnung von Vereinten Nationen und aus der Perspektive des Gerichtshofs der Europäischen Union..... 1371

Islam Qerimi, Bedri Bahtiri,

Straf- und Strafprozessrecht im Kosovo 1395

INDICE

Articoli:

- Željko Bartulović, Zrinka Erent Sunko, Vilma Pezelj,*
L'abuso sessuale e gli altri reati penali di violenza sulle donne nei codici medioevali del diritto germanico con particolare accento sulla *Lex Salica* e sulla *Lex Ribuaria* 1091
- Dubravka Akšamović, Sanjin Stupar,*
La nozione, la natura giuridica ed alcune questioni aperte riguardanti i gruppi societari di fatto nel diritto interno e comparato 1119
- Ines Matić, Anamari Petranović,*
L'antiresi nella dottrina giuridica romanistica 1153
- Ivan Tot,*
La cessazione dei rapporti obbligatori di durata 1171
- Sanja Barić, Ana Acinger,*
La disciplina giuridica della posizione dei lobbisti in Europa 1207
- Jakub Handrlica,*
Il ripensamento del diritto internazionale amministrativo quale disciplina giuridica 1237
- Sabina Mandić, Dora Dodig Hundrić, Neven Ricijaš, Mirta Kuharić,*
La percezione dei professionisti circa l'adeguatezza del sistema della giustizia minorile 1259
- Attila Badó, Gábor Feleky, János Lőrinczi,*
Indagine empirica sul sistema della giuria in Ungheria 1287
- Petar Miladin,*
Le misure del contro proponente secondo il Disegno di Legge sulle modifiche ed integrazioni della Legge sul rilevamento delle società per azioni 1319

Zrinka Erent Sunko,

L'aborto nel sistema giuridico dell'URSS dal 1920 al 1991 - legalizzazione e criminalizzazione..... 1347

Stjepan Novak,

Lo sviluppo del sistema delle sanzioni contro persone fisiche e giuridiche, gruppi ed entità non governative connessi con il terrorismo nell'ambito dell'ordinamento giuridico delle Nazioni Unite visto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea 1371

Islam Qerimi, Bedri Bahtiri,

Il diritto penale sostanziale e processuale nella Repubblica del Kosovo 1395

Članci

(Articles, Beiträge, Articoli)

SPOLNO ZLOSTAVLJANJE I DRUGA KAZNENA DJELA NASILJA NAD ŽENAMA U ZAKONICIMA SREDNJOVJEKOVNOG GERMANSKOG PRAVA S NAGLASKOM NA *LEX SALICA* I *LEX RIBUARIA*

Prilog istraživanju pravno-povijesnog položaja žena i borbi protiv nasilja nad ženama

Prof. dr. sc. Željko Bartulović*
Izv. prof. dr. sc. Zrinka Erent Sunko**
Izv. prof. dr. sc. Vilma Pezelj***

343.615-055.23(43)07/08”
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.1>
Ur.: 18. rujna 2018.
Pr.: 20. studenoga 2018.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Istražujući i analizirajući zakonike germanskih plemena, tzv. leges barbarorum, od kojih nam je zasigurno najpoznatiji Salijski zakonik ili Lex Salica, autor/ice zaključuju da su germanska plemena u kaznenopravnoj regulativi vezanoj za djela nasilja nad ženama pokazala začudnu energičnost. Barbarsku kaznenopravnu zaštitu treba sagledati u okolnostima i uvjetima življenja u srednjem vijeku te kroz načela i vrijednosti različite od onih na kojima počivaju suvremeni pravni sustavi. Leges barbarorum sadrže određenu klasifikaciju kaznenih djela nasilja nad ženama te prema težini kaznenog djela određuju kaznu koja može biti manja novčana, ali i vrlo teška poput oduzimanja cijele imovine, fizičkog kažnjavanja u javnosti i gubljenja pravnog statusa. Posebno se kažnjavaju ubojstva trudnica kao i prikrivanja i poricanja kaznenih djela. Svrha kazne bila je u prvom redu namiriti štetu žrtvi koja je često u slučaju seksualnog zlostavljanja bila ne samo traumatizirana već i stigmatizirana. Ostaje pitanje koliko su germanska plemena, tzv. „barbari“ u stvarnosti poštovali svoje zakone.

Ključne riječi: *barbari, leges barbarorum, nasilje, silovanje, ubojstvo, otmica, Lex Salica, Lex Ribuarica, Lex Visigothorum.*

* Dr. sc. Željko Bartulović, redoviti profesor Sveučilišta u Rijeci, Pravnog fakulteta; zeljko@pravri.hr.

** Dr. sc. Zrinka Erent Sunko, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu; zrinka.erent.sunko@pravo.hr.

*** Dr. sc. Vilma Pezelj, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu; vilma.pezelj@pravst.hr.

1. UVOD

Kakvo je bilo nasilje nad ženama prije 1.200 i više godina i kako ga je društvo nastojalo suzbiti? Može li se nasilje koje se događa danas nazvati „barbarskim ponašanjem“? Davanje epiteta „barbarski/o“¹ nasilnom i ponižavajućem ponašanju prema ženama te kaznenim djelima s njima u vezi otvara neka pitanja. Jesu li barbarska društva u srednjem vijeku svojim pravnim okvirima obuhvaćala djela nasilja nad ženama, kakva su bila ta kaznena djela i jesu li kazne koje su snosili počinitelji osiguravale svrhu koju je društvo željelo postići? Jesu li barbari u djelima nasilja prema ženama prepoznavali ona koja su usmjerena na žene samo zato što su žene, danas nazvanog rodno uvjetovano nasilje? Tražeći odgovor na ova pitanja istražili smo običaje popisane u zakonicima germanskih naroda, tzv. barbara, u ranom srednjem vijeku i došli do zaključka da postojeće teze o pravno poticanom nasilju kao i neosjetljivosti barbara prema ženama ne možemo uzeti bez određene zadržke. Naime, neki su barbarski zakoni vrlo strogo kažnjavali nasilje nad ženama. Razlozi nisu isti onima na kojima se temelje suvremeni pravni sustavi, no nepravedno je izostaviti da je društvo i u to vrijeme pokušavalo na svoj način, i sredstvima koja mu stoje na raspolaganju, odgovoriti na problem nasilja nad ženama i „ženskog pitanja“. Koliko su se, i kako, ti barbarski zakoni primjenjivali u svakodnevnom životu pitanje je koje se može postaviti i u odnosu na suvremene pravne regulative i njegove primjene danas. Odgovor može biti vrlo sličan. Je li u redu svako neprimjereno i nasilno ponašanje prema ženama nazivati „barbarskim“? Prije četiri godine Kanada je zakon koji ima za cilj spriječiti nasilje nad ženama useljeničkog stanovništva nazvala *Zero Tolerance for Barbaric Cultural Practices Act* (S. C. 2015, c. 29),² koristeći riječ *barbaric* u značenju „strano“. Zakon je nastao kao izraz politike u kojoj pojam „barbarske kulturne prakse“, tj. barbarskih običaja, podrazumijeva sve oblike obiteljskog nasilja koji se temelje na spolu kao što su „rani, na silu i poligamni brakovi i nasilje zbog časti“³ i nije mu namjera aludirati na barbare, tj. običaje germanskih plemena, već na strane i nerazumljive običaje zemalja iz kojih dolaze useljenici.

Danas,⁴ gotovo 1.500 godina nakon prvih barbarskih zakonika, više od 119 država donijelo je propise protiv nasilja u obitelji, 125 država propise protiv seksualnog uznemiravanja i 52 države propise protiv silovanja u braku,⁵ pa ipak je veliki broj žena

1 Prema oxfordskom rječniku barbarima su „u stara vremena nazivani ljudi koji nisu pripadali velikim civilizacijama (grčkoj, rimskoj, kršćanskoj)“. Vidi: <http://www.en/oxforddictionaries.com/definition/barbarian>, posjećeno 1.2.2018.

Kurtović navodi da su „barbari ljudi niže kulture tj. stranci“. Vidi Kurtović, Š., *Opća povijest prava i države*, Zagreb, 2005., str. 121. Kasnije, i s obzirom na usporedbu s Rimljanima i Greima, ovaj se pojam počeo koristiti za strano, odnosno necivilizirano, nekulturno, okrutno i dr. negativno ponašanje.

2 Tekst zakona vidi: laws-lois.justice.gc.ca/eng/annualstatutes/2015_29/page-1.htm, posjećeno 17.1.2018.

3 Razjašnjenje pojma „barbarske kulturne prakse“ preuzeto s mrežne stranice kanadske vlade. Vidi: <http://news.gc.ca/web/article-en.do?nid=900399>, posjećeno 12.1.2018.

4 Nakon 25 godina od usvajanja Deklaracije o eliminaciji nasilja nad ženama.

5 Prema *The World's Women 2015, Trends and Statistics*, Department of Economic and Social Affairs, United Nations, New York, 2015., str. 139.

pretrpio ili trpi nasilje i dalje.⁶ Ni Hrvatska nije pošteđena ovog zla pa je od 2012. do kraja 2017. u Hrvatskoj ubijeno 90 žena. A samo u Hrvatskoj 2016. godine 66 žena bile su žrtve kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka, 89 žena žrtve silovanja, 98 žena žrtve bludnih radnji te 24 žene žrtve spolnog uznemiravanja.⁷

Čini se da barbarima „na dušu“ ide i više od onoga što bi trebalo, pa valja rasvijetliti jesu li i kako barbari, odnosno germanska plemena, po kojima se pojam „barbarsko“ i koristi za strano i negativno ponašanje, regulirali nasilno ponašanje prema ženama.

2. POLOŽAJ ŽENE U NARODNIM PRAVIMA – OPĆENITO

Pravo ranog srednjeg vijeka bilo je plemensko pravo, koje je, temeljeći se na običajnom pravu stare predaje, zabilježeno od 475. do 802./3. godine. Ovisno o trenutku i mjestu nastanka te stupnju rimskog, odnosno kršćanskog utjecaja,⁸ prava se međusobno znatno razlikuju. Kodificirane zbirke pale su u zaborav u postkarolinškom periodu, ali pravna načela sadržana u njima zadržala su se kao odrednice sve do 13. stoljeća.⁹

Plemenska prava bila su ujednačena glede ograničavanja pravne i poslovne sposobnosti žena, pri čemu su žene bile pod skrbištvom oca ili muža. Bile su isključene iz svih javnih funkcija, a na sudu se nisu mogle samostalno pojavljivati već ih je morao zastupati suprug. U slučaju smrti oca ili supruga kao nositelja vlasti nad ženom, zamjenjivao ih je najbliži muški rođak po muškoj liniji.¹⁰ U privatno-pravnom smislu ova zaštita je obuhvaćala pravo raspolaganja i korištenja ženine imovine, pravo da je uda prema svojoj volji kao i pravo kažnjavanja.¹¹ Pravo da se ženu proda u nuždi ili da je ubije u okviru kaznene vlasti, pokazuju da starateljstvo spola nije bilo čisti odnos zaštite žene, već je potjecalo iz patrijarhalne vlasti gospodara kuće. Iako su

6 Prema podacima Ujedinjenih naroda oko 1/3 žena u svijetu, dakle 1 od 3 žene, u nekom je razdoblju svog života bilo podvrgnuto fizičkom ili seksualnom nasilju od strane svog partnera ili neke druge osobe, dakle u obitelji ili izvan nje. Vidi statističke podatke o nasilju nad ženama *The World's Women 2015, Trends and Statistics*, str. 139.-163., dostupno na: <http://unstat.un.org/unsd/gender/worldswomen.html>, posjećeno 1.2.2018. Porazan je podatak da je unatoč brojnim konvencijama te nacionalnim zakonskim regulativama manje od 40% žena zatražilo pomoć, od toga samo 10 od policije.

7 Prema podacima Statističkog zavoda Republike Hrvatske, *Žene i muškarci u Republici Hrvatskoj, Zagreb 2016*, str. 65, dostupno na: <http://www.dzs.hr>, posjećeno 15.2.2018.

8 Jedan od razloga popisivanja običaji bila je zaštita od utjecaja rimskog prava. Za stanovništvo koje je prije živjelo na tom prostoru vrijedilo je vulgarno rimsko pravo, a ono je i izvršilo utjecaj na germanska prava i pretrpjelo njihov utjecaj. O utjecaju rimskog prava na germansko vidi više James, 1982.; Wood, 1990.; Matthews, 1993. i 2006.; Smith, 2005., Horvat, 1943. i dr. Vizigotsko, burgundsko i lombardsko pravo (*Edictus Rothari*) su, za razliku od salijskog, anglosaksonskog te alemanskog ili prava *Baiuvariorum* pod jačim utjecajem rimskog prava. O izvorima vidi: Bartulović, Ž., *Povijest prava i države, I. dio – Opća povijest prava i države*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2014., str. 52.

9 Ketsch, P. - Kuhn, A., *Frauen im Mittelalter, Band 2, Düsseldorf 1984.*, str. 147.

10 Eckhardt, K. A., *Die Gesetze des Karolingerreiches, Band 3, 1934.*, str. 25, 27.

11 *Edictus Rothari*, par. 189, 200, 202. Beyerle, F., *Die Gesetze der Langobarden, Band 1, Edictus Rothari, 1961.*, str. 71, 79, 81.

neke odredbe narodnih prava ograničavale samovoljnu primjenu kaznene vlasti nad ženom, one se nisu odnosile na vlast oca i brata.¹²

Osobni odnos supružnika bio je u pravnom smislu obilježen podređenošću žene. Preljub su plemenska prava poznavala samo od strane žene kao kazneno djelo. Ženu uhvaćenu u preljubu mogao je muž kazniti po svom vlastitom nahođenju, budući da se preljubom zadiralo u njegovu vlast nad ženom.¹³

Ženino pravo raspolaganja njenim vlasništvom, koje se sastojalo od miraza, vjenčanog dara muža i *Wittum* bila su u pojedinačnim pravima različito regulirana. Općem načelu vjerojatno su odgovarale odredbe langobardskog prava gdje je imovina oba supružnika prelazila u ruke muža koji je njome upravljao.¹⁴ U slučaju rastave braka imovina bi se dijelila na pojedinačne sastavne dijelove, pri čemu je žena dobivala natrag ono što je donijela u brak i tako bila uskraćena za dio bračne stečevine.

Ako je žena htjela prodati dio svoje imovine, ovisila je ne samo o suglasnosti supruga već i suglasnosti dvoje ili troje najbližih muških rođaka.¹⁵ Kod Westfalaca i ribuarskih Franaka žene su imale udjela u bračnoj stečevini.¹⁶ Kod salijskih Franaka žene su bile isključene od mogućnosti nasljeđivanja zemlje, što je ukinuto ediktom Chilpericha I. oko 575.¹⁷ Izričitu ravnopravnost u nasljednom pravu poznavalo je tek vizigotsko pravo.¹⁸

3. KAZNENO PRAVO I KAZNE ZA DJELA POČINJENA NAD ŽENAMA U FRANAČKOJ

U težini i visini kazne ogleda se podjela društva po statusu (slobodni-roboti) i etničkoj pripadnosti (Franci-Rimljani),¹⁹ ali i određena osjetljivost prema skupinama osjetljivim zbog svoje dobi ili stanja poput djeca ili trudnica.

Kazne u obliku novčane naknade, odnosno kompenzacije, određene su prema žrtvi i okolnostima slučaja, a postupak protiv počinitelja je u ranijem razdoblju uglavnom ovisio o volji oštećenog koji se mogao odlučiti želi li odmazdu ili naknadu prema odluci suda. Najvažnija svrha naknade je namiriti pretrpljenu štetu, gubitak ili bol. Novčanom kompenzacijom posredno se trebao postići mir među Francima i spriječiti daljnji kriminal.²⁰ Ali, visoka novčana naknada ujedno je bila i odmazda s obzirom na to da je iznosom do 1.800 solida²¹ mogla dovesti do uništenja ne samo

12 Ketsch, P. - Kuhn, A., *Frauen im Mittelalter*, Band 2, Düsseldorf 1984., str. 147. i tamo navedeni izvori.

13 Vidi *Lex Visigothorum III*, 4, 3.

14 Vidi *Edictus Rothari*, par. 204. Tako Ketsch, P. - Kuhn, A., *Frauen im Mittelalter*, Band 2, Düsseldorf 1984., str. 148.

15 Liutprand, 721, 22. Detaljnije: Beyerle, *Gesetze der Langobarden*, str. 193-195.

16 Detaljnije: Ketsch, P. - Kuhn, A., *Frauen im Mittelalter*, Band 2, Düsseldorf, 1984., str. 148. i tamo navedeni izvori.

17 *Lex Salica*, 93, 1-6.

18 *Lex Visigothorum IV*., 2, 1.

19 Vidi R. C. van Caenegem, *Legal History: A European Perspective*, London 1991. str. 117.

20 Vidi uvod u *Pactus legis Salicae*, MGM.

21 Usporedbe radi vrijednost goveda bila je oko tri solida. Vrijednost novca se tijekom vremena mijenjala pa je težina kazne ovisila o toj promjeni.

počinitelja već i njegove obitelji i srodnika. Naime, ako počinitelj nije bio u mogućnosti namiriti štetu, obveza je padala na oca, brata ili daljeg srodnika. Odgovornost srodnika za kazneno djelo bila je važno sredstvo u borbi protiv počinitelja djela koji su u društvu izazivali nered i nesigurnost te ugrožavali autoritet vlasti. Ako ni počinitelj niti srodnici nisu mogli namiriti naknadu, tj. kaznu, počinitelj bi postajao rob ili bi u određenim slučajevima bio ubijen. U kasnijem razdoblju oštećeni nije mogao birati između odmazde i naknade već je morao prihvatiti odluku suda o obeštećenju²² koje se dijele na *wergeld* i *busse*.²³

Tjelesno kažnjavanje i kazna zatvora za slobodne ljude ne postoje u franačkom pravu.²⁴ Smrtna kazna u franačkom pravu predviđena je tek za nekoliko kaznenih djela u kojima su počinitelji grof, rob ili kraljev kmet. Ipak, nešto kasnije, pojedina se djela drukčije sagledavaju pa se smrtna kazna određuje bez obzira na počinitelja. Jedan od novijih kapitularija predviđa smrtnu kaznu za onoga koji oženi ženu svog oca, onoga koji počini silovanje i onoga koji bez razloga ubije drugoga.²⁵ U tjelesno kažnjavanje ne ulazi „božji sud“, odnosno ordalije jer se kod „božjeg suda“ radi o dokaznim sredstvima, a ne o kazni predviđenoj za počinitelja određenoga kaznenog djela.

Tek se od 8. stoljeća pod utjecajem Crkve potiskuju neka načela germanskog prava, poput krvne osvete ili *ex lex*, i nastoji dati važnost subjektivnim elementima odgovornosti (krivnji, *dolus*). Po starogermanskom pravu krivnja se nije posebno dokazivala nego se namjera počinitelja procjenjivala prema okolnostima pojedinog slučaja. Prema tim okolnostima djelo je bilo počinjeno *voluntate*, tj. *cum malo ingenio*, ako je bilo uz zlu namjeru, ili *extra voluntatem*, ako je bilo bez nje.

Naknada pripada oštećenom ili njegovoj obitelji u slučaju njegove smrti,²⁶ a tek manji dio grofu ili kralju. Naime, naknada se sastojala od dva elementa *faidus* i *fredus*. *Faidus* pripada oštećenom dok se *fredus* (od njem. *Friede*) odnosi na iznos koji je pripadao kralju ili grofu za njegovu ulogu u rješavanju spora. Presudu koju donese sud (*thing*, *mallus*) objavljuje grof temeljem *bannusa*. Kako je *bannus*, pravo zabraniti ili narediti pod prijetnjom kazne, sredstvo zaštite mira, svatko tko se ogлуši na presudu krši kraljev (grof u ime kralja) mir. S vremenom se odnos između *faidusa* i *fredusa* mijenjao u korist *fredusa*. Valja istaknuti da se naknada za ubojstva oca dijelila između sinova i rođaka pri čemu su polovicu koja pripada rođacima dobivali

22 Odmazda po načelu taliona i dalje ostaje izvansudska mogućnost ovisna o fizičkoj snazi strane nad kojom je počinjen delikt.

23 Više Wilda, W. E., *Geschichte des deutschen Strafrechts*, Halle 1842., str. 314-438; Krahwinckler, H., *Friaul im Frühmittelalter: Geschichte einer Region von Ende des fünften bis zum Ende des Zehnten Jahrhunderts*, Veröffentlichungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 30, Vienna, Cologne, Weimar 1992. *Wergeld* je novčana naknada za ubojstvo i teške tjelesno ozljede, a *busse* za sva ostala djela. Razlika između njih je samo u visini.

24 U kasnijem razdoblju bilo je i tjelesnog kažnjavanja ali određenog kraljevim uredbama. Vidi *Pactus legis Salicae*, Cap. IV., CXV. Više Drew, K. F., *The Laws of the Salian Franks*, Philadelphia 1991., str. 50.

25 Vidi *Pactus legis Salicae*, Cap. VI., I., 2, VI., II. i VI., II., 3.

26 Vidi Lesaffer, R., *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*, New York 2009, str. 165-167.

rođaci po očevoj, ali naglašavamo, i majčinoj strani.²⁷ Državi, bolje rečeno kraljevom fisku, naknada je išla u manjem broju slučajeva u kojima je kaznenim djelom počinjena šteta na državnoj, odnosno kraljevoj imovini, npr. kazneno djelo silovanja ili ubojstva robinje ili službenika kralja.

Žene su kao pripadnice društva bile obveznice plaćanja *wergelda*, a mogle su ga i primiti, no nema pouzdanih podataka koliko se obveza plaćanja *wergelda* primjenjivala na žene,²⁸ kao ni koliko su one bile u situaciji da ga prime. Ipak, za žene i kao počiniteljice i kao žrtve kaznenih djela naknada je, s obzirom na ostale kazne, kako neki kažu, bila „normalna i uobičajena“.²⁹

4. ŽENE U KAZNENIM POSTUPCIMA I VRSTE KAZNENIH DJELA NASILJA NAD ŽENAMA U BARBARSKIM ZAKONICIMA³⁰

Otac odgovara za djela članova svoje obitelji, a muška djeca postaju punoljetna s 12 godina. No, ako ostaju živjeti u domaćinstvu s ocem i sinovi su pod očevim skrbništvom kao i ženske članice obitelji. Žene su pod skrbništvom oca ili muža i ne mogu sklapati ugovore niti poduzimati procesne radnje na sudu. Ipak, poneki su germanski zakonici u određenim slučajevima dopuštali ženama poduzimati neke procesne radnje, svjedočiti ili davati prisegu. Opseg „danih“ prava ovisio je o tradiciji³¹ i utjecajima koji su ušli u zakonike ili ostali kao praksa izvan njih.

Razlika u položaju između žena proizlazila je iz pravnog statusa pa se razlikuju kazne za djela počinjena nad slobodnim ženama i kazne za djela počinjena nad onima koje to nisu. Također se razlikuju kazne s obzirom na to jesu li počinjene nad onima koje pripadaju Bogu ili dvoru ili običnim ženama.³²

Naknada ili kazna za djela počinjena nad ženama i muškarcima u pravilu se nisu razlikovale, ali u nekim slučajevima je *wergeld* za djela u kojem su žene žrtve

27 Ukoliko nema rođaka taj dio pripada državi što je slučaj i sa 1/3 naknade ako izvršenje provodi grof.

28 Neki izvori navode da se plaćanje *wergelda* od strane žena nije uvijek primjenjivalo s obzirom na to da žene nisu mogle voditi feud i same zaradivati. Tako Reutledge Revivals: Women and Gender in Medieval Europe: An Encyclopedia, ur. Margaret Schams, Magill Library, Haverford College, 2006.

29 Tako Helmut Kury, Slavomir Redo, Evelyn Shea, Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention, vol. 2, 2016., str. 253.

30 Zbirke su se s vremenom mijenjale pa sadrže i veći broj odredbi. Redakcije Salijskog zakonika podijeljene su prema vremenu nastanka na A, C, D, E, S, K i V. Samo su A i C izdane za Merovinga dok su ostale redakcije iz 8. i 9. stoljeća. K je, npr. iz vremena Karla Velikog. Najstarija redakcija naslovljena je kao *Pactus legis Salicae*. O tome vidi: Eckhardt, K. A., *Pactus legis Salicae*, Monumenta Germaniae Historica LL nat. Germ. IV, 1, Hannover 1962. I ostale zbirke pratimo prema vremenu nastanka i u različitim redakcijama. S obzirom na vrijeme nastanka, sadržaji pojedinih odredbi vezanih za isto kazneno djelo mogu se razlikovati. Upravo zahvaljujući Eckhardt u imamo pregled redakcija zakonika koji su „trpjeli“ mnoge izmjene i dopune. Vidi o tomu i u Elsacker, bilj. 31.

31 Neki izvori navode da keltska, germanska i rimska tradicija nisu bitno utjecale na smanjenje ili povećanje moći žena, već da su stvorile kulturu s novim patrijarhatom. Vidi Bardsley, S., *Women's Roles in the Middle Ages*, Westport, Conn., London 2007, str. 18.

32 Razliku vidi u Kleinschmidt, H., *Understanding the Middle Age*, Woodbridge, 2003, str. 123.

bio i dvostruko veći (Alamannia i Bavaria). U kontekstu srednjovjekovnih odnosa teško da ista ili čak viša cijena svjedoči društvenu ravnopravnost ili pridonosi izjednačavanju ekonomskog statusa,³³ ali daje drukčije svjetlo na položaj žena čiji je život svakodnevno bio izložen opasnostima i neizvjesnim preživljavanjem.³⁴

Dvostruko veći *wergeld* opravdavao se činjenicom da se žene nisu mogle braniti kao muškarci.³⁵ No, neki su zakonici, primjerice bavorski, unijeli i odredbu da se dvostruki *wergeld* ne odnosi na žene koje se bore kao muškarci.³⁶ Kazna i način plaćanja bili su određeni zakonom ili običajem, a neki zakonici za određena djela predviđaju i kumulativno kažnjavanje.

Među kaznenim djelima nasilja nad ženama u Salijskom i Ripuarskom zakoniku nalaze se kaznena djela silovanja, tjelesne povrede, ubojstva, otmice i klevete, a neki su izvori među spomenuta djela dodali i djelo, tzv. „nepriključnih seksualnih kontakata“.³⁷ Danas su to kaznena djela protiv spolne slobode, života i tijela te časti i ugleda.

Nešto kasnije redakcije *Lex Salica* i *Lex Ribuarica*³⁸ kriminaliziraju i nasilje prema ženi koje za posljedicu ima pobačaj.³⁹ U tome ih je izgleda već bio pretekao *Lex Visigothorum (antiquae leges)*.⁴⁰ Isti je Zakonik u mnogim odredbama bio ispred vremena pa i po razlikovanju pobačaja u ranom i kasnom razdoblju trudnoće. Od kasnijeg razdoblja, tj. od 8. stoljeća kada Crkva počinje biti važniji čimbenik društvenog života, u zakonike ulaze i kaznena djela koje nad ženama može počiniti kler.⁴¹

Kao počinitelji kaznenih djela žene se u germanskim zakonicima spominju vrlo rijetko, a kada se spominju onda je to u svezi sa situacijama u kojima se očekivao

33 Usp. Koenigsberger, H. G., Briggs, A., *A Medieval Europe*, Harlow, 1987, str. 70.

34 Žene su tek od napretka u poljoprivrednoj proizvodnji počele živjeti bolje u materijalnom smislu pa se od tada udvostručila europska populacija. No, kasnije u 14. stoljeću dolaskom kuge i drugih bolesti, ponovo je narasla stopa smrtnosti, pa se populacija smanjila za trećinu, pa čak i polovicu. Vidi Bardsley, S. F., *Women's Role in the Middle Ages*, Westport, Conn., London, 2007, str. 18.

35 Tako Bardsley, *Women's Role in the Middle Ages*, str. 130.

36 Vidi Wemple, S. F., *Women in Frankish Society: Marriage and the Cloister, 500-900*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1981, str. 28-29.

37 Tako Oliver navodi primjer Wesexa i kriminaliziranja doticanja opatićinih grudi. Ipak drži da su takvi kontakti samo niži stupanj napada na ženskost. Vidi Oliver, I., *The Body Legal in Barbarian Law*, Toronto, Buffalo, London 2011.

38 Ripuarski zakonik je toliko sličan salijskom da se čak može govoriti o prenošenju određenih poglavlja iz njega. O sličnostima i razlikama između Salijskog i Ripuarskog zakonika vidi Mayer-Homberg, E., *Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter*, Weimar 1912.

39 Radi se o odredbi *De maleficiis*. Vizigotsko pravo sadrži šest starih zakona o pobačaju i oni su vjerojatno najstariji srednjovjekovni zakoni koji reguliraju to pitanje. Nalaze se u knjizi VI.

40 Izgleda da je taj zakonik nastao još 475., ranije od *Lex Salica* i *Lex Ribuarica*, ali ta redakcija nije sačuvana cijela. Šest odredbi od sedam o pobačaju poznate su iz 5. i 6. stoljeća i spadaju u *antiquae leges*. Te su zakone promulgirali kraljevi u 5. i 6. stoljeću (Euric, Alaric...). Noviji zakoni sadrže i ime kralja za čije su vladavine doneseni. Kažnjavalo se one koji su se bavili spravljanjem pripravka - otrova za izazivanje pobačaja, odnosno namjernim izazivanjem pobačaja, ali reguliran je i slučaj pobačaja kao posljedice nasilnog čina. Vizigotsko pravo se razlikovalo i zbog intenziteta utjecaja rimskog prava.

41 Vidi više Harper, Dunn, K., *Germanic Women: Mundium and Property, 400-1000*, Thesis Prepared for the Degree of Master of Science, University of North Texas, 2006, str. 105.

ženski, a ne muški angažman, primjerice s pobačajem.⁴² Teški uvjeti života, kratki ljudski vijek i fizička inferiornost dodatno pojačana iscrpljujućim porodima u nehigijenskim uvjetima žene su prije činili žrtvama nego mogućim počiniteljima.

4.1. Kazneno djelo silovanja⁴³ i drugi oblici spolnog zlostavljanja u barbarskim zakonicima⁴⁴

U razdoblju srednjeg vijeka nasilje je bilo sveprisutno, a svaki preživljeni dan uspjeh. Sreća se skrivala u kvaliteti dana koji upravo teče. Odredbe kojima se kažnjava silovanje, spolno uznemiravanje ili drugo nasilje nad ženama pridonosile su toj kvaliteti tim više što je njihovo počinjenje za ženu uz traumatu značilo i određenu stigmatizaciju u društvu. Silovane žene više nisu bile cijele, ni kao fizička ni kao socijalna bića.⁴⁵ U tom se smislu uostalom do danas, posebice u nekim društvima, nije puno promijenilo. Ali čini se da u vrijeme kada državu određuju patrimonijalnost i patrijarhalnost, a obitelj *mundeburdium*, odredbe o zaštiti žena⁴⁶ imaju veće težinu upravo zbog činjenice da patrijarhalno društvo određuje muška dominacija i nemogućnost žena da budu samodostatne u materijalnom i u fizičkom smislu. Za vjerovati je da do kriminalizacije određenog ponašanja ipak nije došlo samo kako bi se očuvao autoritet skrbnika⁴⁷ ili spriječilo rađanje djece druge krvi.⁴⁸ Tomu u prilog

42 Npr. *Lex Baiuvariorum* u 8. stoljeću kao počinitelja posebice navodi ženu koja drugoj ženi da napitak kako bi prouzročila pobačaj te određuje kaznu od 200 udaraca ako je počiniteljica robinja i kaznu gubitka slobode ako je počiniteljica slobodna.

43 Barbarska društva nisu tako osjetljiva da bi na nama poznat način detaljizirala razlike, kategorije i definicije neprihvatljivog ponašanja u sferi nasilja povezanog sa seksualnošću. Zbog toga se ni u ovom radu ne inzistira na razlici između spolnog zlostavljanja i silovanja.

44 Tekstove zakonika (sve redakcije) kao i kapitularija koji s njima čine franačko pravo u širem smislu vidi na: <http://www.dmgh.de>. Za salijsko pravo u ovom radu korišten tekst *Pactus legis Salicae*, MGH, Leg. nat. Ger., tom IV, pars I., Hannoverae, MCMLXII, herausgeben von Karl August Eckhardt te Pardessus, J. M., *Salic law*, Toronto 1843, dostupan na <http://archive.org/details/loisaliqueourecu00pardoift>. Za ripuarsko pravo vidi: *Lex Ribuarua*, također MGH, Leg. nat. Ger. uz komentar Sohm, R., *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Bd. 5., Weimar, 1866, 380-456. dostupno na *Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte* <http://dlib-zs-mpier.mpg.de>. Tekstovi zakonika na latinskom u prijevodu Zrinke Erent Sunko.

45 Usp. Oliver, *The Body Legal in Barbarian Law, Assault against Women*, str. 180-203. Oliver s obzirom na vrijednost koju ima djevoja, neudana žena ili žena u reproduktivnoj dobi, zaključuje da su žene kao žrtve silovanja smatrane „oštećenom robom“.

46 Odredbe o zaštiti žena ujedno su i odredbe o zaštiti onih kojima se počinjenjem kaznenog djela nad ženama krnji ugled (najčešće muževa i očeva). Unatoč tome ne slažemo se da su ove odredbe zaštita samo po tradicionalnoj interpretaciji. Usp. Temple, S., *Women in Frankish Society, 500-900*, London, 1996.

47 Čast glave obitelji ili skrbnika ovisi i o časti ženskih članova obitelji. O tomu u disertaciji Rullkoetter, W., *The Legal Protection of Women Among the Ancient Germans*, University of Chicago, 1900. Rullkoetter piše o časti slobodne djevojke, no više pridaje važnosti časti obitelji.

48 Izvanbračnost nije kod svih barbara imala isto značenje, početna germanska običajna izjednačenost bračne i izvanbračne djece ovisno o kasnijem kanonskom utjecaju se mijenjala. Ripuarci su pri izboru vladara 714., nakon Pipina II., podržali Pipinovog izvanbračnog sina Karla, dok je dvorska svita podržavala Pipinova unuka, iako je bio maloljetan. Kurtović, *Opća povijest prava i države*, I, str. 131.

govori činjenica da neka običajna prava nisu bila diskriminatorna u određivanju kazne s obzirom na spol žrtve. Kazna je bila ista bez obzira na to je li oštećeni bio muškarac ili žena, a s obzirom na to da su plemena bili u kontaktu mogla su i u pozitivnom smislu utjecati jedna na druge.⁴⁹

Uz kršenje kraljeva mira, koji se smatrao i nepoštovanjem vladara, nasilje nad ženom, posebice silovanje djevice, imalo je za posljedicu i ekonomski gubitak u obitelji. Iznos koji bi otac djevojke za nju trebao primiti od ženika⁵⁰ doveden je u pitanje, a u slučaju već obećane djevojke, odnosno one za koju su sredstva već bila primljena, valjalo je ista vratiti. Bilo je pravedno uračunati i taj iznos u kaznu. Stoga su mnogi zakonici, osim kazne, predvidjeli i obvezu silovatelja/otmičara da plati i ta sredstava. Kazna za remećenje mira u tim slučajevima, objašnjavala se zaštitom koju je vlast davala ženidbenom ugovoru.⁵¹ Udajom je skrbništvo najčešće prelazilo s oca na muža,⁵² ali opseg skrbničkih ovlaštenje razlikovao se ovisno o razlogu i uvjetu u kojima je brak zaključen.⁵³ Nedvojbeno su ti razlozi i uvjeti mogli biti određeni i okolnostima počinjenog silovanja.

Zaštita u području seksualnosti ujedno podrazumijeva zaštitu osobnosti, a opseg te zaštite ovisi o važnosti koju određena osoba ima za kolektiv, za opstanak društva i normalno funkcioniranje unutar njega. Povreda i te zaštite ovisi uvelike o stupnju povrede vladareva *bannusa*.⁵⁴

Odredbe titula XX. Salijskog zakonika u svjetlu pozitivnog prava⁵⁵ također bismo mogli smatrati radnjama spolnog uznemiravanja. Kazneno djelo silovanja prema odredbama salijskog i pozitivnoga europskog kaznenog prava jednako podrazumijeva upotrebu sile kao sredstva svladavanja otpora žrtve. Ipak, utvrđivanje obilježja bića kaznenih djela protiv spolne slobode (kao i drugih) temeljilo bi se na bitno različito definiranim pojmovima povezanim s tim djelima.

49 Npr. kentsko običajno pravo, prvo od anglosaksonskih prava pisanih na staroengleskom, u određivanju kazne nije poznavalo razliku s obzirom na žrtvu kaznenog djela. Put utjecaja bio je otvoren i ženidbenim vezama jer se kralj Aethelberht oženio merovinškom kršćanskom princezom. Pod utjecajem svoje žene Aethelberht se pokrstio i bio je prvi anglosaksonski kralj koje je prihvatio kršćanstvo. Tekst Aethelberthovog zakonika vidi na Medieval Sourcebooks: The Anglo-Saxon Doms, 560-975, dostupno na: <http://www.sourcebooks.fordham.edu>, posjećeno 12.1.2018.

50 Zaključenju svakog braka prethodi plaćanje „kupovnine“ jer, kako to kaže Colman „spomenuta ili ne, bila je neizostavna za legalitet svakog ranovjekovnog braka.“ Cit. Colman, V., *The Abduction of Women in Barbaric Law*, vol. 5, Florilegium, Toronto 1983, str. 67.

51 Tako Oliver, *The Body Legal in Barbarian Law*, str. 201. Prema lombardskom pravu pola iznosa od 900 šilinga koje počinitelj plaća ide ocu, odnosno obitelji djevojke, a pola kralju.

52 Tako Rivers, T. J., *Laws of the Alamans and the Bavarians*, Philadelphia 1977.

53 Razlika je između, tzv. *friedelehe* i *raubehe*. Uz *friedelehe* i *raubehe* postoji i pojam *muntehe* te *kaufehe*. Terminologija nije srednjovjekovna. *Friedelehe* podrazumijeva brak s obostranim pristankom, *muntehe* brak u kojem muž ima svu vlast nad ženom, dok su *raubehe* i *muntehe* pojmovi koji se tiču braka zaključenog nakon otmice ili kupovine. Definicija pojma *friedelehe* po Meyeru koji ju uvodi početkom 20. stoljeća pretrpjela je mnoge kritike. Ali i ostali pojmovi nisu uvijek korišteni u istom značenju. Čini se da problem unose različiti kriteriji razlikovanja.

54 O *bannusu* vidi više Bayerle, K., *Einsatzfelder des weltlichen Bannes im Frühmittelalter*, Köln 2004.

55 Čl. 156. Kaznenog zakona Republike Hrvatske, NN, 125/2011.

Salijsko je pravo razlikovalo obljubu silom (ili silovanje) od otmice,⁵⁶ pa se ta dva delikta mogu prikazati odvojeno. U drugim je zakonicima nejasna granica između ta dva djela ili je nema. Neki istraživači pojam *raptus* prevode pojmom *zavođenje*, pa s tim u vezi razlikuju zavođenje do kojeg je došlo silom od zavođenja uz pristanak djevojke.⁵⁷ Drugi pojam *raptus* prevode kao otmicu.⁵⁸

U titulu XXV. *Lex Salica* propisuju se kazne za počinitelje silovanja, a kazna ovisi o tomu tko je počinitelj djela, tko je žrtva te kakve su posljedice počinjenja toga djela. Neke verzije Salijskog zakonika u titulu XXV. određuju samo naknade u slučaju silovanja robinje, dok druge (tekst *Loi Salique* od Pardessus) u istom titulu obuhvaćaju i kazneno djelo silovanja slobodnih žena.⁵⁹ Odredba 1. titula XXV. potpunijeg teksta *Lex Salica* određuje: *Si quis cum ingenua puella per virtutem mechatus fuerit, MALB. sivaerohen, hoc est solidos LXIII, culpabilis judicetur.*⁶⁰ To je otprilike i vrijednost koja se davala pri zaključenju braka, pa je u slučaju naknade štete slobodnoj djevojci taj iznos bio ekvivalentan daru. Nešto manja kazna postoji ako je obljuba izvršena s voljom djevojke, tj. došlo je do spolnog odnosa između osoba koje nisu u bračnoj vezi.⁶¹ Kriminalizacijom spolnih odnosa između onih koji nisu u bračnoj vezi željela se izbjeći i učestala pojava života u konkubinatu s nekoliko žena.⁶² U tom smislu i Ripuarski zakonik⁶³ propisuje kaznu za odnos sa slobodnom djevojkom te djevojkom koja je pod kraljevom zaštitom ili redovnicom.⁶⁴

Ako je žrtva silovanja robinja naknada je bila puno manja te iznosi 15 solida (*Si quis ingenuus cum ancilla aliena mechatus fuerit, et ei fuerit adprobatum, domino ancillae DC dinarios, qui faciunt solidos XV, culpabilis judicetur.*)⁶⁵ Za silovanje kraljeve robinje kazna je bila 30 solida (*Si quis vero cum rege ancilla mechatus fuerit, MALB. theolosina, hoc est MCC dinarios, qui faciunt solidos XXX, culpabilis*

56 Kod *Lex Ribuarica* to je slučaj samo kod redakcije A2.

57 Npr. Colman, *The Abduction of Women in Barbaric Law*, str. 62-75.

58 U nekim slučajevima radi se o različitom prijevodu, a u nekima o pojednostavljenju, iako zakonici strogo razlikuju silovanje i otmicu. Vidi bilješku 89.

59 Vidi Pardessus, *Salic law*, str. 13.-14. Pardessusova verzija koja sadrži *Manuscrit de la Bibliotheque Royal* 4404 te starije redakcije obuhvaća titulu XXV. s odredbama o silovanju slobodnih žena i robinja.

60 „Ukoliko netko na silu obljubi slobodnu djevojku neka bude zbog krivnje osuđen na 63 solida.“

61 Odredba 2. istog titula. Iako se ne radi o silovanju već o dobrovoljnom odnosu (*spontanea voluntate*) određena je kazna, nešto manja od naknade za obljubu uz primjenu sile. Nekoliko je zakonika kažnjavalo veze između slobodnih osoba, uz Salijski i Ripuarski, *Lex Burgundionum* i *Lex Baiuvariorum*.

62 Ta pojava unatoč utjecaju Crkve nije bila suzbijena do 9. stoljeća. Vidi Herlihy, D., *Making Sense of Incest: Women and the Marriage Rules of the Early Middle Ages*, Providence, Oxford 1995., str. 106.

63 Vidi odredbe 1., 2. i 3. titula 39. (35.). Ripuarskog zakonika.

64 Pri tome je naglašeno da je do tog odnosa došlo *sine parentum voluntatem*.

65 „Ukoliko netko slobodan tuđu robinju silom obljubi, i to bude dokazano, neka kriv bude osuđen gospodaru robinje platiti 600 dinara, koji čine 15 solida.“ Prema *Lex Burgundionum* bit će manja kazna, tj. 12 solida. LB navodi: *Quicumque ingenuus ancillae violentiam fecerit, et vis potuerit adprobari, inferat ei, cuius ancilla ast, solidos XII.* Kazna se plaća gospodaru, vlasniku robinje jer je on u ovom slučaju oštećeni. U slučaju, *servus hoc fecerit CL fustinum ictus accipiat*, tj. ako je rob počinitelj, primit će 150 udaraca bičem.

judicetur.). Kazna je bila stroža ako su i počinitelj i žrtva bili robovi, a uslijed silovanja je došlo do smrti žrtve. Počinitelj mora platiti vlasniku robinje 6 solida ili pada u kaznu kastracije (*Si servus cum ancilla aliena mechatus fuerit et ex ipso crimine ancilla mortua fuerit, servus ipse aut CCXL dinarios, qui faciunt solidos VI, domino ancillae reddat, aut castretur.*).⁶⁶ Roba će snaći kastracija i u slučaju teške krađe. Gospodar roba u slučaju smrti silovane robinje mora podmiriti štetu, tj. gubitak stvari vlasniku robinje, u čemu neki nalaze uporište za stav o „dobru koje se tom odredbom štiti“.⁶⁷ Ako pak ne bude smrtnih posljedica rob će za silovanje robinje primiti 300 udaraca bičem ili platiti gospodaru robinje 120 dinara, tj. 3 solida (*Si ancilla ex hoc mortua non fuerit, servus aut CCC ictos flagellorum accipiat, aut CXX dinarios, qui faciunt solidos III, domino reddat.*).

Naknada štete za silovanje ista je kao i naknada za pokušaj ubojstva ili sakaćenje.

Neki izvori navode da se odredbama koje su uvedene za Merovinga branila čast žena, ali i da su te odredbe izazvale lažnu poniznost kod žena.⁶⁸ Koliko je tada bilo žena koje su podnijele tužbu (tj. u ime njih otac ili muž) ne može se reći, ali za vjerovati je da je više bilo onih koje to nisu učinile. Neke su za silovanje krivile demone, a mnoge su zbog sramote počinile samoubojstvo.⁶⁹

No, u slučaju Vizigota čini se da je moglo biti i drukčije. Stajalište zajednice prema silovanju i silovatelju očitovao se u kaznama, pa je moguće da je i prijava bilo više, a samoubojstava silovanih i seksualno zlostavljanih žena manje. Naime, Vizigotski zakonik za silovanje (tj. otmicu koja se izjednačava sa silovanjem) određuje visoku kaznu. Kazna je gubitak cijele imovine i tjelesno kažnjavanje u javnosti. Počinitelj se iznimno mogao iskupiti ženidbom sa žrtvom, ukoliko je to odobrio njen otac. U dijelu Vizigotskog zakonika, koji sadrži odredbe o braku (knjiga III.), titul III. regulira kazneno djelo silovanja neudanih žena i žena koje su izgubile muža, dakle udovica. Ovdje su, sukladno ranjivosti žrtve, određene još teže kazne. Prema odredbi 1. navedenog titula kazna za pokušaj silovanja⁷⁰ djevojke ili udovice (počinitelj treba biti uhvaćen prije gubitka nevinosti ili časti žrtve) je pola imovine počinitelja koja treba pripasti djevojci ili udovici nad kojom je izvršen pokušaj (*Si quis ingenuus rapuerint virginem vel viduam, si, antequa integritatem virginitatis aut castitatis amittat, puella vel vidua potuerut a raptore revocari medietatem rerum suarum ille, qui rapuit, perdat, eiquam rapuerit, consignandam...*). Ako je djelo izvršeno, počinitelj će, uz potpuni gubitak imovine, javno primiti i dvjesto udaraca bičem, izgubiti pravni status te do kraja života služiti kao rob žrtvi i njenoj obitelji.⁷¹ Iznimka je kada počinitelj ima

66 Usp. Tichel, S., *Kastration in Mittelalter*, Düsseldorf 1998., str. 110.

67 Nerijetko takva usporedba o šteti nad imovinom služi kao uporište stavu da Salijski zakonik ne štiti ženu kao osobu već imovinu. Vidi Bilokapić, Š., *Etički vidovi kemijske kastracije*, Crkva u svijetu, 45, br. 3., Split 2010., str. 335.

68 Tako Wemple, *Women in Frankish Society*, str. 41.

69 Loc. cit.

70 Radi usporedbe o pokušaju silovanja u pozitivnom pravu vidi Derenčinović, D., Cvitanović, L., Vajda Munivrana, M., Turković, K., *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb, 2013., str. 166. Prema istom izvoru kažnjivi pokušaj postoji kad je započela primjena sile ili kvalificirane prijetnje s namjerom prisile na spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju.

71 Ako je djevojka već zaručena, odnosno obećana nekome, počinitelj će služiti kao rob kod te osobe.

sina (tj. zakonitog nasljednika), a u tom slučaju neće na ime kazne morati dati cijelu svoju imovinu već pola. Naknadno sklapanje braka između počinitelja i žrtve bilo je zabranjeno, ali uz suglasnost roditelja žrtve, mogao je biti zaključen valjani bračni ugovor. U knjizi III., titul III., odredba 7. stoji: *Raptorem virginis vel vidve infra XXX annos omnino liceat accusare. Quod si cum puella parentibus sive cum eadem puella vel vidva de nuptiis fortasse convenerit, inter se agendi licentiam negari non poterit. Tranactis autem XXX annis, omnis accusatio sopita manebit.*⁷² U navedenoj odredbi određen je i rok zastare u kojem je moguće dići tužbu protiv počinitelja. Sukladno odredbi 8., ako je počinitelj rob, a žrtva slobodna žena, za roba odgovara gospodar, no samo ako je znao za djelo ili ga je sam naredio. Ukoliko gospodar nije imao saznanja o činu za kojeg se rob tereti, rob će se kazniti skalpiranjem i javnim bičevanjem.

Za one koji su pomagali silovatelju predviđene su kazne u zlatu kao i javno bičevanje.⁷³ Silovatelja je svatko mogao ubiti. Za ubojstvo nitko nije kaznenopravno odgovarao jer se smatralo da počinitelj ubojstva djeluje u obrani časti ženske osobe.

Stav društva prema silovanju i seksualnom zlostavljanju žena vrlo je negativan te takvo ponašanje valja oštro kazniti bez obzira na društveni položaj počinitelja i žrtve. Tako franački kroničar Grgur iz Toursa iznosi slučaj u kojem je djevojka iz naroda ubila vojvodu nakon što ju je pokušao silovati i pritom ju teško ozlijedio. Djevojka, iako „obična roda“, nije odgovarala za ubojstvo već je našla zaštitu i službu kod kralja, a činjenica da je ubijeni pripadao plemstvu nije kralja pokolebala u njegovoj odluci.⁷⁴

Vizigotski zakonik posebnim poglavljem regulira preljub⁷⁵ između slobodnih osoba za koji kazna može biti i smrt, no regulira i preljub uz uporabu sile, što bi se uvjetno moglo usporediti s kaznenim djelom spolnog odnošaja bez pristanka. Žrtva je udana žena ili zaručena djevojka, a kazna je gubitak imovine i pravne sposobnosti.⁷⁶

Može li se kažnjavanje silovanja povezati sa sprječavanjem rađanja nezakonite djece? Rano germansko pravo nije razlikovalo zakonitu i nezakonitu djecu, tj. bračnu i izvanbračnu pa u Franačkoj za vladavine Merovinga izvanbračna djeca stječu i kraljevske titule.⁷⁷ Kasnije se, pod utjecajem Crkve, koja je nastojala suzbiti postojanje izvanbračnih zajednica, poligamije i konkubinata, status izvanbračne djece promijenio.

U Franačkoj je, uz silovanje, spolno zlostavljanje svako djelo koje izaziva osjećaj srama i ruši ugled te izaziva društvenu osudu. Merovinške žene trebale su paziti na dobar glas. Svako dodirivanje od strane muškarca koji nema nad njima *mundium* doživljavano je u javnosti kao spolno uznemiravanje. Titul XX. Salijskog

72 Vidi Monumenta Germaniae Historica, Lex Visigothorum, str. 156.

73 Knjiga III., titul III., odredba 12.

74 Gregor iz Toursa (538.-594.), franački kroničar. Napisao *Historia Francorum*, knjige I-X. Vidi Gregory of Tours, *The History of Franks*, trans. Lewis Thorpe, London 1974., te Gregory of Tours, *The History of Franks*, pr. Brehaut Earnest, Baltimore, 1916. dostupno na: <https://sourcebooks.fordham.edu>, posjećeno 13.5.2018.

75 Titul IV. *Lex Visigothorum*.

76 Ako je preljub učinjen uz pristanak žene oboje postaju robovi.

77 Vidi Brundage J. A., *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe*, Chicago 1987.

zakonika pod nazivom *De manu strigendo*⁷⁸ određuje kazne, tj. naknade za takav delikt. Slobodan čovjek koji uhvati za prste slobodnu ženu i to mu se dokaže smatrat će se krivim i platiti 15 solida (*Si quis mulierum ingenuam aut feminam digitum strinxerit, sol. XV cul. ind.*). Kazna, tj. naknada povećavala se dodirivanjem onih dijelova tijela koji su se povezivali s intimnijim odnosima između žena i muškaraca. Prema tomu, *Si brachium praesserit, sol. XXX conponat*, tj. „tko stisne ženu za podlakticu kaznit će se s 30 solida“. Također i *Certe si super cubitum manuum miserit, mal. chamin ho est IMCCCC din. qui f. sol. XXXV culp. indc.*, tj. „tko dira nadlakticu platit će 35 solida“.

Slično, ali manje određeno s obzirom na dijelove ruke, određuje Ripuarski zakonik. *Si quis ingenuam mulierem manu strinxerit, quindecim solidos culpabilis iudicetur. Certe U si super cubitum manum miserit, 30 solid. multetur*.⁷⁹ Kazna raste u skladu s pretpostavljenim namjerama počinitelja, odnosno, zla namjera je uočljivija doticanjem dijelova tijela povezanih s intimom žene. Tu namjeru otkrivaju i neke druge radnje, poput otkrivanja ili razodijevanja nekih organa, pa su u kasnijem razdoblju dodane i odredbe za zadizanje suknje i otkrivanje koljena te skidanje pokrova s glave. U prvom slučaju će kazna biti 6 solida, dok je za zadizanje suknje do bedara kazna dvostruka.

4.2. Kazneno djelo otmice (i silovanja)

Otmica je kazneno djelo koje je u Franačkoj očito po učestalosti zauzimalo mjesto odmah nakon krađe. U Salijskom zakoniku postoji jezična distinkcija između silovanja (*per virtutem mechatum facere*) i otmice (*raptus*), no kod ostalih barbarskih zakona pojam *raptus* objedinjuje oba djela.

Koliko je to ozbiljno kazneno djelo i kakve posljedice ima opisuje događaj u kojem je Magnatrude, žena biskupa Le Mansa, čuvši dojavu o namjeri otmice svoje kćeri, organizirala obranu u kojoj je pokušaj spriječen, a mnogi od otmičara pobijeni.⁸⁰ I samovoljni odlazak žene od kuće vjerojatno se tretirao kao otmica.⁸¹ Odnosno, napuštanje muža ili osobe pod čijim je skrbništvom ili *mundeburdiumom* žena ili djevojka vjerojatno je imalo oblik otmice. Žena bez pomoći jedne ili više muških osoba teško se mogla udaljiti te zamesti trag. Odlaskom se ruši sustav *mundeburdiuma* na kojem počiva cijelo društvo, a dolazi u pitanje i *mundeburdium regis*, zaštita koju kralj daje svojim podanicima koji su izvan plemensko-rodovske zaštite: klericima, hodočasnicima, ljudima bez srodnika, udovicama i siročadi.⁸²

Otmica već zaručene djevojke, nije bila samo nasilan čin već i jedan od načina pokušaja sklapanja braka koji roditeljima nije po volji. Ako je oteta osoba bila udovica moglo se računati i na njenu imovinu. Uz udovice otmicama su bile posebno izložene

78 Kod nekih tekstova zakonika taj naziv je *De manu strigendo vel brachio mulierum stringendum*.

79 Titul 43. (39.), *Lex Ribuarua*. Za dodirivanje ruke kazna je 15 solida, a nadlaktice 30 solida.

80 Vidi Grgur iz Toursa, *Historia Francorum*, knjiga X, 5. dostupno na: <https://sourcebooks.fordham.edu>, posjećeno 16.5.2018. U ovom djelu Grgur za Magnatrude navodi da je „glava domaćinstva“.

81 Kurtović navodi da je napuštanje muža vjerojatno bilo oblik otmice. Vidi Kurtović, *Opća povijest prava i države*, str. 169.

82 *Ibid.*, str. 145.

i redovnice čija je imovina također mogla biti razlog počinjenja ovog djela.⁸³

Titul XIII.⁸⁴ Salijskog zakonika *De raptu ingenuorum*, kojeg čine nekoliko odredbi otkriva da su počinitelji često djelovali u grupi te da je česta bila uporaba oružja. Naknada za otmicu ovisi o broju počinitelja, načinu počinjenja te društvenom statusu počinitelja i žrtve. Ukoliko je žrtva slobodna žena koja se slobodno kretala, tj. kad otmica nije podrazumijevala i provalu u neki prostor, određene su naknade u različitim visinama ovisno o broju počinitelja: 1. *Si tres homines ingenuam puellam rapuerint, mal. scodo hoc est tricinus sol. cognatur exsolvere.* („Ako tri čovjeka otmu slobodnu djevojku trebaju isplatiti 30 solida.“), 2. *Illi sui superis tres fuerint quintos sol. servant.* („Oni kojih bude više od tri zaslužuju platiti po pet solida.“), 3. *Qui cum sagittas fuerint, ternos sol. culp. indici.* („Oni koji budu sa strijelama neka se krivi osude po tri solida.“). Čini se da su oni koji su sudjelovali u otmici, a bilo ih je više od troje smatrani samo pomagačima jer su pojedinačne kazne za njih bile manje. Počinitelji na koje se odnose navedene odredbe 1., 2. i 3. titula XIII. nisu nazvani otmičarima i možemo samo nagađati koja je razlika između „onoga koji otme“ i „otmičara“ ili *raptores vero*. Pretpostavljamo da je osnova razlikovanja odnos žrtve i počinitelja, tj. da se pojam „otmičar“ odnosio na stranu ili nepoznatu osobu. Prema odredbi 4. kazna za otmičara je 63 solida. Ista se naknada propisuje i ako je djevojka oteta iz zaključanih prostorija ili prostorija u kojima radi (*Si vero puella ipsa deintro clave aut de screuna rapuerint, praecium et causa superius conpraehensa culp. indic.*⁸⁵). Naknada za otmicu djevojke koja je pod kraljevom zaštitom određena je također u istom iznosu, ali naknada se nije isplaćivala onome koji zastupa djevojku već kralju (*Si vero puella qui trahitur in verbum regis fuerit, fritus exinde IIMD din. qui f. sol. LXIII est.*). Kazna za počinitelja otmice koji je u nečijoj službi ili je poluslobodna osoba bila je smrt. Odredba 7. titula XIII. navodi: *Si vero puer regi vel litus ingenuam feminam traxerit, de vita culp. esse debet.*, tj. „Ako kraljev sluga ili lit otme slobodnu ženu odgovara životom.“ Odlazak slobodne žene s robom i slobodnog čovjeka s robinjom povlači gubitak pravnog statusa pa slobodna osoba postaje rob (*Si vero ingenuam puellam de illis suam voluntatem servum secuta fuerit, ingenuitatem suam perdat. i Ingenuus si ancilla aliena prisserit similiter paciatur.*). Potvrda je to netoleriranja bračnih zajednica između osoba različitoga pravnog statusa. I brak sa slobodnom ženom koja je već nekom obećana, bez odobrenja skrbnika, ima oblik otmice te se jednako kažnjava sa 63 solida (*Si quis sponsam alienam tulerit et eam sibi in coniugio copulaverit, IIMD din. qui f. sol. LXIII culp. indic.*)⁸⁶

Slično Salijskom zakoniku, odredbom 38. (34.) regulira otmicu Ripuarski zakonik, no tu otmica podrazumijeva i silovanje koje nije posebno naveden delikt kao u Salijskom zakoniku.⁸⁷ Neki znanstvenici smatraju da se pojam *raptus* više odnosi

83 Vidi Colman, *The Abduction of Women in Barbaric Law*, str. 68.

84 Titul XV. koji se može odnositi na ubojstvo slobodnog čovjeka ili uzimanje žene od muža ne bismo svrstali pod kaznena djela otmice.

85 Odredba 5.

86 Vidi Weinhold, K., *Die Deutschen Frauen in dem Mittelalter: Ein Beitrag zu den Hausalterthümern der Germanen*, Wien 2015., str. 281.

87 Nema razlike pojmova *raptus* i *per virtutem mechatus facere* koja postoji u Salijskom zakoniku.

na samu otmicu nego silovanje te stavljaju naglasak na to biće kaznenog djela.⁸⁸ No za pretpostaviti je da je onaj koji je oteo ženu prije svega imao na umu seksualno iskorištavanje. Prema Ripuarskom zakoniku *Si quis ingenuus ingenuam rapuerit, bis centeros solid. noxius iudicetur. Quod si tres ingeni cum ipso fuerint, unusquisque eorum bis trigenos solid. noxii*. Dakle, „ukoliko slobodan čovjek otme slobodnu ženu osuđuje se na 200 solida“. „Ako je bilo troje otmičara trebaju platiti svaki po 60 solida.“ U 7. stoljeću Ripuarski zakonik posebno od otmica štiti redovnice, a to čini i *Lex Baiuvariorum*.

Vizigotski zakonik drukčije uređuje dobrovoljni odlazak slobodne žene ili udovice u tuđu kuću radi odnosa s osobom suprotnog spola (titul o preljubu). Ne primjenjuje se odredbe o otmici. Ukoliko se osoba u čiju je kuću žena otišla želi oženiti tom djevojkom, ili udovicom, dat će njenim roditeljima, ili skrbniku onu vrijednost koju oni zatraže i neće biti kažnjen. Ipak, djevojka će biti razbaštinjena, ako roditelji ne odluče drukčije.

Burgundski zakonik u titulu XII. za otmicu djevojke određuje kaznu od 12 solida: *Si quis puellam rapuerit, pretium quod pro puella daturus erat, in novigildo cogatur exsolvere et homine solidos XII*. Ukoliko počinitelj nema novca, mora svoj život predati u ruke roditelja djevojke da rade s njim što hoće. Ako je djevojka otišla od kuće svojom voljom radi odnosa s počiniteljem on je dužan platiti iznos koji bi platio njenim roditeljima za sklapanje braka⁸⁹ i oslobađa se odgovornosti ako je djevojka vraćena *incorrupta*. No, ako je počinitelj rob, a oteta slobodna žena, i djelo se dokaže, roba će snaći smrtna kazna (kao i djevojku koja je svojevoljno bila u vezi s robom⁹⁰). Zakonik ne navodi kojim dokaznim sredstvom će se dokazivati otmica kada je oteta slobodna žena. Vjerojatno se radilo o iskazu žrtve temeljenom na njenom ugledu.⁹¹

4.3. Kazneno djelo tjelesnih povreda koje za posljedicu imaju teška ili laka oštećenja

Iako u Salijskom zakoniku žene nisu posebice navedene kao žrtve kaznenih djela tjelesnih povreda, među kaznena djela nasilja nad njima možemo ubrojiti i djela koja su navedena u nekoliko titula među kojima je i titul XVII. pod nazivom *De vulneribus*. Među kaznenim djelima u tom titulu su: probadanje otrovnom strijelom, razbijanje lubanje udarcem, napad s dubokim ranama (tako da je rana vidljiva i duboka), izazivanje otvorenoga krvarenja, udaranje tvrdim predmetima te napad šakama.

Kaznena djela trovanja iz titula XIX., *De maleficiis* te sakaćenja iz titula XXIX., *De dibilitatibus*, u kojem su određene naknade prema dijelovima tijela ne razlikuju žrtve. *Wergeld* i *busse* i u tim slučajevima su određeni za žene jednako kao i za

88 Tako Stone, S. R., *Masculinity, Nobility and the Moral Instructions of the Carolingian Lay Elite*, thesis for the degree of Doctor of Philosophy, King's College, London, 2005.

89 Kasnije se, ako je djevojka u vezi s otmičarom, smanjila na pola. Vidi Fischer Drew, K., *The Burgundian Code*, Philadelphia 1996. str. 31.

90 Slobodnoj djevojci koja je bila u vezi s robom život može biti pošteđen voljom njene obitelji, no kao robinja će nadalje služiti kralju.

91 Tako Fischer Drew, K., *The Burgundian Code*, str. 45.

muškarce.

Ističemo odredbe titula XXIV. iz kasnijeg razdoblja salijskog prava prema kojima: *Si quis ingenuam puellam extra consilium parentum tundere praesumerit cui fuerit adprobatum, malb. tuscadas sunt din. IMDCCC fac. sol. XLV cul. ind.*⁹² ili u jednostavnijoj verziji: *Si vero puellam sine consilio parentum totunderit, solid. XLV culp. iud.* „Ako netko, bez savjeta roditelja istuče djevojku, neka bude osuđen na 45 solida.“ Ova se odredba može iščitati i kroz pravo roditelja na fizičko kažnjavanje kćeri, odnosno da uz suglasnost roditelja određeno djelo izgubi kvalifikaciju kažnjivog.

Ripuarski zakonik također kod kaznenih djela tjelesnih povreda posebice ne navodi žene kao žrtve, kao niti Vizigotski zakonik u knjizi VI. *De isceleribus et tormentis*.

Lex Alamannorum kažnjava s dva solida svakoga tko udari slobodnu ženu,⁹³ a *Lex Visigothorum* uz djedove štiti i bake te uz očeve i majke od svake povrede koji im mogu nanijeti djeca ili unuci u kućanstvu.⁹⁴

4.4. Kazneno djelo ubojstva i ubojstva trudne žene

Salijski zakonik određuje naknadu - kaznu za ovo djelo u dva titula,⁹⁵ dok se u Ripuarskom zakoniku odredbe 12., 13., 14. i 15. odnose na kaznena djela ubojstva žena s obzirom na njihovu dob i zanimanje.

Titul XXIV. Salijskog zakonika, koji se odnosi na ubojstva *parvolorum*, tj. nejakih, uz ubojstva dječaka, navodi i ubojstva slobodnih žena. Pritom su predviđene kazne po kojima bismo mogli zaključiti da su i u srednjem vijeku uvažavali kategoriju posebno ranjivih osoba s obzirom na dob i stanje te da su s obzirom na te kvalifikatorne okolnosti određivane i kazne. Titul XXIV. uz odredbe 1. i 2. (kazna od 600 solida za ubojstvo muškog djeteta) u odredbi 3. određuje kaznu za ubojstvo izazvano zlostavljanjem trudne žene *si quis femina ingenua et gravida trabaterit si moritur*. Kazna je tri puta veća nego za ubojstvo slobodnog muškarca i iznosi *XXVIIIIM din, qui f. sol. DCC*, tj. 700 solida.⁹⁶ Čini se da je Salijski zakonik, što se tiče zaštite trudnica, kao kategorije koja je zbog svog stanja znatno manje u mogućnosti sama se obraniti, osjetljiviji od zakona suvremenoga zakonodavstva. Naime, prema suvremenom hrvatskom kaznenom pravu postoji mogućnost da ubojstvo trudnice nema oblik kvalificiranog ubojstva⁹⁷ u slučaju kada počinitelj ubojstva nije znao ili nije mogao

92 Tekst H. Objašnjenje za tekst H vidi u: MGH, LL nat. Germ., Pactus legis Salicae, Textklassen, str. IX.

93 Udarac koji nije izazvao ranu, tj. krvarenje. Kazna se smanjuje za napad na niže slojeve.

94 Vidi Scott, S. P., *The Visigothic Code*, London 1982., str. 183-184.

95 Mogućnost analogne primjene titula XV. na žene čini nam se neznatnom.

96 Tekstovi A1 i A2. O razlici u tekstovima Salijskog zakonika vidi supra. Pri istraživanju razlika koje su nastale pri prijepisima s obzirom na vrijeme nastanka (tekstovi A1 i A2) uočili smo razliku u preračunavanju dinara u solide. U nekim tekstovima merovinškog razdoblja 28.000 dinara iznosi 800 solida dok je u nekima to 700 solida. Možemo pretpostaviti da je razlika nastala zbog inflacije ili pogreške u prepisivanju, no izvjesno je da je u kasnijem razdoblju kazna za isto djelo bila ista ili neznatno manja, 700 ili 600 solida (*XXIIIIM fac. sol. DC cul. iud.* Vidi tekst B. MGH, LL nat. Germ., Pactus legis Salicus, str. 90.

97 Vidi Derenčinović, D., Cvitanović, L., Munivrana, M., Vajda, M., Turković, K., Posebni dio

znati da je žena trudna.

I u ostalim germanskim zakonicima štiti se život trudnica visokim kaznama. Anglosaksonska prava kasnijeg razdoblja (8. i 9. stoljeće) za smrt trudne žene određuje smrtnu kaznu ili *wergeld* u punom iznosu za život žene te pola iznosa za život djeteta.⁹⁸

U spomenutom titulu XXIV. Salijskog zakonika *De homicidiis parvolorum*, uz odredbe koje određuju kazne za ubojstvo djece i trudnica, nalaze se dvije odredbe koje se odnose na ubojstvo žena u fertilnoj dobi i nakon te dobi: *Si quis femina ingenua postquam coeperit habere infantes occiderit, XXIIIIM din. qui f. so. DC culp. iudic. te: Post medietate quod infantes non poteast habere, VIIIM din. qui f. sol. CC culp. iudic.* Odnosno, „Ako netko ubije slobodnu ženu nakon što je počela rađati djecu kriv neka se osudi na 24.000 dinara što čini 600 solida.“ te „Nakon što ne može rađati djecu neka se kriv osudi na 8.000 dinara što čini 200 solida.“ Iako istodobno pokazuje i prirodu te zaštite, titulu XXIV. potvrđuje teoriju o zaštiti žena, odnosno tezu ovog rada o osjetljivosti na „žensko pitanje“. Činjenica da je kazna za ubojstvo žene u fertilnoj dobi veća tri puta ne umanjuje ovu tezu. Ona se mora sagledati u okolnostima visoke stope smrtnosti te kratkoga životnog vijeka. Veći broj stranih i domaćih izvora⁹⁹ navodi da se vrijednost žene mjerila prema mogućnosti rađanja, propuštajući pritom naglasiti da okolnosti srednjovjekovnog života i ne mogu imati druge kriterije vrednovanja žena te da je stopa smrtnosti bila jako visoka. Ubojstvo žene se kažnjava kao gubitak osobe u ulozi kćeri, supruge ili majke, ali i gubitak člana društva u kojem kolektivitet nadilazi individualnost. Sama činjenica da se žrtva sagledava kroz ulogu koju ima u obitelji i društvu nužno ne umanjuje ni intenciju zakonodavca (naroda, kralja...) ni svrhu kazne.

Kazna za ubojstvo žene je tri puta veća nego za ubojstvo muškarca, a mogla se opravdati i drugim razlozima osim fertiliteta, jer se odnosila i na žene koje nisu u dobi za rađanje. Valja naglasiti da su od kasnog 8. stoljeća posebnu zaštitu uživale i žene od kojih se potomstvo nije očekivalo kao što su to siromašne udovice i redovnice.¹⁰⁰

Neki izvori navode da je kazna ili *wergeld* za ubojstvo neudane žene koja je u fertilnoj dobi prema nekim zakonicima bila tri puta veća od *wergelda* za muškarca jer je njena obitelj za nju mogla udajom dobiti i određenu svotu novca, pri čemu ističu razliku u sposobnosti preživljavanja.¹⁰¹ Takvim navodima treba suprotstaviti činjenicu da je obitelj od muškog člana imala znatno više koristi (fizička snaga, zaštita, zastupanje) od iznosa koji je za ženskoga člana obitelj mogla jednokratno primiti.

Bavarski zakonik koji određuje dvostruko veće kazne za ubojstvo žena opravdava razliku u visini kazne činjenicom da žene za razliku od muškaraca ne nose

kaznenog prava, str. 64.

98 Vidi Attenborough, F. L., *Laws of the Earliest English Kings*, Cambridge, str. 69. Tekst dostupan na: <http://archive.org/details/cu319240707153519>, posjećeno 22.2.2018.

99 Vidi npr. Valković, M., *Uloga žene u javnom životu europske civilizacije*, Bogoslovska smotra, vol. 60, 3-4., Zagreb 1991., str. 196.

100 Vidi Harper Dunn, K., *Germanic Women: Mundium and Property, 400-1000*, Thesis Prepared for the Degree of Master of Science, University of North Texas, 2006, str. 107, dostupno na: <http://citeseerx.ist.psu.edu>, posjećeno 20.12.2017.

101 Tako Harper. Ona navodi da su muškarci ionako ginuli.

oružje, odnosno ne mogu se braniti.

U Salijskom zakoniku se titulom XLI. *De homicidiis ingenuorum* posebno regulira ubojstvo slobodnih pa nije posve jasna svrha titula XV. čija se odredba (uz ubojstvo slobodnog čovjeka *si quis hominem ingenuum occiderit*) odnosi na „uzimanje“ supruge od živog muža (*a vivo marito*). Toj je odredbi istovjetna odredba 39. Ripuarskog zakonika: *Si quis uxorem alienam tulerit vivo marito, ducenos solidos multetur*.¹⁰²

Titul XLI. *Lex Salica* (uz odredbe o ubojstvu slobodnog Franka, onoga koji živi po Salijskom zakonu, Rimljanina, zemljoposjednika Rimljanina te nemoćne i već osakaćene osobe kao i pokušaja ubojstva slobodnog čovjeka bacanjem u bunar i ubojstva osobe u kraljevoj pratnji) odnosi se i na ubojstvo slobodne žene. Za ubojstvo slobodne žene i ovim je titulom predviđena kazna od 600 solida. Za ubojstvo žene s pokušajem prikrivanja (bacanjem tijela u vodu ili bunar ili sakrivanjem, tj. *in aquam aut in poteum miserit aut de quibuslibet celaturis texerit*) kazna se povećavala tri puta i iznosila je 1.800 solida. U tom je slučaju Ripuarski zakonik istovjetno odredio kaznu za ubojstvo žene uz dodatak koji se odnosi na nepriznavanje zločina. U slučaju nijekanja ubojstva od strane počinitelja za dokazno sredstvo određena je prisega sa sedamdeset i dva suprisežnika koje će tek rijetko poštovani (moćni) moći naći. Suprisežnik je, za razliku od svjedoka, prisegom potvrđivao moralne osobine stranke, u ovom slučaju osumnjičenog, što je u franačkom sudskom postupku kao postupovna radnja imalo nemalu važnost. Za ubojstvo muškarca *Lex Ribuarica* određuje: *Si quis hominem ingenuum Ribuarium interfecerit, 200 solid. culpabilis indicetur; aut si negavit, cum 12 iuret.*, dok za ubojstvo žene titul 12. *De homicidio mulierum* istog zakonika kaže: *Si quis feminam Ribuaricam interfecerit, postquam parere coeperit usque ad quadragesimum annum, sexcentos solid. culpabilis iudicetur. Aut si negaverit, cum 70 duobus iuret.*¹⁰³ Osim toga, Ripuarski zakonik razlikuje i posebno normira kaznena djela ubojstva djevojaka (13. *De homicidio puellarum*), redovnica (14. *De muliere ecclesiastica*) i mladih redovnica (15. *De puella ecclesiastica*) pritom je kazna za ubojstvo djevojke 200 solida, kazna za ubojstvo redovnice 300 solida, a kazna za ubojstvo mlade redovnice (koja je navršila dvanaest godina) najmanja i iznosi 100 solida. Za komentatore ripuarskog prava te tri navedene odredbe čine skupinu odredbi pod nazivom *De feminam ribuaricam interfecta*. Očigledno je da su i Ripuarci poznavali neku vrstu kvalificiranog ubojstva.

Muž koji ubije svoju ženu zatekavši ju u preljubu neće po *Lex Burgundionumu* biti procesuiran kao što to neće biti ni za ubojstvo onoga s kime je zatekao ženu.¹⁰⁴ No, prema *Lex Ribuarica* ni onaj koji je ubojstvo počinio braneći svoju ženu neće biti optužen za ubojstvo. Ako suprug „bez prava“ ubije ženu morat će prema *Edictum Rothari* platiti čak 1.200 solida i to pola iznosa njenoj obitelji, a pola kralju.

Uz ubojstvo trudne žene treba spomenutu odredbu titula XXIV. Salijskog zakonika koja se odnosi na ubojstvo ploda ili novorođenčeta („prije nego i ime

102 „Tko otme tuđu suprugu od živog muža, plaća dvjesto solida.“ Prijevod Zrinka Erent Sunko.

103 „Ako tko ubije ripuarsku ženu nakon što je počela rađati do 40 godina neka se kriv osudi na 600 solida. Ako niječe dva puta 70 solida plaća.“

104 Vidi LXVIII. *De adulteriis, Lex Burgundionum*.

ima“).¹⁰⁵ Neki germanski zakonici za smrt ploda ili novorođenog djeteta određuju veću kaznu ako se izazove pobačaj ženskog djeteta. *Lex Alamannorum* u titulu 88. propisuje kaznu za onoga tko izazove pobačaj trudnoj ženi tako da je kazna za muško dijete 12 solida, a za žensko 24, ako je pobačaj izveden da se može raspoznati spol djeteta.¹⁰⁶

Neki izvori dovode u vezu ubojstvo žena sa zabranom razvoda u kasnijem razdoblju, ali takvi navodi ne mogu biti potkrijepljeni dokazima. Naprotiv, broj ubijenih žena u 9. stoljeću čini se da je bio jednako velik kao i u merovinško doba.¹⁰⁷ Razloge prije valja tražiti u sveprisutnom nasilju i cijeni koju je život imao u to vrijeme.

4.5. Kazneno djelo uvrede, sramoćenja i klevete

U Salijskom zakoniku nalaze se i dva kaznena djela koja bismo danas mogli svrstati u kaznena djela uvrede, sramoćenja i klevete.¹⁰⁸ Nekada razlike između ovih djela nije bilo pa se nazivanje neke žene bludnicom ili vješticom smatra i uvredom i klevetom i sramoćenjem, ukoliko onaj tko neku ženu tako nazove ne može dokazati svoju tvrdnju.

Prema titulu XXX. Salijskog zakonika *De conviciis* ako netko *mulierem ingenuam* nazove *meretrice*, tj. bludnicom, a to ne može dokazati, kazna je 45 solida. Počinitelji su mogli biti i žena i muškarac. Ukoliko je netko nazvao muškarca bludnikom (*cinitum*) ili poganinom kazna je bila petnaest puta manja, zbog razloga kojeg i ne treba objašnjavati.

Nazivanje neke žene vješticom teže je kazneno djelo pa se posebno u titulu LXIV. *De herburgium* određuje: *Si quis mulierem ingenuam stria clamaverit et probare non potuerit, MMD dinarios in triplum qui faciunt solidos CLXXXIX culpabilis iudicetur.*, tj. „ako netko slobodnu ženu nazove vješticom i ne može to dokazati, neka se kriv osudi na tri puta 2.500 dinara, koji čine 189 solida.“ Nazivanje neke žene vješticom teže je kazneno djelo jer su i posljedice ove klevete i sramoćenja veće. Teret dokazivanja bio je na počinitelju, s time da u titulu LXIV. Salijskog zakonika dokazivanje nije

105 Izazivanje pobačaja je kazneno djelo, s time da Salijski, Vizigotski i Bavarski zakonik posebno reguliraju to djelo kao djelo posljedice spravljanja otrova, odnosno sredstva koje izaziva pobačaj. U tome je osobito strog Vizigotski zakonik koji za to djelo propisuje smrtnu kaznu bez obzira je li posljedica bila i smrt žene ili ne.

Kazneno djelo čarobnjaštva, tj. spravljanja otrova nalazimo u primitivnih naroda ranoga srednjeg vijeka. Alemani i Burgundi nazivaju žene koje se bave čarobnjaštvom *herbariae*. Rotarijev edikt (cap. 376) propisuje zabranu bavljenja magijom nad ljudima propisujući tešku kaznu za to djelo. Po vizigotskom pravu i drugim germanskim pravima delikti, kao npr. bavljenje magičnim činima zbog prouzrokovanja pobačaja imali su kao posljedicu pad u ropstvo. Leicht, P. S., *Storia del diritto italiano, Diritto privato. Parte prima, Diritto delle persone e di famiglia*, Milano 1960, str. 38; Guerra Medici, M. T., *I diritti delle donne nella societ  altomedievale*, Napoli 1986, str. 32.

106 Vidi tekst *Lex Alamannorum* na: <https://www.jku.at>, posjećeno 23.2.2018.

107 Stone, S. R., *Masculinity, Nobility and the Moral Instructions of the Carolingian Lay Elite*, str. 232.

108 U srednjem vijeku jednostavnost procjene tvrdnje nije davala mogućnost razlikovanja.

potrebno ukoliko se kleveće muškarac. Nazvati ženu vješticom prema *Pactus Legis Alamannorum* kažnjavalo se s 80 solida i taj se iznos povećavao ovisno o dokaznim sredstvima i pravnom statusu žene.¹⁰⁹

4.6. Kazneno djelo nasilja nad ženom koje za posljedicu ima pobačaj ili smrt novorođenčeta

Svi zakonici germanskih plemena sadrže odredbe o pobačaju. Mogu se podijeliti u dvije skupine: trovanje i vraćanje te povrede i ubojstva. Prva skupina odnosi se na voljno izazvani pobačaj,¹¹⁰ dok je druga vezana s tjelesnom povredom koja za posljedicu ima pobačaj („ubojstva djeteta koje je još u utrobi majke“).¹¹¹

Kazna za ubojstvo djeteta u utrobi majke ili djeteta koje je novorođenče, tj. još nema imena, je 100 solida. *Si vero infantem in utero matris suae occiderit ante quod nomen habeat cui fuerit adprobatum, IIIIM din. qui f. sol. C culp. iudic.* Iznos od 100 solida je polovica *wergelda* koji se plaća za odraslu osobu.

Treći merovinški kapitularij postrožio je kazneno djelo pobačaja izazvanog nasiljem prema ženi te odredio: *Si quis mulierem ingenuam oregnantem in ventre aut in renis oercusserit pugno aut calce et ei pecus non excutiat et illa propter hoc gravata fuerit quasi usque ad mortem, CC solidos culpabilis iudicetur.* Kapitularij definira nasilno djelo kao udarac šakom ili stopalom u trbuh ili bubreg trudnice, pri čemu je kazna 200, 600, 900 ili čak 2.400 solida ovisno o posljedicama i dobi žene. Radi se o višestruko većoj kazni od one koja je određena u *Pactus legis Salicae*.

U Ripuarskom su zakoniku¹¹² ubojstvo trudne žene, ubojstvo ploda u utrobi te čedomorstvo povezani u jednoj odredbi: *Si quis partum in feminam interfecerit seu natum, priusquam nomen habeat bis quinquagenos solid. culpabilis iudicetur. Quod si matrem cum partu interfecerit, septingentos solid. multetur.* Kazna je dakle, za smrt ploda¹¹³ i čedomorstvo, kao i za pokušaj trovanja, 100 solida, dok je kazna kada je pobačaj izazvao i smrt žene 700 solida.

I u ostalim germanskim zakoncima nalazimo slične odredbe, a Vizigotski zakonik ima poseban titul o pobačaju¹¹⁴ i kažnjava nasilno izazvani pobačaj koji izazove smrt trudnice kao svako drugo ubojstvo. Slične odredbe o ubojstvu ploda i smrti novorođenog djeteta ima i *Lex Alamannorum* u titulima LXXVII. i LCI.

Za pobačaj bez smrtnih posljedica po ženu određuju se novčane kazne zavisno o starosti ploda. Burgundski i Ostrogotski zakonik reguliraju pobačaj u okviru odredbi o tjelesnoj povredi, a *Lex Langobardorum*, navodeći da se radi o neželjenom činu (*nolendo*), jasno razlikuje i definira namjerno izazvani pobačaj od slučajnog pobačaja

109 Titul XIV. *Pactus Legis Alamannorum*.

110 Pobačaj kao voljan čin ne spada u temu ovoga rada.

111 Titul XXIV. Salijskog zakonika. Na kažnjavanje namjernog izazivanja pobačaja odnose se druge odredbe.

112 U kojem se također nasilno izazvani pobačaj može podvesti pod djelo *De maleficiis*.

113 Nema razlike između ranijeg i kasnijeg razdoblja trudnoće odnosno starosti ploda kao u vizigotskom pravu. Vidi više u Elsackers, M. J., *Reading between the lines: Old Germanic and early Christian views on abortion*, dissertation, University of Amsterdam 2010., str. 331-333.

114 Vidi *Lex Visigothorum*, knjiga VI., titul III., odredba 2.

kao posljedice tjelesne povrede.¹¹⁵

4.7. Ostala kaznena djela nasilja nad ženama

Jedno od kaznenih djela nasilja bilo je i ograničenje kretanja žena. Salijski je zakonik štitio slobodu kretanja pa je zapriječiti slobodan prolaz ili gurnuti bilo ženu bilo muškarca u prolazu bilo kažnjivo, no kazna za počinjenje tog djela nad ženom bila je tri puta veća. *Si quis mulierem ingenuam via sua ostaverit aut inpixerit, mal. machina hoc est MDCCC din. qui f. sol. XLV culp. iudic.*¹¹⁶ Ako, dakle, „netko slobodnu ženu na njenom putu zapriječiti ili ju gurne neka se kriv osudi na 1.800 dinara što čini 45 solida“¹¹⁷ (kazna za isto djelo počinjeno nad muškarcem bila je 15 solida). Fizički jači, i oružju vičniji, muškarci su imali veću mogućnost samoobrane. U kasnijem razdoblju ova odredba kao moguće žrtve uz žene navodi i djevojke (*mulierem aut puellam*).

Među kaznenim djelima nasilja nad ženama bilo je i nasilno odsijecanje kose za koje je u Salijskom zakoniku određena kazna od 45 solida. Ta je kazna povećana u Kapitulariju III. na 100 solida. Burgundski zakonik razlikuje naknadu koju treba primiti žena na ime odštete i kaznu: *Quicumque ingenuus mulieri ingenuae crinem in certe sua praesumpserit capulare, iubemus, ut XXX solidos mulieri ipsi solvat, et multae nomine solidos XII*¹¹⁸ pa se prema tomu za odsijecanje kose ženi daje na ime naknade 30 solida dok kazna iznosi 12 solida. Kratka je kosa bila simbol ropstva, a duga dio ženstvenosti povezan s boljim prilikama za udaju.

Prisiljavanje žene na spolne odnose s drugim muškarcima bilo je posebno kazneno djelo.¹¹⁹ Primjer je to ograničenja *mundiuma* kaznenopravnom zaštitom.

Kod ostalih kaznenih djela, npr. krađe *De furtis* ili štetnih radnji na imovini *De damno*, nije izričito naveden spol počinitelja kao ni mogućih oštećenih osoba. Kod nekih kaznenih djela počinitelj i ne može biti žena. Takvo je, npr. kazneno djelo lažnog svjedočenja koje se i nije moglo odnositi na žene jer one nisu mogle ni biti svjedoci, kao što nisu mogle niti poduzimati radnje u postupku s pravnim učinkom. Ova djela ipak posredno, upravo jer ne spominju žene kao moguće subjekte počinjenja, kaznena djela nasilja nad ženama stavljaju u poseban kontekst.

5. ZAKLJUČAK

Nasilje nad ženama prisutno je od najstarijeg vremena i svako je društvo pod njim podrazumijevalo različita djela. Ipak, nasilje društvo nije toleriralo već je djelovalo protiv njega raspoloživim mehanizmima. U ranom srednjem vijeku teško je bez zadržke govoriti o funkcioniranju države i pravnim mehanizmima. Tim je veća snaga zakonika koji su se od pada Rimskog Carstva do 10. stoljeća pretakali iz običaja

¹¹⁵ Staro pravo ne razlikuje pojmove „prekida trudnoće“ i „pobačaja“.

¹¹⁶ Vidi titul XXXI. *Pactus legis Salicae*.

¹¹⁷ Odredba 2. titula XXXI. *Pactus legis Salicae*.

¹¹⁸ Vidi *Lex Burgundionum*.

¹¹⁹ Vidi Fischer Drew, K., *Lombards Law*, str. 201. Ograničenje ovlaštenja onoga koji ima *mundium*.

u pisano pravo određujući granice dopuštenog, uvodeći red i u odnos podređenih i vlasti. Protupravno ponašanje je neprihvatljivo jer se loše odražava na pojedinca i društvo. Razlog neprihvatanja jednostavan je i opipljiv. Treba preživjeti i održati se. U takvom životu najkorisnija je bila fizička snaga pa je logično bilo prihvatiti muški *mundium*. On je pružao zaštitu iako je podrazumijevao nesamostalnost i podređenost žena. U podređenosti, ili usprkos njoj, društvo je, kažnjavajući nasilje nad ženama kaznama koje donekle nadoknađuju štetu, pokazalo osjećaj za žene koji suvremenom društvu možda nije prihvatljiv, ali je tada bio jedini moguć. Pragmatično je bilo zaštititi ženu od silovanja i otmice kako bi se bolje udala, te u mužu naći zaštitnika i sigurniji život. Pragmatično je zaštititi ženu kao buduću majku koja daje novi život i novoga člana zajednice. Pragmatično je bilo zaštititi tijelo žene kako ne bi u društvu bez organizirane zdravstvene skrbi podnosila bol. Pragmatično je bilo sačuvati ženu od sramote ili klevete kako ne bi doživjela društvenu izolaciju. Ona u takvom surovom okruženju ne bi mogla živjeti samostalno, bez sredstava za život i bilo kakve zaštite. U teškim uvjetima srednjovjekovnoga života pragmatičnost i određivanje vrijednosti prema sposobnosti rađanja kao podloga osjećaja za žensko pitanje gubi negativnu konotaciju. Uz takve odrednice srednjovjekovnog života zaštita žena koju propisuju *leges barbarum* ne čini se više toliko „barbarskom“.

Bez obzira na to o kojem se zakoniku radi, Salijskom, Ripuarskom, Bavarskom ili dr., nasilno ponašanje prema ženi se kažnjava, a vrste i visina kazni više govore u prilog nego protiv postojanja zaštite žena. Prihvatljivost i opravdanost reguliranja pojedinih kaznenih djela i određivanja kazni za počinitelje ne može se mjeriti kriterijima suvremenoga življenja i pravnih načela. Zakonici germanskih naroda određuju kažnjivim djela obljube uz primjenu sile, otmice, tjelesne povrede, ubojstva, izazivanje pobačaja protiv volje trudnice i klevete, u okolnostima života srednjeg vijeka. Naknada štete koju treba namiriti počinitelj ujedno je i odmazda pa su i žrtva i društvo zadovoljeni onoliko koliko to žrtvi omogućuje daljnji život i unosi red u društvo.

Među kaznenim djelima nasilja nad ženama posebno u barbarskim zakonicima treba naglasiti postojanje djela kvalificiranog ubojstva, poput ubojstva trudnice, te djela ubojstva žene s prikrivanjem zločina kod kojih su određene daleko veće kazne. Pojedini zakonici, poput *Lex Alamannorum* i *Lex Visigothorum*, izričito navode žene kao žrtve tjelesnih povreda. Pa iako Salijski i Ripuarski to ne čine, zaštita je postojala. Čini se da ju nije trebalo posebno naglašavati, što je značilo korak naprijed.

Salijski je zakonik u najstarijoj redakciji najbolji primjer potvrde da je pravna zaštita žena kod Germana više od zaštite procijenjene vrijednosti. Iako osobnosti ograničene *mundiumom*, žene su članovi društva, prije svega obitelji i roda, bez kojih pleme ne bi opstalo. Stoga je kazna za ubojstvo žene trostruko veća od kazne za ubojstva muškarca, a kazna za silovanje nije manja od kazne koja se odnosi na povredu muškarca. Svrha koja se kažnjavanjem postiže nije omalovažena pragmatičnim razlozima među kojima se najviše ističe fertilitet. Upravo suprotno.

Ripuarski zakonik prati odredbe Salijskoga, a kada to ne čini, npr. kod kaznenog djela otmice i silovanja (*raptus*), također određuje kazne prema težini kaznenog djela. Pritom predviđa kazne i za pokušaj. Od ostalih germanskih zakonika za podupiranje

teze ovog rada valja naglasiti važnost odredbi Vizigotskog zakonika kojima se za silovanje određuje kazna u visini cijele imovine, tjelesnog kažnjavanja i gubitka pravnog statusa počinitelja. Ovakva kazna mogla je žrtvi silovanja donijeti očekivanu pravdu.

„Nesavršenost“ *legorum barbarum* o zaštiti žena opravdavaju vrijeme i okolnosti. To je pravo osiguravalo ženama zaštitu prema načelima i mjerilima tog vremena. Razlozi zaštite ne umanjuju njeno postojanje niti se mogu obezvrijediti suvremenim načelima. U slučaju sumnje valja neke stare zakone usporediti s pozitivnim pravom ili pokazateljima uspješnosti njihove primjene. Tako su u Republici Hrvatskoj od 2012. do konca 2016. bliski ili poznati muškarci ubili 72 žene,¹²⁰ dok je u 2017. muškom rukom ubijeno 15 žena.¹²¹ Femicid u Hrvatskoj čini 25-30 % ubojstava. Rast broja ubojstava žena upućuje da zakonske, pravosudne, edukacijske i medijske mjere sprječavanja nasilja nad ženama nisu dale očekivane rezultate, kao i u slučaju silovanja i drugih djela nasilja. Imamo li pravo kritički se osvrtni na propise barbara i negirati tezu o postojanju običajno/pravne zaštite žena prije 1.200 godina bez obzira na kojim je razlozima ona tada počivala? Imamo li pravo nasilno ponašanje prema ženama u 21. stoljeću nazivati „barbarskim“?

LITERATURA

Vrela i propisi:

1. Decem Libri Historiarum, Historia Francorum, Gregory of Tours
2. Kazneni zakon Republike Hrvatske, Narodne novine, 125/2011.
3. Lex Alamannorum, MGH
4. Lex Baiovariorum, MGH
5. Lex Burgundionum, MGH
6. Lex Ribuarum, MGH
7. Lex Salica, MGH
8. Lex Visigothorum, MGH
9. MGH, Monumenta Germaniae Historica, dostupno na: <http://www.dmgh.de>, posjećeno 13.7.2013.
10. Pactus legis Salicae, MGH
11. Pardessus, J. M., Salic law, Toronto 1843., dostupno na: <http://archve.org/details/loisaliqueourecu00pardoft>, posjećeno 1.8.2013.
12. Sohm, R., Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 5., Weimar 1866., dostupno na Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte <http://dlib-zsmpier.mpg.de>, posjećeno 22.7.2013.

Knjige i članci:

1. Antokolskaia, Masha, Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective, Antwerpen, Oxford, 2006.
2. Attenborough, Frederick Levi, Laws of the Earliest English Kings, Cambridge 1922.
3. Bardsley, Sandy, Women's Roles in the Middle Ages, Westport, Conn., London, 2007.
4. Bartulović, Željko, Povijest prava i države, I. dio – Opća povijest prava i države, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2014.

120 Vidi: www.prs.hr, posjećeno 20.3.2018.

121 Najnoviji podatci Ureda Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova.

5. Bayerle, Katrin, *Einsatzfelder des weltlichen Bannes im Frühmittelalter*, Köln, 2004.
6. Beyerle, Franz, *Die Gesetze der Langobarden, Band 1, Edictus Rothari*, 1962.
7. Bilokapić, Šimun, *Etički vidovi kemijske kastracije, Crkva u svijetu*, 45, br. 3., Split, 2010., str. 333-354.
8. Colman, Rebecca V., *The abduction of women in barbaric law, Florilegium*, vol. 5, Toronto, 1983.
9. Derenčinović, Davor, Cvitanović, Leo, Vajda Munivrana, Maja, Turković, Ksenija, *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb, 2013.
10. Elsackers, Marriane J., *Reading between the lines: Old Germanic and early Christian views on abortion, Dissertation, University of Amsterdam*, 2010.
11. Ennen, Edith, *Frauen in Mittelalter*, München, 1994.
12. Eckhardt, Karl August, *Die Gesetze des Karolingerreiches, Band 3*, 1934.
13. Feldbrugge, Ferdinand Joseph Maria, *The Laws Beginnings*, Leiden, 2003.
14. Fischer Drew, Katherine, *Lombard Laws*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996.
15. Fischer Drew, Katherine, *The Burgundian Code*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996.
16. Fischer Drew, Katherine, *The Laws of the Salian Franks*, University of Pennsylvania Philadelphia, 1991.
17. Goetz Hans Werner, *Frauenbild und Weibliche Lebensgestaltung im Fränkischen Reich u: Baltrusch-Schneider, D. B., Heidrich, I., Kuchenbuch, L., McKitterick, R., Weibliche Lebensgestaltung im frühen Mittelalter, Köln/Weimar, 1991., str. 45-64.*
18. Guerra Medici, Maria Teresa, *I diritti delle donne nella società altomedievale*, Napoli, 1986.
19. Harper Dunn, Kimberlee, *Germanic Women: Mundium and Property, 400-1000, Thesis Prepared for the Degree of Master of Science, University of North Texas*, 2006.
20. Hinkeldey, Ch., Fosbery, J., *Criminal justice through the ages; from divine judgement to modern German legislation, vol. IV., Rothenburg*, 1981.
21. Ketsch, Peter i Kuhn, Annette, *Frauen im Mittelalter, Band 2, Düsseldorf*, 1984. Kleinschmidt, Harald, *Understanding the Middle Age*, Woodbridge, 2003.
22. Koenigsberger, Helmut Georg, Briggs, Asa, *A Medieval Europe*, Harlow, 1987.
23. Krahwinkel, Harald, *Friaul im Frühmittelalter: Geschichte einer Region von Ende des fünften bis zum Ende des Zehnten Jahrhunderts, Veröffentlichungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 30, Vienna, Cologne, Weimar, 1992.*
24. Kurtović, Šefko, *Opća povijest prava i države, I. knjiga, Zagreb*, 2005.
25. Leicht, Pier Silverio, *Storia del diritto italiano, Diritto privato. Parte prima, Diritto delle persone e di famiglia*, Milano 1960.
26. Lesaffer, Randall, *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*, New York, 2009.
27. Mayer-Homberg, Edwin, *Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter*, Weimar, 1912.
28. McKitterick, Rosamond, *Charlemagn: The Formation of European Identity*, Cambridge, 2008.
29. Moscher Stuard, Susan, *Women in Medieval Society*, Pennsylvania, 1993.
30. Oliver, Lisi, *The Body Legal in Barbarian Law*, Toronto, Buffalo, London, 2011.
31. Rivers, Theodore John, *An introduction to The Laws of the Alamans and Bavarians*, Philadelphia, 1977.
32. Rivers, Theodore John, *Laws of the Salian and Ripuarian Franks*, Philadelphia, 1986.
33. *Reutledge Revivals: Women and Gender in Medieval Europe: An Encyclopedia*, ur. Margaret Schams, Magill Library, Haverford College, 2006.
34. Schnürer, Gustav, *Church and Culture in the Middle Ages, vol.1., New York*, 1956.
35. Scott, Samuel Parsons, *The Visigothic Code*, repr. London, 1982.
36. Stone, Susane Rachel, *Masculinity, Nobility and the Moral Instructions of the Carolingian*

- Lay Elite, thesis for the degree of Doctor of Philosophy, King's College, London, 2005.
37. Southon, Emma, *Marriage, Sex and Death: The Family in the Post-Imperial west*, A thesis submitted to the University of Birmingham for the degree of Doctor of Philosophy, 2012.
 38. Thorpe, Lewis, *The History of the Franks*, London, 1974.
 39. Tüchel, Susan, *Kastration in Mittelalter*, Düsseldorf, 1998.
 40. Vajs, Albert, Kandić, Ljubica, *Opšta historija države i prava*, Beograd, 1989.
 41. Valković, Marijan, *Uloga žene u javnom životu europske civilizacije*, Bogoslovska smotra, vol. 60, 3-4., Zagreb, 1991., str. 192-208.
 42. Weinhold, Karl, *Die Deutschen Frauen in dem Mittelalter: Ein Beitrag zu den Hausalterthümern der Germanen*, Wien, repr. 2015.
 43. Wemple, Suzanne Fonay, *Consent and Dissent to Sexual Intercourse in Germanic Societies from the Fifth to the Tenth Century*, Washington, 1993.
 44. Wemple, Suzanne Fonay, *Women in Frankish Society, 500 to 900.*, London, 1996.
 45. *Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention*, ur. Helmut Kury, Slavomir Redo, Evelyn Shea, vol. 2, 2016.

Mrežne stranice:

1. <http://archive.org/details/cu319240707153519>, posjećeno 22.2.2018.
2. <http://archve.org/details/loisaliqueourecu00pardoft>, posjećeno 1.2.2018.
3. <http://citeseerx.ist.psu.edu>, posjećeno 20.12.2017.
4. <http://dlib-zs-mpier.mpg.de>, posjećeno 1.2.2018.
5. <http://news.gc.ca/web/article-en.do?nid=900399>, posjećeno 12.1.2018.
6. <http://unstat.un.org/unsd/gender/worldswomen.html>, posjećeno 1.2.2018.
7. <http://www.dmgh.de>, posjećeno 15.2.2018.
8. <http://www.dzs.hr>, posjećeno 15.2.2018.
9. <http://www.en/oxforddictionaries.com/definition/barbarian>, posjećeno 1.2.2018.
10. <https://www.jku.at>, posjećeno 23.2.2018.
11. <http://www.sourcebooks.fordham.edu>, posjećeno 13.5.2018.
12. laws-lois.justice.gc.ca/eng/annualstatutes/2015_29/page-1.htm, posjećeno 17.1.2018.
13. www.prs.hr, posjećeno 20.3.2018.

Željko Bartulović*
Zrinka Erent Sunko**
Wilma Pezelj***

Summary

**SEXUAL ABUSE AND OTHER CRIMINAL ACTS OF
VIOLENCE AGAINST WOMEN IN MEDIEVAL GERMAN
LAW CODES WITH A FOCUS ON *LEX SALICA* AND *LEX
RIBUARIA***

**Contribution to the exploration of medieval status of women
and struggle against violence against women**

Through the exploration and analyse of German tribal codes, so called *leges barbarorum*, and among them the most known is The Salic Code (*Lex Salica*), authors concludes that German tribes showed astonishing vigour in the criminal law regulation concerned to acts of violence against women. Barbarian criminal law protection should be observed inside of circumstances and life conditions in The Middle Ages as well as principles and values different from those ones creates bases of modern legal systems. *Leges barbarorum* contains classification of the criminal acts against women and determines sanctions according to the heaviness of criminal act that can be minimal fine, but very severe too, as confiscation of entire property, public physical punishment and deprivation of legal status. Homicides of pregnant women are specifically sanctioned as well as hiding and denying of criminal acts. The purpose of sanction was primarily to indemnify victim who was, in the case of sexual abuse, often not only traumatised but stigmatised too. Question remains whether Germanic tribes, so called “barbarians”, respected their own laws.

Keywords: *barbarians, leges barbarorum, violence, rape, homicide, abduction, Lex Salica, Lex Ribuaria, Lex Visigothorum.*

* Željko Bartulović, Ph. D., Full Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; zeljko@pravri.hr.

** Zrinka Erent Sunko, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb; zrinka.arent.sunko@pravo.hr.

*** Wilma Pezelj, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Split; wilma.pezelj@pravst.hr.

Zusammenfassung

**SEXUELLER MISSBRAUCH UND ANDERE
STRAFTATEN GEGEN FRAUEN IN GESETZEN DES
MITTELALTERLICHEN GERMANISCHEN RECHTS MIT
BETONUNG AUF *LEX SALICA* UND *LEX RIBUARIA***

**Beitrag zur Forschung über die geschichtlich-rechtliche Stellung
von Frauen und den Kampf gegen Frauengewalt**

Durch die Forschung und Analyse der Gesetze von germanischen Stämmen (die sog. „leges barbarorum“), von welchen das Salische Gesetz oder Lex Salica sicherlich das bekannteste ist, wird in dieser Arbeit die Schlussfolgerung gezogen, dass germanische Stämme der strafrechtlichen Regulative bezüglich der Gewaltstraftaten gegen Frauen überraschenderweise stark beigetragen haben. Den barbarischen strafrechtlichen Schutz sollte man durch die im Mittelalter herrschenden Umstände und Lebensbedingungen sowie auch durch die damaligen Grundsätze und Werte betrachten, welche sich von denen der modernen Rechtssystemen wesentlich unterscheiden. „*Leges barbarorum*“ beinhalten eine bestimmte Klassifizierung der Gewaltstraftaten gegen Frauen und bestimmen die Strafe gemäß der Schwierigkeit der Straftat. Die Strafe konnte demgemäß milder (Geldstrafe) oder härter (Beschlagnahme des Vermögens, Körperstrafe in der Öffentlichkeit oder Verlust des Rechtstatus) sein. Mord an Schwangeren sowie auch Verschleierung und Leugnung der Straftaten wurden besonders bestraft. Der Zweck der Strafe war vor allem den Schaden an das Opfer zu ersetzen, welches im Falle des sexuellen Missbrauchs nicht nur traumatisiert sondern auch stigmatisiert wurde. Die Frage bleibt offen, ob germanische Stämme, die sog. „Barbaren“, in der Realität auch diese Gesetze befolgten.

Schlüsselwörter: *Barbaren, leges barbarorum, Gewalt, Vergewaltigung, Mord, Entführung, Lex Salica, Lex Ribuarica, Lex Visigothorum.*

Riassunto

**L'ABUSO SESSUALE E GLI ALTRI REATI PENALI DI
VIOLENZA SULLE DONNE NEI CODICI MEDIOEVALI
DEL DIRITTO GERMANICO CON PARTICOLARE
ACCENTO SULLA *LEX SALICA* E SULLA *LEX RIBUARIA***

**Apporto alla ricerca sulla posizione giuridica della donna nella
storia e sulla lotta alla violenza sulle donne**

Ricercando ed analizzando i codici dei popoli germanici c.d. „leges barbarorum“, dei quali sicuramente il più famoso risulta essere la *Lex Salica*, gli autori concludono che i popoli germanici nella regolamentazione giuridica penale connessa ad atti di violenza sulle donne dimostrarono una inusuale tempra. La tutela penale barbara va osservata alla luce delle circostanze e delle condizioni di vita nel medioevo, come anche attraverso principi e valori diversi da quelli sui quali posano gli odierni sistemi giuridici. Le „*Leges barbarorum*“ contengono una determinata classificazione dei reati penali di violenza sulle donne in base alla gravità del reato determinano la pena che può essere una limitata pena pecuniaria o anche molto severa, come ad esempio la confisca di tutto il patrimonio, la punizione fisica in pubblico e la perdita dello status giuridico. Specialmente si puniscono gli omicidi delle donne incinte come anche la copertura oppure la negazione dei reati. La finalità della pena era prima di tutto la compensazione del danno alla vittima che spesso in caso di abuso sessuale era non solo traumatizzata, ma anche stigmatizzata. Rimane l'interrogativo quanto i popoli germanici c.d. „barbari“ rispettassero nella realtà le loro leggi.

Parole chiave: *barbari, leges barbarorum, violenza, violenza sessuale, omicidio, sequestro, Lex Salica, Lex Ribuarica, Lex Visigothorum.*

POJAM, PРАВNA ПРИРОДА I НЕКА ОТВОРЕНА PITANJA FAKTIČNIH KONCERNA U DOMAĆEM I KOMPARATIVNOM PRAVU

Izv. prof. dr. sc. Dubravka Akšamović*
Sanjin Stupar, mag. iur.**

UDK 347.72.04
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.9>
Ur.: 24. travnja 2018.
Pr.: 29. svibnja 2018.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Faktični koncerni zbog svoje tržišne moći imaju izrazitu gospodarsku važnost. Implikacije faktičnog koncerna na pravni sustav zahtijevaju postavljanje jasne distinkcije u odnosu na druge pravne oblike povezanih društava i druge vrste koncerna. Cilj je ovog rada obraditi pojam faktičnoga koncerna na pravnoteorijskoj i praktičnoj razini. Metodološka obrada sastoji se u analiziranju pravnih izvora i sudske prakse pri čemu se nastojalo uočiti bitna obilježja faktičnog koncerna i shvatiti njegovu pravnu prirodu kako bi se lakše uočilo u kojim se situacijama radi o faktičnom koncernu. Svrha rada odnosno, preciznijeg određenja faktičnog koncerna u biti je ključna pri kvalifikaciji obveza koje proizlaze iz koncernske konstelacije trgovačkih društava. Pritom je bitno obratiti pažnju na terminologiju kada se govori o faktičnim koncernima u odnosu na druge skupove povezanih društava, kako ne bi došlo do zabluda o tomu koji je subjekt konkretno nositelj prava i obveza unutar faktičnog koncerna. Rezultati istraživanja su pokazali da pitanje faktičnog koncerna nije dovoljno istraživano, te da postoji izvjesna nedovoljna pravna reguliranost ovog pojma, budući da nijedan zakon u Republici Hrvatskoj ne spominje izravno termin faktični koncern.

Ključne riječi: faktični koncerni, izvori koncernskog prava, pravna priroda faktičnog koncerna, grupa društava.

1. UVODNA RAZMATRANJA - GOSPODARSKA SVRHA I POJAVNOST KONCERNA

U pravu povezanih društava zadržavanje pravne samostalnosti, odnosno pravnog

* Dr. sc. Dubravka Akšamović, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku; daksamov@pravos.hr.

** Sanjin Stupar, mag. iur., doktorand Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku; stupar.sanjin7@gmail.com.

subjektiviteta bitna je karakteristika svih povezanih društava. Drugim riječima, unatoč svojoj povezanosti trgovačka društva ostaju pravno samostalna i odvojena jedna od drugih. Međutim, zbog složenosti povezivanja društava u koncerne, javljaju se razni problemi koje pravo nastoji regulirati kako bi zaštitilo ovisna društva u koncernu, članove ovisnih društava te vjerovnike društava koncerna.

Upravo iz tih razloga u ekonomski naprednijim državama razvila se u okviru prava društava čitava pravno-znanstvena podgrana koja se bavi istraživanjem materije o povezanim društvima, a koja se u Njemačkoj i državama pod utjecajem njemačkoga prava, pa tako i u Hrvatskoj naziva „koncernsko pravo ili pravo koncerna” (njem. *Konzernrecht*). Temeljni cilj prava koncerna jest prirodnu koliziju interesa između više društava u koncernu, pravno urediti kako bi se izbjegli konflikti.¹ Osnovni motiv povezivanja u koncern jest postizanje sinergije društava koncerna. U kontekstu faktičnih koncerna zbroj rezultata svih pojedinih društava izvan faktičnog koncerna ne daje isti rezultat kao kada su sva društva objedinjena u koncern, stoga sinergija društava povezanih u koncern u prvom redu ima za cilj povećanje viška vrijednosti (njem. *Mehrwert*).² Nadalje postoje i mnogi drugi razlozi povezivanja u faktični koncern. U faktičnom koncernu se smanjuje odgovornost vladajućeg društva sukladno principu da dioničar ne odgovara za obveze društva, što je svojevrsna prednost u odnosu na statusne promjene poput pripajanja, spajanja i priključenja. Unutar koncerna postoji politika transfernih cijena u unutar grupnim transakcijama između vladajućeg i ovisnog društva gdje cijene proizvoda i usluga društva majke mogu biti znatno više u odnosu na proizvode i usluge ovisnog društva. Isto tako koncern unutargrupnim transakcijama kreira unutarnje tržište koje će mu omogućiti da prebrodi ekonomske krize, smanji troškove te da svojim cijenama izdrži konkurenciju izvan koncerna.³

Faktični koncern nastaje kao rezultat eksternog rasta društva, za razliku od internog rasta, koji se zasniva na ulaganjima u proširenje postojećeg poslovanja.⁴ Eksterni rast koncerna podrazumijeva svaki oblik širenja poslovne aktivnosti preuzimanjem već formiranih društava (nerijetko konkurentskih društava).⁵ Preuzimanjem se ostvaruje podređivanje jednog društva drugom društvu, tj. nastaje odnos ovisnosti. Stoga je u suvremenom poslovnom svijetu faktični koncern snažan oblik pravno-ekonomske organizacije poslovanja.⁶

Faktični koncerni, kao jedan od pojavnih oblika koncerna u Republici Hrvatskoj

- 1 Hoffmann, F., *Konzernhandbuch: Recht, Steuern, Rechnungslegung, Führung, Organisation, Praxisfalle*, Wiesbaden, Gabler, 1993., str. 25.
- 2 Frost, J., Morner, M., *Konzernmanagement - Strategien für Mehrwert*, Wiesbaden, Gabler, 2010. str. 15.
- 3 Transferne (njem. *Transferpreisen*) ili obračunske cijene koncerna (njem. *Konzernverrechnungspreisen*) pojavljuju se u poslovima koji se sklapaju među pojedinim povezanim društvima u koncernu. Ono društvo koje ima utjecaj na uprave drugih društava nameće sklapanje cijena tih poslova koje su više ili niže od realnih, ovisno o interesu vladajućeg društva. Detaljnije o transfernim cijenama v. Behringer, S., *Konzerncontrolling*, Springer-Gabler, Berlin, 2014., str. 175.
- 4 Orsag, S., Gulin, D., *Poslovne kombinacije, RiF*, Zagreb, 1996., str. 53-58.
- 5 Ibidem.
- 6 Vidi više o eksternom i internom rastu u: Orsag, S., Gulin, D., *Poslovne kombinacije, RiF*, Zagreb, 1996., str. 53-58.

su temeljno regulirani odredbama Zakona o trgovačkim društvima (ZTD).⁷ Uz hrvatskom ZTD-u bio je njemački Zakon o dioničkim društvima (njem. AktG, od *Aktiengesetz*⁸). Uz njemačko pravo, koncerne također pravno reguliraju i austrijski (njem. *Unternehmensgesetzbuch* (UGB) koji ne definira izravno pojam koncerna već navodi da se radi o koncernu kada postoji obveza konsolidiranog izvještavanja (njem. *Konzernabschluss*)⁹). Švicarska normira koncern u Zakonu o obveznim odnosima (njem. *Obligationenrecht* čl. 963.),¹⁰ Slovenija to čini u svom Zakonu o trgovačkim društvima (*Zakon o gospodarskih družbah* (ZGD-1), čl. 530.),¹¹ Španjolska u Trgovačkom zakonu¹² (*Código de Comercio*, čl. 42.) i naposljetku, Hrvatska također uređuje pojam koncerna u ZTD-u (čl. 476.).¹³

Njemačka je prva država u svijetu koja je sustavno pravno uredila materiju koncerna. Trenutno važeći njemački Zakon o dioničkim društvima (*Aktiengesetz* (AktG)) u paragrafu 18. definira koncern (njem. § 18 *Konzern und Konzernunternehmen*). Iako se pojam koncerna (njem. *Konzern* od lat. *concernere* - „voditi natrag”¹⁴) susreće u njemačkoj poslovnoj praksi u posljednjoj četvrtini 19. stoljeća¹⁵ kada su dionička društva već mogla biti članovi drugih dioničkih društava, pa ipak, koncern je prvi put pojmovno definiran 1937., kada je prvi njemački Zakon o dionicama (§ 15) usvojio pravnu definiciju koncerna.¹⁶

Prema toj definiciji mogu se izdvojiti sljedeće bitne karakteristike koncerna: 1) jedinstveno vođenje svih društava koncerna i 2) prevladavajući utjecaj vladajućeg

7 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, 110/15.

8 *Aktiengesetz* (AktG) 6. 9. 1965 (BGBl. I S. 1089), posljednja izmjena 2017. (BGBl. I S. 802, 812).

9 *Unternehmensgesetzbuch* (UGB) RGBI. S 219/1897, posljednja izmjena BGBl. I Nr. 20/2017.

10 SR: 220 - BG vom 30. März 1911 (*Fünfter Teil: Obligationenrecht*), posljednja izmjena 2012.

11 Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 65/09 - uradno prečišćeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 - odl. US. 82/13, 55/15 in 15/17), stari ZGD iz 1993. prestao je važiti 2006. godine, Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 15/05 - uradno prečišćeno besedilo in 42/06 - ZGD-1).

12 U članku 42. španjolskoga Trgovačkog zakona (*Código de Comercio*, Ministerio de Gracia y Justicia «BOE» núm. 289, de 16 de octubre de 1885 Referencia: BOE-A-1885-6627, Revisión vigente desde 26 de Noviembre de 2017.) navodi se da „koncern postoji kada jedno društvo ima, ili može steći, izravno ili neizravno, kontrolu nad drugim društvom/društvima. Smatra se da jedno društvo ima kontrolu nad drugim u slučaju kada ima većinu prava glasa ili mogućnost imenovanja ili opoziva većine članova uprave i/ili nadzornog odbora.”

13 Također treba napomenuti da, iako i Španjolska, Portugal, Mađarska i Češka primjenjuju njemački model ne koriste izričito termin „koncern”, v. Hopt, J., Klaus, *Groups of Companies - A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, Oxford University Press, 2015. str. 9.

14 Etimološki izraz „Konzern” potječe od latinskog glagola *concernere*, koji njemačka struka prevodi kao *zurückführen*, prijevod na hrvatski jezik ne uspijeva objasniti bit koncerna iz same etimologije „koncerna”, te se u biti izraz „vođenja prema nazad” odnosi na logiku da vladajuće društvo vodi ostala društva koja su u reprodukcijском lancu iza (tj. ispod) njega. V. Baumann, K. F., *Konsolidierung mehrstufiger Konzerne*, Gabler, Wiesbaden, 2000., str. 7.

15 Meyer, J., *Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2000., str. 664.

16 Hoffmann, F., op. cit., str. 27.

društva nad ovisnim društvima. Upravo je ovaj koncept pravni temelj da koncern faktično egzistira (faktični koncern) u pravnom prometu, čak i kada pravni temelj njegovog nastanka nije ugovor.

Izloženi § 15 pravnoteorijski je temelj pojmovnog određenja faktičnog koncerna u njemačkog koncernskom pravu, premda zakon ne spominje izričito pojam faktičnog koncerna. Ova će odredba poslužiti i kao temelj i drugim državama pri formulaciji odredbi o koncernu u svojim nacionalnim zakonima. U potonjima, u okviru koncernskog prava, koncern je centralni pravni institut, a faktični koncern se javlja samo kao jedna podvrsta koncerna.

2. VRSTE KONCERNA

U većini zakonodavstava u kojima postoji zakonska regulacija koncerna, koncerni se definiraju na manje ili više sličan način. Tako se, primjerice, u njemačkom pravu u sadašnjem § 18 AktG-a navodi da se radi o koncernu ako su jedno ili više društava objedinjena jedinstvenim vođenjem. ZTD u čl. 476. usvaja istovjetno određenje i kaže da koncern postoji ako se vladajuće i jedno ili više ovisnih društava objedine jedinstvenim vođenjem od strane vladajućeg društva. I dalje se u ZTD-u navodi da se radi o koncernu i ako su pravno samostalna društva, spojena zajedničkim vođenjem, a da pritom nijedno društvo nije ovisno o drugome.¹⁷ Slična zakonska određenja nalazimo i u slovenskom¹⁸ i mađarskom¹⁹ pravu te pravima drugih europskih država (Portugal, Italija, Češka, Albanija).²⁰

Navedena zakonska određenja poslužila su kao okvir za teorijsku klasifikaciju koncerna, prema različitim kriterijima.²¹

a) Tako se prema kriteriju utjecaja koji postoji među društvima, koncern dijeli na:

1) koncern u kojem postoji odnos subordinacije (njem. *Unterordnungskonzern*),²²

17 ZTD čl. 476. st. 2.

18 V. više u: Brus, Marko, *Das slowenische Konzernrecht in seiner Herkunft und deutschen Recht der verbundenen Unternehmen*, Berlin Verlag, Berlin, 1999.

19 Kalo, A., *Des Recht der verbundenen Unternehmen in Ungarn, Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, WiRO, 1994., str. 452-459.

20 Tako i: Andenas, M., Wooldridge, F., *European comparative company law*, Cambridge University Press, New York, 2010., str. 451; i dalje *European Model Company Act*, Chapter 16. *Groups of Companies*, str. 3.

21 Vidi detaljnije tipove koncerna u Hoffmann, op. cit., str. 9.; zatim u Rose, G., Glorius, C., *Unternehmungensformen und -verbindungen Rechtsformen, Beteiligungsformen, Konzerne, Kooperationen, Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen in betriebswirtschaftlicher, rechtlicher und steuerlicher Sicht*, Gabler, Köln, 1992., str. 142-143.

22 Za ovu vrstu koncerna karakteristično je da ga čine više društava povezanih jedinstvenim vođenjem u kojem postoji vladajuće društvo majka (njem. *Muttergesellschaft*), ovisna društva kćeri (njem. *Tochtergesellschaft*), ali i ovisna društva unuke (njem. *Enkelingsellschaft*). U praksi se najčešće pojavljuje višestupnjevani faktični koncern (njem. *Mehrstufiger (Unterordnungs) faktischer Konzern*), koji ovisno o svojoj veličini, može obuhvaćati i nekoliko desetaka ili nekoliko stotina društava. Zbog toga se još naziva „koncern u koncernu” (njem. *Konzern im Konzern*), iako se radi o jednom koncernu, tj. ne može postojati koncern unutar koncerna, jer se jedinstveno vođenje podvrgava vrhovnom (krajnjem) vladajućem društvu

a kod kojeg vladajuće društvo vlada drugim ovisnim društvom ili društvima²³ te 2) koncern u kojem su društva ravnopravna (njem. *Gleichsordnungskonzern*). (Najčešće je riječ o društvima s uzajamnim udjelima.²⁴ Kada postoje uzajamni udjeli između dva vladajuća društva koncerna, tada se radi o koncernu ravnopravnih društava koji je po svojoj pravnoj prirodi ortaštvo. Za ovaj koncern ne postoji obveza izrade konsolidiranog izvještaja.²⁵)

b) S obzirom na pravnu osnovu nastanka koncerna dijelimo ih na faktične (stvarne) koncerne i ugovorne koncerne.²⁶

O ugovornom koncernu je riječ kada su društva koncerna međusobno povezana, tzv. poduzetničkim ugovorima.²⁷ Sukladno njemačkom i hrvatskom pravu, u kojima se poduzetnički ugovori taksativno nabrajaju, sklapanje konkretnoga poduzetničkog ugovora mora odobriti glavna skupština. Uz navedeno, postoji i obveza uprave društva da opravda i obrazloži razloge sklapanja.²⁸ Nadalje, kod ugovornih koncerna ugovorom se jedinstveno vođenje može prenijeti i na neko središnje zajedničko tijelo i to tako da se osnuje novo društvo u obliku društva kapitala ili društva osoba. Ovdje do izražaja dolaze osobna preplitanja (njem. *personelle Verflechtungen*) prema kojemu jedna osoba može sjediti u više različitih društava u koncernu.²⁹

Za razliku od ugovornih koncerna, o faktičnom koncernu je riječ onda kada jedno društvo ima prevladavajući utjecaj na poslovanje drugog društva, koji ostvaruje ili temeljem sudjelovanja u kapitalu ovisnog društva ili na bilo koji drugi način, primjerice kroz zajedničke organe upravljanja ili putem kredita ili drugoga poslovnoga aranžmana koji omogućuje vladajućem društvu „kontrolu” nad ovisnim društvom. Dakle, kod faktičnog koncerna odnos između vladajućeg i ovisnog društva nije nužno formaliziran u vidu nekog ugovora iz kojega proizlazi ovlast vladajućeg društva nad ovisnim društvom.³⁰ Zbog navedenoga razloga dokazivanje postojanja faktičnog koncerna u praksi pravni je izazov, posebice kada društva koncerna međusobno nisu

(njem. *Konzernspitze*). Tezu da se ne može raditi o koncernu unutar koncerna potvrđuje i akademik Barbić. V. Barbić, J., *Pravo društava - Knjiga prva - opći dio*, Organizator, Zagreb, 2008., str. 651.

23 Ova vrsta koncerna u doktrini se javlja i pod drugim nazivima, primjerice *legally vertical groups*, ili *total groups*, v. Dine, J., *The Governance of Corporate Groups*, Cambridge University Press, 2000., str. 39.

24 *Ibid.*, str. 39.

25 V. Barbić, J., *op. cit.*, str. 654.

26 Više o razlici između faktičnog i ugovornog koncerna vidi: Reich-Graefe, R., *Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany*, 37 *Conn. L. Rev.* 785, 2005., str. 789.

27 Ugovorni koncern ne nastaje obveznopravnim ugovorom, već poduzetničkim ugovorom kojim se nastoje urediti organizacijska pitanja društva. U tom smislu sukladno ZTD-u, ugovorni koncern nastaje na temelju sklopljenoga poduzetničkog ugovora o vođenju poslova društva. Kod drugih poduzetničkih ugovora ZTD ne uređuje pitanje uspostave jedinstvenog vođenja društva, pa stoga samom činjenicom sklapanja ostalih poduzetničkih ugovora ZTD ne propisuje nastanak koncerna.

28 V. o tome: Andenas, M., Wooldridge, F., *op. cit.*, str. 455.

29 V. detaljnije o odnosima osobnog preplitanja u: Holtmann, M., *Personelle Verflechtungen auf Konzernführungsebene*, Gabler, Wiesbaden, 1989., str. 3.

30 Tako i: Dine, J., *op. cit.*, str. 58.

povezana kapitalom.

Faktični koncern javlja se u dva osnovna oblika. Razlikuju se jednostavni (njem. *Einfacher*) i kvalificirani (njem. *Qualifiziert*) faktični koncern o čemu će riječi biti kasnije.³¹

c) S obzirom na organizaciju koncerna u smislu donose li se odluke samo u jednom centru (vladajuće društvo) ili postoji decentralizacija, razlikuju se centralizirani koncern i decentralizirani koncern.³²

d) U smislu vrsta koncerna prema kriteriju subordiniranosti/podređenosti (subordinirani ili hijerarhijski koncern postoji prema čl. 476.), razlikuje se koncern vladajućeg i jednog ili više o njemu ovisnih društava, od koncerna u kojem društva nisu u međusobnom odnosu ovisnosti i podređenosti.³³ Potonji tip koncerna čini više međusobno ravnopravnih društava koja su povezana jedinstvenim vođenjem.³⁴

Koncernsko pravo obuhvaća sve navedene oblike. Pritom jedan oblik ne isključuje drugi, što posljedično znači da društva istodobno mogu biti povezana na više načina.³⁵ Koncernski odnosi postoje između svih društava u koncernu, dakle i između sestrijskih društava (društva koja mogu imati međusobne udjele, a da pritom nisu u odnosu subordiniranosti jedna prema drugom, već imaju zajedničko vladajuće društvo). Pritom povezanost društava može biti i posredna, npr. majka i unuka preko društva kćeri ili neposredna, društvo majka i društvo kćer.

Predmet analize ovoga rada bit će, kao što je uvodno naznačeno, samo pravna pitanja koja se odnose na faktične koncern te se izraz koncern u radu upotrebljava u tom smislu, osim kada je navedeno drukčije. Faktični koncern fundament je prava koncerna. On realno egzistira u praksi i prodire u sve pore suvremene ekonomije. No, unatoč tomu faktični koncerni ipak nisu adekvatno, sukladno svojoj važnosti u praksi, dostatno normativno „pokriveni“.

Slijedom navedenoga u nastavku rada će se analizirati pravna vrela, pravna priroda i druga otvorena pitanja o faktičnim koncernima.

3. PRAVNI IZVORI FAKTIČNIH KONCERNA I TEMELJ PRAVNOG ODREĐENJA FAKTIČNOG KONCERNA

3.1. Hrvatska

Temeljni izvor prava koncerna u Hrvatskoj koji obuhvaća sva povezana društva jest Zakon o trgovačkim društvima.³⁶ Iako je u pravnoj teoriji ponekad izraz „Pravo

31 Hoffmann, F., op. cit., str. 38., i dalje, Andenas, M., Wooldridge, F., op. cit., str. 453.

32 Gorenc, V., Slakoper, Z., Filipović, V., Brkanić, V., Komentar Zakona o trgovačkim društvima, RRiF, Zagreb, 2004., str. 804.

33 Tako i: Andenas, M., Wooldridge, F., op. cit., str. 448.

34 Ibid., str. 448.

35 Jelinić, S., Trgovačko pravo I - Pravo društava, Pravna agencija, Osijek, 2010., str. 157.

36 Ostali zakoni koji se odnose na koncerne, odnose se na njih posredno, jer su temeljni nositelji aktivnosti koncerna - pa tako u stvarnosti i tzv. „prava i obveza“ koncerna - dionička društva koja su članovi koncerna. Iz tog razloga ne postoje zakoni koji zasebno uređuju sva pitanja koncerna na jednom mjestu, već jedino ZTD navodi koncerne kao vrstu povezanih društava u

povezanih društava” sinonim sintagmi „Pravo koncerna”, takav pristup svodi pojam koncerna na sinonim pojma povezanih društava. Zbog toga bi se radi distinkcije između raznih vrsta povezanih društava, možda trebalo govoriti o koncernu u okviru povezanih društava kao o koncernu u užem smislu, jer se često pojam koncern poistovjećuje s pojmom povezana društava. Stoga će se u ovom radu izraz koncern upotrebljavati kao samo jedna od vrsta povezanih društava, kako to uostalom čini i ZTD.

Glava VI. ZTD-a u čl. 473. pod nazivom „povezana društva” u općim odredbama nabraja vrste povezanih društava tako što navodi da pravno samostalna društva mogu u međusobnom odnosu stajati kao: 1) društvo koje u drugome društvu ima većinski udio ili većinsko pravo u odlučivanju, 2) ovisno i vladajuće društvo, 3) društva koncerna, 4) društva s uzajamnim udjelima i 5) društva povezana poduzetničkim ugovorima.

Dakle, ZTD sadrži temeljne odredbe o koncernima. Tako se u čl. 476. st. 1. pod nazivom Koncern i koncernsko društvo navodi sljedeće: „Ako se vladajuće i jedno ili više ovisnih društava objedine jedinstvenim vođenjem od strane vladajućeg društva, ona čine koncern, a pojedinačna društva su društva koncerna. Smatra se da su jedinstvenim vodstvom objedinjena društva među kojima je sklopljen ugovor o vođenju poslova društva (iz čl. 479.) ili od kojih se jedno društvo priključuje³⁷ drugome (čl. 503.). Pretpostavlja se da ovisno i vladajuće društvo čine koncern”. Stavak 2. dodaje: „Ako su pravno samostalna društva, a da jedno nije ovisno o drugome, obuhvaćena zajedničkim vođenjem, ona čine koncern, a pojedinačna društva su društva koncerna”.

ZTD u Glavi VI., uz opće odredbe, dodaje još i odjeljke „Poduzetnički ugovori”, „Ovlasti i odgovornost u slučaju ovisnosti društva”, „Priključena društva” i „Društva s uzajamnim udjelima”.

Vidljivo je da ZTD ne navodi definiciju koncerna, već navodi da koncern nastaje ako se vladajuće i jedno ili više ovisnih društava, objedine jedinstvenim vođenjem od strane vladajućeg društva. Faktični koncern se u ZTD-u ne spominje izriječno.

Stoga se postavlja pitanje koja od razmatranih odredbi ZTD-a čini podlogu za

smislu odnosa koji nastaju kada se društva povezuju kapitalom ili ugovorom radi ostvarivanja jedinstvenog vođenja više društava. Zanimljivo je spomenuti da se odredbe o koncernima u ZTD-u nikada nisu izmijenile od donošenja i stupanja na snagu ZTD-a 1993. godine (s primjenom od 1995.) što ukazuje da se radi o stabilnom i preciznom pravnom pojmu koji ne zahtijeva čestu intervenciju izmjene zakona.

37 S obzirom na stupanj povezanosti društava u slučaju priključenja, Zakonodavac je ispravno odredio da se radi o neoborivoj pretpostavci da je time nastao koncern. Stoga bi se uz tradicionalno važne podjele za pravo, iako postoje i druge nepravne (organizacijske i ekonomske) podjele, uz ugovorne koncerne, faktične koncerne i koncerne ravnopravnih društava, mogla dodati i četvrta vrsta „Koncerni priključenih društava” (njem. *Eingliederungskonzern*). Priključenjem društvo ne prestaje postojati, pa je stoga ovo u biti s obzirom na to da se radi o slučajevima kad vladajuće društvo ima najmanje 95 % udjela, najčvršći oblik koncerna, iako kod priključenja društava postoji solidarna odgovornost vladajućeg i ovisnog i za obveze nastale i prije i poslije priključenja, dok kod faktičnoga koncerna nema solidarne odgovornosti. Postupak priključenja upisan je u trgovački sud, dok se postojanje faktičnoga koncerna ne evidentira na sudu kao da se radi o subjektu prava, već se mora tražiti u sudskom registru podatke o vlasničkoj strukturi pojedinog društva kako bi se stekao uvid u povezanost društava putem udjela u temeljnom kapitalu društva.

nastanak faktičnog koncerna? Odnosno, kada se može smatrati da postoji faktični koncern?

Sam izraz faktični koncern dolazi od izraza *de facto* što nam govori da je faktični koncern suprotan *de iure* koncernu, tj. onome koji ima ugovor kao formalni pravni temelj svog nastanka.

Drugim riječima, faktični koncern postoji kad jedno društvo ima u drugom većinski udio u temeljnom kapitalu s većinskim pravom glasa, a da pritom ne postoji nikakav ugovor o jedinstvenom vođenju, dakle vladajuće društvo faktično (stvarno) vodi i upravlja drugim društvima.³⁸ Da bi to bilo moguće bitno je napomenuti da nema faktičnog koncerna bez postojanja ovisnog i vladajućeg društva. Naime, odnosi ovisnog i vladajućeg društva te postojanje prevladavajućeg utjecaja i jedinstvenog vođenja, temeljne su pretpostavke tj. *conditio sine qua non* pravnog određenja faktičnog koncerna.

ZTD objašnjava kada se smatra da postoji jedinstveno vođenje. Jedinstveno vođenje postoji kada je sklopljen ugovor o vođenju poslova društva ili kada se jedno društvo priključi drugome.³⁹ Važna pretpostavka postojanja jedinstvenog vođenja jest situacija postojanja ovisnog i vladajućeg društva, gdje se zbog odnosa ovisnosti smatra da tom činjenicom nastaje koncern. Ova zakonska pretpostavka (čl. 476. st. 1.) po kojoj vladajuće i ovisno društvo čine koncern jest oboriva,⁴⁰ odnosno može se dokazati da ta društva ne čine koncern, a pritom je ključno utvrditi da pri ovisnosti društava ne postoji i, tzv. jedinstveno vođenje vladajućeg društva koje objedinjuje sva ovisna društva.

Zaključno se može reći i sljedeće. Premda ZTD izravno ne spominje faktične koncerne, iz izloženih odredbi ZTD-a je vidljivo da ih ipak razlikuje. Podjela na ugovorne koncerne, faktične koncerne i koncerne u kojemu su društva međusobno ravnopravna,⁴¹ temelji se na kriteriju pravne osnove povezivanja, odnosno nastanka koncerna. Pravna osnova povezivanja može biti ugovor ili držanje udjela (povezivanje putem kapitala), pri čemu ne mora postojati i ugovor kojim se formira koncern. U tom drugom slučaju govorimo o faktičnom koncernu.

3.2. Njemačka

Kao što je već rečeno ranije, temeljni izvor prava koncerna u Njemačkoj jest Zakon o dionicama (njem. AktG). Pravo koncerna u Njemačkoj temeljeno je na načeli

38 Slično o tome: Wooldridge, F., *German law governing private companies in a group*, Amicus Curiae, br. 81, 2010., str. 21. Vidi i: Andenas, M., Wooldridge, F., op. cit., str. 460-464.; Reich-Graefe, R., op. cit., str. 790.

39 ZTD, članak 476. st. 1.

40 Gorenc, V., *Trgovačko pravo društava*, Školska knjiga, Zagreb, 1998., str. 452.

41 Treća vrsta koncerna koji također može faktično egzistirati jest koncern u kojemu su društva međusobno ravnopravna, dakle u kojima nijedno društvo nije ovisno o drugome (s tim da mogu postojati uzajamni udjeli), a povezana su jedino zajedničkim vođenjem (čl. 476. st. 2.). Zajedničko vođenje može se urediti različito: npr. izborom istih osoba u organe povezanih društava, iznimno uspostavljanjem zajedničkih organa izvan pojedinih društava i njima povjeriti određene ovlasti itd. V. *ibid.*, 453.

povezivanja putem kapitala ili na načelu ugovornog povezivanja, no u praksi se ugovori o vođenju poslova⁴² rijetko sklapaju.⁴³

Njemački Zakon o dionicama također nigdje izravno ne spominje faktične koncerne, već je određenje pojma rezultat njemačke pravne doktrine.

Smatra se, da se radi o faktičnom koncernu ako dva ili više društava nisu povezana ugovorom o vođenju poslova društva, ali između društava a) postoji ovisnost u smislu § 17 AktG ili b) vladajuće društvo može utjecati na ovisno društvo.⁴⁴

Uz pojam faktičnog koncerna, njemačko pravo razvilo je i pojam kvalificiranoga faktičnog koncerna.⁴⁵ Kvalificirani faktični koncern više je stupanj povezanosti društava nego što je to slučaj kod (jednostavnog) faktičnog koncerna kod kojeg je vidljivija granica utjecaja između autonomnih odluka ovisnog društva i odluka koje dolaze u formi upute (njem. *Weisung*) vladajućeg društva.

U faktičnom koncernu, vladajuće društvo nije ovlašteno zapovjediti ovisnom društvu da provede odluku koja bi mogla biti na štetu ovisnog društva, osim ako se vladajuće društvo obveže da će nadoknaditi štetu. Ako se šteta ne nadoknadi u poslovnoj godini, mora se nadoknaditi najkasnije na kraju poslovne godine u kojoj je ovisnom društvu počinjena šteta ili utvrditi kada će se i kako to učiniti.⁴⁶

U praksi su se pojavile poteškoće pri utvrđivanju odgovornosti vladajućeg društva prema ovisnom društvu, jer je vrlo teško bilo utvrditi koja je konkretna transakcija (pravna radnja) vladajućeg društva temelj pravne odgovornosti, tj. teško je bilo postaviti granice faktičnog koncerna u kojima postoji odnos utjecaja između vladajućeg i ovisnog društva.⁴⁷ Kako bi riješio ovu problematiku, njemački Savezni

42 Pri donošenju AktG 1965. njemački zakonodavac nastojao je poreznim olakšicama potaknuti stvaranje ugovornih koncerna (njem. *Vertragskonzern*), želeći izbjeći da koncerni postoje bez ugovora (njem. *Faktischer Konzern*). Unatoč poreznim olakšicama pri sklapanju ugovora o vođenju (kontrolu) kojima je Njemačka nastojala potaknuti da ugovorni koncerni postanu dominantni standard, u praksi je ipak bilo obratno, jer su faktični koncerni činili većinu svih koncerna. Cilj je ovog poticanja da se olakša oporezivanje grupe društava koje su u poreznom smislu jedan subjekt koji se oporezuje. U međuvremenu su porezne olakšice ukinute, te je danas dovoljno za porezno pravo da postoji ugovor o prijenosu dobiti (njem. *Geschäftsführungsvertrag*), a ne nužno i ugovor o vođenju poslova društva (njem. *Beherrschungsvertrag*). V. Scheuch, A., *Konzernrecht: An Overview of the German Regulation of Corporate Groups and Resulting Liability Issues*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies, Oslo, 2016., str. 192. Iako u praksi ova dva ugovora mogu biti povezana u jedan ugovor, treba imati na umu da ako postoji ugovorno uređenje jedinstvenog vođenja, AktG, pa tako i ZTD, propisuje određene obveze za vladajuće društvo kako bi se pojačala odgovornost sukladno ugovorom povećanim ovlastima. Kod faktičnog koncerna ovaj ugovor ne postoji, jer se pravo na upotrebu dobiti (dividendu) izvodi iz ZTD-a kao temeljno imovinsko pravo dioničara.

43 Bicker, E. T., *Creditor Protection in the Corporate Group*, University of Freiburg - Faculty of Law, Freiburg, 2006., str. 3.

44 Hoffmann, F., op. cit., str. 37.

45 Wooldridge, F., *German law...* cit., str. 21; Reich-Graede, R., op. cit., str. 795.

46 Barbić, Jakša, op. cit., str. 656.

47 Reich-Graefe, R., op. cit., str. 792.; Böckli, P. Davies, P.L., Ferran, E., Ferrarini, G., Garrido G., José M., Hopt, K.J., Opalski, A., Pietrancosta, A., Roth, M., Skog, R., Soltysinski, S., Winter, J.W., Winner, M., Wymeersch, E., *A Proposal for Reforming Group Law in the European Union - Comparative Observations on the Way Forward 2016.*, str. 9.

vrhovni sud (njem. *Bundesgerichtshof (BGH)*) kreirao je svojom sudskom praksom pojam kvalificiranoga faktičnog koncerna (njem. *qualifiziert faktischer Konzern*)⁴⁸, prema kojemu je vladajuće društvo koje je dublje integrirano s ovisnim društvom, smatrano odgovornim za nastalu štetu iako nije bilo moguće utvrditi koja je od brojnih radnji vladajućeg društva konkretna štetna radnja.⁴⁹ Bitno je napomenuti da je vladajuće društvo dužno nadoknaditi štetu ovisnom društvu, ali ne i preuzeti obveze ovisnog društva prema trećima koje ono nije u stanju ispuniti.

Kod kvalificiranoga faktičnog koncerna vladajuće društvo ima dugotrajni utjecaj i kontrolu nad poslovanjem ovisnog društva, stoga postoji (oboriva) presumpcija da vladajuće društvo ne djeluje u najboljem interesu ovisnog društva. Drugim riječima, o kvalificiranom faktičnom koncernu riječ je kada moć podvrgavanja vođenja poslova ovisnog društva vladajućem društvu proizlazi iz položaja vladajućeg društva u odnosu prema ovisnom društvu, na temelju uređenja po pravu društava ili se korištenjem utjecaja vladajućeg društva tako zahvaća u interese ovisnog društva, kao što bi to bilo u slučaju postojanja ugovora o vođenju poslova društva. Bitno je to da vladajuće društvo ne vodi primjerenu brigu o važnosti ovisnog društva i da nema mogućnost da ovisnom društvu za svaku pojedinu poduzeti radnju daje pojedinačnu naknadu. U njemu štetni učinci utjecaja vladajućeg društva svojom širinom, jačinom i trajanjem nisu samo pojedinačni, nego odlučujuće zahvaćaju u poduzetničku strukturu ovisno društva.⁵⁰

Problem određivanja odgovornosti vladajućeg društva kod kvalificiranog faktičnog koncerna osobito na primjeru društava s ograničenom odgovornošću (GmbH⁵¹) rezultirao je promjenom mišljenja BGH-a. Naime, 2001. godine u slučaju Bremer Vulkan (BGHZ 149, 10) doktrina kvalificiranog faktičnog koncerna sužena je da je praktično i napuštena,⁵² jer je prema novom mišljenju BGH-a⁵³ vladajuće društvo smatrano odgovornim samo ako je ovisnom društvu nastupila šteta zbog koje je došlo do insolventnosti koju ovisno društvo ne može otkloniti te mu prijeti stečaj, odnosno ugrožena je njegova pravna egzistencija, te tako više nije moguće održanje temeljnoga kapitala ovisnog društva, a što zahtijeva pravnu intervenciju za očuvanjem

48 BGH je stvarao pojam kvalificiranog faktičnoga koncerna u poznatim slučajevima *Autokran* iz 1985. (BGHZ 95, 330, u: ZIP 1985, 1263), *Tiefbau* (BGHZ 107, 7, u: ZIP 1989, 440) i u predmetu *Video* (BGHZ 115, 187, u: ZIP 1989, 1354).

49 Bicker, E., op. cit., str. 4.

50 Bicker, E., op. cit., str. 4.

51 Barbić, J., op. cit., str. 651.

52 Tako se društva s ograničenom odgovornošću ne nalaze u AktG-u već u zasebnom zakonu (njem. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*), bez obzira što ne postoje odredbe koncernskog prava koje se odnose izravno na njemačke GmbH-ove ne treba na ovu fragmentarnost njemačkog prava koncerna gledati kao da su dionička društva u Njemačkoj jedina društva koja čine koncern. Odredbe o koncernima nalaze se u AktG-u, jer 75 % svih njemačkih d.d.-a i 50 % d.o.o.-a su dio nekog koncerna u Njemačkoj. S obzirom da je za faktični koncern ključno da je sastavljen od društava kapitala, pravni identitet (d.d. ili d.o.o.) društva ne predstavlja smetnju za postojanje faktičnog koncerna. V. Scheuch, op. cit., str. 191. V. Andenas, M., Wooldridge, F., op. cit., str. 460.

53 Wooldridge, F., *German law... cit.*, str. 21.

opstojnosti društva (njem. *existenzvernichtender Eingriff*).⁵⁴ Ovim je postavljena nova vladajuća doktrina zaštite vjerovnika koncerna u njemačkom pravu.⁵⁵

Dotadna komplikacija strukture faktičnoga koncerna može se vidjeti i ako vjerovnici koji nisu vlasnici dionica u društvu, a mogu na temelju svojih tražbina prema društvu ostvarivati znatan skriveni utjecaj i time ostvarivati svojevrstu kontrolu utječući na donošenje odluka društva-dužnika.⁵⁶ Takva situacija postoji, primjerice u slučaju dugovanja društva prema bankama za dobiveni kredit.

Može se zaključiti da je kao i u slučaju hrvatskoga prava, temelj pravnog određenja faktičnog koncerna u njemačkom pravu, upravo odnos vladajućeg i ovisnog društva nastao većinskim udjelom u temeljnom kapitalu, radi jedinstvenog vođenja ovisnih društava od strane vladajućeg društva.

3.3. *Europska unija*

Po uzoru na njemačko koncernsko pravo bilo je pokušaja na razini EU-a da se postigne harmonizacija u regulaciji korporativnih grupa, posebno *de facto* grupa (faktični koncerni) i odgovornosti vladajućeg društva. Jedan od važnih pokušaja jest konačni nacrt prijedloga Devete direktive iz 1984,⁵⁷ koja nikada nije stupila na snagu zbog otpora država koje su se protivile njemačkom konceptu uređenja povezanih društava, a na kojem je koncept Devete direktive pretežno temeljen. Iako je inicijativa EU-a o stvaranju monolitnog europskog prava o korporativnim grupama napuštena, razni pravni problemi koji se tiču djelovanja koncerna na razini EU-a zahtijevali su da ih se riješi drukčijim pristupom nego što je to bio pokušaj Devete direktive.

Faktični koncerni u Europskoj uniji predmet su mnogobrojnih europskih inicijativa. Iako se ni u jednom dokumentu izravno ne spominju, ipak je vidljivo na temelju područja koje EU regulira da se određene regulative itekako odnose na faktične koncerne. Područja, poput poreznih tretmana, financijskog izvještavanja itd., područja su u kojima postoje specifične situacije kada se radi o faktičnim koncernima. Budući da Europska unija zauzima pristup rješavanja problema faktičnih koncerna u pitanjima koja su važna za funkcioniranje jedinstvenog tržišta EU-a, nastojalo se usmjeriti na probleme koji su ostali izvan fokusa nacionalnih prava država članica EU-a.

Upravo na tragu fleksibilnijega rješavanja problema koji se pojavljuju uz funkcioniranje koncerna, EU donosi razne dokumente. Kako bi se izbjegao pravni oportunitizam u pogledu odgovornosti društava u koncernu, Europska komisija je 2003. donijela Akcijski plan o modernizaciji prava društava i poboljšanju korporativnog upravljanja u Europskoj uniji (engl. *Action Plan 'Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward'*). Europsko pravo društava prije donošenja ovog akcijskog plana susrelo

54 Noviji poznatiji slučaj potvrde ove doktrine je slučaj *Trihotel*: Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2689 (2007).

55 Bicker, E., op. cit., str. 4.

56 V. Scheuch, A., op. cit., str. 192.

57 Prva verzija ove Direktive datira iz 1974/75. s raznim izmjenama Doc. No. XI/328/74, Doc. No. XI/593/75, Doc. No. XI/215/77, prije konačne verzije iz 1984/85, Doc. No. III/1629/84.

se s problematikom spriječavanja slobode poslovnog nastana⁵⁸ (engl. *freedom of establishment for companies*), koja je temeljna za nastanak faktičnoga koncerna, jer je upravo osnivanje ovisnih društava ili premještanje sjedišta društva unutar EU-a, način na koji se može kreirati faktični koncern u EU.

Akcijski plan usmjeren je na poboljšanje financijskog i drugog izvještavanja o strukturi faktičnoga koncerna (tzv. transparentnost strukture grupe). Ovaj pristup želi vjerovnicima (kreditori i dobavljači) ponuditi uvid u stanje koncerna, ali isto tako i potaknuti vladajuće društvo da donese koordiniranu poslovnu politiku za cijeli koncern kako bi se ispunile tražbine vjerovnika prema društvima koncerna i ako pojedino društvo privremeno zapadne u problem insolventnosti. Ovim pristupom EU želi promovirati ne samo zaštitu vjerovnika već, tzv. interes grupe društava (engl. *group interest*, njem. *Konzerninteresse*), čime se želi postići veća konkurentnost u EU-u, tj. želi se postići da društva u koncernu djeluju koordinirano te da imaju u vidu i interes grupe (koncerna), a ne samo interes pojedinog društva u grupi.⁵⁹

Konkretna regulacija faktičnih koncerna u Europskoj uniji još je uvijek u razvitku. Forum Europaeum o pravu korporativnih grupa (engl. *Forum Europaeum Corporate Group Law*, EBOR - *European Business Organization Law Review* - 165 (2000)) i Visoka skupina pravnih stručnjaka za pravo društava (engl. *High Level Group of Company Law Experts*) i Refleksijska skupina (engl. *Reflection Group - Report on the future of EU company law (for the European Commission) 2011.*) zagovarali su usklađivanje prava korporativnih grupa te je 2012. Europska komisija krenula u pravcu harmonizacije donijela Akcijski plan o europskom pravu i korporativnom upravljanju (engl. *Action plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies*).⁶⁰

U navedenom Akcijskom planu o pravu društava iz 2012., Europska komisija je pokrenula inicijativu da se poboljša transparentnost informacija o grupama te da se promovira koncept „grupnog interesa”.⁶¹ Grupni interes treba pomoći upravljanju koncernom na europskoj razini što je izrazito važno s obzirom na postojanje situacije prekograničnog upravljanja društvima.

Budući da su korporativne grupe (pa tako i faktični koncerni kao jedna od vrsta korporativnih grupa) prevladavajući oblik pravnog poslovanja velikih poslovnih sustava, članku 49. UFEU predviđeno je da je u cilju slobode poslovnog nastana dopušteno da društva osnivaju svoja ovisna društva diljem EU-a. Što se tiče sekundarnoga europskog prava važno je istaknuti Direktivu 2013/34/EU⁶² koja

58 Najpoznatiji slučajevi Europskog suda pravde (engl. *European Court of Justice (ECJ)*) na području zaštite slobode poslovnog nastana su: *Centros* (1999), *Überseering* (2002) i *Inspire Art* (2003).

59 Bicker, E., op. cit., str. 4.

60 V. Hopt, Klaus J., op. cit., str. 11.

61 Primjeri mogućih odluka u interesu grupe su: odluke o unutar grupnim transakcijama ispod uobičajenih tržišnih cijena, odluke o davanju unutar grupnih beskamatnih zajmova, odluke o strateškom razvoju pojedinog ovisnog društva itd. Teichmann, C., *Towards a European Framework for Cross-Border Group Management*, University of Oslo Faculty of Law, Legal Studies, 2016., str. 154.

62 Direktiva 2013/34/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o godišnjim financijskim izvještajima, konsolidiranim financijskim izvještajima i povezanim izvješćima za

se odnosi na računovodstveno pravo (engl. *Accounting law*) korporativnih grupa (koncerna). Iako ona ne sadrži odredbe o stvaranju grupe ili upravljanju grupom, cilj joj je povećati transparentnost poslovnog izvještavanja grupe prema trećima kako bi se omogućila što bolja informiranost zainteresiranih *stakeholder-a*.⁶³

U pravnom određenju faktičnog koncerna na razini EU-a, važno je postaviti granice ne samo odgovornosti društava koncerna, već i granice mogućnosti učinkovitog pravnog funkcioniranja koncerna kao cjeline. Upravo zbog toga jedno od ključnih obilježja faktičnih koncerna na razini EU-a jest koncept interesa grupe (koncerna), na temelju čega će se moći prepoznati pravni temelj određivanja faktičnog koncerna na razini EU-a. Nacionalna prava pojedinih država članica EU-a sadrže pravne norme zaštite manjinskih dioničara i vjerovnika u slučaju zloupotrebe položaja prevladavajućeg utjecaja vladajućeg društva u koncernu. Međutim, nacionalna prava pretežno ne sadrže odredbe koje bi pomogle članovima uprave vladajućeg društva u učinkovitijoj organizaciji prekograničnih koncerna. Dakle, europsko korporativno pravo treba se usredotočiti na stvaranje ne samo zaštitnih pravila, već i pravila koja omogućuju bolje organiziranje faktičnih koncerna u više država članica EU-a. Drugim riječima, EU pravo još uvijek ne nudi instrumente koje omogućuju vladajućem društvu da s društvima koncerna uspostavi koherentno i obvezatno usklađivanje (engl. *Mandatory compliance*) poslovne politike koncerna.⁶⁴

To je nužno iz razloga balansiranja odgovornosti vladajućeg društva u faktičnom koncernu s ovlastima vladajućeg društva u nametanju odluka ostalim društvima faktičnog koncerna. Time se želi omogućiti vladajućim društvima u prekograničnim (transnacionalnim) koncernima da u interesu koncerna nametnu raznim uputama (instrukcijama) pojedinim ovisnim društvima koherentnu (skladno povezanu) poslovnu politiku za cijeli koncern.

Prepoznavanje grupnog interesa podrazumijeva da direktori vladajućeg i ovisnog društva u slučaju unutar grupnih pravnih odnosa neće biti odgovorni ako favoriziraju interes grupe (interes koncerna) ispred interesa pojedinog društva u grupi. Ovim se pristupom želi ublažiti strogost pravila da članovi uprave pojedinog društva isključivo zastupaju interese svog društva. Ideja promoviranja grupnog interesa posebno se ističe inicijativom iz 2007. kada je skupina pravnih stručnjaka počela s izradom nacрта Europskog modela zakona o pravima društava (engl. *European Model Company Act (EMCA)*), koji je trebao biti dovršen 2015.,⁶⁵ ali je naposljetku dovršen 2017. godine.

Problem povezan s vođenjem ovisnih društava koji se pojavio pri promoviranju ideje grupnog interesa, jest pitanje: koja su ovisna društva obvezna slijediti upute vladajućeg društva? Prijedlog rješenja ovoga problema ponuđen je na Europskom forumu o grupama društava održanom 2015. (engl. *Forum Europaeum on Company Groups (FECG)*). Predložena je distinkcija dvije vrste ovisnih društava, ovisna društva koja imaju samostalnu poslovnu politiku (engl. *Ordinary Subsidiary*) i ovisna društva koja nisu sama sebi svrha, već se radi o malim društvima koja su osnovana za

određene vrste poduzeća, o izmjeni Direktive 2006/43/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o stavljanju izvan snage Direktiva Vijeća 78/660/EEZ i 83/349/EEZ. Tekst važan za EGP.

63 Teichmann, C., op. cit., str. 150.

64 Ibid., str. 153.

65 Ibid., str. 156.

potrebe funkcioniranja grupe (engl. *Service Subsidiary*). Ideja se razvijala u pravcu da ovisnim društvima sa samostalnom politikom mora biti pružena veća mogućnost usklađivanja s politikom koncerna te se takva ovisna društva ne smije tretirati kao da se radi o podružnicama (engl. *Branch*) vladajućeg društva.⁶⁶

U svakom slučaju Europska komisija će tražiti načina da određenim direktivama ostavi prostora kako bi se u nacionalnim pravima postupno prepoznala važnost grupnog interesa (njem. *Konzerninteresse*) kao korisnog alata učinkovitog upravljanja koncernom, a time i priznavanja prava vladajućeg društva da daje obvezne upute u svrhu kreiranja koherentne poslovne politike koncerna.

Temeljna dihotomija koncernskog prava je područje zaštite manjinskih dioničara i vjerovnika s jedne strane te s druge područje efikasnog funkcioniranja koncerna na organizacijsko-ekonomskoj razini.⁶⁷ Stoga Europska unija preuzima inicijativu na drugom području kako bi faktični koncerni imali što manje prepreka u svom funkcioniranju na njezinoj razini.

Iako u Europskoj uniji ne postoji cjelovita harmonizacija⁶⁸ u pogledu povezanih društava, pa stoga nije jednostavno pronaći pravne temelje na kojima bi se mogao uopće definirati faktični koncern u EU-u, ipak se kod grupa društava, pa tako i faktičnih koncerna i drugih povezanih društava može pronaći izvjesna harmonizacija, osobito kada se primjerice radi o financijskim konsolidiranim izvještajima povezanih društava te poreznim pitanjima.⁶⁹

Važno je još napomenuti da se pravni okvir EU-a obrađuje s naglaskom na transparentnost financijskih izvještaja kao jednog od bitnih elemenata transparentnosti funkcioniranja u faktičnom koncernu. Transparentnost korporativnog upravljanja u koncernu općenito se odnosi na strukturu koncerna i veze između društava koncerna te funkcioniranje organa društava koncerna. Dakle, transparentnost financijskog izvještavanja samo je jedan segment transparentnosti korporativnog upravljanja u faktičnom koncernu. Stajališta Winterove⁷⁰ skupine (engl. *Winter Report 2002.*) o harmonizaciji transparentnosti pravac su u kojem se treba kretati reguliranje pitanja transparentnosti korporativnog upravljanja u faktičnim koncernima, pa tako i financijskog izvještavanja. Brojne su inicijative za harmonizaciju unutar Europske komisije, a jedna od njih je već navedeni Izvještaj refleksijske grupe o budućnosti europskog prava društava iz 2011. godine.⁷¹ Nakon Izvještaja Winterove grupe koja je isticala potrebu poboljšanja regulacije transparentnosti strukture korporativnih grupa i transparentnosti financijskog izvještavanja, donesene su 2004. godine dvije važne

66 Ibid.

67 Tröger, T. H., *Corporate Groups*, Goethe-University, Frankfurt am Main, 2014, str. 4.

68 Kao što je već spomenuto ranije, prvi poznatiji pokušaj harmonizacije prava EU-a na području prava korporativnih grupa (koncerna) - bio je nacrt Devete direktive o korporativnim grupama (*Draft Ninth Company Law Directive, on corporate groups*, 1984.).

69 Direktiva Vijeća 2011/96/EU od 30. studenoga 2011. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na matična društva i društva kćeri iz različitih država članica, v. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:32011L0096>.

70 High Level group of Company Law Experts on a modern regulatory framework for company law in Europe (Winter Report), 2002.

71 Report of the Reflection Group on the future of EU Company law, Brussels, 2011. - European Commission.

direktive o transparentnosti korporativnog upravljanja u koncernima. To su Direktiva o transparentnosti⁷² i Direktiva o preuzimanju.⁷³

Već spomenuta Direktiva 2013/34/EU⁷⁴ uvela važne izmjene tako što je stavila izvan snage 4. i 7. direktivu.⁷⁵ Nadalje, njome se uvodi pravilo osobne odgovornosti članova uprave za neispravnost financijskih izvještaja i obveza uprava vladajućeg društva koncerna da izradi izvješća korporativnog upravljanja.

Prema Izvještaju refleksijske grupe o budućnosti europskog prava društava iz 2011. godine, glavni je cilj transparentnosti u grupama društava otkrivanje informacija na tri glavne razine: 1) razina o formaciji grupe, 2) razina o grupnoj strukturi i 3) razina o upravljanju (menadžment) grupom.⁷⁶

Transparentnost o formaciji grupe znači da informacije o stvaranju i postojanju grupe društava trebaju biti prikazane javnosti odnosno zainteresiranim stranama. Transparentnost o strukturi grupe odnosi se na konsolidirane financijske izvještaje društava u grupi. Naime, u tim izvještajima mora se prikazati veza između vladajućeg društva i njegovih ovisnih društava, odnosno mora biti vidljivo vlada li vladajuće društvo direktno (ima preko 50 % udjela) ili indirektno (manje od 50 % udjela) ovisnim društvima. Nadalje, u izvještaju se objašnjava na što se odnosi transparentnost upravljanja i funkcioniranja grupe. Radi se o informacijama koje se tiču poslovnih veza između društava u grupi, npr. je li vladajuće društvo pokrilo gubitke koje je prouzrokovalo svom ovisnom društvu. Dakle, u biti želi se saznati kako se u cjelini upravlja grupom od strane vladajućeg društva.⁷⁷

Zaključno se može reći, odredbe poput pravila o transparentnosti funkcioniranja faktičnoga koncerna primjer su kako je u ogromnom broju pravnih instrumenata EU-a ipak moguće prepoznati temelje pravnog određenja faktičnog koncerna i to upravo na temelju obveza koje proizlaze iz prava EU-a.

72 *Transparency Directive* (2004), uz kasniju izmjenu 2013. godine pod punim nazivom Direktiva 2013/50/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 22. listopada 2013. o izmjenama Direktive 2004/109/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju zahtjeva za transparentnošću u vezi s informacijama o izdavateljima čiji su vrijednosni papiri uvršteni za trgovanje na uređenom tržištu, v. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:32013L0050>.

73 *Takeover Directive* (2004), pod punim nazivom Direktiva 2004/25/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o ponudama za preuzimanje. Tekst važan za EGP, v. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:32004L0025>.

74 Iako Deveta direktiva nije usvojena (prva verzija potječe još iz ranih sedamdesetih godina 20. st.), Europska komisija je usvojila 1983. Sedmu Direktivu o konsolidiranom izvještavanju (engl. *Seventh Company Directive 83/349 EEC of 13 June 1983 on Consolidated accounts*, SL L 193, 18 June 1983) i time se odlučila da pitanja koncerna rješava selektivno prema konkretnim područjima problematike koncerna, umjesto integralnog pristupa putem Devete Direktive. Sedma direktiva će biti zamijenjena Direktivom o godišnjim financijskim izvještajima iz 2013. V. Böckli, P. et al., op. cit., str. 3.

75 Četvrta direktiva iz 1978. donosi pravila za sastavljanje financijskih izvještaja i njihovo objavljivanje.

76 Report of the Reflection Group on the future of EU Company law, op. cit., str. 70.

77 Ibid.

4. BITNA OBILJEŽJA I PRAVNA PRIRODA FAKTIČNIH KONCERNA

Kako bi se mogla lakše uočiti temeljna pravna obilježja faktičnog koncerna, potrebno je dosad izloženu materiju rekapitulirati u formi koncizne definicije faktičnog koncerna, na temelju koje će se izvesti njegova obilježja.

Faktični koncern je takav koncern koji postoji kada jedno društvo ima u drugom društvu većinski udio u temeljnom kapitalu s većinskim pravom glasa na temelju čega se ostvaruje jedinstveno vođenje svih društava u koncernu.⁷⁸

Nadalje, koncern u kojem postoji jedinstveno vođenje postoji samo između vladajućeg i ovisnog društva. Pritom slučaju ova zakonska pretpostavka (ZTD čl. 476. st. 1.), kao što je već ranije rečeno,⁷⁹ jest oboriva, budući da ne mora postojati koncern samom činjenicom postojanja ovisnog i vladajućeg društva. Ako se radi o koncernu ravnopravnih društava tada se govori o zajedničkom vođenju u koncernu. Formula postojanja faktičnog koncerna pogotovo višestupnjevanog faktičnog koncerna glasi: postojanje odnosa vladajućeg i ovisnog društva plus oboriva pretpostavka jedinstvenog vođenja.

Pretpostavka se obara tako što se dokazuje da su društva na području, npr. financijske politike autonomna i da slobodno o njoj odlučuju ili da je prevladavajući utjecaj otklonjen ugovorom.⁸⁰ Logika nalaže da potreba za sklapanjem ugovora kojim se otklanja prevladavajući utjecaj proizlazi iz želje ovisnog društva da zadrži svoju poslovnu autonomiju, ali vladajuće društvo ovaj položaj ovisnog društva oslabljuje tako što svojim kontrolnim paketom ulazi u njegovu vlasničku strukturu. Dakle, vladajuće društvo ne želi ugovorom povećavati svoju odgovornost više nego što je to nužno. No, isto tako ne treba zaboraviti da u slučaju faktičnog koncerna, vladajuće društvo investira u svoja ovisna društva, ne kako bi ih uništilo, već da se uvećao uloženi kapital.

Iako je postojanje ugovora o vođenju poslova neoboriva⁸¹ presumpcija postojanja koncerna (ovaj put ne faktičnog, jer postoji ugovor kojim se stvara jedinstveno vođenje⁸²), ali treba napomenuti da najčešće sklapanju ugovora o vođenju poslova, prethodi stvaranje faktičnoga koncerna. Istini za volju, postojanje ugovornoga koncerna umjesto faktičnoga koncerna daje vladajućem društvu mogućnost da ovisnom društvu daje obvezne upute, pa i onda kad su takve upute štetne za ovisno društvo, ako služe interesima vladajućeg društva.⁸³

Osim postojanja odnosa ovisnosti kao prvoga bitnog obilježja faktičnog koncerna (ako se ne radi o koncernima ravnopravnih društava) ključno je obilježje isto tako i postojanje jedinstvenog vođenja društava koncerna.

78 V. Wooldridge, F., German law... cit., str. 21; Buxbaum, R. M. (ed.) et al., European Business Law, De Gruyter, Berlin-New York, 1991, str. 233; Reich-Graefe, R., op. cit., str. 795.

79 V. supra, str. 7, bilj. 37.

80 Barbić, J., op. cit., str. 650.

81 Postojanje priključenja društva također je neoboriva presumpcija postojanja koncerna.

82 Jedino je ugovor o vođenju poslova dostatan za nastanak ugovornog koncerna. Kod ostalih poduzetničkih ugovora mora postojati i jedinstveno vođenje.

83 ZTD čl. 493. st. 1.

ZTD ne propisuje način jedinstvenog vođenja, pa je to prepušteno okolnostima slučaja i postavljanju sustava vođenja društva koje jedinstveno vodi koncern.⁸⁴

Ako ne postoji ugovor o vođenju poslova, za uređenje odnosa vladajućeg i ovisnog društva u faktičnom koncernu ključne su odredbe ZTD-a.⁸⁵

1) Odredbe kojima se uređuje pitanje ograničavanja utjecaja vladajućeg društva na ovisno društvo i načinu vođenja poslova ovisnog društva. Sukladno članku 496. vladajuće društvo ne smije koristiti svoj utjecaj na ovisno društvo kako bi ovo poduzelo štetne pravne poslove ili poduzimalo i propuštalo radnje na svoju štetu. Samo iznimno uprava djeluje u skladu s uputama vladajućeg društva, s tim da vladajuće društvo načelno mora nadoknaditi štetu ovisnom društvu do kraja financijske godine.

2) Odredbe o obvezi čuvanja poslovne tajne društva prema čl. 252. ZTD-a, što znači da ovisno društvo nije dužno odati povlaštenu informaciju vladajućem društvu.

3) Odredbe o obvezi čuvanja kapitala, prema čl. 220. moraju se uplatiti sve rezerve koje je društvo po zakonu i statutu dužno uplatiti. Također ne može vratiti plaćeni ulog u društvo.

4) Odredba o štetnim pravnim radnjama ovisnog društva (čl. 496. st. 2.) iznimno poništava sve tri gore navedene odredbe. Dakle uprava ovisnog društva iznimno može prihvatiti upute vladajućeg društva za poduzimanjem štetnih radnji. Ako se ovo obveže ovisnom društvu dužno je nadoknaditi štetu koja bi tom ovisnom društvu time nastala. U pogledu tih pravnih radnji uprava ovisnog društva, treba dati pristup poslovnoj tajni društva i suspendirati primjenu odredbi o očuvanju kapitala društva, no šteta učinjena takvim transakcijama mora se nadoknaditi do kraja poslovne godine, a ako se to ne učini, mora se precizirati kada će se i kako to učiniti.

5) Odredba o obvezi izrade i podnošenja izvješća,⁸⁶ o odnosima koji postoje između društva i s njim povezanim društvima, o reviziji izvješća i o imenovanju

84 Jedinstveno vođenje postoji u planiranju, provođenju i kontroli najmanje jednoga bitnog područja poduzetničke djelatnosti, npr. proizvodnje, prodaje, organizacije te investicijske, financijske, prodajne i personalne (kadrovske) politike. Nije dostatno ako je jedinstven samo nadzor, ali bi moglo biti dostatno kada bi se jedinstveno vodila financijska funkcija. Objedinjenje jedinstvenim vođenjem mora obuhvatiti cijela društva, a ne samo neke njihove dijelove. Isto tako jedinstveno vođenje mora biti postojano (uvjet je da traje u dužem razdoblju), a ne samo prigodno (povremeno). Ono se provodi davanjem uputa, smjernica, odobrenja i suglasnosti, koordinacijom, utjecajem na postavljanje osoblja i njihovu međuzavisnost i sl. Barbić, J., op. cit., str. 649-650.

85 Mintas-Hodak, Lj. et al., *Osnove trgovačkog prava*, Mate, Zagreb, 2010., str. 216.

86 U izvješću je potrebno navesti sve pravne poslove koje je društvo u prethodnoj godini poduzelo s vladajućim društvom, s njime povezanim društvima ili prema uputama u interesu tih društava, kao i sve druge radnje koje je u protekloj godini prema uputama tih društava poduzelo ili propustilo poduzeti. Ako je društvo pretrpjelo kakvu štetu u takvim transakcijama, uprava odnosno izvršni direktori moraju dati izjavu je li ona nadoknađena. Izvješće se zbog osjetljivosti podataka koji su u njemu sadržani ne objavljuje dioničarima (npr. moguće narušavanje poslovne tajne društva, mogućnost da poslovni takmac kupnjom jedne dionice dobije uvid u osjetljive podatke društva i time stekne konkurentsku prednost). No, navedeno izvješće zajedno s financijskim izvješćem i izvješćem o stanju društva mora pregledati revizor kako bi se otkrile informacije o eventualnoj šteti ovisnom društvu. Mintas-Hodak, Lj. et al., *Osnove trgovačkog prava*, Mate, Zagreb, 2010., str., 218.

posebnog revizora.⁸⁷ Sukladno članku 497. ZTD-a, uprava odnosno izvršni direktori ovisnog društva koja nema potpisan poduzetnički ugovor dužni su u prva tri mjeseca poslovne godine izraditi izvješće o odnosima društva s povezanim društvima.

6) Odredbe o naknadi štete ovisnom društvu. Prema čl. 501. ZTD-a vladajuće društvo ako potakne ovisno društvo da poduzme pravne poslove ili radnje, na svoju štetu, a štetu mu ne nadoknadi do kraja poslovne godine odgovara ovisnom društvu. Naknadu štete ovlaštenu su zahtijevati uprava i dioničari. Dakle, vladajuće društvo je dužno nadoknaditi štetu ovisnom društvu, a ne odgovarati za obveze ovisnog društva, što je u svojoj sentenci potvrdio i VTS 2003. o probouju pravne osobnosti.⁸⁸ Također prema čl. 502. postoji osobna odgovornost članova uprave i nadzornog odbora, ako propuste navesti štetne radnje u izvješću.

Sljedom navedenog, mogu se izdvojiti sljedeća bitna obilježja faktičnoga koncerna te tako utvrditi i njegovu pravnu prirodu:

1) Svaki koncern, pa tako i faktični koncern skupina je društava koja međusobno povezana čine jednu gospodarsku cjelinu, iako su pravno samostalna.⁸⁹ Prema tomu koncern nije tip društava (društvo osoba ili društvo kapitala), niti pravni oblik nekog društva.⁹⁰ Faktični koncern, kao jedan od više tipova koncerna, pravni je koncept kod kojeg je ključno odrediti tko je u koncernu nositelj prava i obveza.

2) Faktični koncern nije nositelj prava i obveza, već su to društva koncerna, ovisna i vladajuće. Svako društvo odgovara za svoje obveze, ne postoji obveza solidarnosti. Dakle, faktični koncern nije pravni subjekt.

3) Faktični koncern nema svoju imovinu niti temeljni kapital, nema svoje zasebno sjedište. Sjedište je u društvu majci faktičnoga koncerna.

4) Također, faktični koncern nema svoju zasebnu tvrtku, riječ „koncern” stoji u nazivu tvrtke određenog društva što izaziva zabunu da se radi o pravnom subjektu. Razlog leži u tomu kako bi se u pravnom prometu bolje uočila takva konstelacija između trgovačkih društava. Naime, vladajuće društvo u koncernu najčešće u svoju tvrtku dodaje i naziv „koncern” kako bi sudionici u prometu znali koje je

⁸⁷ ZTD čl. 498.

⁸⁸ Vladajuće društvo može utjecati, pa čak i presudno, na vođenje poslova ovisnog društva (kvalificirani faktični koncern prema čl. 475. st. 1. ZTD-a. Za takvu situaciju ZTD propisuje obvezu pokrivanja gubitaka, ali ne i odgovornost vladajućeg društva prema vjerovnicima ovisnog društva. Odgovornost bi ipak postojala dokaže li se da je ispunjena subjektivna pretpostavka zlouporabe okolnosti da se inače ne odgovara za obveze ovisnoga društva (primjerice da je to društvo korišteno kao sredstvo za ostvarenje ciljeva koje nije bilo dopušteno vladajućem društvu). Ta bi okolnost bila dostatna za primjenu odredbe iz čl. 10. st. 3. Zakona o trgovačkim društvima. Mora se raditi o utjecaju člana društva na rad društva koji dovodi do raspolaganja imovinom društva suprotno propisima ili poslovnim običajima, zbog čega neki ili svi vjerovnici društva dolaze u nepovoljniji položaj. Visoki trgovački sud (VTS) RH, Pž-1760/02 od 15. travnja 2003.

⁸⁹ Riječ je o pravnom konceptu koji se u poredbenoj doktrini, najčešće u državama anglosaksonskog pravnog kruga, označava izrazom *single entity* ili *single enterprise*. Unatoč formalnopravnoj odvojenosti, društva se smatraju jednom gospodarskom cjelinom i kao takva odgovornima za obveze bilo kojeg društva grupe. V. više o tome u: Odudu, O., Bailey, D., *The single economic entity doctrine in EU competition law*, Common market law review vol. 51, str. 1721-1758, Kluwer Law International, 2014.

⁹⁰ Barbić, J., op. cit., str. 649.

društvo vladajuće društvo (društvo majka) u koncernu, ime koncerna najčešće nosi ime osnivača koncerna, tj. ime vladajućeg društva. Primjerice u Hrvatskoj postoji „Agrokor koncern za upravljanje društvima, proizvodnju i trgovinu poljoprivrednim proizvodima, dioničko društvo” čija je osnovna djelatnost holding⁹¹ djelatnost.⁹² Ti su temeljni podatci upisani u registar trgovačkog suda, dok se sam koncern ne upisuje u sudski registar, iako on pravno i faktično egzistira.

5) Ne postoji statut faktičnoga koncerna, niti postoje njegova zasebna upravljačka tijela (njem. *Konzernaufsichtsrat*).⁹³ Svako od više društava koncerna ima svoj statut te svoja tijela upravljanja.

6) S obzirom na to da koncern nije pravni subjekt nije moguće podići tužbu protiv faktičnoga koncerna. Tužba se može podići samo protiv pojedinog društva. Također, niti koncern kao cjelina nema aktivnu legitimaciju tužiti u ime cijelog koncerna, međutim vladajuće društvo može dobiti punomoći svojih ovisnih društava.

7) Pravni identitet društava faktičnoga koncerna pojavljuje se najčešće u obliku društava kapitala (dioničkih društava i društava s ograničenom odgovornošću). Dakle, ono što je specifično za faktični koncern jest da su njegovi članovi pravno samostalni subjekti upisani u sudski registar kao trgovačka društva (d.d. ili d.o.o.). Iako je vladajuće društvo u koncernu obvezno izraditi konsolidirani financijski izvještaj,

91) Pojmu faktičnog koncerna sličan je pojam „holding” (engl. *holding* - držanje (udjela)). U faktičnom koncernu često se i vladajuće društvo bavi nekom industrijskom djelatnošću (npr. *Volkswagen AG* kao vladajuće društvo u *Volkswagen* koncernu). Međutim u praksi se vladajuće društvo najčešće bavi holding poslovima, pa otuda „holding” postaje djelatnost (eventualno vladajuće društvo može imati registriranu istu djelatnost kao i njegova ovisna društva, jer i vladajuće društvo u trgovačkom sudu registrira one djelatnosti koje smatra da mu mogu trebati u budućnosti). Holding u širem značenju skup je trgovačkih društava koja su statusno pravno povezana tako da jedno društvo (društvo majka) drži većinu udjela u drugim društvima (društvima kćerima), pa mu to omogućuje da odlučujuće utječe na upravljanje u tim društvima. U holding mogu biti povezana društva na više razina, tako da društva kćeri drže udjele u drugim društvima (društva unuke), a ona u drugim društvima, itd., dok društvo majka izravno ili neizravno kontrolira sva društva uključena u holding. Više ovisnih društava na istoj razini su sestrinska društva. Strogo pravno holding u širem smislu u svojoj biti je koncern, jer je više trgovačkih društava povezano jedinstvenim vođenjem, a sam termin „holding” je u upotrebi u anglosaksonskom pravu. U užem smislu pod holdingom se smatra bilo koje postojanje vladajućeg i ovisnog društva, i nije nužno da postoji jedinstvena vođenja, kao kod koncerna. Društva koja čine koncern pravno su samostalna (posebni pravni subjekti), ali gospodarski čine cjelinu. Dakle, drugim riječima, holding u užem smislu takvo je trgovačko društvo (tzv. *holding company*) kojemu je osnovna djelatnost osnivanje i upravljanje drugim društvima. Takav holding u pravilu ne obavlja druge djelatnosti, nego se ograničava na stjecanje udjela drugih društava te na ostvarivanje i zadržavanje odlučujućega nadzora nad njima. Preuzeto: <http://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=25942>; 17. 3. 2018. Vežano za odnos holdinga s koncernom Barbić navodi sljedeće: „Za holding nije bitno je li društvo koje drži udjele u drugim društvima pravna osoba ili ne, bitno je da je riječ o društvu. Stoga to može biti i ortaštvo (engl. *partnership* - partnerstvo). Holding odnos se koristi za stvaranje koncerna kako bi se omogućilo jedinstveno vođenje pravno samostalnih društava korištenjem prevladavajućeg utjecaja u tim društvima (čl. 475. st. 1. i čl. 476. ZTD-a).” V. Barbić, J., *Pravo društava - knjiga treća - društva osoba*, Organizator, Zagreb, 2002., str. 281.

92) Agrokor, <<http://www.agrokor.hr/hr/osnovni-podaci/>>. Pristupljeno 17. 3. 2018.

93) Böckli, P. et al., op. cit., str. 9.

svako društvo koncerna i dalje ima svoje zasebno računovodstvo.

8) I posljednje, s obzirom na to da faktični koncern nije pravni subjekt nad njime se ne može pokrenuti stečajni (ili likvidacijski) postupak. Navedeni postupak bi se mogao pokrenuti samo protiv jednog ili više društava u faktičnom koncernu.

Zaključno u pogledu razmatranog valja naglasiti da, iako ne postoji nijedno zakonodavstvo koje tretira koncern kao pravni subjekt, sva razmatrana zakonodavstva uvažavaju postojanje faktičnoga koncerna kao ekonomske realnosti. Ovo ponajprije radi zaštite vjerovnika i dioničara društava koncerna. Stoga se kao ključno pitanje faktičnih koncerna nameće pitanje kako postići da se interesi faktičnog koncerna integriraju u interese pojedinih društava faktičnoga koncerna. Upravo promicanje interesa koncerna (njem. *Konzerninteresse*) ključna je inicijativa pri rješavanju konfliktnih situacija u faktičnom koncernu.

5. FAKTIČNI KONCERNI U PRAVNOJ PRAKSI

Sudska praksa, premda nije formalan, važan je izvor prava, posebice ako je riječ o pitanjima koja zakonski nisu dostatno regulirana. U kontekstu faktičnih koncerna, sudska praksa imala je ključni doprinos u rasvjetljavanju spornih pitanja, a napose jednog od najprjeponornijih, o odgovornosti vladajućeg društva za obveze društva kćeri. Naime, za razliku od ugovornih koncerna, kod kojih (barem u zakonodavstvima u kojima su oni zakonski normirani) postoji zakonska obveza vladajućeg društva da nadoknadi štetu i pokrije eventualne gubitke ovisnog društva,⁹⁴ kod faktičnog koncerna to nije slučaj. Iz toga je razloga, a uvažavajući poslovnu realnost bilo nužno iznaći pravni put i naći način da se ispravi ova evidentna pravna nelogičnost, a što su sudovi u svojim odlukama i učinili.

U uređenju ovog pitanja moguće je razlikovati dva načelno različita pristupa.⁹⁵ Prema prvom (engl. *rule-based approach*), koji prevladava u Njemačkoj i državama koje slijede njemačku pravnu tradiciju,⁹⁶ vladajuće društvo ne smije poduzimati radnje na štetu ovisnog društva. Drukčije rečeno, interes vladajućeg društva ili interes koncerna kao cjeline neće se smatrati opravdanim ako je time nastupila šteta za ovisno društvo (društva). Time se želi zaštititi integritet i poslovna autonomija ovisnog društva te njegovih članova i vjerovnika.⁹⁷

Prema drugom (engl. *standard-based approach*), koji je na snazi u Francuskoj, skandinavskim državama te državama Beneluxa, odluke vladajućeg društva koje su donesene u interesu vladajućeg društva i/ili u interesu cijelog koncerna, a koje su

94 Odgovornost vladajućeg društva i njegovih zakonskih zastupnika uređuje čl. 501. ZTD, AktG § 311 *Schranken des Einflusses*.

95 Vidi o tome: Report on the recognition of the interest of the group, Informal Company Law Expert Group, 2016, str. 5, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/.

96 Takav je pristup usvojen u Portugalu, Mađarskoj, Češkoj, Sloveniji i Hrvatskoj. V. European Model Company Act, op. cit., str. 3.

97 Report on the recognition of the interest of the group, op. cit., str. 5.; Tako i: Winner, M., Group Interest in European Company Law. An Overview, Acta Univ, Sapientiae, Legal Studies, vol. 5., br. 1, 2016., str. 85-89.

donesene na uštrb ili štetu ovisnog društva smatraju se zakonitim.⁹⁸

Navedeni pristupi se bitno razlikuju po tomu što će se u sustavima u kojima je prihvaćen prvi pristup, vladajuće društvo ili cijeli koncern smatrati odgovornim za svaku odluku koja je donesena pod utjecajem vladajućeg društva, a koje se pokaže štetnom za ovisno društvo. S druge strane, u sustavima u kojima je prihvaćen drugi pristup, interes koncerna kao cjeline stavljen je hijerarhijski više u odnosu na interes jednog od društava koncerna. To ne znači da se u cijelosti isključuje odgovornost vladajućeg društva ili društva koncerna za radnje ili odluke koje su donesene na štetu ovisnog društva, već da se pri ocjeni opravdanosti neke radnje (odluke) vladajućeg društva koja se tiče ovisnog društva, trebaju utvrditi svi pozitivni i negativni učinci koji su nastupili za koncern kao cjelinu, a ne samo za pojedino društvo.⁹⁹

Oba izložena stajališta izvorište imaju u sudskim odlukama. Prvi pristup, u odlukama njemačkih sudova, a drugi dominantno proizlazi iz odluke francuskog Kasacijskog suda u predmetu *Rozenblum*.

Tako kada je riječ o praksi njemačkih sudova, u jednom od prvih predmeta u kojem se kao sporno pojavilo pitanje odgovornosti vladajućeg društva u faktičnom koncernu za obveze ovisnog društva, u praksi poznatom pod nazivom *Autokran case*,¹⁰⁰ njemački Vrhovni sud je zauzeo stajalište da u slučaju kada je vladajuće društvo „dugotrajno i intenzivno“ (njem. *andauernde und umfassende Leitungsmacht*) uključeno u poslovanje društva kćeri, tada postoji oboriva pretpostavka da ovisno društvo, unatoč formalnopravnoj neovisnosti nije bilo autonomno u pogledu donošenja odluka, već ih je donosilo pod utjecajem i u interesu vladajućeg društva.¹⁰¹ Slijedom toga, Sud polazi od presumpcije da je u donošenju odluke zanemaren interes društva kćeri koje je otišlo u stečaj i dopušta vjerovnicima društva kćeri da sve svoje zahtjeve postave prema društvu majci, kao vladajućem društvu u faktičnom koncernu. Da bi od sebe otklonilo odgovornost, društvo majka moralo je dokazati da njezin utjecaj nije bio štetan za društvo.¹⁰² Drugim riječima, moralo je dokazati da je postupalo s dužnom pozornošću vodeći računa o najboljim interesima društva kćeri.

U predmetu *Video Case*,¹⁰³ njemački sud potvrdio je stajalište koje je zauzeo u predmetu *Autokran*, posebnost ovoga sudskog slučaja se ogleda u tomu što je načelo odgovornosti i postojanje faktičnog koncerna primijenio na fizičku osobu. U potonjem je slučaju jedini udjeličar u d.o.o.-u bio istodobno i najveći pojedinačni dioničar u drugom dioničkom društvu. Osim u ova dva društva, udjele je imao i u drugim trgovačkim društvima. Nakon što je nad d.o.o.-om pokrenut stečajni postupak, vjerovnici društva su tužili predmetnog vlasnika i člana d.o.o.-a i tražili da podmiri sve dugove d.o.o.-a. Sud je usvojio njihov zahtjev koristeći argumentaciju iz predmeta *Autokran*. Sud navodi da je tuženik kao vlasnik d.o.o.-a imao „dugotrajan i intenzivan“

98 European Model Company Act, op. cit., str. 4.

99 Report on the recognition of the interest of the group, op. cit., str. 5; Tako i: Winner, M., op. cit., str. 85-89.

100 *Autokran* iz 1985. (BGHZ 95, 330, u: ZIP 1985, 1263).

101 Vidi o tome: Reich-Graefe, R, op. cit., str. 796.

102 Mäntysaari, P., *Comparative Corporate Governance: Shareholders as a Rule-Maker*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2005., str. 387.; Reich- Graefe, R, *ibid.*, str. 796.

103 *Video* iz 1989. (BGHZ 115, 187, u: ZIP 1989, 1354).

utjecaj na poslovanje d.o.o.-a te se slijedom toga može smatrati odgovornim za sudbinu koja je snašla društvo.

U dva kasnija predmeta, Sud ublažava i modificira ovo stajalište. Tako u predmetu *TBB*¹⁰⁴ Sud navodi da dugotrajan i vidljivo prevladavajući utjecaj vladajućeg društva na poslovanje ovisnog društva nije sam po sebi dokaz da ovisno društvo nije bilo autonomno i da vladajuće društvo nije vodilo računa o interesima ovisnog društva.¹⁰⁵ Sud je tražio da tužitelj iznese konkretne dokaze o tomu koje su to konkretne odluke vladajućeg društva bile protivne interesima ovisnog društva, odnosno kojima se pogodovalo vladajućem društvu ili koncernu, a na štetu društva. Potom je sud iznio i stajalište da će se valjanim dokazom o neovisnosti ovisnog društva, a sukladno članku (§) 302 i 303 AktG-a, smatrati postojanje zasebnog i neovisnog knjigovodstva ovisnog i vladajućeg društva.¹⁰⁶ Sud sada zauzima stajalište da odgovornost dioničara ili člana društva postoji samo ako je zloupotrijebio svoj položaj.¹⁰⁷

Prema najnovijim stajalištima sudske prakse, koje je njemački Savezni sud iznio u predmetima *Bremer Vulkan II* i *KBV*¹⁰⁸ vladajuće društvo će se smatrati odgovornim *vis-a-vis* vjerovnicima društva kćeri, samo ako zbog utjecaja vladajućeg društva na poslovanje ovisnog društva, ovisnom društvu prijeti stečaj ili prestanak poslovanja.¹⁰⁹

Drugi izloženi pristup utemeljenje ima u spomenutoj presudi francuskog suda poznatoj pod nazivom *Rozenblum* te tumačenjima koja su se razvila u doktrini na temelju nje.¹¹⁰ U navedenom (kaznenom) predmetu, sud je presudio da ne postoji odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva ako su kumulativno ispunjene sljedeće pretpostavke: 1) ako su društva međusobno kapitalno povezana, a slijedom čega postoji zajednička poslovna politika društava, 2) ako su odluke uprave donesene u interesu cijelog koncerna, 3) ako je poslovni rizik ravnomjerno raspoređen na sva društva koncerna, a ne samo na štetu samo jednog od društava (ili samo ovisnog društva), 4) ako odluke vladajućeg društva nisu dovele do prekomjerne zaduženosti ovisnog društva, odnosno izazvale njegovu insolventnost ili stečaj.¹¹¹ Navedena sudska odluka imala dalekosežne posljedice na razvoj koncernskog prava (posebice na faktične koncerne) na razini EU-a.¹¹² Utrla je put priznavanju „interesa koncerna“ kao legitimnog „grupnog“ interesa i prema sudu mnogih, ponudila pravno rješenje koje u daleko većoj mjeri, u odnosu na rješenja „krutog“ njemačkog prava, odgovara potrebama poslovne realnosti.¹¹³

104 *TBB* iz 1993. (BGHZ 122, 1993 - II ZR 265/91)

105 Andenas, M., Wooldridge, F., op. cit., str. 463.

106 Ibid.

107 Mäntysaari, P., op. cit., str. 387.

108 BGH (Feb. 25, 2002 - II ZR 196/00).

109 Reich- Graefe, R., op. cit. bilj., str. 801.

110 V. Cass. crim., Judgement of 4 February 1985, J.C.P. 1986, II, n. 20585.

111 Isto o tome: Winner, M., op. cit., str. 88; i dalje, Funatsu, K., Trends in European Corporate Group Law System and Future of Japan's Corporate law System, Doshisha University, Public Policy Review, vol. 11, n. 3, Kyoto, 2015., str. 477; Buxbaum, R. M. (ed.) et al., op. cit., str. 233.

112 Pod utjecajem ove doktrine francuskog prava veći je broj europskih država (Italija, Češka i Španjolska) izmijenio postojeće zakonodavstvo i usvojio slična rješenja. Winner, M., op. cit., str. 88; v. o tome i: European Model Company Act, op. cit., str. 1-6.

113 V. o tome: Winner, M., op. cit., str. 88- 90. i dalje, Funatsu, K., op. cit., str. 477- 481.

Kada je riječ o domaćem pravu i praksi, zanimljivo je da se u Hrvatskoj faktični koncern spominje upravo u kontekstu utvrđivanja pitanja pravne prirode koncerna i to u slučaju određivanja pravne prirode koncerna *Agram* pred Agencijom za zaštitu tržišnog natjecanja (AZTN).¹¹⁴ U ovom se slučaju se AZTN obratio Hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga (HANFA) za mišljenje. Ne ulazeći detaljno u činjenično stanje predmeta ocjene dopuštenosti koncentracije između društava u sastavu koncerna *Agram*, treba samo spomenuti kratko na temelju čega je HANFA odredila pravnu prirodu faktičnog koncerna *Agram*. HANFA je utvrdila da se radi o faktičnom koncernu, ako postoji prevladavajući utjecaj te navodi kako se *nadzor nad predmetnim društvima u navedenoj ocjeni koncentracije vrši kao nadzor nad grupom osiguravatelja na temelju odredbe članka 174. stavak 2. u vezi s člancima 9. i 10. ZoS-a*,¹¹⁵ jer je riječ o povezanim osobama i posrednim ulaganjima koji neposredno (kvalificirani udjel od 10 posto ili više glasačkih prava) ili posredno (manje od 10 posto glasačkih prava, ali s utjecajem na upravljanje u drugoj pravnoj osobi) sudjeluju u vlasničkoj strukturi ili odlučivanju u društvima koja su prijavila namjeru koncentracije.¹¹⁶

Na kraju valja reći da problematika faktičnih koncerna postaje sve više aktualna jer se radi o tomu da se pronađu ključne razlike između faktičnoga koncerna i drugih pravnih oblika povezanih društava u smislu utvrđivanja odgovornosti za donošenje odluka u faktičnom koncernu, kako bi se što jednostavnije moglo jasno utvrditi prava i obveze pojedinog titulara u pravnom prometu, odnosno tko preuzima obveze iz pravnih poslova faktičnoga koncerna.

6. TERMINOLOŠKE DISTINKCIJE I POJAVNOST FAKTIČNIH KONCERNA U DOMAĆOJ PRAKSI

Uz analizirana pitanja i probleme koji se javljaju glede kvalifikacije faktičnih koncerna, odgovornosti između društava koncerna i drugih, jedno je od uočenih prijeponih pitanja i terminološke prirode. Naime, u praksi se kao sinonimi za izraz koncern (bilo faktični ili ugovorni) koriste brojni termini (grupe društava, holding društva, vladajuće društvo i slično). Tako se primjerice, u nekim zakonodavstvima (poput francuskog i angloameričkog) umjesto naziva koncern koristi naziv „grupa” koja je sinonim za pravne odnose tipa koncern, iako je i termin grupa (njem. *Gruppe*) zastupljen i u njemačkom pravu. U pravnom prometu susrećemo se i s izrazom „korporativna grupa” (engl. *corporate group*) ili „grupa kompanija” (engl. *group of companies*). Sve češće se i u hrvatskom pravu i praksi se susreće pojam „grupa”. Slijedom navedenog, pitanje koje se postavlja jesu li termini grupe i koncerna pravni sinonimi?

Kao što je već rečeno izraz „koncern” zastupljen je u doktrini i praksi kontinentalnoga prava, u prvom redu njemačkoga prava.

114 Rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, klasa: UP/I-030-02/2005-01/51 od 14. lipnja 2006., NN, br. 81/2006.

115 Zakon o osiguranju, NN, br. 30/15.

116 Ibid., str. 9.

Kada je riječ o Hrvatskoj, termin „koncern” koristi ZTD, dok se termin „grupa poduzetnika” koristi u Zakonu o računovodstvu (u daljnjem tekstu ZoR).¹¹⁷ Nadalje, Zakon o osiguranju¹¹⁸ u članku 297. govori o nadzoru grupe, matičnom društvu, holdingu itd., s tim da ne postoji pojam jedinstvenog vođenja u kontekstu spomenutog zakona. Zakon o financijskim konglomeratima¹¹⁹ također koristi izraz „grupa” u čl. 2. t. 20. Nadalje, Zakon o javnoj nabavi¹²⁰ definira „povezana društva” u čl. 349. kao društva koja su dužna izraditi konsolidirani financijski izvještaj. Opći porezni zakon¹²¹ koristi oba izraza s tim da grupu definira u članku 47. navodeći: *Vladajuće društvo i sva njegova ovisna društva čine, u smislu ovoga Zakona, grupu povezanih društava.* Pritom u čl. 46. prethodno taksativno nabroja povezana društva kao u ZTD-u, a potom u čl. 47. naknadno dodaje izraz „grupa”. U Stečajnom zakonu¹²² u Glavi X. - Povezana društva, u čl. 391. navodi se termin „koncern”. Konačno u Zakonu o preuzimanju dioničkih društava,¹²³ u čl. 14. st. 7., „koncern” se samo kratko spominje u kontekstu „restrukturiranja” koncerna.

Iz svega dosad rečenog vidljivo je da praksa, a i većina zakona koji se odnose na društva kapitala, ne pridaju važnosti distinkciji pojma „faktičnog koncerna” od „grupe” kao pojma koji u biti više odgovara izrazu „povezana društva”. Iako se u praksi „grupa” izjednačuje s „faktičnim koncernom”, premda ne sadrži jedinstveno vođenje kao svoj konstitutivni element, „grupa” je termin ponajprije skovan za računovodstvene i porezne potrebe.

Može se zaključiti da postoji podudarnost pojmova „grupe” i „koncerna”, iako to formalno pravno nije izravno uočljivo. Drugim riječima, daje se zaključiti da svaki koncern predstavlja grupu društava, dok ipak prema ZoR-u proizlazi da ne mora biti da svaka grupa predstavlja koncern, jer se ne spominje izričito „jedinstveno vođenje” kao bitan element pojma grupe.

117 Zakon o računovodstvu, NN, br. 78/15, 134/15. Treba imati na umu da grupa poduzetnika u ZoR-u (definicija u čl. 3. ZoR - pojmovi: „Grupa je matično društvo i sva njegova ovisna društva”) ne spominje u prvom redu trgovačka društva, već upotrebljava pojam „poduzetnik” gdje se tim pojmom po ZoR (čl. 4.) obuhvaća i pojam društava i drugih poslovnih subjekata. Dakle prema ovome grupa je opći naziv jednak za razna povezivanja poduzetnika, pri čemu bi se mislilo i općenito na povezana društva. Grupa nastaje povezivanjem po pravilima ZTD-a ili osnivanjem novog društva kćeri od strane vladajućeg društva. Međutim, ključno je da grupa ima obvezu izrade konsolidiranoga financijskog izvještaja. Ako postoji takva obveza, to znači da postoji i jedinstveno vođenje društava u grupi, jer jedino uprava društva majke kao najvišeg vladajućeg društva u grupi ima obvezu (po čl. 23. ZoR) sastaviti ovaj izvještaj. Dakle, vidljivo je da se pojam jedinstvenog vođenja spominje samo u ZTD-u, dok se u ZoR-u ne navodi izričito. Iako u bilo kojem odnosu povezanosti društava u smislu stjecanja dionica (holding odnosi) ne mora postojati jedinstveno vođenje, na primjer kada ne postoji prevladavajući utjecaj (prevladavajući utjecaj odnosi se na više od 50 % udjela), no tada i ne postoji obveza izrade konsolidiranog financijskog izvještaja.

118 Zakon o osiguranju, NN, br. 30/15.

119 Zakon o financijskim konglomeratima, NN, br. 147/08, 54/13.

120 Zakon o javnoj nabavi, NN, br. 120/16.

121 Opći porezni zakon, NN, br. 115/16.

122 Stečajni zakon, NN, br. 71/15.

123 Zakon o preuzimanju dioničkih društava - pročišćeni tekst zakona, NN, br. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13, 99/13, 148/13.

U radu se kao praktičan doprinos provedenim teorijskim raspravama provelo i istraživanje o broju koncerna, a koje se podredno elaborira u osnovnim crtama.

Na popisu dionica uvrštenih na ZSE - Zagrebačkoj burzi¹²⁴ ima formalno samo jedan koncern odnosno vladajuće dioničko društvo koje sadrži termin „koncern” u nazivu svoje tvrtke - *Sunce Koncern d.d.*. Međutim, na burzi su uvrštene dionice četiri „grupe”: *Adris grupa d.d.* (Adris grupa dioničko društvo za upravljanje i ulaganje), *Atlantic grupa d.d.* (Atlantic Grupa dioničko društvo za unutarnju i vanjsku trgovinu), *Đuro Đaković grupa dioničko društvo* te *Termes grupa dioničko društvo*. Iako su pojedina društva koncerna *Agrokor* uvrštena na ZSE, sam *Agrokor* koncern d.d. nije uvršten.¹²⁵

Prema podacima iz sudskih registara¹²⁶ trgovačkih sudova u RH, postoji svega šest aktivnih društava koja u svojoj tvrtki imaju izraz „koncern” (ne kotiraju sva na burzi): *Poljoprivredno prehrambeni koncern* Valpovo društvo s ograničenom odgovornošću; *Agrokor koncern* za upravljanje društvima, proizvodnju i trgovinu poljoprivrednim proizvodima, dioničko društvo; *Vela Borovica koncern*, d.o.o. za trgovinu i usluge; *Euro koncern* d.o.o. za upravljačke djelatnosti i promidžbu; *Sunce koncern* d.d. za turizam i ugostiteljstvo; *Svegrad koncern* društvo s ograničenom odgovornošću za upravljanje i građevinarstvo; *SG Stanograd koncern* 1978 društvo s ograničenom odgovornošću za savjetovanje i upravljanje.

Zanimljivo je primijetiti na primjeru PPK Valpovo koje je vladajuće društvo u šest ovisnih društava,¹²⁷ da su članovi društva PPK Valpovo: *ŽITO d.o.o.* Osijek i *M SAN ulaganja d.o.o.* Zagreb. Zanimljivost s pravnog aspekta je u tome da su oba društva već članice grupe (*M SAN ulaganja d.o.o.* je ovisno društvo *M SAN grupe d.d.*), a istodobno su i vladajuća društva *PP Koncerna* Valpovo. *Žito d.o.o.* čak na svojoj mrežnoj stranici¹²⁸ i ima termin „Grupa” u tvrtki, ali ne i u sudskom registru. *ŽITO d.o.o.* obuhvaća i *Termes grupu d.d.* (uvrštena na ZSE), što je zbunjujuće, jer ne može postojati koncern unutar koncerna. Ipak praktično se takve grupe unutar grupe nazivaju podgrupama ili nekim drugim izrazima poput „poslovna grupa hrana” kao kod *Agrokora*.¹²⁹

Iz navedenog proizlazi kako bi se utvrdilo koliko točno ima grupa odnosno faktičnih koncerna u RH, treba pregledavati mrežne stranice svakoga trgovačkog društva ponaosob, što je poprilično nepraktično. Prema registru poslovnih subjekata,¹³⁰ dioničkih društava koje sadrže naziv „grupa” ima svega četrnaest.

Vidljivo je da prema podacima HGK-a nije moguće utvrditi koliko ima pravnih, a koliko fizičkih osoba, budući da se koristi pojmom “tvrtka” koju imaju i fizičke

124 Zagrebačka burza, <<http://www.zse.hr/default.aspx?id=26474>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

125 Agrokor, <<http://www.agrokor.hr/hr/osnovni-podaci/>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

126 Sudski registar, <<https://sudreg.pravosuđe.hr/registar/f?p=150:1>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

127 PPK Valpovo, *Žitoprerađiva d.o.o.*, *Reprocentar d.o.o.*, *Poljoprivreda d.o.o.*, *Kaplant d.o.o.*, *Klaonica d.o.o.* i *ESOP d.o.o.* <<http://www.valpovo-ppk.hr/index.php/ppk-valpovo/osobna-iskaznica>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

128 *Žito*, <<http://www.zito.hr/hr/kontakt>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

129 Agrokor, <<http://www.agrokor.hr/hr/brendovi/>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

130 Hrvatska gospodarska komora, <<http://www1.biznet.hr/HgkWeb/do/extlogon>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

osobe, osim ako HGK koristi termin „tvrtka” samo za pravne subjekte.

Nadalje, prema kriteriju velikih poduzetnika u RH postoji sto osamnaest dioničkih društava,¹³¹ od njih svega dva d.d.-a nose izraz „grupa” u tvrtki (*Adris grupa* i *M-SAN grupa*). Među velikim d.d.-ovima postoje i društva poput *Podravke*¹³² i *Franck-a* u čijim se konsolidiranim izvještajima može vidjeti da koriste formulaciju „*Podravka grupa*” i „*Franck grupa*”.¹³³

Dok primjerice na svojoj mrežnoj stranici Našice cement d.d. ima samo logo „*Nexe grupa*” te navode da grupa obuhvaća petnaest „tvrtki.”¹³⁴ I ovdje je vidljiva nedosljednost upotrebe pozitivnopravne terminologije Republike Hrvatske. Takav *falsa nominatio* može se tolerirati u kolokvijalnom području, ali bi ipak u pravnom prometu radi pravne kulture, umjesto izraza tvrtka ili poduzeće trebalo upotrijebiti izraz „društvo”.

Nedosljednost pravne terminologije vidljiva je i na primjeru ulaganja *Agrokora* u ovisna društva - većinsko sudjelovanje, gdje se umjesto sintagme „članska prava” vladajućeg društva govori o „vlasništvu grupe” a za ovisna društva se upotrebljava izraz „podružnica”.¹³⁵ Ako je jasan pravni institut vlasništva i tko je titular (nositelj) prava vlasništva, onda sintagma „vlasništvo grupe” čini pravno neutemeljenom i neprimjerenom

Konačno, ukupan broj d.o.o.-ova neovisno o veličini, a koji imaju „grupu” u nazivu jest 883.¹³⁶ Od toga su veliki poduzetnici samo tri grupe: „*Osatina grupa* d.o.o.”, „*Div grupa* d.o.o.” i „*VMD Grupa* d.o.o.”.

Vidljivo je da je teško utvrditi koliko ima faktičnih koncerna u RH i koja su sve društva međusobno povezana. Na kraju treba još samo istaknuti da postoji problem i ako je riječ o zakonima RH, od kojih mnogi ne slijede terminologiju ZTD-a. Iako ova terminološka problematika presudno ne utječe na razumijevanje pojma faktičnog koncerna preporučljivo bi bilo usvojiti pravnu terminologiju ZTD-a, kako bi se podigla svijest poduzetnika o točnim pravnim izrazima koji se u praksi kako vidimo zamjenjuju raznim drugim izrazima.

7. ZAKLJUČAK

U radu se provodi komparativno pravna analiza pravnih pitanja koja se odnosi na koncerne. Predmetom istraživanja posebno su pravna pitanja o faktičnim koncernima kao jedan od najzastupljenijih i ekonomski najvažnijih pojava oblika koncerna, no

131 Hrvatska gospodarska komora, <<http://www1.biznet.hr/HgkWeb/do/extlogon>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

132 Podravka, <<https://www.podravka.hr/kompanija/investitori/financijska-izvjescja>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

133 Zagrebačka burza, <<http://zse.hr/userdocsimages/financ/FRNK-fin2012-1Y-REV-K-HR.pdf>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

134 Nexe, <<http://www.nexe.hr/default.aspx?id=51>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

135 Agrokor, <<http://www.agrokor.hr/hr/investitori/poslovna-struktura/>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

136 Hrvatska gospodarska komora, <<http://www1.biznet.hr/HgkWeb/do/fullSearchPost>>. Pristupljeno na 17. 3. 2018.

koje unatoč tomu, ne prati adekvatna zakonska regulacija.

U radu se analiziraju pravna rješenja sadržana u hrvatskom, njemačkom i europskom pravu.

Sasvim očekivano, najsustavniju regulaciju prava koncerna nudi njemačko pravo u kojemu su koncerni normativno uređeni još od početka 20. stoljeća. No, kada je riječ o faktičnim koncernima, treba naglasiti da ni njemački Zakon o dioničkim društvima ne sadrži odredbe koje se izričito odnose na faktične koncerne. Stoga su ključan i najvažniji izvor prava faktičnih koncerna u Njemačkoj sudske odluke koje su dale odgovor na ključno pitanje, o pravnim odnosima među društvima faktičnih koncerna. Na temelju sudskih odluka u doktrini se razvilo tumačenje i razlikovanje faktičnih koncerna od kvalificiranih faktičnih koncerna, a kojemu se u radu posvećuje posebna pozornost.

Određeni senzibilitet za reguliranje pitanja koja selektivno čine dijelove sustavne cjeline funkcioniranja faktičnog koncerna pokazala je i EU gdje se na temeljima, tzv. *Rozenblum doktrine*, izvorno oblikovane u francuskoj sudskoj praksi, nastoji promovirati interes koncerna kao cjeline i time prevladati brojne konfliktne situacije unutar faktičnoga koncerna.

No osim sporadičnih i selektivnih pravnih rješenja, istraživanje provedeno u radu pokazalo je da pravna regulacija faktičnih koncerna u Hrvatskoj i komparativno, ne nudi sustavan pristup regulaciji predmetne materije, već postoji čitav mozaik pravnih propisa koji reguliraju različite aspekte materije koja se odnosi na faktične koncerne.

Takav pristup reguliranja neke materije nerijetko generira nove probleme, poput neujednačene terminologije, višestrukih tumačenja srodnih pojmova, nedosljedne prakse i slično. Ovo se posebice potvrđuje točnim na primjeru faktičnih koncerna kod kojih je, što zbog podnormiranosti instituta u okviru općih propisa prava društava, što zbog raznovrsnosti oblika u poslovnoj praksi, što zbog velikoga broja propisa koji se na njih posredno primjenjuju, teško uopće izolirati opća i zajednička obilježja koja suštinski obilježavaju faktične koncerne.

Imajući u vidu navedeno, ocjenjuje se da suvremeno pravo, ni domaće, ni komparativno, za sada nije ponudilo odgovore na brojne izazove pravne regulacije faktičnih koncerna.

Uniformnost u uređivanju materije faktičnih koncerna svakako bi doprinijela pravnoj sigurnosti poslovanja i na nacionalnoj, ali posebno na globalnoj razini, gdje je i potreba za regulacijom faktičnih koncerna najveća. No, za sada nema naznaka da bi se takav „projekt“ mogao i ostvariti.

LITERATURA

a) Knjige i članci:

1. Andenas, Mads, Wooldridge, Frank, *European comparative company law*, Cambridge University Press, New York, 2010.
2. Barbić, Jakša, *Pravo društava - Knjiga prva - opći dio*, Organizator, Zagreb, 2008.
3. Barbić, Jakša, *Pravo društava - Knjiga treća - društva osoba*, Organizator, Zagreb, 2002.

4. Baumann, Kirsten Friederike, *Konsolidierung mehrstufiger Konzerne*, Wiesbaden, Gabler, 2000.
5. Behringer, Stefan, *Konzerncontrolling*, Springer-Gabler, Berlin, 2014.
6. Böckli, Peter, Davies, Paul L., Ferran, Eilis, Ferrarini, Guido, Garrido, Garcia, José M. Hopt, Klaus J., Opalski, Adam, Pietrancosta, Alain, Roth, Markus, Skog, Rolf, Soltysinski, Stanislaw, Winter, Jaap W., Winner, Martin, Wymeersch, Eddy, *A Proposal for Reforming Group Law in the European Union - Comparative Observations on the Way Forward*, 2016.
7. Brus, Marko, *Das slowenische Konzernrecht in seiner Herkunft und deutschen Recht der verbundenen Unternehmen*, Berlin Verlag, Berlin, 1999.
8. Buxbaum, Richard M. (ed.) et al., *European Business Law*, De Gruyter, Berlin-New York, 1991.
9. Cahn, Andreas, Donald, David C., *Comparative Company Law Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, New York, 2010.
10. Dine, Janet, *Governance of corporate groups*, Cambridge University Press, New York, 2006.
11. Frost, Jetta, Morner, Michele, *Konzernmanagement - Strategien für Mehrwert*, Gabler, Wiesbaden, 2010.
12. Funatsu, Koji, *Trends in European Corporate Group Law System and Future of Japan's Corporate Law System*, Doshisha University, Public Policy Review, Vol. 11, No. 3, Kyoto, 2015.
13. Gorenc, Vilim, *Trgovačko pravo društava*, Školska knjiga, Zagreb, 1998.
14. Gorenc, Vilim, Slakoper, Zvonimir, Filipović, Vladimir, Brkanić, Vlado, *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, RRiF, Zagreb, 2004.
15. Hoffmann, Friedrich, *Konzernhandbuch: Recht, Steuern, Rechnungslegung, Führung, Organisation, Praxisfälle*, Gabler, Wiesbaden, 1993.
16. Holtmann, Michael, *Personelle Verflechtungen auf Konzernführungsebene*, Gabler, Wiesbaden, 1989.
17. Hopt, Klaus J., *Groups of Companies – A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
18. Jelinić, Srećko, *Trgovačko pravo I - Pravo društava*, Pravna agencija, Osijek, 2010.
19. Kalo, Agnes, *Des Recht der verbundenen Unternehmen in Ungarn*, Wirtschaft und Recht in Osteuropa, WiRO, 1994.
20. Mäntysaari, Petri, *Comparative Corporate Governance: Shareholders as a Rule-Maker*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2005.
21. Meyer, Justus, *Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2000.
22. Mintas-Hodak, Ljerka et al., *Osnove trgovačkog prava*, Mate, Zagreb, 2010.
23. Odudu, Okeoghene, Bailey, David, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, Common Market Law, Review vol. 51. str. 1721-1758, Kluwer Law International, Cambridge, 2014.
24. Orsag, Silvije, Gulin, Danimir, *Poslovne kombinacije*, RiF, Zagreb, 1996.
25. Reich-Graefe, Rene, *Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany*, Western New England University School of Law, vol. 37 Connecticut Law Review str. 785, 2005.
26. Rose, Gerd, Glorius, Cornelia, *Unternehmensformen und -verbindungen Rechtsformen, Beteiligungsformen, Konzerne, Kooperationen, Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen in betriebswirtschaftlicher, rechtlicher und steuerlicher Sicht*, Gabler, Köln, 1992.
27. Bicker, Eike T., *Creditor Protection in the Corporate Group*, University of Freiburg - Faculty of Law 2006.

28. Teichmann, Christoph, *Towards a European Framework for Cross-Border Group Management*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies, Oslo, 2016.
29. Tröger, Tobias H., *Corporate Groups*, Goethe-University, Frankfurt am Main, 2014.
30. Scheuch, Alexander, *Konzernrecht: An Overview of the German Regulation of Corporate Groups and Resulting Liability Issues*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies, Oslo, 2016.
31. Wooldridge, Frank, *German law governing private companies in a group*, Institute of Advanced Legal Studies, School of Advanced Study, University of London, *Amicus Curiae*, Issue 81, London, 2010.
32. Winner, Martin, *Group Interest in European Company Law. An Overview*, *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies*, vol. 5, br. 1, Vienna, 2016.

b) Internetski izvori (Sve mrežne stranice dostupne na dan 13.4.2018.):

1. Agrokor, <http://www.agrokor.hr/hr/osnovni-podaci/>
2. Agrokor, <http://www.agrokor.hr/hr/brendovi/>
3. Agrokor, <http://www.agrokor.hr/hr/investitori/poslovna-struktura/>
4. European Model Company Act, Chapter 16. Groups of Companies (dostupno na: http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER_16_GROUPS_OF_COMPANIES.pdf)
5. Hrvatska enciklopedije, <http://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=25942>
6. Hrvatska gospodarska komora, <http://www1.biznet.hr/HgkWeb/do/fullSearchPost>
7. Hrvatska gospodarska komora, <http://www1.biznet.hr/HgkWeb/do/extlogon>
8. Nexxe, <http://www.nexxe.hr/default.aspx?id=51>
9. Podravka, <https://www.podravka.hr/kompanija/investitori/financijska-izvjesca/>
10. Poslovni dnevnik, <http://www.poslovni.hr/hrvatska/sto-je-srednje-a-sto-malo-poduzece-ovisi-o-tome-pitate-li-hgk-ili-drzavu-260550>
11. PPK Valpovo, <http://www.valpovo-ppk.hr/index.php/ppk-valpovo/osobna-iskaznica>
12. Report of the Reflection Group on the future of EU Company law, Brussels, 5, April, 2011. - European Commission (dostupno na http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflection_group_report_en.pdf)
13. Report on the recognition of the interest of the group, Informal Company Law Expert Group, October, 2016. (dostupno na: http://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/34455/1/2016-10%20icleg_recommendations_interest_group_final_en.pdf)
14. Sudski registar, <https://sudreg.pravosudje.hr/registar/f?p=150:1>
15. Zagrebačka burza, <http://www.zse.hr/default.aspx?id=26474>
16. Zagrebačka burza, <http://zse.hr/userdocsimages/financ/FRNK-fin2012-1Y-REV-K-HR.pdf>
17. Žito, <http://www.zito.hr/hr/kontakt>

c) Pravni izvori:

1. Aktengesetz (AktG) 6. 9. 1965 (BGBl. I S. 1089) posljednja izmjena 2017. (BGBl. I S. 802, 812).
2. Código de Comercio Ministerio de Gracia y Justicia "BOE" núm. 289, de 16 de octubre de 1885 Referencia: BOE-A-1885-6627 Revisión vigente desde 26 de Noviembre de 2017
3. Direktiva 2013/34/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o godišnjim financijskim izvještajima, konsolidiranim financijskim izvještajima i povezanim izvještajima za određene vrste poduzeća, o izmjeni Direktive 2006/43/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i o stavljanju izvan snage direktiva Vijeća 78/660/EEZ i 83/349/EEZ Tekst značajan za EGP
4. Direktiva 2011/96/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 30. studenoga 2011. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na matična društva i društva kćeri iz različitih država članica

5. SR: 220 - BG vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht), posljednja izmjena 2012.
6. Unternehmensgesetzbuch (UGB) RGBL. S 219/1897, posljednja izmjena BGBl. I Nr. 20/2017.
7. Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečišćeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15 in 15/17)

d) Opći porezni zakon, NN, br. 115/16

1. Rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, klasa: UP/I-030-02/2005-01/51 od 14. lipnja 2006. NN, br. 81/2006.
2. Stečajni zakon, NN, br. 71/15.
3. Visoki trgovački sud (VTS) RH, Pž-1760/02 od 15. travnja 2003.
4. Zakon o računovodstvu, NN, br. 78/15, 134/15.
5. 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, 110/15.
6. Zakon o osiguranju, NN, br. 30/15.
7. Zakon o financijskim konglomeratima, NN, br. 147/08, 54/13.
8. Zakon o javnoj nabavi, NN, br. 120/16.
9. Zakon o preuzimanju dioničkih društava - pročišćeni tekst zakona, NN, br. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13, 99/13, 148/13

Dubravka Akšamović*
Sanjin Stupar**

Summary

FACTUAL CONCERNS IN DOMESTIC AND COMPARATIVE LAW – THE CONCEPT, LEGAL NATURE AND OTHER OPEN QUESTIONS

Factual concerns have a great economic importance regarding of their market power. The implications of factual concern on legal system require a distinction in relation to other legal forms of affiliated companies and other types of concerns. The aim of this paper is to define the concept of a factual concern on a legal and practical level. Methodology of the research consists in analysing legal sources and jurisprudence with the aim of identifying the essential features of factual concern and understanding the legal nature of factual concern, in order to see in which situations factual concern exists. The purpose of precise defining of a factual concern is crucial to the qualification of obligations arising from the constellation of connected companies. It is important to pay attention to the terminology when it comes to factual concerns in relation to other groups of affiliated companies, so that there is no misunderstanding which subject is liable within the factual concern. The results of the research have shown that the question of the factual concern is not sufficiently explored and that there is some insufficient legal regulation of this concept, since no law in the Republic of Croatia mentions directly the term factual concern.

***Keywords:** factual concerns, legal sources of concerns, legal nature of the factual concern, Group of Companies.*

Zusammenfassung

BEGRIFF, RECHTSNATUR UND EINIGE OFFENE FRAGEN BEZÜGLICH FAKTISCHER KONZERNE AUS DER NATIONALEN UND RECHTSVERGLEICHENDEN PERSPEKTIVE

Wegen ihrer Marktmacht sind faktische Konzerne für die Wirtschaft von

* Dubravka Akšamović, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Osijek; daksamov@pravos.hr.

** Sanjin Stupar, Doctoral student, Faculty of Law, University of Osijek; stupar.sanjin7@gmail.com.

großer Wichtigkeit. Wegen der Auswirkungen von faktischen Konzernen auf das Rechtssystem ist es notwendig, faktische Konzerne von den anderen Rechtsformen verbundener Unternehmen sowie auch von den anderen Typen von Konzernen klar zu unterscheiden. Das Ziel dieses Beitrags ist es, den Begriff des faktischen Konzerns aus der Perspektive der Rechtstheorie und -praxis zu bestimmen. Die Methodologie des Beitrags beruht auf der Analyse der Rechtsquellen und der Rechtsprechung, wobei man versuchte, wesentliche Merkmale faktischer Konzerne festzustellen und ihre Rechtsnatur zu verstehen, alles mit dem Ziel, die Situationen, in denen es sich um faktische Konzerne handelt, leichter zu erkennen. Das Ziel dieses Beitrags, beziehungsweise, der präzisen Bestimmung des faktischen Konzerns ist entscheidend für die aus der Konzernkonstellation von Handelsgesellschaften hervorgehende Qualifizierung von Verpflichtungen. Wenn man über faktische Konzerne und andere Gruppen von verbundenen Unternehmen spricht, ist es sehr wichtig, auf die Terminologie zu achten, um richtig festzustellen, welches Subjekt innerhalb des faktischen Konzerns die Rechte und Verpflichtungen zu tragen hat. Die Ergebnisse der Forschung haben gezeigt, dass die Frage des faktischen Konzerns nicht genug erforscht wurde. Da der Begriff des faktischen Konzerns in keinem Gesetz in der Republik Kroatien ausdrücklich erwähnt wird, wird abschließend betont, dass die Regulierung dieses Begriffs unzureichend ist.

***Schlüsselwörter:** faktische Konzerne, Quellen des Konzernrechts, Rechtsnatur des faktischen Konzerns, Gesellschaftsgruppe.*

Riassunto

LA NOZIONE, LA NATURA GIURIDICA ED ALCUNE QUESTIONI APERTE RIGUARDANTI I GRUPPI SOCIETARI DI FATTO NEL DIRITTO INTERNO E COMPARATO

I gruppi societari di fatto in ragione del loro potere sul mercato hanno una straordinaria importanza economica. Le implicazioni dei gruppi societari di fatto sul sistema giuridico esigono la previsione di una chiara distinzione rispetto alle altre forme di società collegate e degli altri tipi di gruppi. Lo scopo di questo lavoro è analizzare la nozione di gruppo societario di fatto sul piano teorico giuridico e su quello pratico. L'approccio metodologico si compone dell'analisi delle fonti giuridiche e della giurisprudenza, cercando al contempo di individuare gli elementi essenziali dei gruppi societari di fatto e comprendere la natura giuridica dei gruppi societari di fatto, al fine di capire in quali situazioni si tratta di gruppo societario di fatto. Lo scopo del lavoro, ovvero una precisa determinazione dei gruppi societari di fatto in concreto è di primaria importanza in occasione della qualificazione delle obbligazioni che derivano dalla costellazione del gruppo di società commerciali. A tale fine è

importante prestare attenzione alla terminologia quando si parla di gruppi societari di fatto rispetto a diversi tipi di società collegate, onde evitare errori relativamente all'individuazione del soggetto che concretamente è titolare dei diritti e dei doveri all'interno del gruppo societario di fatto. I risultati dell'indagine hanno dimostrato che la questione del gruppo societario di fatto non è sufficientemente disaminata e che la disciplina giuridica esistente non è adatta a regolare tale fenomeno, visto che nemmeno una legge croata menziona espressamente il termine gruppo societario di fatto.

Parole chiave: *gruppi societari di fatto, fonti del diritto relativo ai gruppi societari, natura giuridica del gruppo societario di fatto, gruppo di società.*

ANTIHZREZA U RIMSKOJ PRAVNOJ DOKTRINI

Dr. sc. Ines Matić, univ. spec. crim.*
Izv. prof. dr. sc. Anamari Petranović**

UDK 34(37)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.3>
Ur.: 19. rujna 2018.
Pr.: 12. studenoga 2018.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se obrađuje problem definiranja i sadržaja instituta antihreze s obzirom na dva Marcijanova odlomka sadržana u Digestama (D.13.7.33. i D.20.1.11.1.) i Paulov tekst D.20.2.8., budući da su navedeni tekstovi temeljni i jedini rimski pravni izvori koji izričito tematiziraju ovaj institut. Raščlambom Marcijanovih odlomaka D.13.7.33. i D.20.1.11.1., kao i relevantnih naglasaka pravne doktrine, ističu se osnovna obilježja antihreze te se iznose teorije o pravnoj prirodi toga instituta koje navode na zaključak da antihreza i *pactum antichreticum* nisu sinonimi, kao što se to najčešće predmnijeva, već dva različita pravna instituta, bitno različitim funkcija, a posljedično i s drukčijim sustavom pravne zaštite. Segment rada usmjeren na analizu Paulova teksta D.20.2.8., podastire osnovne značajke prešutne antihreze (*antichresis tacita*) u korelaciji s poimanjem sporazumne antihreze.

Ključne riječi: *pactum antichreticum*, antihreza, *antichresis tacita*, rimsko pravo, inominatni ugovori, zalog.

*D.50.17.202. Omnis definitio in iure civili periculosa est,
parum est enim ut non subverti posset.*

1. UVOD

Antihreza (grč. ἀντιχρησις), od *anti* - naspram, spram i *chrēsis* - uporaba, od *chrēsthai* koristiti, potreba, u doslovnom prijevodu označava davanje zajma naspram/spram korištenja (stvari založene radi osiguranja povrata zajma).¹

* Dr. sc. Ines Matić, univ. spec. crim., poslijedoktorandica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; imatic@pravri.hr.

** Dr. sc. Anamari Petranović, izvanredna profesorica Sveučilišta u Rijeci, Pravnog fakulteta; anamari.petranovic@pravri.hr.

1 Prema Glücku, sam izraz antihreza dolazi iz grčkog jezika te nije sigurno znači li *utendum dare* ili *utendum accipere*. Međutim, drži sigurnim da riječ *antichresis* etimološki ima isto značenje kao i *mutuus usus*, to jest, recipročna uporaba, a označava istodobno pakt kojim se među strankama ugovara recipročna uporaba različitih stvari, pravo koje se stječe tim paktom te i sam objekt tog prava, odnosno stvar koja je na temelju takvog sporazuma stranaka predana

Hrvatska pravna literatura antihrezu i *pactum antichreticum* dotiče (Horvat)² ili definira (Romac)³ u kontekstu prijepornih pitanja u svezi s plodovima u okviru obrazloženja sumarnih značajki sadržaja založnog prava i položaja založnog dužnika i vjerovnika, odnosno značajki prepoznatog ugovora / pravnog posla. U Romčevu *Rječniku rimskog prava* antihreza je definirana kao „ugovor na temelju kojega je založni vjerovnik mogao upotrebljavati založenu stvar i pobirati plodove.“⁴ Pojašnjeno je kako je takav pravni posao odstupao od uobičajene zabrane uporabe i korištenja založene stvari kojom bi se činio *furtum usus* i upravo zbog toga je bio moguć samo kod plodonosnih stvari. Svrha plodova ubranih uz pristanak založnog dužnika bila je namirenje kamata na zajam, a ako se radilo o beskamatnom zajmu, ističe se kako suglasnost založnog dužnika nije bila potrebna već je založni vjerovnik imao pravo ubiranja plodova založene plodonosne stvari do visine uobičajenih kamata u tom mjestu (*antichresis tacita*).⁵ Ovakva definicija navodi nas na zaključak da je antihreza ugovor neraskidivo povezan s ugovorom o zalogu te da je takav ugovor morao biti izričito zaključen uz kamatni zajam kako bi se vršilo prebijanje vrijednosti plodova s kamatama, dok je prešutna antihreza postojala uz beskamatni zajam jer se smatralo prirodnim da zajmodavac, tj. založni vjerovnik, ima neku korist od danog zajma. S obzirom na to da pod pojmom *pactum antichreticum* *Rječnik rimskog prava* upućuje na netom analizirani tekst o antihrezi,⁶ poveznica o nadopuni tumačenja (istog) instituta nameće zaključak da su antihreza i *pactum antichreticum* sinonimi za jedan te isti pravni institut, posebice i stoga što definiciju vrlo sličnu ili istovjetnu Romčevoj, bilježi i većina romanista.⁷ Provjera navedenoga zaključka ujedno je osnovni cilj ovoga rada.

Kako bi se utvrdilo jesu li antihreza i *pactum antichreticum* samo dva naziva istog instituta ili ipak dvije zasebne pravne ustanove i time pokušalo razriješiti dvojbe u vezi s rimskim konceptom njihove pravne prirode, analiza će se fokusirati na ključne podatke izvora. Rimski pravni sustav je sustav tužbi i ne temelji se na definiranju (što izrijeком brani poznata maksima *Omnis definitio in iure civili periculosa est*;

drugoj strani. Iako je ovaj institut svoje ime dobio u pravu stare Grčke, u koje je ušao u 4. st. pr. Kr., raspolaže se dokazima kako su preteče antihreze postojale u pravnim poretcima Babilona, Mezopotamije, u sumerskoj i akadskoj kulturi, gdje je analizom izvora moguće prepoznati temeljne karakteristike antihreze u institutima kao što su *tuppi titenūtu* i *mazzazanatu*. Saznanja o njima crpimo iz prijevoda tekstova na glinenim pločicama koje potječu iz 1500. g. pr. Kr., a koji opisuju kako vjerovnik ima pravo plodouživanja na pokretninama i nekretninama koje je dobio u zalog, što mu omogućuje ubirati plodove založene stvari na ime kamata. U rimskom pravu antihreza se pojavljuje krajem klasičnog perioda. Opširnije u Glück, F., *Commentario alle Pandette*, libro XX, Milano, 1895., str. 373 *et seq.*

2 Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb, Pravni fakultet, 2007., str. 241.

3 V. bilj. 4.

4 Romac, Ante, *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, Informator, 1975., str. 59.

5 Loc. cit.

6 Ibid., str. 390.

7 Više u Goebel, R. J., *Reconstructing the Roman Law of Real Security*, *Tulane Law Review*, vol. 36, 1961., Mirabelli, G., *Dell'anticresi*, Napoli, Editore Federico Corrado, 1888., Tedeschi, V., *L'Anticresi*, Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1952., Cohen, B., *Antichresis in Jewish and Roman Law*, New York, Shulsinger Bros. Inc., 1966., Glück, F., op. cit.

parum est enim, ut non subverti posset / Javolenus Priscus, D.50.17.202., odnosno što potvrđuje načelo *ubi actio ibi ius*⁸ kao korelaciju postojanja pravne zaštite putem individualizirane tužbe⁹ i samoga prava¹⁰ / pravnog odnosa). Upravo na tim postavkama, odnosno polazeći od sustava pravne zaštite, a ne od definicije, gradit će se zaključci kako antihreza i *pactum antichreticum* nisu jedan te isti institut, što je ujedno osnova za svaku daljnju analizu njihovih (zasebnih) obilježja.¹¹

Antihrezu¹² izričito tematiziraju samo dva fragmenta Marcijanovog teksta iz *Digesta*,¹³ što je jedan od razloga postojanja oprečnih teorija o pravnoj prirodi toga instituta. Dodatno, osim ograničenog broja izvora, poteškoću u istraživanju instituta antihreze stvara i mogućnost postojanja i/ili opseg kompilatorskih preinaka / interpolacija kao gotovo trajni izazov u procjeni izvornosti izvora (*Digesta*) pa tako i fragmenata podastrijetih u ovom radu.

Detaljna analiza dostupnih vrela, navodi na zaključak kako većina dvojbi o pojmu, genezi i pravnoj prirodi antihreze u rimskom pravu proizlazi primarno iz činjenice da se pojmovi antihreza i *pactum antichreticum* koriste kao sinonimi, iako je vrlo vjerojatno riječ o dva različita pravna instituta koja odlikuju složene bitne razlike, o kojima će biti riječi u nastavku ovoga rada.

- 8 O tomu kao i o nepostojanju *vice versa* opcije v. primjerice Randelzhofer, A., Tomuschat C., (ur.), *State responsibility and the individual: reparation in instances of grave violations of human rights*, Hague, Kluwer Law International, 1999., str. 234.
- 9 Fiksna struktura okvira civilnog prava i odnos *actio – ius* nadopunjava se pretorskim sustavom (... *quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis* / Papinianus, D.1.1.7.1.). O učešću pretora i oportunom davanju pravne zaštite putem *actiones in factum* u kontekstu usporedbe obveznog (pret)klasičnog i klasičnog rimskog sustava v. Margetić, L., *Rimsko pravo*, Rijeka, Pravni fakultet, 1998., str. 226.
- 10 O konceptu vindikacijske tužbe u usporedbi rimskog i suvremenih stvarnopravnih sustava i okviru primjene pravila *ubi actio ibi ius*, „što znači da određena osoba uživa pravnu zaštitu samo ako je pravni poredak za takvu situaciju predvidio posebnu tužbu (*actio*)“ v. Petrak, M., *Konceptija generalne vindikacijske tužbe u rimskoj pravnoj tradiciji i de lege ferenda*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, vol. 63, br. 5-6/2013, str. 1038.
- 11 Jedan od istaknutijih zagovornika ideje o antihrezi i antihreznom paktu kao različitim institutima je Alegre de Miguel, koji tvrdi da razlog poistovjećivanja ova dva instituta vjerojatno proizlazi iz pogrešne interpretacije grčke riječi *chresis* koja se može tumačiti kao uporaba, ali isto tako i kao zajam, odnosno uzajamni zajam kada je riječ o antihrezi. „Prava“ antihreza, smatra Alegre de Miguel, kao i Badosa Coll, F., je ugovor koji je uzajamni, recipročni zajam gdje jedna strana prima određeni iznos novca, a druga prima u posjed nekretninu čije plodove ubire dok joj spomenuti iznos novca ne bude vraćen (*fructus in vicem usurarum*). Vidi Alegre de Miguel, J. D., *La anticresis: funcion e finalidad en el Código Civil español y en el Código Civil de Catalunya*, Barcelona, ESADE, Facultat de Derecho, Universitat Ramon Llull, 2013., str. 12.
- 12 Pod tim nazivom u ovine radu podrazumijevamo antihrezu u širem smislu, koja obuhvaća sve ono na što se doktrina referira kao na *pactum antichreticum*, antihrezu i ugovor o antihrezi, na svim onim mjestima na kojima nije izričito specificirano na koji oblik instituta se misli.
- 13 Unatoč ovako skromnom broju izvora o institutu antihreze, kazuistička narav rimskih pravnih izvora ne dopušta da se u nedostatku pravne definicije (pojednog) instituta donese zaključak o njegovoj (i)relevantnosti u stvarnom životu.

2. MARC. D.13.7.33.

Marc. D.13.7.33. Si pecuniam debitor solverit, potest pignorat actione uti ad recipiendam antichresis: nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

Nakon što je dužnik isplatio dugovano, može putem *actio pigneraticia* tražiti povrat stvari dane u antihrezu, jer kada se radi o zalogu može se koristiti ova riječ.

Citirani odlomak D.13.7.33. poima se ishodištem teorije o antihrezi kao vrsti založnog prava. Brojni autori¹⁴ zaključuju kako je antihreza, koja se spominje u ovom tekstu, zapravo vrsta založnog prava u širem smislu, uz poznatije percipirani ručni zalog (*pignus*) i ugovorni zalog (*hypotheca*). Takav zaključak ponajprije temelje na formulaciji *nam cum pignus sit* (kada se radi o zalogu) koja je izrijeком dio teksta, kao i na činjenici da ovaj odlomak ovlašćuje založnog dužnika na podnošenje tužbe *actio pigneraticia*, što očigledno upućuje na ovlaštenje koje založni dužnik ima na temelju ugovora o zalogu (*contractus pigneraticius*).

Održivost ove teorije dovodi u pitanje rimsko načelo *numerus clausus* stvarnih prava, koje podrazumijeva da su u rimskom pravnom sustavu postojala isključivo sljedeća stvarna prava: *dominium/proprietas*, *servitutes*, *pignus*, *hypotheca*, *emphyteusis* i *superficies*, zbog čega mogućnost svrstavanja antihreze u tu skupinu postaje razborito upitnom.¹⁵

14 Mirabelli smatra antihrezu jednom vrstom zaloga u širem smislu te je definira kao pravo na plodonoj stvari koja se predaje u posjed založnom vjerovniku kako bi on ubirao njezine plodove umjesto kamata na svoje potraživanje. Mirabelli, G., op. cit., str. 7. Iz glose Lotaria: *glossa anticresis D.13.7.33. est... anticresis pignus quod sub hoc nomine accepit creditor ut eius usum et fructum pro usuris sibi computet*, također se može zaključiti kako je antihreza jedna vrsta zaloga, koji se zasniva izravno i eksplicitno te ju mora prihvatiti vjerovnik koji može koristiti stvar i ubirati njezine plodove na ime kamata, ali nikako ne i za podmirenje same glavnice tražbine. Prema Gualazzini, U., *Anticresi*, u: *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1967., str. 530. Zaključak o antihrezi kao vrsti zaloga može se iščitati i iz definicije koju daje Cuiacio, a prema kojoj antihreza *est species pignoris ita dati ut, donec pecunia solvatur; pignore creditor utatur, fruatur in vicem usurarum*. Teoriju o antihrezi kao zalogu podržava i Lauterbach, nazivajući je u svom tekstu antihreznim zalogom *porro dividunt doctores pignus in antichreticum...* Prema Tedeschi, V., op. cit., str. 5.

15 Potvrda da antihreza nije zalog nalazi se i u Huberovom tekstu: *Mihi sic videtur pignus et antichresin esse duas res distinctas, et ex earum coniunctione nasci pignus antichreticum. Ex hoc hypothecariam actionem dari, non est ratio dubitandi. Sed in hoc anticresin solam creditor accepisse proponitur, hoc est, conventio, qua convenit, ut creditor usurarum loco certi praedii fructus percipiat, est celebrata, nihil amplius. De iure pignoris nihil est dictum, et tamen speciali de pignore conventionem non constituitur expressum pignus: etsi, quando creditori praedium conceditur ad fructus in vicem usurae inde percipiendos, ea res loco pignoris sit. Verum sine conventionem de pignore non potest, inquam, actio hypothecaria nasci; ideoque personalis in factum duntaxat, non contra tertium, sed adversus debitorem, qui illam conventionem debito principali, adjecit, datur. De pignoris iure constituto nihil hic est proditum. Nam quod attinet at verba, mutuus pignoris usus, illa non sunt Marciani, sed interpretis, graecam vocem antichresi interpretantis: que tamen nihil, quam mutuuum usum denotat. Navedeno podržava i Von Greve ističući *Antichresis differit a pignore, nam si, cui antichresis concessa est, amiserit**

Upravo kritike teorije o antihrezi kao vrsti založnog prava, dovele su do toga da se na temelju istoga teksta izgradi i stajalište o antihrezi kao paktu (*pactum antichreticum*), koje je ujedno i dominantna teorija o naravi antihreze. S obzirom na to da je u rimskom pravnom sustavu založnom vjerovniku bilo zabranjeno koristiti založenu stvar,¹⁶ što nedvojbeno potvrđuje Gajev odlomak D.47.2.55.(54).pr. (navodeći *si pignore creditor utuatur, furtum tenetur*), upravo se u njemu može pronaći ishodište ili motiv za nastanak instituta *pactum antichreticum*, koji prelaskom iz platforme neformalnih sporazuma za koje je vrijedilo načelo *ex nudo pacto nulla actio nascitur*, u režimu dodavanja pravnim poslovima *bona fidei*, najčešće ugovoru o zalogu i radi izbjegavanja navedene zabrane (*furtum usus*), postaje utuživ, jer je (ugovorna) tužba iz priznatoga kontrakta obuhvaćala i obveze preuzete tim sporazumom (*pactum inest contractui*).

Analizirajući citirani tekst Marcijanovog odlomka u opisanom kontekstu, može se zaključiti kako predstavlja primjer antihreznog pakta dodanog ugovoru o zalogu, u kojem se izraz antihreza koristi kao termin za založenu stvar te se založnom dužniku omogućuje ostvarivanje zaštite tužbom *actio pigneraticia*. S obzirom na to da je antihreznik pakt u tom slučaju akcesoran založnopravnom ugovoru kao glavnom ugovoru, to je ujedno definiralo i objekt ovog pakta. Imajući na umu da su, prema Ulpianu, objekt ručnog zaloga i hipoteke u rimskom pravu mogle biti i pokretne i nekretnine, jer se razlikovanje ovih instituta ogledalo u činjenici posjedovanja založene stvari,¹⁷ može se zaključiti kako je objekt antihreznog pakta, uz ugovor o

possessionem, non habet actionem hypothecariam, sed utitur actione in factum. Prema Glück, F., op. cit., str. 377. Protivnicima teorije o antihrezi kao vrsti zaloga pridružuje se i Gualazzini tvrdeći da nije bilo moguće da je riječ o jednom te istom institutu, polazeći od etimološkog značenja riječi. Prvi oblik raspolaganja posjedovanom stvari, još od antičkih vremena, bilo je plodouživanje (*ususfructus*). Dakle, antihreza nije mogla biti jednostavno zadržavanje zakonskih kamata kroz ubiranje plodova založene stvari, već je ona morala biti zaključena kao pakt ili zasnovana u postupku koji dopušta korištenje, dakle plodouživanje u punom smislu, stvari dane u zalog, što dovodi do zaključka da antihreza nije zalog. Gualazzini, U., op. cit., str. 529. Također, da bi antihrezu smatrali vrstom zaloga, to jest, vrstom stvarnih prava, morali bi moći tom institutu pripisati osnovne značajke stvarnih prava, a koje obuhvaćaju zaštitu putem *actio in rem*, ali i apsolutno djelovanje (*erga omnes*), stvar kao objekt prava, praćenje stvari, sadržavanje negativnog zahtjeva prema trećima da ne smetaju ovlaštenika tog prava, trajan karakter istoga, za što se u dostupnim izvorima ne nalazi dovoljno argumenata.

16 Korištenje založenom stvari smatralo se krađom uporabe (*furtum usus*), što je za posljedicu imalo infamiju (*infamia*) počinitelja (u ovom slučaju vjerovnika), to jest, faktički bi značilo „poslovnu smrt“ s obzirom na to da nakon toga ne bi bio u mogućnosti zaključivati formalističke pravne poslove. Infamija je uzrokovala umanjene pravne i djelatne sposobnosti, koja se ogledala u gubitku glasačkoga prava, gubitku prava sudjelovanja u sudskom postupku, u nemogućnosti zaključenja braka s osobom iz višega društvenog sloja, u bezvrijednosti ili umanjenoj vrijednosti svjedočkog iskaza i sl. Više o konceptu infamije u rimskom pravu Apsitis, A., Joksts, O., *The Concept of Infamy (Infamia) In Roman Law: An Engine for Sustainable Development and Public Security - The Roman Example*, *Journal of Security & Sustainability Issues*, vol. 3, br. 1/2013; str. 31-41; Chiusi, J. T., ‘Fama’ and ‘infamia’ in the Roman Legal System: The Cases of Afrania and Lucretia, u: *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry* (Burrows, A., Johnston, D., Zimmermann, R., ur.), Oxford Scholarship Online, 2013., str. 143-165.

17 D.13.7.9.2. (Ulp. 28 ad ed.) *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam,*

zalogu, također mogla biti i pokretnina i nekretnina. Funkcija ovog pakta ogledala se u ubiranju plodova založene stvari, što je založnom vjerovniku omogućivalo namirenje tražbine na ime kamata pa je takav pakt zapravo služio kao svojevrsni pandan kamatama.¹⁸ (U prilog tezi o antihreznom paktu ide i razmišljanje Modestina (D.13.7.39.),¹⁹ u kojem je riječ o primjeru zalaganja stvari uz koje se ugovara pakt o kompenzaciji plodova, odnosno tekst upućuje na sadržaj antihreznog pakta.²⁰)

cum non transit nec possessio ad creditorem. Više u Kieninger, E. M. (ur.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge University Press, 2004., str. 41.

- 18 Antihreza je oduvijek neraskidivo povezana s problematikom kamata. U tom se kontekstu postavlja pitanje je li antihreza iznimka od tada nametnutih zakonskih ograničenja kamata koje je postavljalo rimsko pravo. Pravna znanost nije usuglašena oko ovog aspekta, ali mogu se istaknuti dvije vladajuće teorije postavljene na vrlo čvrstim temeljima. Smatra se da antihreza (u širem smislu) ne predstavlja iznimku od zakonskog ograničenja kamatne stope te da viškom ubranih plodova treba namirivati glavnica tražbine. Međutim, to je samo kada je unaprijed moguće odrediti količinu, tj. vrijednost plodova koji će biti ubrani. U protivnom, kada nije moguće unaprijed odrediti količinu i vrijednost plodova koji će biti ubrani, jer oni ovise o nepredvidivim okolnostima (kao što je primjerice urod plodova vinograda te godine), onda će antihreznom vjerovniku biti dopušteno da sve ubrane plodove zadrži isključivo na ime kamata, zbog rizika koji je preuzeo upuštajući se u ovakvu transakciju. U tom slučaju antihreza će biti iznimka od postavljenog zakonskog ograničenja maksimalne kamatne stope. Zbog maskiranja kamata u postklasiци, pod utjecajem kršćanstva, ugovor o zalogu uz antihrezni pakt bio je zabranjivan kao lihvarski ugovor. Više Thomas, P., *Antichresis, Hemiolia and the Statutory Limit on Interest in Gerard Noodt's De foenore et usuris, De Jure*, vol. 40, br. 1/2007; str. 52-68, Van Niekerk, S. J., et al. (ur.), *The Three Book on Interest – bearing Loans and Interest (Foenus et Usurae) by Gerard Noodt*, Leiden, Pretoria University Law Press, 2009.
- 19 Modest. D.13.7.39. *Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret: verum ante expletum tempus creditor cum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum et addidit "quem de Lucio Titio emi", cum non emisset: hoc testamentum inter ceteros signavit et Gaius Seius, qui fuit debitor. Quaero, an ex hoc quod signavit praeiudicium aliquod sibi fecerit, cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet. Herennius Modestinus respondit contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur. (Gaius Seius gave his land to Lucius Titius as a pledge for money loaned, and afterwards it was agreed between them that the creditor should have possession of the pledge for a certain time, by way of setoff against his money. But, before the time had expired, the creditor, in stating his last wish, provided by his will that one of his sons should have the said tract of land, and added, "which I bought of Lucius Titius," while in fact he had not bought it. Gaius Seius, who was the debtor, along with others signed this will. I ask whether, by the fact that he signed it he prejudiced himself in any way, since no instrument evidencing the sale was produced, but only the agreement that the creditor should be entitled to the crops for a certain time? Herennius Modestinus answered that the contract of pledge was not affected because the debtor had signed the will of the creditor in which he stated that he had purchased the pledge.)* Prijevod prema Scott, S. P., *The Civil Law*, IV, The Enactments of Justinian. The Digest Or Pandects. Book XIII, Cincinnati, 1932.
- 20 Salmasius tvrdi da prava antihreza nije ovisna o zalogu i ne ovlašćuje vjerovnika na *ius distrahendī*. Prema njegovom mišljenju za pravu antihrezu karakteristična su dva elementa: posjedovanje nekretnine i ubiranje plodova kako bi se njima kompenzirale kamate zbog uživanja određene svote novca. U tom pogledu razlikuje se od teze koju iznosi Manigk, a koji smatra da se u režimu antihreze plodovima namiruje tražbina, odnosno i glavnica i kamate, a

Antihrezni pakt dodan ugovoru o zalogu ovlašćivao je založnog vjerovnika na uživanje založene stvari, to jest, na ubiranje plodova založene stvari. Funkcija antihreznog pakta bila je dvostruka te je bila usmjerena i na namirenje kamata ubranim plodovima i na osiguranje tražbine glavnice posjedovanjem nekretnine i kroz založnopravno osiguranje koje je uključivalo i ovlaštenje *ius distrahendi*, odnosno mogućnost namirenja tražbine realizacijom vrijednosti založene nekretnine. Međutim, treba naglasiti da, unatoč tomu što se takav pakt vrlo često ugovarao uz ručnozaložnu pogodbu, nije bio ograničen jedino na taj ugovor.²¹ Neovisno o tomu što je dominantno stajalište doktrine da se antihrezni pakt dodaje (samo) uz ugovor o zalogu,²² činjenica da se neki pakt najčešće dodaje jednom tipu ugovora ne može se upotrijebiti kao argument na temelju kojeg bi se zaključilo da je taj pakt vrsta tog ugovora ili da ga je moguće dodati isključivo tom ugovoru. „Podvrgavanje antihreze zalogu“ Manigk²³ smatra tradicionalnom idejom koja ponajprije proizlazi iz definicije koju je dao Cuiacio,²⁴ a za koju Manigk tvrdi da je temeljena isključivo na odlomku Marc. D.13.7.33. (koncept antihreze kao vrste založnog prava) te da su pritom potpuno zanemareni povezani odlomci *Digesta*, posebice Marc. D.20.1.11.1., koji ćemo analizirati u nastavku rada.

ne samo kamate. Prema Hernandez-Moreno, A., *Antichresis o Contrarium Mutuum*, Barcelona, Real Academia de Ciencias Economicas e Financieras, 2014., str. 114 *et seq.*

- 21 Upravo zato jer funkcija takvog sporazuma nije osiguranje tražbine već ubiranje plodova neke stvari na ime kamata, *pactum antichreticum* se mogao dodati i drugim ugovorima, kao što ističe Glück, dok suprotno stajalište brani Cuiacio (*antichresis est species pignoris...*). Prema Gualazzini, U., *op. cit.*, str. 531 i Glück, F., *op. cit.*, str. 374.
- 22 Teoriju o antihreznom paktu uz ugovor o zalogu podržavaju Pothier, Voet, Glück i Vinnio, iako potonji razlikuje dva oblika antihreze u rimskom pravu: antihrezu koja se ugovarala uz zalog, tj. *pactum antichreticum* i tzv. čistu antihrezu (*anticresi pura*). U prilog toj tvrdnji Vinnio ističe kako većina autora drži antihrezu vrstom zaloga ili paktom koji se može ugovoriti samo uz ugovor o zalogu jer se takav oblik antihreze (vezane za zalog) može prepoznati u analiziranom Marcijanovom tekstu D.13.7.33. zbog toga što se ovaj oblik antihreze, kao i založno pravo, štiti putem *actio in rem*. Prema Hernandez-Moreno, A., *op. cit.*, str. 110, Mirabelli, G., *op. cit.*, str. 10-12, Troplong, T. R., *Del pignoramento, del pegno e dell' anticresi*, Napoli, Stabilimento tip. e calc. di C. batelli e comp., 1847., str. 214.
- 23 Manigk, A., *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano*, Roma, Facoltà Giuridica della Roma Università, 1911., str. 259-262.
- 24 V. supra bilj. 15.

3. MARC. D.20.1.11.1.

Marc. D.20.1.11.1. si antichresis facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur; eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipso percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.

Ako bude zaključen ugovor o antihrezi, pa nekome bude predano zemljište ili zgrade, on sve dotle zadržava posjed na osnovi zaloga dok mu novac ne bude isplaćen, jer on prihode, bilo putem zakupa, bilo putem samostalne obrade odnosno stanovanja, uzima kao kamate; stoga mu, ako izgubi posjed, treba dozvoliti *actio in factum*.

Analizom Marcijanovog teksta D.20.1.11.1. razvidno je kako se u konkretnom opisanom slučaju tematizira ugovor o antihrezi, kao i o ugovor o zalogu, te da se posjed založnog vjerovnika štiti putem *actio in factum*. Formulacija dopušta kritiku teorija o antihrezi kao vrsti zaloga i antihrezi kao paktu uz ugovor o zalogu, odnosno otvara prostor za stvaranje nove teorije, one o antihrezi kao samostalnom ugovoru. S obzirom na predviđenu zaštitu posjeda založnog vjerovnika putem *actio in factum*, odnosno *actio praescriptis verbis*, umjesto putem *actio pignoratitia*, kao što je to bio slučaj u drugom (ranije citiranom Marcijanovom odlomku) D.13.7.33., tumačenje ovoga teksta usmjerava prema kategoriji inominatnih ugovora.²⁵ Riječ je o ugovorima osmišljenim u kontekstu razvoja društvenih i gospodarskih okolnosti i odnosa koji su doveli do širenja formalnog okvira imenovanih („nominatnih“/nominiranih) ugovora i priznavanja pravnih učinaka sporazumima koji nisu potpadali pod kategorije postojećih, priznatih, imenovanih ugovora,²⁶ već su stoga objedinjeni pod nazivnikom „inominatnih“ (*nova negotia* ili *contractus incerti*).²⁷ Ovaj naziv, pod kojim su poznati i danas, nadjenut im je naknadno, kako bi se opisalo i notiralo značenje sporazuma (*nudum pactum*, *nuda pacta*, pravno neutuživi sporazum(i)) koji podrazumijevaju neformalno suglasje volja dopuštenog sadržaja - sporazume o činidbi (*dare/facere*) i (protu)činidbi (*dare/facere*), a koji postaju utuživi i preuzimaju značajku kontrakta

25 Više u Watson, A., *The Evolution of Law: the Roman System of Contracts*, *Law and History Review*, vol. 1, br. 4/1984; str. 19, Burdese, A., *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, CEDAM, 2006., Zimmerman, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations Of The Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1990., str. 508-548, Serafini, F., *Institucije rimskog prava*, knjiga II, Split, SPLJET, 1896., str. 129-132.

26 Zimmerman, R., op. cit., str. 533.

27 U skupinu inominatnih kontrakata ubrajani su različiti slučajevi obveza bez ili početno bez specifičnog imena (što je postklasični otklon od načela rimskoga klasičnog prava, prema kojem je svaki pojedini obvezni odnos morao imati svoje ime i zaštitu posebnom tužbom). Premda su u kasnijem razvoju pojedini inominatni kontrakti dobili i posebna imena (*proprium nomen / propria appellatio*), njihova pojava bila je ne samo veliki korak naprijed u proširenju kruga kontrakata, nego i u probijanju ideje po kojoj bi nakon svake suglasnosti volje koja nije suprotna pravu i moralu trebala slijediti utuživa obveza, cilj do kojeg je došla tek škola prirodnog prava. V. Romac, A., *Rimsko pravo*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2007., str. 374; Petranović, A., *Rimske naznake utuživosti sporazuma*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 20, br. 1/1999; str. 117-128.

ako je jedna strana ispunila činidbu koju je neformalno obećala, te koji, za razliku od imenovanih ugovora, nisu imali *nomen*.²⁸

Geneza priznavanja inominatnih ugovora bilježi slijed rješenja u zaštiti strane koja je činidbu izvršila, a izostalo je ispunjenje činidbe druge strane, a strana koja je izvršila činidbu *dare* mogla je tako koristiti pravno sredstvo *condictio ob rem dati* na temelju pravno razrađenog režima obogaćenja bez osnove, a koja se u Justinijanovom pravu nazivala *condictio causa data causa non secuta*.²⁹ Ako se međutim radilo o ispunjenju činidbe *facere* (u očekivanju neformalno obećanog ispunjenja činidbe druge strane), u nedostatku pravnog sredstva za traženjem ispunjenja činidbe primjenjuje se (uz dokazano dolozno postupanje) *actio doli*³⁰ i time ostvaruje naknada štete (ne ispunjenje neformalno obećane činidbe). Početkom klasičnog razdoblja pretor je dopustio posebnu tužbu (*actio in factum*) usmjerenu na ispunjenje protučinidbe. Na tom uzoru, odobravanjem *actio civilis incerti* od strane pravnika, smisao i potvrda pretorske zaštite putem *actio in factum* prepoznaje se u domeni civilnog sustava,³¹ što je potom objedinjeno u režimu *actio praescriptis verbis* Justinijanova prava.³² Naglašavajući u nazivu značenje opisa činjeničnog stanja (*praescriptio*), *actio praescriptis verbis* pružala je pravnu zaštitu u svim slučajevima bezimnih ugovora, jednostranog poštovanja sporazuma koji su uključivali činidbu i protučinidbu, a koji nisu potpadali pod tipične i prepoznate imenovane ugovore.³³

Postavke režima inominatnih ugovora (sadržaj činidbi, nastanak/utuživost, tip tužbe) moguće je prepoznati u analizi Marc. D.20.1.11.1 (*cit.*): tematizirano postojanje ugovora o antihrezi vezano je za trenutak kada jedna strana prenese vlasništvo određenog iznosa novca (i tako ispuni činidbu koja glasi na *dare*), čime nastaje obveza druge strane na prijenos posjeda zemljišta ili zgrade (to jest na ispunjenje činidbe *facere*, odnosno *habere licere*), a na temelju kojeg se antihreznom vjerovniku pruža zaštita putem *actio in factum*, što upućuje na zaključak kako je riječ o inominatnom ugovoru *do ut facias*.³⁴

28 Mousourakis, G., *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, London, Springer, 2015., str. 10.

29 Romac, A., *Rimsko...*, cit., str. 374., v. bilj. 33.

30 Usp. Paul. D.19.5.5.3. *Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur*.

31 C.4.64. *De rerum permutatione et de praescriptis verbis actione*; Dioklecijanova konstitucija C.4.64.6.

32 Prema Justinijanovom pravu mogla se upotrijebiti i *condictio causa data causa non secuta*, tužba na vraćanje onoga što je dano kada je druga strana svojom krivnjom onemogućila izvršenje protučinidbe ili je u izvršenju svoga dijela obveze upala u zakašnjenje. Romac, A., *Rimsko...*, cit., str. 375.

33 Mousourakis, G., op. cit., str. 142.

34 Jedan od najistaknutijih zagovornika ove teorije je Vinnio koji ovaj tip antihreze naziva tzv. „čistom antihrezom“ (*anticresi pura*). Tzv. „čistu“ antihrezu nalazi u tekstu Marcijanova odlomka D.20.1.11.1. i smatra da je riječ o samostalnom ugovoru koji se štiti putem *actio in factum* i ističe kako je taj oblik antihreze samostalan ugovor kojim vjerovnik stječe plodove *loco pignoris*, a ne *iure pignoris* i zaštićen je putem *actio in personam*. Prema Hernandez-Moreno, A., op. cit., str. 110; Mirabelli, G., op. cit., str. 10-12, Troplong, T. R., op. cit., str. 214. Treba naglasiti kako romanistika nije prihvatila ovu teoriju o dvojnoj naravi antihreze. Primjer navedenog nalazi se i u argumentaciji koju iznosi Mirabelli, Mirabelli, G., op. cit., str. 11.

Opciju nastanka tipa ugovora *do ut facias* (ne ugovora *do ut des*), određuje ispravna sadržajna / terminološka primjena izraza *dare* koji u rječniku rimskoga pravnog nazivlja označava prijenos vlasništva, dok se u navedenom analiziranom izvoru radi o jednostavnom odobrenju posjedovanja i korištenja nekom stvari. Riječ je o pravnim poslovima koji se ne odnose na *dare/datio*, već na jednostavnu *traditio*, koja se smatra *factum*.³⁵ Tužba koja stoji na raspolaganju strankama je *actio in factum praescriptis verbis*,³⁶ kojom ona ugovorna strana koja je ispunila svoju činidbu iz inominatnog ugovora može zahtijevati od druge strane izvršenje protučinidbe. Ta je tužba, kao *actio bona fidei*, okrenuta svemu onome što zahtijeva načelo pravičnosti pa tako i predaji kamata ako je, nekim slučajem, stvar prepuštena u antihrezu oduzeta evikcijom. Ako je dug plaćen, onda nema mjesta za *condictio sine causa*, kao što tvrdi Hoffman, jer u tom slučaju dužnik ima sačuvano netaknuto svoje pravo vlasništva te mu na raspolaganju stoji *rei vindicatio* (ili *actio Publiciana*).³⁷ Suprotno tomu, da je antihrezni pakt bio priključen ugovoru o zalogu, onda bi postojala osnova za *actio pigneraticia*, koja bi proizlazila iz ugovora o zalogu.³⁸

Iznesena teorija o antihrezi kao inominatnom ugovoru *do ut facias* doima se smislenom, ali samo polazi li se od pretpostavke da je objekt antihreznog ugovora nekretnina, a ne isključivo njeni plodovi. Međutim, o odgovoru na pitanje je li predmet antihreze nekretnina ili samo njezini plodovi, ovisi i održivost teorija o tomu je li ugovor o antihrezi uzajamna / recipročna uporaba (*mutuus usus / contrarium usum*) ili, pak, uzajamni / dvostruki zajam (*contrarium mutuuum*).

Uzme li se da je ugovor o antihrezi uzajamna uporaba (novac – nekretnina) nameće se dvojba postoji li u tom slučaju razlika između antihreznog ugovora i zaloga plodonosne stvari.³⁹ Ono što se može istaknuti kao razliku je funkcija, s obzirom na to da zalog plodonosne stvari ima funkciju osiguranja tražbine, dok se funkcija antihreznog ugovora ogleda ponajprije kroz značajku dobrovoljnog anticipiranog namirenja.⁴⁰ Prema stajalištu koje zastupa Manigk, u rimskom pravu antihreza je autonomni ugovor koji ima vlastitu fizionomiju, neovisnu o ugovoru o zalogu i obvezi plaćanja kamata, jer služi kao sredstvo namirenja tražbine kroz uživanje neke stvari, a ne kao sredstvo osiguranja tražbine. Dodatno ističe da je takav i etimološki

35 Glück, F., op. cit., Libro XIII.

36 Kao dokaz da je ovdje riječ o *actio praescriptis verbis*, Glück citira: *solet in factum actione uti*, čime pobija i mišljenje koje daje Coeccio, a koji želi shvatiti Marcijanov fragment pozivajući se na jedan slučaj u kojem je pakt o antihrezi bio dodan ugovoru o zalogu *ex intervallo* pa upravo na tom naknadnom ugovaranju antihreze temelji argument zbog kojeg nije bilo mjesta uporabi *actio pigneraticia*. Međutim, fragment na koji se on poziva, ne bavi se sličnim slučajem jer nema ni spomena o paktu antihreze već je vjerovniku prepušteno uživanje založenog zemljišta, jer je tako dogovoreno, ne na ime kamata, već na ime smanjenja glavnice. Glück, F., op. cit., str. 379.

37 Kontekst (neugrožene) zaštite kviritskog / pretorskog vlasništva.

38 Glück, F., op. cit., str. 379.

39 Više u Romano, S., *Appunti sul pegno dei frutti nel diritto romano*, Padova, CEDAM, 1931.

40 Funkcija antihreze kao inominatnog ugovora isključivo je usmjerena na cjelokupno namirenje koje se ostvaruje ubiranjem plodova plodonosne nekretnine i koje ne uključuje *ius distrahendi*, s obzirom na to da nije poveznica sa založnopravnim osiguranjem.

smisao izraza antihreza koji znači uživanje u zamjenu za neku stvar⁴¹ i ističe kako je temeljna karakteristika antihreze namirenje tražbine kroz plodouživanje stvari, što upravo potvrđuje značenje izraza antihreza.⁴² Naime, iz odlomka Marc. D.20.1.11.1. jasno proizlazi da je riječ o antihrezi u kojoj plodovi služe isključivo za namirenje i ne može / ne smije ih se povezati s osiguranjem tražbine,⁴³ što potvrđuje da je antihrezu moguće zasnovati neovisno o zalogu, budući da ne postoji logička veza između založnog prava i plodovanja u svrhu namirenja tražbine.

Analizira li se teza da je ugovor o antihrezi uzajamni zajam⁴⁴ u kojem jedna strana prenosi vlasništvo određenog iznosa novca, dok druga prenosi posjed plodonosne nekretnine na određeno vremensko razdoblje, susreće se problem definiranih činidbi, s obzirom na to da činidba u ugovoru o zajmu glasi na *dare*. Teoriju da antihreza predstavlja uzajamni zajam moguće je poljuljati imajući na umu da su predmet antihreze nepokretne stvari. Naime, ugovor o zajmu je realni ugovor koji nastaje kada zajmodavac preda zajmoprimcu u vlasništvo određenu svotu novca ili drugu zamjenljivu stvar.⁴⁵ Predmetom zajma su prema tomu zamjenljive stvari koje se prenose u vlasništvo zajmoprimca. Ako bi antihrezu shvatili kao uzajamni zajam to bi trebalo značiti (u dimenziji prijenosa vlasništva), da jedna strana prenosi vlasništvo novca, a druga vlasništvo nekretnine, što nije točno jer antihrezni vjerovnik ne stječe vlasništvo stvari koju dobiva u antihrezu i, posebice (ako se fokusiramo na predmet zajma) ne radi se o zamjenljivoj stvari polazi li se od toga da je predmet antihreze nekretnina. Međutim, ako se uzme da predmet antihreze nije nekretnina, nego plodovi te nekretnine, onda je riječ o zamjenljivim stvarima koje mogu biti predmetom zajma.⁴⁶ U tom bi slučaju ujedno i definirali pravnu prirodu antihreze koja više nikako ne bi bila stvarnopravno osiguranje tražbine, jer ne djeluje na nekretnini, već samo

41 Prema Tedeschi, V., op. cit., str. 1-17.

42 Lovera smatra Manigkovu tezu pretjerano razrađenom, ako se u obzir uzme stvarna važnost antihreze u rimskom pravu. Više u Lovera, M., *El contrato de anticresis*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1993., str. 5.

43 Riječ je o antihreznom paktu, a ne o antihrezi (kao inominatnom ugovoru).

44 Salmasius smatra da kada se ugovara antihreza, postoje dva zajmoprimca i dva zajmodavca, dva dužnika i dva vjerovnika jer je antihreza uzajamni zajam i da su za pravu antihrezu karakteristične dvije stvari: posjedovanje nekretnine i ubiranje plodova, kako bi se njima kompenzirale kamate zbog uživanja određene svote novca. Salmasius tvrdi da se prava antihreza nalazi u C.4.32.14., kao izvoru u kojem ne postoji niti zalag niti hipoteka, odnosno nikakvo stvarnopravno osiguranje tražbine, već jedino uzajamni zajam. Iz konstrukcije koju zagovara neupitno proizlazi da je antihreza samostalan, glavni ugovor, koji nema niti strukturu hipoteke, a niti ciljeve založnog prava, već se radi o ugovoru o zajmu recipročnog oneroznog i aleatornog karaktera. U tom pogledu razlikuje se od teze koju iznosi Manigk, a koji smatra da se u režimu antihreze plodovima namiruje tražbina, odnosno i glavnica i kamate, a ne samo kamate. Unatoč ovoj razlici i Manigk i Salmasius zastupaju tezu antihreze kao samostalnog ugovora. Prema Hernandez-Moreno, A., op. cit., str. 113-114.

45 V. primjerice Buckland, W. W., *A Manual of Roman Law*, Cambridge, 1953., str. 272., 273., Pugliese, G, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991., str. 533 (*obligationes re contractae*), *mutuum* str. 534. i dalje, Romac, A., *Rimsko...*, cit., str. 339 i dalje, Thomas, J. A. C., *Textbook of Roman Law*, Amsterdam, New York, Oxford, 1976., str. 272 i dalje.

46 Garcia Reyes, A. E., *Una nueva oportunidad para la anticresis en ordenamiento juridico guatemalteco*, Guatemala, Campus Central, 2010., str. 32, Glück, F., op. cit., str. 374.

personalno pravo koje djeluje na plodovima te nekretnine. Također, navedeno se sukobljava s kategorizacijom antihreze kao inominatnog ugovora *do ut facias*, budući da je osnovna karakteristika zajma upravo činidba *dare* zamjenljivih stvari, što bi onda navodilo na zaključak da je antihreza inominatni ugovor *do ut des*, a ne (ispravno) *do ut facias*.

Zagovornici teorije o antihrezi kao vrsti založnog prava i teorije o antihrezi kao paktu uz ugovor o zalogu pokušali su pronaći brojna opravdanja i argumente koji bi poduprli tezu da *actio in factum* o kojoj govori D.20.1.11.1. (*cit.*) zapravo podrazumijeva *actio pigneraticia* te se, između ostalog, izražavala i sumnja u interpolaciju teksta.⁴⁷ Kao jedan od argumenata u prilog tvrdnjama da se u tom slučaju ipak radi o stvarnopravnoj tužbi, koristila se i činjenica da se tematizirani Marcijanov odlomak nalazi u knjizi Digesta koja nosi naslov *De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum*. Međutim, činjenica da tekst *Basilica* na istom mjestu također spominje *in factum actione*, potvrdila je kako se nikako ne može smatrati da se ovdje misli na hipotekarnu tužbu.⁴⁸ Salmasius pak tvrdi da je odlomak Marc. D.13.7.33. interpolirao Tribonijan kada je riječ o sintagmi *nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti*, za što uporište nalazi u odlomku Marc. D.20.1.11.1. Smatra da Marcijan u D.13.7.33. govori o antihrezi kao zemljištu ili nekretnini, dok u D.20.1.11.1. govori o antihrezi kao sporazumu, pa dolazi do zaključka da antihreza znači zemljište, nekretnina, ali i zajam. Slijedom navedenoga zaključuje kako u odlomku Marc. D.20.1.11.1. nema riječi ni o hipoteci, ni o zalogu, već o samostalnoj antihrezi kao ugovoru. Tvrdi da se usporedbom ova dva Marcijanova odlomka može zaključiti kako sintagma *nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti* nije mogla biti Marcijanova jer u D.20.1.11.1. on vjerovniku koji je izgubio posjed stvari u antihrezi ne daje pravo na *actio pigneraticia*, kao što bi bio slučaj da je doista riječ o zalaganju stvari, već mu daje isključivo pravo na *actio in factum*,⁴⁹ što, po njegovom mišljenju, svakako navodi na zaključak da nije riječ o izvornom već o interpoliranom tekstu.⁵⁰

47 Nemoguće je modificirati do potpunog slaganja sve rukopise i izdanja zbirke Digesta zbog brojnih interpolacija kojima su izmijenjeni tekstovi klasičnih pravnik. V. više u primjerice Buckland, W. W., *Interpolations in Digest*, *Yale Law Journal*, vol. 33., 1924., str. 344-364., Horvat, M., *Rimska pravna povijest*, Zagreb, Knjižara Zlatko Streitenberger, 1943., str. 191-196., id. *Rimsko pravo*, cit., str. 91-92. Jedan od najistaknutijih zagovornika teze o interpolacijama ovog odlomka bio je Noodt koji dolazi do zaključka kako riječi *in factum actione* u odlomku Marc. D.20.1.11.1. treba zamijeniti riječima *hoc actione*, jer je to izvorno značenje teksta, pa pod *hoc actione* onda podrazumijeva hipotekarnu tužbu. Prema Van Niekerk, S. J., et al. (ur.), op. cit., str. 145.

48 Tekst *Basilica* pri spominjanju *actio in factum* istovremeno navodi kako nema mjesta *actio hypothecaria* te bilježi *non Serviana sed in factum: non enim proprie pignus est, sed pignoris loco antichresin habet*. Prema Glück, F., op. cit., str. 377.

49 Hernandez-Moreno, A., op. cit., str. 114.

50 U Fiorentinskom rukopisu Digesta, kao niti u tekstu *Basilica* ne postoje tragovi koji bi upućivali na takve riječi. Ne radi se o glosi jer su glosatori u nepoznavanju grčkog jezika izraz antihreza pročitali kao *antiphoma*. Vidi više Glück, F., op. cit., str. 376.

4. PAUL. D.20.2.8.

Paul.D.20.2.8. Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere.

Ako se dužnik beskamatno koristi novcem, vjerovnik ima pravo od plodova stvari koja mu je dana u zalog zadržati iznos koji odgovara zakonskoj visini kamata.

Osim što je antihrezni pakt uz ugovor o zalogu bio dodavan suglasnošću stranaka, Paulov odlomak D.20.2.8. navodi na zaključak da je kod osiguranja beskamatnog zajma bila moguća i, tzv. prešutna antihreza (*antichresis tacita*).⁵¹ Takva antihreza ovlašćivala bi založnog vjerovnika na plodove založene plodonosne stvari, koji su se smatrali kompenzacijom za zakonske kamate.⁵² Navedena praksa navodno je proizašla iz stajališta kako je i učestalo provođeno i uobičajeno prihvatljivo da nitko ne daje zajam potpuno besplatno, pa ako nije rečeno ništa o kamatama, a založena je plodonosna stvar, da se zapravo podrazumijeva ovlaštenje na ubiranje plodova do visine zakonskih kamata. Iako ova teorija ima puno pobornika, upitna je svrha postojanja sporazumne antihreze ako je prešutna antihreza bila legitimna u tom obliku. Nužno je naglasiti i kako je *mutuum* rimskog prava primarno bio besplatni pravni posao koji se poduzimao iz prijateljske usluge (i stoga je odvojen od mogućnosti (uzgrednog) stipuliranja kamata), pa se takvim posrednim i prešutnim naplaćivanjem te usluge dovodi u pitanje takav karakter ustanove.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Marcijanovi tekstovi D.13.7.33. i D.20.1.11.1. te Paulov tekst D.20.2.8. temeljni su izvor spoznaja o pojmu i sadržaju instituta antihreze u rimskom pravu. Upravo tako mali broj dostupnih pravnih izvora o antihrezi, kao i vjerojatnost interpolacije istih, doprinio je problemu definiranja instituta, kao i postojanju brojnih više ili manje suprotstavljenih teorija koje su podijelile doktrinu i priskrbile tom institutu brojne epite negativnog predznaka, stavljajući ga u kontroverzni kontekst lihvarskih i nemoralnih pravnih poslova. Obrada navedenih fragmenata, kao i analiza relevantne pravne doktrine, navodi na zaključak da je većina dvojbi o pojmu, genezi i pravnoj prirodi antihreze u rimskom pravu nastala zbog toga što su se pojmovi antihreza i *pactum antichreticum* koristili kao sinonimi, iako ima dovoljno podataka koji upućuju da je riječ o dva različita pravna instituta koja karakteriziraju složene i bitne razlike.

Polazeći od rimskog načela *omnis definitio in iure civilis periculosa est, parum est enim ut non subverti posset* i interpretacijom rimskoga (klasičnog) pravnog sustava kao primarno sustava akcija (*ubi actio ibi ius*), kao ključni kriterij provedene analize određene su tužbe, odnosno predviđeni / postojeći sustav pravne zaštite. Upravo zato je proučavanje odlomaka D.13.7.3. i D.20.1.11.1. dovelo do zaključka

51 *Retentio usurarum* kod besplatnog zajma, tj. *forte deposita, vel mutata sine stipulatione usurarum* – glosa *pecunia* D.20.2.8., prema Gualazzini, U., op. cit., str. 531.

52 Romac, A., *Rječnik...*, cit., str. 59.

kako je malo vjerojatno da ova dva teksta govore o istom institutu, s obzirom na to da jedan predviđa zaštitu putem *actio pigneraticia*, dok drugi upućuje na *actio in factum*. Navedena razlika u pravnoj zaštiti bila je osnova pravnoj doktrini za stvaranje različitih teorija o antihrezi, a nakon podastarte analize moguće je zaključiti kako je rimsko pravo poznavalo *pactum antichreticum* i antihrezu kao dva različita instituta, drukčijih funkcija i pravne prirode.

Antihrezni pakt, koji je vjerojatno nastao kao iznimka od zabrane korištenja založene stvari i čija je svrha bila namirenje tražbine plodovima te stvari, Marcijan tematizira u D.13.7.33., u konkretnom primjeru povezujući ga s ugovorom o zalogu, te samim time pružajući zaštitu putem *actio pigneraticia*. S druge strane, u D.20.1.11.1. iznosi primjer samostalne antihreze kao inominatnog ugovora *do ut facias*, na što ukazuje predviđena zaštita u obliku *actio(nes) in factum*.

Analizu zaključujemo proučavanjem Paulova teksta D.20.2.8., na kojem se temelji institut prešutne (tacitne) antihreze - institut vezan za zalog plodonosne stvari koji služi kao osiguranje beskamatnog zajma i ujedno omogućuje ubiranje plodova te stvari na ime kamata uobičajenih u tom mjestu, vodeći se idejom da zajmodavac mora imati izvjesne koristi od zajma. Ova je teorija gotovo općeprihvaćena, iako zbog nedostatka sigurnih dokaza o primjeni ovog instituta u praksi, ne može se detaljnije analizirati institut koji svakako dovodi u pitanje temeljnu značajku zajma rimskog prava (*mutuum*), kao besplatnoga pravnog posla zasnovanog na prijateljskoj usluzi.

LITERATURA

1. *Corpus iuris civilis*: Vol. I. *Institutiones* (recognovit P. Krueger); *Digesta* (recognovit T. Mommsen, retractavit P. Krueger); Vol. II. *Codex Iustinianus* (recognovit et retractavit Krueger); Vol. III. *Novellae* (recognovit R. Schoell, opus Schoellii morte interceptum absolvit G. Kroll); Dublin-Zürich (Weidmann), 1973. (Vol. I.); 1967. (Vol. II.), 1972. (Vol. III.)
 2. Gordon, William M., Robinson, Olivia F. (eds.), *The Institutes of Gaius*, Cornell (UP), 1988.
 3. Mommsen, Theodor, Krüger, Paul, Watson, Alan, (eds.), *The Digest of Justinian*, (vol. I-IV.), Pennsylvania, 1985.
 4. Mommsen, Theodor, Meyer, Paul, (eds.), *Theodosiani libri XVI. cum consuetudinibus Sirmondianis et Leges ad Theodosianum pertinentes*, Berolini, 1905.
 5. Pothier, Robert G., *Le Pandette di Giustiniano*, Vol. I; Venezia, Co'tipi di Antonio Bazzarini, 1833.
 6. Pothier, Robert G., *Le Pandette di Giustiniano*, Vol. II; Venezia, Co'tipi di Antonio Bazzarini, 1841.
 7. Scott, Samuel P., *The Civil Law, IV; The Enactments of Justinian. The Digest Or Pandects*, Book XIII, Cincinnati, 1932.
 8. Voet, Giovanni, *Commento alle Pandette*, Venezia, Co'tipi di Antonio Bazzarini, 1837.
1. Alegre de Miguel, Jorge D., *La anticresis: funcion e finalidad en elCodigo Civil espanol y en elCodigo Civil de Cataluna*, Barcelona, ESADE, Facultat de Derecho, Universitat Ramon Llull, 2013.
 2. Apsitis, Allars, Joksts, Osvalds, *The Concept of Infamy (Infamia) In Roman Law: An Engine for Sustainable Development and Public Security - The Roman Example*, *Journal of Security & Sustainability Issues*, vol. 3, br. 1/2013; str. 31-41.

3. Buckland, William Warwick, *A Manual of Roman Law*, Cambridge 1953.
4. Buckland, William Warwick, Interpolations in Digest, *Yale Law Journal*, vol. 33., 1924.; str. 344-364.
5. Burdese, Alberto, *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, CEDAM, 2006.
6. Chiusi, Tiziana J., 'Fama' and 'infamia' in the Roman Legal System: The Cases of Afrania and Lucretia, u Judge and Jurist: *Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry* (ur. Burrows, Andrew, Johnston, David, Zimmermann, Reinhard), Oxford, Oxford Scholarship Online, 2013.
7. Cohen, Boaz, *Antichresis in Jewish and Roman Law*, Shulsinger Bros. Inc., New York, 1966.
8. Garcia Reyes, Astrid Emilia, *Una nueva oportunidad para la anticresis en ordenamiento juridico guatemalteco*, Guatemala, Campus Central, 2010.
9. Glück, Federico, *Commentario alle Pandette*, Libro XX, Milano, Vallardi, 1895.
10. Goebel, Roger J., Reconstructing the Roman Law of Real Security, *Tulane Law Review*, vol. 36, 1961.; str. 29-66.
11. Gualazzini, Ugo, Anticresi, u: *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1967.
12. Hernandez-Moreno, Alfonso, *Antichresis o Contrarium Mutuum*, Barcelona, Real Academia de Ciencias Economicas e Financieras, 2014.
13. Horvat, Marijan, *Rimska pravna povijest*, Zagreb, Knjižara Zlatko Streitenberger, 1943.
14. Horvat, Marijan, *Rimsko pravo*, Zagreb, Pravni fakultet, 2007.
15. Kieninger, Eva-Maria (ur.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
16. Lovera, Marco, *El contrato de anticresis*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1993.
17. Manigk, Alfred, *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano*, Roma, Facoltà Giuridica della Roma Università, 1911.
18. Margetić, Lujo, *Rimsko pravo*, Rijeka, Pravni fakultet, 1998.
19. Mirabelli, Giuseppe, *Dell'anticresi*, Napoli, Editore Federico Corrado, 1888.
20. Mousourakis, George, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, London, Springer, 2015.
21. Petrak, Marko, Konceptija generalne vindikacijske tužbe u rimskoj pravnoj tradiciji i *de lege ferenda*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, vol. 63, br. 5-6/2013; str. 1037-1062.
22. Petranović, Anamari, Rimske naznake utuživosti sporazuma, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 20, br. 1/1999; str. 117-128.
23. Pugliese, Giovanni, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, G. Giappichelli, 1991.
24. Randelzhofer, Albrecht Tomuschat Christian (ur.), *State responsibility and the individual: reparation in instances of grave violations of human rights*, Hague, Kluwer Law International, 1999.
25. Romac, Ante, *Rimsko pravo*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2007.
26. Romac, Ante, *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, Informator, 1975.
27. Romano, Silvio, *Appunti sul pegno dei frutti nel diritto romano*, Padova, CEDAM, 1931.
28. Serafini, Filippo, *Institucije rimskog prava*, knjiga II, Split, SPLJET, 1896.
29. Tedeschi, Vittorio, *L'Anticresi*, Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1952.
30. Thomas, Joseph Anthony Charles, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam, New York, Oxford, 1976.
31. Thomas, Philip, Antichresis, Hemiolia and the Statutory Limit on Interest in Gerard Noodt's *De foenore et usuris*, *De Jure*, vol. 40, br. 1/2007; str. 52-68.
32. Troplong, Theodore R., *Del pignoramento, del pegno e dell'anticresi*, Napoli, Stabilimento tip. e calc. di C. batelli e comp., 1847.

33. Van Niekerk, S. J., et al. (ur.), *The Three Book on Interest – bearing Loans and Interest (Foenus et Usurae) by Gerard Noodt*, Leiden, Pretoria University Law Press, 2009.
34. Watson, Alan, The Evolution of Law: the Roman System of Contracts, *Law and History Review*, vol. 1, br. 4/1984; str. 1-20.
35. Zimmerman, Reinhard, *The Law of obligations: Roman Foundations Of The Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

Ines Matić*
Anamari Petranović**

Summary

ANTICHRESIS IN ROMAN LEGAL DOCTRINE

The paper addresses the problem of definition and content of the antichresis institute approaching the fragments in Justinian's Digest (Marcian's D.13.7.33. and D.20.1.11.1; Paul's D.20.2.8) since their fundamental reference as the only Roman legal sources that explicitly address this institute. The analysis of Marcian's passages D.13.7.33. and D.20.1.11.1, along with relevant accents of legal doctrine, outlines the key elements of antichresis and presents the theories referring legal nature of this institute, suggesting that antichresis and *pactum antichreticum* are not synonyms (as / has been/ usually presumed), but occur as two different legal institutes thus including essentially different functions, and consequently, different system of legal protection. Segment of the paper focused on the analysis of Paul's text D.20.2.8., introduces the basic features of tacit antichresis (*antichresis tacita*) correlated with the concept of consensual antichresis.

Keywords: *pactum antichreticum, antichresis, tacit antichresis, Roman law, innominate contracts, pledge.*

Zusammenfassung

ANTICHRESIS IN DER RÖMISCHEN RECHTSBOKTRIN

Dieser Beitrag bearbeitet das Problem der Definierung und der Inhalt der Rechtsfigur der Antichresis bezüglich der Fragmente Markians in den Digesten (D.13.7.33. i D.20.1.11.1.) und des Textes Paulus (D.20.2.8.), weil die genannten Texte die einzigen römischen Rechtsquellen darstellen, welche die Rechtsfigur der Antichresis ausdrücklich thematisieren. Durch die Analyse der Fragmente Markians (D.13.7.33. i D.20.1.11.1.) sowie auch durch die Betonung relevanter Teile der Rechtsdoktrin, unterstreicht man die Hauptmerkmale der Antichresis und stellt die Theorien über die Rechtsnatur dieser Rechtsfigur dar, die darauf hinweisen, dass Antichresis und *pactum antichreticum* keine Synonyme sind, wie man gewöhnlicherweise vermutet. Es handelt sich dabei um zwei unterschiedliche Rechtsfiguren mit wesentlich unterschiedlichen

* Ines Matić, Ph. D., univ. spec. crim., Postdoctoral student, University of Rijeka, Faculty of Law, imatic@pravri.hr.

** Anamari Petranović, Ph. D., Associate Professor, University of Rijeka, Faculty of Law, anamari.petranovic@pravri.hr.

Funktionen, was auch zu unterschiedlichen Systemen des Rechtsschutzes führt. Bei der Analyse des Textes Paulus (D.20.2.8.) werden die Hauptmerkmale der stillschweigenden Antichresis (*antichresis tacita*) in Verbindung mit der Auffassung der einvernehmlichen Antichresis dargestellt.

Schlüsselwörter: *pactum antichreticum, Antichresis, antichresis tacita, römisches Recht, innominate Verträge, Pfand.*

Riassunto

L'ANTICRESI NELLA DOTTRINA GIURIDICA ROMANISTICA

Nel lavoro si disamina la difficoltà di definizione ed individuazione del contenuto dell'istituto dell'anticresi alla luce di due frammenti di Marciano contenuti nel Digesto (D.13.7.33. e D.20.1.11.1.) e del testo di Paolo D.20.2.8., posto che proprio tali testi rappresentano le uniche e fondamentali fonti romane che espressamente trattano di questo istituto. Mediante l'analisi dei frammenti di Marciano D.13.7.33. e D.20.1.11.1., come pure delle voci rilevanti nella dottrina giuridica, vengono poste in rilievo le caratteristiche essenziali dell'anticresi e si espongono le teorie sulla natura giuridica di questo istituto, le quali portano a concludere che l'anticresi ed il *pactum antichreticum* non siano sinonimi, a differenza di quanto sovente si creda; bensì due istituti giuridici differenti dalle funzioni ben diverse e di conseguenza caratterizzati da un diverso sistema di tutela giuridica. Il segmento di lavoro è orientato verso l'analisi del testo di Paolo D.20.2.8., il quale comprova che gli elementi della anticresi tacita (*antichresis tacita*) sono correlati alla concezione dell'anticresi pattuitiva.

Parole chiave: *pactum antichreticum, anticresi, antichresis tacita, diritto romano, contratti innominati, garanzia.*

PRESTANAK TRAJNIH OBVEZNIH ODNOSA

Dr. sc. Ivan Tot*

UDK 347.441.23.01

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.2>

Ur.: 28. ožujka 2018.

Pr.: 17. lipnja 2018.

Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Rad se bavi općim uređenjem prestanka trajnih obveznih odnosa koje je u hrvatskom pravu sadržano u odredbama čl. 211. i 212. Zakona o obveznim odnosima. Prema tom općem uređenju, protek vremena je redovni način prestanka trajnih obveznih odnosa zasnovanih na određeno vrijeme, dok je otkaz redovni način prestanka trajnih obveznih odnosa zasnovanih na neodređeno vrijeme. Oba redovna načina prestanka trajnih obveznih odnosa imaju učinke samo pro futuro i za razliku od jednostranog raskida ne dovode do nastanka obveze vraćanja primljenog u ime ispunjenja prije prestanka obveznog odnosa. U švicarskom, austrijskom i njemačkom pravu prevladava gledište prema kojemu svaki trajni obvezni odnos na izvanredan način može prestati izvanrednim otkazom iz važnog razloga. Nasuprot tomu, u hrvatskom pravu prevladava gledište prema kojemu trajni obvezni odnosi na izvanredan način prestaju jednostranim raskidom, pri čemu se učinci raskida trajnog obveznog odnosa teleološki svode samo na učinke ex nunc. Cilj je rada preispitati to prevladavajuće gledište hrvatskoga prava. U radu se argumentira gledište prema kojemu i u hrvatskom pravu svaki trajni obvezni odnos na izvanredan način prestaje izvanrednim otkazom iz važnog razloga, a ne jednostranim raskidom.

Ključne riječi: trajni obvezni odnos, protek vremena, otkaz, izvanredni otkaz, raskid ugovora.

1. UVOD

Opće uređenje prestanka trajnih obveznih odnosa sadržano je u hrvatskom pravu u odredbama čl. 211. i 212. Zakona o obveznim odnosima.¹ Prema tim odredbama, opći načini prestanka trajnih obveznih odnosa su protek vremena i otkaz. Te su odredbe suštinski istovjetne odredbama čl. 357. i 358. Zakona o obveznim odnosima iz 1978.,²

* Dr. sc. Ivan Tot, poslijedoktorand Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Katedra za pravo; itot@net.efzg.hr.

1 Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15. i 29/18. (dalje: ZOO).

2 Zakon o obveznim odnosima, Sl. l. SFRJ br. 29/78., 39/85. i 57/89., NN br. 53/91., 73/91.,

odnosno odredbama čl. 312. – 314., tzv. Konstantinovićeve skice čija su rješenja preuzeta u ZOO/78.³ U razdoblju prije ZOO/78, u hrvatskom pravu nije bilo sadržano opće uređenje prestanka trajnih obveznih odnosa.⁴ Usporedba s tadašnjim rješenjima austrijskog, francuskog, njemačkog, švicarskog i talijanskog prava pokazuje da opće uređenje prestanka trajnih obveznih odnosa nije postojalo ni u jednom od izvora koji su poslužili kao uzor za Konstantinovićevu skicu.⁵ Ni današnje inačice tih izvora ne poznaju opće uređenje prestanka trajnih obveznih odnosa kakvo je sadržano u ZOO-u.

Prema odredbama čl. 211. i 212. st. 1. ZOO-a, trajni obvezni odnos s određenim rokom trajanja prestaje kad rok istekne, a trajni obvezni odnos čije trajanje nije određeno svaka strana može okončati otkazom. Iz njih proizlazi da je protek vremena redovan način prestanka trajnog obveznog odnosa čije je trajanje vremenski određeno, dok je otkaz redovan način prestanka trajnog obveznog odnosa zasnovanog na neodređeno vrijeme. Prema odredbi čl. 212. st. 6. ZOO-a, vjerovnik ima pravo zahtijevati od dužnika ono što je dospjelo prije nego što je obveza prestala protekom roka ili otkazom.⁶ Iz te odredbe proizlazi da protek vremena i otkaz djeluju samo *pro futuro* i za posljedicu nemaju nastanak obveze vraćanja onoga što je ispunjeno prije prestanka trajnog obveznog odnosa,⁷ a načelno ne dovode ni do nastanka obveze

111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01. (dalje: ZOO/78).

- 3 Konstantinović, M., *Obligacije i ugovori – Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1969. (dalje: Konstantinovićeva skica).
- 4 Ono nije bilo sadržano ni u Općim uzancama za promet robom iz 1954. godine, ali je i u njima za prestanak ugovornog odnosa čije trajanje nije određeno bio uporabljen izraz „otkaz“. Vidi, npr. uzance br. 36. st. 2.
- 5 Čini se da je Konstantinovićeva skica pri izlaganju načina prestanka obveza preuzela naslov odredaba § 1449. ABGB-a („Protek vremena.“; njem. *Verlauf der Zeit.*) te mu dodala riječ „Otkaz“. Odredbe čl. 313. i 314. Konstantinovićeve skice koje uređuju otkaz vjerojatno su stvorene po uzoru na odredbe čl. 304. OR-a kojima je uređen otkaz ugovora o zakupu sklopljenog na neodređeno vrijeme. U današnjim inačicama tih propisa, vidi: § 1449. austrijskog Općeg građanskog zakonika (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*), JGS br. 946/1811., s posljednjom izmjenom od 7. prosinca 2017., BGBl I br. 161/17. (dalje: ABGB); čl. 304. švicarskog Zakona o obveznom pravu (*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).
- 6 Ta je odredba sadržajno istovjetna odredbama čl. 358. st. 6. ZOO/78 i čl. 314. Konstantinovićeve skice.
- 7 To nije prijeporno pa u tom smislu o učincima otkaza prema odredbama ZOO-a i ZOO/78 vidi: Cigoj, S., *Komentar obligacijskih razmerij - I. knjiga*, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984. (dalje: Cigoj, S., KZOO I), str. 121.; Cigoj, S., *Komentar obligacijskih razmerij - II. knjiga*, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984. (dalje: Cigoj, S., KZOO II), str. 1137.; Gorenc, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRIF Plus, Zagreb, 1998. (dalje: Gorenc, V., KZOO/98), str. 483.; Gorenc, V. u: Gorenc, V. (red.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRIF Plus, Zagreb, 2005. (dalje: Gorenc/KZOO/05), str. 293.; Gorenc, V. u: Gorenc, V. (red.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2014. (dalje: Gorenc/KZOO/14), str. 319.; Gorenc, V. u: Slakoper, Z., Gorenc, V. i Bukovac Puvača, M., *Obvezno pravo – Opći dio – Sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, Novi informator, Zagreb, 2009. (dalje: *Obvezno pravo I*), str. 570.; Klarić, P. i Vedriš, M., *Gradansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2009., str. 488.; Slakoper, Z., *Raskid ugovora zbog*

popravljanja štete pretrpljene zbog prestanka tog odnosa.

Za razliku od tih redovnih načina prestanka trajnih obveznih odnosa, raskid ugovora zbog neispunjenja u smislu odredaba čl. 360.-368. ZOO-a izvanredni je način prestanka ugovornih obveza koji za posljedice ima da su obje ugovorne strane obvezne vratiti ono što je prije raskida primljeno na ime ispunjenja te naknaditi koristi koje su imale od onoga što je prije raskida ispunjeno, dok za ugovornu stranu čije je zakašnjenje bilo povod za raskid nastaje i obveza popravljanja štete koju je pretrpjela druga ugovorna strana. Prema stajalištima sudske prakse, odredbe čl. 368. ZOO-a o učincima raskida ugovora su dispozitivnog karaktera.⁸ Zbog toga što se raskidom glavne ugovorne obveze gase, a ugovorne strane imaju obvezu vraćanja, u pravnoj književnosti prevladava gledište da raskid dovodi do prestanka ugovornog odnosa, da on djeluje retroaktivno, odnosno da proizvodi učinke *ex tunc*.⁹ Zastupljeno je i suprotno gledište, prema kojemu raskidom ugovorni odnos ne prestaje u potpunosti, već se preobražava u likvidacijski odnos u kojemu se glavne ugovorne obveze gase s učinkom *ex nunc*, dok je zahtjev za vraćanje ugovorni zahtjev koji se temelji na povredi glavnih obveza i obveza obazrivosti koje proizlaze iz odnosa povjerenja.¹⁰ Taj prijepor i analiza posljedica prihvaćanja jednog od tih oprečnih gledišta nije predmet

-
- zakašnjenja i neispunjenja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, 3/2003, str. 549.; Stanković, V. u: Perović, S. i Stojanović, D. (red.), Komentar Zakona o obligacionim odnosima – Knjiga prva, Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet Kragujevac, Novi Sad, 1980. (dalje: Perović-Stojanović/KZOO I), str. 901.; Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima – Knjiga II – Član 158 - 453, Riječka tiskara, Zagreb, 1978. (dalje: Vizner, B., KZOO II), str. 1278. O djelovanju otkaza samo *pro futuro*, u sudskoj praksi vidi, npr.: Županijski sud u Varaždinu, Gž.428/07-2 od 8. svibnja 2007., dostupno na: Vrhovni sud Republike Hrvatske, Sudska praksa – Portal sudske prakse, <<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>> (dalje: SuPra), 15. siječnja 2018.
- 8 O dispozitivnom karakteru odredaba čl. 368. st. 1., 2., 4. i 5. ZOO-a vidi odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje: VSRH): VSRH, II Rev 44/1996 od 11. srpnja 1996., objavljena u: Slakoper, Z. (ur.), Sudska praksa 1980. – 2005. i bibliografija radova uz Zakon o obveznim odnosima, RRIF Plus, Zagreb, 2005., str. 275.; te: VSRH, Revt 141/06-2 od 3. listopada 2007.; VSRH, Rev 716/07-2 od 27. veljače 2008.; VSRH, Revt 304/11-2 od 4. travnja 2012.; VSRH, Rev-x 528/10-2 od 22. rujna 2010., sve dostupne na: SuPra, 15. siječnja 2018. Stajališta sudske prakse prihvaćena su i u pravnoj književnosti pa tako za dispozitivnu prirodu odredbe čl. 368. st. 2. ZOO-a vidi: Crnić, I., Zakon o obveznim odnosima, Organizator, Zagreb, 2016. (dalje: Crnić, I., KZOO), str. 847.; Slakoper, Z. u: Gorenc/KZOO/14, str. 601.
- 9 Za odredbe ZOO-a i ZOO/78 tako: Cigoj, S., KZOO I, str. 428.; Đorđević, Ž. S. i Stanković, V. S., Obligaciono pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1986., str. 185.-186.; Milošević, Lj. u: Blagojević, B. T. i Krulj, V. (red.), Komentar Zakona o obligacionim odnosima – I. knjiga, Savremena administracija, Beograd, 1983. (dalje: Blagojević-Krulj/KZOO I), str. 397.; Perović, S. u: Perović-Stojanović/KZOO I, str. 424.; Slakoper, Z., op. cit. u bilj. 7, str. 548.-549.; Slakoper, Z. u: Gorenc/KZOO/05, str. 553.; Slakoper, Z. u: Gorenc/KZOO/14, str. 603.; Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima – Knjiga I – Član 1 - 157, Riječka tiskara, Zagreb, 1978. (dalje: Vizner, B., KZOO I), str. 149.; Vizner, B. u: Vizner, B., Kapor, V. i Carić, S., Ugovori građanskog i privrednog prava, Riječka tiskara, Rijeka, 1971., str. 89.
- 10 Tako: Miladin, P., Odnos kondikcijskog i drugih srodnih imovinsko-pravnih zahtjeva, u: Uzelac, A., Garašić, J. i Maganić, A. (ur.), Djelotovorna pravna zaštita u pravičnom postupku – Liber amicorum Mihajlo Dika, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013., str. 1094.

ovog rada, no valja ukazati da bi prihvaćanje gledišta o preobrazbi ugovornog odnosa u likvidacijski odnos bilo u skladu s prevladavajućim stajalištima švicarskog i njemačkog prava o učincima raskida koja su utemeljena na teoriji preobrazbe, dok bi prihvaćanje gledišta o *ex tunc* učincima raskida bilo u skladu s prevladavajućim stajalištem austrijskog prava o prestanku ugovornog odnosa zbog otpadanja osnove.¹¹

S obzirom na prevladavajuća gledišta o *ex tunc* učincima raskida i *ex nunc* učincima redovnog otkaza, kao i na opće uređenje prestanka trajnih obveznih odnosa i opće uređenje raskida ugovora sadržano u ZOO-u, za hrvatsko pravo bilo bi dosljedno prihvatiti gledište da trajni obvezni odnosi mogu, ako su ugovorne strane započele s ispunjavanjem trajnih obveza, zbog izvanrednih okolnosti prestati samo izvanrednim otkazom s djelovanjem *pro futuro*. Međutim, prema prevladavajućem gledištu pravne književnosti, zbog izvanrednih okolnosti koje su zakonom predviđene kao razlozi za jednostrani raskid, takvi trajni obvezni odnosi, jednako kao i obvezni odnosi koji su upravljani na jednokratnu razmjenu činidbi, mogu prestati jednostranim raskidom. Prema tom gledištu, za razliku od obveznih odnosa upravljenih na jednokratnu razmjenu činidbi, trajni obvezni odnosi prestajali bi jednostranim raskidom koji bi djelovao samo *pro futuro* i čiji učinak ne bi bila obveza vraćanja onog što je primljeno prije takvog raskida.¹²

Prihvatljivost tog prevladavajućeg gledišta je upitna jer ZOO sadrži opće uređenje prestanka trajnih obveznih odnosa, a ne sadrži izričite odredbe koje bi općenito uređivale raskid čiji učinak ne bi bila obveza restitucije, odnosno koje bi općenito za trajne obvezne odnose uređivale učinke raskida različito od općeg uređenja učinaka raskida iz čl. 368. ZOO-a. Prevladavajuće gledište ne može se poduprijeti ni oslanjanjem na odredbe drugog odjeljka posebnog dijela ZOO-a jer one ne rabe dosljedno pojmove „otkaz“ i „raskid“, a terminološka nedosljednost u uporabi tih pojmova zamjećuje se i u drugim propisima.¹³

U švicarskom, austrijskom i njemačkom pravu nije sadržano opće uređenje prestanka trajnih obveznih odnosa kakvo je sadržano u ZOO-u, već se opća pravila o prestanku trajnih obveznih odnosa izvode iz posebnih odredaba kojima su zakonom uređeni pojedini trajni obvezni odnosi. Unatoč tomu, u tim pravnim poređcima jasno se razgraničuje otkaz (njem. *Kündigung*) koji djeluje samo *pro futuro*, odnosno *ex nunc*, a za posljedicu nema obvezu restitucije, od raskida (njem. *Rücktritt*) čiji je

11 Vidi *infra* u bilj. 18 i 19 te tekstu rada u vezi s tim bilješkama.

12 Općenito za prestanak trajnih obveznih odnosa, tako: Cigoj, S., KZOO I, str. 428.; Đorđević, Ž. S. i Stanković, V. S., loc. cit. u bilj. 9; Klarić, P. i Vedriš, M., loc. cit. u bilj. 7; Milošević, Lj. u: Blagojević-Krulj/KZOO I, str. 397.; Perović, S. u: Perović-Stojanović/KZOO I, str. 421.; Vizner, B., KZOO I, str. 149.; Vizner, B. u: Vizner, B. et al., loc. cit. u bilj. 9. To gledište zastupljeno je u pravnoj književnosti i u vezi s raskidom pojedinih zakonom uređenih tipova ugovora pa tako, npr., za raskid ugovora o: zakupu (Česić, Z. u: Gorenc/KZOO/05, str. 831.; Slakoper, Z. u: Gorenc/KZOO/14, str. 891. – 892.); najmu (Česić, Z. u: Gorenc/KZOO/05, str. 865.); kreditu (Slakoper, Z. u: Gorenc, V., Kačer, H., Momčinović, H., Slakoper, Z., Vukmir, B. i Belanić, L., Obvezno pravo – Posebni dio I. – Pojedini ugovori, Novi informator, Zagreb, 2012. (dalje: Obvezno pravo II), str. 232.); osiguranju (Belanić, L. u: Gorenc/KZOO/14, str. 1537.).

13 Za te odredbe ZOO-a i drugih propisa vidi *infra* u bilj. 48-49 i 97-99.

učinak obveza vraćanja onog što je primljeno prije raskida na ime ispunjenja.¹⁴ Trajni obvezni odnosi (njem. *Dauerschuldverhältnisse*) koji su zasnovani na određeno

14 Za švicarsko pravo: Binder, A., Geiser, T. i Roberto, V., Einführung ins Privatrecht, Universität St. Gallen, St. Gallen, 2008., str. 152.; Bucher, E., Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988. (dalje: Bucher, E., OR-AT), str. 392.; Gauch, P., System der Beendigung von Dauerverträgen, Universitätsverlag Freiburg, Freiburg, 1968., str. 29.; Gauch, P., Schluop, W. R., Schmid, J. i Rey, H., Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – Band I, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998. (dalje: Gauch, P. et al., OR-AT I), str. 17. i 190.-191.; Gauch, P., Schluop, W. R., Schmid, J. i Rey, H., Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – Band II, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998. (dalje: Gauch, P. et al., OR-AT II), str. 199. i 205.; Schwenger, I., Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Stämpfli Verlag, Bern, 2003., str. 12., 405.-407. i 448.; Wiegand, W. u: Honsell, H., Vogt, N. P. i Wiegand, W. (ur.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR, Helbing & Lichtenhahn, Basel – Genf – München, 2003. (dalje: Basler Komm I), str. 605. - 606.; Wolfer, M., Die vertragliche Regelung der Vertragsauflösung „aus wichtigem Grund“, Aktuelle Juristische Praxis, vol. 23, 5/2014, str. 623.

Za austrijsko pravo: Apathy, P. u: Koziol, H., Bydlinski, P. i Bollenberger, R. (ur.), Kurzkommentar zum ABGB, Springer, Wien – New York, 2010. (dalje: KBB Komm), str. 934.-935.; Barta, H. (ur.), Zivilrecht – Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, Facultas Verlags- und Buchhandels, Wien, 2004., str. 391.; Bydlinski, P., Bürgerliches Recht – Band I – Allgemeiner Teil, Springer, Wien – New York, 2007., str. 224.-225.; Dullinger, S., Bürgerliches Recht – Band II – Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Springer, Wien – New York, 2010., str. 41. i 90.; Kolmasch, W. u: Schwimann, M. (ur.), ABGB Taschenkommentar, LexisNexis Verlag, Wien, 2010. (dalje: Schwimann Komm), str. 601.; Riedler, A. u: Apathy, P. i Riedler, A., Bürgerliches Recht – Band III – Schuldrecht – Besonderer Teil, Springer, Wien – New York, 2010., str. 80.; Weber, A., Der “wichtige Grund” für Gesellschafterausschluss und Geschäftsführerabberufung, Verlag Österreich, Wien, 2016., str. 14.; Wiebe, A. u: Kletečka, A. i Schauer, M. (ur.), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2010. (dalje: ABGB-ON), str. 1548.

Za njemačko pravo: Flume, W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg, 1992., str. 687.; Gaier, R. u: Krüger, W. (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2 – Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck, München, 2016. (dalje: Münch Komm), § 314, odl. 23.; Gierke, O. von, Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, vol. 64, 1914., str. 387.; Heinrichs, H. u: Palandt, O. (red.), Palandt - Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C. H. Beck, München, 2003. (dalje: Palandt Komm), str. 515.; Krebs, P. i Jung, S. u: Dauner-Lieb, B. i Langen, W. (ur.), BGB – Schuldrecht – Band 2, Nomos, Baden-Baden, 2016. (dalje: Nomos Komm), § 314, odl. 55.; Lorenz, S. u: Bamberger, H. G., Roth, H., Hau, W. i Poseck, R. (ur.), BeckOK BGB, Verlag C. H. Beck, München, 2017. (dalje: BeckOK Komm), § 314, odl. 23.; Markesinis, B., Unberath, H. i Johnston, A., The German Law of Contract – A Comparative Treatise, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2006., str. 436. – 437.; Oetker, H., Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Mohr Siebeck, Tübingen, 1994., str. 349.; Oetker, H. i Maultzsch, F., Vertragliche Schuldverhältnisse, Springer, Berlin – Heidelberg – New York, 2013., str. 275. – 276.; Schulze, R. u: Schulze, R. (ur.), Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, Nomos, Baden-Baden, 2017. (dalje: Schulze BGB), § 314, odl. 2.; Stadler, A. u: Stürner, R. (red.), Jauernig - Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, C. H. Beck, München, 2015. (dalje: Jauernig Komm), § 314, odl. 8.; Werner Lange, K., Schuldrecht AT, C. H. Beck, Bayreuth, 2012., str. 81.; Zerres, T., Bürgerliches Recht, Springer, Berlin – Heidelberg, 2010., str. 97. i 121.

vrijeme prestaju protekom vremena (njem. *Verlauf der Zeit; Zeitablauf*).¹⁵ Trajni obvezni odnosi koji nisu zasnovani na određeno vrijeme na redoviti način prestaju redovnim otkazom (njem. *ordentliche Kündigung*).¹⁶ Svaki trajni obvezni odnos se zbog izvanrednih okolnosti može u svako doba otkazati izvanrednim otkazom iz važnog razloga (njem. *außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund*).¹⁷

U švicarskom i njemačkom pravu, prema prevladavajućoj teoriji preobrazbe (njem. *Umwandlungstheorie*), ugovorni odnos raskidom ne prestaje u potpunosti, već se preobražava u likvidacijski odnos (njem. *Rückabwicklungsverhältniss; Rückgewährschuldverhältniss; Liquidationsverhältniss*) u kojemu ugovorne strane terete likvidacijske obveze vraćanja onog što je primljeno prije raskida na ime ispunjenja (njem. *Rückabwicklungspflichten*), pri čemu je i zahtjev za vraćanjem ugovorni zahtjev.¹⁸ Prema austrijskom pravu, raskid dovodi do prestanka ugovornog odnosa otpadanjem osnove (njem. *Wegfall des Vertrages*), a obveznopравни zahtjev za vraćanjem je kondikcijski zahtjev.¹⁹ Unatoč različitom pogledu na učinke raskida, švicarskom, austrijskom i njemačkom pravu zajedničko je stajalište prema kojemu se u slučaju nastupanja okolnosti zbog kojih je ugovorna strana zakonom ovlaštena na jednostrani raskid, ako je riječ o trajnom obveznom odnosu u kojemu su takve okolnosti nastupile nakon što su sudionici započeli s ispunjavanjem trajnih obveza, ovlaštenje na jednostrani raskid preobražava u ovlaštenje na izvanredni otkaz trajnog obveznog odnosa s učincima samo *pro futuro*.²⁰ Dok se o postojanju prava

15 Za švicarsko pravo: Bucher, E. u: Basler Komm I, str. 26.; Schwenger, I., op. cit. u bilj. 14, str. 448. Za austrijsko pravo: Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 107.; Griss, I. u: KBB Komm, str. 1746.; Kolmasch, W. u: Schwimann Komm, str. 520. Za njemačko pravo: Gierke, O. von, op. cit. u bilj. 14, str. 359. i 378.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 515.; Werner Lange, K., op. cit. u bilj. 14, str. 82.

16 Za švicarsko pravo: Bucher, E., OR-AT, str. 102.; Bucher, E. u: Basler Komm I, str. 26.; Gauch, P., op. cit. u bilj. 14, str. 36.; Schwenger, I., op. cit. u bilj. 14, str. 12. Za austrijsko pravo: Bollenberger, R. u: KBB Komm, str. 785.-786.; Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 14, str. 225.; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 107.; Weber, A., op. cit. u bilj. 14, str. 14.-15.; Wiebe, A. u: ABGB-ON, str. 1548. Za njemačko pravo: Gierke, O. von, op. cit. u bilj. 14, str. 380.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 515.; Markesinis, B. et al., op. cit. u bilj. 14, str. 437.; Werner Lange, K., op. cit. u bilj. 14, str. 82.; Zerres, T., op. cit. u bilj. 14, str. 121.

17 Za švicarsko pravo: Bucher, E., OR-AT, str. 102.; Bucher, E. u: Basler Komm I, str. 26.; Schwenger, I., op. cit. u bilj. 14, str. 12. i 154.; Wolfer, M., op. cit. u bilj. 14, str. 621. Za austrijsko pravo: Bollenberger, R. u: KBB Komm, str. 786.; Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 14, str. 225.; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 89. i 107.; Weber, A., op. cit. u bilj. 14, str. 15.; Wiebe, A. u: ABGB-ON, str. 1548. Za njemačko pravo: Gierke, O. von, op. cit. u bilj. 14, str. 384.; Markesinis, B. et al., op. cit. u bilj. 14, str. 437.; Stadler, A. u: Jauernig Komm, § 311, odl. 16.; Werner Lange, K., op. cit. u bilj. 14, str. 82.; Zerres, T., op. cit. u bilj. 14, str. 121.

18 Za švicarsko pravo: Gauch, P. et al., OR-AT II, str. 199.; Schwenger, I., op. cit. u bilj. 14, str. 406. Za njemačko pravo: Markesinis, B. et al., op. cit. u bilj. 14, str. 432.-433.; Werner Lange, K., op. cit. u bilj. 14, str. 82.-83.; Zerres, T., op. cit. u bilj. 14, str. 121.

19 Tako: Bydlinski, P. u: KBB Komm, str. 934.; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 41.; Gruber, M. u: ABGB-ON, str. 2039.; Kolmasch, W. u: Schwimann Komm, str. 600. i 606.

20 Za švicarsko pravo: Gauch, P. et al., OR-AT I, str. 17.; Schwenger, I., op. cit. u bilj. 14, str. 12. i 407. Za austrijsko pravo: Barta, H., op. cit. u bilj. 14, str. 395.; Kolmasch, W. u: Schwimann Komm, str. 601. Za njemačko pravo: Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 515.; Werner Lange, K., op. cit. u bilj. 14, str. 82.

na izvanredni otkaz u švicarskom i austrijskom pravu zaključuje, kao i u ranijem njemačkom pravu, izvođenjem općeg načela iz odredaba kojima su uređeni pojedini trajni obvezni odnosi,²¹ nakon reforme obveznog prava iz 2001. godine u njemačkom pravu to proizlazi i iz izričitih općih odredaba § 314. Građanskog zakonika.²²

Predmetom ovog rada su redovni i izvanredni načini prestanka trajnih obveznih odnosa. Cilj je rada preispitati prevladavajuće gledište hrvatskoga prava o mogućnosti prestanka trajnoga obveznog odnosa jednostranim raskidom koji bi proizvodio učinke *pro futuro*. Temeljna hipoteza jest da i u hrvatskom pravu *de lege lata* trajni obvezni odnos u kojemu se započelo s ispunjavanjem trajne obveze zbog izvanrednih okolnosti može prestati samo izvanrednim otkazom iz važnog razloga, a ne jednostranim raskidom. U primjeni poredbenopravne metode ispituju se stajališta švicarskog, austrijskog i njemačkog prava te njihova primjenjivost u kontekstu hrvatskoga prava.

Rad je strukturiran u pet poglavlja. Nakon uvodnog poglavlja, u drugom poglavlju raspravlja se o proteku vremena kao redovnom načinu prestanka trajnih obveznih odnosa zasnovanih na određeno vrijeme. U trećem poglavlju raspravlja se o redovnom otkazu kao redovnom načinu prestanka trajnih obveznih odnosa zasnovanih na neodređeno vrijeme te o izvanrednom otkazu iz važnog razloga kao izvanrednom načinu prestanka svih trajnih obveznih odnosa. U četvrtom poglavlju raspravlja se o iznimnim slučajevima u kojima i trajni obvezni odnosi mogu na izvanredan način prestati jednostranim raskidom. Zaključci se iznose u posljednjem, petom poglavlju rada.

2. PRESTANAK TRAJNOGA OBVEZNOG ODNOSA PROTEKOM VREMENA

Trajni obvezni odnos može biti zasnovan na određeno ili na neodređeno vrijeme. Na određeno vrijeme je zasnovan ako je on zasnovan s „određenim rokom trajanja“ u smislu odredbe čl. 211. ZOO-a, tj. ako je njegov tijek vremenski ograničen završnim, rezolutivnim rokom (*dies ad quem*).²³ „Rok trajanja“ je „određen“ samo ako je njegov tijek vremenski ograničen jednostavnim rokom čiji je završetak izvjestan, što će biti slučaj kad je rok ugovorom ili zakonom određen kalendarski (*dies certus an, dies certus quando*). Postoji li element neizvjesnosti u pogledu toga hoće li ugovoreni „rok

21 Za švicarsko pravo: Bucher, E. u: Basler Komm I, str. 26.; Schwenzler, I., op. cit. u bilj. 14, str. 12.; Wolfer, M., op. cit. u bilj. 14, str. 622. Za austrijsko pravo: Bydlinsky, F., Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wirtschafts Universität Wien, Wien, 2003., str. 65.; Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 14, str. 30.; Bydlinski, P. u: KBB Komm, str. 11.; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 89.; Gschnitzer, F., Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Springer Verlag, Wien, 1966., str. 31.; Nademleinsky, M. u: Schwimann Komm, str. 822.; Weber, A., op. cit. u bilj. 14, str. 11.-12.; Wiebe, A. u: ABGB-ON, str. 1548. Za njemačko pravo: Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 514.; Larenz, K. i Canaris, C.-W., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer-Verlag, Berlin – Heidelberg, 1995., str. 204.-205.; Werner Lange, K., op. cit. u bilj. 14, str. 82.

22 Gradanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002*), BGBl I br. 2/02., s posljednjom izmjenom od 20. srpnja 2017., BGBl I br. 52/17. (dalje: BGB).

23 Tako i: Gorenc, V. u: Gorenc/KZOO/14, str. 318.-319.; Gorenc, V. u: Obvezno pravo I, str. 569.; Vizner, B., KZOO II, str. 1278.

trajanja“ završiti (*dies incertus an*) ili kada će on završiti (*dies incertus quando*), trajni obvezni odnos nije zasnovan na određeno, već na ugovoreno neodređeno vrijeme. Ako „rok trajanja“ nije ugovoren ni zakonom određen, zasnovan je trajni obvezni odnos na neodređeno vrijeme. Na početak i završetak tjeka trajnog obveznog odnosa, zasnovanog na vrijeme određeno u vremenskim jedinicama, primjenjuju se opće odredbe čl. 300. ZOO-a o računanju vremena.

„Određeni rok trajanja“ u smislu odredbe čl. 211. ZOO-a odnosi se na određeno najduže te istodobno i najkraće vrijeme na koje je trajni obvezni odnos zasnovan. Ugovorne strane mogu ugovoriti i samo najkraće vrijeme trajanja obveznog odnosa: ako je odnos zasnovan na neodređeno vrijeme uz ugovoreno najkraće vremensko razdoblje tijekom kojega ugovorne strane nisu ovlaštene na otkaz. Također, ugovorne strane mogu ugovoriti i najkraće vrijeme trajanja koje se ne podudara s određenim najdužim vremenom trajanja obveznog odnosa: ako je odnos zasnovan na određeno vrijeme uz ugovoreno pravo jedne ili obje strane na redovni otkaz i uz ograničenje tog prava vremenskim razdobljem tijekom kojega one na otkaz nisu ovlaštene. Ako su strane ugovorile vrijeme trajanja obveznog odnosa i pravo na izvanredni otkaz iz ugovorenih razloga prije proteka vremena na koje je odnos zasnovan, takav izvanredni otkaz je prijevremeni otkaz, a ugovoreno vrijeme je istodobno i najduže i najkraće vrijeme na koje je odnos zasnovan.

Vrijeme trajanja trajnog obveznog odnosa zasnovanog na određeno vrijeme, osim ugovorom, može biti određeno i zakonom.²⁴ Zakonom može biti određeno i najkraće vrijeme trajanja odnosa, tijekom kojega strane nisu ovlaštene na otkaz, a takva se rješenja i pronalaze u posebnim odredbama koje uređuju prestanak pojedinih trajnih obveznih odnosa.²⁵

Ugovorne strane slobodne su odrediti vrijeme trajanja obveznog odnosa u skladu s općim granicama stranačke autonomije. U prirodi je trajnoga obveznog odnosa da se zasniva za neko izvjesno vrijeme, no ne i za vrijeme koje bi bilo apsolutno neograničeno. Tzv. vječni ugovori (njem. *ewige Verträge*), sklopljeni na neodređeno vrijeme uz isključenje prava na otkaz, ocjenjuju se u poredbenom pravu ništetnima zbog prekomjernog obvezivanja protivnog osobnoj slobodi strana,²⁶ a to je gledište prihvatljivo i za hrvatsko pravo.

Trajni obvezni odnos zasnovan na određeno vrijeme prestaje prema odredbi čl. 211. ZOO-a „kad rok istekne“, odnosno protekom ugovorenog ili zakonom određenog vremena. Istovjetno je posebnim odredbama predviđeno i za pojedine trajne obvezne odnose.²⁷ Protek vremena je redovni način prestanka trajnoga obveznog odnosa

24 Npr., prema odredbi čl. 31. st. 1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu (NN br. 20/18.; dalje: ZPZ), ugovor o zakupu poljoprivrednog zemljišta u državnom vlasništvu sklapa se na vrijeme od 25 godina.

25 Npr., prema dispozitivnoj odredbi čl. 23. st. 2. Zakona o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora (NN br. 125/11. i 64/15.; dalje: ZZKPP), strane ugovora o zakupu poslovnog prostora nisu ovlaštene otkazati ugovor sklopljen na neodređeno vrijeme prije isteka jedne godine od dana sklapanja ugovora.

26 Za švicarsko pravo: Binder, A. et al., op. cit. u bilj. 14, str. 59.-60.; Bucher, E., OR-AT, str. 263.-264.; Gauch, P., op. cit. u bilj. 14, str. 24. i 42.; Schwenger, I., op. cit. u bilj. 14, str. 216.

27 Npr. za prestanak protekom vremena ugovora o: zakupu, u čl. 545. st. 1. ZOO-a; najmu, u čl.

zasnovanog na određeno vrijeme. Trajni obvezni odnos zasnovan na određeno vrijeme na redovni način može prestati i redovnim otkazom kad je ugovoreno pravo na redovni otkaz.²⁸

Protekom određenog vremena na koje je zasnovan, trajni obvezni odnos prestaje s učincima *ex nunc* i trajne obveze se gase. Kako protek vremena kao način prestanka trajnog obveznog odnosa djeluje samo *pro futuro*, u skladu s odredbom čl. 212. st. 6. ZOO-a, vjerovnik ima pravo zahtijevati od dužnika ispunjenje obveza dospjelih prije nego što je trajna obveza prestala. U ugovorima koji za gospodarsku svrhu imaju privremeno prepuštanje predmeta ugovora najmanje radi uporabe, kao što su to, primjerice, ugovori o posudbi, najmu, zakupu i licenci, učinak prestanka trajne obveze koja za predmet ima trajnu činidbu trpljenja uporabe je i dospjeće ugovorne obveze vraćanja predmeta ugovora.

Prema općem pravilu sadržanom u prvom dijelu odredbe čl. 211. ZOO-a, protekom vremena trajni obvezni odnos prestaje pa redovito ne dolazi do njegova automatskog produženja za neko daljnje vrijeme. Iznimno, u skladu s drugim dijelom odredbe čl. 211. ZOO-a, trajni obvezni odnos zasnovan na određeno vrijeme neće prestati protekom vremena ako je ugovoreno ili zakonom određeno da se on po proteku vremena na koje je sklopljen produžuje na neodređeno vrijeme ako ne bude pravodobno otkazan. Automatsko produženje ugovora sklopljenog na određeno vrijeme uz uvjet da ugovor nije pravodobno otkazan može se ugovoriti, a može biti određeno i zakonom. Ako nije pravodobno otkazan, ugovor se u tom slučaju produžuje za neodređeno vrijeme, no može se ugovoriti i da se ugovor u tom slučaju produžuje za neko određeno vrijeme. Također, i zakonom može biti određeno da se ugovor u tom slučaju produžuje za neko određeno vrijeme, a takve su odredbe sadržane i u ZOO-u.²⁹ Ako trenutak do kojega se ugovor u tom slučaju može otkazati s učincima za produženo razdoblje nije određen ugovorom ni zakonom,³⁰ ugovor bi se mogao „pravodobno“ otkazati u smislu odredbe čl. 211. ZOO-a najkasnije do završetka tjeka vremena na koje je on prvotno sklopljen jer on protekom vremena prestaje i ne može nakon toga prestati otkazom.³¹ Ugovaranjem automatskog produženja ugovora sklopljenog na određeno vrijeme uz uvjet da ugovor nije pravodobno otkazan s učincima za produženo vrijeme, postižu se istovjetni učinci kao i sklapanjem ugovora na neodređeno vrijeme uz ugovaranje najkraćega vremenskog razdoblja tijekom kojega ugovorne strane nisu ovlaštene na otkaz. Kako u tom slučaju postoji neizvjesnost glede završetka tjeka

574. st. 1. ZOO-a; ortaštvu, u čl. 655. st. 2. ZOO-a; licenci, u čl. 721. ZOO-a; trgovinskom zastupanju, u čl. 827. ZOO-a.

28 Vidi *infra* u poglavlju 3.1.

29 Takva je, npr., odredba čl. 575. st. 1. ZOO-a prema kojoj se ugovor o najmu nekretnine sklopljen na određeno vrijeme smatra obnovljenim na isto vrijeme trajanja ako „ni jedna ugovorna strana, najmanje trideset dana prije isteka ugovorenog vremena, ne obavijesti u pisanom obliku drugu stranu da ne namjerava sklopiti ugovor na određeno vrijeme za daljnje razdoblje“, tj. ako ugovor nije pravodobno otkazan do zakonom određenog trenutka s učincima za vrijeme nakon protoka vremena za koje je prvotno sklopljen.

30 Tako je, npr. odredbom čl. 575. st. 1. ZOO-a zakonom određen i trenutak do kojega se takav otkaz može dati.

31 Tako i u odluci: VSRH, Gzz 79/05-2 od 12. siječnja 2006., dostupno na: SuPra, 15. siječnja 2018.

trajnoga obveznog odnosa zasnovanog na određeno vrijeme jer on ne ovisi isključivo o proteku vremena, već je vezan za ispunjenje raskidnog uvjeta, zapravo je riječ o zasnovanju trajnoga obveznog odnosa na ugovoreno neodređeno vrijeme.

Od slučajeva automatskog produženja trajnog obveznog odnosa potrebno je razlikovati slučajeve u kojima trajni obvezni odnos zasnovan na određeno vrijeme prestaje protekom vremena, ali se nakon njegova prestanka, zbog konkludentnih radnji ugovornih strana, po zakonu smatra da je zasnovan novi trajni obvezni odnos na neodređeno vrijeme pod istim uvjetima kao i prethodni.³²

3. PRESTANAK TRAJNOGA OBVEZNOG ODNOSA OTKAZOM

Prema odredbi čl. 212. st. 1. ZOO-a, ako trajanje obveznog odnosa nije određeno, svaka ga strana može okončati otkazom. Iz toga proizlazi da bi otkaz bio redovni način prestanka trajnoga obveznog odnosa samo za trajne obvezne odnose zasnovane na neodređeno vrijeme. Međutim, ostvarujući svoju slobodu ugovaranja, ugovorne strane mogu i u trajnom obveznom odnosu zasnovanom na određeno vrijeme ugovoriti pravo na redovni otkaz za jednu ili za obje strane. Stoga trajni obvezni odnos zasnovan na određeno vrijeme na redovni način može osim protekom vremena prestati i redovnim otkazom kad je ugovoreno pravo na redovni otkaz. Trajni obvezni odnos zasnovan na određeno vrijeme prestaje u svakom slučaju protekom vremena, ako prije toga ne prestane u povodu ugovorenoga redovnog otkaza.

Izvanredni način prestanka trajnih obveznih odnosa, neovisno o tomu jesu li oni zasnovani na određeno ili na neodređeno vrijeme, jest izvanredni otkaz. Trajni obvezni odnos može na izvanredni način prestati izvanrednim otkazom iz ugovorenog važnog razloga, kao i izvanrednim otkazom iz važnog razloga i kad pravo na izvanredni otkaz nije ugovoreno.

Redovni i izvanredni otkaz imaju pojedina zajednička obilježja, pa se stoga u nastavku najprije raspravlja općenito o otkazu. Nakon toga se raspravlja o redovnom otkazu koji je kao redovni način prestanka trajnih obveznih odnosa zasnovanih na neodređeno vrijeme uređen općim odredbama čl. 212. ZOO-a, a zatim i o prestanku trajnih obveznih odnosa izvanrednim otkazom iz važnog razloga, pri čemu se argumentira stajalište da i u hrvatskom pravu svaki trajni obvezni odnos može prestati izvanrednim otkazom iz važnoga razloga.

3.1. Općenito o otkazu

Opći pravni pojam otkaza nije određen odredbama ZOO-a. Otkaz se uobičajeno definira kao jednostrano očitovanje volje kojim se okončava trajni obvezni odnos zasnovan na neodređeno vrijeme,³³ a redovito se ističe kako proizvodi učinke samo

32 Takvi su, npr. slučajevi, tzv. prešutnog obnavljanja ugovora o: zakupu, u čl. 546. st. 1. ZOO-a; licenciji, u čl. 722. st. 1. ZOO-a; trgovinskom zastupanju, u čl. 827. st. 3. ZOO-a.

33 Tako, glede odredaba ZOO-a i ZOO/78, npr.: Cigoj, S., KZOO II, str. 1137.; Crnić, I., KZOO, str. 421.; Gorenc, V., KZOO/98, str. 483.; Gorenc, V. u: Gorenc/KZOO/14, str. 319.; Gorenc, V. u: Obvezno pravo I, str. 570.; Klarić, P. i Vedriš, M., loc. cit. u bilj. 7. U sudskoj praksi tako:

pro futuro.³⁴ Kako i trajni obvezni odnos zasnovan na određeno vrijeme može prestati otkazom, prikladnije je otkaz odrediti kao jednostrano očitovanje volje usmjereno na prestanak trajnoga obveznog odnosa s djelovanjem *pro futuro*.

Otkaz je pravni posao,³⁵ i to jednostrani pravni posao jer nastaje očitovanjem volje jedne strane.³⁶ Otkaz je načelno neformalan i može se valjano poduzeti u bilo kojem obliku,³⁷ ako zakonom ili ugovorom nije predviđen poseban oblik otkaza.³⁸ U hrvatskom pravu je teorija primitka dosljedno usvojena i u pogledu otkaza, pa je i za otkaz potrebno da bude priopćen drugoj strani da bi proizvodio pravne učinke,³⁹ što proizlazi i iz odredbe čl. 212. st. 2. ZOO-a.⁴⁰ Istovjetno je i u švicarskom, austrijskom te njemačkom pravu gdje se za otkaz redovito ističe da je riječ o očitovanju volje koje zahtijeva primitak (njem. *empfangsbedürftige Willenserklärung*).⁴¹ Odredbe čl. 257. st. 2. i čl. 262. st. 3. ZOO-a o povlačenju ponude i prihvata ponude potrebno je analogijom primijeniti i na povlačenje otkaza pa držati da se otkaz može povući samo ako strana kojoj je upućen primi izjavu o povlačenju otkaza prije otkaza ili istodobno

VSRH, II Rev 77/01-2 od 24. lipnja 2004., dostupno na: SuPra, 15. siječnja 2018.

34 Vidi supra u bilj. 7.

35 Suprotno: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-2244/13 od 11. siječnja 2017., objavljena u: Informator, 6505/2018. Za kritiku te odluke vidi: Slakoper, Z., Što je pravni posao?, Informator, vol. 65, 6509/2018, str. 6.-7.

36 Tako, za švicarsko pravo: Binder, A. et al., op. cit. u bilj. 14, str. 25.; Bucher, E., OR-AT, str. 391.; Gauch, P., op. cit. u bilj. 14, str. 36.; Gauch, P. et al., OR-AT II, str. 289. Za austrijsko pravo: Barta, H., op. cit. u bilj. 14, str. 390.; Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 14, str. 100.-101.; Gschnitzer, F., Schuldrecht - Besonderer Teil und Schadenersatz, Springer Verlag, Wien, 1963., str. 51. Za njemačko pravo: Flume, W., op. cit. u bilj. 14, str. 195.; Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 18.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 49.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 20.; Zeres, T., op. cit. u bilj. 14, str. 36.

37 U istom smislu i: Kačer, H. u: Kačer, H., Radolović, A. i Slakoper, Z., Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Poslovni zbornik, Zagreb, 2006. (dalje: KRS/KZOO), str. 233.; Radišić, J., Obligaciono pravo – Opšti deo, Savremena administracija, Beograd, 1990., str. 380.; Stanković, V. u: Perović-Stojanović/KZOO I, str. 900. Tako, za švicarsko pravo: Binder, A. et al., op. cit. u bilj. 14, str. 133. Za austrijsko pravo: Barta, H., op. cit. u bilj. 14, str. 394. Za njemačko pravo: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 18.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 49.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 20.

38 Npr., pisani oblik zahtijeva se za otkaz ugovora o: najmu nekretnine, u čl. 576. st. 3. ZOO-a; zakupu broda, u čl. 668. st. 2. Pomorskog zakonika (NN br. 181/04., 76/07., 146/08., 61/11., 56/13. i 26/15.; dalje: PZ); najmu stana, u čl. 22. st. 1. Zakona o najmu stanova (NN br. 91/96., 48/98., 66/98. i 22/06.; dalje: ZNS); zakupu zrakoplova, u čl. 102. st. 3. čl. 102. st. 3. Zakona o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu (NN br. 132/98., 63/08., 134/09. i 94/13.; dalje: ZOSOZP); zakupu poslovnog prostora, u čl. 25. st. 1. ZZKPP-a.

39 Tako i: Markovinović, H., Ugovor o cesiji, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005., str. 198. Usp. i: Možina, D., Razdor, odpoved in odstop od pogodbe, Pravni letopis, vol. 4, 2011., str. 72.; Stanković, V. u: Perović-Stojanović/KZOO I, str. 900.

40 Prema odredbi čl. 212. st. 2. ZOO-a, otkaz mora biti dostavljen drugoj strani.

41 Tako, za švicarsko pravo: Bucher, E., OR-AT, str. 390.-391.; Gauch, P., op. cit. u bilj. 14, str. 36.; Gauch, P. et al., OR-AT I, str. 36.; Gauch, P. et al., OR-AT II, str. 289.; Weber, R. u: Basler Komm I, str. 1395. Za austrijsko pravo: Barta, H., op. cit. u bilj. 14, str. 390.; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 107.; Gschnitzer, F., loc. cit. u bilj. 36. Za njemačko pravo: Flume, W., op. cit. u bilj. 14, str. 195.; Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 18.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 49.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 20.

s njim.⁴²

Po svojoj pravnoj prirodi, otkaz je preobražajno očitovanje volje (njem. *Gestaltungserklärung*), a pravo na otkaz je preobražajno pravo koje ovlašćuje na prestanak trajnoga obveznog odnosa jednostranim očitovanjem volje.⁴³ Otkaz proizvodi pravne učinke tek po isteku otkaznog roka koji počinje teći nakon primitka otkaza, osim ako je ugovoreno ili zakonom određeno da on proizvodi pravne učinke od trenutka kad je primljen.⁴⁴

Primitkom otkaza, odnosno protekom otkaznog roka, trajni obvezni odnos prestaje s učincima *ex nunc* i trajne obveze se gase.⁴⁵ Istovjetno kao i protek vremena, otkaz kao način prestanka trajnoga obveznog odnosa djeluje samo *pro futuro*, pa vjerovnik u skladu s odredbom čl. 212. st. 6. ZOO-a ima pravo zahtijevati od dužnika ispunjenje obveza dospjelih prije nego što je trajna obveza prestala u povodu otkaza. U pojedinim trajnim obveznim odnosima otkazom se određuje i dan dospjeća pojedinih obveza, kao što je to slučaj s obvezom vraćanja predmeta ugovora u ugovorima koji za gospodarsku svrhu imaju privremeno prepuštanje predmeta ugovora najmanje radi uporabe.⁴⁶

3.2. Redovni otkaz

Opće uređenje prestanka trajnih obveznih odnosa redovnim otkazom sadržano je u odredbama čl. 212. ZOO-a. U švicarskom, austrijskom i njemačkom pravu nije sadržano takvo opće uređenje, već se opća pravila o redovnom otkazu kao načinu prestanka trajnih obveznih odnosa zasnovanih na neodređeno vrijeme izvode iz posebnih odredaba za redovni otkaz ugovora o najmu i drugih zakonom uređenih trajnih obveznih odnosa.⁴⁷

42 U istom smislu, za švicarsko pravo: Gauch, P. et al., OR-AT I, str. 87.

43 U istom smislu i: Markovinović, H., op. cit. u bilj. 39, str. 167.; Perović, S. u: Perović, S. i Stojanović, D., Komentar Zakona o obligacionim odnosima – Knjiga druga, Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet Kragujevac, Novi Sad, 1980. (dalje: Perović-Stojanović/KZOO II), str. 287.; Stanković, V. u: Perović-Stojanović/KZOO I, str. 899.-900. Za švicarsko pravo, tako: Bucher, E., OR-AT, str. 391.; Gauch, P. et al., OR-AT I, str. 17. i 29.; Gauch, P. et al., OR-AT II, str. 289.; Schwenger, I., op. cit. u bilj. 14, str. 8., 12. i 448.; Weber, R. u: Basler Komm I, str. 1395. Za austrijsko pravo: Bollenberger, R. u: KBB Komm, str. 785.; Bydliniski, P., op. cit. u bilj. 14, str. 101.; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 6. Za njemačko pravo: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 18.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 49.; Larenz, K. i Canaris, C.-W., op. cit. u bilj. 21, str. 274.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 20.

44 Vidi *infra* u tekstu u vezi s bilj. 61-64.

45 Za hrvatsko pravo vidi *supra* u bilj. 7, a za švicarsko, austrijsko i njemačko pravo vidi *supra* u bilj. 14.

46 Vidi o tome *supra* u prethodnom poglavlju u vezi s učincima protoka vremena kao načina prestanka trajnih obveznih odnosa. Za švicarsko pravo: Binder, A. et al., op. cit. u bilj. 14, str. 86.; Gauch, P. et al., OR-AT II, str. 175.; Schwenger, I., op. cit. u bilj. 14, str. 399. Za njemačko pravo: Gierke, O. von, op. cit. u bilj. 14, str. 385.

47 Primjerice, za švicarsko pravo: Gauch, P., op. cit. u bilj. 14, str. 37.; za austrijsko pravo: Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 107.; za njemačko pravo: Oetker, H. i Maultzsch, F., op. cit. u bilj. 14, str. 391.

Otkaz je prema odredbi čl. 212. st. 1. ZOO-a redovni način prestanka trajnoga obveznog odnosa zasnovanog na neodređeno vrijeme. To je i jedini redovni način prestanka takvoga obveznog odnosa, jer trajne obveze ne mogu prestati ispunjenjem, a obvezni odnos zasnovan na neodređeno vrijeme ne može prestati protekom vremena. Osim prema toj općoj odredbi, otkaz je redovni način prestanka obveznog odnosa zasnovanog na neodređeno vrijeme i prema brojnim posebnim odredbama kojima je uređen prestanak pojedinih trajnih obveznih odnosa.⁴⁸ Rjeđe se pronalaze odredbe u kojima su za redovni način prestanka trajnog obveznog odnosa zasnovanog na neodređeno vrijeme, umjesto izraza „otkaz“, upotrijebljeni izrazi „raskid“ i „odustanak“.⁴⁹ Te je izraze u tim odredbama potrebno, u skladu s općim uređenjem prestanka trajnih obveznih odnosa, razumjeti kao redovni otkaz.

Trajni obvezni odnosi zasnovani na određeno vrijeme mogu prestati redovnim otkazom ako je pravo na redovni otkaz ugovoreno. Posebnim odredbama je za pojedine trajne obvezne odnose zasnovane na određeno vrijeme zakonom i izričito predviđeno da se mogu otkazati redovnim otkazom samo ako je pravo na redovni otkaz ugovoreno.⁵⁰ Opće uređenje redovnog otkaza iz čl. 212. st. 2.-6. ZOO-a treba primijeniti izravno i na prestanak trajnoga obveznog odnosa zasnovanog na određeno vrijeme uz ugovoreno pravo na redovni otkaz.

Pravo na otkaz trajnoga obveznog odnosa zasnovanog na neodređeno vrijeme ne može se ugovorom valjano u potpunosti isključiti jer je otkaz jedini redovni način prestanka takvog odnosa, pa bi isključenje prava i na redovni i na izvanredni otkaz značilo obvezivanje na vječnost kojim bi bila isključena osobna sloboda u smislu čl. 22. st. 1. Ustava Republike Hrvatske.⁵¹ Pravo na redovni otkaz načelno se može ugovorom valjano ograničiti, ako zakonom za pojedini slučaj nije određeno što

48 Tako, npr. za otkaz: ugovora o zakupu čije trajanje nije određeno, u čl. 547. st. 1. ZOO-a; ugovora o najmu čije trajanje nije određeno, u čl. 576. st. 1. ZOO-a; ugovora o ortaštvu sklopljenog na neodređeno vrijeme, u čl. 652. st. 1. ZOO-a; ugovora o licenci čije trajanje nije određeno, u čl. 723. st. 1. ZOO-a; ugovora o trgovinskom zastupanju sklopljenog na neodređeno vrijeme, u čl. 828. st. 1. ZOO-a; ugovora o bankarskom tekućem računu bez utvrđenog roka trajanja, u čl. 1013. ZOO-a. Također, npr. i za otkaz: ugovora o zakupu broda sklopljenog na neodređeno vrijeme, čl. 668. st. 2. PZ-a; ugovora o najmu stana sklopljenog na neodređeno vrijeme, u čl. 21. st. 1. i čl. 23. ZNS-a; ugovora o zakupu zrakoplova sklopljenog na neodređeno vrijeme, u čl. 102. st. 3. ZOSOZP-a; ugovora o radu sklopljenog na neodređeno vrijeme, u čl. 114. Zakona o radu (NN br. 93/14. i 127/17.; dalje: ZR); kolektivnog ugovora sklopljenog na neodređeno vrijeme, u čl. 200. st. 1. ZR-a; društvenog ugovora kojim je osnovano javno trgovačko društvo na neodređeno vrijeme, u čl. 98. st. 1. 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 110/15.; dalje: ZTD); ugovora o tajnom društvu sklopljenog na neodređeno vrijeme, u čl. 155. st. 1. u vezi s čl. 98. st. 1. ZTD-a; ugovora o zakupu poslovnog prostora sklopljenog na neodređeno vrijeme, u čl. 23. st. 1. ZZKPP-a.

49 Npr., odredbe: čl. 946. st. 2. ZOO-a o „raskidu“ ugovora o osiguranju u slučaju da rok trajanja osiguranja nije određen ugovorom; čl. 734. st. 2. ZOO-a o pravu ostavoprimca „odustati“ od ugovora o ostavi u svako doba.

50 Npr., odredbom čl. 118. ZR-a o otkazu ugovora o radu sklopljenog na određeno vrijeme.

51 Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90., 135/97., 8/98. – pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01. – ispravak, 76/10., 85/10. – pročišćeni tekst i 5/14. – odluka Ustavnog suda br. SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014.

drugo, budući da opće uređenje redovnog otkaza ne sadrži odredbu prema kojoj bi ugovorno ograničenje prava na redovni otkaz bilo nedopušteno. Pravo na redovni otkaz moguće je, primjerice, ugovorom ograničiti tako da se ugovori najkraće vrijeme trajanja ugovora tijekom kojega jedna ili obje strane nisu ovlaštene redovno otkazati ugovor. Valjanost takvih ugovornih odredaba potrebno je ocjenjivati u skladu s općim pravilima. Pojedina ograničenja prava na redovni otkaz sadržana su za pojedine trajne obvezne odnose zasnovane na neodređeno vrijeme i u posebnim odredbama kojima su oni zakonom uređeni.⁵² Za pojedine trajne obvezne odnose posebnim je odredbama izričito propisano da se ugovorom ne može valjano isključiti ni ograničiti pravo na otkaz.⁵³

Prema odredbi čl. 212. st. 2. ZOO-a, redovni otkaz mora biti dostavljen drugoj strani. Izraz „dostavljen“ potrebno je razumjeti sa značenjem „priopćen“, a ne sa značenjem da bi otkaz morao biti poduzet u pisanom obliku. Redovni otkaz koji je izjavljen, ali nije priopćen drugoj strani, ne proizvodi namjeravane pravne učinke sve dok ga druga strana ne primi. Odredba čl. 212. st. 2. ZOO-a kogentnoga je karaktera.⁵⁴ Stoga se ne bi moglo valjano ugovoriti da učinci redovnog otkaza počnu teći prije nego što je on priopćen drugoj strani. Odredba čl. 212. ZOO-a ne predviđa ni poseban oblik niti poseban način „dostave“ redovnog otkaza, dok je za pojedine trajne obvezne odnose to predviđeno posebnim odredbama.⁵⁵

Redovni otkaz može se dati, prema odredbi čl. 212. st. 3. ZOO-a, u svako doba. Izraz „u svako doba“, koji se rabi i u posebnim odredbama kojima je uređen prestanak pojedinih trajnih obveznih odnosa,⁵⁶ znači da pravo na redovni otkaz nije ograničeno rokom te se redovni otkaz načelno može izjaviti u bilo kojem trenutku tijekom trajanja trajnoga obveznog odnosa. Za pojedine trajne obvezne odnose posebnim je odredbama predviđeno odstupanje od općeg pravila o pravu na redovni otkaz „u svako doba“.⁵⁷

Opće uređenje prestanka trajnih obveznih odnosa redovnim otkazom ne zahtijeva postojanje važnog razloga za redovni otkaz. Redovni otkaz može se izjaviti

52 Npr., nije dopušten redovni otkaz prije proteka zakonom određenog najmanjeg trajanja: ugovora o osiguranju sklopljenog na vrijeme duže od pet godina, prema čl. 946. st. 3. ZOO-a; ugovora o zakupu poslovnog prostora, prema čl. 23. st. 2. ZZKPP-a. Također, ponegdje se propisuje i vrijeme u koje se redovni otkaz može izjaviti, a što je ograničenje općeg prava na redovni otkaz u svako doba, pa tako, npr. odredbama: čl. 24. st. 4. ZZKPP-a o dopuštenosti otkaza samo prvoga ili petnaestoga u mjesecu, ako nije drukčije određeno; čl. 484. st. 1. ZTD-a o dopuštenosti otkaza samo krajem poslovne godine ili nekoga drugog obračunskog razdoblja.

53 Npr., za otkaz ugovora o: ortaštvu, u čl. 652. st. 7. ZOO-a; osiguranju, u čl. 946. st. 4. ZOO-a; tajnom društvu, u čl. 155. st. 1. u vezi s čl. 98. st. 2. ZTD-a; društvenog ugovora kojim je osnovano javno trgovačko društvo na neodređeno vrijeme, u čl. 98. st. 2. ZTD-a.

54 Tako i: Gorenc, V. u Gorenc/KZOO/14, str. 319.; Stanković, V. u: Perović-Stojanović/KZOO I, str. 900.

55 Vidi za zahtjev pisanog oblika otkaza pojedinih trajnih obveznih odnosa supra u bilj. 39. Poseban način dostave otkaza propisan je, npr., odredbama: čl. 22. st. 1. ZNS-a (neposredno uz potpis najmoprimca ili poštom preporučeno); čl. 25. st. 1. i 2. ZZKPP-a (poštom preporučeno i putem javnog bilježnika).

56 Npr., u odredbama: čl. 652. st. 1. ZOO-a za otkaz ugovora o ortaštvu; čl. 734. st. 2. ZOO-a za pravo ostavoprimca „odustati“ od ugovora o ostavi sklopljenog na neodređeno vrijeme.

57 Vidi odredbe koje propisuju vrijeme u koje se redovni otkaz može izjaviti supra u bilj. 52.

u svako doba iz bilo kojega razloga, a on ne mora biti ni posebno obrazložen.⁵⁸ Upravo je dopuštenost redovnog otkaza u bilo kojem trenutku tijekom trajanja trajnoga obveznog odnosa i iz bilo kojeg razloga, bez važnog razloga pa i bez posebnih razloga općenito, ključno razlikovno obilježje redovnog otkaza prema izvanrednom otkazu, kao i prema jednostranom raskidu zbog zakašnjenja ili neke druge povrede obveze. Kad je u ugovoru sklopljenom na određeno vrijeme ugovoreno pravo na otkaz prije proteka vremena na koje je ugovor sklopljen, riječ je o redovnom otkazu samo ako je ugovoreno pravo na otkaz u svako doba iz bilo kojega razloga, što znači da je vrijeme na koje je ugovor sklopljen ugovoreno samo kao najduže, a ne istodobno i kao najkraće vrijeme trajanja obveznog odnosa. Ako su ugovoreni razlozi za otkaz prije proteka vremena na koje je ugovor sklopljen, ugovoreno je pravo na izvanredni otkaz koji dovodi do prijevremenog prestanka trajnoga obveznog odnosa zasnovanog na određeno vrijeme iz ugovorenih razloga.

Redovni otkaz može se dati, prema odredbi čl. 212. st. 3. ZOO-a, u svako doba, samo ne u nevjeme. „Nevrijeme“ je ono vrijeme koje strani koja je redovni otkaz primila nije prikladno za prestanak trajnoga obveznog odnosa jer bi joj zbog iznenadnog prestanka mogla biti prouzročena kakva šteta.⁵⁹ Pri ocjeni je li redovni otkaz dan u nevjeme, potrebno je voditi računa o tomu da se taj otkaz može dati iz bilo kojeg razloga pa i bez posebnog razloga, da redovni otkaz trajnoga obveznog odnosa sklopljenog na neodređeno vrijeme za stranu koja je taj otkaz primila uvijek dolazi iznenadno, kao i da redovni otkaz načelno ne proizvodi pravne učinke od trenutka kad je primljen, već po isteku otkaznog roka čija je funkcija upravo da se stranama omogućiti da se pripreme na sve posljedice prestanka trajnog obveznog odnosa. U obzir treba uzeti i je li strani koja je redovni otkaz izjavila bilo poznato ili moglo biti poznato da taj otkaz drugoj strani dolazi u nevjeme, odnosno je li ona izjavljivanjem redovnog otkaza u nevjeme postupila u suprotnosti s načelom savjesnosti i poštenja i s načelom zabrane zlouporabe prava. Ako je redovni otkaz dan u nevjeme, strana koja je otkaz izjavila odgovorna je za time prouzročenu štetu drugoj strani, ako su ispunjene sve pretpostavke odgovornosti za štetu prema općim pravilima. Okolnost da je redovni otkaz dan u nevjeme ne znači da je takav otkaz već zbog toga ništetan pa da on ne bi proizvodio namjeravane pravne učinke, odnosno da ne bi doveo do prestanka trajnoga obveznog odnosa.⁶⁰

Redovni otkaz načelno, prema odredbi čl. 212. st. 4. ZOO-a, proizvodi učinke istekom ugovorenog otkaznog roka, što je posebnim odredbama određeno i za

58 Tako i: Gorenc, V., KZOO/98, str. 483.; Gorenc, V. u Gorenc/KZOO/14, str. 319.; Kačer, H. u: KRS/KZOO, str. 233.; Možina, D., loc. cit. u bilj. 39; Radišić, J., loc. cit. u bilj. 37; Stanković, V. u: Perović- Stojanović/KZOO I, str. 900. Tako za švicarsko pravo: Gauch, P., op. cit. u bilj. 14, str. 37. Za austrijsko pravo: Barta, H., op. cit. u bilj. 14, str. 392.; Bollenberger, R. u: KBB Komm, str. 786.; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 107.; Gschnitzer, F., loc. cit. u bilj. 36. Za njemačko pravo: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 18.; Markesinis, B. et al., op. cit. u bilj. 14, str. 437.; Zerres, T., op. cit. u bilj. 14, str. 227.

59 Usp.: Gorenc, V., KZOO/98, str. 483.; Gorenc, V. u: Gorenc/KZOO/14, str. 319.-320.; Možina, D., loc. cit. u bilj. 39; Vizner, B., KZOO II, str. 1278.-1279. Iz hrvatske sudske prakse vidi, npr.: VSRH, II Rev 77/01-2 od 24. lipnja 2004., dostupno na: SuPra, 15. siječnja 2018.

60 Suprotno, drži se da otkaz u nevjeme ne bi proizvodio nikakve učinke: Stanković, V. u: Perović-Stojanović/KZOO I, str. 900.

prestanak pojedinih trajnih obveznih odnosa zasnovanih na neodređeno vrijeme.⁶¹ Opće uređenje redovnog otkaza ne sadrži ograničenja stranačke autonomije u pogledu trajanja otkaznog roka, no posebnim je odredbama za pojedine trajne obvezne odnose propisano da ugovorne strane ne mogu ugovoriti kraće ili duže otkazne rokove od zakonom određenih otkaznih rokova.⁶² Ako otkazni rok nije ugovoren, trajni obvezni odnos prema odredbi čl. 212. st. 4. ZOO-a prestaje protekom otkaznog roka određenog zakonom ili običajem. Za pojedine trajne obvezne odnose posebnim su dispozitivnim odredbama propisani zakonski otkazni rokovi.⁶³ Za primjenu otkaznog roka određenog običajem i pitanje prednosti primjene otkaznog roka određenog običajem pred zakonskim otkaznim rokovima odlučne su opće odredbe o primjeni običaja sadržane u čl. 12. ZOO-a. Ako dužina otkaznog roka nije ugovorena ni određena zakonom ili običajem, prema odredbi čl. 212. st. 4. ZOO-a, trajni obvezni odnos prestaje istekom primjerenoga otkaznog roka. Otkazni rok je primjeren ako iz primjene načela savjesnosti i poštenja proizlazi da je strani kojoj je redovni otkaz izjavljen ostavljeno dostatno vremena da se pripremi na posljedice iznenadnog prestanka trajnoga obveznog odnosa.⁶⁴

Iznimno od pravila o prestanku trajnog obveznog odnosa istekom otkaznog roka, odredbom čl. 212. st. 5. ZOO-a načelno je ugovornim stranama dopušteno i ugovoriti da će trajni obvezni odnos prestati već u trenutku primitka redovnog otkaza. Dopuštenost ugovaranja takvog otkaza s trenutačnim učinkom, odnosno redovnog otkaza bez obveze pridržavanja nekoga otkaznog roka, ovisi o tomu je li zakonom za pojedine slučajeve propisano „što drugo“. Pritom valja držati da je „drugo“ zakonom određeno samo u slučajevima u kojima bi za prestanak pojedinih trajnih obveznih odnosa bio predviđen obavezni otkazni rok, a ne već u slučajevima u kojima je posebnim dispozitivnim odredbama uređeno trajanje otkaznog roka za slučaj da strane nisu ugovorile njegovo trajanje.

Redovni otkaz kao način prestanka trajnoga obveznog odnosa djeluje samo *pro futuro* i njime trajna obveza prestaje, a u skladu s odredbom čl. 212. st. 6. ZOO-a može se zahtijevati ispunjenje samo obveza dospjelih prije nego je trajna obveza prestala redovnim otkazom. Ostvarivanje preobražajnog prava na redovni otkaz načelno ne dovodi do odgovornosti za štetu koju bi druga strana pretrpjela zbog prestanka trajnoga obveznog odnosa. Takva odgovornost za štetu nastaje samo ako je redovni otkaz dan u nevrijeme. Ako je u ugovoru sklopljenom na određeno vrijeme ugovoreno pravo na redovni otkaz, a to je slučaj samo ako je ugovoreno pravo na otkaz prije proteka vremena na koje je ugovor sklopljen u svako doba i iz bilo kojega razloga, s tako ugovorenim preobražajnim pravom na redovni otkaz nespojivi su zahtjevi za ispunjenjem jednokratnih obveza koje bi dospijevale do prestanka trajnoga obveznog

61 Npr., za otkaz ugovora o: zakupu, u čl. 547. st. 1. ZOO-a; najmu, u čl. 576. st. 1. ZOO-a; licenciji, u čl. 723. st. 1. ZOO-a; zakupu poslovnog prostora, u čl. 24. st. 1. ZZKPP-a.

62 Npr., za otkaz ugovora o: trgovinskom zastupanju, u čl. 828. st. 4. ZOO-a; zakupu zrakoplova, u čl. 102. st. 3. ZOSOZP-a.

63 Npr., za otkaz ugovora o: zakupu, u čl. 547. st. 2. ZOO-a; najmu, u čl. 576. st. 2. ZOO-a; licenciji, u čl. 723. st. 2. ZOO-a.

64 Iz hrvatske sudske prakse vidi odluku: Privredni sud Hrvatske, Pž-2677/91 od 17. studenog 1992., objavljena u: Informator, 4285/1995.

odnosa protekom ugovorenog vremena na koji je on zasnovan. Također, s ugovorenim pravom na redovni otkaz nespojiva je i ugovorna kazna, kao i klauzule s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete. Drukčije je ako su ugovorne strane ugovorile pravo na prijevremeni izvanredni otkaz iz ugovorenih važnih razloga.

3.3. *Izvanredni otkaz iz važnog razloga*

U švicarskom pravu su za pojedine trajne obvezne odnose zakonom određeni razlozi iz kojih se oni mogu u svako doba otkazati.⁶⁵ Pored takvih odredaba, sadržane su i izričite odredbe kojima se za pojedine trajne obvezne odnose općenito predviđa mogućnost otkaza „iz važnih razloga“ (njem. *aus wichtigen Gründen*), zbog kojih nije razumno očekivati nastavak trajnog obveznog odnosa.⁶⁶ Iz odredaba o prestanku pojedinih trajnih obveznih odnosa iz važnih razloga općenito i iz zakonom konkretiziranih važnih razloga, u švicarskom se pravu izvodi opće pravilo prema kojemu se svaki trajni obvezni odnos može u svako doba otkazati izvanrednim otkazom iz važnog razloga (njem. *außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund*).⁶⁷ Drži se da važan razlog postoji ako zbog neke okolnosti nastavak trajnoga obveznog odnosa nije razumno prihvatljiv, pri čemu može biti riječ o objektivnoj okolnosti zbog koje nastavak odnosa nije gospodarski prihvatljiv, kao i o subjektivnoj okolnosti koja se odnosi na osobna obilježja ugovornih strana.⁶⁸

Istovjetno se i u austrijskom pravu, iz posebnih odredaba kojima su za pojedine trajne obvezne odnose zakonom određeni razlozi za otkaz,⁶⁹ zaključuje o općem pravilu prema kojemu svaki trajni obvezni odnos može prestati izvanrednim otkazom iz važnog razloga,⁷⁰ neovisno o tomu je li zasnovan na neodređeno ili na određeno vrijeme.⁷¹ Drži se da važan razlog za izvanredni otkaz postoji ako je riječ o okolnosti zbog koje bi održanje ugovornog odnosa bilo nerazumno, a takva je okolnost povreda ugovorne obveze koju je učinila druga strana, kao i nepredvidljiva promjena okolnosti

65 Npr., zakonom određeni razlozi iz kojih je dopušteno otkazati pojedini trajni obvezni odnos su: zakašnjenje najmprimca s plaćanjem najamnine, u čl. 257.d OR-a; nebržižljiva uporaba iznajmljene stvari, u čl. 257.f st. 3. i 4. OR-a; neotklanjanje nedostataka iznajmljene stvari u primjerenom roku, u čl. 259.b t. a OR-a; nedavanje osiguranja za buduće najamnine u slučaju stečaja najmprimca, u čl. 266.h st. 2. OR-a; zakašnjenje zakupnika s plaćanjem zakupnine, u čl. 282. OR-a; nebržižljivo korištenje zakupljene stvari, u čl. 285. OR-a; neotklanjanje izmjenjena na zakupljenoj stvari učinjenih bez pristanka zakupodavca, u čl. 289.a st. 3. OR-a.

66 Npr., otkaz iz važnih razloga predviđen je kao način prestanka trajnog obveznog odnosa zasnovanog ugovorom o: najmu, u čl. 266.g st. 1. OR-a; zakupu, u čl. 297. st. 1. OR-a; radu, u čl. 337. OR-a; ortaštvu, u čl. 545. st. 2. OR-a.

67 Usp.: Bucher, E. u: Basler Komm I, str. 26.; Schwenzer, I., op. cit. u bilj. 14, str. 12.; Wolfer, M., op. cit. u bilj. 14, str. 622.

68 Vidi: Wolfer, M., op. cit. u bilj. 14, str. 622.

69 Takva je, npr. odredba § 1117. ABGB-a o otkazu ugovora o najmu zbog neupotrebljivosti predmeta najma.

70 Usp.: Bollenberger, R. u: KBB Komm, str. 786.; Bydlinsky, F., loc. cit. u bilj. 21; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 89.; Iro, G. u: KBB Komm, str. 1272.; Nademleinsky, M. u: Schwimann Komm, str. 822.; Pletzer, R. u: ABGB-ON, str. 1893.; Riss, O. u: ABGB-ON, str. 2662.; Weber, A., op. cit. u bilj. 14, str. 15.

71 Usp.: Bollenberger, R. u: KBB Komm, str. 786.; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 107.

važnih za njihov obvezni odnos.⁷²

U njemačkom pravu se opće pravilo o mogućem prestanku svakog trajnog obveznog odnosa izvanrednim otkazom iz važnog razloga,⁷³ prije reforme obveznog prava iz 2001. godine, također izvodilo iz posebnih odredaba kojima su za pojedine trajne obvezne odnose zakonom određeni razlozi za izvanredni otkaz.⁷⁴ U to je vrijeme u sudskoj praksi i pravnoj znanosti razvijeno gledište prema kojemu važan razlog za izvanredni otkaz postoji ako se uz uvažavanje svih okolnosti u skladu s načelom savjesnosti i poštenja ne može razumno očekivati da je nastavak trajnog obveznog odnosa prihvatljiv ugovornoj strani.⁷⁵ Danas su opće odredbe o izvanrednom otkazu iz važnog razloga sadržane u § 314. BGB-a. One se primjenjuju na prestanak svih trajnih obveznih odnosa ako drukčije nije zakonom posebno određeno za pojedine trajne obvezne odnose. Prema odredbi § 314. st. 1. BGB-a, važan razlog za izvanredni otkaz postoji ako se uz uvažavanje svih okolnosti pojedinog slučaja i odmjeravanje interesa obje strane ne može očekivati nastavak ugovornog odnosa do ugovorenog dovršetka ili do proteka otkaznog roka. Odredbom § 314. BGB-a st. 2. BGB-a kao zaseban slučaj postojanja važnog razloga izdvojena je povreda ugovorne obveze,⁷⁶ a drži se da važni razlozi mogu biti i razaranja odnosa povjerenja specifičnog za pojedine trajne obvezne odnose,⁷⁷ bitne promjene okolnosti i nastupanje nepredviđenih okolnosti,⁷⁸ ugrožavanje ostvarenja svrhe ugovora,⁷⁹ kao i opasnost znatne štete.⁸⁰ Odredbe § 314. BGB-a su prisilne pa ugovornim stranama nije dopušteno u potpunosti isključiti pravo na izvanredni otkaz iz važnog razloga,⁸¹ no načelno je moguće ugovorom valjano

72 Usp.: Barta, H., op. cit. u bilj. 14, str. 392.-393.; Bollenberger, R. u: KBB Komm, str. 786.; Bydliński, P., op. cit. u bilj. 14, str. 225.; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 89.-90.; Riss, O. u: ABGB-ON, str. 2662.; Wiebe, A. u: ABGB-ON, str. 1548.-1549.

73 Usp.: Flume, W., op. cit. u bilj. 14, str. 486.; Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 1.; Gierke, O. von, op. cit. u bilj. 14, str. 384.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 514.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 1.; Larenz, K. i Canaris, C.-W., loc. cit. u bilj. 21; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 1.-2.; Markesinis, B. et al., op. cit. u bilj. 14, str. 437.; Schulze, R. u: Schulze BGB, § 314, odl. 1.; Stadler, A. u: Jauernig Komm, § 311, odl. 16.; Werner Lange, K., op. cit. u bilj. 14, str. 82.

74 Izvođenje općeg pravila o izvanrednom otkazu iz važnog razloga osobito se oslanjalo na odredbe § 626. BGB-a o izvanrednom otkazu ugovora o službi iz važnih razloga.

75 Usp.: Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 515.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 1.; Larenz, K. i Canaris, C.-W., op. cit. u bilj. 21, str. 109.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 8.

76 Usp.: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 11.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 515.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 4. i 33.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 8.

77 Usp.: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 12.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 36.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 12.; Schulze, R. u: Schulze BGB, § 314, odl. 3.

78 Usp.: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 14.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 515.

79 Usp.: Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 34.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 11.

80 Usp.: Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 37.

81 Usp.: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 4.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 514.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 59.-60.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 26.

pojedinin okolnostima odreći značenje važnih razloga za izvanredni otkaz.⁸²

Zajedničko gledište švicarskog, austrijskog i njemačkog prava jest da nastupanje izvanrednih okolnosti koje su zakonom određene kao razlozi za jednostrani raskid, u trajnim obveznim odnosima u kojima se započelo s ispunjavanjem trajnih obveza ne dovodi do prava na jednostrani raskid, već na mjesto tog prava stupa pravo na izvanredni otkaz iz važnog razloga s djelovanjem samo *pro futuro*.⁸³

Osim što se izraz „otkaz“ u hrvatskom pravu rabi za redovni način prestanka trajnih obveznih odnosa zasnovanih na neodređeno vrijeme,⁸⁴ u brojnim zakonskim odredbama se izraz „otkaz“ rabi i za izvanredni način prestanka pojedinih trajnih obveznih odnosa iz zakonom predviđenih razloga.⁸⁵ Pritom su kao zakonski razlozi

82 Usp.: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 3.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 60.

83 Usp., za švicarsko pravo: Gauch, P., op. cit. u bilj. 14, str. 237.; Gauch, P. et al., OR-AT I, str. 17.; Gauch, P. et al., OR-AT I, str. 199. i 205.; Schwenzer, I., op. cit. u bilj. 14, str. 407.; Wiegand, W. u: Basler Komm I, str. 605.-606. Za austrijsko pravo: Barta, H., op. cit. u bilj. 14, str. 395.; Bydlinski, P. u: KBB Komm, str. 935.; Gschnitzer, F., loc. cit. u bilj. 21.; Kolmasch, W. u: Schwimann Komm, str. 601. Za njemačko pravo: Ernst, W. u: Münch Komm, § 323, odl. 35.; Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 3. i 11.; Gehrlein, M. u: BeckOK Komm, § 311, odl. 11.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 515.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 2. i 24.; Schulze, R. u: Schulze BGB, § 314, odl. 2.; Werner Lange, K., op. cit. u bilj. 14, str. 82.

84 U općim odredbama čl. 212. ZOO-a te u brojnim posebnim odredbama za koje vidi supra u bilj. 48.

85 Npr. vidi odredbe o otkazu ugovora o: zakupu, zbog korištenja zakupljene stvari protivno ugovoru ili namjeni stvari te zbog zanemarivanja održavanja zakupljene stvari, u čl. 533. ZOO-a; zakupu, zbog neplaćanja zakupnine, u čl. 535. st. 1. ZOO-a; zakupu, zbog davanja zakupljene stvari u podzakup bez dopuštenja zakupodavca, u čl. 538. ZOO-a; zakupu, zbog otuđenja zakupljene stvari, u čl. 544. ZOO-a; zakupu stvari opasnih za zdravlje, u čl. 547. st. 3. ZOO-a; najmu, zbog uporabe stvari protivno ugovoru ili namjeni stvari, zanemarivanja održavanja stvari, oštećenja stvari te neovlaštenog prepuštanja stvari trećem na uporabu, u čl. 562. ZOO-a; najmu, zbog zakašnjenja s plaćanjem najamnine, u čl. 564. st. 1. ZOO-a; najmu zbog otuđenja iznajmljene stvari, u čl. 573. ZOO-a; najmu stvari čija je uporaba opasna za zdravlje, u čl. 576. st. 4. ZOO-a; ortaštvu sklopljenog na određeno vrijeme iz važnih razloga, a osobito zbog povrede bitne obveze iz ugovora o ortaštvu, zbog nemogućnosti ispunjenja takve obveze, zbog smrti ili istupa ortaka o kojemu je poglavito zavisilo obavljanje poslova ortaštva, u čl. 652. st. 3. ZOO-a; licencijski, zbog davanja u podlicenciju bez dopuštenja davatelja licencije, u čl. 719. ZOO-a; trgovinskom zastupanju, u čl. 829. st. 1. ZOO-a o „raskidu“ ugovora „bez otkaznog roka“ iz važnih razloga, a posebno zbog neispunjenja ugovorne obveze i zbog promijenjenih okolnosti; osiguranju, zbog otuđenja osigurane stvari, u čl. 961. st. 5. ZOO-a; kreditu, zbog korištenja kredita protivno ugovorenoj namjeni, u čl. 1023. st. 1. ZOO-a; kreditu, zbog insolventnosti korisnika, prestanka pravne osobe korisnika ili smrti korisnika, u čl. 1023. st. 2. ZOO-a; najmu stana, zbog toga što se najmoprimac ili drugi korisnici stana koriste stanom na način protivan odredbama ZNS-a i ugovoru o najmu stana, u čl. 19. st. 1. ZNS-a; najmu stana, zbog toga što najmodavac namjerava sam useliti u stan ili namjerava u stan useliti svoje potomke, roditelje ili osobe koje je dužan uzdržavati, u čl. 21. ZNS-a; zakupu poslovnog prostora, zbog korištenja poslovnog prostora protivno ugovoru ili nanošenja štete poslovnom prostoru korištenjem bez dužne pažnje, u čl. 26. st. 1. t. 1. ZZKPP-a; zakupu poslovnog prostora, zbog neplaćanja zakupnine, u čl. 26. st. 1. t. 2. ZZKPP-a; zakupu poslovnog prostora, zbog namjere zakupodavca koristiti se zakupljenim poslovnim prostorom, u čl. 26. st. 1. t. 3. ZZKPP-a; zakupu poslovnog prostora, zbog nedovođenja poslovnog prostora u ugovoreno stanje, u čl. 27. ZZKPP-a; zakupu poslovnog prostora, zbog neispunjenja ugovornih

za otkaz trajnoga obveznog odnosa predviđene povrede pojedinih obveza ugovornih strana,⁸⁶ ali i izvanredne okolnosti koje nemaju obilježje povrede ugovorne obveze.⁸⁷ U većini tih odredaba riječ je otkazu bez obveze pridržavanja otkaznog roka,⁸⁸ a ponegdje uz obvezu pridržavanja zakonskog otkaznog roka.⁸⁹ Zaključuje se da je u svim tim odredbama riječ o pravu na izvanredni otkaz iz važnog razloga koji je u tim odredbama konkretiziran. Također, za pojedine trajne obvezne odnose predviđeno je zakonskim odredbama i pravo na otkaz „iz važnih razloga“ općenito.⁹⁰ Istovjetno pristupu poredbenog prava, iz zakonskih odredaba kojima je za pojedine trajne obvezne odnose predviđeno pravo na izvanredni otkaz iz važnih razloga općenito i onih kojima su za pojedine trajne obvezne odnose zakonom konkretizirani važni razlozi iz kojih se izvanredni otkaz može izjaviti, potrebno je i za hrvatsko pravo zaključiti o postojanju općeg pravila o izvanrednom otkazu iz važnog razloga kao općem izvanrednom načinu prestanka svih trajnih obveznih odnosa. Kao i u poredbenom pravu, i za hrvatsko pravo valja zaključiti da važan razlog za izvanredni otkaz svakog trajnog obveznog odnosa postoji ako nastupe izvanredne okolnosti zbog kojih se uz uvažavanje svih okolnosti pojedinog slučaja i odmjeravanje interesa obje strane ne može očekivati nastavak trajnoga obveznog odnosa.

U prilog prihvaćanju gledišta o prestanku svakoga trajnog obveznog odnosa izvanrednim otkazom iz važnog razloga govori i uređenje prestanka radnog odnosa kao trajnoga obveznog odnosa u odredbama ZR-a. Naime, u odredbi čl. 116. ZR-a sadržano je opće određenje „opravdanog razloga“ za izvanredni otkaz ugovora o radu, koje je u bitnome istovjetno određenju važnog razloga za izvanredni otkaz trajnih obveznih odnosa u poredbenom pravu. Opravdani razlog za izvanredni otkaz ugovora o radu sklopljenog na neodređeno ili određeno vrijeme, a takav je otkaz ugovora o radu bez obveze poštovanja otkaznog roka, postoji „ako zbog osobito teške povrede obveze iz radnog odnosa ili neke druge osobito važne činjenice, uz uvažavanje svih okolnosti i interesa obje ugovornih stranaka, nastavak radnog odnosa nije moguć“. Pored toga što važan razlog za izvanredni otkaz radnog odnosa prema odredbi čl. 116. ZR-a može biti i „osobito važna činjenica“, ZR i u pojedinim drugim odredbama predviđa pravo na izvanredni otkaz iz zakonom određenih razloga koji nemaju obilježje povrede obveze iz radnog odnosa.⁹¹

ili zakonskih obveza, u čl. 28. ZZKPP-a.

86 Tako u odredbama: čl. 533., čl. 535. st. 1., čl. 652. st. 3. i čl. 829. st. 1. ZOO-a; čl. 19. st. 1. ZNS-a; čl. 26. st. 1. t. 1. i 2., čl. 27. i čl. 28. ZZKPP-a.

87 Tako u odredbama: čl. 547. st. 3., čl. 652. st. 3., čl. 829. st. 1. i čl. 1023. st. 2. ZOO-a; čl. 21. ZNS-a; čl. 26. st. 1. t. 3. ZZKPP-a.

88 Tako u odredbama: čl. 533., čl. 547. st. 3., čl. 562., čl. 564. st. 1., čl. 576. st. 4., čl. 719. i čl. 829. st. 1. ZOO-a.

89 Tako u odredbama: čl. 544., čl. 573. i čl. 961. st. 5. ZOO-a; čl. 22. st. 2. ZNS-a.

90 Tako u odredbama: čl. 652. st. 3. ZOO-a o otkazu ugovora o ortaštvu iz važnih razloga; čl. 829. st. 1. ZOO-a o „raskidu“ ugovora o trgovinskom zastupanju „bez otkaznog roka“ iz važnih razloga; čl. 155. st. 2. ZTD-a o otkazu ugovora o tajnom društvu ako za to postoji važan razlog; čl. 485. st. 1. ZTD-a o „raskidu“ poduzetničkog ugovora iz važnog razloga „bez pridržavanja otkaznog roka“; čl. 596. st. 2. ZTD-a o otkazu članstva u gospodarskom interesnom udruženju iz važnog razloga.

91 Npr., odredbe: čl. 35. st. 1. ZR-a o izvanrednom otkazu ugovora o radu radnika koji koristi

Prema općem uređenju jednostranog raskida ugovora u hrvatskom pravu, zakonom određeni razlog za jednostrani raskid je, pojednostavljeno, povreda ugovorne obveze.⁹² Za hrvatsko pravo prihvatljivo je stajalište švicarskog, austrijskog i njemačkog prava, a koje u njemačkom pravu proizlazi i izričito iz odredbe § 314. BGB-a st. 2. BGB-a, prema kojemu je povreda ugovorne obveze važan razlog za izvanredni otkaz trajnoga obveznog odnosa, odnosno prema kojemu povreda obveze u trajnim obveznim odnosima u kojima se započelo s ispunjavanjem trajnih obveza ne dovodi do prava na jednostrani raskid, već do prava na izvanredni otkaz iz važnog razloga s djelovanjem samo *pro futuro*. U prilog tomu stajalištu za hrvatsko pravo govore odredbe kojima su kao zakonski razlozi za otkaz pojedinih trajnih obveznih odnosa predviđene povrede pojedinih obveza ugovornih strana,⁹³ odredbe kojima se predviđa pravo na izvanredni otkaz iz važnih razloga pri čemu se primjerično kao važan razlog navodi povreda „bitne obveze“,⁹⁴ kao i odredba čl. 116. ZR-a o osobito teškoj povredi obveze iz radnog odnosa kao opravdanom razlogu za izvanredni otkaz ugovora o radu.

Gledište o izvanrednom otkazu iz važnog razloga s djelovanjem *pro futuro* kao izvanrednom načinu prestanka svih trajnih obveznih odnosa za hrvatsko pravo je prihvatljivije od prevladavajućega gledišta pravne književnosti, prema kojemu bi trajni obvezni odnosi zbog povreda ugovornih obveza prestajali jednostranim raskidom s učincima *ex nunc*. S jedne strane, opće odredbe o učincima raskida iz čl. 368. ZOO-a ne pružaju uporište za potonje gledište. S druge strane, do takve teleološke redukcije učinaka raskida na učinke *ex nunc* ne dolazi se u švicarskom, austrijskom i njemačkom pravu na koje je hrvatsko obvezno pravo tradicionalno oslonjeno. U tim se pravnim poredcima gledište o izvanrednom otkazu trajnih obveznih odnosa iz važnog razloga razvilo i bez postojanja općeg uređenja prestanka trajnih obveznih odnosa redovnim otkazom, pa je za hrvatsko pravo tim više prihvatljivije to gledište i s obzirom na okolnost da je u čl. 212. ZOO-a sadržano opće uređenje prestanka trajnih obveznih odnosa redovnim otkazom, a ne jednostranim raskidom.

Prihvatanje gledišta o izvanrednom otkazu iz važnog razloga kao izvanrednom načinu prestanka svih trajnih obveznih odnosa nije protivno odredbama čl. 365. ZOO-a o raskidu ugovora s uzastopnim obvezama i učincima raskida takvih ugovora. Naime, odredbe čl. 365. ZOO-a odnose se primarno na one ugovore o uzastopnim

pravo na roditeljski i posvojiteljski dopust, rad s polovicom punog radnog vremena, rad s polovicom punog radnog vremena radi pojačane njege djeteta, dopust trudnice ili majke koja doji dijete te dopust ili rad s polovicom punog radnog vremena radi brige i njege djeteta s težim smetnjama u razvoju ili kojem ugovor o radu miruje do treće godine života djeteta u skladu s posebnim propisom; čl. 35. st. 3. ZR-a o pravu trudnice otkazati ugovor o radu izvanrednim otkazom.

92 Riječ je o zakašnjenju s ispunjenjem ugovorne obveze i neurednom ispunjenju ugovorne obveze, odnosno ispunjenju s nedostatkom. O općim pretpostavkama jednostranog raskida vidi: Slakoper, Z., op. cit. u bilj. 7, str. 530.-535.

93 Vidi supra u bilj. 86.

94 Vidi odredbu čl. 652. st. 3. ZOO-a o otkazu ugovora o ortaštvu sklopljenog na određeno vrijeme iz važnih razloga, a osobito zbog povrede bitne obveze iz ugovora o ortaštvu. Također, i u odredbi čl. 829. st. 1. ZOO-a riječ je o „raskidu“ ugovora o trgovinskom zastupanju „bez otkaznog roka“ iz važnih razloga, a posebno zbog neispunjenja ugovorne obveze.

obvezama koji nemaju značajke trajnih obveznih odnosa, a to su ugovori s uzastopnim isporukama u kojima je opseg obveze uzastopnih isporuka unaprijed određen i ograničen brojem pojedinih isporuka.

Kako se ni za redovni prestanak trajnih obveznih odnosa zasnovanih na neodređeno vrijeme u hrvatskom pravu izraz „otkaz“ ne rabi u potpunosti dosljedno, već se ponegdje rabe i izrazi „raskid“ i „odustanak“,⁹⁵ te kako se u brojnim odredbama za izvanredni prestanak trajnih obveznih odnosa rabi izraz „otkaz“,⁹⁶ tako je potrebno držati da je o izvanrednom otkazu iz važnog razloga riječ i u onim slučajevima u kojima je predviđeno pravo ugovorne strane zbog povrede ugovorne obveze „raskinuti“ trajni obvezni odnos ili „odustati“ od trajnog obveznog odnosa.⁹⁷ Također, pojedinim odredbama daje se ugovornim stranama iz zakonom određenih razloga koji nemaju obilježja povrede ugovorne obveze pravo „raskinuti“ trajni obvezni odnos uz mogućnost da se odnos nastavi uz odgovarajuću izmjenu ugovora.⁹⁸ Može se zaključiti da se u tim odredbama ne radi o pravu na jednostrani raskid s učincima *ex tunc*, već o pravu na izvanredni otkaz s učincima *ex nunc*. O izvanrednom otkazu iz važnog razloga riječ je i u pojedinim drugim odredbama u kojima se predviđa pravo „raskinuti“ trajni obvezni odnos ili „odustati“ od trajnog obveznog odnosa iz

95 Vidi supra u bilj. 48.

96 Vidi supra u bilj. 86.

97 Takve su, npr. odredbe: čl. 829. st. 1. ZOO-a o pravu svake strane „raskinuti“ ugovor o trgovinskom zastupanju sklopljen na neodređeno vrijeme „bez otkaznog roka“ i ugovor o trgovinskom zastupanju sklopljen na određeno vrijeme prije isteka vremena na koje je sklopljen zbog neispunjenja ugovorne obveze; čl. 59. st. 1. Zakona o *leasingu* (NN br. 141/13.; dalje: ZL) o pravu davatelja *leasinga* „raskinuti“ ugovor o *leasingu* zbog zakašnjenja primatelja *leasinga* s plaćanjem naknade za *leasing*; čl. 20. st. 1. ZNS-a o pravu najmodavca „raskinuti“ ugovor o najmu stana iz razloga što najmoprimac nije u propisanom roku popravio štetu nanесenu zajedničkim prostorijama, uređajima i dijelovima zgrade te iz razloga što je najmoprimac preinačio stan, zajedničke prostorije i uređaje zgrade bez suglasnosti najmodavca; čl. 101. st. 3. ZOSOZP-a o pravu zakupodavca „raskinuti“ ugovor o zakupu zrakoplova zbog neplaćanja zakupnine; čl. 11. st. 2. ZZKPP-a o pravu zakupnika „raskinuti“ ugovor o zakupu poslovnog prostora iz razloga što zakupodavac nije izvršio popravke koje je dužan izvršiti za vrijeme trajanja zakupa; čl. 15. st. 2. ZZKPP-a o pravu zakupodavca „raskinuti“ ugovor o zakupu poslovnog prostora iz razloga što je zakupnik bez suglasnosti i unatoč protivljenju zakupodavca izvršio preinake poslovnog prostora.

98 Npr., odredbe: čl. 523. st. 1. i 2. ZOO-a o pravu zakupnika „raskinuti“ ugovor zbog toga što potrebni popravci zakupljene stvari dulje vrijeme i znatno ometaju njezino korištenje te o pravu zakupnika na sniženje zakupnine razmjerno ograničenju korištenja stvari zbog tih popravaka; čl. 548. st. 2. ZOO-a o pravu zakupnika „raskinuti“ ugovor zbog djelomičnog uništenja ili oštećenja zakupljene stvari djelovanjem više sile te o pravu zakupnika na odgovarajuće sniženje zakupnine; čl. 555. ZOO-a o pravu najmoprimca „raskinuti“ ugovor zbog toga što potrebni popravci iznajmljene stvari dulje vrijeme i u znatnoj mjeri ometaju njezinu uporabu i zbog toga što je za vrijeme trajanja najma bez krivnje najmoprimca stvar dospjela u stanje zbog kojeg ne može služiti ugovorenoj uporabi te o pravu najmoprimca na sniženje najamnine; čl. 578. st. 2. ZOO-a o pravu najmoprimca „raskinuti“ ugovor zbog djelomične propasti ili oštećenja iznajmljene stvari djelovanjem više sile te o pravu najmoprimca na sniženje najamnine; čl. 933. st. 1.-3. ZOO-a o pravu osiguratelja „raskinuti“ ugovor zbog namjerne netočnosti ili nepotpunosti prijave okolnosti bitnih za ocjenu rizika te o pravu predložiti povećanje premije razmjerno povećanom riziku.

zakonom određenih razloga koji nemaju obilježja povrede ugovorne obveze.⁹⁹

Na prestanak trajnih obveznih odnosa izvanrednim otkazom iz važnog razloga analogijom je potrebno odgovarajuće primijeniti opće odredbe čl. 212. ZOO-a o redovnom otkazu trajnih obveznih odnosa zasnovanih na neodređeno vrijeme, uvažujući pritom pojedina karakteristična razlikovna obilježja izvanrednog otkaza prema redovnom otkazu.

Izvanredni otkaz iz važnog razloga je, kao i redovni otkaz, načelno neformalan jednostrani pravni posao, odnosno preobražajno očitovanje volje jedne strane za čije je učinke nužno da ono bude priopćeno drugoj strani. Za razliku od redovnog otkaza koji načelno ne proizvodi učinke od trenutka kad je primljen, izvanredni otkaz iz važnog razloga u pravilu se daje bez ostavljanja otkaznog roka i proizvodi pravne učinke već od trenutka kad je primljen,¹⁰⁰ ako obveza ostavljanja otkaznog roka nije za pojedine trajne obvezne odnose posebno zakonom određena.¹⁰¹ Načelno bi bilo dopušteno ugovoriti obvezu ostavljanja otkaznog roka i za izvanredni otkaz, no kako bi takva ugovorna odredba značila ograničenje prava na izvanredni otkaz iz važnog razloga, ona bi bila ništetna u slučajevima u kojima je zakonom za pojedine trajne obvezne odnose propisana ništetnost ugovornih odredaba kojima se isključuje ili ograničuje pravo na izvanredni otkaz.¹⁰² Pravo na izvanredni otkaz iz važnog razloga, ako je riječ o trajnom obveznom odnosu zasnovanom na neodređeno vrijeme, ne može se ugovorom valjano u potpunosti isključiti.¹⁰³ Valja prihvatiti i da se za trajne obvezne odnose zasnovane na određeno vrijeme ne bi moglo valjano ugovorom u potpunosti isključiti pravo na izvanredni otkaz iz važnog razloga, dok bi se u tim obveznim odnosima valjano moglo isključiti ili ograničiti pravo na redovni otkaz.

99 Npr., odredbe: čl. 724. st. 3. ZOO-a o pravu davatelja licencije „raskinuti“ ugovor o licenciji zbog smrti i prestanka pravne osobe stjecatelja licencije i otvaranja stečajnog postupka nad stjecateljem licencije; čl. 669. st. 2. PZ-a o pravu „odustati“ od ugovora o zakupu broda zbog predugog trajanja popravaka broda koji padaju na teret zakupodavca; čl. 13. st. 3. ZZKPP-a o pravu zakupnika „raskinuti“ ugovor o zakupu poslovnog prostora iz razloga što zakupodavac namjerava ostvarivati svoje pravo izvršiti radove u svrhu uređenja prostora ili radi sniženja troškova energije i održavanja; čl. 103. ZOSOZP-a o „raskidu“ ugovora o zakupu zrakoplova zbog nemogućnosti korištenja zrakoplova u slučaju uništenja ili trajne neupotrebljivosti zrakoplova te slučaju koji se nije mogao predvidjeti niti spriječiti; čl. 104. ZOSOZP-a o pravu „odustati“ od ugovora o zakupu zrakoplova zbog predugog trajanja popravaka zrakoplova koji padaju na teret zakupodavca.

100 Za izvanredni otkaz iz važnog razloga bez obveze ostavljanja otkaznog roka vidi, npr. odredbe: čl. 533., čl. 547. st. 3., čl. 562., čl. 564. st. 1., čl. 576. st. 4. i čl. 719. ZOO-a. O izvanrednom otkazu iz važnog razloga bez obveze ostavljanja otkaznog roka vidi, za švicarsko pravo: Weber, A., op. cit. u bilj. 14, str. 15.; za austrijsko pravo: Barta, H., op. cit. u bilj. 14, str. 390.; za njemačko pravo: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 22.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 2. i 56.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 24.

101 Za izvanredni otkaz iz važnog razloga uz pridržavanje zakonskog otkaznog roka vidi, npr. odredbe: čl. 544., čl. 573. i čl. 961. st. 5. ZOO-a.

102 Npr., odredbe: čl. 652. st. 7. i čl. 829. st. 2. ZOO-a. Također, ugovorna strana ne može se valjano odreći prava na izvanredni otkaz prema odredbama: čl. 547. st. 4. i čl. 576. st. 5. ZOO-a; čl. 155. st. 2. ZTD-a.

103 Vidi supra u prethodnom poglavlju rada u vezi s isključenjem prava na redovni i izvanredni otkaz trajnoga obveznog odnosa zasnovanog na neodređeno vrijeme.

Izvanredni otkaz iz važnog razloga se, kao i redovni otkaz, načelno može dati u svako doba. Međutim, dok pravo na redovni otkaz nije ograničeno prekluzivnim rokom, za izvanredni otkaz iz važnog razloga iz obveze pridržavanja načela savjesnosti i poštenja proizlazi da bi se on morao dati u primjerenom razumnom roku od dana saznanja za određeni važni razlog.¹⁰⁴ Protekom tog roka prestalo bi pravo na izvanredni otkaz iz toga određenog važnog razloga, no ne i iz kojega drugog važnog razloga. Za pojedine trajne obvezne odnose, pravo na izvanredni otkaz iz važnog razloga ograničeno je prekluzivnim rokom prema posebnim zakonskim odredbama.¹⁰⁵

Dok se redovni otkaz može dati iz bilo kojega razloga pa i bez posebnih razloga, opća pretpostavka izvanrednog otkaza postojanje je važnog razloga za izvanredni otkaz trajnoga obveznog odnosa. U poredbenom pravu prijeporno je kakve učinke proizvodi izvanredni otkaz ako je on izjavljen bez postojanja važnog razloga. Prema prevladavajućem gledištu u švicarskom pravu, takav otkaz ne proizvodi pravne učinke, a trajni obvezni odnos u povodu takvog otkaza ne prestaje, već se nastavlja i dalje.¹⁰⁶ Argumentirano je i suprotno gledište prema kojemu bi trajni obvezni odnos prestajao i kad je izvanredni otkaz dan bez postojanja važnog razloga.¹⁰⁷ Prema prevladavajućem gledištu njemačkog prava, izvanredni otkaz dan bez postojanja važnog razloga ne proizvodi pravne učinke kao izvanredni otkaz, ali se preobražava u redovni otkaz pod pretpostavkom da je strana koja ga je izjavila u svakom slučaju htjela prestanak trajnoga obveznog odnosa.¹⁰⁸ To je gledište prihvatljivo i za hrvatsko pravo, posebno jer se takva rješenja pronalaze i u pojedinim posebnim odredbama kojima je uređen izvanredni prestanak pojedinih trajnih obveznih odnosa.¹⁰⁹

Važan razlog za izvanredni otkaz trajnoga obveznog odnosa mora postojati u trenutku u kojemu je izvanredni otkaz izjavljen. Naknadno otpadanje važnog razloga načelno ne utječe na prestanak trajnoga obveznog odnosa u trenutku primitka izvanrednog otkaza. Iznimke od tog pravila predviđene su posebnim odredbama za pojedine trajne obvezne odnose.¹¹⁰

Kad se izvanredni otkaz iz važnog razloga daje zbog povrede ugovorne obveze,

104 Usp., za švicarsko pravo: Schwenger, I., op. cit. u bilj. 14, str. 8. Za austrijsko pravo: Barta, H., op. cit. u bilj. 14, str. 393. Za njemačko pravo, odredba § 314 st. 3. BGB-a, a u pravnoj književnosti: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 20.-21.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 515; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 4. i 50.-51.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 21.

105 Npr., prema odredbi čl. 961. st. 5. ZOO-a.

106 Vidi: Wolfer, M., loc. cit. u bilj. 14.

107 Tako: Kull, M., *Verbindlichkeit der fristlosen und ungerechtfertigten Kündigung von Dauerschuldverhältnissen*, Schweizerische Juristen-Zeitung, vol. 107, 11/2011, str. 252.

108 Usp.: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 18.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 57.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 25.

109 Npr., prema odredbi čl. 829. st. 3. ZOO-a, ako je izjava o „raskidu“ ugovora o trgovinskom zastupanju sklopljenog na neodređeno vrijeme dana bez važnih razloga, takav se „raskid“ smatra otkazom s redovnim otkaznom rokom.

110 Npr., vidi odredbe prema kojima ugovor koji je otkazan zbog zakašnjenja s plaćanjem ostaje na snazi ako dužnik novčane obveze plati dužni iznos prije nego što mu otkaz bude priopćen: čl. 535. st. 2. ZOO-a za ugovor o zakupu; čl. 564. st. 2. ZOO-a za ugovor o najmu; čl. 59. st. 2. ZL-a za ugovor o *leasingu*; čl. 101. st. 4. ZOSOZP-a za ugovor o zakupu zrakoplova.

prema odredbi § 314. st. 2. BGB-a takav je otkaz dopušten samo nakon bezuspješnog proteka roka određenog za otklanjanje povrede ili nakon bezuspješne opomene.¹¹¹ Pritom se na suvišnost određivanja roka, kao i opomene, odgovarajuće primjenjuju odredbe § 323. st. 2. t. 1. i 2. BGB-a o suvišnosti određivanja primjerenog roka za naknadno ispunjenje prije raskida ugovora. Određivanje roka i opomena suvišni su i prema odredbi § 314. st. 2. BGB-a u slučaju postojanja posebnih okolnosti koje uz odmjeravanje interesa obje strane opravdavaju trenutni otkaz. Ovo rješenje poželjno je prihvatiti i za hrvatsko pravo. Analogijom je na izvanredni otkaz iz važnog razloga moguće primijeniti odredbu čl. 362. st. 2. ZOO-a o obvezi ostavljanja dužniku primjerenoga naknadnog roka te odredbu čl. 364. ZOO-a o suvišnosti ostavljanja primjerenog roka kad je očito da dužnik neće ispuniti svoju obvezu. Posebnim je odredbama za pojedine trajne obvezne odnose predviđeno obvezno ostavljanje primjerenog roka,¹¹² kao i upućivanje opomene,¹¹³ prije davanja izvanrednog otkaza.

Važan razlog za izvanredni otkaz trajnoga obveznog odnosa može biti i važna promjena okolnosti u obveznom odnosu i nastupanje nepredviđenih okolnosti.¹¹⁴ U švicarskom pravu drži se da su opća pravila o izvanrednom otkazu iz važnog razloga u tom pogledu, tzv. pravila prilagodbe (njem. *Anpassungsregeln*), odnosno pravila o izmjeni obveznog odnosa zbog promijenjenih okolnosti.¹¹⁵ U austrijskom pravu drži se da pravila o izvanrednom otkazu zbog promijenjenih okolnosti kao važnog razloga imaju prednost pred pravilima o raskidu ugovora zbog promijenjenih okolnosti.¹¹⁶ U njemačkom je pravu odredbom § 313. st. 3. BGB-a predviđeno da u trajnim obveznim odnosima na mjesto prava na raskid zbog promijenjenih okolnosti stupa pravo na otkaz. Međusoban odnos takvog otkaza trajnog obveznog odnosa zbog promijenjenih okolnosti u smislu odredaba § 313. BGB-a i izvanrednog otkaza iz važnog razloga u smislu odredaba § 314. BGB-a je prijeporan.¹¹⁷ Slično stajalištu njemačkog prava, u hrvatskom bi pravu odredbe čl. 369. – 372. ZOO-a na trajne obvezne odnose trebalo primjenjivati na način da se zbog izvanrednih okolnosti u smislu odredbe čl. 369. st. 1. ZOO-a može, umjesto izmjene ili raskida, zahtijevati izmjena ili izvanredni otkaz trajnoga obveznog odnosa.

111 Vidi o tome: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 15.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 4.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 16.; Schulze, R. u: Schulze BGB, § 314, odl. 5.

112 Npr., prema odredbama: čl. 26. st. 1. t. 2. i čl. 27. ZZKPP-a.

113 Npr., prema odredbama: čl. 533. ZOO-a, čl. 535. st. 1. ZOO-a, čl. 562. ZOO-a, čl. 19. st. 2. ZNS-a, čl. 26. st. 1. t. 1. ZZKPP-a i čl. 26. st. 1. t. 2. ZZKPP-a.

114 Vidi, za švicarsko pravo: Schwenger, I., op. cit. u bilj. 14, str. 232.; za austrijsko pravo: supra u bilj. 72.; za njemačko pravo: supra u bilj. 78. Promijenjene okolnosti naznačene su kao primjer važnog razloga i za „raskid“ ugovora o trgovinskom zastupanju sklopljenog na neodređeno ili određeno vrijeme u čl. 829. st. 1. ZOO-a.

115 Tako: Bucher, E., OR-AT, str. 395.; Gauch, P. et al., OR-AT I, str. 276.; Maurenbrecher, B., Das Darlehen als Dauerschuldverhältnis, Recht, vol. 21, 5/2003, str. 184.; Schwenger, I., op. cit. u bilj. 14, str. 232.

116 Tako: Pletzer, R. u: ABGB-ON, str. 1894.; Weber, A., op. cit. u bilj. 14, str. 15.-16.

117 Vidi: Flume, W., op. cit. u bilj. 14, str. 514.; Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 3. i 14.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 508.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 1.; Unberath, H. u: BeckOK Komm, § 313, odl. 23.

Kao i redovni otkaz, i izvanredni otkaz iz važnog razloga djeluje *pro futuro* i njime trajna obveza prestaje, a može se zahtijevati ispunjenje obveza dospjelih prije nego je trajna obveza prestala izvanrednim otkazom iz važnog razloga. Za razliku od redovnog otkaza koji načelno ne dovodi do odgovornosti za štetu, osim ako je dan u nevrjeme, pravo na izvanredni otkaz iz važnog razloga načelno ne isključuje odgovornost za štetu.¹¹⁸ S jedne strane, ako je važan razlog za izvanredni otkaz povreda ugovorne obveze koju je učinila strana kojoj je otkaz priopćen, strana koja je dala otkaz može zahtijevati i naknadu štete prouzročene povredom ugovorne obveze. S druge strane, ako je važan razlog za izvanredni otkaz okolnost koja je povezana s osobom ugovorne strane koja je dala otkaz i zbog koje okolnosti nastavak trajnog obveznog odnosa nije moguć za obje strane, zahtjev za naknadom štete zbog prestanka trajnog obveznog odnosa mogla bi postaviti i strana kojoj je priopćen izvanredni otkaz. Pitanje odgovornosti za štetu prouzročenu drugoj strani u oba slučaja valja ocjenjivati prema općim pravilima o odgovornosti za štetu.

Izvanrednim otkazom iz važnog razloga bi prema iznesenom gledištu mogao prestati svaki trajni obvezni odnos, neovisno o tomu je li on sklopljen na neodređeno ili na određeno vrijeme. Osim izvanrednim otkazom iz važnog razloga kao izvanrednim načinom prestanka svakoga trajnog obveznog odnosa, trajni obvezni odnosi mogu na izvanredan način prestati i izvanrednim otkazom iz ugovorenih razloga, odnosno iz razloga koji su ugovorom određeni kao važni za izvanredni otkaz. Ugovorne strane slobodne su ugovorom odrediti zbog kojih razloga njihov trajni obvezni odnos može prestati u općim granicama stranačke autonomije i posebnim granicama predviđenim kogentnim zakonskim normama za pojedine trajne obvezne odnose.¹¹⁹ Ugovorom kojim se zasniva trajni obvezni odnos na određeno vrijeme dopušteno je ugovoriti i klauzule kojima se paušalizira zahtjev za naknadom štete zbog prijevremenog prestanka trajnoga obveznog odnosa otkazom.¹²⁰

4. PRESTANAK TRAJNIH OBVEZNIH ODNOSA JEDNOSTRANIM RASKIDOM

Izneseno stajalište švicarskog, austrijskog i njemačkog prava o tomu da na mjesto prava na jednostrani raskid u trajnim obveznim odnosima stupa pravo na izvanredni otkaz iz važnog razloga, kao i argumentirano gledište o prihvatljivosti istovjetnog stajališta i za hrvatsko pravo, odnosi se na prestanak trajnoga obveznog odnosa u kojemu se započelo s ispunjavanjem trajne obveze koja za predmet ima trajnu činidbu.

118 U njemačkom pravu to proizlazi i iz odredbe § 314 st. 4. BGB-a, prema kojoj ovlaštenje zahtijevati naknadu štete nije isključeno otkazom iz važnog razloga. Vidi: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 3. i 24.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 515.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 4. i 58.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 27.; Schulze, R. u: Schulze BGB, § 314, odl. 6.

119 Tako za švicarsko pravo: Wolfer, M., loc. cit. u bilj. 14. Za austrijsko pravo: Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 14, str. 229.

120 Iz hrvatske sudske prakse vidi: VSRH, Rev-2268/00-2 od 22. listopada 2003., dostupno na: SuPra, 15. siječnja 2018.

Trajni obvezni odnosi, neovisno o tomu jesu li zasnovani na neodređeno ili određeno vrijeme, mogu osim izvanrednim otkazom iz važnog razloga s djelovanjem samo *pro futuro*, prestati i jednostranim raskidom, no samo ako se on izjavljuje u trenutku u kojem se još nije započelo s ispunjavanjem trajne obveze koja za predmet ima trajnu činidbu.¹²¹ Primjerice, ugovor o najmu može prije predaje predmeta najma na izvanredan način prestati jednostranim raskidom koji bi najmoprimac izjavio zbog najmodavčevog zakašnjenja s ispunjenjem obveze predaje predmeta najma. Prema općim odredbama o učincima raskida iz čl. 368. ZOO-a, najmoprimac bi imao pravo zahtijevati vraćanje predujmljene najamnine.

Potrebno je naglasiti da u trajnim obveznim odnosima koji za gospodarsku svrhu imaju privremeno prepuštanje predmeta ugovora najmanje radi uporabe prestankom trajne obveze dospijeva ugovorna obveza vraćanja predmeta ugovora. Obveza vraćanja predmeta ugovora proizlazi iz vremenski ograničene uporabe predmeta ugovora te ovdje nije riječ o obvezi vraćanja onog što je dano na ime ispunjenja u smislu odredbe čl. 368. st. 2. ZOO-a. Obveza vraćanja predmeta ugovora dospijeva u trenutku prestanka trajnoga obveznog odnosa neovisno o tomu je li taj odnos prestao protekom vremena, redovnim otkazom, izvanrednim otkazom iz važnog razloga ili jednostranim raskidom u iznimnim slučajevima.

Ako se već započelo s ispunjavanjem trajne obveze koja za predmet ima trajnu činidbu, samo je u rijetkim iznimnim slučajevima moguće jednostrano raskinuti ugovor, a to su slučajevi u kojima je temeljem načela savjesnosti i poštenja opravdano te bez većih poteškoća moguće, zbog toga što se trajni obvezni odnos nalazi tek u početnom stadiju, u potpunosti izvršiti vraćanja onog što je dano na ime ispunjenja.¹²²

Kod trajnih obveznih odnosa u kojima trajna obveza za predmet ima ponavljanje jednokratnih činidbi, a takvi se zasnivaju ugovorima o sukcesivnim isporukama u kojima je obveza sukcesivnih isporuka ugovorena kao trajna obveza i koji se stoga ponegdje nazivaju i ugovorima s trajnom isporukom (njem. *Dauerlieferungsverträge*),¹²³ potrebno je razlikovati prestanak pojedine od obveza na jednokratnu činidbu i prestanak trajnoga obveznog odnosa u potpunosti. Tako, primjerice, zakašnjenje s ispunjenjem pojedine od obveza na jednokratnu činidbu proizvodi pravne učinke u pogledu te pojedine obveze,¹²⁴ pa se pod općim pretpostavkama može izjaviti jednostrani raskid

121 Tako za švicarsko pravo: Wiegand, W. u: Basler Komm I, str. 605. Za austrijsko pravo: Bydliński, P. u: KBB Komm, str. 935.; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 89.; Gruber, M. u: ABGB-ON, str. 2035.; Kolmasch, W. u: Schwimann Komm, str. 601.; Riedler, A. u: Apathy, P. i Riedler, A., loc. cit. u bilj. 14. Za njemačko pravo: Ernst, W. u: Münch Komm, § 323, odl. 35.; Gierke, O. von, op. cit. u bilj. 14, str. 387.

122 Tako za njemačko pravo: Gaier, R. u: Münch Komm, op. cit. u bilj. 14, § 314, odl. 3.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, loc. cit. u bilj. 14, Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, op. cit. u bilj. 14, § 314, odl. 24.; Schulze, R. u: Schulze BGB, loc. cit. u bilj. 14.

123 Usp., za austrijsko pravo: Barta, H., op. cit. u bilj. 14, str. 388.; Dullinger, S., op. cit. u bilj. 14, str. 43. Za njemačko pravo: Gaier, R. u: Münch Komm, § 314, odl. 8.; Gehrlein, M. u: BeckOK Komm, § 311, odl. 14.; Gierke, O. von, op. cit. u bilj. 14, str. 362.; Heinrichs, H. u: Palandt Komm, str. 514.; Krebs, P. i Jung, S. u: Nomos Komm, § 314, odl. 15.; Lorenz, S. u: BeckOK Komm, § 314, odl. 6.; Stadler, A. u: Jauernig Komm, § 311, odl. 14.; Zerres, T., op. cit. u bilj. 14, str. 97.

124 Tako za njemačko pravo: Gehrlein, M. u: BeckOK Komm, § 311, odl. 15.; Lorenz, S. u:

koji se odnosi samo na tu pojedinu obvezu. Učinak takvoga jednostranog raskida prestanak je dužnikove obveze na tu pojedinu jednokratnu činidbu i nastanak obveze vraćanja vjerovniku onoga što je on ispunio na ime protučinidbe za tu pojedinu jednokratnu činidbu. Zakašnjenje s ispunjenjem pojedine jednokratne činidbe može biti i važan razlog za izvanredni otkaz s djelovanjem *pro futuro*.¹²⁵ U tom slučaju trajni obvezni odnos prestaje pa prestaju i obveze na pojedine jednokratne činidbe koje su po redovnom tijeku stvari trebale dospjeti u budućnosti, dok je vjerovnik ovlašten zahtijevati ispunjenje dospjele obveze na pojedinu jednokratnu činidbu s čijim se ispunjenjem dužnik našao u zakašnjenju. Samo u rijetkim iznimkama vjerovnik bi mogao zahtijevati prestanak trajnog obveznog odnosa *ab initio*, osobito ako on zbog zakašnjenja s ispunjenjem jedne pojedine jednokratne činidbe više nema interesa ni za već ispunjene jednokratne činidbe.¹²⁶ U takvim iznimnim slučajevima može se izjaviti jednostrani raskid koji će za učinak imati obvezu vraćanja onoga što su ugovorne strane ispunile prije jednostranog raskida. Pravo na jednostrani raskid takvih trajnih obveznih odnosa u hrvatskom pravu proizlazi primjenom odredbe čl. 365. st. 2. ZOO-a analogijom, a ne neposrednom primjenom te odredbe. Naime, odredbe čl. 365. ZOO-a o raskidu ugovora s uzastopnim obvezama izravno se primjenjuju na ugovore s uzastopnim obvezama koji nisu zasnovani kao trajni obvezni odnosi, pa tako i na ugovor o sukcesivnim isporukama u kojemu obveza sukcesivnih isporuka nije ugovorena kao trajna obveza, već kao ukupna obveza isporuke s unaprijed određenim i ograničenim brojem pojedinih isporuka i brojem dijelova ili obroka protučinidbe.

5. ZAKLJUČAK

Opće uređenje prestanka trajnih obveznih odnosa sadržano je u hrvatskom pravu u odredbama čl. 211. i čl. 212. ZOO-a, a ono je osobitost hrvatskoga prava u usporedbi sa švicarskim, austrijskim i njemačkim pravom u kojima takvo opće uređenje nije sadržano. Trajni obvezni odnos može biti zasnovan na određeno ili na neodređeno vrijeme. Trajni obvezni odnos zasnovan na neodređeno vrijeme na redovan način prestaje redovnim otkazom uređenim odredbama čl. 212. ZOO-a. Trajni obvezni odnos zasnovan na određeno vrijeme na redovan način prestaje protekom vremena, a može prestati i redovnim otkazom ako je ugovoreno pravo na redovni otkaz. Protek vremena i redovni otkaz dovode do prestanka trajnoga obveznog odnosa s učincima *ex nunc*.

Svaki trajni obvezni odnos, neovisno o tomu je li zasnovan na neodređeno ili na određeno vrijeme, može na izvanredan način prestati izvanrednim otkazom iz važnog razloga. 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. Važan razlog za izvanredni

BeckOK Komm, § 280, odl. 68.

125 Tako za njemačko pravo: *ibid*.

126 Tako za švicarsko pravo: Schwenzer, I., *op. cit.* u bilj. 14, str. 407.; Wiegand, W. u: Basler Komm I, str. 606.

otkaz postoji ako su nastupile izvanredne okolnosti zbog kojih se uz uvažavanje svih okolnosti pojedinog slučaja i odmjeravanje interesa obje strane ne može razumno očekivati nastavak trajnog obveznog odnosa. Važan razlog može biti povreda ugovorne obveze, ali i druga okolnost koja nema obilježje povrede ugovorne obveze. Pored toga što i za hrvatsko pravo vrijedi da trajni obvezni odnos može prestati izvanrednim otkazom iz važnog razloga i kad pravo na takav otkaz nije ugovoreno, na izvanredni način trajni obvezni odnos može prestati i izvanrednim otkazom iz ugovorenog važnog razloga. Na izvanredni otkaz iz važnog razloga analogijom je potrebno odgovarajuće primijeniti opće odredbe čl. 212. ZOO-a o redovnom otkazu, uz uvažavanje posebnosti izvanrednog otkaza prema redovnom otkazu.

Za prevladavajuće gledište hrvatske pravne književnosti, prema kojemu trajni obvezni odnosi u slučaju povrede ugovorne obveze mogu prestati jednostranim raskidom koji bi djelovao samo *pro futuro*, ne postoji u hrvatskom pravu *de lege lata* odgovarajuće uporište. U trajnim obveznim odnosima u kojima se započelo s ispunjavanjem trajne obveze na mjesto prava na jednostrani raskid stupa pravo na izvanredni otkaz iz važnog razloga.

Jednostranim raskidom s učincima iz čl. 368. ZOO-a mogao bi prestati trajni obvezni odnos u kojem se još nije započelo s ispunjavanjem trajne obveze. Jednostrano je moguće raskinuti trajni obvezni odnos i u iznimnim slučajevima u kojima je bez većih poteškoća moguće, zbog toga što se odnos nalazi u početnom stadiju, u potpunosti izvršiti vraćanja onog što je dano na ime ispunjenja, ako je to opravdano na temelju načela savjesnosti i poštenja.

Trajni obvezni odnosi zasnovani ugovorima s trajnom isporukom, odnosno ugovorima o sukcesivnim isporukama kojim je ugovorena obveza isporuke kao trajna obveza, mogu na redovni način prestati protekom vremena ili redovnim otkazom, a na izvanredan način izvanrednim otkazom iz važnog razloga. Kod tih je ugovora potrebno razgraničiti prestanak obveznog odnosa u njegovoj ukupnosti, a kojim prestaje i karakteristična trajna obveza uzastopnih isporuka, od prestanka obveze na pojedinu isporuku. Obveza na pojedinu od uzastopnih isporuka može prestati i jednostranim raskidom koji za posljedicu nema prestanak obveznog odnosa u njegovoj ukupnosti. Iznimno, uz odgovarajuću primjenu odredbe čl. 365. st. 2. ZOO-a analogijom, moguće je raskinuti ugovor s trajnom isporukom i u pogledu već ispunjenih obveza na pojedine isporuke. Od ugovora s trajnom isporukom potrebno je razlikovati ugovore s uzastopnim isporukama u kojima je opseg obveze uzastopnih isporuka unaprijed određen i ograničen brojem pojedinih isporuka, a koji ulaze u polje neposredne primjene odredaba čl. 365. ZOO-a o raskidu ugovora s uzastopnim obvezama.

LITERATURA

A. Knjige

1. Apathy, P. i Riedler, A., *Bürgerliches Recht – Band III – Schuldrecht – Besonderer Teil*, Springer, Wien – New York, 2010.
2. Bamberger, H. G., Roth, H., Hau, W. i Poseck, R., *BeckOK BGB*, Verlag C. H. Beck, München, 2017.

3. Barta, H. (ur.), *Zivilrecht – Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, Facultas Verlags- und Buchhandels, Wien, 2004.
4. Binder, A., Geiser, T. i Roberto, V., *Einführung ins Privatrecht*, Universität St. Gallen, St. Gallen, 2008.
5. Blagojević, B. T. i Krulj, V. (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – I. knjiga, Savremena administracija*, Beograd, 1983.
6. Bucher, E., *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988.
7. Bydlinsky, F., *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wirtschafts Universität Wien, Wien, 2003.
8. Bydlinski, P., *Bürgerliches Recht – Band I – Allgemeiner Teil*, Springer, Wien – New York, 2007.
9. Cigoj, S., *Komentar obligacijskih razmerij - I. knjiga*, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984.
10. Cigoj, S., *Komentar obligacijskih razmerij - II. knjiga*, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984.
11. Crnić, I., *Zakon o obveznim odnosima – Opsežna sudska praksa, napomene i komentari, detaljno abecedno kazalo pojmova*, Organizator, Zagreb, 2016.
12. Dauner-Lieb, B. i Langen, W. (ur.), *BGB – Schuldrecht – Band 2, Nomos*, Baden-Baden, 2016.
13. Dullinger, S., *Bürgerliches Recht – Band II – Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, Springer, Wien – New York, 2010.
14. Đorđević, Ž. S. i Stanković, V. S., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1986.
15. Flume, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft*, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg, 1992.
16. Gauch, P., *System der Beendigung von Dauerverträgen*, Universitätsverlag Freiburg, Freiburg, 1968.
17. Gauch, P., Schlupe, W. R., Schmid, J. i Rey, H., *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – Band I*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998.
18. Gauch, P., Schlupe, W. R., Schmid, J. i Rey, H., *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – Band II*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998.
19. Gorenc, V. (red.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRiF Plus*, Zagreb, 2005.
20. Gorenc, V. (red.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine*, Zagreb, 2014.
21. Gorenc, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom, RRIF Plus*, Zagreb, 1998.
22. Gorenc, V., Kačer, H., Momčinović, H., Slakoper, Z., Vukmir, B. i Belanić, L., *Obvezno pravo – Posebni dio I. – Pojedini ugovori*, Novi informator, Zagreb, 2012.
23. Gschnitzer, F., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Springer Verlag, Wien, 1966.
24. Gschnitzer, F., *Schuldrecht - Besonderer Teil und Schadenersatz*, Springer Verlag, Wien, 1963.
25. Honsell, H., Vogt, N. P. i Wiegand, W. (ur.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, Helbing & Lichtenhahn, Basel – Genf – München, 2003.
26. Kačer, H., Radolović, A. i Slakoper, Z., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Poslovni zbornik*, Zagreb, 2006.
27. Klarić, P. i Vedriš, M., *Gradansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2009.
28. Kletečka, A. i Schauer, M. (ur.), *ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2010.
29. Konstantinović, M., *Obligacije i ugovori – Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1969.
30. Koziol, H., Bydlinski, P. i Bollenberger, R. (ur.), *Kurzkommentar zum ABGB*, Springer, Wien – New York, 2010.

31. Krüger, W. (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2 – Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck, München, 2016.
32. Larenz, K. i Canaris, C.-W., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer-Verlag, Berlin – Heidelberg, 1995.
33. Markesinis, B., Unberath, H. i Johnston, A., The German Law of Contract – A Comparative Treatise, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2006.
34. Markovinović, H., Ugovor o cesiji, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005.
35. Oetker, H., Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Mohr Siebeck, Tübingen, 1994.
36. Oetker, H. i Maultzsch, F., Vertragliche Schuldverhältnisse, Springer, Berlin – Heidelberg – New York, 2013.
37. Palandt, O. (red.), Palandt - Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C. H. Beck, München, 2003.
38. Perović, S. i Stojanović, D. (red.), Komentar Zakona o obligacionim odnosima – Knjiga prva, Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet Kragujevac, Novi Sad, 1980.
39. Perović, S. i Stojanović, D., Komentar Zakona o obligacionim odnosima – Knjiga druga, Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet Kragujevac, Novi Sad, 1980.
40. Radišić, J., Obligaciono pravo – Opšti deo, Savremena administracija, Beograd, 1990.
41. Schulze, R. (ur.), Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, Nomos, Baden-Baden, 2017.
42. Schwenger, I., Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Stämpfli Verlag, Bern, 2003.
43. Schwimann, M. (ur.), ABGB Taschenkommentar, LexisNexis Verlag, Wien, 2010.
44. Slakoper, Z. (ur.), Sudska praksa 1980. – 2005. i bibliografija radova uz Zakon o obveznim odnosima, RRiF Plus, Zagreb, 2005.
45. Slakoper, Z., Gorenc, V. i Bukovac Puvača, M., Obvezno pravo – Opći dio – Sklapanje, promjene i prestanak ugovora, Novi informator, Zagreb, 2009.
46. Stürner, R. (red.), Jauernig - Bürgerliches Gezetzbuch: Kommentar, C. H. Beck, München, 2015.
47. Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima – Knjiga I – Član 1 - 157, Riječka tiskara, Zagreb, 1978.
48. Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima – Knjiga II – Član 158 - 453, Riječka tiskara, Zagreb, 1978.
49. Vizner, B., Kapor, V. i Carić, S., Ugovori građanskog i privrednog prava, Riječka tiskara, Rijeka, 1971.
50. Weber, A., Der “wichtige Grund” für Gesellschafterausschluss und Geschäftsführerabberufung, Verlag Österreich, Wien, 2016.
51. Werner Lange, K., Schuldrecht AT, C. H. Beck, Bayreuth, 2012.
52. Zeres, T., Bürgerliches Recht, Springer, Berlin – Heidelberg, 2010.

B. Članci i poglavlja u knjizi

1. Gierke, O. von, Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, vol. 64, 1914., str. 355.-411.
2. Kull, M., Verbindlichkeit der fristlosen und ungerechtfertigten Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, Schweizerische Juristen-Zeitung, vol. 107, 11/2011, str. 245.-253.
3. Maurenbrecher, B., Das Darlehen als Dauerschuldverhältnis, Recht, vol. 21, 5/2003, str. 180.-192.
4. Miladin, P., Odnos kondikcijskog i drugih srodnih imovinskopravnih zahtjeva, u: Uzelac, A., Garašić, J. i Maganić, A. (ur.), Djelotovorna pravna zaštita u pravičnom postupku – Liber amicorum Mihajlo Dika, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013., str. 1083.-1105.

5. Možina, D., Razdor, odpoved in odstop od pogodbe, *Pravni letopis*, vol. 4, 2011., str. 57.-73.
6. Slakoper, Z., Raskid ugovora zbog zakašnjenja i neispunjenja, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 24, 3/2003, str. 525.-552.
7. Slakoper, Z., Što je pravni posao?, *Informator*, br. 6509/2018, str. 6.-7.
8. Wolfer, M., Die vertragliche Regelung der Vertragsauflösung „aus wichtigem Grund“, *Aktuelle Juristische Praxis*, vol. 23, 5/2014, str. 621.-626.

C. Propisi

1. Građanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002*), BGBl I br. 2/02., s posljednjom izmjenom od 20. srpnja 2017., BGBl I br. 52/17.
2. Opći građanski zakonik (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*), JGS br. 946/1811., s posljednjom izmjenom od 7. prosinca 2017., BGBl I br. 161/17.
3. Pomorski zakonik, NN br. 181/04., 76/07., 146/08., 61/11., 56/13. i 26/15.
4. Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90., 135/97., 8/98. – pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01. – ispravak, 76/10., 85/10. – pročišćeni tekst i 5/14. – odluka Ustavnog suda br. SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014.
5. Zakon o leasingu, NN br. 141/13.
6. Zakon o najmu stanova, NN br. 91/96., 48/98., 66/98. i 22/06.
7. Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu, NN br. 132/98., 63/08., 134/09. i 94/13.
8. Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15. i 29/18.
9. Zakon o obveznim odnosima, Sl. I. SFRJ br. 29/78., 39/85. i 57/89., NN br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01.
10. Zakon o obveznom pravu (*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
11. Zakon o poljoprivrednom zemljištu, NN br. 20/18.
12. Zakon o radu, NN br. 93/14. i 127/17.
13. 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.
14. Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora, NN br. 125/11. i 64/15.

D. Sudska praksa

1. Privredni sud Hrvatske, Pž-2677/91 od 17. studenog 1992., objavljena u: *Informator*, 4285/1995.
2. Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-2244/13 od 11. siječnja 2017., objavljena u: *Informator*, 6505/2018.
3. Vrhovni sud Republike Hrvatske, II Rev 44/1996 od 11. srpnja 1996., objavljena u: Slakoper, Z. (ur.), *Sudska praksa 1980. – 2005. i bibliografija radova uz Zakon o obveznim odnosima*, RRiF Plus, Zagreb, 2005., str. 275.
4. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-2268/00-2 od 22. listopada 2003., dostupno na: Vrhovni sud Republike Hrvatske, *Sudska praksa – Portal sudske prakse*, <<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>>, 15. siječnja 2018.
5. Vrhovni sud Republike Hrvatske, II Rev 77/01-2 od 24. lipnja 2004., dostupno na: Vrhovni sud Republike Hrvatske, *Sudska praksa – Portal sudske prakse*, <<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>>, 15. siječnja 2018.

6. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gzz 79/05-2 od 12. siječnja 2006., dostupno na: Vrhovni sud Republike Hrvatske, Sudska praksa – Portal sudske prakse, <<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>>, 15. siječnja 2018.
7. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revt 141/06-2 od 3. listopada 2007., dostupno na: Vrhovni sud Republike Hrvatske, Sudska praksa – Portal sudske prakse, <<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>>, 15. siječnja 2018.
8. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 716/07-2 od 27. veljače 2008., dostupno na: Vrhovni sud Republike Hrvatske, Sudska praksa – Portal sudske prakse, <<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>>, 15. siječnja 2018.
9. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-x 528/10-2 od 22. rujna 2010., dostupno na: Vrhovni sud Republike Hrvatske, Sudska praksa – Portal sudske prakse, <<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>>, 15. siječnja 2018.
10. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revt 304/11-2 od 4. travnja 2012., dostupno na: Vrhovni sud Republike Hrvatske, Sudska praksa – Portal sudske prakse, <<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>>, 15. siječnja 2018.
11. Županijski sud u Varaždinu, Gž.428/07-2 od 8. svibnja 2007., dostupno na: Vrhovni sud Republike Hrvatske, Sudska praksa – Portal sudske prakse, <<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>>, 15. siječnja 2018.

Ivan Tot*

Summary

TERMINATION OF CONTINUING OBLIGATIONS

The paper deals with the general rules on termination of continuing obligation relationships which are in Croatian law contained in the provisions of Art. 211 and Art. 212 of the Law on Obligations. According to these general rules, the passing of time is the regular way of termination of fixed-term continuing obligation relationships, while termination by notice is the regular way of termination of continuing obligation relationships concluded for indefinite period of time. Both of the regular ways of termination of continuing obligation relationships have effects only *pro futuro* and, unlike the unilateral revocation, they do not result with the obligation to return what was received as performance before the termination of continuing obligation relationship. A prevailing standpoint of the Swiss, Austrian and German law is that any continuing obligation relationship may be terminated by extraordinary termination by notice for an important reason. By contrast, Croatian law prevails on the view that continuing obligation relationships are terminated extraordinarily by unilateral revocation, with the effects of the termination of the continuing obligation relationship being teleologically reduced only to the *ex nunc* effects. The aim of this paper is to re-examine this predominant standpoint of Croatian law. The paper argues that in Croatian law every continuing obligation relationship is terminated in an extraordinary manner by an extraordinary termination by notice for an important reason, not by unilateral revocation.

Keywords: *continuing obligation relationship, passing of time, termination by notice, extraordinary termination by notice, revocation.*

Zusammenfassung

ERLÖSCHEN DER SCHULDVERHÄLTNISSE

Dieser Beitrag setzt sich mit der allgemeinen Regelung des Erlöschens der Schuldverhältnisse ein, welche im kroatischen Recht durch die Bestimmungen der Art. 211 und Art. 212 des Schuldrechtgesetzes reguliert ist. Gemäß dieser Regelung gelten die Schuldverhältnisse mit fester Laufzeit in ordentlicher Weise nach deren Ablauf als erloschen, während die auf unbestimmte Zeit eingegangenen Schuldverhältnisse in ordentlicher Weise durch Kündigung erlöschen. Die beiden Arten des Erlöschens

* Ivan Tot, Ph. D., Postdoctoral student, Faculty of Economics, University of Zagreb, Department of Law; itot@net.efzg.hr.

von Schuldverhältnissen haben ausschließlich pro futuro Auswirkungen und unterscheiden sich von der einseitigen Vertragsauflösung dadurch, dass aus ihnen keine Verpflichtung zur Rückgabe der erhaltenen Leistung vor dem Erlöschen des Schuldverhältnisses entsteht. Im schweizerischen, österreichischen und deutschen Recht gilt die Ansicht, dass Dauerschuldverhältnisse in außerordentlicher Weise durch die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund erlöschen. Demgegenüber herrscht im kroatischen Recht die Ansicht, dass Dauerschuldverhältnisse in außerordentlicher Weise durch die einseitige Vertragsauflösung erlöschen, wobei die Auswirkungen der Vertragsauflösung eines Dauerschuldverhältnisses teleologisch nur auf die Auswirkungen ex nunc zurückzuführen sind. Das Ziel dieses Beitrags ist es, diese herrschende Ansicht im kroatischen Recht nachzuprüfen. Im Beitrag wird die Ansicht argumentiert, dass jedes Dauerschuldverhältnis in außerordentlicher Weise nicht durch die einseitige Vertragsauflösung, sondern durch die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund erlischt.

Schlüsselwörter: *Dauerschuldverhältnisse, Zeitablauf, Kündigung, außerordentliche Kündigung, Vertragsauflösung.*

Riassunto

LA CESSAZIONE DEI RAPPORTI OBBLIGATORI DI DURATA

Il lavoro tratta della disciplina generale riguardante la cessazione dei rapporti obbligatori di durata che nel diritto croato è regolata agli artt. 211 e 212 della Legge sui rapporti obbligatori. In base a tale disciplina generale, il trascorrere del tempo rappresenta la modalità tipica della cessazione dei rapporti obbligatori di durata conclusi per un tempo definito; mentre il recesso costituisce il modo regolare di cessazione dei rapporti obbligatori di durata conclusi per un tempo indeterminato. Entrambe queste ordinarie modalità di cessazione dei rapporti obbligatori di durata sortiscono effetti soltanto pro futuro ed a differenza della risoluzione unilaterale non fanno sorgere alcuna pretesa di ripetizione fondata sull'adempimento precedente alla cessazione del rapporto obbligatorio. Nel diritto svizzero, austriaco e tedesco prevale l'orientamento in base al quale ogni rapporto obbligatorio di durata può terminare in via straordinaria con recesso straordinario per giustificato motivo. Al contrario, nel diritto croato prevale l'orientamento in base al quale i rapporti obbligatori di durata cessano in via straordinaria mediante risoluzione unilaterale. Ne deriva che gli effetti della risoluzione del rapporto obbligatorio di durata vengono ricondotti in via teleologica ai soli effetti ex nunc. Lo scopo del lavoro è interrogarsi sulla bontà di tale orientamento nel diritto croato. Nel lavoro si argomenta la tesi in base alla quale anche nel diritto croato ogni rapporto obbligatorio di durata cesserebbe con recesso straordinario per giustificato motivo e non in seguito a risoluzione.

Parole chiave: *Rapporto obbligatorio di durata, trascorrere del tempo, recesso, recesso straordinario, risoluzione del contratto.*

PRAVNA REGULACIJA POLOŽAJA LOBISTA U EUROPI

Prof. dr. sc. Sanja Barić*
Ana Acinger, mag. iur.**

UDK 328.184(4)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.6>
Ur.: 23. srpnja 2018.
Pr.: 17. rujna 2018.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Pravnu regulaciju lobiranja u Europi autorice prikazuju kroz prizmu Europske unije, ali i međunarodnih organizacija koje djeluju na području Europe te pojedinih država na njezinom teritoriju. Prikazano je i postojanje, odnosno nepostojanje, odgovarajućih propisa, registra transparentnosti i etičkog kodeksa u državama članicama Europske unije, s posebnim naglaskom na onim državama članicama u kojima postoji zakonski propis koji regulira lobiranje te prednosti i nedostaci takvih zakonskih akata.

Ključne riječi: *Europska unija, lobiranje, pravo na slanje predstavki i pritužbi, zakonska regulacija lobiranja, registar transparentnosti.*

1. UVOD

Kada je riječ o pitanju pravne regulacije lobiranja, uočljiva su dva pristupa.¹ Prvi, prema kojem je lobiranje potpuna negacija demokracije (čiji zagovornici smatraju pritom da bi se demokratska volja trebala utjelovljivati jedino kroz demokratski izabrano predstavničko tijelo ili institut poput referendumu koji ima kakvu-takvu narodnu legitimaciju). Drugi, koji lobiranje definira upravo kao demokratsko pravo (u većini država zagwarantirano ustavom kao najvišim pravnim aktom), a koje se očituje u pravu na slanje predstavki i pritužbi tijelima javne vlasti te nastojanju utjecanja na kreatora javnih politika, shvaćene kao pojedince ili grupe. Gledano kroz prizmu liberalne demokracije, postoje četiri načela, jednakog značaja i primjenjivosti za sve države, kojima se zakonodavac treba voditi pri regulaciji lobiranja. Ona su osobito važna u kontekstu Europe kao kontinenta, a potom i kao pravne tvorevine EU-a, budući da se radi o području s velikim kulturološkim, političkim i drugim različitostima. Ta su načela: odgovornost (*accountability*), transparentnost (*transparency*), otvorenost

* Dr. sc. Sanja Barić, redovita profesorica Sveučilišta u Rijeci, Pravnog fakulteta; sbaric@pravri.hr.

** Ana Acinger, mag. iur., odvjetnička vježbenica; ana.acinger@gmail.com.

1 Bitonti, Alberto, Harris, Phil, *Lobbying in Europe, Public Affairs and the Lobbying in 28 EU Countries*, Palgrave Macmillan, United Kingdom, 2017., str. 17.

(*openess*) te pravednost (*fairness*).² Ona korespondiraju s općepoznatim načelima dobre vladavine u EU.³ Odgovornost znači dužnost donositelja javnih odluka da opravdavaju svoje postupke. Minimalna razina odgovornosti podrazumijeva barem dužnost objašnjavanja kako su izabrani na određene pozicije, a visoka razina odgovornosti odnosi se na opravdavanje svakog poteza i svake javno donesene odluke. Kroz transparentnost se omogućuje javno motrenje tijela vlasti, što nesumnjivo doprinosi većoj odgovornosti. Otvorenost bi podrazumijevala uspostavljanje kanala komunikacije tijela javne vlasti sa svim dionicima uključeni, u donošenje pojedine odluke i, posljedično, doprinosi i transparentnosti i odgovornosti. I posljednje načelo, pravednost, zapravo je jamstvo da se pristup i mogućnost sudjelovanja dionika u procesima donošenja odluka odvijaju u pravednim (*fair*) uvjetima. Imajući na umu rečena načela te shvaćajući lobiranje kao „konzistentan i direktan pokušaj utjecaja na proces donošenja odluka“,⁴ ujedno uočavajući da je lobiranje djelatnost koja je u stalnom rastu po broju uključenih subjekata, financijskih sredstava te utjecaju „izlobiranih“ odluka, postaje očita važnost odgovarajuće pravne regulacije ove djelatnosti. U ovom se radu tematizira položaj lobista na razini Europske unije kao cjeline (1), a potom i na razini pojedinih država članica EU-a (2). Naposljetku se razmatra i širi kontekst međunarodnih organizacija na području Europe: Vijeće Europe (3.1.) i OECD (3.2.). Druge jurisdikcije obrađuju se na drugim mjestima.⁵

2. ANALIZA LOBIRANJA U EUROPSKOJ UNIJI

Europska unija, odnosno Bruxelles kao njezino sjedište, meka je raznih interesnih skupina, koje, na ovaj ili onaj način, nastoje utjecati na donošenje ili blokiranje neke odluke pri institucijama EU-a. Implikacije dotičnog čina mogu posredno obuhvatiti znatan broj dionika, no njegovi neposredni učinci zasigurno su i veći. Primjerice, ako se donese propis o poskupljenju nameta na određeni proizvod, a koji se izravno odnosi na proizvođače, učinke toga propisa osjetit će i prerađivači te osnovne sirovine, ali i dobavljači, te, u konačnici, sami potrošači. S druge strane, neki konkurentski proizvod može time profitirati i opet će učinci biti dalekosežniji, no što bi se na prvi pogled moglo zamijetiti. Razvidan je, dakle, učinak prelijevanja s jedno na drugo tržište i brojnost osoba koje će u konačnici osjetiti posljedice. Imajući u vidu tako pojednostavljen, ali važan primjer iz svakodnevice,

2 Ibid., str. 26-27.

3 Commission of the European Communities, *European Governance, A White Paper*, Brussels, 25.7.2001., dostupno na: https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/communication-white-paper-governance-com2001428-20010725_en.pdf, posjećeno 05.01.2018.

4 Franklin B. et al., *Key concepts in public relations*, London: SAGE Los Angeles, 2009, str. 126., dostupno na: https://books.google.hr/books?hl=hr&lr=&id=ND1RVZzu8QsC&oi=fnd&pg=PT1&dq=Franklin+B.+et+al.,+Key+concepts+in+public+relations,+London:+SAGE+Los+Angeles,+2009&ots=HHulllQUqd&sig=VP2he6aOs-p3r_bo8vYiyiBZG_I&redir_esc=y#v=onepage&q=consistent&f=false, posjećeno 05. 01. 2018.

5 Članak „Pravna regulacija položaja lobista u Europi“ nadovezuje se na „Pravnu regulaciju položaja lobista u Sjedinjenim Američkim Državama“, a pravna regulacija lobiranja u Republici Hrvatskoj bit će obrađena kroz zasebnu cjelinu pa će ovdje naglasak biti na ostale države članice EU i institucije EU te na VE i OECD.

moguće je uočiti postojanje različitih, nerijetko oprečnih interesa koji će neminovno u određenom trenutku pokušati utjecati na institucije radi mogućnosti ostvarenja svojih probitaka. Promatrajući prijavljene troškove potrošene na lobiranje, pri samom su vrhu kompanije koje najviše troše *ExxonMobil* i *Shell*, s prijavljenih gotovo pet milijuna eura u 2014. godini.⁶ Visokotehnološku industriju predstavljaju *Microsoft*, *Google*, *Siemens* i *Huawei*, a na listi su se našli i *Dow Chemicals*, *GE* i *Deutsche Bank*. Vidljivo je da na lobiranje najviše troše energetska, tehnološka i financijska industrija, a slijede ih kemijska, farmaceutska i poljoprivredna industrija. Godine 2016. na lobiranje u Bruxellesu potrošeno je rekordnih 1.7 milijardi eura.⁷ Lobiranje u Bruxellesu moglo bi se promatrati i kao „borbu“ između nastojanja očuvanja *statusa quo* i napora civilnog društva za promjenama, a ishod je najčešće negdje u sredini.⁸

2.1. Etape razvoja lobiranja kao profesije u kontekstu promjena unutar Europske unije

Prema Danielu Guéguenu,⁹ jednom od najpoznatijih i najistaknutijih lobista u Europskoj uniji, razlikuju se četiri etape razvoja lobiranja u EU-a koje odgovaraju pojedinoj fazi europske integracije. To su: vrijeme stvaranja (tzv. fuzijsko lobiranje) od 1957. do 1970.; vrijeme oseke (tzv. diplomatsko lobiranje) od 1971. do 1987.; jedinstveno tržište (tzv. strateško lobiranje) od 1988. do 2005. te „Europa 30 nacija“ (tzv. transverzalno lobiranje) od 2006. do danas. Obilježje je prve etape da je to vrijeme nastanka Europske ekonomske zajednice (1958.), na temelju Rimskih ugovora iz 1957. godine, kojima je, uz spomenutu, osnovana i Europska zajednica za atomsku energiju – Euratom. To je razdoblje „intenzivne legislativne i regulatorne aktivnosti obilježeno stvaranjem, tzv. Zajedničke poljoprivredne politike (*CAP*), provedbom preferencija Zajednice i osnivanjem organizacija Zajedničkog tržišta (za žito, meso, šećer itd.)“.¹⁰ Najistaknutije ličnosti ove etape su Henri Cayre¹¹ te André Herlistka,¹² koji se smatraju „simbolima fuzijskog lobiranja“. U sljedećoj etapi, u takozvanom vremenu oseke, dolazi do zastoja u aktivnostima EEZ-a te se pojavljuje nova vrsta

6 Bitonti, A., Harris, Ph., *Lobbying ...*, op. cit., str. 39.

7 Big East-West skew in record EU lobbying bonanza, Politico, dostupno na: <https://www.politico.eu/article/transparency-register-analysis-lobbying-east-west-skew-european-union/>, posjećeno 1.3.2018.

8 Bitonti, A., Harris, Ph., *Lobbying ...*, op. cit., str. 38-41.

9 Guéguen, Daniel, *Europsko lobiranje*, Miropictures i Novum, Zagreb, 2007., str. 15-17.

10 Ibid., str. 15.

11 Henry Cayre, predvodnik europskog sektora šećerne repe i utemeljitelj Europskog informacijskog servisa te pionir modernog lobiranja, „tipični poljoprivredni govornik s talentom da iskoristi sve prednosti političkog svijeta“, Chalmin, Philippe, *The Making of a Sugar Giant: Tate and Lyle, 1859-1989.*, str. 465., dostupno na: https://books.google.hr/books?id=bOPogF8v9-kC&pg=PA465&lpg=PA465&dq=henri+cayre+who+was+he&source=bl&ots=kHiOh7QRvG&sig=RDdtpcs6n-c86mDU7HPhgYTBsG4&hl=hr&sa=X&ved=0ahUKewiSj_jFm-XZAhVDICwKHcVHAeOQ6AEIJAA#v=onepage&q=henri%20cayre%20who%20was%20he&f=false, posjećeno 28.02.2018.

12 André Herlistka, generalni tajnik Udruženja profesionalnih poljoprivrednih organizacija i vrstan poznavatelj zajedničke poljoprivredne politike Unije.

lobista: lobisti-diplomati. Većina organizacija toga doba nalazi se u Parizu, dok su GATT u Ženevi i FAO u Rimu, pa se komunikacija lobista s visokopozicioniranim dužnosnicima tih organizacija odvija rijetko, ali učinkovito, a karakterizira je elegantan diplomatski manirizam. U sljedećoj etapi - fazi jedinstvenog tržišta - uočava se važnost Jacquesa Delorsa koji je „drastično reformirao institucije (Jedinstveni europski akt iz 1987.) osiguravajući povratak glasovanju kvalificiranom većinom, isključivo pravo predlaganja (i pisanja nacрта) zakonskih dokumenata Komisiji i krajnji rok 1. siječnja 1993. za ostvarenje Jedinstvenog europskog tržišta.“¹³ U ovom razdoblju¹⁴ dolazi do nestanka diplomatskog lobiranja te do preseljenja lobista iz Pariza u Bruxelles, kao i nastanka nekih lobističkih tehnika koje su se zadržale do današnjih dana. Primjerice, „više ne dolazi u obzir raditi samo s Komisijom, Parlament je postao esencijalnim elementom, grupe eksperata se umnožavaju, civilno društvo (sindikati, nevladine organizacije) investiraju u Bruxelles, a akreditiranim medijima raste važnost pa postaju vrlo važnim sredstvom u lobiranju.“¹⁵ Pojavljuje se i transverzalno lobiranje, tj. „sposobnost da se odnosi izgrađuju između nižih i viših razina, od proizvođača do potrošača“,¹⁶ a sektorsko lobiranje pomalo nestaje te se lobista počinje smatrati partnerom, a ne više opozicijom.

2.2. Akteri lobiranja u EU

Akteri lobiranja vrlo su različiti subjekti. Oni uključuju razne skupine, „od multinacionalnih kompanija i trgovačkih udruženja, konzultantskih kuća, poslodavačkih i sindikalnih saveza preko nevladinih organizacija, poput udruga za zaštitu okoliša ili prava potrošača, do predstavnika nacionalnih ministarstava, lokalnih ili regionalnih vlasti i javnih agencija.“¹⁷ Nadalje, lobisti ne moraju dolaziti samo iz država članica, već, primjerice, iz drugih zemalja kao što su Kina, Japan ili SAD, a „kao lobistički akteri nerijetko djeluju i sami službenici i odjeli Europske komisije, Parlamenta, Vijeća i drugih tijela i agencija EU.“¹⁸ Uzevši navedeno u obzir, razvidno je na koliko se različitih razina može odvijati lobiranje u Europskoj uniji i o koliko dinamičnom procesu s koliko sudionika zapravo je riječ. Istodobno, nije riječ o jednostranoj koristi lobista. Naime i institucije EU-a dobivaju povratnu informaciju o tomu kako su određene mjere prihvaćene među određenom grupom te vrlo argumentirane prijedloge za njihovo daljnje razvijanje, kao i vrlo stručno znanje

13 Guéguen, op. cit., str. 16.

14 U ovoj fazi dolazi i do potpisivanja temeljnih ugovora za Europsku uniju: 1992. godine potpisan je Ugovor o Europskoj uniji, poznat i kao Ugovor iz Maastrichta (stupa na snagu 1993.); godine 1997. potpisan je Ugovor iz Amsterdama koji stupa na snagu dvije godine kasnije, a 2001. potpisan je Ugovor iz Nice koji je na snazi od 2003. Konačno, 2006. započinje posljednja faza koja traje sve do danas, a u kojoj je potpisan Sporazum iz Lisabona ili tzv. Reformski ugovor koji je stupio na snagu 2009.

15 Guéguen., op. cit., str. 16.

16 Ibid., str. 17.

17 Vidačak, Igor, *Lobiranje, Interesne skupine i kanali utjecaja u Europskoj uniji*, Planetopija, Zagreb, 2007., str. 12.

18 Loc. cit.

iz određenog područja, što je, nažalost, nerijetko stavljeno po strani pri evaluaciji učinaka lobiranja. Uz to, stalna je tendencija porasta broja aktera ovog procesa, što se može objasniti i proširenjem Unije na nove članice, ali i proširenjem područja javnih politika Unije.¹⁹ Doista, na karti svijeta lobiranja Bruxelles se smješta odmah iza Washingtona po broju i koncentraciji lobista, a iako su procjene vrlo različite, uglavnom se kreću oko 15 tisuća lobista, a neke se penju čak i do 30 tisuća.²⁰ Područje oko EU institucija u Bruxellesu naziva se i „Brusslington“,²¹ što implicira ključnu ulogu koju EU igra pri omogućavanju korporacijama i organizacijama utjecaj i oblikovanje legislative i regulative u područjima trgovine i okoliša.²²

2.3. Začeci regulacije lobiranja u EU-u

S obzirom na opisanu proliferaciju lobiranja kao posebne djelatnosti, a osobito kako bi se razjasnilo tko lobira za čije interese te čijim sredstvima, pitanje regulacije lobiranja u institucijama EU pokrenuto je koncem osamdesetih godina. Prvim službenim priznanjem lobističkih aktivnosti u EU smatra se izvješće Komisije poznato pod nazivom *Cecchini Report*, a koje se ticalo jedinstvenog tržišta i koje preporuča da se poslovni interesi aktivnije i izravnije uključe u kreiranje politika Unije.²³ Međutim, „prijedlozi koji su bili na tragu uvođenja sustava akreditacija za interesne skupine, sličnog onome koji postoji u Vijeću Europe ili UN-u“,²⁴ nikad nisu naišli na odobravanje Komisije. U obavijesti Komisije o otvorenom i strukturiranom dijalogu s interesnim skupinama iz 1992.²⁵ ističe se da je opća politika Komisije ne davati povlašten status interesnim skupinama, koji bi uključivao propusnice te poseban pristup informacijama, niti je namjera službeno podupirati određene skupine formaliziranjem njihova savjetodavnog statusa. Prvi dobrovoljni registar lobista uspostavio je Europski parlament dokumentom *Rules of Procedure 9(2)*²⁶ 1996. godine. Europska je komisija tek 2008. godine uspostavila *Register of Interest Representatives*, kao nadogradnju na *European Transparency Initiative (ETI)* iz 2005.

19 Primjerice pravo zaštite okoliša, pravo tržišnog natjecanja, zaštita potrošača, itd.

20 Chambers, Anthony, *The Lobbying of the EU - How to achieve greater transparency*, Civitas: Institute for the Study of Civil Society February 2016, dostupno na: <http://www.civitas.org.uk/content/files/Anthony-Chambers-EU-lobbying.pdf>, posjećeno 20.06.2017., str. 5.

21 Neologizam riječi „Bruxelles“ i „Washington“, čime se ukazuje na snažnu moć Bruxellesa kao središta lobiranja u Europi, a aludirajući na položaj Washingtona kao grada s najvećim brojem lobista na svijetu, op.a.

22 Bitonti, A., Harris, Ph., *Lobbying...*, op. cit. str. 2.

23 *Transparency of lobbying at EU level*, Briefing, December 2015, dostupno na: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/572803/EPRS_BRI\(2015\)572803_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/572803/EPRS_BRI(2015)572803_EN.pdf), str. 2., posjećeno 20.06.2017.

24 Vidačak, I., op.cit., str. 106.

25 European Commission: *An open structured dialog between the Commission and special interest groups*, 1992., 93/C63/02, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1993_063_R_0002_01&from=EN, posjećeno 28.2.2018.

26 European Parliament: *Parliament's Rules of Procedure 9(2)*, 1996., dostupno na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A4-1996-0200&language=EN>, posjećeno 28.02.2018.

godine, a registar Parlamenta i Komisije objedinjen je 2011. godine u *Joint European Transparency Register (TR)*, koji, međutim, nije obvezatan.

2.4. Europska inicijativa za transparentnost

Pitanje transparentnosti lobiranja bilo je jedno od ključnih od samih početaka Inicijative, a za koje se najveće zasluge pridaju estonskom članu Komisije te povjereniku za administrativna pitanja i suzbijanje prijevара, Siimu Kallasu, kasnije i potpredsjedniku tijekom Barrosovih predsjedavanja Komisijom. Europska inicijativa za transparentnost (*ETI*) formalno je usvojena 9. studenog 2005. godine, a imala je za cilj „ponovno povezati Europu s njenim građanima te zatvoriti fizički i mentalni jaz koji otežava ljudima shvatiti što to Europa čini i zašto je to važno.“²⁷ Ciljevi *ETI*-ja su bili „povećati otvorenost i pristupačnost institucijama EU, povećati svijest o trošenju proračuna EU te učiniti institucije EU odgovornijima javnosti.“²⁸ Nakon brojnih debata, Zelena knjiga za *ETI* usvojena je 3. svibnja 2006. godine, a 21. ožujka 2007. godine Komisija objavljuje svoja stajališta i zaključke nakon provedenih konzultacija.²⁹ Europska inicijativa za transparentnost predviđala je dobrovoljnu registraciju interesnih grupa budući da pojam lobista nije bio jasno definiran pa se koristio širi pojam, a nisu se zahtijevala ni osobna imena pojedinaca, već samo kompanije ili organizacije koju su predstavljali. Kao glavni nedostaci *ETI*-ja najčešće se spominju „nedovoljno poticajan dobrovoljni sustav za registraciju lobista; nejasan sustav *monitoringa* i sankcija za kršenje kodeksa; izostanak obveze podnošenja financijskih izvješća i navođenja popisa klijenata; neadekvatno rješavanje ‘fenomena okretnih vrata’ (*revolving doors*); slabosti samoregulacije lobista“.³⁰

Sve je to rezultiralo daljnjim raspravama i iskristaliziralo potrebu za povećanjem transparentnosti. Tako Parlament 2008. godine donosi rezoluciju o Razvoju okvira za aktivnosti lobista u institucijama EU-a,³¹ a Komisija iste godine uspostavlja Registar zastupnika interesa,³² i to u vrijeme kada je Siim Kallas potpredsjednik Komisije. Organizacije upisane u Registar trebaju navesti tko su te koji su njihovi ciljevi i namjere, koja ih područja politika (*policy*) ponajviše interesiraju, a mogu opisati i svoje glavne aktivnosti kao zastupnika interesa. Također se uvodi objava financijskih informacija, kako bi bile poznate i pokretačke snage iza lobističkih pokušaja. Na

27 ALTER-EU, The European Transparency Initiative and ALTER-EU, <https://www.alter-eu.org/about/coalition>, posjećeno 20.6.2017.

28 Loc. cit.

29 Holman, Craig, Lobbying Reform in the United States and European Union: Progress on Two Continents, Public Citizen, 2009., str. 6.

30 Vidačak, Igor, Lobiranje u Europskoj uniji, Powerpoint prezentacija, http://www.emins.org/pmlr/download/Igor%20Vidacac_lobiranje-EU.pdf, posjećeno 20.06.2017., str. 13.

31 Europa, Registar transparentnosti, ključni datumi, http://ec.europa.eu/transparenceregister/public/staticPage/displayStaticPage.do;TRPUBLICID=prod=5_gH3BPKGgTQsiUxtqDzwv7UNnRTcpME-JkTyxS6kKgjNwLqzZet!925169321?locale=hr&reference=KEY_DATES, posjećeno 20.06.2017.

32 European Commission, Press releases database, Press Release details, Commission’s lobby register: it’s time to sign up, dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-988_hr.htm?locale=en, posjećeno 20.6.2017.

zahtjev trećih strana lobističke organizacije moraju navesti i imena svojih klijenata. Pri registraciji potrebno je prihvatiti Kodeks ponašanja koje je donijela Komisije. On postavlja općenite kriterije poput otvorenosti, iskrenosti i integriteta koji bi trebali biti misao vodilja zastupnika interesa u njihovu ophođenju s Komisijom, no propisuje i sedam nedvojbenih pravila ponašanja³³ koja valja poštovati.

2.5. Registar transparentnosti Europskog parlamenta i Europske komisije

Pravni temelj objedinjenog registra transparentnosti (*Joint European Transparency Register*) iz 2011. godine jest Međuinstitucijski sporazum Europskog parlamenta i Europske komisije o registru transparentnosti za organizacije i samozaposlene osobe koje sudjeluju u oblikovanju i provedbi politike EU-a.³⁴ Njegovo područje primjene, prema čl. 7., uključuje sve aktivnosti „(...) koje se obavljaju radi izravnog ili neizravnog utjecanja na oblikovanje ili provedbu politike te na postupke odlučivanja institucija EU-a, bez obzira na mjesto njihova provođenja i korišteni kanal ili način komunikacije, primjerice uporabu vanjskih usluga, medija, ugovora sa stručnim posrednicima, trustova mozgova, platforma, foruma, kampanja i lokalnih inicijativa.“ Izravni utjecaj znači utjecanje putem izravnog kontakta ili komunikacije s institucijama EU-a ili druga radnja nastavno na takve aktivnosti. Neizravni podrazumijeva utjecaj putem posrednih prijenosnika utjecaja, poput medija, javnog mnijenja, konferencija ili društvenih događaja koji ciljaju na institucije EU-a. Te aktivnosti posebice uključuju: održavanje kontakta sa zastupnicima i njihovim pomoćnicima, dužnosnicima ili drugim osobljem institucija EU-a; pripremu, slanje i dostavljanje pisama, informativnog materijala ili dokumenata za raspravu i zauzimanje stajališta; organizaciju događaja, susreta, promotivnih aktivnosti, konferencija ili društvenih događaja te slanje pozivnica zastupnicima i njihovim pomoćnicima, dužnosnicima ili drugom osoblju institucija EU-a; kao i dobrovoljne doprinose i sudjelovanje na službenim savjetovanjima ili saslušanjima o predviđenim zakonodavnim aktima ili drugim pravnim aktima EU-a i sudjelovanje na drugim otvorenim savjetovanjima.

Provedba Registra u nadležnosti je glavnih tajnika Europskog parlamenta

33 Riječ je o sljedećim pravilima: 1. identificirati se po imenu i entitetu za koji rade ili koji predstavljaju; 2. ne se lažno predstavljati radi dovođenja u zabludu treće osobe i/ili osoblja EU-a; 3. obznaniti koje interese, a kada je primjenjivo i koje klijente zastupaju; 4. osigurati da su, prema njihovom najboljem saznanju, informacije koje pružaju nepristrane, potpune, ažurirane i ne dovode u zabludu; 5. ne dobiti ili pokušati dobiti informacije, ili bilo kakvu odluku, nepošteno; 6. ne poticati osoblje EU-a da prekrši pravila i standarde ponašanja koji se primjenjuju na njih; 7. ako zapošljavaju bivše zaposlenike EU-a, trebaju poštovati njihovu obvezu pridržavanja pravila i uvjeta povjerljivosti koji se primjenjuju na njih; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) Report on the Legal Framework for the Regulation of Lobbying in the Council of Europe Member States, dostupno na: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM\(2011\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM(2011)002-e), Strasbourg, 31 svibnja 2011., posjećeno 5.3.2018., str. 12.

34 Službeni list Europske unije, L 277/11., dostupno na: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014Q0919\(01\)&from=hr](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014Q0919(01)&from=hr), posjećeno 20.6.2017.

i Europske komisije.³⁵ Zadaće Tajništva su svakodnevno upravljanje registrom, provjera izjava, odgovaranje na upite, poduzimanje mjera kao odgovor na upozorenja i pritužbe, poboljšanje kvalitete podataka u registru, jačanje svijesti u institucijama EU-a i izvan njih. Zajedničko tajništvo također zadržava pravo da iz registra izbriše svaki subjekt čije su vrijednosti, ciljevi, aktivnosti i/ili djelovanja proturječne temeljnim vrijednostima EU-a kako je utvrđeno u članku 6. stavcima 1. i 2. Ugovora o EU-u. Tajništvo nadzire kvalitetu sadržaja registra i zadržava pravo osporavanja upisa subjekta u registar ako ne postoji razlog za njegovo upisivanje. Isto važi i za izjave koje su sastavljene tako da promiču predmetnu organizaciju ili sadržavaju proizvoljne izjave koje nisu činjenično utemeljene.

U prilogu 3. Sporazuma sadržan je Kodeks ponašanja za sve one koji se upisuju u registar te se uspostavljaju temeljna načela za norme ponašanja u svim odnosima s institucijama EU-a. Ukoliko dođe do povreda Kodeksa, uspostavljen je mehanizam upozorenja i pritužbi putem kojeg se dotično ponašanje može prijaviti pomoću odgovarajućeg obrasca na mrežnoj stranici registra. Upozorenje o „činjeničnoj pogrešci među informacijama upisanima u registar“³⁶ može unijeti svaka osoba, a moguće je čak upozoriti i na irelevantne unose. Pritužbe su službene, dakle, nešto su ozbiljniji mehanizam i potrebno ih je potkrijepiti dokazima. Njih se podnosi ako se smatra da nisu poštovana pravila Kodeksa, a ako se osobe upisane u registar ili njihovi predstavnici namjerno ne pridržavaju Kodeksa ponašanja, provode se mjere utvrđene u Prilogu IV. U slučaju opetovane nesuradnje, neprimjernog ponašanja ili ozbiljnog kršenja kodeksa ponašanja, upisana osoba briše se iz registra na godinu ili dvije godine. Nadležno tijelo je, kao što smo napomenuli, JTRS (*Joint Transparency Register Secretariat*), odnosno Tajništvo zajedničkog registra transparentnosti.

U registru transparentnosti je 1. svibnja 2018. godine bilo upisano 11.743 subjekata. U prvoj kategoriji, koja obuhvaća pružatelje usluge savjetovanja, odvjetnička društva i samozaposlene savjetnike, bilo je 1284 subjekata, a u sljedećoj, najbrojnijoj, kategoriji, koju sačinjavaju interni lobisti i trgovinska/poslovna/strukovna udruženja, ukupno je 5.804 upisanih subjekata. Nevladinih organizacija bilo je 3.097, a trustova mozgova, istraživanja i akademskih ustanova koji su objedinjeni pod četvrtom kategorijom upisano je 920. Organizacija koje zastupaju crkve i vjerske zajednice bilo je upisanih 50, dok je u posljednjoj kategoriji, koju sačinjavaju organizacije koje zastupaju lokalna, regionalna i općinska tijela, druge javne ili javno-privatne subjekte i sl., bilo 588.³⁷

35 Sukladno čl. 22. Sporazuma, Registar vodi Zajedničko tajništvo Registra transparentnosti, a u njemu su zaposlenici i Komisije, i Parlamenta.

36 Europa, Registar transparentnosti, dostupno na: <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do?redir=false&locale=hr>, posjećeno 20.6.2017.

37 Na datum 1.12.2015. u Registru je bilo 8728 registriranih subjekata (prema: Transparency of lobbying..., op. cit., str. 4.), a procjenjuje se da je u njemu upisano 75 % poslovnih organizacija i oko 60 % nevladinih organizacija, pa je razvidan trend povećanja upisa u Registar. Statistički podatci preuzeti sa službene mrežne stranice Registra transparentnosti 1. svibnja 2018., dostupno na: <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do?redir=false&locale=hr>, posjećeno 01.05.2018.

2.6. *Budućnost regulacije lobiranja u EU-u*

Europski parlament kontinuirano iskazuje težnje za uvođenjem obveznog registra transparentnosti. Predsjednik Komisije Jean Claude Juncker, 2014. godine stavlja pitanje transparentnosti lobiranja u političku agendu, obećavajući da će do 2016. biti podnesen i zahtjev za obveznom registracijom. Antikorupcijsko izvješće Europske unije iz 2014. godine objašnjava važnost transparentnosti lobiranja, navodeći da je u cjelokupnoj kompleksnosti kreiranja javnih politika poželjno da javna uprava bude uključena u dijalog s vanjskim dionicima te bi sve zainteresirane strane trebale imati pravo izraziti svoje mišljenje, no na transparentan način, kako bi se smanjio rizik korupcije, a to je moguće kroz zakonodavstvo ili mehanizme registracije.³⁸ Nadalje, Komisija je napravila i važan pothvat glede transparentnosti lobiranja. Uvela je praksu objavljivanja informacija koje se tiču sastanaka održanih između lobista i članova Komisije, njihovih ureda i izvršnih direktora.³⁹

Što se Europske unije tiče, moguće je, dakle, identificirati četiri glavne preokupacije povezane s aktivnosti lobiranja: utvrđivanje točnog broja interesnih grupa koje lobiraju u EU institucijama, informacije o tipologiji interesnih grupa, informacije o troškovima lobiranja te utvrđivanje sukoba interesa.⁴⁰ U tom je smislu vrlo značajna novina od 28. rujna 2016. godine, a to je prijedlog Komisije o obveznom registru transparentnosti i to za sve institucije EU: i Parlament, i Komisiju, i Vijeće. Frans Timmermans, tadašnji prvi potpredsjednik Komisije, nakon što je Komisija predložila strožu regulaciju lobiranja,⁴¹ izjavio je: „Predlažemo jednostavno pravilo: nema sastanaka s donositeljima odluka bez prethodnog upisa u registar. Javnost će putem registra vidjeti tko lobira, koga predstavljaju i koliko troše.” Naime, otkako je Komisija 2014. godine uvela prethodni upis u registar transparentnosti kao preduvjet za ostvarivanje kontakta s njezinim članovima, zabilježeno je čak četiri tisuće novih upisa. Radi što veće djelotvornosti, Komisija je spremna osigurati i dodatna sredstva i djelotvornije mehanizme praćenja poštovanja Kodeksa ponašanja.⁴² Istodobno, preko stotinu udruga i organizacija civilnoga društva (predvođenih s *ALTER-EU*, *Civil Society Europe* i *Transparency International EU*) uputilo je 17. ožujka 2017. godine otvoreno pismo zastupnicima u Parlamentu pribojavajući se umanjenja učinaka Registra urgirajući da zastupnici pri pregovorima zagovaraju sljedeće stavke: sastanke

38 Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report, Brussels, 3.2.2014., dostupno na: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf, posjećeno 10.7.2018., str. 20.

39 Transparency of lobbying..., op. cit., str. 3.

40 Loc. cit.

41 Reuters, EU executive proposes tighter lobbying rules, 28. rujna 2016., dostupno na: <https://www.reuters.com/article/us-eu-ethics-lobbying/eu-executive-proposes-tighter-lobbying-rules-idUSKCN11Y2PW>, posjećeno 28.2.2018.

42 „Subjekti upisani u registar koji ne budu poštovali pravila kodeksa ponašanja mogli bi se suočiti s privremenim ukidanjem svojih interakcija s institucijama ili uklanjanjem iz postojećeg registra.“ Europska komisija - Priopćenje za tisak, Ostvarenje transparentnosti: Komisija predložila obvezni registar transparentnosti za sve institucije EU-a, dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3182_hr.htm, posjećeno 20.06.2018.

samo s registriranim lobistima, dodjela financijska sredstva Zajedničkom tajništvu radi osiguravanja kvalitete podataka, zadržavanje trenutne definicije lobiranja, koja uključuje i izravno i neizravno lobiranje te obvezu stvaranja pravno obvezujućeg i dugoročnog registra.⁴³ Na tom tragu Komisija je i formalno usvojila novi Kodeks ponašanja za članove Komisije. Najvažnije novine su produljenje perioda „hlađenja“ s 18 mjeseci na dvije godine za bivše članove Komisije te na tri godine za bivšeg predsjednika Komisije. Prvi je put definiran sukob interesa i opisane su situacije koje bi se potencijalno mogle podvesti pod taj pojam, a članovi Komisije moraju prijavljivati svaku donaciju iznad 10.000,00 eura, neovisno o tomu je li riječ o potencijalnom sukobu interesa ili ne. Podatci o putnim troškovima članova Komisije prvi put su objavljeni 28. veljače 2018. (za svakog člana Komisije dostupni su podatci o izdancima za putovanje, smještaj, dnevnice te podatci o ostalim troškovima),⁴⁴ a putovanja bi se trebala odvijati na najekonomičniji način. Velika je novina i u području primjene pravila, te će sada u radu pripomagati i nezavisni Neovisni etički odbor (*Independent Ethical Committee*) koji će biti ovlašten savjetovati i davati preporuke u odnosu na sva pitanja povezana s Kodeksom. U slučaju kršenja pravila koje ipak ne zahtijeva da predmet dođe do Suda EU, Komisija može izreći opomenu te je obznaniti javnosti. Članovima Komisije je omogućeno i kandidiranje u Parlamentu bez uzimanja dopusta, što će se primjenjivati nakon što Parlament pristane ažurirati Okvirni sporazum između Parlamenta i Komisije. Radi povećanja transparentnosti, Komisija će objavljivati i godišnja izvješća o primjeni Kodeksa.⁴⁵

3. PRAVNA REGULACIJA LOBIRANJA U DRŽAVAMA ČLANICAMA EUROPSKE UNIJE

U Bruxellesu je prepoznata nužnost regulacije lobiranja kao legalne i za demokratski proces vrlo bitne aktivnosti, a osobito radi važnosti transparentnosti i javne dostupnosti informacija. Međutim, kada je riječ o pojedinim članicama Unije, situacija je vrlo različita i šarolika. Razlozi tomu su mnogobrojni, no zasigurno pravni okvir zemlje, politička kultura, odnosno kolektivna svijest igraju bitnu ulogu kada je riječ o pravnoj regulaciji lobiranja i njegovoj transparentnosti. Ipak, opće je prihvaćeno da su sheme za regulaciju lobiranja izvedene iz brige o deficitu demokratičnosti, otvorenosti i transparentnosti vlasti, jednakosti i mogućnosti za pristupanje odnosima s javnošću te stalnoj potrebi za upravljanjem protokom informacija prema i od vlasti.⁴⁶

43 Civil Society Europe, The European Parliament must do more to improve lobby, transparency, dostupno na: <https://civilsocietyeurope.eu/2017/03/17/the-european-parliament-must-do-more-to-improve-lobby-transparency/>, posjećeno 20.6.2018.

44 Access Info Europe: European Commission starts publishing travel expenses proactively, dostupno na: <https://www.access-info.org/article/30403>, posjećeno 22.4.2018.

45 European Commission - Press release, New Code of Conduct strengthening ethical rules for Members of the European Commission enters into force, Brussels, 31 January 2018, dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-504_en.htm, posjećeno 26.2.2018.

46 Bitonti, A., Harris, P., Lobbying..., op. cit., str. 11. i Greenwood, Justin i Thomas, Clive S., Regulating lobbying in the western world, Parliamentary Affairs, 51 (4), 1998., str. 487-499. te Chari, Raj, Murphy, Gary, Hogan, John, Regulating lobbyists: A comparative analysis of

Osim toga, određeni regulativni model ne može biti jednostavno transferiran u drugu državu.

U već postojećim zakonodavstvima o lobiranju postoje i određeni propusti, no često je zapravo „samo“ potrebna bolja implementacija, ne nužno i kompletan redizajn trenutnih regulatornih politika. Ne treba zaboraviti činjenicu da je lobiranje imanentno demokraciji, a različiti tipovi demokratskih sustava, pravila, običaja i sl., rezultiraju i različitim vrstama lobiranja. Baš zato, čak i da postoji savršen model, bilo bi gotovo utopistički očekivati da će on proizvoditi iste učinke u nekoj drugoj državi. Upravo zbog toga regulaciju lobiranja ne treba proučavati *per se*, već u općenitijoj perspektivi aktualnog sustava interesnih grupa te političkog i institucionalnog okvira. Prema podacima Europskog parlamenta o trenutnom stanju u državama EU-a,⁴⁷ zasad je samo osam država članica donijelo zakonodavstvo o lobiranju te uvelo obveznu registraciju: Francuska, Irska, Litva, Austrija, Poljska, Nizozemska, Slovenija te, još službeno članica, Ujedinjeno Kraljevstvo. U Njemačkoj, Italiji i Rumunjskoj registracija je dobrovoljna. Belgija, Luksemburg, Danska, Estonija, Švedska, Slovačka, Bugarska, Grčka, Mađarska, Cipar, Malta, i Portugal nemaju niti zakonodavstvo o lobiranju, niti kodeks ponašanja, pa čak ni registar lobista.

U daljnjem tekstu bit će prikazana zakonodavstva pojedinih država članica EU-a.⁴⁸

3.1. Baltičke države i Poljska

Litva i Poljska prednjačile su po uvođenju zakona o lobiranju, a „koji se uvelike oslanja na model prihvaćen u SAD-u“.⁴⁹ Predmetni se zakoni mogu okarakterizirati kao relativno kratki, a reguliraju pitanja kao što su: „definicija lobiranja odnosno lobističke djelatnosti, lobisti i njihovi klijenti, popis odgovornosti i prava lobista, obilježja lobističkog registra, izvještavanje o lobističkoj aktivnosti i, napokon, katalog kaznenih odredbi s predviđenim sankcijama za kršenje zakona.“⁵⁰

Na estonskom tržištu postoji na desetke kompanija koje se bave lobiranjem, no

the United States, Canada, Germany, and the European Union, *The Political Quarterly*, 78 (3), 2007., str. 422-438.

47 Grosek, Kristina, Claros, Eulalia, Regulation of lobbying across the EU, European Parliamentary Research Service, Members' Research Service, dostupno na: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/595830/EPRS_ATA\(2016\)595830_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/595830/EPRS_ATA(2016)595830_EN.pdf), posjećeno 21.6.2018.

48 O RH će biti detaljnije raspravljano u drugom radu budući da kompleksnost političke i društvene pozadine u kojoj se lobiranje svakodnevno odvija zahtijeva detaljnu analizu. Ovdje ipak valja reći da još uvijek nije donesen zakonski tekst koji bi uspostavio pravila i dopuštena ponašanja lobiranja u našoj državi. Trenutno lobiranje svoje uporište nalazi u članku 46. Ustava RH (opće pravo peticije). Prijedlog Zakona o zagovaranju interesa upućen je Hrvatskom saboru još 2015. godine i ostao je bez odaziva. Strategija suzbijanja korupcije za razdoblje od 2015. do 2020. godine (točka 5.1.1. te mjera 3.) navodi da bi upravo regulacija lobiranja omogućila priznanje i uspostavu lobiranja kao legalne i legitimne profesije.

49 Vidačak, I., *Lobiranje...*, op. cit., str. 118.

50 Loc. cit.

koje ipak neće svoje djelatnosti reklamirati kao takve zbog straha od društvene stigme.⁵¹ Zbog nedostatka i pravne regulacije lobiranja te javne rasprave o etičnosti lobiranja, Bintonti smatra kako lobiranje u Estoniji može biti i izazov za demokraciju.⁵² U Latviji se lobiranje uglavnom odvija u sferama ekstenzivne regulacije poput bankarstva, kockanja, industrije alkoholnih pića te u javnim investicijama pa, shodno tomu, u toj državi prevladavaju korporativni lobisti.⁵³ Lobiranje nije uređeno posebnim aktom, no pojedini aspekti podliježu zakonskoj regulativi u kontekstu transparentnosti, osobito u pogledu savjetovanja sa zainteresiranom javnošću pri donošenju propisa i sprječavanja sukoba interesa.

3.2. Države središnje Europe

Prvi zakon kojim se uređuje odnos interesnih grupa i javnih dužnosnika Austrija je donijela u srpnju 2012. godine (na snazi od 1. siječnja 2013. godine).⁵⁴ Njime se uspostavlja obveznost registracije i formalan set pravila koja uključuju pretpostavke registracije koju je potrebno izvršiti prije početka lobiranja, ali i određeni zahtjevi glede objave financijskih podataka te sankcije za nepridržavanje odredaba. Istraživanje koje je provela agencija Donath-Burson-Marsteller i Factum Invenio 2005. godine među političarima u Češkoj, pokazalo je iznenađujući, očit nedostatak znanja i hitnu potrebu za regulacijom lobiranja. Pokušaji regulacije lobiranja nisu rezultirali usvajanjem pa se i u Akcijskom planu za borbu protiv korupcije za 2016. ističe nužnost buduće i što skorije regulacije lobiranja.⁵⁵ U Mađarskoj je dobrovoljni registar lobista bio uveden još 1994. godine. Nacrt Zakona o lobiranju usvojen je 2006. godine, „nakon neuspjelog pokušaja i niza nesuglasica koje je izazvao prvi nacrt.“⁵⁶ I zakonodavstvo o lobiranju i registar opozvala je 2011. godine tadašnja mađarska vlada. Iako pojedini propisi djelomično uređuju lobiranje, nedostaje ozbiljan pravni okvir toga područja.⁵⁷ Pravilnik njemačkoga *Bundestaga*⁵⁸ predviđa sustav regulacije svih interesnih skupina koje žele zastupati svoje interese pri *Bundestagu* ili institucijama Savezne vlade.

51 Bitonti, A., Harris, Ph.: *Lobbying ...*, op.cit., str. 123.

52 Transparency International, *Lobbying in Estonia, Mapping the Players, Risks And Political Context*, str. 4, dostupno na: http://transparency.ee/cm/files/lisad/lobbying_in_estonia.pdf, posjećeno 11.3.2018.

53 Bitonti, A., Harris, Ph., *Lobbying ...*, op. cit., str. 219. - 222.

54 Bundesgesetz zur Sicherung der Transparenz bei der Wahrnehmung politischer und wirtschaftlicher Interessen (Lobbying- und Interessenvertretungs-Transparenz-Gesetz – LobbyG), dostupno na: Bundeskanzleramt, <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR40141416>, posjećeno 9.3.2018.

55 Ibid., str. 103-109. i *Anti-corruption fight in the Czech Republic*, dostupno na: <http://www.korupce.cz.>, posjećeno 2.1.2018.

56 Vidačak, I., *Lobiranje...*, op. cit., str. 118.

57 Association of Accredited Public Policy Advocates to the European Union, *Lobbying Landscape in Hungary*, dostupno na: <http://www.aalep.eu/lobbying-landscape-hungary>, posjećeno 01.07.2018.

58 Anlage 2 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages - Registrierung von Verbänden und deren Vertretern, dostupno na: http://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/anlage2/245180, posjećeno 02.07.2018.

Registar je dobrovoljan i javan, a njegov se sadržaj objavljuje jednom na godinu u službenom listu.⁵⁹ U njemačkoj saveznoj zemlji Saska-Anhalt od 2014. godine postoji obvezna registracija za entitete koji lobiraju u parlamentu te savezne zemlje, a 8. ožujka 2017. godine njemačkom je parlamentu podnesen prijedlog s 180.000 potpisa za uvođenjem obvezne registracije.⁶⁰ Iako lobiranje u Slovačkoj, unatoč pokušajima, nije regulirano zakonom, Slovačka je ipak učinila značajne korake k uvođenju novih elemenata u području transparentnosti, kao što su *online* poslovni registar te zakonske odredbe o pravu na slobodu, odnosno pristup informacijama.⁶¹

Posebno je zanimljiv slučaj Slovenije u kojoj je lobiranje regulirano posebnim zakonom - *Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije (ZIntPK)*.⁶² Naime, ova država lobiranje smješta u kontekst borbe protiv korupcije, a prema izvješću *Transparency Internationala*, polučila je najkvalitetniji zakon o lobiranju u usporedbi s devetnaest europskih zemalja, pa čak i u usporedbi s institucijama kao što su Komisija ili Parlament.⁶³ Pitanje regulacije lobiranja izazvalo je svojedobno brojne rasprave i s etičke, i s pravne strane. Prevladalo je mišljenje da je lobiranje dio demokratskog procesa te potpada pod temeljna prava zajamčena Ustavom, primjerice, dio je slobode govora, prava na udruživanje i organiziranje, kao i prava na sudjelovanje građana u kreiranju javnih politika, prava na slanje predstavki i pritužbi te ostalih pitanja od općeg značaja, ali i slobode trgovinskih udruženja.

3.3. Države zapadne Europe

Najrecentniji zakonski akt usvojen je u Francuskoj 8. studenog 2016. godine, a poznat je pod nazivom *Loi Sapin II*,⁶⁴ prema pokrovitelju prvoga takvog akta, ministru financija Micheleu Sapinu. Francuska je prihvatila koncept obvezne registracije lobista. Obveznici registracije su javne ili privatne organizacije uključene u industrijske ili trgovačke aktivnosti, industrijske, trgovačke te obrtničke komore,

59 Službena (*amtliche Fassung*) te trenutna verzija (*aktuelle Fassung*) mogu se posjetiti putem internetske stranice Parlamenta. Vidačak, I., *Lobiranje...*, op. cit., str. 118.

60 Library of Congress, *Lobbying Disclosure Laws: Germany*, dostupno na: <https://www.loc.gov/law/help/lobbying-disclosure/germany.php>, posjećeno 1.7.2018.

61 Bitonti, A., Harris, Ph., *Lobbying ...*, op. cit., str. 293-296.

62 *Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije (ZIntPK)*, Uradni list RS, št. 69/11 – uradno prečišćeno besedilo), dostupno na: <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO5523>, posjećeno 9.7.2018.

63 *Transparency International Slovenia, Lifting the Lid on Lobbying: Slovenia Call for Transparent and Ethical Lobbying*, Transparency International Slovenia - Društvo Integriteta, Ljubljana, 2014., dostupno na: http://www.transparency.si/images/publikacije/lobiranje/report_lobbyingslovenia.pdf, posjećeno 01.07.2018., str. 13. Vidi i: Republic of Slovenia, Government of the Republic of Slovenia, News, Slovenia with the best quality of lobbying regulation in Europe, dostupno na: http://www.vlada.si/en/media_room/newsletter/slovenia_weekly/news/article/slovenia_with_the_best_quality_of_lobbying_regulation_in_europe_52774/, posjećeno 1.7.2018.

64 *Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, dostupno na: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0830.asp>, posjećeno 10.7.2017.

kao i pojedinci izvan navedenih djelatnosti i komora ako se bave lobiranjem.⁶⁵ Iako neobjavljivanje traženih informacija može rezultirati kaznom zatvora u trajanju do jedne godine i kaznom do 15.000 eura, mnoge organizacije na čelu s *ALTER-EU* kritiziraju iznos kazne, smatrajući ga zanemarivim u odnosu na stotine tisuća ili čak milijune eura ostvarenoga prihoda.⁶⁶

Irska je 1. rujna 2015. godine usvojila *Registration of Lobbying Act*⁶⁷ kojim su uređena pitanja kao što su tko lobira, na čiji se zahtjev lobiranje odvija, prema kome je ono upućeno te očekivani rezultat.⁶⁸ Komisija za standarde (*The Standards Commission*) nadležna je za nadzor lobiranja. U svrhu približavanja lobiranja javnosti i u slučaju dvojbi, može primijeniti *The Three Step Test*.⁶⁹

U Ujedinjenom je Kraljevstvu 2014. godine donesen *Transparency of Lobbying, Non-party Campaigning and Trade Union Administration Act*⁷⁰ koji zahtijeva da konzultanti i lobisti objave detalje o sebi kroz javno dostupan registar.⁷¹ Bavljenje lobističkim aktivnostima bez registracije smatra se kaznenim djelom te je kažnjivo novčanom kaznom.⁷²

3.4. Države Beneluxa

Zemlje Beneluxa odlikuju određene posebnosti. Nizozemska ima vrlo specifičnu korporativnu tradiciju u procesu donošenja odluka, tzv. Polder-model, koji označava snažnu institucionaliziranu vezu između vlade i organizacija koje imaju ekonomske, socijalne i druge interese. U Nizozemskoj tako postoji *House of*

65 Library of Congress, Lobbying Disclosure Laws: France, dostupno na: <https://www.loc.gov/law/help/lobbying-disclosure/france.php>, posjećeno 10.7.2017.

66 ALTER-EU, The French Parliament passes the Sapin II law: a step forward?, dostupno na: <https://www.alter-eu.org/the-french-parliament-passes-the-sapin-ii-law-a-step-forward>, posjećeno 10.07.2018.

67 Regulation of Lobbying Act 2015, dostupno na: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/5/enacted/en/html>, posjećeno 9.7.2018.

68 Lobbying.ie, Summary of the main provisions of the Act, dostupno na: <https://www.lobbying.ie/help-resources/information-for-lobbyists/quick-guide-to-the-act/>, posjećeno 1.7.2018.

69 Lobbying.ie, The Three Step Test, dostupno na: <https://www.lobbying.ie/help-resources/information-for-lobbyists/am-i-lobbying/>, posjećeno 22.4.2018. Prvo se pitanje odnosi na mogućnost svrstavanja u određene „kategorije“ (poput predstavničkog tijela, poslodavca s više od deset zaposlenih, a da se komunikacija odvija na njegov zahtjev, treća osoba koja vrši komunikaciju na zahtjev klijenta koji se svrstava u neku od navedenih kategorija itd.). Drugo pitanje odnosi se na komunikaciju o važnim temama te se one ukratko pojašnjavaju, kao i pojedine kategorije iz prvog pitanja. Posljednje, treće pitanje, odnosi se na izravno ili neizravno komuniciranje s javnim službenikom. Ako se na sva tri pitanja pozitivno odgovori, velika je vjerojatnost da je riječ o lobiranju te se upućuje na daljnje korake, u skladu sa zakonskim obvezama.

70 Transparency of Lobbying, Non-Party Campaigning and Trade Union Administration Act 2014, dostupno na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/4/contents/enacted> i <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/4/introduction>, posjećeno 1.7.2018.

71 Library of Congress, Lobbying Disclosure Laws: United Kingdom, <https://www.loc.gov/law/help/lobbying-disclosure/unitedkingdom.php>, posjećeno 01.07.2018.

72 Loc. cit.

Representatives Rules of Procedure,⁷³ koji se smatra *soft* regulacijom, a registar je obvezan za pristup parlamentu. Prema nalazima *AALEP*-a,⁷⁴ u Nizozemskoj danas postoji na stotine lobista, dok se još tisuće „bave lobiranjem u slobodno vrijeme“. Mnogobrojne organizacije civilnog društva uključene su u *Lobbywatch Netherlands* te zahtijevaju od vlade i parlamenta striktnije rješavanje ovog pitanja.⁷⁵ U Belgiji ne postoji zakonodavstvo ili obvezna registracija za interesne grupe i predstavnike, što upućuje na velik problem transparentnosti.⁷⁶ Veliko Vojvodstvo Luksemburg također nije donijelo zakonodavstvo o lobiranju, kao ni uspostavilo obvezu registracije. Razlog tomu počiva u činjenici male površine Luksemburga, što olakšava stranim kompanijama izravni pristup odgovarajućim donositeljima odluka.

3.5. Države južne Europe

Zajedničko obilježje regulacije lobiranja u zemljama južne Europe jest upravo njezin nedostatak te vrlo negativne konotacije povezane s pojmom lobiranja. Ono nije u široj uporabi na Cipru, pa tako ni definirano u pravnom sustavu, a u rijetkim situacijama kada se u medijima govori o lobiranju, obično je riječ o negativnom kontekstu.⁷⁷ U Malti, najmanjoj članici EU-a, vode se polemike o tomu tko se uopće ima smatrati lobistom te također nije zakonski regulirala lobiranje. Koncept lobiranja nepoznat je i u grčkom pravu te stoga nije ni reguliran, no dugotrajno razočaranje u politiku stvara potrebu za uspostavljanjem mehanizama koji bi omogućili onima, koji se žele baviti utjecanjem na proces donošenja odluka, da to i mogu činiti na institucionalan i formalan način.⁷⁸

Za Italiju je specifična teorija „modela zmijske“⁷⁹ koja uspoređuje propise o lobiranju sa „shizofreničnom zmijskom“. Kaže se da regulacija lobiranja poput zmijske gmiže talijanskim pravnim sustavom kroz razne druge odredbe različitih zakona, a provedba se također smatra „shizofrenom“ budući da su iste odredbe u konačnici napuštene u provedbi. Naime, između 1948. i 2014. predložena su čak pedeset i četiri zakona koja se tiču lobiranja, no prevladava shvaćanje da bi „reguliranje grupa za pritisak bilo ekvivalentno njihovoj legitimaciji“⁸⁰ pa se o samo nekoliko zakona i raspravljalo. U Portugalu ne postoji pravni okvir koji bi regulirao specifična pravila ili registre za grupe za pritisak i njihove aktivnosti, kao ni za pojedince. Ipak, u budućnosti

73 House of Representatives of the Netherlands - Rules of Procedure, dostupno na: https://www.houseofrepresentatives.nl/sites/default/files/atoms/files/141120-rules_of_procedure.pdf, posjećeno 11.07.2018.

74 Udruga akreditiranih lobista Europske unije, op. a.

75 ALTER-EU, Lobbywatch Netherlands Launched, dostupno na: <https://www.alter-eu.org/lobbywatch-netherlands-launched>, posjećeno 10.7.2018.

76 Bitonti, A., Harris, Ph., Lobbying ..., op. cit., str. 59-69.

77 Medijski je prostor uglavnom kontroliran, a Cipar je uz Luksemburg i jedina država EU-a u kojoj ne postoji opći propis o pravu na slobodu informacija, odnosno pristup informacijama. Ibid., str. 89-99.

78 Ibid., str. 174-175.

79 Petrillo, Pier Luigi, Democrazie sotto pressione, Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato, Milano, 2011. i Bitonti, A., Harris, Ph., Lobbying ..., op. cit., str. 208-211.

80 Bitonti, A., Harris, Ph., Lobbying ..., op. cit., str. 211.

bi i moglo doći do pomaka s obzirom na recentnija događanja u sferi korupcije u toj državi.⁸¹ U španjolskom Ustavu postoji nekoliko odredbi koje prepoznaju izravno sudjelovanje građana i organizacija u procesu donošenja odluka i pružaju pravnu osnovu za regulaciju lobističkih aktivnosti (članak 9.2, 23.1 i 105.b španjolskoga Ustava). U Kataloniji je 2015. godine uspostavljen registar transparentnosti prema posebnom zakonu o transparentnosti, a važno je naglasiti i da je čak četvero od pet nacionalnih stranaka na izborima 2015. godine uvrstilo u svoj program namjeru regulacije lobiranja.⁸²

3.6. Rumunjska i Bugarska

Mediji u Bugarskoj ustraju u nastojanjima da učine lobiranje transparentnijim pa se termini „lobiranje“ i „lobi“ koriste u pozitivnom smislu kada se odnose na jaču integraciju zemlje u EU, no istodobno je pojam vrlo nejasan kada su u pitanju sektori energetike ili okoliša. Iako Bugarska nije donijela zakon koji bi regulirao lobiranje, donijela je niz zakona u području prava na pristup informacijama, financiranje političkih stranaka, sprječavanju sukoba interesa kao i kriminalizirala trgovanje utjecajem.⁸³ Rumunjska tek nakon 2000. godine donosi dva važna zakona u području javnog sudjelovanja u procesu donošenja odluka (2001. i 2003. godine). Između 2002. i 2011. godine bilo je šest nacrtu zakona o lobiranju, no niti jedan nije izglasan, uz argumentaciju da postoji već dovoljno zakona na području transparentnosti pa bi,

81 Ibid., str. 263-278. Jedan od većih skandala bio je *RioForte*, u kojemu je društvo majka portugalski Telecom uprihodilo više od 897 milijuna eura u obveznicama od društva kćeri u financijskim poteškoćama i dugovima. Naime, tužitelji su istaknuli da je bivši premijer Socrates dao građevinskom poduzeću LENA nedopuštene komercijalne pogodnosti u zamjenu za plaćanja primljena putem posrednika (koji su također optuženi) putem švicarskog bankovnog računa. Bivši menadžer na najvišoj razini u banci u državnom vlasništvu *Caixa Geral de Depositos* također je optužen. Ricardo Salgado, bivši glavni izvršni direktor Banco Espirito Santo (BES), optužen je za plaćanje Socratesu da preuzme Portugal Telecom kako bi se slijedila strategija koju je odredio upravo sam Salgado. Salgado je također optužen za plaćanje bivšeg izvršnog direktora tvrtke *Portugal Telecom* Zeinal Bave i rukovodećeg Henrique Granadeiro – te su obojica također oboje optuženi. vidi više: Reuters, Portuguese ex-PM Socrates indicted on corruption charges, <https://www.reuters.com/article/us-portugal-corruption-socrates/portuguese-ex-pm-socrates-indicted-on-corruption-charges-idUSKBN1CG1U5>, posjećeno 30.04.2018., Reuters, Prosecutor investigating suspected fraud at Portugal Telecom SGPS, <https://uk.reuters.com/article/uk-portugaltelecom-investigation/prosecutor-investigating-suspected-fraud-at-portugal-telecom-sgps-idUKKBN0KF1BG20150106>, posjećeno 30.4.2018., Algarvedailynews, Former PT directors and Deloitte sued over €897 million Rioforte loan, <https://algarvedailynews.com/news/7647-former-pt-directors-and-deloitte-sued-over-897-million-rioforte-loan>, posjećeno 30.04.2018., Politico, <https://www.politico.eu/article/portuguese-backlash-against-plan-to-remove-corruption-busting-prosecutor/>, posjećeno 30.4.2018. i sl., Politico, Police search offices of Eurogroup President Mário Centeno <https://www.politico.eu/article/police-search-offices-of-eurogroup-president-mario-centeno/>, posjećeno 30.4.2018.

82 Ibid., str. 313-323.

83 Bitonti, A., Harris, Ph.: Lobbying ..., op. cit., str. 71-76.

umjesto donošenja novih, trebalo unaprijediti provedbu postojećih.⁸⁴

3.7. Države sjeverne Europe

Danski politički sustav doživio je velike promjene tijekom posljednjih desetljeća pa je tako od pretežno korporativne tradicije, Danska danas postala sinonim za pluralizam gdje ne postoje povlastice za interesne grupe kada je riječ o pristupu donositeljima političkih odluka. Iako uvelike profesionalizirano, lobiranje u Danskoj nije još doseglo stupanj na kojem bi se moglo govoriti o zasebnoj profesiji, kao ni o zakonskoj regulativi.⁸⁵ Lobiranjem u Finskoj tradicionalno prevladavaju poslovna udruženja i različite interesne organizacije, a fenomen „rotirajućih vrata“ vrlo je izražen te može voditi potencijalnom sukobu interesa u odnosu na ostatak civilnoga društva, a poglavito u kombinaciji s nedostatkom „perioda hlađenja“. Trenutno u Finskoj nema prijedloga za zakonskom regulacijom lobiranja, a većina aktera uključenih u proces zalaže se za samoregulaciju.⁸⁶ Politička kultura Švedske opisuje se kooperativnošću, transparentnošću te povezanošću između političara i lobista. Iako se odvija debata o tomu treba li lobiranje biti zakonski uređeno i ako da, u kojem opsegu, za sada rasprave nisu rezultirale donošenjem zakonskoga akta, već se samoregulacija profesije smatra dostatnom i učinkovitom.⁸⁷

4. DRUGE EUROPSKE MEĐUVLADINE ORGANIZACIJE: VIJEĆE EUROPE I OECD

4.1. Vijeće Europe i lobiranje

Vijeće Europe međunarodna je organizacija sa sjedištem u Strasbourgu koja trenutno broji četrdeset i sedam država članica te osim Bjelorusije, obuhvaća sve europske zemlje. Budući da su temeljna načela Vijeća Europe „promicanje ideala i standarda demokracije i pravne države te zaštita i poštivanje ljudskih prava“⁸⁸ za očekivati je da i ova organizacija ima što reći o pravnoj regulaciji djelatnosti lobiranja.

O ovoj tematici usvojeno je niz preporuka i drugih *soft law* akata.⁸⁹

84 Ibid., str. 279-289.

85 Ibid., str. 113-120.

86 Ibid., str. 131-141. i *Transparency International Finland*, dostupno na: <https://www.transparency.org/country/FIN>, posjećeno 18.12.2018.

87 Bitonti, A., Harris, Ph., *Lobbying ...*, op. cit., str. 325-331.

88 Statute of the Council of Europe, London, 5.V.1949, dostupno na: <https://rm.coe.int/1680306052>, posjećeno 1.3.2018.

89 Dokumenti Vijeća Europe koji se izravno tiču tematike lobiranja su Preporuka Parlamentarne skupštine 1908 iz 2010. godine o lobiranju u demokratskome društvu (*Parliamentary Assembly Recommendation 1908 (2010) on lobbying in a democratic society*), Rezolucija Parlamentarne skupštine 1774 iz 2010. godine o izvaninstitucijskim akterima u demokratskom sustavu te prateće Izvješće 12278 (*Parliamentary Assembly Resolution 1744 (2010) on extra-institutional actors in the democratic system, and accompanying Report Doc. 12278*), Preporuka Parlamentarne skupštine 2019 iz 2013. godine o korupciji kao prijetnji vladavini prava te prateće izvješće 13228 (*Parliamentary Assembly Recommendation 2019 (2013) on corruption as a threat to the*

Najrecentnija Preporuka Vijeća ministara državama članicama o pravnoj regulaciji lobističkih aktivnosti u kontekstu javnog donošenja odluka usvojena je 22. ožujka 2017. godine.⁹⁰ Njome se preporuča da vlade država članica uspostave ili učvrste koherentan i iscrpan okvir za pravnu regulaciju lobističkih aktivnosti u kontekstu donošenja odluka, a u skladu s prilogom preporuci (*Appendix to Recommendation CM/Rec(2017)2*) te u svjetlu vlastitih nacionalnih zakonodavstava. Pritom se naglašava potreba prevodenja i distribucije Preporuke što je šire moguće, a osobito među, primjerice, interesnim skupinama, trgovačkim i poslovnim udruženjima, javnim tijelima, nevladinim organizacijama te civilnom društvu, kao i među političarima te pripadnicima akademske zajednice. Preporuka navodi kako je temeljni cilj pravne regulacije lobiranja promicanje transparentnosti lobističkih aktivnosti, a regulirane bi trebale biti barem sljedeće situacije: slučajevi kada su konzultanti i lobisti angažirani na zahtjev treće strane, *in-house* lobisti angažirani na zahtjev svoga poslodavca te organizacije i tijela koja zastupaju profesionalne ili druge (sektorske) interese. Sve iznimke trebaju biti jasno definirane i opravdane. Međutim, pravna regulacija lobističkih aktivnosti ni na koji način ne bi smjela ograničavati demokratska prava pojedinaca na slobodu izražavanja te slanja predstavki i pritužbi javnim službenicima, tijelima i institucijama, bilo individualno ili kolektivno, kao i zagovaranje političkih promjena i promjena zakonodavstva, politike ili prakse, a unutar okvira dopuštenih i legitimnih političkih aktivnosti. Informacije o lobističkim aktivnostima u kontekstu procesa javnog donošenja odluka trebale bi biti objavljene, a pravila o objavljivanju proporcionalna važnosti materije o kojoj je riječ te odražavajući temeljna ustavna jamstva. Registar lobista trebala bi voditi strane nadležna tijela javne vlasti, a podatci u njemu biti deklaratorne naravi. Također, trebao bi biti lako dostupan korisniku, a osobito je bitno da sadržava različite mehanizme pretrage, da je otvoren za javnost i to nenaplatno. Za točnost i ažuriranost podataka odgovorni bi bili sami lobisti, no treba imati na umu propise o zaštiti osobnih podataka s kojima bi informacije u registru morale biti usklađene. Lobisti bi se u svome djelovanju trebali voditi otvorenošću, transparentnošću i iskrenošću te se od njih očekuje da pružaju ispravne informacije o svojem djelovanju, djeluju iskreno i u dobroj vjeri, suzdrže se od nedopustivog utjecaja

rule of law, and accompanying Report Doc. 13228), Izvješće Venecijanske komisije o pravnom okviru za regulaciju lobiranja u državama članicama Vijeća Europe (*Venice Commission Report CDL-DEM(2011)002 on the legal framework for the regulation of lobbying in the Council of Europe member States*), Izvješće Venecijanske komisije o ulozi izvaninstitucionalnih aktera u demokratskom sustavu – lobiranje (*Venice Commission Report CDL-AD(2013)011 on the Role of Extra-Institutional Actors in the Democratic System (Lobbying)*) te Kaznenopravna konvencija o korupciji (*Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173)*, and *Explanatory Report*. 8).

90 Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the legal regulation of lobbying activities in the context of public decision making (Adopted by the Committee of Ministers on 22 March 2017 at the 1282nd meeting of the Ministers' Deputies), dostupno na: <https://rm.coe.int/legal-regulation-of-lobbying-activities/168073ed69>, posjećeno 18.2.2017. Inače, ova je preporuka nastala na temeljima studije izvedivosti Europskog odbora za pravnu suradnju (*European Committee on Legal Co-Operation – CDCJ*) iz 2014. godine. Preporuci je prethodilo i široko savjetovanje koje je uključivalo predstavnike civilnoga društva, predstavnike iz poslovnog svijeta, kao i iz svijeta politike.

na javne dužnosnike u procesu donošenja odluka te izbjegavaju sukob interesa. Vijeće Europe također smatra da propisi koji reguliraju lobiranje trebaju sadržavati sankcije za njihovo kršenje, a koje bi trebale biti učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće od ponavljanja sankcioniranog djela. Potrebno je predvidjeti i *cooling-off* period, odnosno vrijeme koje mora proteći prije no što javni dužnosnik može postati lobist, ali vrijedi i obrnuto. Javni dužnosnici trebali bi odbiti ili objaviti darove koje su im ponudili lobisti te objavljivati eventualne sukobe interesa, ali i prijavljivati lobističke aktivnosti koje krše propise ili kodeks ponašanja, imajući na umu povjerljivost podataka.⁹¹

Sudska praksa Europskog suda za ljudska prava o lobiranju vrlo je oskudna. Tematika se ipak ugrubo dotiče u presudama *Dochnal protiv Poljske* (2012.),⁹² te *OOO Ipress i ostali protiv Rusije* (2013.).⁹³ Nije riječ o slučajevima koji bi predstavljali bilo kakav presedan ili iz kojih bi se izvodili drugi važni pravni zaključci o lobiranju, već o slučajevima koji se lobiranja dotiču samo marginalno. Naime, u predmetu *Dochnal protiv Poljske* podnositelj zahtjeva je poljski lobist i poduzetnik Marek Alojzy Dochnal, a zahtjev se tiče njegove pritužbe na pritvor prije suđenja za dva kaznena postupka, temeljena na optužbama za davanje mita, pranje novca i utaju poreza. Smatrao je da su postupci politički motivirani te da su prekršena njegova temeljna ljudska prava, konkretno čl. 3. i 4. te čl. 18., a čak i čl. 8. U drugom predmetu podnositelj zahtjeva je *OOO Ipress*, rusko društvo s ograničenom odgovornošću te dvojica njihovih novinara. Protiv podnositelja zahtjeva vodila su se četiri slučaja na temelju kleveta u novinskim člancima objavljenih u tjedniku *Ivanovo-Press* između 2003. i 2005. ESLJP je mišljenja kako domaći sud nije dobro odvagao činjenice i vrijednosne sudove te postigao ravnotežu između javnog interesa te slobode izražavanja i ugleda, čime je doveden u pitanje čl. 10 Konvencije.

Iz rečenoga je razvidno da Vijeće Europe stalno ističe⁹⁴ važnost regulacije lobiranja zbog znatnog utjecaja koje lobiranje ima na proces donošenja odluka radi uspostave pravila koja se moraju poštovati pri pokušaju utjecaja na ishod javne politike. U suprotnome može doći do podrivanja demokratskih načela te dobre vladavine, no pridajući pažnju i činjenici da pravila o lobiranju treba striktno razlikovati od korupcije kao kaznenog djela. Također, donošenje pravila kojima bi se uredilo lobiranje moglo bi pridonijeti i jačanju povjerenja naroda u politički sustav, s obzirom na to da takva pravila mogu povećati legitimitet političkog sistema, a istovremeno i stvoriti višerazinski prostor za sudjelovanje različitih aktera.

4.2. OECD i lobiranje

OECD lobiranje proučava u okviru područja suzbijanja korupcije i osiguranja integriteta djelovanja u javnom sektoru (*Anti-corruption and integrity in the public*

91 Loc. cit.

92 ECHR, *Dochnal v. Poland* (no. 31622/07).

93 ECHR, *OOO Ipress and Others v. Russia*, (no. 33501/04, 35258/05, 35618/05, 38608/04).

94 Recommendation of the Committee of Minister..., op. cit.

sector).⁹⁵ Lobiranje smatra demokratskim pravom koje može pružiti vlasti dragocjene spoznaje i podatke te pravom u kojem je sadržana mogućnost građana i interesnih skupina da predstave svoje ideje donositeljima odluka. S druge strane, smatra kako lobiranje može prouzročiti nejednakosti te da je javni interes ugrožen kada se pregovori odvijaju iza zatvorenih vrata. OECD ističe da države nailaze na probleme pri pokušaju regulacije lobiranja zbog kompleksnosti immanentne lobiranju pa se sljedom toga mnoge oslanjaju na samoregulaciju industrije.

Nadalje, Organizacija je izdala brošuru o deset načela za transparentnost i integritet u lobiranju,⁹⁶ koja se svode na četiri glavna područja. To su: izgradnja učinkovitog i pravednog okvira koji omogućuje otvorenost i transparentnost, povećanje transparentnosti, njegovanje kulture integriteta te mehanizme učinkovite implementacije.⁹⁷

U prvo područje ulaze četiri načela: države bi trebale omogućiti svim dionicima pravedan i jednak pristup razvoju i implementaciji javnih politika; pravila i smjernice o lobiranju trebaju izražavati stajališta vlasti o lobističkoj praksi te poštovati socio-ekonomski i administrativni kontekst; pravila i smjernice o lobiranju trebali bi biti u skladu sa širom politikom i regulatornim okvirom; države bi trebale jasno definirati pojmove lobiranja i lobista pri regulaciji ili unaprjeđenju regulacije lobiranja. U drugu skupinu, povećanje transparentnosti, ulaze načelo prema kojem bi države trebale pružiti odgovarajući stupanj transparentnosti, a s ciljem osiguranja da javni dužnosnici, građani i poduzetnici mogu dobiti opsežne informacije o lobističkim aktivnostima te načelo prema kojem bi države trebale omogućiti dionicima, uključujući organizacije civilnoga društva, poslovnom svijetu, medijima i široj javnosti pomno ispitivanje lobističkih aktivnosti. Treću skupinu čine pravila prema kojima bi države trebale njegovati kulturu integriteta javnih organizacija i procesa donošenja odluka uspostavljanjem jasnih pravila i smjernica ponašanja javnih dužnosnika te da bi lobisti trebali poštovati pravila profesionalizma i transparentnosti – na njima je odgovornost njegovanja kulture transparentnosti i profesionalizma u lobiranju. I, konačno, prema posljednjoj skupini načela, države bi trebale uključiti ključne aktere u implementaciju koherentnog spektra strategija i praksi kako bi se postigla usklađenost te revidirati funkcioniranje svojih pravila i smjernica za lobiranje periodično i činiti potrebne preinake na temelju iskustva u primjeni.

Prvo izvješće⁹⁸ o ovoj tematici, uz stvaranje samog okvira za lobiranje, bavi se i komparativnom analizom regulativa kojima se povećavaju transparentnost i

95 OECD, Lobbying, dostupno na: <http://www.oecd.org/gov/ethics/lobbying.htm>, posjećeno 19. 1. 2018.

96 10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying, dostupno na: <http://www.oecd.org/gov/ethics/oecdprinciplesfortransparencyandintegrityinlobbying.htm>, posjećeno 18. 1. 2018.

97 Recommendation of the Council on Principles for Transparency and Integrity in Lobbying 18 February 2010 - C(2010)16, dostupno na: <https://legalinstruments.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=256&>, posjećeno 11. 1. 2018.

98 Lobbyists, Government and Public Trust, Volume 1, dostupno na: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-1_9789264073371-en#page103.2018., posjećeno 14. 7. 2018.

odgovornost, a dotiče se i iskustava Kanade (posebno Quebeca) i Poljske. Drugo izvješće, iz 2012. godine,⁹⁹ posvećeno promicanju integriteta samoregulacijom, detaljno razlaže profesionalna udruženja lobista, njihove stavove prema samoregulaciji i istražuje mnogobrojne opcije za unaprjeđenje transparentnosti i odgovornosti. Naime, samoregulacija lobističkih aktivnosti drugo je lice medalje pa se u izvješću analiziraju mjere koje su poduzele lobističke organizacije s ciljem razvoja pravila ponašanja i pridržavanja zakona i na nacionalnoj i na europskoj razini. Prema istraživanjima, uočen je velik naglasak na povećanju samoregulacije, iako je u tom slučaju izazov osigurati njezino pridržavanje. Zanimljivo je istaknuti kako je čak 61 % intervjuiranih lobista izrazilo želju za uvođenjem obveze regulacije njihovih aktivnosti, dok čak 76 % smatra da bi zakonska regulacija pomogla u otklanjanju negativnog prizvuka povezanog s njihovom profesijom.

5. ZAKLJUČAK

Stajalište je međunarodnih organizacija koje djeluju na području Europe kako lobiranje treba biti što transparentnije i otvorenije, a uočena je i sve veća potreba za uspostavom pravnog okvira koji će učinkovito regulirati lobiranje. Bruxelles je centar lobiranja u Europi, a na karti svijeta smješten odmah nakon Washingtona po broju lobista i važnosti u sferi lobiranja. O tome dovoljno govori činjenica da je 2016. godine na lobiranje utrošeno rekordnih 1,7 milijardi eura. Bruxelles se kao takav profilirao tijekom dugog niza godina, a počevši od sredine prošloga stoljeća, izmjenjujući dotičan položaj s Parizom i Ženevom. Kao aktere lobiranja moguće je uočiti šarolik spektar subjekata: od udruga poslodavaca, multinacionalnih kompanija i trgovačkih udruženja preko nevladinih organizacija i udruga pa do predstavnika javnih vlasti. Ne čudi stoga da je u Bruxellesu uočena važnost regulacije lobiranja koja je započela već osamdesetih i devedesetih godina prošloga stoljeća, iako su najvažniji potezi uslijedili u ovom tisućljeću. Tako je 1996. godine Europski parlament uspostavio prvi dobrovoljni registar lobista, dok je Komisija uspostavila „Register of Interest Representatives“ 2008. godine koji se temelji na Europskoj inicijativi za transparentnost (ETI) iz 2005. Godine 2011. uspostavljen je zajednički, objedinjeni registar Europskog parlamenta i Komisije, dok su se 2016. godine pojavile i težnje za uvođenjem zajedničkog, obveznog registra transparentnosti za Parlament, Komisiju i Vijeće.

Za razliku od Bruxellesa, stanje u pojedinim državama članicama Unije vrlo je različito. Litva i Poljska bile su prve koje su donijele zakone o lobiranju, po uzoru na američko zakonodavstvo. U Estoniji lobiranje je obilježeno društvenom stigmom, dok se u Latviji povezuje s djelatnostima poput bankarstva, industrije alkoholnih pića, kockanja i sl.

U Austriji je na snazi zakon koji propisuje obveznost registracije za lobiste te sankcije u slučaju kršenja propisa. Iako je u Češkoj prepoznata važnost regulacije

99 Lobbyists, Government and Public Trust, Volume 2, dostupno na: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-2_9789264084940-en#page1, posjećeno 19. 1. 2018.

lobiranja, sva su nastojanja dugotrajna i, za sada, bez većeg uspjeha. U Mađarskoj je zakonodavstvo o lobiranju uvedeno još 1994. godine, no tadašnja mađarska vlada opozvala ga je 2011. kao i registar. Registar njemačkog *Bundestaga* dobrovoljan je i javan, no sve su izraženije tendencije za uvođenjem obveznog registra. U Slovačkoj lobiranje nije regulirano zakonom, dok je slovenski Zakon o regulaciji lobiranja prema nalazima *Transparency Internationala* najkvalitetniji u Europi. Najnoviji zakon o lobiranju donesen je u Francuskoj 2016. godine, dok su nekoliko godina ranije i Irska (2015.) te Ujedinjeno Kraljevstvo (2014.) uredile pitanje lobiranja zakonskim propisima.

Države Beneluxa odlikuju brojne specifičnosti pa je tako Nizozemska poznata po, tzv. *polder* modelu i tisućama neregistriranih lobista, a Belgija i Luksemburg nisu donijele zakonodavstvo o lobiranju, niti uspostavile obveznost registracije.

U zemljama južne Europe postoji ozbiljan nedostatak regulacije lobiranja te je sveprisutna negativna konotacija samog pojma, a osobito u državama kao što su Malta, Cipar i Grčka. Italiju karakterizira „model zmije“ i činjenica da su predložena čak pedeset i četiri zakona o tematici lobiranja, no bez uspjeha. U Portugalu postoje tendencije regulacije lobiranja u budućnosti, kao i u Španjolskoj, bar sudeći prema političkim agendama pojedinih stranaka te uspostavljanju registra transparentnosti u Kataloniji.

U Bugarskoj i Rumunjskoj vidljive su određene naznake napredovanja u pitanju regulacije lobiranja, iako predstoji još mnogo rada do regulacije lobiranja zakonskim tekstom. Iako vrlo profesionalno, lobiranje u Danskoj daleko je od regulacije i točke priznavanja kao zasebne profesije, dok u Finskoj i Švedskoj za sada nema naznaka čvršće regulacije lobiranja.

Vijeće Europe usvojilo je niz preporuka i drugih akata iz područja, tzv. *soft law*, no u biti se svode na agitiranje za uspostavom iscrpnog pravnog okvira kojim bi se regulirale aktivnosti lobista, dok recentna preporuka iz 2017. godine naglašava i važnost upoznavanja što šire javnosti i što raznolikijih grupa s njenim tekstom, s ciljem uspostave transparentnosti lobiranja. Istodobno se naglasak stavlja i na nezadiranje u demokratska prava pojedinca kao što su, primjerice, sloboda govora, slanje predstavki i pritužbi i sl. Unatoč tomu, sudska praksa ESLJP-a o lobiranju vrlo je oskudna, odnosno dotiče se tek posredno i marginalno. OECD na lobiranje gleda kroz prizmu suzbijanja korupcije i jačanja integriteta u javnom sektoru. Lobiranje smatra demokratskim pravom građana i interesnih skupina da prezentiraju svoje ideje i interese donositeljima odluka. Istodobno, OECD uočava mnogobrojne probleme s kojima se države suočavaju pri pokušaju regulacije lobiranja te zaključuje kako mnoge od njih odlučuju prepustiti regulaciju samoj profesiji, odnosno kako prevladava samoregulacija.

Što nosi budućnost, teško je anticipirati, no za Europu pa tako i Uniju, turbulentno je razdoblje: od financijske krize, preko migrantske krize pa sve do Brexita. Ipak, jasno je da će u pogledu svakodnevnog, *day-to-day business*, broj lobista u Bruxellesu zasigurno rasti. Velike kompanije nastavit će zapošljavati sve više ljudi, a osobit rast mogao bi uslijediti u industriji koja se galopirajuće razvija – tehnološkoj industriji. Nesumnjiv je rast industrije lobiranja povećanjem broja

društava koja se bave lobiranjem, kao i rastuća popularnost tečajeva i diplomskih programa koji obuhvaćaju lobiranje ili odnose s javnošću, a uočava se i opći trend profesionalizacije organizacija koje se bave lobiranjem pa se tako unutar industrije donose pravila ponašanja i ističe važnost transparentnosti. Sve su mnogobrojnija i udruženja lobističkih subjekata. Uz tako opisanu generalnu profesionalizaciju lobiranja i donošenje sve većeg skupa internih pravila unutar profesije, uočava se i sve veće pristupanje regulaciji lobiranja u sve više država na području Europe. Osobiti je naglasak na potrebi regulacije prijepornih momenata, kao što su fenomen „okretnih vrata“, sprječavanje sukoba interesa, financiranje političkih stranaka i sl. Tek ostaje za vidjeti kako će povećanje transparentnosti kroz regulaciju utjecati na poboljšanje percepcije lobiranja, uz naglasak na otvorenost, transparentnost i odgovornost i pravednost, a osobit izazov zasigurno će biti regulacija lobiranja u onim državama u kojima lobiranje nije dio njihove političke kulture.

LITERATURA

a) Knjige i članci

1. Bitonti, Alberto, Harris, Phil, *Lobbying in Europe, Public Affairs and the Lobbying in 28 EU Countries*, Palgrave Macmillan, United Kingdom, 2017.
2. Chalmin, Philippe, *The Making of a Sugar Giant: Tate and Lyle 1859-1989*, Harwood Academic Publisher, 1990., dostupno na: https://books.google.hr/books?id=bOPogF8v9-kC&pg=PA465&lpg=PA465&dq=henri+cayre+who+was+he&source=bl&ots=kHiOh7QRvG&sig=RDdtps6n-c86mDU7HPHgYTBsG4&hl=hr&sa=X&ved=0ahUKE-wiSj_jFm-XZAhVDICwKHcVHAEOQ6AEIJjAA#v=onepage&q=henri%20cayre%20who%20was%20he&f=false, 28. 2. 2018.
3. Chambers, Anthony, *The Lobbying of the EU - How to achieve greater transparency*, Civitas: Institute for the Study of Civil Society February 2016, dostupno na: <http://www.civitas.org.uk/content/files/Anthony-Chambers-EU-lobbying.pdf>, 20. 6. 2017.
4. Chari, Raj, Murphy, Gary, Hogan, John, *Regulating lobbyists: A comparative analysis of the United States, Canada, Germany, and the European Union*, *The Political Quarterly* 78 (3), 2007.
5. Franklin B. et al., *Key concepts in public relations*, London: SAGE Los Angeles, 2009, dostupno na: https://books.google.hr/books?hl=hr&lr=id=ND1RVZzu8QsC&oi=fnd&pg=PT1&dq=Franklin+B.+et+al.,+Key+concepts+in+public+relations,+London:+SAGE+Los+Angeles,+2009&ots=HHuIIQUqd&sig=VP2he6aOs-p3r_bo8vYiyiBZG_I&redir_esc=y#v=onepage&q=consistent&f=false, 5. 1. 2018.
6. Greenwood, Justin i Thomas, Clive S., *Regulating lobbying in the western world*, *Parliamentary Affairs* 51 (4), 1998.
7. Grosek, Kristina, Claros, Eulalia, *Regulation of lobbying across the EU*, European Parliamentary Research Service, Members' Research Service, dostupno na: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/595830/EPRS_ATA\(2016\)595830_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/595830/EPRS_ATA(2016)595830_EN.pdf), 21. 6. 2018.
8. Guéguen, Daniel, *Europsko lobiranje*, *Miroictures i Novum*, Zagreb, 2007.
9. Holman, Craig, *Lobbying Reform in the United States and the European Union: Progress on Two Continents*, *Public Citizen*, 2009.
10. *Lobbyists, Government and Public Trust*, Vol. 1, dostupno na: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-1_9789264073371-en#page1, 14. 7. 2018.

11. Lobbyists, Government and Public Trust, Vol. 2, dostupno na: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-2_9789264084940-en#page1, 19. 1. 2018.
12. Lobbyists, Government and Public Trust, Vol. 2, dostupno na: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-2_9789264084940-en#.WmTrsqinHIU, 19. 1. 2018.
13. Petrillo, Pier Luigi, *Democrazie sotto pressione, Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011.
14. Vidačak, Igor, *Lobiranje, Interesne skupine i kanali utjecaja u Europskoj uniji*, Planetopija, Zagreb, 2007.

b) Vrela s Interneta

1. Access Info Europe: European Commission starts publishing travel expenses proactively, dostupno na: <https://www.access-info.org/article/30403>, 22. 4. 2018.
2. Algarvedailynews, Former PT directors and Deloitte sued over €897 million Rioforte loan, <https://algarvedailynews.com/news/7647-former-pt-directors-and-deloitte-sued-over-897-million-rioforte-loan>, posjećeno 30.04.2018.
3. ALTER-EU, The European Transparency Initiative and ALTER-EU, <https://www.alter-eu.org/about/coalitio>, 20. 6. 2017.
4. ALTER-EU, Lobbywatch Netherlands Launched, dostupno na: <https://www.alter-eu.org/lobbywatch-netherlands-launched>, 10. 7. 2018.
5. ALTER-EU, The French Parliament passes the Sapin II law: a step forward?, dostupno na: <https://www.alter-eu.org/the-french-parliament-passes-the-sapin-ii-law-a-step-forward>, 10. 7. 2018.
6. Association of Accredited Public Policy Advocates to the European Union, Lobbying Landscape in Hungary, dostupno na: <http://www.aalep.eu/lobbying-landscape-hungary>, 1. 3. 2018.
7. Big East-West skew in record EU lobbying bonanza, Politico, dostupno na: <https://www.politico.eu/article/transparency-register-analysis-lobbying-east-west-skew-european-union/>, 1.3.2018.
8. Civil Society Europe, The European Parliament must do more to improve lobby, transparency, dostupno na: <https://civilsocietyeurope.eu/2017/03/17/the-european-parliament-must-do-more-to-improve-lobby-transparency>, 20. 6. 2018.
9. Europa, Registar transparentnosti, dostupno na: <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do?redir=false&locale=hr>, 20. 6. 2017.
10. Europa, Registar transparentnosti, Ključni datumi, http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/staticPage/displayStaticPage.do;TRPUBLICID=prod=5_gH3BPKGgTQsiUxtqDzwv7UNnRTepME-JkTyxS6kKgjNwLqzZet!925169321?locale=hr&reference=KEY_DATES, 20. 6. 2017.
11. European Commission, Press releases database, Press Release details, Commission's lobby register: it's time to sign up, dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-988_hr.htm?locale=en, 20. 6. 2018.
12. European Commission - Press release, New Code of Conduct strengthening ethical rules for Members of the European Commission enters into force, Brussels, 31 January 2018 dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-504_en.htm, 26. 2. 2018.
13. Europska komisija - Priopćenje za tisak, Ostvarenje transparentnosti: Komisija predložila obvezni registar transparentnosti za sve institucije EU-a, dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3182_hr.htm, 20. 6. 2018.
14. Library of Congress, Lobbying Disclosure Laws: France, dostupno na: <https://www.loc.gov/law/help/lobbying-disclosure/france.php>, 10. 7. 2018.

15. Library of Congress, Lobbying Disclosure Laws: Germany, dostupno na: <https://www.loc.gov/law/help/lobbying-disclosure/germany.php>, 1. 7. 2018.
16. Library of Congress, Lobbying Disclosure Laws: United Kingdom, <https://www.loc.gov/law/help/lobbying-disclosure/unitedkingdom.php>, 1. 7. 2018.
17. Lobbying.ie, Summary of the main provisions of the Act, dostupno na: <https://www.lobbying.ie/help-resources/information-for-lobbyists/quick-guide-to-the-act/>, 1. 7. 2018.
18. Lobbying.ie, The Three Step Test, dostupno na: <https://www.lobbying.ie/help-resources/information-for-lobbyists/am-i-lobbying/>, 22. 4. 2018.
19. OECD, Lobbying, dostupno na: <http://www.oecd.org/gov/ethics/lobbying.htm>, 19. 1. 2018.
20. Politico, Police search offices of Eurogroup President Mário Centeno, <https://www.politico.eu/article/police-search-offices-of-eurogroup-president-mario-centeno/>, 30. 4. 2018.
21. Politico, Portuguese backlash against plan to remove corruption-busting prosecutor, <https://www.politico.eu/article/portuguese-backlash-against-plan-to-remove-corruption-busting-prosecutor/>, 30. 4. 2018.
22. Republic of Slovenia, Government of the Republic of Slovenia, News, Slovenia with the best quality of lobbying regulation in Europe, dostupno na: http://www.vlada.si/en/media_room/newsletter/slovenia_weekly/news/article/slovenia_with_the_best_quality_of_lobbying_regulation_in_europe_52774/, 1.7.2018.
23. Reuters, EU executive proposes tighter lobbying rules, 28.rujna 2016, dostupno na: <https://www.reuters.com/article/us-eu-ethics-lobbying/eu-executive-proposes-tighter-lobbying-rules-idUSKCN11Y2PW>, 28. 2. 2018.
24. Reuters, Portuguese ex-PM Socrates indicted on corruption charges, <https://www.reuters.com/article/us-portugal-corruption-socrates/portuguese-ex-pm-socrates-indicted-on-corruption-charges-idUSKBN1CG1U5>, 30.04.2018
25. Reuters, Prosecutor investigating suspected fraud at Portugal Telecom SGPS, <https://uk.reuters.com/article/uk-portugaltelecom-investigation/prosecutor-investigating-suspected-fraud-at-portugal-telecom-sgps-idUKKBN0KF1BG20150106>, 30. 4. 2018.
26. Transparency International, Lobbying in Estonia, Mapping the Players, Risks And Political Context, str. 4, dostupno na: http://transparency.ce/cm/files/lisad/lobbying_in_estonia.pdf, 11. 3. 2018.
27. Transparency International Slovenia, Lifting the Lid on Lobbying: Slovenia Call for Transparent and Ethical Lobbying, Transparency International Slovenia - Društvo Integriteta, Ljubljana, 2014., dostupno na: http://www.transparency.si/images/publikacije/lobiranje/report_lobbyinginslovenia.pdf, 1. 7. 2018.
28. Vidačak Igor, Lobiranje u Europskoj uniji, powerpoint prezentacija, http://www.emins.org/pmlr/download/Igor%20Vidacac_lobiranje-EU.pdf, 20.6.2017.

c) *Pravni akti*

1. Francuska, Republika:
 - *Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, dostupno na: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0830.asp>, 10. 7. 2017.
2. Hrvatska, Republika:
 - *Strategija suzbijanja korupcije za razdoblje od 2015. do 2020.*, NN, br. 26/2015.
 - *Ustav RH*, NN, br. 56/1990., 135/1997., 11/2000., 28/2001., 76/2010. i 5/2014.
3. Irska, Republika
 - *Transparency of Lobbying, Non-Party Campaigning and Trade Union Administration Act 2014*, dostupno na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/4/contents/enacted> i <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/4/introduction>, 1.7.2018.

4. Komisija, Europska:
 - Commission of the European Communities, European Governance, A White Paper, Brussels, 25.7.2001., dostupno na: https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/communication-white-paper-governance-com2001428-20010725_en.pdf, 5. 1. 2018.
 - European Commission: *An open structured dialog between the Commission and special interest groups*, 1992., 93/C63/02, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1993_063_R_0002_01&from=EN, 28.2.2018.
 - Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report, Brussels, 3.2.2014., dostupno na: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf, 10. 7. 2018.
5. Komisija, Venecijanska:
 - European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) Report on the Legal Framework for the Regulation of Lobbying in the Council of Europe Member States dostupno na: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM\(2011\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM(2011)002-e), 5. 3. 2018.
6. Nizozemska, Kraljevina:
 - House of Representatives of the Netherlands - Rules of Procedure, dostupno na: https://www.houseofrepresentatives.nl/sites/default/files/atoms/files/141120-rules_of_procedure.pdf, 11. 7. 2018.
7. Njemačka, Savezna Republika:
 - Anlage 2 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages - Registrierung von Verbänden und deren Vertretern, dostupno na:
 - Bundesgesetz zur Sicherung der Transparenz bei der Wahrnehmung politischer und wirtschaftlicher Interessen (Lobbying- und Interessenvertretungs-Transparenz-Gesetz – LobbyG), dostupno na: Bundeskanzleramt, <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR40141416>, 9. 3. 2018.
 - http://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/anlage2/245180, 2. 7. 2018.
8. Organizacija za gospodarsku suradnju i razvitak (OECD):
 - 10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying, dostupno na: <http://www.oecd.org/gov/ethics/oecdprinciplesfortransparencyandintegrityinlobbying.htm>, 18. 1. 2018.
 - Recommendation of the Council on Principles for Transparency and Integrity in Lobbying 18 February 2010 - C(2010)16, dostupno na: <https://legalinstruments.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=256&>, 11. 1. 2018.
9. Parlament, Europski:
 - European Parliament: A Parliament's Rules of Procedure 9(2), 1996., dostupno na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A4-1996-0200&language=EN>, 28. 2. 2018.
 - Transparency of lobbying at EU level, Briefing, December 2015, dostupno na: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/572803/EPRS_BRI\(2015\)572803_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/572803/EPRS_BRI(2015)572803_EN.pdf), 20. 6. 2017.
10. Slovenija, Republika:
 - Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije (ZIntPK), Uradni list RS, št. 69/11 – uradno prečiščeno besedilo, dostupno na: <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO5523>, 9. 7. 2018.
11. Unija, Europska:
 - Službeni list Europske unije, L 277/11., dostupno na: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014Q0919\(01\)&from=hr](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014Q0919(01)&from=hr), 20. 6. 2017.

12. Vijeće Europe:

- Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the legal regulation of lobbying activities in the context of public decision making (Adopted by the Committee of Ministers on 22 March 2017 at the 1282nd meeting of the Ministers' Deputies), dostupno na: <https://rm.coe.int/legal-regulation-of-lobbying-activities/168073ed69>, 18. 2. 2017.
- Statute of the Council of Europe, London, 5.V.1949, dostupno na: <https://rm.coe.int/1680306052>, 1. 3. 2018.

d) *Sudska praksa:*

1. Europski sud za ljudska prava (ESLJP):
 - *Dochnal protiv Poljske* (br. 31622/07)
 - *OOO Ivpress i dr. protiv Rusije*, (br. 33501/04, 35258/05, 35618/05, 38608/04)

Sanja Barić*
Ana Acinger**

Summary

LEGAL STATUS OF LOBBYISTS IN EUROPE

The legal regulation of lobbying in Europe is described by the authors through the prism of the European Union, but also of international organizations operating in the territory of Europe and certain countries on its territory. The existence, i.e. non-existence, of the relevant regulations, of the transparency register and of the code of ethics in the Member States of the European Union, are presented, with special emphasis on those Member States in which there is a legal regulation concerning lobbying and the advantages and disadvantages of such legal acts.

***Keywords:** European Union, lobbying, right to send petitions and complaints, legal regulation of lobbying, transparency register.*

Zusammenfassung

RECHTSREGELUNG DER STELLUNG VON LOBBYISTEN IN EUROPA

Die Rechtsregelung des Lobbyismus in Europa wird in diesem Beitrag durch das Prisma der EU, der in Europa tätigen völkerrechtlichen Organisationen und einiger europäischer Staaten dargestellt. Ebenfalls wird auch das Vorhandensein, beziehungsweise das Nicht-Vorhandensein einschlägiger Vorschriften, des Transparenzregisters und des ethischen Kodex in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union besprochen. Dabei legt man besonderen Wert auf diejenigen Mitgliedsstaaten, welche über die das Lobbyismus regulierenden Gesetzevorschriften verfügen, und bespricht die Vor- und Nachteile solcher Gesetzesakte.

***Schlüsselwörter:** die Europäische Union, Lobbyismus, das Recht auf Einreichung von Petitionen und Beschwerden, Rechtsregelung des Lobbyismus, Transparenzregister.*

* Sanja Barić, Ph.D., Full Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; sbaric@pravri.hr.

** Ana Acinger, Legal Trainee at Attorney at Law; ana.acinger@gmail.com.

Riassunto

LA DISCIPLINA GIURIDICA DELLA POSIZIONE DEI LOBBISTI IN EUROPA

La disciplina giuridica del lobbismo in Europa viene illustrata attraverso il prisma dell'UE, come anche delle organizzazioni internazionali che operano sul territorio dell'Europa e di singoli stati sul suo territorio. Viene illustrata anche l'esistenza, o meglio l'inesistenza, di una disciplina appropriata, di un registro della trasparenza e di un codice etico negli Stati membri dell'Unione europea, con particolare attenzione verso quegli stati membri nei quali non esiste un quadro normativo che regoli il lobbismo, come anche i vantaggi e le lacune di tali atti giuridici.

Parole chiave: *Unione europea, lobbismo, diritto all'inoltro di ricorsi e richieste, disciplina giuridica del lobbismo, registro della trasparenza.*

REVISITING INTERNATIONAL ADMINISTRATIVE LAW AS A LEGAL DISCIPLINE

Doc. JUDr. Jakub Handrlica*

UDK 342.92

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.5>

Ur.: 15. srpnja 2018.

Pr.: 26. listopada 2018.

Prethodno priopćenje

Summary

The term “international administrative law” is understood in two separate ways. On one hand, the authors (diritto internazionale amministrativo) used this term regarding the administrative competencies of various international administrative unions, as provided by applicable international conventions. On the other hand, other authors (e.g. Karl Neumeyer, Paul Négulescu, Giuseppe Biscottini) used the term to exclusively refer to the norms of national law (diritto amministrativo internazionale, droit administratif international, internationales Verwaltungsrecht), which address certain foreign elements. This article follows the second understanding of the term “international administrative law.” For a long time, these norms had been quite rare in administrative law and, consequently, the legal scholarship did not pay much attention to the discipline of international administrative law. However, most recently, the sources of EU law increasingly require reflection of certain foreign elements in the norms of administrative law. In this respect, this article argues that international administrative law represents a legal discipline that is fully capable of addressing those problems arising by the application of these norms in administrative law.

Keywords: *international administrative law; mutual recognition of foreign administrative acts; acta iure imperii; qualification problem; jurisdictional immunity of the State.*

1. INTRODUCTION¹

Traditionally, the science of administrative law hadn't dealt with those issues

* Doc. JUDr. Jakub Handrlica, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, Charles University in Prague, Czech Republic; jakub.handrlica@prf.cuni.cz.

1 This article is based on my habilitation thesis entitled “Transterritorial Administrative Acts: A Study in International Administrative Law,” which was defended before the Scientific Committee on 12th October, 2017, prior to being promoted to Associate Professor in Administrative Law at the Law Faculty, Charles University in Prague.

involving foreign elements. Under this traditional approach, administrative law dealt exclusively with domestic administrative regulations (*Befehlsgewalt*) and their application by domestic administrative authorities in the territory of the State (*Zwangsgewalt*).² Consequently, any issues involving foreign elements³ were basically left as subjects of interest in the scholarship of international law.⁴ Thus, under the traditional approach to the administrative law, any “international administrative law” had to be considered as a kind of a *contradictio in adjecto*. In effect, most of the recent textbooks on administrative law do not deal with cases involving foreign elements or only marginally deal with them.⁵

It is a matter of fact that the term “international administrative law” has been understood in two rather different ways. In this respect, Italian scholar Donato Donati already argued⁶ in 1906 for the existence of two separate legal disciplines: on one hand, there was *diritto internazionale amministrativo* as a branch of international law and on the other, he argued for existence of *diritto amministrativo internazionale* as a branch of administrative law.

Consequently, many scholars⁷ used the term international administrative law when addressing those norms of international law that deal with the competencies of international administrative unions.⁸ This branch of legal scholarship established the foundations of the law of international organizations.

2 Vogel, Klaus, Administrative Law. International Aspects, In: Encyclopedia of Public International Law, Vol. 9 – International Relations and Legal Co-operation in General, Amsterdam, North Holland, 1986, pp. 4-5.

3 E.g. the cases of application of administrative law towards persons enjoying status of *extraterritoriality*, application of domestic administrative law by the diplomatic officials towards the citizens of the State in the territory of a third country, recognition of foreign administrative acts in the territory of the State, issuance of passports, foreign economic activities etc.

4 Hoffman, G., Internationales Verwaltungsrecht, In: Münch, I. (ed.), Besonderes Verwaltungsrecht, Berlin, De Gruyter, 1985, pp. 851-862.

5 Erichsen, H., Ehlers, D. (eds.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin, De Gruyter, 2010, pp. 188-192.

6 Vogel, K., op. cit., pp. 4-5.

7 Kazansky, P., Les premiers éléments de l'organisation universelle, RDILC, vol. XXIX, 1/1897, pp. 238-247, Kazansky, P., Théorie de l'administration internationale, RGDIP, vol. IX, 1/1902, pp. 353-376, Reinsch, P., Public International Unions: Their Work and Organization. A Study in International Administrative Law, Boston, Ginn & Company 1911, Kaufmann, W., Les unions internationales, RCADI, vol. 2, 2/1924, pp. 177-290, Rapisardi-Mirabelli, A., Théorie générale des unions internationales, RCADI, vol. 3, 2/1925, 341-393, Rapisardi-Mirabelli, A., Die Internationalen Unionen als Form der völkerrechtlichen Organisation, ZÖR, vol. 7, 1/1927, pp. 11-21, Rapisardi-Mirabelli, A., Diritto internazionale amministrativo, Padova, Cedam, 1939, Carlston, Kenneth, International Administrative Law: A Venture in Legal Theory, Emory University Law School, 1959, etc. Recently, the term “international administrative law” is also used to refer to international networks of administrative agencies. See Kinney, E., The emerging field of international administrative law: its content and potential, ALR, vol. 54, 1/2002, pp. 415-433.

8 International Telegraph Union, International Meteorological Organisation, General Postal Union, International Bureau of Weights and Measures, International Patent Bureau, International Union for Seismology, Union of the Exploration of the Sea, International Commission for Air Navigation, International Union for Geodesy and Geophysics, International Railway Union etc.

Other scholars⁹ argued that international administrative law¹⁰ represents a special branch of domestic administrative law. Under this understanding, scholars paid attention to those provisions of administrative law that addressed cases with foreign elements. In this respect, it was argued that, in dualistic systems, only provisions of domestic law are capable to address those cases where a foreign element is involved by the application of administrative law. Consequently, this school of international administrative law, represented in particular by Prospero Fedozzi, Paul Négulescu, Karl Neumeyer, Guiseppa Biscottini and Prosper Weil, paid particular attention to those provisions of administrative law that referred to a “foreign element”.¹¹

It is a matter of fact that the provisions addressing the above mentioned problems were rare in the past. In this respect, the mere existence of international administrative law was once questioned.¹² However, most currently, several authors¹³ pointed out that the provisions of EU law increasingly provide fertile ground for this specific branch of administrative law.

Consequently, this article aims to deal with the several situations in which a

-
- 9 Fedozzi, P., *Il Diritto Amministrativo Internazionale (Nozioni Sistematiche)*, Perugia, Unione Tipografica Cooperativa, 1901, Borsi, U., *Carattere e oggetto del diritto amministrativo internazionale*, RDI, vol. 2, 2/1912, pp. 352-378, Gascón y Marín, J., *Les transformations du droit administratif international*, RCADI, vol. 33, 1/1930, pp. 1-76, Négulescu, P., *Principes du droit international administratif*, RCADI, vol. 4, 4/1935, pp. 579-692, Neumeyer, K., *Internationales Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1936, Schlochauer, H., *Internationales Verwaltungsrecht*, In: Giese, F. (ed.) *Die Verwaltung*, Köln, 1956, pp. 56-59, Biscottini, G., *Diritto amministrativo internazionale*, Padova, Antonio Milani, 1966, Weil, P., *Le droit administratif international: bilan et tendances*, Paris, Institut des hautes études internationales, 1962, etc.
 - 10 *Diritto amministrativo internazionale, droit administratif international, internationales Verwaltungsrecht*.
 - 11 Concerning a theoretical determination of “international administrative law” see Neumeyer, K., *op.cit.*, pp. 450-452 and 476-480. For alternative views, see Issay, E., *Internationales Verwaltungsrecht*, In: Stier-Slomo, F., Elster, A. (eds.) *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, vol. 3, Berlin, De Gruyter, 1928, pp. 344-354, Hoffmann, G., *Internationales Verwaltungsrecht*, In: Münch, I. (ed.) *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlin, De Gruyter, 1985, pp. 851-862 and Vogel, K., *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsnormen*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1965, pp. 310-316.
 - 12 Matscher, F., *Gibt es ein internationales Verwaltungsrecht?* In: Sandrock, O. (ed.), *Festschrift für Günther Beitzke*, Berlin, De Gruyter, 1979, pp. 641-649.
 - 13 Battini, Stefano, *Il diritto amministrativo internazionale*, Riv. it. dir. pubbl. com., 10/2010, pp. 1405-1427, Biaggini, G., *Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft*, In: Nolte, G., Poscher, R., Hillgruber, C. (eds.), *Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts*, Berlin, De Gruyter, 2008, pp. 413-445, Breining-Kaufmann, Christine, *Internationales Verwaltungsrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 125, 1/2006, pp. 7-46, Ohler, C., *Internationales Verwaltungsrecht – ein Kollisionsrecht eigener Art?* In: Leible, S., Ruffert, M. (eds.), *Völkerrecht und IPR*, Jena, Jaener Wissenschaftlicher Verlag, 2006, pp. 131-148, Ruffert, M., *Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts*, In: Möllers, C., Vosskuhle, A., Walter, C. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 395-420, Menzel, Jörg, *Internationales Öffentliches Recht, Verfassungs- und Verwaltungsgrenzrecht in Teiten der offenen Staatlichkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011 etc.

foreign element is addressed by administrative authorities in individual cases.¹⁴ This will be demonstrated by regarding three different topics that arise by mutual recognition of foreign administrative acts. Accordingly, this article aims to argue that international administrative law represents a legal discipline that is capable of addressing those problems arising from application of those provisions of the EU law that refer to a foreign element in the relations of administrative law.

2. PROBLEMS OF INTERNATIONAL ADMINISTRATIVE LAW REVISITED

2.1. Introduction

Traditionally, the term “recognition of foreign administrative acts” (*active mutual recognition*) had been understood¹⁵ as recognition *ex actu*. That means that a foreign administrative act^{16,17} is to be recognized by another State, based on a decision of recognition (*decision de reconnaissance*). Thus, based on the principle of sovereign equality of the States, each State basically had the freedom to recognize, or not, the administrative acts of other States.¹⁸ Further, the decision of recognition remained to be an act of the recognizing State and, consequently, such recognition could be

14 Consequently, the issue of trans-territorial (extraterritorial) effects of laws and decrees in the field of administrative law will not be a subject of this article.

15 Biscottini, G., L’efficacité des actes administratifs étrangers, RCADI, vol. 103, 5/1961, 638-696, König, K., Die Anerkennung der ausländischen Verwaltungsakten, Köln, C. Heymann, 1965, Pamboukis, C., L’acte public étranger en droit international privé, Paris, L.G.D.J., 1993, idem, La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance, Rev.crit. DIP, 2008, pp. 513-528, Mayer, Pierre, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, In: Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes, Paris, Ed. Dalloz, 2005, pp. 547-552, Schlochauer, H., Die extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten nach dem öffentlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland und nach internationalem Recht, Frankfurt am Main, Vittorio Klosterman, 1962, Weiss, K., Die Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte, Flentje, Verlag Seesen, 1932 etc.

16 The terminology deserves certain clarification. It is a fact that there isn’t any common understanding concerning the meaning of the term “administrative act”. The term is understood differently in various jurisdictions (*Verwaltungsakt*, *acte administratif unilatéral*, *atto amministrativo*). For the purpose of this article, the term aims to address all types of unilateral administrative measures issued by the concerned State. Consequently, by using the term “administrative act”, this article will also understand administrative measures such as university diplomas, driver’s licences, certificates of airworthiness etc. This approach was already chosen by Matthias Ruffert in his habilitation lecture (subsequently published as “Der Transnationale Verwaltungsakt”, Verw, vol. 34, 3/2001, pp. 475-476) and is currently generally accepted among legal scholars.

17 In the scholarship of international private law, the authors frequently used to distinguish between “public acts” and “quasi-public acts” (e.g. diplomas, certificates, licences etc.). See e.g. Pamboukis, Ch., L’acte quasi public en droit international privé, Rev. crit. DIP, 1993, pp. 565-585.

18 Bollée, S., Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales, In: Lagarde, P. (ed.) La reconnaissance des situations en droit international privé, Paris, Éd. A. Pedone, 2013, pp. 112-122.

withdrawn by annulment or cancelation of such a decision.

On the contrary,¹⁹ cases of recognition of foreign administrative acts provided by directly applicable provisions of administrative law (recognition *ex lege*) were once traditionally rare. In the fourth volume of his monumental work on “International Administrative Law”, Karl Neumeyer²⁰ mentioned cases of such mutual recognition, based on existing international treaties.²¹ In this regard, Neumeyer argued²² that, in dualist legal systems, the legal effects of foreign administrative acts that are provided by those directly applicable provisions of domestic law, which provide for the reception of corresponding international conventions.

It is a fact that international law provides certain examples of recognition *ex lege*, such as driving permits,²³ certificates of airworthiness, certificates of competency, pilot licenses²⁴ and the *laissez-passer for a corpse*²⁵.²⁶ A title for the legal effects of a foreign administrative act in the territory of the concerned State is provided by applicable law providing for reception of the corresponding international treaty.²⁷

However, it has been EU law that used this model of recognition in various areas of administrative law. Currently, this is the case of authorizations for pursuing undertakings of collective investment in transferable securities²⁸ and authorizations for pursuing investment services,²⁹ insurance services,³⁰ management of alternative

19 For a detailed explanation of differences between both models of recognition, see Schwarz, M., *Europa in der Horizontalen: Zur Abgrenzung des Prinzips gegenseitiger Anerkennung von Rechtsinstitut des transnationalen Verwaltungsaktes*, In: Debus, A., Kruse, F., Peters, A. (eds), *Verwaltungsrechtsraum Europa*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2011, pp. 53-69.

20 Neumeyer, K., *op.cit.*, pp. 295-296.

21 The Convention with Respect to the International Circulation of Motor Vehicles of 1909, the Berlin Convention on the Transport of Corpses of 1937.

22 Neumeyer, K., *op. cit.*, pp. 477-478.

23 The Geneva Convention on Road Traffic of 1949, the Vienna Convention on Road Traffic of 1968.

24 The Chicago Convention on International Civil Aviation of 1944.

25 The Agreement of the Transport of Corpses of 1973.

26 The Agreement concerning the Adoption of Harmonized Technical United Nations Regulations for Wheeled Vehicles, Equipment and Parts which can be Fitted and/or be Used on Wheeled Vehicles of 1958 and the intergovernmental Convention for the Reciprocal Recognition of Proof Marks on Small Arms and Ammunition of 1969 provide additional examples.

27 The model has historic parallels in cases of mutual recognition of certain documents (e.g. university diplomas, apprenticeship certificates etc.) in medieval Europe, which was based on *common law*. It is also worth mentioning that parallels also exist to some extent in ecclesiastical law (e.g. mutual recognition of baptismal certificates between the Catholic Church and the Russian Orthodox Church).

28 Directive 2009/65/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS), OJ L 302 of 17.11.2009.

29 Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU, OJ L 173 of 12.6.2014.

30 Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), OJ L 335 of 17.12.2009.

investment funds,³¹ as well as by the activity of credit institutions³² etc. It is a distinguished feature of this model of administrative acts that their legal effects outside the territory of the State are produced here directly by the applicable law that implemented the corresponding directive.³³ In all these cases, the legal effects of foreign administrative acts arise in the territory of another State, based on corresponding piece of domestic legislation of the State that implemented the applicable EU directive. In this regard, it is also argued that legal effects will also arise within the territory of any State that fails to implement such requirements correctly or refuses to implement them at all.³⁴

Consequently, these “trans-territorial administrative acts”³⁵ require no *decision de reconnaissance* in order to produce legal effects in the territory of other States (as necessary in the model of *active mutual recognition*), but merely require a formal notification procedure (*passive mutual recognition*) between the competent administrative authority of the home State and the competent authority of the host

31 Directive 2011/61/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2003/41/EC and 2009/65/EC and Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 1095/2010, OJ L 174 of 1.7.2011.

32 Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC, OJ L 176 of 27.6.2013.

33 Bleckmann, A., *Zur Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, JZ, vol. 40, 10/1985, pp. 1077 – 1086, Bocanegra Sierra, R., Garcia Luengo, J., *Los actos administrativos transnacionales*, Revista de Administración Pública, num. 177, 2008, septiembre/diciembre, pp. 9-29, De Lucia, L. *Administrative Pluralism, Horizontal Cooperation and Transnational Administrative Acts*, REALaw, vol. 5, 2/2012, pp. 17-47, Gerontas, A., *Deterritorialization in Administrative Law: Exploring Transnational Administrative Decisions*, Columbia Journal of European Law, vol. 19, 3/2013, pp. 423-468, Handrlica, J., *International Administrative Law and Administrative Acts: Transterritorial Decision Making Revisited*, Czech Yearbook of Public & Private International Law, vol. 7, 2016, pp. 99-100, Kment, M., *Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 511-512, Neßler, V., *Der transnationale Verwaltungsakt: zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts*, NVwZ, vol. 14, 10/1995, pp. 863-873, Pernas García, J., *The EU's Role in the Progress Towards the Recognition and Execution of Foreign Administrative Acts*, In: Rodríguez-Arana Munoz, J. (ed.), *Recognition of Foreign Administrative Acts*, New York, Springer, 2016, pp. 15-33; Raschauer, B., *Transnationale Verwaltungsakten*, In: Hammer, S., Stelzer, M., Weichselbaum, B. (eds.), *Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa*; Festschrift für Theo Öhlinger, Wien, WUV Universitätsverlag, 2004, pp. 661-686, Ruffert, M., *Recognition of Foreign Legislative and Administrative Act*, In: Wolfrum, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, OUP, 2008, pp. 567-578.

34 Gerontas, A., op. cit., p. 453.

35 In this context, the term “trans-national” or “extra-territorial” is also used by some scholars; see Bocanegra Sierra, R., Garcia Luengo, J., op. cit., De Lucia, L., op. cit., Pernas García, J., op. cit. etc. However, Hertzog Hofmann presented some persuasive arguments in favour for using the term “trans-territorial” in this context. See Hofmann, H., *Dealing with Trans-Territorial Executive Rule Making*, Mo. L. Rev., vol. 78, 2/2013, pp. 423-442 and idem, *Transnational and Trans-Territorial Rule-Making - A Basic Framework*, Law Working Papers, University of Luxembourg, 1/2014, pp. 1-40.

State.³⁶ However, it is a fact that, even after establishing legal effects in the territory of another State, the concerned “trans-territorial administrative act” remains an act issued pursuant to the legal framework of the home State.

The fact that the model of *passive mutual recognition* provides for direct legal effects of foreign administrative acts in the territory of other States implies several crucial questions. These have already been, to a certain degree, addressed by the scholarship of the international administrative law. These questions will be covered in the following paragraphs.

2.2. Nullity of foreign administrative acts

When analyzing the model of *passive mutual recognition*, the concept of *nullity* of an administrative act (*Nichtigkeit des Verwaltungsaktes*, *nullita' del provvedimento*, *nullité des actes administratifs*) raises several painful questions. Therefore, the problem of nullity will be discussed as a priority. In several jurisdictions, nullity implies that the administrative act concerned does not provide any legal recourse.³⁷ Nullity implies the fact, the concerned administrative act does not exist at all, in contrast to those administrative acts that have been issued in contradiction to the law and may become subject of administrative review (see below sub 2.3.).

Traditionally, the scholars of international administrative law argued that a nullity represents a grave obstacle for *active mutual recognition*.³⁸ “Nullity does not produce any legal effects in the home State and consequently, such effects cannot be enlarged by a *decision de reconnaissance* abroad.”³⁹ *Quod nullum est, nullum producit effectum*. This traditional approach has also been applied by several recent scholars⁴⁰ *vis-à-vis* the model of *passive mutual recognition*. Thus, they argued that nullity constitutes an obstacle for required notification procedures and the establishment of any legal effects in the territory of other States.

36 Examples include collective investment in transferable securities (UCITS), whose Directive 2009/65/EC provides in its Art. 17 that a management company, wishing to establish a branch within the territory of another Member State, shall notify the competent authorities of its home Member State. In this respect, the competent authorities require each such management company to provide certain information and documentation. Unless the competent authorities have reason to doubt the adequacy of the administrative structure or the financial situation of the management company, they shall within two months of receiving all information required, communicate that information to the competent authorities of the host Member State and inform the management company accordingly. The branch of the management company may then be established and begin business after receiving communication from the competent authorities of the host Member State or on the expiry of the two month period after these authorities received information from the competent authorities of the home Member State.

37 In several jurisdictions, nullity is considered *ab initio*, when some grave defects are present (e.g. absence of competence, absence of form, absolute impossibility to fulfil the requirements provided etc.). In other jurisdictions, nullity of a respective act is established only from the date of its declaration by the competent authority.

38 Weiss, K., op. cit., pp. 60-61.

39 König, K., op. cit., pp. 56.

40 Bocanegra Sierra, R., Garcia Luengo, J., op. cit., pp. 24-25, De Lucia, L., op. cit., pp. 34-35, Gerontas, A., op. cit., pp. 456-457 etc.

Two separate opinions have been expressed in this concern by leading German scholars. Matthias Ruffert argued⁴¹ that nullity constitutes no obstacles for enlarging legal effects in the model of *passive mutual recognition*. Ruffert's argument was, in principle, based upon the argument that administrative authorities have no competence to review the legal nature of foreign administrative acts. Gernot Sydow attempted⁴² to accommodate both these opinions by arguing that the provisions of administrative law regarding nullity are not applicable *vis-à-vis* "trans-territorial administrative acts."

Both these opinions were subject to severe criticism.⁴³ Ruffert's view will obviously lead to absurd consequences, when an act being considered as non-existing in the home State establishes legal consequences in the host State. However, Sydow's position is also unsustainable, as it would lead to a situation where the competent authorities of the home State may review the legality of the issued act, yet not be able to declare nullity of a non-existing act.

Consequently, with regard to the model of *passive mutual recognition*, the issue of nullity must be addressed in line with the principle of *loyal cooperation among the administrative authorities of the concerned Member States*.⁴⁴ The potential nullity of a foreign administrative act must therefore be notified by the administrative authority of the host State to the competent authority of the home State. It is in the *exclusive* competence of the competent authority of the home State to declare the nullity of the concerned act and, if so, the applicable law provides for the individual case.

2.3. Review of foreign administrative acts

Further questions arise, as to under which situations (and if at all) are the administrative authorities of the host State competent to review the *legality* of foreign administrative acts. This is rather complex and it will be discussed as a second issue. Traditionally, there have been two different doctrines addressing it:

On one hand, there was a doctrine based on the principle of the jurisdictional immunity of the State. Consequently, Prospero Fedozzi⁴⁵ and Karl Neumeyer⁴⁶ argued that any review of foreign administrative acts by the administrative authorities of the host State would be in strict contradiction with the concept of the jurisdictional immunity of the State. Thus, under this doctrine, administrative acts are considered as *acta iure imperii* and cannot be reviewed by the administrative authorities of any other State. This opinion, which strictly follows the doctrine of sovereign equality of the States, was later confirmed by several other scholars⁴⁷ when dealing with issues

41 Ruffert, M., *Der Transnationale Verwaltungsakt...*, pp. 475-476.

42 Sydow, G., *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 149.

43 De Lucia, L., *op. cit.*, pp. 34-35, Gerontas, A., *op. cit.*, pp. 456-457 etc.

44 De Lucia, L., *op. cit.*, pp. 35.

45 Fedozzi, P., *De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public*, RCADI, vol. 32, 1/1929, pp. 200-201.

46 Neumeyer, K., *op. cit.*, pp. 349.

47 Beitzke, G., *Extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten*, In: Strupp, K., Schlochauer, H. (eds.) *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Berlin, 1960, pp. 505-506, Dahm, G., *Die*

of international administrative law. In principle, they claim that the legality of an administrative act can only be reviewed with respect to the law of the home State.⁴⁸ Subsequently, only the administrative authorities of the home State are competent to provide for a review of legality. In fact, this doctrine is currently almost universally accepted by the legal scholarship.⁴⁹ This position was also recently supported by the ECJ.⁵⁰

Yet on the other hand, there is another doctrine, mainly followed by the French scholarship that basically argues in favor of the possibility to review the legality of foreign administrative acts with the respect to the territory of the host State. Thus, this doctrine argues, such a review would not contradict the principle of sovereign equality of the States, as it does not impact the legal consequences of this act in the home State. Consequently, this doctrine argues that the possibility to review a foreign administrative act with respect to its own territory must be considered as part of the sovereignty of the concerned State. It was Nicola Bassi, who recently argued⁵¹ in favor of this doctrine in his outstanding monograph.

Having briefly analyzed both existing doctrines, it is appropriate to mention that some provisions of EU law explicitly provide for a competence of administrative authority to review acts issued by a foreign State. Such is the case of the Visa Code,⁵² which provides for a competence to annul or revoke an issued visa. In this regard,

-
- Achtung fremder Hoheitsakte, In: Dahm, G., Delbrück, J., Wolfrum, R. (eds.), *Völkerrecht, Die Grundlagen, Die Völkerrechtssubjekte*, Berlin, De Gruyter, 1989, pp. 490-492, Geck, W., *Anerkennung fremder Hoheitsakte*, In: Strupp, K., Schlochauer, H. (eds.) *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Berlin, 1960, s. 55-57, König, K., op. cit., pp. 101-102, Magerstein, W. *Hoheitsakte fremder Staaten und ordre public*, JBl, vol. 76, 3/1954, pp. 424-436, Morgenstern, F., *Recognition and Enforcement of Foreign Legislative, Administrative and Judicial Acts which are contrary to International Law*, ILQ, vol. 4, 3/1951, pp. 326-344, Siegrist, D., *Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet*, Zürich, Schulthess Verlag, 1987, pp. 22-24, Wenander, H. *Recognition of Foreign Administrative Decisions*, ZaöRV, vol. 71, 1/2011, pp. 755-785.
- 48 Handrlica, J., *Foreign Law as Applied by Administrative Authorities: Grenznormen Revisited*, *Collected Papers of Zagreb Law Faculty*, vol. 68, 2/2018, pp. 198-199.
- 49 Burbaum, S., *Rechtsschutz gegen transnationales Verwaltungshandeln*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2003, pp. 84-99, De Lucia, L., op. cit., pp. 32-35, Gerontas, A., op. cit., pp. 454-455, Neßler, V., op. cit., p. 864, Rittleng, D., *Le retrait des actes administratifs contraires au droit communautaire*, In: Schwarze, J. (ed.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Brussels, Bryulant, 2010, pp. 251-271, Sydow, G., op. cit., pp. 30-31 etc.
- 50 "Inasmuch as Directive (...) confers on the issuing Member State exclusive competence to check that driving licences are issued in compliance with the requirements imposed by that directive, it is for that Member State alone to take appropriate measures (highlighted by the author) in respect of which it is subsequently established that the holders did not satisfy those conditions." Decision of 26th June 2008, Wiedemann C-329/06 and Funk C-343/06, EU:C:2008:366, sub 56.
- 51 Bassi, N., *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 87-91. Here, Bassi argues particularly in favour of the possibility for judicial review of those "trans-territorial" administrative acts that affect rights of subjects in the host State. To some extent, the opinion was also shared by Danwitz, T., *Europäisches Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Springer Verlag, 2008, p. 646, ft. 234.
- 52 Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code), OJ L 243 of 15.9.2009.

the Visa Code provides (Art. 34, Paragraph 1) that a visa shall be annulled⁵³ where it becomes evident that the conditions for issuing it were not met at the time it was issued, if there are serious grounds for believing that the visa was fraudulently obtained. A visa shall, in principle, be annulled by the competent authorities of the Member State that issued it. A visa may also be annulled by the competent authorities of *another* Member State, in which case the authorities of the Member State that issued the visa shall be informed of such annulment.

Further, the Visa Code also provides (Art. 34, Paragraph 2) that a visa shall be revoked where it becomes evident that the conditions for issuing it are no longer met. A visa shall, in principle, be revoked by the competent authorities of the Member State which issued it, although it may be revoked by the competent authorities of another Member State, in which case the authorities of the Member State that issued the visa shall be informed of such revocation.⁵⁴ Finally, the Visa Code provides (Art. 34, Paragraph 3) that a visa may be revoked at the request of the visa holder. The competent authorities of the Member States that issued the visa shall be informed of such revocation.

These cases represent *rare examples* of provisions that provide for competence of the host State to annul or revoke a foreign administrative act. However, such provisions must be considered exceptions from the basic principle that confers such competence exclusively to the hands of the home State. In this regard, the applicable directives regularly provide an obligation to inform the concerned authorities of the host States concerning the fact that an administrative act has been annulled or revoked.⁵⁵

Having said this, we must also mention that the existing sources of EU law also provide for several other measures,⁵⁶ whose aim is to protect the public interests by the competent authorities of the host State.

Several sources of EU law provide for a competence of an administrative authority to *refuse* trans-territorial effects of an act to protect public interests of

53 In this respect, the Visa Code provides (Art. 34, paragraph 5) that, if a visa is annulled or revoked, a stamp stating 'ANNULLED' or 'REVOKED' shall be affixed to it and the optically variable feature of the visa sticker, the security feature 'latent image effect' as well as the term 'visa' shall be invalidated by being crossed out.

54 In this respect, the Visa Code provides (Art. 34, paragraph 7), that a visa holder whose visa has been annulled or revoked shall have the right to appeal, unless the visa was revoked at his request in accordance with paragraph 3. Appeals shall be conducted against the Member State that has taken the decision on the annulment or revocation and in accordance with the national law of that Member State. Member States shall provide applicants with information regarding the procedures to be followed in the event of an appeal, as specified in Annex VI.

55 E.g. the Directive 2009/138/EC provides (Article 144, Paragraph 2) that, in the event of the withdrawal or lapse of authorisation, the supervisory authority of the home Member State shall notify the supervisory authorities of the other Member States accordingly and those authorities shall take appropriate measures to prevent the insurance or reinsurance undertaking from commencing new operations within their territories. The supervisory authority of the home Member State shall, together with those authorities, take all measures necessary to safeguard the interests of insured persons and, in particular, shall restrict the free disposal of the assets of the insurance undertaking in accordance with Article 140.

56 Ruffert, M., *Recognition...*, pp. 576-577.

their or other States. Such competence can be conferred either to the administrative authorities of the home State,⁵⁷ or to the authorities of the host State.⁵⁸ The legal effects of such refusal (some authors⁵⁹ also refer to blocking of legal effects) are limited to the territory of the concerned State and their primary goal is to prevent the phenomenon of *forum shopping*. With respect to the model of *passive mutual recognition*, some authors argued⁶⁰ that these competencies, in fact, jeopardize the effectiveness of the established model. Consequently, the EJC also argued that the competence must be interpreted in a restrictive way.⁶¹

While the competence to refuse the trans-territorial effects aims primary to

57 E.g. the Directive 2009/65/EC provides (Article 17, Paragraph 3), that where the competent authorities of the management company's home Member State refuse to communicate the information referred to in paragraph 2 to the competent authorities of the management company's host Member State, they shall give reasons for such refusal to the management company concerned within two months of receiving all the information. The refusal or any failure to reply shall be subject to the right to apply to the courts in the management company's home Member State.

58 E.g. the Directive 2009/126/EC provides (Article 11, Paragraph 4), that a Member State shall refuse to recognise the validity of any driving license issued by another Member State to a person whose driving license is restricted, suspended or withdrawn in the former State's territory. A Member State may also refuse to issue a driving license to an applicant whose license is cancelled in another Member State.

59 Burbaum, S., op. cit., pp. 56-59.

60 De Lucia, L., op. cit., p. 27.

61 "Second, the first subparagraph of Article 8(4), which authorises a Member State to refuse to recognise the validity of a driving license obtained in another Member State by a person who is, in the first Member State's territory, the subject of a measure restricting, suspending, withdrawing or cancelling a license, *constitutes a derogation from the general principle of mutual recognition of driving licenses and is, therefore, to be interpreted strictly* (highlighted by the author). (...) Nor may that provision be relied on by a Member State to refuse indefinitely to recognize, in relation to a person who has been the object in its territory of a measure withdrawing or cancelling a previous licence issued by that State, the validity of any license that may subsequently be issued to him by another Member State. To accept that a Member State is entitled to rely on its national provisions in order to refuse indefinitely to recognise a license issued by another Member State would be fundamentally incompatible with the principle of mutual recognition of driving licenses which is the linchpin of the system established by Directive (...). it is contrary to those provisions for a Member State, in circumstances such as those of the cases in the main proceedings, to refuse to recognise in its territory the right to drive stemming from a driving license subsequently issued by another Member State following any period in which the person concerned is forbidden to apply for a new license and therefore, the validity of that license, so long as the license-holder has not satisfied the necessary conditions in that first Member State for the issue of a new license following the withdrawal of a previous license, including the examination of fitness to drive certifying that the grounds justifying the withdrawal are no longer in existence. In the same circumstances, it is not contrary to those provisions for a Member State to refuse to recognise in its territory the right to drive stemming from a driving license subsequently issued by another Member State, if it is established, on the basis of entries appearing in the driving license itself or of other incontestable information supplied by the Member State of issue, that when that license was issued its holder, who had been the object, in the territory of the first Member State, of a measure withdrawing an earlier license, was not normally resident in the territory of the Member State of issue." Decision of 26th June 2008, Wiedemann C-329/06 and Funk C-343/06, EU:C:2008:366, sub 60, 63 and 73.

combat forum shopping, the competence to *require for additional verification* aims to guarantee a certain degree of security standards. In fact, this competence is provided not only in the sources of EU law,⁶² but also to a certain degree in some international treaties.⁶³ Similar to the above-mentioned competence to refuse trans-territorial effects, the competence to require for additional verification is also limited to the territory of the concerned (host) State.

Finally, several applicable sources of EU law provide for “protective” (*Schutzklausel*) and “emergency” (*Notstandmassnahmen*) measures. These measures also have their parallels in international law.⁶⁴ These protective and emergency measures must be understood as *ultima ratio*, as they are *per se* only temporary⁶⁵ and regularly react on some exceptional risk⁶⁶ or extraordinary situation.

62 E.g. the Directive 2009/100/EC provides (Article 3, Paragraphs 1, 3 and 6) that, subject to paragraphs 3 to 6, each Member State shall recognize for navigation on its national waterways the navigability licenses issued by another Member State in accordance with Article 2 on the same basis as if it had issued those licenses itself. (...) Member States may require that the technical specifications laid down in the Rhine Vessel Inspection Regulation be complied with. They may require the certificate referred to in the second subparagraph of paragraph 2 as evidence of this. (...) Member States may require fulfilment in maritime shipping lanes of additional conditions equivalent to those required for their own vessels. Member States shall inform the Commission of their maritime shipping lanes, the list of which shall be drawn up by the Commission on the basis of the information supplied to it by the Member States.

63 E.g. the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement) of 1994 provides (Art. 4) that Members shall accept the sanitary or phytosanitary measures of other Members as equivalent, even if these measures differ from their own or from those used by other Members trading in the same product, if the exporting Member objectively demonstrates to the importing Member that its measures achieve the importing Member’s appropriate level of sanitary or phytosanitary protection. For this purpose, reasonable access shall be given, upon request, to the importing Member for inspection, testing and other relevant procedures.

64 E.g. the Vienna Convention on Road Traffic of 1968 provides (Art. 42), that Contracting Parties or subdivisions thereof may withdraw from a driver the right to use his domestic or international driving permit in their territories if he commits in their territories a breach of their regulations rendering him liable under their legislations to the forfeiture of his permit. Further, the Convention provides that nothing in it shall be construed as prohibiting Contracting Parties or subdivisions thereof from preventing a driver holding a domestic or international driving permit from driving if it is evident or proved that his condition is such that he is unable to drive safely or if the right to drive has been withdrawn from him in the State in which he has his normal residence.

65 In this respect, the Directive 2009/54/ES provides (Article 11, Paragraph 1), that where a Member State has detailed grounds for considering that a natural mineral water does not comply with the provisions laid down in this Directive, or endangers public health, albeit freely circulating in one or more Member States, that Member State may *temporarily restrict or suspend* (highlighted by the author) trade in that product within its territory. It shall immediately inform the Commission and the other Member States thereof and give reasons for its decision.

66 E.g. the Directive 2009/100/ES provides (Article 4, Paragraph 2), that any Member State may interrupt the passage of a vessel, where the vessel is found on inspection to be in a condition which constitutes a danger to the surroundings, until the defects have been corrected. That Member State may also do so where the vessel or its equipment is found on inspection not to satisfy the requirements set out in the navigability license or in the other documents referred to in Article 3 as the case may be.

Consequently, one may argue that the EU law reflects to a certain extent both the above-mentioned doctrines. On one hand, the competence to review legality of the issued act is, in principle, conferred to the administrative authorities of the home State. At the same time, the administrative authorities of the host States possess several competencies to restrict the effects of a foreign administrative act in their territory if they consider such steps necessary to protect the public interests. Consequently, in both cases, the foreign administrative act must be addressed by the administrative authority of the host State.

2.4. Qualification problems in international administrative law

Having discussed the problems of nullity and legality of foreign administrative acts, we can now approach the issue of the *qualification problem*. We have seen several cases of interaction between the administrative authorities of the host State and the foreign administrative acts. Consequently, the question arises⁶⁷ as to which legal framework must be used when dealing with a foreign administrative act.

The qualification problem in international administrative law represents both a complex and demanding exercise.⁶⁸ Foreign administrative acts, which establish legal effects in the model of *passive mutual recognition*, can be qualified quite differently under the legal framework of the home and the host State.⁶⁹ In this respect, Angelos Gerontas provided⁷⁰ a detailed overview of the mutual incompatibility of the term *Verwaltungsakt* in the German *Verwaltungsrecht* with the term *acte administratif* in the French *droit administratif*.

Further, Kerstin Reinacher argues,⁷¹ that there are other administrative measures that are potentially able to establish trans-territorial legal effects in the model of *passive mutual recognition*. This is, in particular, the case of mutual contracts that replace issuance of an administrative act (*öffentlich-rechtliche Verträge*) and individual-abstract acts (*Allgemeinverfügungen*).

The *qualification problem* was already addressed by scholars of international administrative law when dealing with the model of *active mutual recognition*. In this

67 To a certain extent, the issue was addressed by the session on administrative law at the 19th Congress of the International Academy of Comparative Law. With respect to the qualification problem, it was argued that only the Hungarian legal framework contains explicit provisions on how to deal with foreign administrative acts if they are to be addressed by Hungarian administrative authorities. For details, see AA.VV., General Report related to the “Recognition of foreign administrative acts”, In: XIX. Congress of the International Academy of Comparative Law, Vienna, 2014, sub 4.1.

68 Pamboukis, C., *Les actes publics et la méthode de reconnaissance*, In: Lagarde, P. (ed.) *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Éd. A. Pedone, 2013, pp. 125-145.

69 Bassi, N., *Il mutuo riconoscimento in trasformazione*, Riv.it.dir pubbl.com., vol. 17, 5/2008, pp. 1520-1521.

70 Gerontas, A., op. cit., pp. 426-428.

71 Reinacher, K., *Die Vergemeinschaftung von Verwaltungsverfahren am Beispiel der Freisetzungsrichtlinie*, Berlin, Juristische Reihe Tenea, 2005, pp. 61-62.

respect, Klaus König argued⁷² that there are three possible solutions for this problem: a) the use of the *lex causae*, i.e. of the legal framework of the home State, b) the use of the *lex fori*, i.e. of the legal framework of the host State and finally c) an autonomous qualification of foreign administrative act as being an administrative measure *sui generis*.

2.3.1. *Lex causae*

Taking the principle of the jurisdictional immunity of the State into regard, a foreign administrative act will remain – even after establishing legal effects in the territory of other States – to represent an act issued under the legal framework of the home State. Consequently, the legality (and also potential nullity) of such an act can be, in principle, reviewed only pursuant to this legal framework.⁷³ Having said this, one may argue for the use of the *lex causae* in any cases in which the administrative authorities of the host State will address a foreign act.

However, this approach would, in principle, be in strict contrast with the principle of legality. The administrative authority of the host State cannot – without being required to do so by an explicit provision of the applicable law – apply foreign public law. In fact, such provisions are absent in the existing sources of EU law.⁷⁴ Consequently, the *lex causae* is not a viable solution to the qualification problem.

2.3.2. *Lex fori*

Taking the principle of legality of the public administration into regard, one may argue that, when addressing a foreign administrative act, the competent administrative authority of the host State must always use their own law (i.e. *lex fori*). The scholarship of international administrative law had, in fact, argued⁷⁵ for this approach, when addressing the qualification problem regarding the model of *active mutual recognition*.

However, this approach also has several disadvantages. In particular, due to absence of any harmonization of the forms of administrative measures within the EU, the use of *lex fori* can lead to a curious situation, when an act will be simultaneously qualified differently in various host States.⁷⁶ Also, in a hypothetical situation,⁷⁷ the legal framework of the host State will be unable to qualify the nature of the foreign administrative act, due to the absence of a corresponding institute.

72 König, K., op. cit., pp. 32-34.

73 Ohler, C., *Die Kollisionsordnung des allgemeinen Verwaltungsrechts: Strukturen des deutschen internationalen Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 20-22.

74 Bariatti, S., *Reconnaissance et droit de l'Union Européenne*, In: Lagarde, P. (ed.) *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Éd. A. Pedone, 2013, pp. 86-98.

75 Biscottini, G., *L'efficacità...*, pp. 639-640, Issay, E., op. cit., pp. 344-354, Hoffmann, G., op. cit., pp. 851-862, König, K., op. cit., p. 20, Vogel, K., *Der räumliche Anwendungsbereich...*, p. 310.

76 De Lucia, L., *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, Torino, G. Giappichelli, 2009, pp. 25-26.

77 Bassi, N., *Il mutuo riconoscimento...*, p. 1520.

2.3.3. *Autonomous qualification*

Taking the problems arising by the application of both *lex causae* and *lex fori* to the model of *passive mutual recognition*, it can be also argued that the “trans-territorial administrative acts” actually represent a measure *sui generis*. This will be in line with the positions of several academicians who described these acts as “a supranational institute”⁷⁸ and “measures to enhance a mutual administrative co-operation”.⁷⁹

However, this approach also implies serious inconsistencies. The applicable directives merely provide for enlarging⁸⁰ of the legal effects of concerned administrative acts and for a corresponding notification procedure, rather than an autonomous framework governing legal nature of such acts. Consequently, very similar to the above-mentioned international treaties, the applicable directives merely rely on the procedural autonomy of the concerned States. Thus, “trans-territorial administrative acts” always represent a measure issued pursuant to the applicable procedural rules of the concerned State.⁸¹ A myriad of these measures fail to allow an argument for any uniform, autonomous qualification of “trans-territorial administrative acts”. The issued act continues⁸² to represent an administrative act of the concerned home State, irrespective of what kind of trans-territorial effects it may provide.

Having presented three different options on solutions to the qualification problem, we conclude that the only viable solution is using the *lex fori*. Such a result is in line with the doctrine established⁸³ by the scholars of international administrative law in the past. Further, only this solution is in line with the principles of legality and procedural autonomy among the concerned States.

3. *FINAL REMARKS*

The provisions of the applicable EU directives on “trans-territorial” effects of administrative acts imply various cases of administrative relations with a foreign element. Such cases were rare in the past, as the sources of international law did

78 Ruffert, M., *Der Transnationale Verwaltungsakt...*, p. 453-454.

79 Erichsen, H., Ehlers, D., *op. cit.*, 629-630.

80 E.g. the Directive 2009/65/ES provides (Article 5, Paragraph 1), that no undertakings for collective investment in transferable securities shall pursue activities as such unless it has been authorized in accordance with this Directive. *Such authorisation shall be valid for all Member States* (highlighted by the author). The Directive 2009/138/EC provides (Article 15), that an authorisation for the taking-up of the business of direct insurance or reinsurance covered by this Directive *shall be valid for the entire Community* (highlighted by the author). It shall permit insurance and reinsurance undertakings to pursue business there, that authorization also covering the right of establishment and the freedom to provide services. The Directive 2011/61/EC provides (Article 8), that the authorization of the managers of alternative investment funds *shall be valid for all Member States* (highlighted by the author). The Directive 2013/36/EC provides (Article 17) the same in a negative way (host Member States shall not require authorization or endowment capital for branches of credit institutions authorized in other Member States) etc.

81 Ruffert, M., *Der Transnationale Verwaltungsakt...*, p. 453-454.

82 Bassi, N., *Il mutuo riconoscimento...*, p. 1520.

83 See note 77. Recently, the issue was addressed by Menzel, J., *op. cit.*, pp. 823-824.

not very frequently apply the model of “trans-territorial” effects. Therefore, it was acceptable for the science of administrative law to deal only with issues concerning the territory of the State and to leave all issues involving a foreign element to international law. However, the increasing number of these provisions in EU law implies various legal questions that are addressed by administrative law, rather than by the scholars of either international or EU law.⁸⁴

Consequently, these developments in EU law trigger⁸⁵ a renaissance of the half-forgotten branch of the administrative; *international administrative law* (*diritto amministrativo internazionale, droit administratif international, internationales Verwaltungsrecht*), which represents a kind of parallel to international private law.⁸⁶ The fact is that the doctrine of international administrative law offers solutions in a number of situations in which administrative authorities face circumstances that involve a foreign element.

However, one must take into regard that most of the great scholars of international administrative law (Karl Neumeyer, Paul Négulescu, Giuseppe Biscottini) were active from the 1930s to the 1960s. Thus, there is a gap in academic scholarship, which implies that not all problems can be resolved by the existing doctrine.

This circumstance implies a need for further development of this academic discipline and its gradual inclusion into the mainstream scholarship of administrative law.

LITERATURE

Books:

1. Bassi, Nicola, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale; La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Milano, Giuffrè Editore, 2008
2. Biscottini, Giuseppe, *Diritto amministrativo internazionale*, vol. II, Padova, Antonio Milani, 1966.
3. Burbaum, Stephan, *Rechtsschutz gegen transnationales Verwaltungshandeln*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2003.
4. Carlston, Kenneth, *International Administrative Law: A Venture in Legal Theory*, Emory University Law School, 1959.
5. Danwitz, Thomas, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Springer Verlag, 2008.
6. De Lucia, Luca, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, Torino, G. Giapichelli, 2009.
7. Erichsen, H., Ehlers, D. (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, De Gruyter, 2010.
8. Fedozzi, Prospero, *Il Diritto Amministrativo Internazionale (Nozioni Sistematiche)*, Perugia, Unione Tipografica Cooperativa, 1901.

84 Handrlica, J., *Coordinated Administrative Decisions in the EU Law: Some Thorny Issues Arising from the Application of this New Model*, *The Lawyer Quarterly*, vol. 6, 2/2016, pp. 115-116.

85 Biaggini, G., *Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts...*, pp. 414-415, Ohler, C., *Die Kollisionsordnung...*, pp. 20-27.

86 In this regard, it is interesting to note, that a distinction between „material“ and „procedural“ international administrative law was proposed in legal scholarship. See Menzel, J., *op. cit.*, pp. 670-672 and 691-692.

9. Happe, Christian, *Die grenzüberschreitende Wirkung von nationalen Verwaltungsakten*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1987.
10. Hofmann, Hertwig, Rowe, Gerard, Türk, Alexander, *Administrative Law and Policy in the European Union*, Oxford, OUP, 2011.
11. Janssens, Christine, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, OUP, 2013.
12. Jarck, Christian, *Abänderung und Aufhebung ausländischer Staatshoheitsakte im internationalen Rechtsverkehr*, Göttingen, 1954.
13. Kment, Martin, *Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln; Transnationale Elemente deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010
14. König, Karl, *Die Anerkennung der ausländischen Verwaltungsakten*, Köln, C. Heymann, 1965.
15. Menzel, Jörg, *Internationales Öffentliches Recht, Verfassungs- und Verwaltungsgrenzrecht in Teiten der offenen Staatlichkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
16. Neumeyer, Karl, *Internationales Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1936.
17. Ohler, Christoph, *Die Kollisionsordnung des allgemeinen Verwaltungsrechts: Strukturen des deutschen internationalen Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
18. Pamboukis, Charalambos, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1993.
19. Reinacher, Kerstin, *Die Vergemeinschaftung von Verwaltungsverfahren am Beispiel der Freisetzungsrichtlinie*, Berlin, Juristische Reihe Tenea, 2005.
20. Schlochauer, Hans-Jörgen, *Die extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten nach dem öffentlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland und nach internationalem Recht*, Frankfurt am Main, Vittorio Klosterman, 1962.
21. Siegrist, Dave, *Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet*, Zürich, Schulthess Verlag, 1987.
22. Sydow, Gernot, *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.
23. Vogel, Klaus, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsnormen*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1965.
24. Weil, Prosper, *Le droit administratif international: bilan et tendances*, Paris, Institut des hautes études internationales, 1962.
25. Weiss, Käte, *Die Annerkennung ausländischer Verwaltungsakte*, Flentje, Verlag Seesen, 1932.

Contributions in collective works:

1. Bariatti, Stefania, *Reconnaissance et droit de l'Union Européenne*, In: Lagarde, P. (ed.) *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Éd. A. Pedone, 2013, pp. 86-98.
2. Battini, Stefano, *Il diritto amministrativo internazionale*, Riv. it. dir. pubbl. com., 10/2010, pp. 1405-1427.
3. Biaggini, Giovanni, *Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft*, In: Nolte, G., Poscher, R., Hillgruber, C. (eds.), *Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts*, Berlin, De Gruyter, 2008, pp. 413-445.
4. Beitzke, Günther, *Extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten*, In: Strupp, K., Schlochauer, H. (eds.) *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Berlin, 1960, pp. 505-506.
5. Bollée, Sylvain, *Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales*, In: Lagarde, P. (ed.) *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Éd. A. Pedone, 2013, pp. 112-122.
6. Breining-Kaufmann, Christine, *Internationales Verwaltungsrecht*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, vol. 125, 1/2006, pp. 7-46.

7. Clarizia, Paolo, Il mutuo riconoscimento e la differenziazione dei diritti nell' Unione europea, In : Torchia, L. (ed.), *Diritto amministrativo progredito*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 306-324.
8. Dahm, G., Die Achtung fremder Hoheitsakte, In: Dahm, G., Delbrück, J., Wolfrum, R. (eds.), *Völkerrecht, Die Grundlagen, Die Völkerrechtssubjekte*, Berlin, De Gruyter, 1989, pp. 482-494.
9. Della Cananea, Giacinto, From the Recognition of Foreign Acts to Trans-national Administrative Procedures, In: Rodríguez-Arana Munoz, J. (ed.), *Recognition of Foreign Administrative Acts*, New York, Springer, 2016, pp. 219-242.
10. Geck, Walter, Anerkennung fremder Hoheitsakte, In: Strupp, K., Schlochauer, H. (eds.) *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Berlin, 1960, s. 55–57.
11. Geck, Walter, Hoheitsakte auf fremden Staatsgebiet, In: Strupp, K., Schlochauer, H. (eds.) *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Berlin, 1960, s. 795–796.
12. Hoffmann, Gerhard, Internationales Verwaltungsrecht, In: Münch, I. (ed.) *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlin, De Gruyter, 1985, pp. 851-862.
13. Issay, Ernst, Internationales Verwaltungsrecht, In: Stier-Slomo, F., Elster, A. (eds.) *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, vol. 3, Berlin, De Gruyter, 1928, pp. 344-354.
14. Matscher, Franz, Gibt es ein internationales Verwaltungsrecht? In: Sandrock, O. (ed.), *Festschrift für Günther Beitzke*, Berlin, De Gruyter, 1979, pp. 641-649.
15. Mayer, Pierre, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, In: *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Paris, Ed. Dalloz, 2005, pp. 547-552.
16. Ohler, Christoph, Internationales Verwaltungsrecht – ein Kollisionsrecht eigener Art? In: Leible, S., Ruffert, M. (eds.), *Völkerrecht und IPR*, Jena, Jaener Wissenschaftlicher Verlag, 2006, pp. 131-148.
17. Pamboukis, Charalambos, Les actes publics et la méthode de reconnaissance, In: Lagarde, P. (ed.) *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Éd. A. Pedone, 2013, pp. 125-145.
18. Pernas García, Juan José, The EU's Role in the Progress Towards the Recognition and Execution of Foreign Administrative Acts, In: Rodríguez-Arana Munoz, J. (ed.), *Recognition of Foreign Administrative Acts*, New York, Springer, 2016, pp. 15-33.
19. Raschauer, Bernhard, Transnationale Verwaltungsakten, In: Hammer, S., Stelzer, M., Weichselbaum, B. (eds.), *Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa; Festschrift für Theo Öhlinger*, Wien, WUV Universitätsverlag, 2004, pp. 661-686.
20. Ritleng, Dominique, Le retrait des actes administratifs contraires au droit communautaire, In: Schwarze, J. (ed.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Brussels, Bryulant, 2010, pp. 251–271.
21. Ruffert, Matthias, Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts, In: Möllers, C., Vosskuhle, A., Walter, C. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 395-420.
22. Ruffert, Matthias, Recognition of Foreign Legislative and Administrative Act, In: Wolfrum, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, OUP, 2008, pp. 567-578.
23. Schwarz, Martin, Europa in der Horizontalen: Zur Abgrenzung des Prinzips gegenseitiger Anerkennung von Rechtsinstitut des transnationalen Verwaltungsaktes, In: Debus, A., Kruse, F., Peters, A. (eds), *Verwaltungsrechtsraum Europa*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2011, pp. 53-69.
24. Vogel, Klaus, Administrative Law. International Aspects, In: *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 9 – International Relations and Legal Co-operation in General, Amsterdam, North Holland, 1986, pp. 4-5.

Journal articles:

1. Bassi, Nicola, Il mutuo riconoscimento in trasformazione, *Riv.it.dir.pubbl.com.*, vol. 17, 5/2008, pp. 1517-1523.
2. Biscottini, Giuseppe., L'efficacité des actes administratifs étrangers, *RCADI*, vol. 103, 5/1961, 638-696.
3. Bocanegra Sierra, Raúl, Garcia Luengo, Javier, Los actos administrativos transnacionales, *Revista de Administración Pública*, num. 177, 2008, septiembre/diciembre, pp. 9-29.
4. Borsi, Umberto, Carattere e oggetto del diritto amministrativo internazionale, *RDI*, vol. 2, 2/1912, pp. 352-378.
5. De Lucia, Luca, Autorizzazioni transnazionali e cooperazione amministrativa nell'ordinamento europeo, *Riv.it.dir.pubbl.com.*, vol. 19, 3/4/ 2010, pp. 759-788.
6. De Lucia, Luca, Administrative Pluralism, Horizontal Cooperation and Transnational Administrative Acts, *REALaw*, vol. 5, 2/2012, s. 14-45.
7. De Lucia, Luca, From Mutual Recognition to EU Authorization: A Decline of Transnational Administrative Acts? *I.J.P.L.*, vol. 8, 1/2016, pp. 90-118.
8. Fedozzi, Prospero, De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public, *RCADI*, vol. 32, 1/1929, pp. 141-242.
9. Gascón y Marín, José, Les transformations du droit administratif international, *RCADI*, vol. 33, 1/1930, pp. 1-76.
10. Gerontas, Angelos, Deterritorialization in Administrative Law: Exploring Transnational Administrative Decisions, *Columbia Journal of European Law*, vol. 19, 3/2013, pp. 423-468.
11. Handrlica, Jakub, International Administrative Law and Administrative Acts: Transterritorial Decision Making Revisited, *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, vol. 7, 2016, pp. 86-100.
12. Handrlica, Jakub, Coordinated Administrative Decisions in the EU Law: Some Thorny Issues Arising from the Application of this New Model, *The Lawyer Quarterly*, vol. 6, 2/2016, pp. 109-116.
13. Handrlica, Jakub, Foreign Law as Applied by Administrative Authorities: Grenznormen Revisited, *Collected Papers of Zagreb Law Faculty*, vol. 68, 2/2018, pp. 193-215.
14. Hofmann, Hertwig, Dealing with Trans-Territorial Executive Rule Making, *Mo.L.Rev.*, vol. 78, 2/2013, pp. 423-442.
15. Hofmann, Hertwig, Seven Challenges for EU Administrative Law, *REALaw*, vol. 2, 1/2009, pp. 37-59.
16. Kazansky, Pierre, Les premiers éléments de l'organisation universelle, *RDILC*, vol. XXIX, 1/1897, pp. 238-247.
17. Kinney, Eleanor, The emerging field of international administrative law: its content and potential, *ALR*, vol. 54, 1/2002, pp. 415-433.
18. Morgenstern, Felice, Recognition and Enforcement of Foreign Legislative, Administrative and Judicial Acts which are contrary to International Law, *ILQ*, vol. 4, 3/1951, pp. 326-344.
19. Négulescu, Paul, Principes du droit international administratif, *RCADI*, vol. 4, 4/1935, pp. 579-692.
20. Neßler, Volker, Der transnationale Verwaltungsakt: zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts, *NVwZ*, vol. 14, 10/1995, pp. 863-873.
21. Pamboukis, Charalambos, L'acte quasi public en droit international privé, *Rev.crit. DIP*, 1993, pp. 565-585.
22. Pamboukis, Charalambos, La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance, *Rev.crit. DIP*, 2008, pp. 513-528.
23. Ruffert, Matthias, Der Transnationale Verwaltungsakt, *Verw*, vol. 34, 3/2001, pp. 453-470.
24. Stelkens, Ulrich, Europäische Rechtsakte als „Fundgrube“ für allgemeine Grundsätze des

- deutschen Verwaltungsverfahrenrechts, ZEuS, vol. 1, 1/2004, 129-164.
25. Wenander, Henrik, Recognition of Foreign Administrative Decisions, Balancing International Co-operation, National Self-Determination and Individual Rights, ZaöRV, vol. 71, 1/2011, s. 755–785.

Reports:

1. AA.VV., General Report related to the “Recognition of foreign administrative acts”, In: XIX. Congress of the International Academy of Comparative Law, Vienna, 2014.

Working papers:

1. Hofmann, H., Transnational and Trans-Territorial Rule-Making - A Basic Framework, Law Working Papers, University of Luxembourg, 1/2014, pp. 1-40.

Jakub Handrlica*

Sažetak

REVIDIRANJE MEĐUNARODNOG UPRAVNOG PRAVA KAO PRAVNE DISCIPLINE

Značenje naziva „međunarodno upravno pravo“ se do sada interpretiralo na dva načina. S jedne strane su autori koristili taj naziv (*diritto internazionale amministrativo*) odnoseći se na upravne kompetencije različitih međunarodnih upravnih udruženja, kako je predviđeno mjerodavnim međunarodnim konvencijama. Drugi su autori (npr. Karl Neumeyer, Paul Négulescu, Giuseppe Biscottini) taj naziv koristili isključivo odnoseći se na norme nacionalnog prava (*diritto amministrativo internazionale, droit administratif international, internationales Verwaltungsrecht*), koje su uključivale neke strane elemente. U ovom se radu naziv „međunarodno upravno pravo“ interpretira prema potonjem značenju. Činjenica jest da su te norme bile iznimno rijetke u upravnom pravu, zbog čega pravna znanost nije posvećivala previše pozornosti disciplini međunarodnog upravnog prava. No, u posljednje vrijeme izvori prava Europske unije sve više zahtijevaju razmatranje određenih stranih elemenata u normama upravnog prava. U tom se pogledu u ovom radu zauzima stav da je međunarodno upravno pravo pravna disciplina koja može riješiti probleme nastale primjenom navedenih normi upravnog prava.

Ključne riječi: *međunarodno upravno pravo, uzajamno priznavanje stranih upravnih akata, acta iure imperii, problem kvalifikacije, sudski imunitet države.*

Zusammenfassung

INTERNATIONALES VERWALTUNGSRECHT ALS REVIDIERTE RECHTSDISZIPLIN

Der Begriff “internationales Verwaltungsrecht” kann zweierlei ausgelegt werden. Einerseits wurde der Begriff (*diritto internazionale amministrativo*) im Kontext von verwaltungsrechtlichen Kompetenzen unterschiedlicher internationaler Verwaltungsorganisationen benutzt, wie das von den einschlägigen internationalen Konventionen vorgesehen wird. Andererseits benutzten manche Autoren (z.B. Karl Neumeyer, Paul Négulescu, Giuseppe Biscottini) diesen Begriff, um ausschließlich

* Doc. JUDr. Jakub Handrlica, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, Charles University in Prague, Czech Republic; jakub.handrlica@prf.cuni.cz.

auf die Normen des nationalen Rechts mit internationalem Charakter hinzuweisen (diritto amministrativo internazionale, droit administratif international, internationales Verwaltungsrecht). In diesem Beitrag wird dieser Begriff im Sinne der letztgenannten Auslegung verstanden. Es besteht die Tatsache, dass diese Normen sehr selten im Verwaltungsrecht benutzt wurden, weshalb die Rechtswissenschaft keinen großen Wert auf die Disziplin des internationalen Verwaltungsrechts legte. Erst kürzlich wird in den Quellen der EU die Benutzung mancher internationalen Elemente in den Normen des Verwaltungsrechts sichtbar. Diesbezüglich wird in diesem Beitrag behauptet, dass das internationale Verwaltungsrecht eine Rechtsdisziplin darstellt, welche fähig ist, die aus der Anwendbarkeit dieser Normen des internationalen Verwaltungsrechts hervorgehenden Probleme anzusprechen.

Schlüsselwörter: *internationales Verwaltungsrecht, gegenseitige Anerkennung von fremden Verwaltungsakten, acta iure imperii, Qualifizierungsproblem, Immunität des Staates von der Gerichtsbarkeit.*

Riassunto

IL RIPENSAMENTO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE AMMINISTRATIVO QUALE DISCIPLINA GIURIDICA

Il significato del termine „diritto internazionale amministrativo” fino ad ora è stato interpretato in due modi. Da un lato gli autori utilizzavano tale termine (diritto internazionale amministrativo) riferendosi alle competenze amministrative di diversi enti amministrativi internazionali, così come previsto dalle convenzioni internazionali applicabili. Altri autori (ad es. Karl Neumeyer, Paul Négulescu, Giuseppe Biscottini) usavano tale termine esclusivamente riferendosi alle norme del diritto nazionale (diritto amministrativo internazionale, droit administratif international, internationales Verwaltungsrecht), le quali includevano alcuni elementi stranieri. Nel presente lavoro il termine „diritto internazionale amministrativo” viene interpretato in tale ultima maniera. Il fatto è che tali norme erano estremamente rare nel diritto amministrativo, per la quale ragione la scienza giuridica non prestava particolare attenzione alla disciplina del diritto internazionale amministrativo. Invece, in tempi recenti, le fonti giuridiche dell’Unione europea sempre di più pretendono l’analisi di determinati elementi stranieri all’interno della disciplina del diritto amministrativo. In tale senso, nel presente lavoro si prende posizione a favore dell’orientamento che reputa il diritto internazionale amministrativo capace di risolvere le questioni sorte in seguito all’applicazione delle menzionate norme del diritto amministrativo.

Parole chiave: *diritto internazionale amministrativo, mutuo riconoscimento degli atti amministrativi stranieri, acta iure imperii, problema di qualificazione, immunità giudiziale dello stato.*

PERCEPCIJA STRUČNJAKA O SVRSISHODNOSTI SUSTAVA MALOLJETNIČKOG PRAVOSUĐA

Sabina Mandić, mag. soc. ped.*
Doc. dr. sc. Dora Dodig Hundrić**
Izv. prof. dr. sc. Neven Ricijaš***
Mirta Kuharić, dipl. iur.****

UDK 343.91-053.55(4)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.4>
Ur.: 2. svibnja 2018.
Pr.: 13. rujna 2018.
Prethodno priopćenje

Sažetak

U ovom je radu prikazan dio rezultata istraživanja koje je provelo Povjerenstvo za praćenje i unaprjeđivanje rada tijela kaznenog postupka i izvršavanja maloljetničkih sankcija koje je osnovao ministar nadležan za poslove pravosuđa prema članku 127. stavku 1. Zakona o sudovima za mladež. Istraživanje je usmjereno na stjecanje uvida u percepciju pravosudnog sustava i međuresornu suradnju između državnih odvjetništava, sudova za mladež i centara za socijalnu skrb u kaznenim postupcima prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela. U radu je naglasak na dijelu rezultata usmjerenih na različite aspekte funkcioniranja maloljetničkog pravosuđa. Glavni je cilj rada stjecanje uvida u perspektivu stručnjaka o svrsishodnosti sustava maloljetničkog pravosuđa, te istraživanje eventualnih razlika u njihovoj percepciji s obzirom na područje rada. Uzorak je obuhvatio 309 sudionika iz cijele Hrvatske, od čega 98 zaposlenih u državnim odvjetništvima, 82 na sudovima te 129 u centrima za socijalnu skrb. Rezultati ukazuju na umjereno zadovoljstvo funkcioniranjem maloljetničkog pravosuđa i pozitivnu percepciju hrvatskoga sustava, posebno u aspektima temeljnih načela i sadržaja zakonskih propisa te izricanjem/izvršavanjem izvaninstitucionalnih odgojnih mjera. Najmanji stupanj zadovoljstva izražen je u području izricanja/izvršavanja poluinstitucionalnih i institucionalnih maloljetničkih sankcija, pri čemu djelatnici državnih odvjetništava iskazuju najmanje zadovoljstvo, odnosno izražavaju najkritičniji stav, posebno u odnosu na djelatnike sudova za

-
- * Sabina Mandić, mag. soc. ped., asistentica na Odsjeku za poremećaje u ponašanju Edukacijsko-rehabilitacijskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu; sabina.mandic@erf.hr.
** Dr. sc. Dora Dodig Hundrić, docentica na Odsjeku za poremećaje u ponašanju Edukacijsko-rehabilitacijskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu; dora.dodig@erf.hr.
*** Dr. sc. Neven Ricijaš, izvanredni profesor na Odsjeku za poremećaje u ponašanju Edukacijsko-rehabilitacijskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu; član Povjerenstva za praćenje i unaprjeđivanje rada tijela kaznenog postupka i izvršavanja maloljetničkih sankcija; neven.ricijas@erf.hr.
**** Mirta Kuharić, dipl. iur., zamjenica Glavnog državnog odvjetnika - Kazneni odjel; predsjednica Povjerenstva za praćenje i unaprjeđivanje rada tijela kaznenog postupka i izvršavanja maloljetničkih sankcija; mirta.kuharic@dorh.hr.

mladež. Rezultati su tumačeni u kontekstu potencijalnih praktičnih implikacija i mogućnosti unaprjeđenja sustava, ali i kao temelj za daljnja istraživanja ove teme.

Ključne riječi: *maloljetničko pravosuđe, Zakon o sudovima za mladež, centar za socijalnu skrb, državno odvjetništvo, sud za mladež.*

1. UVOD

U posljednjih tridesetak godina pitanja koja se odnose na problematiku maloljetničke delinkvencije privlače interes sve većeg broja znanstvenika i stručnjaka u praksi. S jedne strane, određeni broj stručnjaka i političara, ali i šira javnost kritiziraju postojeći sustav reakcije države na maloljetničku delinkvenciju te se zalažu za strože sankcije prema maloljetnicima.¹ Usporedno s time, jača interes za promicanjem dječjih prava i vrijednosti na međunarodnoj razini, što se u ovom kontekstu odnosi na prava djece u okviru pravosudnog sustava.² Uz Konvenciju o pravima djeteta³ kao temeljnim dokumentom, implementiraju se brojne međunarodne preporuke i standardi pravosuđa prilagođenog djeci koji imaju za cilj osigurati prava djece u svim fazama kaznenog postupka. U tom kontekstu, *pravosuđe prilagođeno djeci* pojam je koji se koristi u novije vrijeme i podrazumijeva pravosudne sustave koji jamče učinkovitu provedbu svih dječjih prava prije, tijekom i nakon pravosudnog postupka, pri čemu se odnosi na maloljetne osobe koje su počinitelji kaznenih djela/prekršaja, ali i na predmete kaznenopravne zaštite djece. Pritom je važno uzeti u obzir da se djetetom u međunarodnom kontekstu smatra osoba mlađa od 18 godina života, što ne treba miješati s maloljetništvom kao zakonski definiranom dobnom skupinom koju u pojedinim državama najčešće definira prag kaznene odgovornosti.⁴ Uz Konvenciju o pravima djeteta, važan dokument za naše područje je i Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava⁵ u kojoj se naglašava važnost promicanja najboljeg interesa djece i ostvarivanja njihovih prava.

Ostvarivanje dječjih prava u području maloljetničkog pravosuđa promovira se i osigurava brojnim dokumentima Ujedinjenih naroda (u daljnjem tekstu UN) koji čine

- 1 Radić, I., Hrvatski sustav maloljetničkih sankcija: trenutačno stanje i prijedlozi za promjenu, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 24, 1/2017, str. 84.
- 2 Nacionalna strategija za prava djece u Republici Hrvatskoj za razdoblje od 2014. do 2020. godine (2014), Ministarstvo socijalne politike i mladih, objavljeno na : <<https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/ZPPI/Strategije%20-%20OGP/socijalna%20politika/NACIONALNA%20STRATEGIJA%20ZA%20PRAVA%20DJECE%20U%20RHZA%20RAZDOBLJE%20OD%202014.%20DO%202020.%20GODINE%5B1%5D.pdf>>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.
- 3 Konvencija o pravima djeteta (1989), objavljeno na: <https://www.unicef.hr/wp-content/uploads/2017/05/Konvencija_20o_20pravima_20djeteta_full.pdf>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.
- 4 Ricijaš, N., Dobre prakse i izazovi u kontekstu maloljetničke delinkvencije u Hrvatskoj, objavljeno u: Kovačević, R. i sur. (ur.): Maloljetnička delinkvencija - dijalog, razmjena iskustava i znanja, OFF SET Tuzla, Bosna i Hercegovina, 2017, str. 123-144.
- 5 Zakon o potvrđivanju Europske konvencije o ostvarivanju dječjih prava, NN 1/2010.

temelje zakonodavstava usmjerenih prema maloljetnicima u gotovo svim europskim državama, od kojih su najvažniji:

- Standardna minimalna pravila UN-a za maloljetničko pravosuđe („Pekinška pravila“, 1985)⁶ kojima je cilj promicanje dobrobiti mladih u najvećoj mogućoj mjeri, što će posljedično smanjiti potrebu za intervencijama u području maloljetničkog pravosuđa;
- Pravila UN-a za zaštitu maloljetnika lišenih slobode („Pravila iz Havane“, 1990)⁷ i
- Smjernice UN-a za prevenciju maloljetničke delinkvencije („Rijadske smjernice“, 1990).⁸

„Pekinška pravila“ daju državama članicama UN-a osnovni okvir za postupanje u području maloljetničkog pravosuđa, dok „Rijadske smjernice“ ističu potrebu izrade standarda za prevenciju maloljetničke delinkvencije. U oba navedena dokumenta istaknuta je važnost ponajprije prevencije maloljetničke delinkvencije, ali i razvoj izvaninstitucionalnih usluga za maloljetnike u zajednici.⁹

Odbor ministara Vijeća Europe je na europskoj razini donio niz preporuka u cilju unaprjeđivanja maloljetničkog pravosuđa, a sve odredbe i pravila gore navedenih dokumenata i preporuka, ali i mnogih drugih koji utvrđuju prava i položaj djeteta u kaznenopravnom postupku, objedinjena su u Smjernicama Odbora ministara Vijeća Europe o pravosuđu prilagođenom djeci. U tim Smjernicama generirano je pet temeljnih načela koja se trebaju poštovati, a to su: (1) *sudjelovanje djeteta* koje se odnosi na pravo djece da budu obaviještene o svojim pravima, da ih se pita za mišljenje te da se prema njima treba odnositi kao prema nositeljima vlastitih prava; (2) *najbolji interesi djeteta* koje se odnosi na to da se o njima mora voditi računa u svim slučajevima kada je dijete uključeno, ali naglašava se i važnost multidisciplinarnog pristupa radi najboljeg interesa djeteta; (3) *dostojanstven odnos prema djetetu* koje se odnosi na dostojanstveno postupanje bez obzira na način na koji je dijete došlo u kontakt s pravosudnim postupkom; (4) *zaštita djeteta od diskriminacije* koje se odnosi na zaštitu djeteta od diskriminacije po bilo kojoj osnovi (boja kože, spol itd.) te (5) *vladavina prava* koja se odnosi na poštovanje elemenata propisnog postupka, kao što su primjerice načela zakonitosti i razmjernosti, pravo na pošteno suđenje, pravo na

6 Standardna minimalna pravila Ujedinjenih naroda za maloljetničko pravosuđe („Pekinška pravila“, 1985), (A/RES/40/33), objavljeno na: <<http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r033.htm>>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.

7 Pravila Ujedinjenih naroda za zaštitu maloljetnika lišenih slobode („Pravila iz Havane“, 1990), (A/RES/45/113), objavljeno na: <<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r113.htm>>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.

8 Smjernice Ujedinjenih naroda za prevenciju maloljetničke delinkvencije („Rijadske smjernice“, 1990), (A/RES/45/112), objavljeno na: <<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r112.htm>>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.

9 Štabi, M., Standardna minimalna pravila Ujedinjenih naroda za maloljetničko pravosuđe („Pekinška pravila“, 1985) (A/RES/40/33) i Smjernice Ujedinjenih naroda za prevenciju maloljetničke delinkvencije („Rijadske smjernice“, 1990) (A/RES/45/112), *Dijete i društvo: časopis za promicanje prava djeteta*, vol. 12, 1/2 / 2010., str. 295-296.

odvjetnika i slično.¹⁰ U hrvatskom kontekstu važno je nadovezati se i na Nacionalnu strategiju za prava djece u Republici Hrvatskoj za razdoblje od 2014. do 2020. godine (u daljnjem tekstu Nacionalna strategija za prava djece)¹¹, u kojoj je osiguravanje usluga i sustava prilagođenih djeci u sustavu pravosuđa definirano kao prvi strateški cilj. Kao neki od ciljeva unutar sustava pravosuđa navode se i unaprjeđivanje brzine i učinkovitosti postupaka prema djeci koja se javljaju kao počinitelji kaznenih djela, sustavno praćenje učinkovitosti i razvijanje indikatora učinkovitosti primijenjenih kaznenopravnih sankcija prema djeci, unaprjeđivanje rada kaznenih i prekršajnih sudova, sustavno unaprjeđivanje modaliteta izvršavanja sankcija i programa intervencija prema djeci te sustavno unaprjeđivanje kompetencija svih stručnjaka pravne i izvanpravne struke uključenih u postupke u kojima sudjeluju djeca.

2. KAZNENOPRAVNI POLOŽAJ MALOLJETNIKA U REPUBLICI HRVATSKOJ

U Republici Hrvatskoj, analizirajući relevantne nacionalne zakonske dokumente, vidljivo je kako maloljetničko pravosuđe počiva na brojnim načelima definiranim Kaznenim zakonom¹² (u daljnjem tekstu KZ/11), Zakonom o sudovima za mladež¹³ (u daljnjem tekstu ZSM/11) i Zakonom o izvršavanju sankcija izrečenih maloljetnicima za kaznena djela i prekršaje¹⁴ (u daljnjem tekstu ZISIM/12), a čiji su „temelji“ vidljivi u gore navedenim međunarodnim dokumentima. Kazneni zakon u svojim temeljnim odredbama navodi brojna načela koja se trebaju primjenjivati prema svim skupinama počinitelja kaznenih djela, pa tako i prema maloljetnicima. Kao prvo, važno je navesti *načelo zakonitosti* (čl. 2. KZ/11), *načelo primjene blažeg zakona i vremensko važenje kaznenog zakonodavstva* (čl. 3. KZ/11) te *načelo krivnje* koje se navodi u čl. 4. KZ/11. Slijedom navedenih načela, ZSM navodi kako kazneni postupak prema maloljetniku mora biti *hitao* (čl. 4. i 59. ZSM/11), te kako se postupanje prema maloljetniku i provedba izrečenih sankcija (*načelo pravovremenosti sankcije*) treba provesti u vremenu dok je njihov utjecaj odlučujući za maloljetnika (čl. 8. ZSM/11). Nadalje, brojni članci u ZSM-u¹⁵ navode kako postupanje prema maloljetniku i izrečene mu sankcije trebaju biti *svrhovite*, odnosno da se tim postupcima treba ostvariti svrha maloljetničkih sankcija propisana čl. 6. ZSM-a. *Načelo tajnosti* očituje se u nekoliko segmenata, pa tako izvidi kaznenih djela i cijeli postupak prema maloljetniku moraju biti tajni (čl. 60. ZSM/11), presuda ne smije biti javno objavljena (čl. 34. ZSM/11), a ZISIM/12 u čl. 4. navodi kako su podaci o maloljetniku i o tijeku izvršavanja sankcije tajni. Sudovi trebaju postupati prema *načelu postupnosti* (sankcije), odnosno

10 Smjernice Odbora ministara Vijeća Europe o pravosuđu prilagođenom djeci, objavljeno na: <<https://rm.coe.int/16806a450a>>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.

11 Nacionalna strategija za prava djece u Republici Hrvatskoj za razdoblje od 2014. do 2020. godine, op. cit. u bilj. 2.

12 Kazneni zakon, NN 125/2011., 144/2012., 56/2015., 61/2015., 101/2017.

13 Zakon o sudovima za mladež, NN 84/2011., 143/2012., 148/2013., 56/2015.

14 Zakon o izvršavanju sankcija izrečenih maloljetnicima za kaznena djela i prekršaje, NN 133/2012.

15 Vidi: čl. 7., čl. 8., čl. 9., čl. 11., čl. 12., čl. 13., čl. 17., čl. 18. ZSM/11.

da onda kada je to s obzirom na ličnost maloljetnika i na okolnosti počinjenja djela moguće, prema maloljetniku prvo izriču blaže sankcije, a potom, postoji li potreba, promijene ili obustave izvršenje sankcije (čl. 7. st. 2., st. 3., st. 4. ZSM/11), što se nadovezuje na *načelo promjenjivosti sankcije* čija je primjena jasno propisana čl. 99. ZSM/11 (pozivajući se na čl. 15., čl. 16., čl. 17., čl. 18. i čl. 20. ZSM/11). U Glavi II. ZISIM-a definirana su temeljna načela izvršavanja sankcija u kojima se navodi kako je maloljetniku tijekom izvršavanja sankcije zajamčeno *poštovanje ljudskog dostojanstva, zabranjena je diskriminacija* po bilo kojoj osnovi, te je *zabranjeno mučenje, zlostavljanje ili ponižavanje* maloljetnika (čl. 5. ZISIM/12). Maloljetniku se osigurava i *izvršavanje sankcije temeljeno na pojedinačnom programu postupanja* koji je prilagođen njegovim kriminogenim rizičnim čimbenicima (čl. 7. ZISIM/12), te mu se treba osigurati *pravodobna priprema za otpuštanje* iz odgojne ustanove, posebne odgojne ustanove, odgojnog zavoda ili kaznonice (čl. 8. ZISIM/12). Sva navedena načela iznimno su važna u predmetima u koje su uključeni maloljetnici, a u ovom istraživanju usmjerili smo se na četiri načela: načelo hitnosti postupanja, načelo pravovremenosti postupanja, načelo postupnosti i načelo promjenjivosti sankcije, kao komponente koje su uvelike determinirane međuresornom suradnjom različitih stručnjaka i službi (policija, državno odvjetništvo, sustav socijalne skrbi te sudovi).

Uz navedene međunarodne dokumente i Nacionalnu strategiju za prava djece, Kazneni zakon i Zakon o sudovima za mladež, te uvažavajući ranije navedena načela, pri definiranju kaznenopravnog položaja maloljetnika u Hrvatskoj polazi se od Ustava Republike Hrvatske kao temeljnoga dokumenta kojim se određuju prava hrvatskih građana i koji, između ostaloga, u čl. 65. definira kako je *dužnost svih da štite djecu i nemoćne osobe*¹⁶. U ovom radu pojmovi *dijete i maloljetnik* koristit će se iz perspektive hrvatskoga kazneno-pravnog okvira vezano za počinitelje kaznenih djela, odnosno koristit će se terminološka određenja KZ-a i ZSM-a, na način da se *djetetom* smatra osoba koja u vrijeme počinjenja kaznenog djela nije navršila 14 godina života (čl. 7. st. 1. KZ/11), *mlađim maloljetnikom* osoba koja je u vrijeme počinjenja kaznenog djela navršila 14 godina života, a nije navršila 16 godina života, *starijim maloljetnikom* osoba koja je u vrijeme počinjenja kaznenog djela navršila 16 godina života, a nije navršila 18 godina života (čl. 5. st. 2., st. 3. ZSM/11), dok se *mlađim punoljetnikom* smatra osoba koja je u vrijeme počinjenja kaznenog djela navršila 18 godina života, a nije navršila 21 godinu života (čl. 2. ZSM/11).¹⁷ Uvažavanje razvojne specifičnosti maloljetnika vidljivo je iz činjenice da zakonodavac maloljetne počinitelje kaznenih djela izdvaja iz skupine odraslih počinitelja, te se prema njima postupa prema Zakonu o sudovima za mladež kao *lex specialis*-u. Zakon, materija koju regulira i pojedina zakonska rješenja usvojeni su 1997. godine u prvom Zakonu o sudovima za mladež prema načelu *primum non nocere* (prijevod: *prije svega ne povrijediti*)¹⁸, koji je bio

16 Ustav Republike Hrvatske, NN 56/1990., 135/1997., 8/1998., 113/2000., 124/2000., 28/2001., 41/2001., 55/2001., 76/2010., 85/2010., 05/2014.

17 Za razliku od predmeta prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela, u predmetima kaznenopravne zaštite djece, djetetom se smatra osoba koja u vrijeme počinjenja kaznenog djela nije navršila 18 godina života (čl. 113. st. 2. ZSM/11).

18 Rittossa, D. i Božićević Grbić, M., Zakon o sudovima za mladež – reformski zahvati i praktične dileme, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 19, 2/2012., str. 630.

na snazi sve do 2011. godine kada je na snagu stupio novi ZSM. Njime je uređen materijalni i procesno pravni položaj maloljetnih i mladih punoljetnih počinitelja kaznenih djela, kao i kaznenopravna zaštita djece te je glavni izvor maloljetničkoga kaznenog prava u Hrvatskoj.¹⁹

3. KAZNENOPRAVNI POSTUPAK PREMA MALOLJETNIM POČINTELJIMA KAZNENIH DJELA

Kazneni postupak prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela relativno je složen, kao i zakonska regulativa oko načina izvršavanja sankcija.²⁰ Institucije koje čine okosnicu postupanja prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela su policija, državno odvjetništvo, sud i centri za socijalnu skrb.

Policija je prva institucija s kojom se maloljetni počinitelj kaznenog djela susreće. Izvide kaznenih djela u postupku prema maloljetniku provode policijski službenici za mladež ili drugi policijski službenici ako zbog okolnosti slučaja ne mogu postupati policijski službenici za mladež (čl. 69. ZSM/11). Zatim, postupajući po zaprimljenoj kaznenoj prijavi, *državno odvjetništvo* odlučuje o (ne)postojanju osnove za vođenje kaznenog postupka prema maloljetniku, odnosno o (ne)postojanju osnovane sumnje, o čemu ovisi hoće li kaznena prijava biti odbačena, hoće li se prema maloljetniku primijeniti oportunitet ili će se provesti pripremni postupak. Ako kaznena prijava nije odbačena iz razloga propisanih u čl. 206. Zakona o kaznenom postupku²¹ (u daljnjem tekstu ZKP), a radi se o kaznenom djelu za koje je propisana kazna zatvora u trajanju do pet godina ili novčana kazna, tri su mogućnosti postupanja državnog odvjetnika u odnosu na primjenu načela oportuniteta. Prva je da državno odvjetništvo odluči da, s obzirom na narav počinjenog kaznenog djela, raniji život maloljetnika i njegove osobne i obiteljske prilike, ne bi bilo svrhovito vođenje kaznenog postupka prema maloljetniku (čl. 71. ZSM, tzv. bezuvjetni oportunitet). Druga je da se odluka o nepokretanju postupka prema maloljetniku donese nakon što maloljetnik izvrši naložene mu obveze (čl. 72. ZSM, tzv. uvjetovani oportunitet), dok je treća mogućnost donošenje odluke o nesvrhovitosti vođenja kaznenog postupka prema maloljetniku za drugo kazneno djelo (s obzirom na težinu, narav i okolnosti njegovog počinjenja) kad je maloljetnik već ranije odlukom centra za socijalnu skrb smješten u ustanovu socijalne skrbi, kada je izvršenje kazne ili odgojne mjere u tijeku ili kad su ove sankcije pravomoćno izrečene (čl. 73. ZSM). I konačno, državno odvjetništvo može donijeti odluku (rješenje) o provođenju pripremnog postupka prema maloljetniku za kaznena djela za koja se prema odredbama ZKP-a provodi istraga (čl. 75. ZSM) ili podnijeti obrazloženi prijedlog za izricanje maloljetničke sankcije (tzv. neposredni prijedlog iz čl. 82. ZSM).

19 Carić, A. i Kustura, I., *Kamo ide hrvatsko maloljetničko kazneno zakonodavstvo?* – 1. dio, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 47, 3/2010., str. 605.

20 Ricijaš, N., *Priručnik za edukaciju – Procjena, planiranje i izvještavanje u izvršavanju maloljetničkih alternativnih sankcija*, Zagreb, Ministarstvo socijalne politike i mladih, 2012.

21 *Zakon o kaznenom postupku*, NN 152/2008., 76/2009., 80/2011., 121/2011., 91/2012., 143/2012., 56/2013., 145/2013., 152/2014., 70/2017.

Centri za socijalnu skrb su uključeni u postupak prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela od samog početka²², te su u kontaktu s policijom, državnim odvjetništvom, sudovima i ostalim ustanovama i institucijama koje sudjeluju u postupku i/ili izvršavanju maloljetničkih sankcija. Od centara za socijalnu skrb u različitim fazama kaznenog postupka mogu se tražiti izvješća o specifičnim okolnostima (primjerice čl. 65. st. 1., čl. 71., čl. 78. st. 2., st. 3. ZSM/11), izvješća o provedbi alternativnih mjera u prethodnom postupku (čl. 72. st. 2. ZSM/11), dok kod izvršavanja alternativnih mjera i sankcija²³ imaju obvezu programiranja izvršavanja tih mjera i sankcija²⁴ kao i obvezu izvještavanja o njihovom provođenju, što je definirano ZISIM-om (primjerice čl. 12., čl. 13., čl. 35. ZISIM/12) te Pravilnikom o načinu izvršavanja odgojnih mjera posebne obveze, upućivanje u disciplinski centar, pojačana briga i nadzor, pojačana briga i nadzor uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi, upućivanje u odgojnu ustanovu i upućivanje u posebnu odgojnu ustanovu²⁵ (u daljnjem tekstu Pravilnik o načinu izvršavanja odgojnih mjera).

U kaznenim predmetima prema maloljetnicima nadležni su *sudovi za mladež* (čl. 35. vezano uz čl. 37. st. 1. i st. 2. ZSM/11), koji su kao i centri za socijalnu skrb uključeni u postupak od samog početka. Tako se prema čl. 63. st. 1. ZSM-a pri uhićenju maloljetnika odmah obavještava sudac za mladež, koji će po nalogu državnog odvjetnika ispitati uhićenog maloljetnika te odlučiti o određivanju pritvora, istražnog zatvora ili njegovom puštanju na slobodu (čl. 63. st. 2. i st. 3. ZSM/11). Sudac za mladež određuje, produljuje i ukida mjere opreza (čl. 64. ZSM/11) i mjeru privremenog smještaja prema maloljetniku (čl. 65. st. 2. ZSM/11). Suci za mladež provode dokazna ročišta (u vezi s čl. 77. st. 2. ZSM/11), ispituju osnovanost prijedloga za izricanje maloljetničke sankcije (čl. 83. ZSM), određuju sjednicu vijeća i zakazuju raspravu. Sud za mladež vrši i nadzor nad izvršavanjem izrečenih odgojnih mjera (čl. 96. st. 1. ZSM/11), a u članku 98. ZSM-a opisan je modalitet vršenja nadzora nad izvršavanjem izvanzavodskih odgojnih mjera te je definirana suradnja svih triju institucija i to na način da centri za socijalnu skrb redovito izvještavaju sud koji je izrekao mjeru i nadležno državno odvjetništvo o tijeku izvršavanja odgojnih mjera.

Pravilnik o radu stručnih suradnika izvanpravne struke na poslovima delinkvencije mladih i kaznenopravne zaštite djece u državnim odvjetništvima i na

22 Kovačević, M., Osnovni modeli maloljetničkog pravosuđa s osvrtom na ulogu i položaj socijalnog rada, *Ljetopis socijalnog rada*, vol. 20, 2/2013., str. 302.

23 Alternativne mjere u hrvatskom kontekstu jesu one mjere koje određuje državno odvjetništvo ili sud tijekom kaznenog postupka i izvršavaju se u zajednici. Alternativne sankcije odnose se na izrečene sankcije koje je izrekao sud za mladež ili prekršajni sud, a koje se također izvršavaju u zajednici i alternativa su institucionalizaciji. Vidi detaljnije: Ricijaš, N. (2012), op. cit u bilj. 20, str. 8.

24 ChildONEurope (2013), Complementarities and synergies between juvenile justice and social services sector: The proceedings of the ChildONEurope Seminar on Juvenile Justice, objavljeno na: <http://www.childoneurope.org/issues/publications/coe%206_web.pdf>, zadnji put posjećeno 5. studenog 2016. Vidi više: Ricijaš, N. (2012), op. cit. u bilj. 20, str. 5-10.

25 Pravilnik o načinu izvršavanja odgojnih mjera posebne obveze, upućivanje u disciplinski centar, pojačana briga i nadzor, pojačana briga i nadzor uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi, upućivanje u odgojnu ustanovu i upućivanje u posebnu odgojnu ustanovu, NN 22/2013.

sudovima²⁶ propisuje poslove stručnih suradnika izvanpravne struke u državnim odvjetništvima i na sudovima koji svojim specifičnim znanjima o maloljetnim počiniteljima kaznenih djela pomažu državnim odvjetnicima i sucima, koristeći pritom i saznanja dobivena iz podataka centara za socijalnu skrb u svim fazama postupka.²⁷ Iz svega prethodno navedenog, evidentno je kako su državna odvjetništva, centri za socijalnu skrb i sudovi za mladež u predmetima maloljetničkog pravosuđa, od prvog kontakta s maloljetnikom u stalnoj suradnji radi sveobuhvatnijeg i kvalitetnijeg postupanja prema maloljetniku, ali i pravodobnog reagiranja i primjene sankcija onda kada one imaju odlučujući utjecaj na maloljetnika.

Kazneni postupak prema maloljetnicima uređen je ZSM-om od čl. 48. do čl. 93., te se vodi pred sudom za mladež kao nadležnim sudom za postupanje prema maloljetnicima (čl. 35. ZSM/11). Postupak prema maloljetnicima manje je formalan i više fleksibilan nego u predmetima protiv odraslih počinitelja kaznenih djela, a sudac za mladež ima široke ovlasti da u pojedinim etapama postupka odstupi od „krute“ procedure redovitoga kaznenog postupka te da ga prilagodi potrebama pojedinog slučaja.²⁸ Zaštitni model hrvatskoga maloljetničkog pravosuđa vidljiv je i u nekim od općih obilježja kaznenog postupanja, kao što je upoznavanje ličnosti maloljetnika i njegovih osobnih i obiteljskih prilika koje su važne za donošenje niza odluka od početka postupka pa sve do kraja izvršavanja sankcije. Primjerice, odluka o primjeni načela svrhovitosti, bilo da je donosi državni odvjetnik, predsjednik vijeća za mladež ili vijeće za mladež ne može biti donesena ako se ne raspolaže s dovoljno informacija koje se odnose na ličnost maloljetnika, njegove osobne, obiteljske i socijalne prilike. Nadalje, odredbama ZSM-a propisana je mogućnost donošenja odluke po kaznenoj prijavi prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela za koja je propisana kazna zatvora u trajanju do pet godina ili novčana kazna već u prethodnom postupku, primjenom načela svrhovitosti (oportuniteta) prema maloljetniku, uz uvjet da postoji osnovana sumnja da je maloljetnik to kazneno djelo i počinio. Načelo svrhovitosti osim u prethodnom postupku može primijeniti i sud u postupku pred vijećem za mladež.

4. MALOLJETNIČKE SANKCIJE I NAČELA UČINKOVITOG MALOLJETNIČKOG PRAVOSUĐA

Kao što smo vidjeli iz prethodnog teksta, tijekom cijelog su kaznenopravnog postupka prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela na prvom mjestu briga i zaštita maloljetnika. Naglasak je i na njihovoj što manjoj stigmatizaciji i individualiziranom pristupu, a to se usmjerenje ogleda i u odabiru sankcije. Maloljetnim počiniteljima kaznenih djela se, kako propisuje čl. 5. st. 1. ZSM-a, izriču odgojne mjere (sudski

26 Pravilnik o radu stručnih suradnika izvanpravne struke na poslovima delinkvencije mladih i kaznenopravne zaštite djece u državnim odvjetništvima i na sudovima, NN 84/2011., 143/2012.

27 Singer, M., Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži, Zagreb, Nakladni zavod Globus i Sveučilište u Zagrebu, 1998.

28 Carić, A. i Kustura, I., Kamo ide hrvatsko maloljetničko kazneno zakonodavstvo? – 2. dio, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, 4/2010., str. 779-791.

ukor, posebne obveze, pojačana briga i nadzor (u daljnjem tekstu PBIN), pojačana briga i nadzor uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi, upućivanje u disciplinski centar, upućivanje u odgojnu ustanovu, upućivanje u odgojni zavod, upućivanje u posebnu odgojnu ustanovu) i maloljetnički zatvor, a uz posebne uvjete predviđene ovim zakonom, i sigurnosne mjere. U čl. 5. propisano je i kojoj skupini maloljetnika se mogu izreći određene sankcije. Tako se prema mlađem maloljetniku mogu izreći odgojne i sigurnosne mjere (čl. 5. st. 2. ZSM/11), dok se starijem maloljetniku može izreći i maloljetnički zatvor (čl. 5. st. 3. ZSM/11).

Republika Hrvatska ima primjeren pravni okvir koji uzima u obzir specifičnosti maloljetnika u različitim etapama postupanja. Nacionalnom strategijom za prava djece prepoznata je važnost unaprjeđivanja cijelog sustava pravosuđa vezano uz maloljetnike (ali i djecu žrtve kaznenih djela) osuvremenjivanjem zakona i njihovog usklađivanja s međunarodnim preporukama i smjericama, ali i važnost kvalitetne suradnje među ključnim institucijama. Kvalitetna pravna regulativa nedvojbeno je preduvjet za primjereno postupanje prema maloljetnicima, no ono što je još važnije jest njihova primjena u svakodnevnoj praksi. O tomu najviše znaju oni koji čine okosnicu maloljetničkog pravosuđa, tj. stručnjaci zaposleni u ranije navedenim institucijama. Njihov doživljaj različitih aspekata maloljetničkog pravosuđa utječe na njihov rad i suradnju, stoga je *Povjerenstvo za praćenje i unaprjeđivanje rada tijela kaznenog postupka i izvršavanja maloljetničkih sankcija* (osnovano na temelju čl. 127. st. 1. ZSM-a) pri Ministarstvu pravosuđa RH provelo istraživanje radi *identificiranja primjera dobre prakse*, kao i *izazova u području maloljetničkog pravosuđa*. Kako bi se moglo uopće govoriti o primjerima dobre i učinkovite prakse, prvo je potrebno utvrditi kriterije dobre prakse, kojima se može pristupiti iz više perspektiva. Na te kriterije u području maloljetničkog pravosuđa može se gledati iz tri međusobno povezane i neodvojive perspektive, a to su: (1) *perspektiva usuglašenosti sustava maloljetničkog pravosuđa s međunarodnim dokumentima, standardima i preporukama*, (2) *pravna i teorijska perspektiva* te (3) *znanstveno-empirijska perspektiva*. Prva perspektiva obuhvaća ranije opisane međunarodne dokumente koji postavljaju minimalne standarde i preporuke za nacionalne politike na području maloljetničkog pravosuđa. Sljedeća perspektiva je pravna i teorijska koja se odnosi na konkretan način na koji je neka država uredila sustav maloljetničkog pravosuđa svojim zakonskim aktima i koliko su ti zakonski akti usklađeni s teorijski utemeljenim načelima uspješnih intervencija prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela. Ona je povezana sa znanstveno-empirijskom perspektivom, s obzirom na to da su današnji priznati teorijski principi utemeljeni na empirijskim provjerama znanstvenih istraživanja o uspješnim intervencijama i sustavima općenito.²⁹ Slijedom navedenoga, Murphy i suradnici³⁰ navode šest široko postavljenih načela učinkovite suvremene prakse u području maloljetničkog pravosuđa, a to su: (1) utemeljenost politike i sustava na

29 Ricijaš, N. (2017), op. cit. u bilj. 4, str. 123-125.

30 Murphy, P., McGinnes, A., McDermott, T. (2010), *Review of Effective Practice in Juvenile Justice*, Report for the Minister for Juvenile Justice, Noetic Solutions Pty Limited, Manuka, Australia, objavljeno na: <<http://www.juvenile.justice.nsw.gov.au/Documents/Juvenile%20Justice%20Effective%20Practice%20Review%20FINAL.pdf>>, zadnji put posjećeno 10. ožujka 2018.

znanstveno utemeljenim intervencijama (engl. *evidence-based policy formulation*), (2) izbjegavanje institucionalizacije maloljetnika kada god je to moguće, (3) pružanje sveobuhvatnih i komplementarnih tretmanskih programa, (4) kreiranje strategija i intervencija prema različitim skupinama korisnika, (5) suradnja svih uključenih sustava te (6) suradnja cijele zajednice. S druge strane, Ricijaš i suradnici,³¹ na temelju paradigme *What works*, kategoriziraju ključne principe važne za maloljetničko pravosuđe u tri cjeline: 1) *principi važni za kazneni postupak i donošenje odluka* koji se odnose na važnost određivanja sankcija od državnih autoriteta, na važnost žurnog reagiranja na kazneno djelo koje je počinio maloljetnik, te na važnost primjerene procjene kriminogenog rizika i klasifikacije rizičnosti, 2) *principi važni za planiranje intervencija* koji se odnose na važnost individualizacije plana intervencije te na njihovu usklađenost s temeljnim potrebama maloljetnika te 3) *principi važni za provođenje sankcija* koji se usmjeravaju na pojedine postupke voditelja odgojnih mjera/stručnih službi radi što uspješnijeg ishoda za samog maloljetnika.

Osuvođenjem prakse u skladu s međunarodnim i nacionalnim pravnim dokumentima, ali i empirijskim spoznajama o uspješnim intervencijama, osigurati će se maloljetnicima pravo na primjerene intervencije,³² što bi uvijek i trebao biti jedan od temeljnih ciljeva. Sukladno tomu, ovaj se rad temelji na jednom dijelu rezultata spomenutog istraživanja, te mu je glavni cilj stjecanje uvida u percepciju stručnjaka o različitim aspektima maloljetničkog pravosuđa koji neposredno rade na provođenju propisanih zakonskih odredbi. Točnije, zanimalo nas je kako stručnjaci zaposleni u centrima za socijalnu skrb, državnim odvjetništvima i sudovima doživljavaju određena načela maloljetničkog pravosuđa, sadržaj zakonskih propisa i kvalitetu izricanja/izvršavanja maloljetničkih sankcija, te razlikuje li se njihov doživljaj u tom pogledu. Također, na temelju dobivenih rezultata bit će moguće identificirati primjere dobre prakse prema ranije navedenim načelima, ali i izazove u području maloljetničkog pravosuđa.

5. METODOLOGIJA

5.1. Ciljevi istraživanja

Ciljevi su ovog rada stjecanje uvida u perspektivu stručnjaka o svrsishodnosti sustava maloljetničkog pravosuđa te istraživanje eventualnih razlika u doživljaju različitih aspekata maloljetničkog pravosuđa s obzirom na područja rada. Istraživanje je eksplorativnoga karaktera, te ga nije moguće usporediti sa sličnim istraživanjima na našim prostorima. Stoga je postavljena radna hipoteza da će ispitanici umjereno

31 Ricijaš, N., Jeđud Borić, I., Lotar Rihtarić, M. (2014), Pojačana briga i nadzor iz perspektive mladih i voditelja mjere, UNICEF Ured za Hrvatsku, Zagreb, objavljeno na: <https://www.unicef.hr/wp-content/uploads/2015/09/PBIN_publikacija_web.pdf>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.

32 Ricijaš, N., Pravo maloljetnika na primjeren tretman u izvršavanju alternativnih sankcija, objavljeno u: Vladović, S. (ur.): Zaštita prava i interesa djece s problemima u ponašanju: Zbornik priopćenja sa stručnih skupova pravobraniteljice za djecu, Pravobranitelj za djecu, Zagreb, 2012, str. 245-257.

pozitivno ocijeniti pojedine aspekte maloljetničkog pravosuđa, te da će najmanji stupanj zadovoljstva biti izražen u onim područjima koja imaju neposredniji utjecaj na svakodnevni rad ispitanika. Tako se očekuje da će zaposlenici državnih odvjetništava u većoj mjeri biti kritični prema zakonskim propisima koji reguliraju postupanje u kontekstu maloljetničkog pravosuđa, a zaposlenici sustava socijalne skrbi najmanje će biti zadovoljni primijenjenim aspektom u kontekstu izricanja i izvršavanja maloljetničkih sankcija.

5.2. Sudionici

Istraživanje je provedeno na uzorku zaposlenika općinskih i županijskih kaznenih sudova, centara za socijalnu skrb te općinskih i županijskih državnih odvjetništava iz svih županija u Hrvatskoj. U istraživanju je sudjelovalo ukupno $n=473$ sudionika, no konačni uzorak čini $n=309$ sudionika koji su u potpunosti ispunili anketni upitnik.

Tablica 1.: Osnovna obilježja sudionika istraživanja ($N=309$)

| UKUPAN UZORAK SUDIONIKA (N=309) | | | | | |
|---|-------------|-------------------|-------------|---|-------------|
| INSTITUCIJA ZAPOSLENJA | N % | ZVANJE | N % | ZANIMANJE | N % |
| Centar za socijalnu skrb | 129 41.7 | Pravnik | 141 45.6 | Stručni suradnik u centru za socijalnu skrb | 129 41.7 |
| Općinsko državno odvjetništvo | 67 21.7 | Socijalni radnik | 72 23.3 | Državni odvjetnik za mladež | 72 23.3 |
| Županijsko državno odvjetništvo | 31 10 | Socijalni pedagog | 69 22.3 | Savjetnik u državnom odvjetništvu | 10 3.23 |
| Općinski sud | 54 17.5 | Psiholog | 21 6.8 | Stručni suradnik izvanpravne struke u državnom odvjetništvu | 16 5.18 |
| Županijski sud | 28 9.1 | Ostalo | 6 1.9 | Sudac za mladež | 57 18.4 |
| Prosjek godina staža na poslovima delinkvencije mladih = 11.5 godina (SD = 9.208) | | | | Savjetnik na sudu | 6 1.9 |
| | | | | Stručni suradnik izvanpravne struke na sudu | 19 6.15 |

Prosjek godina staža na poslovima delinkvencije mladih je 11.5 godina ($SD=9.208$), no treba uzeti u obzir kako je raspon zaista velik ($SD=9.21$), od onih koji na tim poslovima rade manje od godinu dana, do onih koji na poslovima delinkvencije mladih rade čak 40 godina.

5.3. Instrumentarij

Istraživanje je provedeno online anketnim upitnikom pri čemu su postojale tri paralelne forme upitnika, ovisno o instituciji zaposlenja te tri tematska područja: (1) opći podaci o sudionicima i ustanovi zaposlenja, (2) pitanja o percepciji funkcioniranja maloljetničkog pravosuđa te (3) pitanja o kvaliteti i zadovoljstvu međuresorne suradnje tih triju institucija. Za ostvarivanje ciljeva ovog rada, korištena su prva dva dijela upitnika.

Kroz pitanja o *općim podacima o sudionicima* prikupljeni su podaci o instituciji zaposlenja, županiji iz koje dolaze, struci i zanimanju, godinama staža na poslovima maloljetničke delinkvencije te udjelu mjesečnog opterećenja rada na poslovima delinkvencije mladih.

Pitanja o percepciji funkcioniranja maloljetničkog pravosuđa podijeljena su u četiri potkategorije: prva se odnosi na *zadovoljstvo načelima maloljetničkog pravosuđa*, druga na *zadovoljstvo sadržajem zakonskih propisa* vezano za intervencije i postupanje prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela, treća na *zadovoljstvo kvalitetom izricanja*, a četvrta na *zadovoljstvo kvalitetom izvršavanja maloljetničkih sankcija*.

5.4. Način prikupljanja podataka

Podatci su prikupljeni putem *LimeSurvey* platforme na kojoj je postavljen upitnik, a poveznice na upitnike distribuirane su putem nadležnih ministarstava (zaposlenicima centara za socijalnu skrb, sucima za mladež te stručnim suradnicima izvanpravne struke na sudovima) i ureda Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske (svim zamjenicima državnih odvjetnika i stručnim suradnicima izvanpravne struke u državnim odvjetništvima), tijekom studenog i prosinca 2015. godine. Ispunjavanje upitnika bilo je u potpunosti anonimno.

5.5. Metode obrade podataka

Uz deskriptivnu statistiku (mjere centralnih vrijednosti i frekvencije odgovora), korišten je *Kruskal-Wallisov* test kao neparametrijska metoda obrade podataka, budući da je *Kolmogorov-Smirnov* i *Shapiro-Wilkov* test pokazao značajno odstupanje rezultata od normalne distribucije. *Mann-Whitneyev* test korišten je kao *post hoc* test, uz testiranje veličine efekta razlika formulom $r=Z/\sqrt{N}$. Uz kvantitativnu, korištena je i kvalitativna analiza radi dobivanja detaljnijeg obrazloženja pojedinih kvantitativnih odgovora.

6. REZULTATI I RASPRAVA

Kao što je ranije navedeno, cilj je ovog istraživanja bio ispitati doživljaj maloljetničkog pravosuđa iz perspektive ključnih institucija koje čine okosnicu kaznenog postupanja prema maloljetnicima, a to su centri za socijalnu skrb, državna

odvjetništva te sudovi za mladež. Ispitalo se zadovoljstvo načelima maloljetničkog pravosuđa, zadovoljstvo sadržajem zakonskih propisa te zadovoljstvo kvalitetom izricanja i izvršavanja maloljetničkih sankcija.

Zadovoljstvo funkcioniranjem sustava u kontekstu načela maloljetničkog pravosuđa istraženo je na način da su sudionici za svako ponuđeno načelo na ljestvici od pet stupnjeva izražavali stupanj svojeg zadovoljstva primjenom tog načela, pri čemu su svoj kvantitativni odgovor mogli obrazložiti i kvalitativno, kako bi se dobio detaljniji uvid u odgovore sudionika.

Tablica 2.: Deskriptivni prikaz zadovoljstva načelima maloljetničkog pravosuđa (N=309) i razlike u zadovoljstvu načelima s obzirom na ustanovu zaposlenja (*Kruskal-Wallisov test i Mann-Whitneyev test kao post hoc test, uz efekt razlike*)

| NAČELO | USTANOVA | N | % | | | | | M | SD | PR | KW | MWU | r |
|----------------|----------|-----|-----|------|------|------|------|------|------|--------|-----------|------------------------|--------------|
| | | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | | | | | | |
| Hitnost | CZSS | 129 | 3.1 | 16.3 | 24.8 | 50.4 | 5.4 | 3.39 | .930 | 162.21 | 13.013** | DO<CZSS** DO<SUD** | 0.18 0.24 |
| | DO | 98 | 8.2 | 23.5 | 28.6 | 38.8 | 1.0 | 3.01 | 1.00 | 130.70 | | | |
| | SUD | 82 | 2.4 | 14.6 | 20.7 | 54.9 | 7.3 | 3.50 | .920 | 172.69 | | | |
| Pravovremenost | CZSS | 129 | 3.9 | 16.3 | 32.6 | 41.1 | 6.2 | 3.29 | .947 | 158.21 | 17.388*** | DO<CZSS** DO<SUD*** | 0.17 0.30 |
| | DO | 98 | 2.0 | 30.6 | 34.7 | 31.6 | 1.0 | 2.99 | .867 | 128.96 | | | |
| | SUD | 82 | 3.7 | 9.8 | 24.4 | 54.9 | 7.3 | 3.52 | .906 | 181.08 | | | |
| Postupnost | CZSS | 129 | 0.8 | 0.8 | 31.8 | 58.9 | 7.8 | 3.72 | .649 | 152.50 | 9.021* | CZSS<SUD* DO<SUD** | 0.14 0.21 |
| | DO | 98 | 1.0 | 10.2 | 28.6 | 51.0 | 9.2 | 3.57 | .837 | 140.79 | | | |
| | SUD | 82 | 0.0 | 2.4 | 18.3 | 64.6 | 14.6 | 3.91 | .652 | 175.92 | | | |
| Promjenjivost | CZSS | 129 | 1.6 | 10.9 | 27.9 | 48.8 | 10.9 | 3.57 | .883 | 159.93 | 5.326 | - | - |
| | DO | 98 | 3.1 | 11.2 | 39.8 | 37.8 | 8.2 | 3.37 | .901 | 139.41 | | | |
| | SUD | 82 | 0.0 | 9.8 | 25.6 | 56.1 | 8.5 | 3.63 | .778 | 165.88 | | | |

Legenda: N=uzorak sudionika; 1=uopće nisam zadovoljan; 2=uglavnom nisam zadovoljan; 3=niti zadovoljan, niti nezadovoljan; 4=uglavnom sam zadovoljan; 5=u potpunosti sam zadovoljan; M=aritmetička sredina; SD=standardna devijacija; KW χ^2 =Kruskal-Wallis Hi-kvadrat; MWU=Mann-Whitney U-test; r=veličina efekta; *p<.050; **p<.010; ***p<.001

Analizom odgovora sudionika utvrđeno je kako prosječne vrijednosti odgovora na svim ispitivanim varijablama i unutar svih ustanova ukazuju na to da su stručnjaci umjereno zadovoljni primjenom svih načela (prosječne vrijednosti kreću se od 2.99 do 3.91). istodobno je vidljivo da su zaposlenici državnog odvjetništva najmanje zadovoljni svim načelima osim *načelom promjenjivosti sankcije* (KW=5.326; p>.05). Točnije, iz prosječnih je vrijednosti odgovora, koje se kreću od srednjih prema višim, vidljivo kako su stručnjaci svih triju institucija uglavnom zadovoljni primjenom ovog načela. Takve rezultate potvrđuju i kvalitativni odgovori sudionika u kojima navode kako se ovog načela u pravilu svi pridržavaju i kako postoji kvalitetna komunikacija između institucija vezano uz promjenu sankcije maloljetniku ako se za to ukaže

potreba.

Kada je riječ o *načelu hitnosti*, utvrđene su značajne razlike u percepciji između zaposlenika centara za socijalnu skrb, sudova i državnih odvjetništava (KW=13.013; $p < .01$), a rezultati *post hoc* testa pokazuju kako razlike postoje između državnih odvjetništava i centara za socijalnu skrb, te između državnih odvjetništava i sudova na način da su zaposlenici državnih odvjetništava u odnosu na zaposlenike centara za socijalnu skrb manje zadovoljni primjenom načela hitnosti, pri čemu su efekti tih razlika relativno mali (MWU=5024.0; $r=0.18$). U slučaju razlika između državnih odvjetništava i sudova, efekt razlika je nešto veći (MWU=2934.0; $r=0.24$) te se kreće prema srednjim vrijednostima. Rezultati su slični i kada je riječ o *načelu pravovremenosti* (KW=17.388; $p < .001$) i kreću se u istom smjeru, kao i kod načela hitnosti. Razlike postoje između državnih odvjetništava i centara za socijalnu skrb te između državnih odvjetništava i sudova na način da su zaposlenici državnih odvjetništava manje zadovoljni primjenom *načela pravovremenosti* u odnosu na zaposlenike drugih dviju institucija.

Kod *načela postupnosti*, razlike u percepciji postoje između zaposlenika centara za socijalnu skrb i sudova (MWU=4456.5; $p < .05$) te između zaposlenika državnih odvjetništava i sudova (MWU=3135.0; $p < .01$). Kao što je to bilo i prethodno slučaj, zaposlenici državnih odvjetništava su manje zadovoljni primjenom *načela postupnosti* u odnosu na druge dvije institucije pri čemu su efekti tih razlika ponovno relativno niski.

Kako bi se stekao bolji uvid u pozadinu tih razlika, analiziran je kvalitativni dio odgovora koji ukazuje da stručnjaci iz državnih odvjetništava izvještavaju o svojevrsnom „zastoju“ kada je riječ o primjeni načela hitnosti i pravovremenosti zbog dugotrajnih postupaka na sudovima (presporo reagiranje sudaca, protok vremena prije zakazivanja ročišta, nedovoljna brzina postupanja sudova nakon podnesenih prijedloga državnog odvjetništva). Kada je riječ o primjeni načela postupnosti i promjenjivosti sankcije, stručnjaci iz državnih odvjetništava iskazuju nešto veće zadovoljstvo i navode kako se svakom pojedinom slučaju pristupa individualno te da se u pravilu gotovo uvijek primjenjuju oba načela. S druge strane, rezultati pokazuju kako su zaposlenici na općinskim i županijskim sudovima najzadovoljniji primjenom svih načela maloljetničkog pravosuđa. Kao glavne razloge svog zadovoljstva navode kako se maloljetnički predmeti uvijek uzimaju žurno u postupak, kako se poštuju zakonom predviđeni rokovi, te navode kako se iznimno cijeni angažman državnih odvjetnika vezano za *načelo pravovremenosti* sankcije (posebno vezano za uvjetovani oporunitet).

Istraživanjem se ispitalo i zadovoljstvo sadržajem zakonskih propisa vezanih za primjenu načela (uvjetovanog) oportuniteta, izbora odgojnih mjera te izricanje kazne maloljetničkog zatvora i sigurnosnih mjera, a rezultati su prikazani u Tablici 3.

Tablica 3.: Deskriptivni prikaz zadovoljstva sadržajem zakonskih propisa (N=309) i razlike u zadovoljstvu zakonskim propisima s obzirom na ustanovu zaposlenja (Kruskal-Wallisov test i Mann-Whitneyev test kao *post hoc* test, uz efekt razlike)

| SADRŽAJ ZAKONSKIH PROPISA | USTANOVA | N | % | | | | | M | SD | PR | KW | MWU | r |
|---|----------|-----|-----|------|------|------|------|------|------|--------|-----------|------------|------|
| | | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | | | | | | |
| Primjena načela oportuniteta i uvjetovanog oportuniteta | CZSS | 129 | 2.3 | 1.6 | 20.2 | 56.6 | 19.4 | 3.89 | .812 | 154.81 | 16.036*** | DO<CZSS* | 0.13 |
| | DO | 98 | 1.0 | 2.0 | 32.7 | 52.0 | 12.3 | 3.72 | .743 | 133.14 | | CZSS <SUD* | 0.16 |
| | SUD | 82 | 0.0 | 4.9 | 7.3 | 57.3 | 30.5 | 4.13 | .750 | 181.43 | | DO<SUD*** | 0.29 |
| Izbor odgojnih mjera u zajednici | CZSS | 129 | 0.0 | 5.4 | 14.0 | 64.3 | 16.3 | 3.91 | .718 | 160.59 | 8.029* | DO<CZSS* | 0.15 |
| | DO | 98 | 1.0 | 13.3 | 18.4 | 55.1 | 12.2 | 3.64 | .900 | 136.95 | | DO<SUD** | 0.19 |
| | SUD | 82 | 0.0 | 3.7 | 14.6 | 61.0 | 20.7 | 3.99 | .711 | 167.77 | | | |
| Izbor institucionalnih odgojnih mjera | CZSS | 129 | 0.0 | 14.0 | 24.0 | 55.0 | 7.0 | 3.55 | .819 | 161.45 | 5.777 | - | - |
| | DO | 98 | 2.0 | 20.4 | 28.6 | 43.9 | 5.1 | 3.30 | .922 | 138.45 | | | |
| | SUD | 82 | 0.0 | 11.0 | 31.7 | 42.7 | 14.6 | 3.61 | .871 | 164.62 | | | |
| Izricanje maloljetničkog zatvora | CZSS | 129 | 0.8 | 5.4 | 28.7 | 53.5 | 11.6 | 3.70 | .777 | 153.02 | 11.634** | CZSS <SUD* | 0.15 |
| | DO | 98 | 1.0 | 6.1 | 37.8 | 45.9 | 9.2 | 3.56 | .787 | 137.57 | | DO<SUD** | 0.24 |
| | SUD | 82 | 1.2 | 3.7 | 17.1 | 57.3 | 20.7 | 3.93 | .798 | 178.96 | | | |
| Izricanje sigurnosnih mjera | CZSS | 129 | 2.3 | 10.9 | 27.9 | 51.2 | 7.8 | 3.51 | .876 | 155.65 | 27.693*** | DO<CZSS** | 0.18 |
| | DO | 98 | 4.1 | 16.3 | 38.8 | 37.8 | 3.1 | 3.19 | .893 | 124.82 | | CZSS<SUD** | 0.20 |
| | SUD | 82 | 0.0 | 3.7 | 22.0 | 56.0 | 18.3 | 3.89 | .737 | 190.04 | | DO<SUD*** | 0.38 |

Legenda: N=uzorak sudionika; 1=uopće nisam zadovoljan; 2=uglavnom nisam zadovoljan; 3=nići zadovoljan, nići nezadovoljan; 4=uglavnom sam zadovoljan; 5=u potpunosti sam zadovoljan; M=aritmetička sredina; SD=standardna devijacija; KW χ^2 =Kruskal-Wallis Hi-kvadrat; MWU=Mann-Whitney U-test; r=veličina efekta; *p<.050; **p<.010; ***p<.001

Iz Tablice 3. vidljivo je kako na gotovo svim ispitivanim područjima postoji značajna razlika u zadovoljstvu sadržajem zakonskih propisa, s iznimkom zadovoljstva sadržajem zakonskih propisa vezano za izbor institucionalnih odgojnih mjera (KW=5.777; p>.05), gdje su prosječne vrijednosti odgovora približne i kreću se oko srednjih vrijednosti. Uvidom u kvalitativni dio odgovora na toj varijabli, uočava se da su sudionici (neovisno o instituciji zaposlenja) suglasni oko problema nedovoljnih smještajnih kapaciteta te nedovoljne diferencijacije tretmana što su, pak, izazovi koji opterećuju izvršavanje ove skupine maloljetničkih sankcija, ali se vidljivo odražavaju u generalnom nezadovoljstvu sudionika povezanog s tim odgojnim mjerama.

Kada se govori o zadovoljstvu sadržajem zakonskih propisa vezano za primjenu načela oportuniteta i uvjetovanog oportuniteta, prosječne vrijednosti odgovora zaposlenika svih triju institucija relativno su visoke (od 3.72 do čak 4.13), što govori u prilog relativnom zadovoljstvu primjenom ovih načela. No, ipak postoje razlike između svih triju institucija (KW=16.036; p<.001). I ovdje su zaposlenici državnih odvjetništava u manjoj mjeri zadovoljni sadržajem zakonskih propisa vezanih za oportunitet i uvjetovani oportunitet, no s niskim, odnosno srednjim efektom tih razlika. Uvidom u kvalitativni dio odgovora uočava se kako su svi sudionici zadovoljni sadržajem zakonskih propisa vezanih za oportunitet, naglašavajući kako je „osvježenje“ u pravosudnom sustavu, pogotovo uvođenjem izvansudske nagodbe te kako ubrzo mogućnost utjecanja na maloljetnog počinitelja kaznenog djela,

ali i pruža mogućnost niskorizičnim maloljetnicima da izbjegnu sudski postupak i istodobno snose odgovornost za počinjeno djelo. Područje koje stručnjaci iz državnih odvjetništava naglašavaju kao „prostor za napredak“ povećanje je opsega primjene (uvjetovanog) oportuniteta i na kaznena djela za koja je zapriječena kazna veća od pet godina, što posljedično utječe i na njihov kritičniji stav prema ovom području.

Promatrajući prosječne vrijednosti, primjetno je kako su stručnjaci svih triju institucija uglavnom zadovoljni zakonskim propisima vezanim za *izbor odgojnih mjera u zajednici* (kreću se od 3.64 do 3.99), no i ovdje je subuzorak stručnjaka iz državnih odvjetništava u manjoj mjeri zadovoljan. Oni u svojim komentarima kao uzroke manjeg zadovoljstva navode nepostojanje podzakonskih uputa o primjeni odgojnih mjera u zajednici, te nemogućnost provedbe nekih posebnih obveza zbog nedostatnih resursa zajednice, što realno predstavlja izazov u društvu. S druge strane, kao važne čimbenike koji utječu na zadovoljstvo zakonskim propisima oko izbora odgojnih mjera u zajednici, stručnjaci iz svih triju institucija navode široku paletu posebnih obveza koje zakon predviđa te kvalitetu odgojne mjere pojačane brige i nadzora. No, ono što također navode je vrlo dobra zakonska osnova za primjenu izvaninstitucionalnih odgojnih mjera, međutim kada se radi o njihovoj konkretnoj provedbi u praksi, postoji mnogo segmenata koje bi trebalo unaprijediti, a kao primjere navode definiranje mentora pri izvršavanju humanitarnog rada te redovite supervizije za voditelje PBIN-a.

Slična je situacija i kod zadovoljstva propisima vezanim za *izricanje maloljetničkog zatvora i sigurnosnih mjera*, gdje su svi sudionici uglavnom zadovoljni, dok su državna odvjetništva najmanje zadovoljna zakonskim propisima. Kvalitativni odgovori naglašavaju kako zakon dobro uređuje izricanje maloljetničkog zatvora, ali ono što ih brine je izvršavanje ove sankcije, odnosno nemaju praksu izricati ga zbog niskih standarda izvršavanja. Stručnjaci iz državnih odvjetništava najviše naglašavaju nezadovoljstvo standardima izvršavanja maloljetničkog zatvora. Kao glavne zamjerke zakonskim propisima povezanim s izricanjem sigurnosnih mjera, sudionici iz svih triju institucija naglašavaju kako „zakon ne prati praksu“, što posljedično rezultira nekvalitetnim izvršavanjem sigurnosnih mjera te kako zakon nedovoljno definira način kontrole provedbe. Oni sudionici koji su zadovoljni, ističu kako su sigurnosne mjere zakonski dobro definirane, ali da u praksi rijetko kada imaju slučajeve u kojima su izrečene, pa nemaju dovoljno iskustva s njima.

Iz prikazanih rezultata možemo zaključiti generalno u prilog relativnom zadovoljstvu sudionika sadržajem zakonskih propisa, dok su stručnjaci iz državnih odvjetništava najkritičniji prema sustavu, što se posljedično odražava i u njihovom generalnom zadovoljstvu. Kvalitativni odgovori ukazuju zapravo na nezadovoljstvo samom primjenom i izvršavanjem pojedinih odgojnih mjera.

Treće ispitivano područje odnosi se na zadovoljstvo kvalitetom izricanja maloljetničkih sankcija s praktične, odnosno primjenjive razine. Sudionici su odgovarali na ljestvici od pet stupnjeva (od potpunog nezadovoljstva do potpunog zadovoljstva), a oni sudionici koji nisu imali iskustva s ispitivanim područjima mogli su označiti odgovor „ne mogu procijeniti“. Kao i u prethodnim dijelovima instrumentarija, ponuđena je mogućnost obrazloženja svakoga pojedinog odgovora,

čime su omogućeni kvalitativni podatci radi produbljenja argumentacije.

Tablica 4.: Deskriptivni prikaz zadovoljstva kvalitetom izricanja maloljetničkih sankcija (N=309) i razlike u zadovoljstvu kvalitetom izricanja maloljetničkih sankcija s obzirom na ustanovu zaposlenja (*Kruskal-Wallisov test* i *Mann-Whitneyev test* kao *post hoc test*, uz efekt razlike)

| KVALITETA IZRICANJA | USTANOVA | N | % | | | | | M | SD | PR | KW | MWU | R | |
|--|----------|-----|------|-----|------|------|------|------|------|-------|--------|----------|------------------------------------|----------------------|
| | | | 0 | 1 | 2 | 3 | 4 | | | | | | | 5 |
| Posebnih obveza | CZSS | 129 | 7.0 | 2.3 | 8.5 | 20.2 | 53.5 | 8.5 | 3.36 | 1.250 | 146.96 | 4.415 | - | - |
| | DO | 98 | 0.0 | 1.0 | 14.3 | 20.4 | 56.1 | 8.2 | 3.56 | .874 | 152.39 | | | |
| | SUD | 82 | 1.2 | 1.2 | 7.3 | 20.7 | 51.2 | 18.3 | 3.74 | .966 | 170.77 | | | |
| Upućivanja u disciplinski centar | CZSS | 129 | 15.5 | 3.9 | 9.3 | 30.2 | 32.6 | 8.5 | 2.86 | 1.519 | 161.72 | 2.214 | - | - |
| | DO | 98 | 12.2 | 9.2 | 15.3 | 32.7 | 25.5 | 5.1 | 2.65 | 1.408 | 144.67 | | | |
| | SUD | 82 | 12.2 | 2.4 | 17.1 | 30.5 | 32.9 | 4.9 | 2.84 | 1.374 | 156.77 | | | |
| PBIN kada je provodi Centar | CZSS | 129 | 7.8 | 1.6 | 10.9 | 22.5 | 39.5 | 17.8 | 3.38 | 1.359 | 149.11 | 5.684 | - | - |
| | DO | 98 | 4.1 | 1.0 | 4.1 | 15.3 | 61.2 | 14.3 | 3.71 | 1.065 | 171.42 | | | |
| | SUD | 82 | 4.9 | 0.0 | 9.8 | 29.3 | 45.1 | 11.0 | 3.43 | 1.123 | 144.63 | | | |
| PBIN kada je provode vanjski suradnici | CZSS | 129 | 9.3 | 0.8 | 7.0 | 26.4 | 45.7 | 10.9 | 3.31 | 1.322 | 150.74 | 6.231* | SUD<DO* | 0.18 |
| | DO | 98 | 5.1 | 1.0 | 4.1 | 19.4 | 59.2 | 11.2 | 3.60 | 1.110 | 171.50 | | | |
| | SUD | 82 | 9.8 | 1.2 | 3.7 | 35.4 | 41.5 | 8.5 | 3.23 | 1.299 | 141.98 | | | |
| PBIN uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi | CZSS | 129 | 27.1 | 3.9 | 5.4 | 33.3 | 22.5 | 7.8 | 2.43 | 1.699 | 156.09 | 2.119 | - | - |
| | DO | 98 | 29.6 | 7.1 | 9.2 | 25.5 | 23.5 | 5.1 | 2.21 | 1.701 | 145.71 | | | |
| | SUD | 82 | 24.4 | 0.0 | 9.8 | 28.0 | 34.1 | 3.7 | 2.59 | 1.625 | 164.38 | | | |
| Upućivanja u odgojnu ustanovu | CZSS | 129 | 9.3 | 6.2 | 12.4 | 28.7 | 38.0 | 5.4 | 2.96 | 1.349 | 142.62 | 7.678* | CZSS<SUD** | 0.18 |
| | DO | 98 | 3.1 | 6.1 | 8.2 | 37.8 | 38.8 | 6.1 | 3.21 | 1.096 | 154.04 | | | |
| | SUD | 82 | 2.4 | 2.4 | 6.1 | 30.5 | 51.2 | 7.3 | 3.48 | .984 | 175.62 | | | |
| Upućivanja u posebnu odgojnu ustanovu | CZSS | 129 | 19.4 | 3.9 | 10.1 | 31.8 | 31.0 | 3.9 | 2.63 | 1.531 | 149.84 | .829 | - | - |
| | DO | 98 | 14.3 | 4.1 | 7.1 | 39.8 | 30.6 | 4.1 | 2.81 | 1.404 | 157.72 | | | |
| | SUD | 82 | 12.2 | 8.5 | 7.3 | 35.4 | 29.3 | 7.3 | 2.83 | 1.447 | 159.87 | | | |
| Upućivanja u odgojni zavod | CZSS | 129 | 11.6 | 7.8 | 9.3 | 29.5 | 31.8 | 10.1 | 2.92 | 1.477 | 147.79 | 2.083 | - | - |
| | DO | 98 | 13.3 | 3.1 | 5.1 | 32.7 | 36.7 | 9.2 | 3.04 | 1.457 | 156.01 | | | |
| | SUD | 82 | 6.1 | 2.4 | 7.3 | 32.9 | 46.3 | 4.9 | 3.26 | 1.153 | 165.13 | | | |
| Kazne maloljetničkog zatvora | CZSS | 129 | 27.1 | 3.9 | 7.0 | 28.7 | 24.8 | 8.5 | 2.46 | 1.728 | 146.15 | 3.157 | - | - |
| | DO | 98 | 20.4 | 0.0 | 7.1 | 37.8 | 29.6 | 5.1 | 2.71 | 1.533 | 156.05 | | | |
| | SUD | 82 | 14.6 | 2.4 | 7.3 | 34.1 | 35.4 | 6.1 | 2.91 | 1.450 | 167.68 | | | |
| Pridržaja kazne maloljetničkog zatvora | CZSS | 129 | 12.4 | 0.8 | 7.8 | 27.9 | 41.1 | 10.1 | 3.15 | 1.426 | 155.17 | 15.127** | DO<CZSS* CZSS<SUD* DO<SUD*** | 0.12 0.15 0.29 |
| | DO | 98 | 15.3 | 1.0 | 13.3 | 29.6 | 37.8 | 3.1 | 2.83 | 1.429 | 132.46 | | | |
| | SUD | 82 | 4.9 | 0.0 | 7.3 | 20.7 | 54.9 | 12.2 | 3.57 | 1.111 | 181.66 | | | |

| | | | | | | | | | | | | | | |
|-------------------|------|-----|------|-----|------|------|------|-----|------|-------|--------|--------|----------|------|
| Sigurnosnih mjera | CZSS | 129 | 20.9 | 3.9 | 5.4 | 41.1 | 23.3 | 5.4 | 2.58 | 1.545 | 154.46 | 6.396* | DO<SUD** | 0.18 |
| | DO | 98 | 19.4 | 6.1 | 14.3 | 36.7 | 23.5 | 0.0 | 2.39 | 1.419 | 140.59 | | | |
| | SUD | 82 | 20.7 | 0.0 | 7.3 | 28.0 | 35.4 | 8.5 | 2.83 | 1.624 | 173.08 | | | |

Legenda: N=uzorak sudionika; 0=ne mogu procijeniti; 1=uopće nisam zadovoljan; 2=uglavnom nisam zadovoljan; 3=ni malo zadovoljan, ni nezadovoljan; 4=uglavnom sam zadovoljan; 5=u potpunosti sam zadovoljan; M=aritmetička sredina; SD=standardna devijacija; KW χ^2 =Kruskal-Wallis Hi-kvadrat; MWU=Mann-Whitney U-test; r=veličina efekta; *p<.050; **p<.010; ***p<.001

Iz Tablice 4. uočava se da kada je riječ o percepciji stručnjaka vezano za kvalitetu izricanja posebnih obveza, upućivanja u disciplinski centar, PBIN kada je provodi Centar, PBIN uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi, upućivanje u posebnu odgojnu ustanovu, upućivanje u odgojni zavod te kazne maloljetničkog zatvora ne postoji statistički značajna razlika. Primjerice, zaposlenici svih triju institucija u velikoj su mjeri zadovoljni odgojnom mjerom *posebne obveze*, a na temelju njihovih odgovora zaključuje se da je glavni razlog zadovoljstva široki spektar posebnih obveza. Sličan trend je i kod izricanja *PBIN-a kada je provodi centar za socijalnu skrb* gdje su sudionici svih triju institucija uglavnom zadovoljni, ali stručnjaci iz centara za socijalnu skrb kao glavne razloge manjeg zadovoljstva navode prekapacitiranost ostalim poslovima koje moraju obavljati, zbog čega im u tretmanskome aspektu nedostaje vremena kvalitetno se posvetiti radu s maloljetnikom.

S druge strane, svi su stručnjaci podjednako (ne)zadovoljni (prosječne vrijednosti njihovih odgovora kreću se od 2.65 do 2.86) kvalitetom izricanja *upućivanja u disciplinski centar*, te isto navode kako se ta mjera rijetko ili gotovo nikad ne izriče te kako se predugo čeka na smještaj čime se gubi njezin smisao. Prosječne vrijednosti odgovora kada je riječ o izricanju *PBIN-a uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi* također ukazuju na trend manjeg zadovoljstva tom odgojnom mjerom. Kao razloge navode nedostatak uvjeta za izricanje ove sankcije u mnogim sredinama te posljedično njezino rijetko izricanje. Kada je riječ o zadovoljstvu izricanja *upućivanja u posebnu odgojnu ustanovu*, također je primjetno kako su zaposlenici svih triju institucija u manjoj mjeri zadovoljni, što potkrepljuju odgovorima kako je Centar za odgoj i obrazovanje Lug jedina takva ustanova u Hrvatskoj, što je po mnogim sudionicima veliki nedostatak. Svi su sudionici na pitanje o zadovoljstvu kvalitetom izricanja *upućivanja u odgojni zavod*, kao nedostatak navodili preveliku sličnost s izvršavanjem kazne maloljetničkog zatvora, posebice kada je riječ o diferencijaciji tretmana između tih dviju sankcija. Posljednje područje u kojem ne postoji značajna razlika u percepciji jest zadovoljstvo kvalitetom izricanja *kazne maloljetničkog zatvora*. Sudionici svih triju institucija su u manjoj mjeri zadovoljni, a kvalitativni dio odgovora govori kako velik broj ispitanika u svojoj profesionalnoj karijeri nije nikada ni imao takav slučaj, dok oni koji su imali, govore o lošim uvjetima izdržavanja kazne (neodgovarajući prostor i sadržaji).

Značajne razlike u percepciji zaposlenika vezano za izricanje sankcija postoje na četiri ispitivana područja, a to su *PBIN kada je provode vanjski suradnici*, *upućivanje u odgojnu ustanovu*, *pridržaj kazne maloljetničkog zatvora* te *izricanje sigurnosnih*

mjera. Kada je riječ o zadovoljstvu ispitanika kvalitetom izricanja *PBIN-a kada je provode vanjski suradnici*, svi su stručnjaci umjereno zadovoljni njezinim izricanjem. Pritom značajna razlika postoji između zaposlenika sudova koji su u manjoj mjeri zadovoljni u odnosu na zaposlenike državnih odvjetništava. No, u kvalitativnom dijelu odgovora, zaposlenici i sudova i državnih odvjetništava naglašavaju kako su zadovoljniji ishodom *PBIN-a kada je provode vanjski suradnici* jer su motiviraniji i manje opterećeni, no ne mogu procijeniti kvalitetu izricanja s obzirom na to da se izriče odgojna mjera *PBIN*, a hoće li ju provoditi stručni radnik u centru za socijalnu skrb ili vanjski suradnik, ne ovisi o sudu.

Vezano za *upućivanje u odgojnu ustanovu*, trend prosječnih vrijednosti također ukazuje na umjereno zadovoljstvo stručnjaka, s time da su zaposlenici centara za socijalnu skrb manje zadovoljni izricanjem ove sankcije u odnosu na zaposlenike sudova. Zaposlenici centara za socijalnu skrb kao glavne razloge svog nezadovoljstva navode predugo čekanje na smještaj te na velike razlike između pojedinih odgojnih ustanova u različitim sredinama, što više ukazuje na nezadovoljstvo samom provedbom te odgojne mjere nego na nezadovoljstvo izricanjem.

Kod *pridržaja kazne maloljetničkog zatvora* ponovno postoji značajna razlika u percepciji zaposlenika svih triju institucija ($KW=15.127$; $p<.01$). *Post hoc* analizom utvrđeno je da su zaposlenici državnih odvjetništava najmanje zadovoljni izricanjem ove sankcije, dok su zaposlenici sudova najviše zadovoljni. Takav podatak ne čudi s obzirom na to da je gotovo 45 % ispitanika zaposlenih u državnom odvjetništvu na kvalitativnom dijelu pitanja odgovorilo kako ovom sankcijom nisu niti zadovoljni niti nezadovoljni ili da ne mogu procijeniti iz razloga što se ne izriče dovoljno često, dok je njih oko 14 % odgovorilo kako ovom sankcijom uglavnom ili u potpunosti nisu zadovoljni, te kao glavni razlog nezadovoljstva navode izricanje *pridržaja kazne maloljetničkog zatvora bez dodatne odgojne mjere*. Posljednje ispitivano područje je zadovoljstvo kvalitetom izricanja *sigurnosnih mjera*. Iako su sve tri institucije u manjoj mjeri zadovoljne izricanjem *sigurnosnih mjera*, statistički značajne razlike u percepciji zaposlenika postoje između zaposlenika državnih odvjetništava i sudova, u smjeru da su zaposlenici državnih odvjetništava i u ovom slučaju manje zadovoljni, a kao razloge navode vrlo rijetko izricanje te poteškoće s praćenjem provedbe.

Važno je napomenuti kako su za sva područja na kojima postoji značajna razlika efekti tih razlika mali i kreću se od $0.12 < r < 0.29$. Zbog toga se trebaju rezultati interpretirati s dodatnim oprezom, odnosno ne treba se donositi zaključke o postojanju velikih razlika u percepciji zaposlenika određenih institucija.

Posljednji ispitivani dio odnosi se na zadovoljstvo kvalitetom izvršavanja različitih maloljetničkih sankcija (Tablica 5.).

Tablica 5.: Deskriptivni prikaz zadovoljstva kvalitetom izvršavanja maloljetničkih sankcija (N=309) i razlike u zadovoljstvu kvalitetom izvršavanja maloljetničkih sankcija s obzirom na ustanovu zaposlenja (*Kruskal-Wallisov test* i *Mann-Whitneyev test* kao *post hoc test*, uz efekt razlike)

| KVALITETA IZVRŠAVANJA | USTANOVA | N | % | | | | | | M | SD | PR | KW | MWU | r |
|---|----------|-----|------|-----|------|------|------|------|------|-------|--------|--------|----------|------|
| | | | 0 | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | | | | | | |
| Posebnih obveza | CZSS | 129 | 8.5 | 0.8 | 7.0 | 24.0 | 48.1 | 11.6 | 3.37 | 1.299 | 146.46 | 3.454 | - | - |
| | DO | 98 | 4.1 | 0.0 | 10.2 | 17.3 | 60.2 | 8.2 | 3.58 | .930 | 155.46 | | | |
| | SUD | 82 | 3.7 | 0.0 | 2.4 | 24.4 | 53.7 | 15.9 | 3.72 | 1.010 | 167.88 | | | |
| Upućivanja u disciplinski centar | CZSS | 129 | 24.0 | 0.8 | 5.4 | 27.1 | 34.1 | 8.5 | 2.72 | 1.695 | 151.83 | .408 | - | - |
| | DO | 98 | 12.2 | 4.1 | 5.1 | 38.8 | 30.6 | 9.2 | 2.99 | 1.418 | 159.17 | | | |
| | SUD | 82 | 20.7 | 0.0 | 6.1 | 29.3 | 37.8 | 6.1 | 2.82 | 1.596 | 154.99 | | | |
| PBIN kada je provodi Centar | CZSS | 129 | 10.1 | 1.6 | 6.2 | 22.5 | 45.0 | 14.7 | 3.35 | 1.401 | 148.99 | 6.884* | CZSS<DO* | 0.13 |
| | DO | 98 | 1.0 | 1.0 | 4.1 | 18.4 | 62.2 | 13.3 | 3.80 | .837 | 172.74 | | | |
| | SUD | 82 | 3.7 | 0.0 | 17.1 | 20.7 | 48.8 | 9.8 | 3.40 | 1.110 | 143.25 | | | |
| PBIN kada je provode vanjski suradnici | CZSS | 129 | 10.1 | 0.8 | 4.7 | 24.8 | 48.8 | 10.9 | 3.34 | 1.343 | 151.02 | 6.905* | SUD<DO** | 0.19 |
| | DO | 98 | 4.1 | 1.0 | 5.1 | 17.3 | 59.2 | 13.3 | 3.66 | 1.074 | 171.99 | | | |
| | SUD | 82 | 8.5 | 1.2 | 6.1 | 29.3 | 48.8 | 6.1 | 3.27 | 1.248 | 140.96 | | | |
| PBIN uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi | CZSS | 129 | 31.8 | 1.6 | 9.3 | 23.3 | 29.5 | 4.7 | 2.31 | 1.745 | 152.78 | 1.035 | - | - |
| | DO | 98 | 29.6 | 6.1 | 8.2 | 24.5 | 26.5 | 5.1 | 2.28 | 1.722 | 151.06 | | | |
| | SUD | 82 | 29.3 | 0.0 | 4.9 | 26.8 | 34.1 | 4.9 | 2.51 | 1.737 | 163.21 | | | |
| Upućivanja u odgojnu ustanovu | CZSS | 129 | 10.9 | 6.2 | 9.3 | 32.6 | 36.4 | 4.7 | 2.91 | 1.369 | 149.34 | 2.162 | - | - |
| | DO | 98 | 5.1 | 4.1 | 16.3 | 34.7 | 33.7 | 6.1 | 3.06 | 1.174 | 152.70 | | | |
| | SUD | 82 | 8.5 | 3.7 | 9.8 | 26.8 | 43.9 | 7.3 | 3.16 | 1.319 | 166.64 | | | |
| Upućivanja u posebnu odgojnu ustanovu | CZSS | 129 | 25.6 | 1.6 | 9.3 | 25.6 | 34.9 | 3.1 | 2.52 | 1.649 | 154.20 | .107 | - | - |
| | DO | 98 | 18.4 | 3.1 | 9.2 | 38.8 | 28.6 | 2.0 | 2.62 | 1.454 | 153.84 | | | |
| | SUD | 82 | 22.0 | 6.1 | 6.1 | 28.0 | 32.9 | 4.9 | 2.59 | 1.633 | 157.65 | | | |
| Upućivanja u odgojni zavod | CZSS | 129 | 14.0 | 7.8 | 10.9 | 27.1 | 29.5 | 10.9 | 2.83 | 1.547 | 153.47 | .216 | - | - |
| | DO | 98 | 11.2 | 3.1 | 8.2 | 35.7 | 39.8 | 2.0 | 2.96 | 1.308 | 158.33 | | | |
| | SUD | 82 | 13.4 | 4.9 | 8.5 | 32.9 | 36.6 | 3.7 | 2.85 | 1.415 | 153.42 | | | |
| Kazne maloljetničkog zatvora | CZSS | 129 | 31.8 | 3.9 | 7.8 | 28.7 | 19.4 | 8.5 | 2.26 | 1.760 | 146.04 | 2.718 | - | - |
| | DO | 98 | 20.4 | 2.0 | 5.1 | 39.8 | 29.6 | 3.1 | 2.65 | 1.514 | 164.78 | | | |
| | SUD | 82 | 23.2 | 6.1 | 7.3 | 30.5 | 29.3 | 3.7 | 2.48 | 1.612 | 157.40 | | | |
| Pridržaja kazne maloljetničkog zatvora | CZSS | 129 | 17.1 | 0.0 | 7.8 | 28.7 | 34.9 | 11.6 | 2.99 | 1.564 | 159.79 | 3.209 | - | - |
| | DO | 98 | 17.3 | 2.0 | 9.2 | 34.7 | 32.7 | 4.1 | 2.76 | 1.479 | 142.27 | | | |
| | SUD | 82 | 17.1 | 0.0 | 7.3 | 26.8 | 36.6 | 12.2 | 3.02 | 1.579 | 162.68 | | | |
| Sigurnosnih mjera | CZSS | 129 | 24.8 | 3.1 | 5.4 | 40.3 | 20.9 | 5.4 | 2.46 | 1.601 | 153.31 | 4.634 | - | - |
| | DO | 98 | 24.5 | 4.1 | 12.2 | 35.7 | 22.4 | 1.0 | 2.31 | 1.516 | 143.72 | | | |
| | SUD | 82 | 25.6 | 1.2 | 3.7 | 26.8 | 35.4 | 7.3 | 2.67 | 1.722 | 171.13 | | | |

Legenda: N=uzorak sudionika; 0=ne mogu procijeniti; 1=uopće nisam zadovoljan; 2=uglavnom nisam zadovoljan; 3=niti zadovoljan, niti nezadovoljan; 4=uglavnom sam zadovoljan; 5=u potpunosti sam zadovoljan; M=aritmetička sredina; SD=standardna devijacija; KW χ^2 =Kruskal-Wallis Hi-kvadrat; MWU=Mann-Whitney U-test; r=veličina efekta; * $p<.050$; ** $p<.010$; *** $p<.001$

Iz prikazanih je rezultata vidljivo da statistički značajna razlika u zadovoljstvu izvršavanja maloljetničkih sankcija postoji samo kod izvršavanja PBIN-a. Na područjima na kojima ne postoje razlike, aritmetičke sredine kreću se od 2.26 do 3.80 (Tablica 5.), te pokazuju kako su sudionici svih triju institucija općenito manje do umjereno zadovoljni kvalitetom izvršavanja maloljetničkih sankcija. Uvidom u kvalitativni dio odgovora na tim područjima uočavaju se slični odgovori sudionika, bili oni pozitivni u smislu zadovoljstva izvršavanjem određenom sankcijom ili negativni, odnosno ukazujući na poteškoće izvršavanja sankcija. Primjerice, svi sudionici navode zadovoljstvo izvršavanjem posebnih obveza te komentiraju široki spektar istih unutar kojeg mogu djelovati. Naglašavaju dobru suradnju s institucijama u kojima se pojedine posebne obveze izvršavaju i komunikaciju sa stručnjacima. S druge strane, svi podjednako iskazuju manje zadovoljstvo kvalitetom izvršavanja PBIN-a uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi, uz obrazloženja kako se ta sankcija ne izriče, pa tako i ne izvršava dostatno, te kako u brojnim manjim mjestima nema uvjeta za njezino izvršavanje.

Kada je riječ o *PBIN-u kada je provodi centar za socijalnu skrb*, značajna razlika u percepciji postoji između zaposlenika centara za socijalnu skrb i državnih odvjetništava (MWU=5376.0; $p<.05$) te između zaposlenika državnih odvjetništava i sudova za mladež (MWU=3224.5; $p<.05$). Točnije, zaposlenici centara za socijalnu skrb najmanje su zadovoljni izvršavanjem ove sankcije. U svojim komentarima objašnjavaju kako je ta sankcija dobra kada je provode vanjski suradnici, no kada je provode djelatnici centra, dolazi do preopterećenosti djelatnika zbog ostalih poslova koje obavljaju i shodno tomu, u mnogim slučajevima imaju malo vremena za njezinu provedbu. Drugim riječima, sudionici su zadovoljni sankcijom, no zbog vlastite preopterećenosti, nisu zadovoljni izvršavanjem ako je ono povjereno njima. Zaposlenici državnih odvjetništava u tom su slučaju najzadovoljniji izvršavanjem ove sankcije, te naglašavaju kako kvaliteta izvršavanja ponajviše ovisi o angažmanu, trudu i stručnosti voditelja mjere.

U *PBIN-u kada je provode vanjski suradnici* postoji statistički značajna razlika u zadovoljstvu izvršavanja među zaposlenicima državnih odvjetništava i sudova (MWU=3197.5; $p<.01$), tako da su zaposlenici sudova manje zadovoljni kvalitetom izvršavanja ove sankcije (pri čemu je važno naglasiti da je veličina efekata relativno niska). Kvalitativni odgovori ističu važnost kvalitete vanjskog suradnika, odnosno kako kvaliteta izvršavanja ove sankcije uvelike ovisi o obilježjima i sposobnostima vanjskih suradnika – drugim riječima provoditeljima (voditeljima) mjere. Ono što zaposlenici sudova navode kao razloge nezadovoljstva jest činjenica da u manjim mjestima nema dostatno stručnih i kvalitetnih osoba koje bi bile vanjski suradnici, a i centri za socijalnu skrb u manjim mjestima nemaju potrebe za vanjskim suradnicima. Općenito se može reći kako se svi stručnjaci koji rade u sustavu maloljetničkog

pravosuđa suočavaju sa sličnim ili istim problemima pri izvršavanju određenih sankcija prema maloljetnicima, a u većini slučajeva to se odnosi na nedostatak resursa u manjim mjestima u kojima se pojedine sankcije u zajednici (alternativne sankcije) mogu kvalitetno izvršavati.

7. ZAKLJUČAK I SMJERNICE ZA DALJNJA ISTRAŽIVANJA

Nedvojbeno je da je kvalitetna suradnja jedan od najvažnijih čimbenika u osiguravanju svrhovitosti postupka prema maloljetnicima i preveniranju njihova daljnjeg činjenja kaznenih djela. U Hrvatskoj su ključni dionici u tom postupku centri za socijalnu skrb, državna odvjetništva i sudovi za mladež. Upravo je zato iznimno važna njihova perspektiva i doživljaj različitih aspekata funkcioniranja maloljetničkog pravosuđa. Naime, za pretpostaviti je da su spomenuti stručnjaci oni koji najbolje znaju procijeniti kvalitetu sadržaja različitih zakonskih propisa i njihovu neposrednu provedbu u praksi. Nadalje, s obzirom na njihovu svakodnevnu uključenost u postupke prema maloljetnicima u različitim fazama, imaju dobar uvid u izvršavanje sankcija te mogućnosti i potencijale unaprjeđivanja sustava. Zbog svega navedenoga, *Povjerenstvo za praćenje i unaprjeđivanje rada tijela kaznenog postupka i izvršavanja maloljetničkih sankcija* koje djeluje pri Ministarstvu pravosuđa Republike Hrvatske iniciralo je ovo istraživanje, kako bi se identificirali primjeri dobre prakse, kao i izazovi u području maloljetničkog pravosuđa, čiji je dio prikazan u ovom radu.

Iz rezultata se može zaključiti kako su stručnjaci uglavnom zadovoljni funkcioniranjem maloljetničkog pravosuđa u cjelini, no razumljivo, vide i prostor za unaprjeđenje te su utvrđene određene razlike s obzirom na područje rada. Osvrnemo li se na postavljenu hipotezu ovog istraživanja, možemo je djelomično potvrditi.

Naime, iako razlike u doživljaju različitih aspekata maloljetničkog pravosuđa s obzirom na područje rada nisu jako velike, promatrajući općenito, stručnjaci zaposleni u državnim odvjetništvima najkritičniji su prema sustavu (zamjenici općinskih i županijskih državnih odvjetnika za mladež i stručni suradnici izvanpravne struke na državnim odvjetništvima), dok stručnjaci sa sudova sustav procjenjuju pozitivnije. Nadalje, potvrđen je i zanimljiv, a opet i razumljiv trend smanjivanja zadovoljstva svih sudionika približavanjem praktičnim aspektima rada, odnosno primjeni i provedbi pravnih propisa. Točnije, sudionici su najviše zadovoljni načelima maloljetničkog pravosuđa i sadržajem zakonskih propisa povezanih s postupanjem prema maloljetnicima, dok su manje zadovoljni izricanjem, a najkritičniji su u odnosu na izvršavanje maloljetničkih sankcija. Takvi rezultati još jednom govore u prilog činjenici da su načela i zakonski propisi vezani za maloljetničko pravosuđe kvalitetno i dobro propisani, no da je praktična provedba i dalje opterećena određenim izazovima.

U tom smislu, sudionici naglašavaju neusklađenost zakona i prakse, navodeći kako zakon nudi širok spektar maloljetničkih sankcija koje se mogu izreći maloljetnim počiniteljima kaznenih djela, ali problem je što ih nije uvijek moguće (kvalitetno) izvršavati. To se najčešće odnosi na nedostatak resursa u manjim lokalnim zajednicama u kojima bi se mogle izvršavati neke posebne obveze, ali i odgojna mjera pojačane brige i nadzora uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi.

Također očekivano, stručnjaci su više zadovoljni maloljetničkim sankcijama koje se izvršavaju u zajednici u odnosu na one institucionalne. Kada je riječ o problemima povezanim s izvršavanjem institucionalnih sankcija, glavni je izvor nezadovoljstva stručnjaka nejasna i nedovoljna diferencijacija tretmana, loši uvjeti izvršavanja sankcija (stambeni uvjeti, nedovoljno sadržaja koji se nude maloljetnicima i sl.) te nepostojanje takvih ustanova u nekim dijelovima Hrvatske. Loše stambene uvjete sudionici su posebno naglašavali za Odgojni zavod u Turopolju, zbog čega je ta sankcija bila rjeđe izricana, pa samim time i izvršavana. Pritom je važno naglasiti da se tijekom 2017. godine infrastruktura odgojnog zavoda u potpunosti promijenila (EU projekt - IPA 2012 „Jačanje zatvorskog sustava RH³³“), te su sada uvjeti znatno kvalitetniji nego u vrijeme provođenja ovog istraživanja. U tom je smislu za očekivati da će posljedično zadovoljstvo ovom mjerom u budućnosti biti veće, ali navedeno je svakako potrebno provjeriti daljnjim istraživanjima.

S druge strane, svi su stručnjaci relativno zadovoljni kvalitetom izvršavanja maloljetničkih sankcija koje se izvršavaju u zajednici. Posebno ističu odgojnu mjeru pojačane brige i nadzora kada je provode vanjski suradnici, a kao glavne izvore zadovoljstva navode kvalitetnu komunikaciju i intenzivan angažman vanjskih suradnika. Stručnjaci u sustavu pravosuđa u velikoj su mjeri zadovoljni kvalitetom izvršavanja PBIN-a kada je provode zaposlenici centara za socijalnu skrb, dok oni sami smatraju da imaju nedovoljno vremenskog kapaciteta za kvalitetan rad. Informacije dobivene ovim istraživanjem vrijedne su u kontekstu promišljanja i planiranja praktičnih unaprjeđenja, ali nude i važne znanstvene implikacije.

Što se tiče praktičnih implikacija, ovim su istraživanjem identificirana područja u koja je potrebno dodatno ulagati. Konkretno, rezultati nedvojbeno govore u prilog potrebe za unaprjeđenjem cijelog sustava kako bi se osiguralo djelovanje u skladu s načelima maloljetničkih sankcija i u skladu s elementima uspješne prakse (i sankcija u zajednici i onih u instituciji). Sudionici istraživanja suglasni su i da je neophodno organizirati i provoditi sustavne edukacije stručnjaka specijalizirane za maloljetničko pravosuđe o mogućnostima koje imaju na raspolaganju pri izricanju sankcija, s obzirom na to da rezultati pokazuju kako se neke odgojne mjere manje izriču zbog nedovoljnog poznavanja tretmanskih specifičnosti različitih sankcija, ali i institucija u okviru kojih se izvršavaju. To, pak, vodi i do sljedećeg izazova, a to je nedovoljna diferencijacija tretmana, posebno onog institucionalnog. U tom je smislu neophodno sustavno ulagati u ustanove socijalne skrbi u kojima se izvršavaju takve maloljetničke sankcije, unaprjeđivati kvalitetu tretmana te ga sustavno sistematizirati i diferencirati. Vidljivo je i da se potencijali nekih sankcija gotovo u potpunosti ne koriste. Tako, primjerice, veliki broj sudionika navodi da nema iskustvo s izricanjem i/ili izvršavanjem sigurnosnih mjera, no ona manjina kod koje to nije slučaj, izvještava o velikom zadovoljstvu i koristi spomenutih mjera. Potom, tu je i očekivani problem s izvršavanjem odgojne mjere upućivanja u posebnu odgojnu ustanovu gdje veliki broj stručnjaka navodi kako nema iskustvo s ovom tom mjerom. Uzme li se u obzir da se gotovo svi dionici sustava slažu kako Centar za odgoj i obrazovanje Lug (kao

33 Vidi: <https://pravosudje.gov.hr/pristup-informacijama-6341/ostale-informacije/projekti/eu-projekti/ipa-2012-jacanje-zatvorskog-sustava-rh/9973> (pristupljeno 1. ožujka 2018.).

trenutačno jedina ustanova u zemlji u kojoj se izvršava odgojna mjera upućivanja u posebnu odgojnu ustanovu) nije dovoljan, te da ne postoji dovoljno specifičan tretman za mlade počinitelje kaznenih djela koji imaju i probleme mentalnog zdravlja, ovakav rezultat ne iznenađuje.

Što se standarda kvalitete tiče, stručnjaci su posebno nezadovoljni činjenicom da oni nisu sustavno razvijeni niti ujednačeni u svim dijelovima Hrvatske. Primjerice, u nekim manjim lokalnim sredinama ne postoje resursi za provedbu dijela zakonski propisanih posebnih obveza, kao što je i evidentan manjak vanjskih suradnika koji bi provodili PBIN (što se čini važnim posebno uzevši u obzir da su najzadovoljniji upravo provedbom PBIN-a kada je provode vanjski suradnici). U tom je smislu važno napore usmjeriti prema kreiranju standarda kvalitete za sve maloljetničke sankcije, educiranje cijele linije stručnjaka zaposlenih u sustavu, ali i vanjskih suradnika.

U kontekstu znanstvenih implikacija, ovim smo istraživanjem odgovorili samo na dio istraživačkih problema. U budućim bi istraživanjima svakako bilo vrijedno dobivene rezultate produbiti, te ih (uz iskustva iz prakse te rezultate drugih istraživanja) iskoristiti za stvaranje znanstveno-utemeljenih smjernica za unaprjeđenje maloljetničkog pravosuđa u našoj zemlji. Ako se sustavno, multidisciplinarno i uz uključivanje svih bitnih dionika, pristupi ovoj temi osigurati će se preduvjeti za unaprjeđenje cijelog sustava usmjerenog maloljetnim počiniteljima kaznenih djela, kako bi se pružila što kvalitetnija, adekvatnija i cjelovitija intervencija, a u konačnici unaprijedilo i društvo u cjelini.

LITERATURA

1. Carić, A. i Kustura, I., Kamo ide hrvatsko maloljetničko kazneno zakonodavstvo? – 1. dio, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, br. 3, 2010a, str. 605-620.
2. Carić, A., Kustura, I., Kamo ide hrvatsko maloljetničko kazneno zakonodavstvo? – 2. dio, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, br. 4, 2010b, str. 779-820.
3. ChildONEurope (2013), Complementarities and synergies between juvenile justice and social services sector: The proceedings of the ChildONEurope Seminar on Juvenile Justice, objavljeno na: <http://www.childoneurope.org/issues/publications/coe%206_web.pdf>, zadnji put posjećeno 5. studenog 2016.
4. Kazneni zakon, NN 125/2011., 144/2012., 56/2015., 61/2015., 101/2017.
5. Konvencija o pravima djeteta (1989), objavljeno na: <https://www.unicef.hr/wp-content/uploads/2017/05/Konvencija_20o_20pravima_20djeteta_full.pdf>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.
6. Kovačević, M., Osnovni modeli maloljetničkog pravosuđa s osvrtom na ulogu i položaj socijalnog rada, Ljetopis socijalnog rada, vol. 20, br. 2, 2013, str. 301-317.
7. Murphy, P., McGinnes, A., McDermott, T. (2010), Review of Effective Practice in Juvenile Justice, Report for the Minister for Juvenile Justice, Noetic Solutions Pty Limited, Manuka, Australia, objavljeno na: <<http://www.juvenile.justice.nsw.gov.au/Documents/Juvenile%20Justice%20Effective%20Practice%20Review%20FINAL.pdf>>, zadnji put posjećeno 10. ožujka 2018.
8. Nacionalna strategija za prava djece u Republici Hrvatskoj za razdoblje od 2014. do 2020. godine (2014), Ministarstvo socijalne politike i mladih, objavljeno na: <<https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/ZPPI/Strategije%20-%20OGP/socijalna%20politika/NACIONALNA%20STRATEGIJA%20ZA%20PRAVA%20DJECE%20U%20>

- RHZA%20RAZDOBLJE%20OD%202014.%20DO%202020.%20GODINE%5B1%5D.pdf>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.
9. Pravila Ujedinjenih naroda za zaštitu maloljetnika lišenih slobode („Pravila iz Havane“, 1990), (A/RES/45/113), objavljeno na: <<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r113.htm>>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.
 10. Pravilnik o načinu izvršavanja odgojnih mjera posebne obveze, upućivanje u disciplinski centar, pojačana briga i nadzor, pojačana briga i nadzor uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi, upućivanje u odgojnu ustanovu i upućivanje u posebnu odgojnu ustanovu, NN 141/2011., 21/2012.
 11. Pravilnik o radu stručnih suradnika izvanpravne struke na poslovima delinkvencije mladih i kaznenopravne zaštite djece u državnim odvjetništvima i na sudovima, NN 22/2013.
 12. Radić, I., Hrvatski sustav maloljetničkih sankcija: trenutno stanje i prijedlozi za promjenu, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 24, br. 1, 2017, str. 83-115.
 13. Ricijaš, N., Dobre prakse i izazovi u kontekstu maloljetničke delinkvencije u Hrvatskoj, objavljeno u Kovačević, R. i sur. (ur.): Maloljetnička delinkvencija - dijalog, razmjena iskustava i znanja, OFF SET Tuzla, Bosna i Hercegovina, 2017, str. 123-144.
 14. Ricijaš, N., Pravo maloljetnika na primjeren tretman u izvršavanju alternativnih sankcija, objavljeno u Vladović, S. (ur.): Zaštita prava i interesa djece s problemima u ponašanju: Zbornik priopćenja sa stručnih skupova pravobraniteljice za djecu, Pravobranitelj za djecu, Zagreb, 2012, str. 245-257.
 15. Ricijaš, N., Priručnik za edukaciju – Procjena, planiranje i izvještavanje u izvršavanju maloljetničkih alternativnih sankcija, Zagreb, Ministarstvo socijalne politike i mladih, 2012.
 16. Ricijaš, N., Jedud Borić, I., Lotar Rihtarić, M. (2014), Pojačana briga i nadzor iz perspektive mladih i voditelja mjere, UNICEF Ured za Hrvatsku, Zagreb, objavljeno na: <https://www.unicef.hr/wp-content/uploads/2015/09/PBIN_publikacija_web.pdf>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.
 17. Rittossa, D., Božičević Grbić, M., Zakon o sudovima za mladež – reformski zahvati i praktične dileme, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 19, br. 2, 2012, str. 615-667.
 18. Singer, M., Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži, Zagreb, Nakladni zavod Globus i Sveučilište u Zagrebu, 1998.
 19. Smjernice Odbora ministara Vijeća Europe o pravosuđu prilagođenom djeci, objavljeno na: <<https://rm.coe.int/16806a450a>>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.
 20. Smjernice Ujedinjenih naroda za prevenciju maloljetničke delinkvencije („Rijadske smjernice“, 1990), (A/RES/45/112), objavljeno na: <<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r112.htm>>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.
 21. Standardna minimalna pravila Ujedinjenih naroda za maloljetničko pravosuđe („Pekinska pravila“, 1985), (A/RES/40/33), objavljeno na: <<http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r033.htm>>, zadnji put posjećeno 1. ožujka 2018.
 22. Štabi, M., Standardna minimalna pravila Ujedinjenih Naroda za maloljetničko pravosuđe („Pekinska pravila“, 1985) (A/RES/40/33) i Smjernice Ujedinjenih naroda za prevenciju maloljetničke delinkvencije („Rijadske smjernice“, 1990) (A/RES/45/112), Dijete i društvo: časopis za promicanje prava djeteta, vol. 12, br. 1/2, 2010, str. 295-296.
 23. Ustav Republike Hrvatske, NN 56/1990., 135/1997., 8/1998., 113/2000., 124/2000., 28/2001., 41/2001., 55/2001., 76/2010., 85/2010., 05/2014.
 24. Zakon o izvršavanju sankcija izrečenih maloljetnicima za kaznena djela i prekršaje, NN 133/2012.
 25. Zakon o kaznenom postupku, NN 152/2008., 76/2009., 80/2011., 121/2011., 91/2012., 143/2012., 56/2013., 145/2013., 152/2014., 70/2017.
 26. Zakon o potvrđivanju Europske konvencije o ostvarivanju dječjih prava, NN 1/2010.
 27. Zakon o sudovima za mladež, NN 84/2011., 143/2012., 148/2013., 56/2015.

Sabina Mandić*
Dora Dodig Hundrić**
Neven Ricijaš***
Mirta Kuharić****

Summary

THE VIEW OF EXPERTS ON THE EFFECTIVENESS OF THE JUVENILE JUSTICE SYSTEM

This paper presents part of the results of the study conducted within the *Committee for monitoring and improving the work of criminal proceedings and the execution of juvenile sanctions* in the Croatian Ministry of Justice, founded according to Article 127. Paragraph 1. of the Youth Courts Act. Study focuses on the perception of judiciary and interdepartmental cooperation between State Attorney's Offices, Youth Courts and Centers for Social Welfare in criminal proceedings towards juvenile criminal offenders. In this paper, the emphasis is on the part of the results aimed at different aspects of the juvenile justice. The main aim is to gain insight into the experts' perspective of the effectiveness and purposefulness of the juvenile justice system, and to explore possible differences in their perception with regard to the field of work. A total of n=309 professionals participated in this study, n=98 of which work in State Attorney's Office, n=82 at Youth Courts and n=129 in the Centers for Social Welfare.

The results indicate general moderate satisfaction with the functioning of the juvenile justice system, especially it's legal principles and content of the law regulations, as well as conducting community educational measures. Participant are the least satisfied with the execution of half-institutional and institutional sanctions, especially professionals working in the State Attorney's Offices who seem to have the most critical attitudes towards the system, especially when compared with the employees of the youth courts.

The results provide the basis for further research and are interpreted in order

-
- * Sabina Mandić, mag. paed. soc., Research and Teaching Assistant, Department of Behavioural Disorders, Faculty of Education and Rehabilitation Sciences, University of Zagreb; sabina.mandic@erf.hr.
 - ** Dora Dodig Hundrić, Ph. D., Assistant Professor, Department of Behavioural Disorders, Faculty of Education and Rehabilitation Sciences, University of Zagreb; dora.dodig@erf.hr.
 - *** Neven Ricijaš, Ph. D., Associate Professor, Department of Behavioural Disorders, Faculty of Education and Rehabilitation Sciences, University of Zagreb; member of Committee for monitoring and improving the work of criminal proceedings and the execution of juvenile sanctions; neven.ricijas@erf.hr.
 - **** Mirta Kuharić, dipl. iur., Deputy State Attorney General of the Republic of Croatia; Chairman of Committee for monitoring and improving the work of criminal proceedings and the execution of juvenile sanctions; mirta.kuharic@dorh.hr.

to discuss possible further implications and the possibility of improving the system.

Keywords: *Juvenile Justice System, Youth Courts Act, Centre for Social Welfare, State Attorney's Office, Youth Court.*

Zusammenfassung

DIE ANSICHT VON EXPERTEN ÜBER DIE ZWECKMÄSSIGKEIT DES SYSTEMS DER JUGENDGERICHTSBARKEIT

In diesem Beitrag wird ein Teil der Ergebnisse der von dem *Ausschuss für die Kontrolle und die Verbesserung der Arbeit von Organen des Strafverfahrens und des Vollzugs von Jugendsanktionen* durchgeführten Forschung dargestellt. Der Ausschuss wurde gemäß Art. 127 Abs. 1 des Gesetzes über Jugendgerichte vom Justizminister begründet und dessen Ziel ist es, die Einsicht in die Perzeption des Justizsystems und die ressortübergreifende Zusammenarbeit zwischen den Staatsanwaltschaften, den Jugendgerichten und den Zentren für Sozialfürsorge bei den Strafverfahren gegen minderjährige Straftäter zu ermöglichen. Dieser Beitrag berichtet über einen Teil der Ergebnisse bezüglich verschiedener Aspekte der Jugendgerichtsbarkeit. Das Hauptziel des Beitrags ist es, die Einsicht in die Zweckmäßigkeit des Systems der Jugendgerichtsbarkeit aus der Perspektive von Experten zu geben sowie auch eventuelle Unterschiede in ihren Auffassungen, welche auf ihre unterschiedliche Arbeitsbereiche zurückzuführen sind, zu erforschen. Die Probe besteht aus 309 Befragten aus dem ganzen Kroatien, wobei 98 der Befragten in Staatsanwaltschaften, 82 der Befragten bei Gerichten und 129 der Befragten in den Zentren für Sozialfürsorge arbeiten.

Die Ergebnisse weisen darauf hin, dass die Befragten mit der Funktionierung der Jugendgerichtsbarkeit mäßig zufrieden sind und dass sie das kroatische System positiv auffassen, insbesondere bezüglich der grundlegenden Prinzipien und des Inhalts der Gesetzesvorschriften sowie auch bezüglich der Verhängung/des Vollzugs von außerinstitutionellen Erziehungsmaßnahmen. Am wenigsten zufrieden sind sie mit der Verhängung/dem Vollzug von halbinstitutionellen und institutionellen Sanktionen gegen Minderjährige, wobei die Befragten aus der Staatsanwaltschaft die schärfste Kritik diesbezüglich äußern, insbesondere gegenüber den Angestellten der Jugendgerichte.

Die Ergebnisse wurden im Kontext von potentiellen praktischen Auswirkungen und der Verbesserung des Systems interpretiert. Die Ergebnisse können auch als Grundlage für das weitere Forschen dieser Problematik dienen.

Schlüsselwörter: *Jugendgerichtsbarkeit, Gesetz über Jugendgerichte, Zentrum für Sozialfürsorge, Staatsanwaltschaft, Jugendgerichte.*

Riassunto

LA PERCEZIONE DEI PROFESSIONISTI CIRCA L'ADEGUATEZZA DEL SISTEMA DELLA GIUSTIZIA MINORILE

In questo lavoro è illustrata parte dei risultati della ricerca promossa dalla *Commissione per il monitoraggio ed il miglioramento dell'operato degli organi della procedura penale e dell'esecuzione delle sanzioni minorili* costituita dal Ministro competente per gli affari della giustizia ai sensi dell'art. 127, comma 1, legge sui tribunali della gioventù, al fine di prendere visione della percezione del sistema giudiziario e della collaborazione tra pubblici ministeri, tribunali della gioventù e dei centri per la tutela sociale nei procedimenti penali instaurati contro minori che abbiano commesso reati penali. In questo lavoro l'accento è posto sulla parte dei risultati rivolti verso i diversi aspetti del funzionamento della giustizia minorile. Lo scopo principale del lavoro è entrare nella prospettiva dei professionisti circa l'adeguatezza del sistema della giustizia minorile ed eventualmente investigare sulle eventuali diversità nella loro percezione in ragione del diverso ambito di lavoro. L'indagine è stata condotta su un campione di 309 partecipanti provenienti da tutta la Croazia, di cui 98 impiegati nelle procure, 82 nei tribunali e 129 nei centri per la tutela sociale.

I risultati mostrano una contenuta soddisfazione circa il funzionamento della giustizia minorile ed una percezione positiva del sistema croato, in particolare negli aspetti riguardanti i principi generali ed il contenuto delle norme giuridiche, come anche negli aspetti riguardanti la comminazione e l'esecuzione di misure educative non istituzionali. Il grado di soddisfazione più basso riguarda l'ambito della comminazione e dell'esecuzione delle sanzioni minorili semi-istituzionali ed istituzionali, nel quale ambito gli appartenenti alle strutture delle procure manifestano il grado più basso di soddisfazione, ovvero esprimono la posizione maggiormente critica, in particolare con riguardo agli operatori dei tribunali della gioventù.

I risultati sono stati interpretati nel contesto delle potenziali implicazioni pratiche e della possibilità di miglioramento del sistema, come pure al fine di condurre nuove ricerche in merito.

Parole chiave: *giustizia minorile, legge sui tribunali della gioventù, centro per la tutela sociale, pubblico ministero, tribunale della gioventù.*

EMPIRIJSKO ISTRAŽIVANJE POROTNOG SUSTAVA U MAĐARSKOJ (ODNOS SUDACA LAIKA I PROFESIONALNIH SUDACA U MJEŠOVITIM SUDOVIMA)

Prof. dr. sc. Attila Badó*
Prof. dr. sc. Gábor Feleky**
János Lőrinczi***

UDK
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.8>
Ur.: 2. listopada 2017.
Pr.: 6. ožujka 2018.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Empirijskim istraživanjem autori su tražili odgovor na pitanje koje se često nameće kod istraživanja sudova mješovitoga sastava, tj. kolika je uloga porote koja sudjeluje u sudskim postupcima i to ponajprije na temelju ocjena sudaca porotnika i profesionalnih sudaca. Pretpostavka je na temelju načelne karakteristike statusa, bila ta, da ova posebna skupina unatoč zakonskim odredbama koje im jamče jednaka prava, ima takve unutarne hijerarhijske odnose koji sprječavaju znatniji udio porotnog sustava. To su i potvrdila slična empirijska istraživanja mješovitih sudskih sustava. Istodobno je pretpostavljeno i da u odnosu na Kulcsárova istraživanja provedena još u vrijeme jednopartijskoga sustava šezdesetih godina 20. stoljeća porotni sustav demokratskoga društva rezultira većim sudjelovanjem, čak i onda ako se od tada nije dogodila nikakva bitna izmjena pravnih propisa. U provedenom istraživanju na temelju mišljenja porotnika i sudaca, autori rada pokušali su izvršiti tipizaciju stručnih sudaca temeljem njihova odnosa prema porotnicima koji nemaju stručna pravna znanja.

Ključne riječi: *empirijsko istraživanje, mješoviti sudovi, porota, profesionalni suci, porotnici, laičko sudovanje.*

* Dr. sc. Badó, Attila, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Szegedu, Mađarska; attila@badoat.hu.

** Dr. sc. Gábor Feleky, izvanredni profesor Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Szegedu, Mađarska; feleky@socio.u-szeged.hu.

*** János Lőrinczi, prof. soc., asistent Filozofskog fakulteta u Szegedu, Mađarska; lorinczi@socio.u-szeged.hu.

Rad je izrađen u okviru natječajnog projekta OTKA broj K 120693.

1. CILJ ISTRAŽIVANJA

Pod mješovitim sudom, ili drugim riječima kolaborativnim sudom¹ podrazumijeva se sud u kojemu je sudsko vijeće sastavljeno od profesionalnih sudaca i porotnika laika koji zajedno odlučuju u raznim vrstama sporova. Suci laici sudjeluju u procesu odlučivanja u donošenju presude načelno s istim pravom kao i profesionalni suci. Primjeri za primjenu tih vrsta sudova nalaze se ponajprije u okvirima rimsko-germanske pravne tradicije. Ovaj sustav funkcionira u Njemačkoj,² Austriji,³ Finskoj,⁴ Norveškoj,⁵ Švedskoj,⁶ većinom u bivšim socijalističkim državama⁷, odnosno unutar *common law* sustava u Sjevernoj Irskoj te nakon ukidanja aparthejda u Južnoafričkoj Republici.⁸ Zajednička je značajka ovih sustava da stručni suci sa završenim pravnim fakultetom koji svoj posao profesionalno obavljaju i laici koji u načelu nemaju pravnu naobrazbu zajednički i s istim pravima odlučuju o činjeničnom stanju, pravnim pitanjima, u pitanju sankcije u kaznenim predmetima i o ostalim važnim pitanjima.

Premda bi sudjelovanje sudaca laika u mješovitim sudovima i bez njihove stvarne, efektivne uloge služilo u korisne ciljeve,⁹ ipak znanstveni interes za navedenu temu pokazuje da zakonodavac, odnosno cijelo društvo koje je izabralo zakonodavce očekuje od sudaca laika više negoli da samo nazoče postupku suđenja. Na temelju prakse nedvojbeno je da se želi njihov puno veći angažman. Ne postoji niti jedan oblik laičkoga sudovanja u kojemu (izuzimajući pojedinačne slučajeve) u sustavu ne bi bilo moguće prikazati aktivno sudjelovanje laika. Pitanje je samo koliko je prisutno njihovo sudjelovanje i kakav mu je karakter?

U manjim građanskopravnim i kaznenopravnim sporovima nadležni engleski, škotski ili francuski suci laici načelno uživaju punu slobodu, no to se u praksi ne

- 1 John D. Jackson, - Nikolai P. Kovalev: „Lay Adjudication in Europe: The Rise and Fall of the Traditional Jury” Oñati Socio-Legal Series. 2016. 6/2., 368-395. <http://ssrn.com/abstract=2782413> (10.10. 2016.).
- 2 Machura, Stefan, *Fairness und Legitimität*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001, str. 385.
- 3 Schöffen und Geschworene in Österreich, Ein Überblick, Bundesministerium für Justiz, 2015., str. 83.
- 4 Pihlajamaki, Heikki, From Compurgators to Mixed Courts: Reflections on the Historical Development of Finnish Evidence Law and Court Structure, *Revue internationale de droit pénal*, 2001. 72/1., str. 159. http://www.cairn-int.info//article-E_RIDP_721_0159--from-compurgators-to-mixed-courts.htm (10.10.2016.).
- 5 Strandebakker, Asbjorn, Lay Participation in Norway, *Revue internationale de droit pénal*, 2001. 72/1., str. 225-251.
- 6 Diesen, Christian, Lay Judges in Sweden-A Short Introduction, *Revue internationale de droit pénal*, 2001., 72/1, str. 313-315.
- 7 Thaman, Stephen C., Juries and Mixed Courts in the former Soviet Republics of Central Asia, Lecture at the Cornell Law School Clarke Program East Asian Law and Culture Conference, Citizen Participation in East Asian Legal Systems, 22.9.2006.
- 8 Seligson, Milton, Lay Participation in South Africa from Apartheid to Majority Rule, *Revue internationale de droit pénal*, 2001., 72/1, str. 273-284. http://www.cairn-int.info//article-E_RIDP_721_0273--lay-participation-in-south-africa-from.htm (10.10. 2016.).
- 9 Anderson, Stanley, Lay Judges and Jurors in Denmark, *The American Journal of Comparative Law*, 1990/38, str. 839-864.

ostvaruje uvijek.¹⁰ Puna sloboda odlučivanja postoji i u slučaju porotnog suda u anglosaksonskom pravu, kod kojega su općenito suci laici nadležni prosuđivati činjenična pitanja, a možda i određivati visinu sankcije. U tom slučaju za razumijevanje mehanizma funkcioniranja porotnog suda istraživače ne motivira ponajprije ispitivanje njihove ovisnosti o profesionalnim sucima, nego utvrđivanje drugih vanjskih čimbenika (odvjetnika, državnih odvjetnika, medija, aktivnosti optuženika) na grupu koja donosi odluku.¹¹ U istraživanju Kalvena i Zeisela, koje se danas već smatra klasikom, provedeno je ispitivanje 3576 sudskih procesa radi utvrđivanja razlika između stvarne odluke porotnog suda i hipotetičke odluke profesionalnog suca, slijedom toga što se razdvajaju ovlasti odlučivanja porotnog suda i suca. O onome o čemu porotnici odlučuju, sudac može imati samo mišljenje.¹² Druga je stvar s mješovitim sudovima kod kojih u postupku odlučivanja laici načelno imaju iste kompetencije kao i sudac, a uglavnom se suočavaju sa situacijom da stručni sudac koji predsjedava sudskim vijećem ima toliku supremaciju s obzirom na kompetencije da to predstavlja prirodno ograničenje za laike i njihovo ravnopravno sudjelovanje u postupku. Međunarodna istraživanja potvrđuju da je općenito vrlo malo sudjelovanje laika u sudovima tipa *Schöffens*.¹³ Međutim, stajalište autora je da ta niska razina i karakter sudjelovanja uopće nisu nebitni ako se uzmu u obzir argumenti društvenog osjećaja pravednosti i kontrolne uloge porotnika, ili koji glavni cilj primjene porotnog sustava vide u proširivanju elemenata deliberativne demokracije.¹⁴

- 10 Darbyshire, Penny, An essay on the Importance and neglect of the magistracy, *Criminal Law Review*, 1997/Sep., str. 627, 633-640.
- 11 Bado, Attila, Pszichológiai vizsgálatok az esküdszékkal kapcsolatban: Hogyan dönt 12 dühös ember?, u: *Magyar Jog*, 1998/8, str. 479-481; Idem., Az igazságszolgáltatató hatalom alkotmányos helyzetének és egyes alapelveinek összehasonlító vizsgálata, u: Legény K., Tóth J. (szerk.), *Összehasonlító Alkotmányjog*, Budapest, Complex Kiadó, 2006., str. 163-209.; Bado, Attila, Bòka, János, Bencze, Mátyás, Hungarian Lawyers in the making: selection distortions after the democratic changes in Hungary, *Acta Universitatis szegediensis, Acta juridica et politica*, 2003. 63:(1), str. 3-20.
- 12 Kalven, Harry, Zeisel, Hans, *The American Jury System*, New Haven, Yale University Press, 1966.
- 13 Kubicki, Leszek, Udział Ławnikow w Orzekaniu, u: Kubicki, Leszek, Zawadzki, Sylwester (red.): *Udział ławników w postępowaniu karnym: opinie a rzeczywistość: studium prawnempiryczne*, Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze, 1970., str. 68, 97-111; Klami, Hannu Tapani, Hämäläinen, Merva, Lawyers and laymen on the bench: A study of comparative legal sociology, Helsinki, Suomalainen Tiedekatemia, Distributor, Ak 1966, str. 559.; Ateeminen Kirjakuppa 1992; Diesen, op. cit., fusnota 6; Kutnjak-Ivkovic, Sanja, Lay Participation in Criminal Trials: the case of Croatia, Lanham, Md., Austin & Winfield, 1999.; Machura, Stefan, Fairness und Legitimität, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001., str. 385; Perron, Walter, Lay Participation in Germany, *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1, str. 181; Rennig, Christoph, Influence of lay assessors and giving reasons for the judgement in German mixed courts, *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1, str. 481; Kutnjak-Ivkovic, Sanja, Exploring Lay Participation in Legal Decision Making: Lessons from Mixed Tribunals, *Cornell International Law Journal*, 2007/2., str. 441.
- 14 Badó, Attila, A laikus bíraskodás létjogosultságának korlátairól a tudományos vizsgálatok tükrében, *Állam –és Jogtudomány*, 2016., 57/2, str. 3-15; Bencze, Mátyás, Badó, Attila, Területi eltérések a büntetéskiszabási gyakorlat szigorúságát illetően Magyarországon 2003 és 2005 között, u: Fleck, Zoltán (szerk.), *Igazságszolgáltatás a tudomány tükrében*, Budapest, ELTE

U ovom empirijskom istraživanju pokušat će se odrediti u kojoj mjeri stvarno sudjeluju mađarski suci laici u postupku te će se te podatke usporediti s ranijim porotnim sudovanjem kakvo je postojalo tijekom jednopartijskoga sustava.¹⁵ Hipoteza je da porotni sustav u političkome uređenju temeljenom na tržišnom gospodarstvu i višestranačkoj demokraciji rezultira s većim stupnjem sudjelovanja porotnika u odnosu na porotni sustav konsolidiran u sustavu diktature, koji je već izgubio svoju izvornu političku funkciju, a koji je već šezdesetih godina 20. stoljeća počeo istraživati Kálmán Kulcsár. Ova se hipoteza činila uvjerljivom čak i unatoč činjenici da od šezdesetih godina 20. stoljeća nisu uvedene nikakve bitnije zakonske promjene vezane za izbor porotnika i njihove funkcije.

Pokušat će se pridonijeti razumijevanju mješovitih sustava sudovanja i time što će se odrediti tipovi stajališta profesionalnih sudaca u pogledu odnosa između sudaca laika i profesionalaca. Ovo se istraživanje neće baviti suodnosom između sudaca laika čime se bavio Machura u istraživanjima mađarskog sustava bliskoga njemačkom porotnom sudovanju.¹⁶)

2. TEORIJSKI OKVIRI ISTRAŽIVANJA

U vezi s istraživanjem mješovitih sudskih sustava uvjerljivim se čini stajalište Sanje Kutnjak-Ivković koja na tragu Bergera i njegovih suradnika,¹⁷ primjenjujući teoriju statusnih karakteristika pokušava razumjeti unutarnji mehanizam funkcioniranja mješovitih sudova i njihove hijerarhijske odnose. Polazna točka primjene načela statusne karakteristike na mješovite sudove je ta da su ti sudovi tako malobrojne, heterogene grupe koje presuđuju, da se i među njihovim članovima pokazuje jedna, glede zadatka koji obavljaju vrlo bitna razlika u vezi s karakteristikama. Pored specifične značajke mogu se ustanoviti i druge difuzne karakteristike, kao što su spol, dob, rasa itd., ali mehanizam odlučivanja grupe, interakciju članova i njihova međusobna očekivanja uglavnom određuje specifična razlika u karakteristikama. U slučaju mješovitih sudova ta se specifična razlika u karakteristikama očituje u onoj premoći u znanju koje ima jedan profesionalni sudac sa završenim pravnim fakultetom u odnosu na laika koji ne raspolaže formalnom pravnom naobrazbom, a niti pak sudskom praksom kakvu ima profesionalni sudac.

Činjenicu da između sudaca laika i profesionalaca koji na temelju zakona imaju iste ovlasti nastaje hijerarhijski odnos, već su i ranije dokazala brojna ispitivanja.¹⁸ Već

Eötvös Kiadó, 2010. str. 125-147. ELTE Jogi Kari Tudomány; 6.

15 Kulcsár, Kálmán, *A népi ülnök a bíróságon*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1971., str. 127.

16 Machura, Stefan, *Interaction between lay assessors and professional judges in german mixed courts*, *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1, str. 451–479. <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2001-1-page-451.htm>.

17 Berger, Joseph [et al.], *Status characteristics and social interaction: an expectation-states approach*, New York, Elsevier Scientific Pub. Co., 1977.; Berger, Joseph, Rosenholtz, Susan J., Zelditch, Morris Jr., *Status Organizing Processes*, *Annual Review of Sociology*, 1980/6, str. 479.

18 Klaus, Ekkehard, *Ehrenamtliche Richter. Ihre Auswahl und Funktion, empirisch untersucht*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972., str. 235.

je ranije spomenuto da je mađarskom sustavu najbliži njemački sustav mješovitoga sudstva, koji ima i najdužu tradiciju. I istraživanja provedena o njemačkim porotnicima potvrdila su prevlast profesionalnih sudaca koja proizlazi iz njihova stručnoga znanja i nadmoći u pravnoj znanosti. Ona postoji neovisno o osobnom autoritarnom karakteru. Utvrđeno je i da je utjecaj laika na samu odluku uglavnom vrlo slab.¹⁹ Ovu činjenicu potvrdila su i istraživanja koja je Kálmán Kulcsár proveo među mađarskim porotnicima, kada je uočio pasivnost i marginalizaciju porotnika u usporedbi s ranijim aktivnim razdobljem koje je bilo motivirano političkim ciljevima.²⁰ Tijekom sudske rasprave porotnici, isto kao i profesionalni suci, mogu postavljati pitanja optuženiku i svjedocima, koje pravo porotnici doista i koriste. Prema rezultatima jednoga njemačkoga istraživanja iz 1972. porotnici su postavili pitanje strankama u sporu u više od polovice ispitivanih sudskih procesa. No, istraživanja su istodobno, potvrdila i da suci porotnička pitanja vrlo često smatraju nebitnima. To nerijetko navodi predsjednike vijeća kao profesionalne suce da pokušaju minimalizirati pitanja porotnika.²¹ Jedan od zaključaka Machurinovog istraživanja iz 2001. godine vezano za upućivanje na organizacijsko-sociološke probleme mješovitih sudova, bio je taj da se porastom trajanja porotničke funkcije smanjuje broj nesporazuma među stručnim sucima i porotnicima.²²

Za razumijevanje nastanka hijerarhijskoga odnosa valja uočiti dva važna elementa s aspekta sudionika u procesu donošenja odluka. S jedne strane postoji element političke prirode koji proizlazi iz političke nakane, a po kojemu važeći normativni poredak osigurava nominalno jednaki status stručnome sucu i sucu laiku u vezi s prosuđivanjem pravnoga slučaja. Istodobno postoji i jedan organizacijsko-sociološki element koji znači da u stvarnosti (na latentan način, čak i neovisno o nakani protagonista) nastaje asimetričan odnos između sudionika (dominacija stručnih sudaca, podređenost porotnika laika). Pored toga, i zadaća vođenja rasprave koju obavlja predsjednik vijeća sadrži i jedan pravno konstruirani model subordinacije. U postojećoj situaciji za porotnika laika postoji samo alternativa ili prihvatiti podređenost, ili na jedan „devijantan” način, pokušati ostvariti svoje temeljem prava, formalno osigurane ovlasti.

Usporedno s time i profesionalni sudac može postupiti različito. Načelno može djelovati sukladno zahtjevima formalnopravne jednakosti i obnašajući ulogu predsjednika sudskoga vijeća dati prostora laicima te njihovo stajalište prihvatiti kao ravnopravno u cilju donošenja zajedničke presude. Svoje stručno pravno znanje može vrednovati tako da nema ekskluzivno pravo sam prosuditi činjenice pravnoga slučaja ili pitanja izricanja kazne. Međutim, već spomenuto organizacijsko-sociološko stanje može usmjeriti suca da i tamo, koristeći različite tehnike, ostvari svoju prevlast koja proizlazi iz asimetričnoga odnosa. Između ova dva shvaćanja postoje različita

19 Vidi Casper, Gerhard, Zeisel, Hans, *Der Laienrichter im Strafprozess. Vier empirische Studien Zur Rechtsvergleichung*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1979, str. 81; Rennig, op. cit., fusnota 13; Kulcsar, op. cit., fusnota 15.

20 Kulcsar, op. cit., fusnota 15.

21 Rennig, Christoph, *Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht*, Marburg, Elwert 1993., str. 724.

22 Machura, op. cit., str. 240, fusnota 2.

prijelazna rješenja koja se mogu tipizirati.

3. METODA ISTRAŽIVANJA

Temelj našeg empirijskoga istraživanja provedenoga na mađarskim sudovima od 2015. do 2016. godine obuhvatio je jedan tiskani anketni list (PAPI), koji je dopunjen s jednim, mlađem naraštaju namijenjenim, *online* anketnim upitnikom (CAWI). Usporedno s tim autori istraživanja su izravno zamolili suce koji svakodnevno koriste računalo da ispune *online* anketni upitnik. Istraživanje je dopustila nova centralizirana organizacija Državnog sudbenog ureda (OBH) koja od 2011. upravlja sudstvom. Na temelju projiciranoga plana istraživanja i poslanoga anketnoga upitnika dobivena je dozvola za provedbu istraživanja o ulozi porotnika u sudskome postupku. Plan prikupljanja podataka temeljio se na pretpostavci da porotnici koji se pojave na sudu mogu preuzeti anketni upitnik, te ga osobno ili grupno ispune i predaju našim suradnicima. Organiziranje davanja podataka pokrenuto je putem Tribunala (raniji županijski sud). Postupak njihova prikupljanja tekao je nejedinstveno, jer dok su se u nekoliko županija tek odvijale pripreme, u nekima je već skoro završeno prikupljanje podataka. U toj etapi istraživanja je predsjednik OBH-a neočekivano zaustavio cijeli postupak pozivajući se na to da čelništvo OBH-a nije bilo upoznato s pitanjima navedenima u anketnom upitniku. Nakon što su upoznati da će zbog ove odluke propasti pripremni radovi koji su predstavljali veliki trošak, OBH je dopustio *online* ispunjavanje anketnih upitnika. No, ono nije donijelo veliki uspjeh, pa se nije u potpunosti provela usporedba identična onoj u Kulcsárovim istraživanjima. Tamo je, naime, na raspolaganju bila baza podataka prikupljena od 1223 osobe (nadograđena na tzv. višestupanjskom prikupljanju uzoraka), dok su autori raspolagali s uzorkom od samo 348 osoba. Ipak su autori istovremeno dobili mogućnost da u cilju analize laičkoga sudjelovanja u suđenju zamole profesionalne suce da ispune *online* anketni upitnik. Njega je ispunilo 109 profesionalnih sudaca, a brojni od njih su iznijeli svoje mišljenje u vezi s institutom porotništva, što je dodatna vrijednost istraživanja. Kao empirijskim istraživačima društva jasno nam je što u pogledu mogućnosti zaključivanja postoji esencijalna metodološka razlika između analize podataka temeljene na dobro reprezentiranom uzorku i one koja se oslanja na uzorak koji iz njega eventualno nastane. Upravo zbog toga se kao ozbiljna alternativa pojavila mogućnost da se zbog tumačenja pojedinih segmenata, izgube ostali prikupljeni podatci i da se odustane od njihove analize. Autori su se na koncu ipak odlučili da unatoč metodološkim ograničenjima provedu analizu laičkoga sudjelovanja u suđenju kao neku vrstu arhivske dokumentacije jednoga povijesnog razdoblja. U međuvremenu je naime, započela razgradnja sustava laičkoga sudjelovanja u suđenju unutar mađarskoga pravosuđa (pitanje je kuta gledišta hoće li se taj proces nazvati „rapidnim sužavanjem” ili pak „izvođenjem”). To je autorima značilo da istraživanje može biti posljednja informacija o porotničkom suđenju u postsocijalističkom razdoblju.

4. PROŠLOST I SADAŠNJOST MAĐARSKOGA LAIČKOG SUDSKOG SUSTAVA: TEMELJNE ZNAČAJKE

U Mađarskoj su u vezi s porotom uvedenom u 19. stoljeću provedene brojne rasprave tijekom kojih su izneseni najpoznatiji argumenti za i protiv sudjelovanja laika u sudskome postupku.²³ Kratkotrajno mađarsko porotno sudovanje je u biti njemačkim posredovanjem preuzelo francuski sustav porote što se napose očituje u njihovu sastavu i postupku izbora.²⁴ Prvi svjetski rat je pomeo mađarski porotnički sustav. Poslije toga Horthyjevu režimu nije bilo u interesu imati sud koji nudi mogućnost za konflikt, a osim toga u pojedinim slučajevima ne uzima u obzir čak ni pravne propise, ako procijeni da nešto vrijeđa njihov osjećaj za pravdu. Socijalistički prevrat dogodio se 1948./1949., kada je preuzimanjem vlasti Komunistička partija položila temelje sovjetskoga tipa državnog uređenja. Zakon broj XI. iz 1949., koji je u kaznenim predmetima ograničio mogućnost žalbe, ujedno je regulirao i uvođenje sustava narodne porote. Od tada su u određenim slučajevima sudsko vijeće na različitim razinama sudskih foruma zajedno činili stručni suci i, tzv. narodni prisjednici, na način da su u vijeću sastavljenome od jednoga suca i dva narodna prisjednika članovi vijeća imali ista prava. Prema prvome zakonu o narodnim prisjednicima do ovoga oblika suđenja došlo je zato da se tijekom rasprave, a kasnije i pri izricanju presude osigura da radni narod iznese svoje mišljenje, trijezan pogled na život, naravni osjećaj za pravdu, kao i da se time omogući demokratski nadzor sudaca. Nije, dakako, teško razobličiti da je taj sustav ponajprije služio „držanju u šaci” sudaca socijaliziranih u starom sustavu. Nakon staljinističkoga razdoblja taj je institut počeo gubiti na svome političkome značenju, pa je dominacija stručnih sudaca postajala sve vidljivija. To je značilo, da je od šezdesetih godina 20. stoljeća, stabilizacijom komunističkoga režima i postupnom zamjenom zboru sudaca prestala potreba za korištenjem porotnika laika u političke ciljeve. Uz lojalni sudski zbor sa sve više tehnokratskim držanjem, prisjednici su potisnuti u pozadinu.²⁵ Pravno-sociološka ispitivanja Kálmána Kulcsára provedena šezdesetih godina svjedoče o već naprijed iznesenim procesima. To do danas jedino empirijsko pravno-sociološko istraživanje mađarskih sudaca laika namjeravalo je dobiti preglednu sliku o djelovanju prisjednika. Tijekom istraživanja provedenoga na više od tisuću ljudi želio se dobiti uvid u zanimanja, demografske značajke, rodnu strukturu, izbor i pozivanje porotnika, aktivitet prisjednika, poznavanje prava, osjećaj za pravедnost, kao i u brojne druge činjenice. Prema tim podacima aktivnost porotnika bila je vrlo mala, a njihovo sudjelovanje u procesu donošenja presude bila je tek rijetka pojava.²⁶ Premda je istraživanje pokazalo različite razloge tomu, jedan od najvažnijih bio je postupak njihova izbora. Za prisjednike su uglavnom „izabirani” umirovljenici starije dobi, koji po mogućnosti nisu „ometali” rad sudaca. I rezultati istraživanja prisjedničkoga sudovanja ustrojenoga prema sovjetskome modelu provedeni u

23 Csizmadia, Andor, *Az esküdtbírószág Magyarországon a dualizmus korában*, u: Csizmadia, Andor (szerk.): *Jogtörténeti tanulmányok*, I., Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 196, str. 131-147.

24 Bónis, György, Degre, Alajos, Varga, Endre, *A magyar bírósági szervezet és perjog*. Zalaegerszeg, Zala Megyei Bíróság, 1996., str. 242–252.

25 Badó, Attila, Bencze, Mátyás, *Reforming the Hungarian Lay Justice System*, u: Cserne, Péter [et al.] (szerk.), *Theatrum Legale Mundi Symbola Cs. Varga Oblata*, Budapest, Szent István Társulat, 200., str. 1–13.

26 Kulcsár, Kálmán, op. cit., str. 127, fusnota 15.

drugim državama sovjetskoga bloka pružaju uglavnom istu sliku kao i mađarski,²⁷ potvrđujući veliku prevlast sudaca stručnjaka i marginalnu ulogu prisjednika. Ovo se stanje očitovalo i u ironičnim nazivima prisjednika ne samo ranije, nego i danas.²⁸

Nakon slobodnih izbora 1990. godine pojavio se zahtjev za reformom laičkoga sudovanja s glavnim ciljem uvođenja porote.²⁹ Ovaj se zahtjev, nakon razdoblja diktature, mnogima činio logičnim, a obrazloženje za to je naglašavalo političke prednosti. No, ipak su zamisli za uvođenjem porote, unatoč povijesnoj tradiciji, poslije određenoga vremena skinute s dnevnoga reda. Iako je 2000.-ih godina pokrenuta inicijativa za raspisivanjem referenduma o tom pitanju koju j inicirao jedan građanin, ipak ju je spriječilo Državno izborno povjerenstvo, a zatim je i Ustavni sud donio pravorijek protiv nje.³⁰ Tako je ostao prisjednički sustav, a samo je naziv promijenjen utoliko što je iz njega ostavljena oznaka „narodni”.

Temeljita reforma mađarskoga pravosuđa provedena je 1997. Ona je donijela promjene i u prisjedničkome sustavu, a većina je propisa i dalje na snazi. Prema zakonu u suđenju i dalje sudjeluju porotnici koji se biraju na temelju načela narodnoga suvereniteta, a porotnik može biti osoba koja je navršila 30. godinu života (ranije 24.). Bila je to promjena koja se dogodila usporedno s povisivanjem dobne granice potrebne za imenovanje sudaca. Izbor porotnika se i danas odvija sukladno ranijim propisima. Porotnike kandidiraju mađarski državljani s prebivalištem i izbornim pravom na području pod mjesnom nadležnošću dotičnoga suda, kao i lokalne samouprave i društvene organizacije (osim političkih stranaka) na teritoriju mjesno nadležnoga suda. Izabiru ih različiti organi samouprave ovisno o stupnju sudske instance na kojoj porotnik biva uključen u porotu. Zakon nije promijenio ni mandat porotnika, pa se oni i dalje biraju na rok od četiri godine. Pripremanje izbora, utvrđivanje stupnja sudovanja odnosno konkretnoga suda na koji se porotnik bira, kao i određivanje koliko porotnika se bira za pojedini sud spadalo je u nadležnost Državnoga pravosudnog vijeća, a danas je u djelokrugu ovlasti Državnoga sudbenog ureda koji upravlja radom sudova. Datum izbora porotnika određuje predsjednik republike. Porotnike u pojedina sudska vijeća raspoređuje predsjednik suda. Za razliku od ranije regulative, sadašnji zakon detaljno propisuje uvjete i način prestanka mandata. I na porotnike se odnosi odredba po kojoj funkciju mogu obavljati dok ne napune 70. godinu života. U suđenju porotnici i dalje imaju ista prava kao i profesionalni suci. Po zakonu iz 1997. godine povećana je dotada besprizorno niska naknada za porotnike na način da je usklađena prema njihovoj odgovornosti koju imaju kao nositelji sudske časti.³¹

Od sudske reforme iz 1997. godine nije se dogodila važnija promjena u svezi s porotništvom. Može se tek spomenuti važna izmjena koja se tiče njihove nepristranosti.

27 Vidi, npr. Pomorski, Stanislaw, Lay judges in the Polish Criminal Courts, *Reserve Journal of International Law*, 1975., 7/2. str. 198-209. Prema ovome istraživanju porotnici su svoju ulogu znatno precijenili, dok je po mišljenju odvjetnika i sudaca njihova uloga bila vrlo mala.

28 U bivšem Sovjetskom Savezu, odnosno kasnije u Rusiji su ih nazivali ili ih i danas nazivaju „tjelohraniteljima sudaca”, u Hrvatskoj „glavicom kupusa”, u Kini „gluhim ušima”. Vidi: Kutchnak-Ivkovic, Sanja, *Exploring...*, fusnota 13.

29 Botos, Gábor, *Az esküdtbírószág újbóli bevezetéséről*, u: *Rendészeti Szemle*, 1992/2, str. 11-51.

30 30/2007. (V.24.) AB határozat (odluka Ustavnog suda).

31 Zakon o pravnom položaju i primanjima sudaca - Bjt. §§ 122-128.

Naime, dok Zakon broj LXVII. iz 1997. nije isključivao da članovi stranaka budu porotnici, sadašnji zakon broj CLXII. iz 2011. godine isključuje mogućnost da profesionalni suci ili porotnici budu članovi stranaka. Ostale su promjene neznatne i njima se ne mijenjaju temelji ovoga instituta. Reformom iz 1997. uspješno je zaustavljena pojava „kroničnoga” nedostatka porotnika što je u to vrijeme bio jedan od najvećih problema u praksi rada sudova.

U sklopu reforme kaznenog postupka, Ministarstvo pravosuđa je 2016. podnijelo i prijedlog za preustroj mađarskoga sustava laičkog sudstva.³² Nakana je da se od 2018. godine bitno umanja uloga laika u pravosuđu, a to je pojava karakteristična za postsocijalističke države od devedesetih godina 20. stoljeća. U jednopartijskom sustavu sudovi s prisjednicima nastali prema sovjetskom modelu nisu uvjerali pravnike da sudjelovanje predstavnika naroda u suđenju služi ikakvome razumnom cilju.

Sudjelovanje porotnika ostaje, međutim, u kaznenom postupku pred vojnim sudovima i u kaznenim postupcima pred sudovima za maloljetnike. Reforma ima za posljedicu i to da zakonodavac u procesu suđenja želi „koristiti” specijalna znanja laika (vojna, pedagoška, psihološka), a ne opće životno iskustvo. Premda se argumenti koji se iznose radi znatnoga ograničavanja sudjelovanja laika u sudskome postupku ne čine previše uvjerljivima, a pozivanje na povijesnu ukorijenjenost se zbog na sličan način funkcionirajućega mješovitoga sudskoga sustava u brojnim demokratskim državama doima nategnutim, ipak je neprijeporno da je ono na tragu očekivanja velikoga dijela mađarskih pravnika. I u drugim se postsocijalističkim državama za umanjivanje uloge laičkoga elementa u suđenju koriste vrlo slični argumenti. (Michael Bobek u svojem radu o reformi sudstva koja obuhvaća i češko laičko sudovanje iz 2011. godine, navodi i obrazloženje zakonodavca za smanjivanje uloge laika u sudstvu, kao što su njihova pasivnost, mali doprinos, pa čak i da njihovo sudjelovanje u suđenju predstavlja tehničke poteškoće.³³

Istraživačka grupa autora još prije upoznavanja s naprijed navedenom namjerom reforme odlučila je provesti sveobuhvatno empirijsko istraživanje u Mađarskoj usmjereno i na stjecanje uvida u mišljenje porotnika i profesionalnih sudaca. Istraživanjem se željela dobiti slika o porotnom sustavu s obzirom na to da takvo istraživanje nije provedeno više od pedeset godina. Mišljenje autora je da je često negativna predodžba o radu porotnika posljedica mitova, inducirana zbog nadređenosti pravno obučениh sudaca, rezultat slično intoniranih negativnih promišljanja u drugim državama, a da to nije stajalište ljudi koji su bilo kao laici, bilo kao profesionalni suci, stvarni sudionici i dijelovi toga sustava koji imaju objektivnu sliku o njegovu

32 Nacrt Zakona o kaznenom postupku (Be tervezet ME/163/2015. Előterjesztés a Kormány részére az új büntetőeljárási törvény szabályozási elveiről. Készült: 2015. január 30.). Budapest: Igazságügyi Minisztérium, 2015. p. 32. Dostupno na internetu: <http://www.kormany.hu/download/1/21/40000/20150219%20IM%20el%C5%91terjeszt%C3%A9s%20az%20%C3%BAj%20b%C3%BCntet%C5%91elj%C3%A1r%C3%A1si%20t%C3%B6rv%C3%A9ny%20szab%C3%A1lyoz%C3%A1si%20elveir%C5%91.pdf> (10. 10. 2016.).

33 Bobek, Michael, *Judicial Selection, Lay Participation and Judicial Culture in the Czech Republic: A Study in a Central European (Non) Transformation*, u: *Research Paper in Law*, 2014/3. 27. <http://aei.pitt.edu/63516/> (02.07. 2017.).

funkcioniranju.

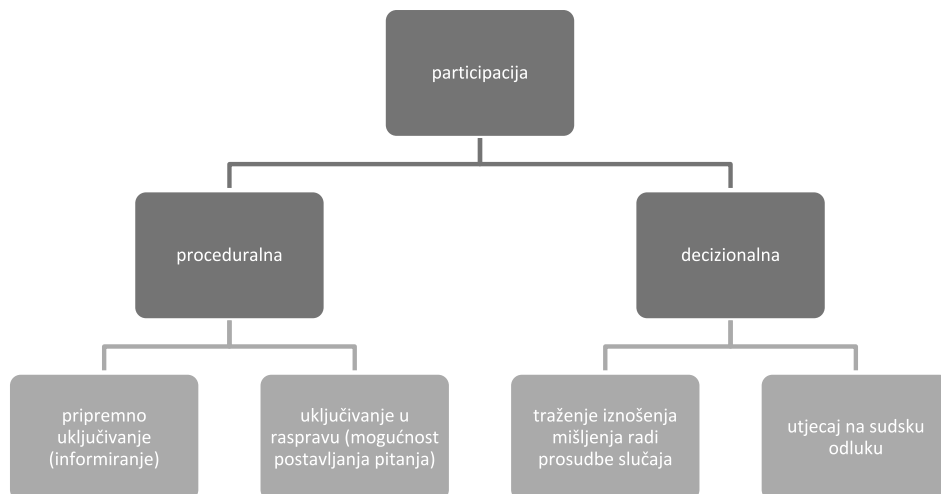
U okviru ovoga istraživanja ispitalo se je ponašanje sudionika (i stručnih sudaca i sudaca laika) u procesu odlučivanja, s posebnim naglaskom na strategije profesionalnoga suca kao „razigravača”. Autori se nadaju da će rezultati do kojih su došli i mađarska iskustva biti koristan doprinos za međunarodna istraživanja rada mješovitih sudova.³⁴

5. SUDJELOVANJE POROTNIKA U RASPRAVI I U POSTUPKU ODLUČIVANJA: REZULTATI EMPIRIJSKOGA ISTRAŽIVANJA

Glavno pitanje povezano sa stvarnim djelovanjem sustava porotnoga suda je ostvaruje li se osigurana im pravna jednakost pri raspravljanju i presuđivanju spora. Bitno je istaknuti da se ovdje radi o formalnoj pravnoj jednakosti, a stvarno ostvarivanje pravnoga statusa jednakog onome kakav ima profesionalni sudac snažno je povezano s osobnošću pojedinca (personificirano), dakle ovisno je o praksi koju je uveo profesionalni sudac.

Tijekom istraživanja ispitane su četiri dimenzije sudjelovanja porotnika. S aspekta suca to su: (1) *pripremanje*, (2) *uključivanje u raspravu/uvođenje*, (3) *traženje iznošenja mišljenja* i (4) *utjecaj* (uzimanje u obzir mišljenja). Prve se dvije dimenzije mogu nazvati proceduralnima, a druge dvije sadržajnim (decizionalnim).

34 Vidi, npr.: Peters, Karl, Fehlerquellen im Strafprozeß, Band 2, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972; Tausch, Anne M., Langer, Inghard, Soziales Verhalten von Richtern gegenüber Angeklagten. Merkmale, Auswirkungen sowie Änderungen durch ein Selbst- Training, Zeitschrift für Entwicklungspsychologie und Pädagogische Psychologie, 1971/3(4), str. 283-303; Casper, Gerhard, Zeisel, Hans, Der Laienrichter im Strafprozess. Vier empirische Studien Zur Rechtsvergleichung, Karlsruhe, C. F. Müller Juristischen Verlag, 1979., str. 81; Rennig, Christoph, Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht. Empirische, rechtsdogmatische und psychologisch- theoretische Untersuchungen zur Laienbeteiligung an der Strafgerichtsbarkeit, Marburg, N. G. Elwert, 1993.; Rennig, Christoph, MACHURA, Stefan, Die Zusammenarbeit zwischen Schöffen und Berufsrichtern, in Lieber, Hasso, Sens, Ulla (eds.), Ehrenamtliche Richter – Demokratie oder Dekoration am Richtertisch?, Wiesbaden, Kommunal- und Schul-Verlag, 1999., str. 65-70. (The Cooperation between Lay Assessors and Professional Judges); Machura, Stefan, Eine Kultur der Kooperation zwischen Schöffen und Berufsrichtern, Richter ohne Robe, 2000/12, str. 111-116. [www.ruhr-uni-bochum.de/rsozlog/daten /pdf/machura-pdf/Machura%20-%20Kultur%20der%20Kooperation.pdf](http://www.ruhr-uni-bochum.de/rsozlog/daten/pdf/machura-pdf/Machura%20-%20Kultur%20der%20Kooperation.pdf); Machura, Stefan: „Interaction Between Lay Assessors and Professional Judges in German Mixed Courts” 72 Int’l Rev. Penal L. 2001. str. 451.; Malsch, Marijke, Democracy in the Courts: Lay Participation in European Criminal Justice Systems, Farnham: Ashgate Publishing, 2009.; Goldbach, Toby Susan, Hans, Valerie, Juries, Lay Judges, and Trials, Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice, Gerben Bruinsma and David Weisburd, eds., Cornell Legal Studies Research, Paper No. 2013., str. 13-87; Dubber, Markus, Philajamäkki, Lay Participation in Modern Law: A Comparative Historical Analysis, Comparative Legal History, 2015/2, str. 223-230; Kutnjak-Ivkovic, Sanja, Ears of The Deaf: The theory and reality of Lay judges in Mixed Tribunals, Chicago-Kent Law Review, 2015/3, str. 1031. scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol90/iss3/11.



Slika 1. Shema 1.
Model participacije porotnika

5.1. Uključivanje porotnika u pripremu rasprave

5.1.1. Stajališta porotnika

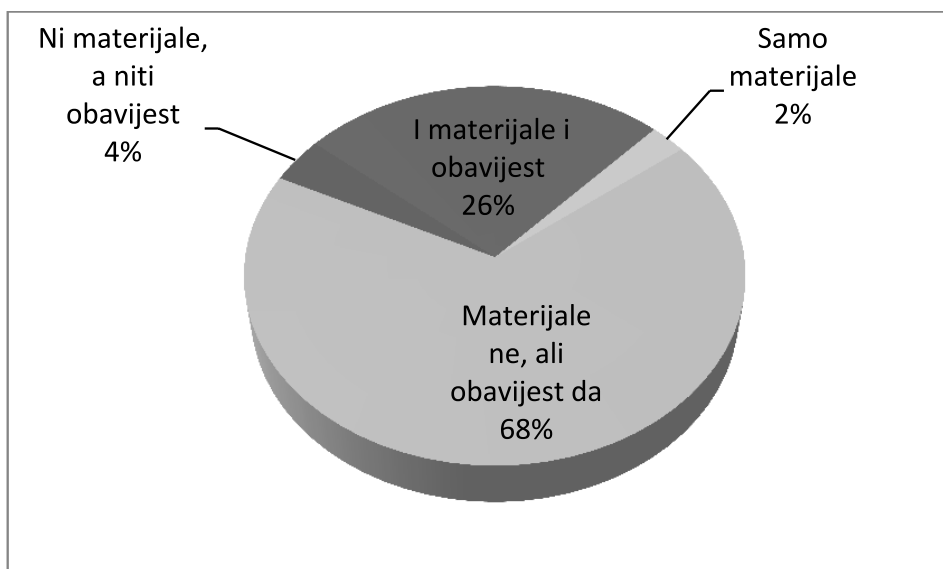
Dimenziju „pripreme” mjerili smo na temelju činjenice kako porotnici ocjenjuju što je u proteklom ciklusu bila najkarakterističnija sučeva praksa, je li im dao na uvid spis predmeta koji je raspravljan i potrebne informacije; je li im dao spis predmeta, ali im je uskratio informacije; dao im je samo informacije o predmetu; nije im dao ni spis predmeta, a niti obavijest o slučaju.

Na temelju odgovora pruža se prilično prihvatljiva slika prema kojoj su suci uz vrlo rijetke iznimke (4 %), vjerojatno ne samo zbog formalnih pravnih propisa, nego i zbog vlastitih stručnih aspekata (olakšavanje zajedničkoga posla s porotnicima), davali prethodne informacije o slučajevima koji su se raspravljali, čime su porotnici „dobili sliku” o predmetu. Različita su iskustva o tomu. Najčešće je (dvije trećine porotnika je to potvrdila) sudac dao usmenu obavijest o sporu, a samo jedna četvrtina porotnika je svjedočila o tomu da su pored obavijesti o predmetu, dobili i spis predmeta u koji su izvršili uvid. Uočava se da ipak postoji (na sreću samo u uskom krugu) praksa po kojoj postupajući sudac porotnike ne smatra partnerima te im ne daje ni mogućnost prethodnog obavještanja o sporu.

| | Broj slučajeva | Postotak | Važeći postotak |
|--|----------------|--------------|-----------------|
| Dobili smo spise predmeta, a uz njih i potrebne informacije | 80 | 23,0 | 25,9 |
| Dobili smo samo spise predmeta | 8 | 2,3 | 2,6 |
| Materijale u vezi s predmetom nismo dobili, ali nas je sudac izvještavao o slučaju | 209 | 60,1 | 67,6 |
| Nismo dobili ni materijale, a niti informacije | 12 | 3,4 | 3,9 |
| Ukupno | 309 | 88,8 | 100,0 |
| Nedostaje odgovor | 39 | 11,2 | |
| SVEUKUPNO | 348 | 100,0 | |

Tablica 1.

Iskustva porotnika o njihovu uključivanju u pripremanje rasprave



5.1.2. Stajalište sudaca

Kao zanimljivost navodimo da je iz prikupljenih (N=109) *online* podataka od sudaca (nisu reprezentativni) vidljiva slična projekcija koja potvrđuje dominaciju prakse obavještanja porotnika. Materijale i obavijest dalo je 9,6 %; samo materijale dalo je: 1,1 %; samo obavijest dalo je: 81,9 %; ni materijale, ni obavijest nije dalo: 7,4 % sudaca.

5.1.3. Odstupaju li međusobno iskustva različitih skupina porotnika o sudačkim pripremnim radovima³⁵

O tomu kakvu će „sliku o sporu” tijekom pripremnih radnji porotnici dobiti od suca jamačno je ovisna o tomu kako sudac prosuđuje svoju ulogu. Zanimljivo je, međutim, istražiti utječu li stanoviti uvjeti/okolnosti na učestalost sudske prakse i stajališta o njegovoj ulozi u sudskom postupku. Glede *karakteristika porotničkog statusa*: najpovoljnija praksa (porotnicima je osigurano i davanje obavijesti i uvid u spis predmeta) uočljiva je u većem omjeru od prosjeka (26 %) ³⁶ među porotnicima na (bivšem županijskom sudu) tribunalu (34 %, 15/44 osobe³⁷); kao i među porotnicima koji ovu funkciju obavljaju tri ili više ciklusa (39%, 39/100 osoba³⁸), nadalje onima koji okončavaju porotnički mandat (42 %, 22/52 osobe³⁹) te među porotnicima županije Békés (43 %, 32/74 osobe⁴⁰). *Društvena pozadina kao karakteristika* nije pokazala nikakve poveznice za naprijed navedenu povoljnu sudsku praksu, ali neke razlike u *ponašanju* jesu. O takvom iskustvu su u iznadprosječnom razmjeru svjedočili oni koji su bili zadovoljni s načinom na koji je njihov rad priznat (30 %, 67/228 osobe⁴¹), kao i oni koji nisu pokazali interes za politiku (37 %, 28/75 osoba⁴²) odnosno oni koji su se izjasnili da o političkim pitanjima nisu informirani (38 %, 15/40 osoba⁴³). Uočljiva je bila povezanost s pokazanim zadovoljstvom prema radu pravosudnih institucija, ali ta međusobna veza nije posebno važna.

Držimo kako je racionalno zaključiti kako povoljna sudska praksa pokazuje povezanost sa značajkama porotničkoga statusa, čak i s naprijed spomenutom značajkom zadovoljstva pravosuđem. U slučaju potonjega radi se o tomu da svijest o pozitivnoj procjeni njihova rada povećava kod porotnika osjećaj priznanja i zadovoljstva funkcioniranjem institucije. Međutim, za povezanost s „apolitičnim” ponašanjem nemamo logično objašnjenje.

35 Tijekom izrade upitnika pretpostavka je bila da će u procjeni odgovora uz porotnički status i osobnu društvenu pozadinu relevantno biti i osobno držanje porotnika.

Za značajke porotničkoga statusa utvrđen je: kontinuitet (hoće li davatelj odgovora u novome ciklusu nastaviti posao porotnika ili će prestati s porotničkim radom), organizacijski oblik (općinski, kvartovski, upravni radnopravni sudovi te tribunal), dosadašnji broj porotničkih ciklusa, porotnički razred (kazneni, građanski, radni i ostali), približni broj raspravljenih predmeta i članstvo u Mađarskoj udruzi porotnika.

Osobno držanje (ponašanje) karakteriziraju osobni život, odnosno zadovoljstvo akterima društvenih institucija, povjerenje u ljude, sklonost prema strogoći ili popuštanju u raznim pravnim pitanjima, kao i odnos prema politici.

36 Ovdje su prikazane one poveznice koje su se u matematičko-statističkom pokazale važnima ($p \leq 0,05$).

37 Od 44, njih 15.

38 Od 100, njih 39.

39 Od 52, njih 22.

40 Od 74, njih 32. Ovo je vrlo zanimljiv i vrijedan podatak, ali autori upozoravaju da uzorak nije teritorijalno reprezentativan.

41 Od 228, njih 67.

42 Od 75, njih 28.

43 Od 40, njih 15.

5.2. Uključivanje porotnika u odvijanje rasprave

5.2.1. Stajalište porotnika

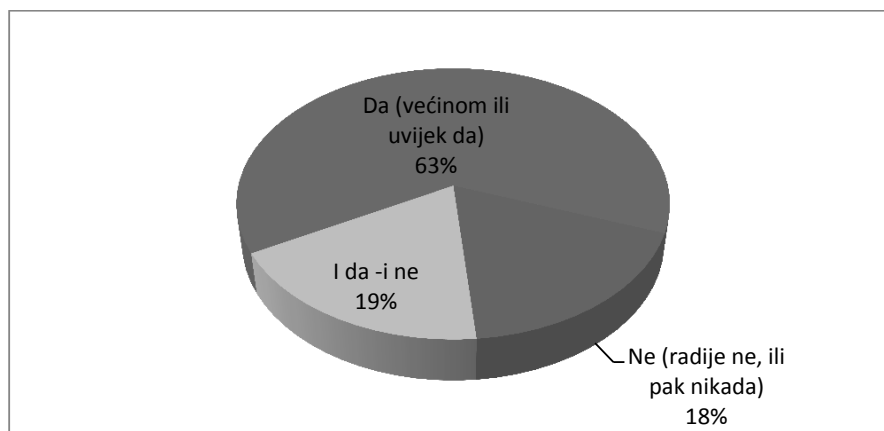
Dimenziju „uključivanja/uvođenja” mjerili smo kako bismo utvrdili običavaju li postupajući suci tijekom rasprave dati mogućnost porotnicima za postavljanje pitanja sudionicima postupka (optuženi, svjedok, vještak itd.)? I u vezi s tim nas je zanimala uobičajena praksa, pojednostavljeno rečeno učestalost i rasprostranjenost osiguravanja ove mogućnosti.

Slično prethodnoj proceduralnoj slici i ovdje su ispitanici dali prilično pozitivnu sliku. Naša kvalifikacija „povoljno” znači samo toliko da je slika općenito pozitivna. Ako sumiramo izvorno ponuđene odgovore, vidjet ćemo da je blizu dvije trećine sudaca dalo tu mogućnost porotnicima. Ali to istodobno znači i da je stajalište jedne trećine sudaca prema porotnicima nepovoljno⁴⁴ (ili promjenljivo ili isključujuće).

| | Broj slučajeva | Postotak | Važeći postotak |
|------------------------------------|----------------|----------|-----------------|
| Ne (radije ne ili nikada) | 56 | 16,1 | 17,9 |
| I da – i ne | 58 | 16,7 | 18,6 |
| Da (uglavnom ili uvijek da) | 198 | 56,9 | 63,5 |
| Ukupno | 312 | 89,7 | 100,0 |
| Bez odgovora | 36 | 10,3 | |
| SVEUKUPNO | 348 | 100,0 | |

Tablica 2.

Istakta porotnika o mogućnosti ispitivanja na raspravnom ročištu



⁴⁴ U strogom smislu, dakako, praksa se može ocijeniti nedvosmisleno nepovoljnom samo onda ako je dokazivo da je ona protivna zahtjevima porotnika. Međutim, u upitniku nisu postavljena pitanja vezana za njihove zahtjeve.

5.2.2. Suci o osiguravanju postavljanja pitanja

Suci su na tom polju neprijeporno pokazali pozitivniju sliku o sebi. Samokritički ih se izjasnilo (nikada ili uglavnom ne daju tu mogućnost) 11,7 %; o promjenljivoj praksi samo 6,4 %; dok velika većina (82,0 %) tvrdi da uglavnom ili uvijek daje porotnicima tu mogućnost ispitivanja.

5.2.3. Iskustva i ocjene porotnika u pogledu sudačke prakse vezane za osiguravanje mogućnosti ispitivanja?

Neki elementi *porotničkog statusa* pokazuju povezanost sa sudačkom praksom u vezi s osiguravanjem ispitivanja. To znači, da su u omjeru nešto iznad prosjeka (64 %) takav sudački usus iskusili porotnici koji su na toj dužnosti bili u tri ili više ciklusa (71 %). Jamačno je to u suodnosu s činjenicom da su oni iskusni, pa suci u njima vide suradnike koji raspoložu dokazanim praktičnim iskustvom, pa im njihovo uključivanje u raspravu ne znači faktor rizika. Vrijedi napomenuti (ali nije indikativno!) da su se članovi udruge porotnika (u uzorku 49 osoba) samo u ispodprosječnom omjeru (51 %) susreli s takvom sudačkom praksom.

Pokazala se određena razlika i u pojedinim sudačkim odjelima. Među njima je sudjelovanje porotnika u iznadprosječnom omjeru (75 %) osigurana (i) u građanskom odjelu, ali s obzirom na njihov mali broj u uzorku (n=32), ova poveznica nije se pokazala indikativnom. No, zato su indikativne i markantno vidljive teritorijalne (županijske) razlike, koje upućuju na to da organiziranost na razini različitih teritorijalnih jedinica u određenoj mjeri daje odstupajuće uzorke glede socijalizacije sudaca. Uzorci nemaju teritorijalnu reprezentativnost, a ona je u relativno znatnom omjeru zastupljena samo u nekoliko županija (Békés: 75 osoba; Borsod-Abaúj-Zemplén (BAZ): 55 osoba; Budapest i Pest: 75 osoba; Csongrád: 47 osoba). Međutim u odgovorima su vidljive velike razlike. S jedne strane o iznadprosječnom omjeru svjedoče porotnici u županijama Békés (83%) i BAZ (76 %), dok su istodobno njihovi kolege u Budimpešti i županiji Pest zajedno dali omjer od 47 %, a u županiji Csongrád je njih 32 % prepoznalo ovu proceduralnu mogućnost. Mišljenja smo da se ovdje ne radi o slučajno nastalim odstupanjima, nego o uzorcima sudačkoga shvaćanja i ostvarivanja njihove uloge unutar istovjetnoga organizacijskoga kruga.

Društvena pozadina porotnika ne pokazuje meritornu povezanost s praksom uključivanja/uvođenja. Tamo gdje uočavamo ovu vezu, ona posredno izaziva jedan drugi učinak, da razina mjesta stanovanja porotnika zrcali gore već navedene teritorijalne razlike. O ovoj praksi u Budimpešti svjedoči samo 46 %, a u županijskim centrima 70 % porotnika. Vrlo je zanimljivo da unatoč malome broju porotnika iz općina (16 osoba), oni skoro jednoglasno (njih 15) svjedoče o ovoj povoljnoj mogućnosti sudjelovanja.

Postoji sličnost i u dobnoj grupi kao i u radnoaktivnom statusu (netko je aktivni zaposlenik, a netko umirovljenik), ali veći omjer u ovoj starijoj dobnoj grupi, odnosno u krugu porotnika umirovljenika pokazuje onaj već spomenuti karakter porotničkoga statusa, da suci češće omogućavaju ispitivanje svjedoka i optuženika iskusnim porotnicima, koji tu funkciju obnašaju više ciklusa.

Od svih vrsta *ponašanja* porotnika najjaču ulogu ima zadovoljstvo porotnika zbog priznavanja njihova rada. Čak 70 % porotnika koji su zadovoljni priznavanjem njihova rada svjedoči o praksi da im se omogućava ispitivanje na ročištu, dok na strani onih koji su nezadovoljni priznavanjem njihova rada samo se 34 % porotnika izjasnilo da dobiju to pravo! Nezadovoljstvo je, dakle, vjerojatno posljedica (i) toga da se određenome krugu porotnika ne pruža mogućnost uključivanja/uvođenja u raspravni postupak.

Sadržajno se ista ova poveznica može pronaći i u slučaju zadovoljstva radom sudova. Ovdje se 68 % zadovoljnih porotnika izjasnilo u korist prakse odobravanja ispitivanja sudionika u postupku, dok je među nezadovoljnima samo 40 % njih istaknulo da im se osigurava to pravo.

Zanimljiv, ali ne i indikativan učinak ima i stajalište o prekidu trudnoće odnosno eutanaziji. Omjer između tabora sklonoga ublažavanju i onoga koji se zauzima za postroživanje pokazuje razliku 61:74 odnosno 60:84 %, dakle različita je („ublaživači” negativnije, a „postrožitelji” pozitivnije) rasprostranjenost prakse postavljanja pitanja.

Premda ne indikativno, ali se opet pojavljuje zagonetna povezanost u vezi odnosa s politikom ili političkim stajalištima. Nepolitični porotnici imaju pozitivniji vidokrug. Oni koje politika ne zanima, odnosno koji su se izjasnili kao ispodprosječno informirani o političkim pitanjima ocijenili su oživotvorenje ove prakse znatno iznad prosjeka (77 odnosno 73 %), dok su oni koji su se izjasnili da između sadašnjih političkih stranaka i organizacija nema nijedne koja bi im bila bliža od drugih, pokazali veći omjer (67 %) od onih koji simpatiziraju neku od političkih organizacija (57 %).

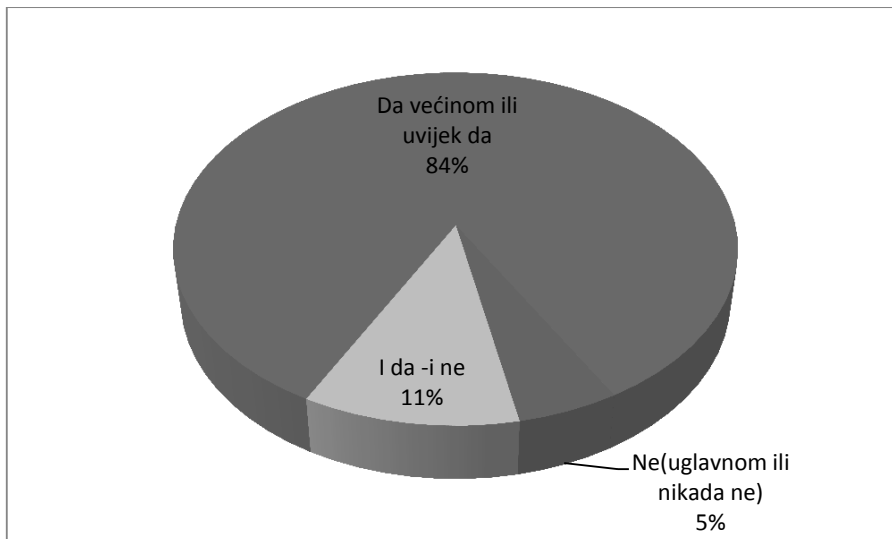
5.3. Sudački zahtjevi za izražavanje mišljenje porotnika

5.3.1. Stajalište porotnika

Pored dva proceduralna elementa ispitivali smo i dva sadržajna segmenta. Dimenzija traženja iskazivanja mišljenja odnosila se na neposredno mjerenje prakse koja se tiče ocjene porotnika o tomu traže li suci njihovo izjašnjenje u prosudbi spora. Prema tablicama koje pokazuju rasprostranjenost ove prakse sadržajni element se u većoj mjeri ostvaruje u usporedbi s osiguravanjem proceduralnih mogućnosti, dakle karakterističan je za širi krug sudaca.

Porotnici smatraju da je za četiri od pet sudaca karakteristično da prilikom prosudbe spora zamole mišljenje porotnika.

| | Broj slučajeva | Postotak | Važeći postotak |
|-----------------------------|----------------|----------|-----------------|
| Ne (uglavnom ili nikada ne) | 16 | 4,6 | 5,2 |
| I da – i ne | 34 | 9,8 | 11,0 |
| Da (većinom ili uvijek da) | 260 | 74,7 | 83,9 |
| Ukupno | 310 | 89,1 | 100,0 |
| Bez odgovora | 38 | 10,9 | |
| SVEUKUPNO | 348 | 100,0 | |



Tablica 3.

Traži li sudac od porotnika izražavanje mišljenja o prosudbi spora

5.3.2 Suci o praksi traženja porotničkoga mišljenja

Na ovome polju su u biti istovjetna mišljenja porotnika i sudaca. Omjer onih kojima mišljenje porotnika nije bitno („nije posebno bitno”) iznosi 5,4 %; onih koji praksu glede toga mijenjaju 13,8 %; dok velika većina sudaca (79,8 %) zastupa za porotnike povoljno stajalište.

5.3.3. Koje porotničke grupe su nezadovoljnije od prosjeka?

S obzirom na to da je riječ o jednoj vrlo raširenoj praksi (učestalost=84 %) bilo je unaprijed očekivano da će se u manjoj mjeri pojaviti relativno očite razlike. Autori su se odlučili da će radije ispitati negativnu praksu s prosječnom rasprostranjenosti 5 % (dakle, kada se porotnici osvjedoče da sudac uglavnom ne traži, ili nikada ne traži njihovo mišljenje).

Između elemenata *porotničkog statusa* takvim se pokazalo mišljenje (14 %, 7/52 osoba) „odlazećih”⁴⁵ (u novom ciklusu više ne žele obnašati porotničku funkciju ili nisu reizabrani), kao i iskustva članova udruge porotnika (12 %, 6/49 osoba⁴⁶).

U kategoriji *društvene pozadine* među elementima se izdvaja poveznica između naselja i životne dobi. U gradovima koji nisu županijska središta (malim gradovima) nastanjeni porotnici su u iznadprosječnom omjeru (9 %) svjedočili o negativnoj (isključujućoj) praksi. Isto tako su i pripadnici mlađih dobnih skupina u odnosu na starije iskusili drukčiju praksu (u kategoriji ispod 50 godina 28 % (5/18 osoba)⁴⁷, a u

45 Od 52 osobe, njih 7.

46 Od 49 osoba, njih 6.

47 Od 18 osoba, njih 5.

dobnoj skupini ispod 60 godina 9 % (8/68 osoba)⁴⁸. Postoji poveznica i s radnoaktivnim statusom (16 % radnoaktivno zaposlenih porotnika iskusilo je negativnu praksu), ali to vjerojatno izražava i učinak životnog iskustva. Uočena je nadalje i veza sa stupnjem obrazovanja⁴⁹ odnosno sa sadašnjom ili ranijom sferom zanimanja.⁵⁰

Glede *ponašanja porotnika* naglašenu ulogu u procjeni vlastite situacije ima priznavanje porotničkoga rada: 41 % porotnika nezadovoljnih priznavanjem njihova rada (58 osoba) iskusilo je praksu isključivanja. Mala se povezanost uočava i glede zadovoljstva radom sudova: 13 % (7 osoba) nezadovoljnih porotnika (od njih ukupno 53 osobe) iskusilo je praksu isključivanja. Druge vrste učinaka ponašanja nisu utvrđene.

5.3.4. *Mišljenja porotnika koje je različitoga od stajališta sudaca*

Ovaj element može precizirati sliku o porotničkoj pasivnosti/aktivnosti. Prema njihovu osobnom priznanju dvojica od svakih pet porotnika (42 %) još nikada ni u jednome sporu nisu pokazala mišljenje koje bi bilo različito od sučeva,⁵¹ a jedan od njih pet (21 %) je izjavio da se to dogodilo samo jednom. Ostaju dakle, dva porotnika od petorice (37,2 %) koji su nekoliko puta ili češće iznijeli oprečno stajalište od onoga koje je zauzeo sudac. Na temelju ovih podataka može se racionalno argumentirati i razlog za nedostatak porotničke autonomije (potčinjenost profesionalnim sucima), ali i za dovoljnu utemeljenost argumenata stručnog suca.

Porotnička aktivnost više se uočava kroz činjenicu da li oni izražavaju svoja stajališta koja odudaraju od sučeva mišljenja. Sumirajući možemo kazati da polovica porotnika s različitim mišljenjem (52 %) u svakoj prigodi iznosi svoje gledište, više od trećine njih (38 %) „nekada da, a nekada ne” iznosi svoje mišljenje, dok se jedna desetina radije odlučuje prešutjeti svoje oprečno stajalište.⁵²

„Iščitavanjem” ova dva pokazatelja vidimo da je od 312 porotnika koji su odgovorili na pitanje, gotovo polovica (151 osoba) izjavila da do sada ni u jednome slučaju nisu imala mišljenje koji bi se razlikovalo od sučeva, ili su ga, ako su ga imali, prešutjeli.⁵³

Istodobno nam se čini da se za, tzv. izražavanje izdvojenoga mišljenja, kao najснаžniji oblik iskazivanja porotničke „opozicije”, odlučuju samo iznimno (od 297 porotnika koji su odgovorili na pitanje, samo njih pet je to učinilo u jednome slučaju, a isto tako je pet porotnika iskoristilo tu mogućnost u više slučajeva).⁵⁴

48 Od 86 osoba, njih 8.

49 Od 15 porotnika bez mature kod troje je uočena ova praksa.

50 Porotnici koji dolaze iz civilne sfere (11 osoba), a čine manjinu u odnosu na one koji dolaze iz javnih službi ili tržišnoga gospodarstva, uočavaju u većoj mjeri (3 osobe) negativnu (isključujuću) praksu.

51 Vidi Kulcsar, str. 92. Prema izračunima izvršenim na temelju njegovih podataka, to je u ono vrijeme karakteriziralo porotnike u još većoj mjeri (54 %).

52 U pogledu „davanja glasa” također su, porotnici iz „ancien regime” bili pasivniji (64 % njih nije iznosilo svoje oprečno mišljenje ili ga je davalo samo vrlo rijetko).

53 Ista je praksa je u ranijem sustavu bila karakteristična za četiri petine porotnika.

54 Zbog maloga broja porotnika s „izdvojenim mišljenjem” možebitne poveznice se mogu izraziti samo „tentativnim” značajkama između ovoga aktivizma i nekih porotničkih karakteristika. Mi

5.4. Utjecaj porotnika na odluke sudaca

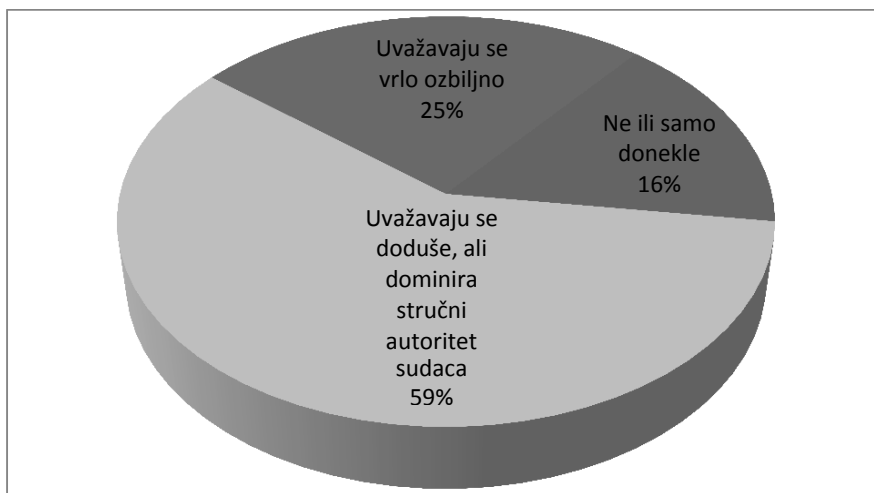
5.4.1. Stajalište porotnika

Drugi sadržajni element „utjecaj” (uzimanje mišljenja u obzir) možemo iz porotničkoga kuta ocijeniti kao najvažniji čimbenik. Zanimalo nas je kakvu ulogu ima mišljenje porotnika na sudačku prosudbu slučaja, dakle na samu presudu. To je jedan sumirajući aspekt, jer naime, mjeri imaju li porotnici koji sudjeluju u sudskome postupku osjećaj da njihovo osobno sudjelovanje donosi rezultat i ima smisla, jesu li uvjereni u to kako su i sami pridonijeli presudi kojom je spor okončan.

Ako se to uzme kao temelj za ocjenu mjerodavne uloge porotničkoga sustava, onda se može reći da se u praksi općenito ostvaruje ugradnja laičkoga elementa u pravosudni sustav. Velika većina porotnika (84 %) svjedoči da se njihovo mišljenje uzima u obzir u donošenju odluke. Međutim, unutar grupe koja je dala ovu povoljnu ocjenu projiciraju se dvije vrste sustava: 25 posto njih je izjavilo da imaju osjećaj da su i sami „suci”, ali je istovremeno 60 posto njih smatralo da njihova uloga ipak nije ravnopravna jer su podložni stručnoj dominaciji profesionalnih sudaca. U cjelini dakle, manju težinu (16 %) imaju iskustva po kojima porotnici nemaju meritorni doprinos u prosudbi sudskih sporova.

| | Broj slučajeva | Postotak | Važeći postotak |
|---|----------------|----------|-----------------|
| Uopće se ne uvažavaju | 4 | 1,1 | 1,3 |
| Imaju samo malu težinu, uglavnom se ne uvažavaju | 31 | 8,9 | 9,9 |
| I da – i ne | 15 | 4,3 | 4,8 |
| Uvažavaju se doduše, ali dominira sudački stručni autoritet | 183 | 52,6 | 58,7 |
| Uvažavaju se vrlo ozbiljno (skoro uvijek) | 79 | 22,7 | 25,3 |
| Ukupno | 312 | 89,7 | 100,0 |
| Bez odgovora | 36 | 10,3 | |
| SVEUKUPNO | 348 | 100,0 | |

smo pronašli samo jednu: u uzorcima je udio muškaraca samo 29 %, ali su među porotnicima s „izdvojenim mišljenjem” oni u većini (6 osoba).



Tablica 4.

Pretpostavljeni utjecaj porotničkoga mišljenja na sudačku odluku

5.4.2. Suci o utjecaju porotnika

U ovome se bitno razilaze „gledišta o stvarnome stanju” između porotnika i sudaca. Porotnici za razliku od sudaca puno pozitivnije procjenjuju uvažavanje njihova mišljenja pri donošenju presude. Objašnjenje za razliku u prosudbi ovoga prinosa možemo potražiti i u socijalnopsihološkom aspektu. Mislimo da se ovdje porotnike više ne može promatrati samo kao nekakve vanjske čimbenike nad kojima suci imaju ovlasti usmjeravanja, nego se radi i o prosudbama koje imaju elemente samovrednovanja. Valjda je zbog toga procjena porotničke situacije povoljnija iz njihovoga kuta od one koju o njihovoj ulozi svjedoče suci. Većina sudaca (70,5 %) smatra da mišljenje porotnika slabo (uopće ne, u maloj mjeri, ili samo ponekad) utječe na donošenje sudske presude; jedna četvrtina njih (27,4 %) drži da se njihovo mišljenje uvažava, ali u konačnici ipak prevlada stručni autoritet sudaca; dok je mali broj onih (2,1 %), koji smatraju da mišljenje porotnika ima vrlo ozbiljnu ulogu.

5.4.3. Porotničke grupe koje svoj utjecaj procjenjuju različito

U cjelini možemo uočiti da jedna četvrtina porotnika procjenjuje da porotničko mišljenje ozbiljno utječe na oblikovanje sudske odluke (presude). Istražili smo u kojim porotničkim krugovima je nastala dijametralno suprotna procjena.

Glede *porotničkoga statusa* među bitnim značajkama ulogu imaju četiri čimbenika: organizacijska pozicija, teritorijalni čimbenik, broj porotničkih ciklusa i sudski odjel. To znači da su porotnici na okružnim sudovima povoljne ocjene dali u niskom postotku (samo jedan od njih petnaest); a u županiji Békés⁵⁵ u iznimno

visokom postotku (44 %), dok su oni iz Budimpešte i Peštanske županije⁵⁶ to ocijenili u samo 12 %. Među porotnicima koji funkciju obnašaju tri ili više ciklusa⁵⁷ njih 35 % je zadovoljno, a glede sudskih odjela porotnici u sudskim vijećima građanskoga odjela⁵⁸ zadovoljniji su (38 %) od onih u drugim sudskim odjelima.

Na ovu procjenu *društvena pozadina* utječe na više načina i to u pogledu naselja, životne dobi i stupnja obrazovanosti. Najmanje su zadovoljni (samo 10 %) porotnici iz glavnoga grada (60 osoba), za razliku od primjerice malobrojnih (17 osoba) porotnika koji ne žive u gradovima, kod kojih je 41 %⁵⁹ pokazalo zadovoljstvo. Uočljivo je i da mlađi porotnici (riječ je o 18 porotnika mlađih od 50 godina) drukčije prosuđuju situaciju od ostalih. Samo jedan (!) od njih se izjasnio zadovoljnim ovom situacijom. Čini se da je porast stupnja obrazovanosti u usporednom suodnosu s proširivanjem kritičkoga držanja. Dok je iznadprosječno zadovoljstvo (40 ispitanika odnosno 32 %) zabilježeno kod porotnika bez završene mature (sveukupno 15 osoba) te kod onih sa završenom maturom (100 osoba), taj postotak kod porotnika s diplomom (192 osobe) pada na samo 21 %.

Kod ocjene učinka *porotničkoga ponašanja* uočava se dvostruka poveznica. Pokazuje se jedan neposredniji, možda i stručniji učinak. U vezi s poštivanjem porotničkoga rada među nezadovoljnima (59 osoba) samo njih 14 % misli da se mišljenje porotnika uvažava pri donošenju sudske odluke (za razliku od 29 % porotnika koji su time zadovoljni).

Istodobno se pokazuje i jedan posredniji učinak porotničkoga mišljenja koji se pojavljuje projiciran kroz društvenu sliku o porotnicima. Možemo primijetiti da su zadovoljnije od prosjeka (25 %) osobe koje su zadovoljnije i s institucionalnim funkcioniranjem društva. One su zadovoljne s radom vlade (32 %⁶⁰), s gospodarskim stanjem u zemlji (37 %⁶¹), s radom policije (36 %⁶²), državnog odvjetništva (31 %⁶³), s funkcioniranjem parlamenta (31 %⁶⁴), djelovanjem mjesne samouprave (32 %⁶⁵), s radom političkih stranaka (*66,7 %⁶⁶) te s funkcioniranjem EU (40 %⁶⁷).

56 76 osoba.

57 101 osoba.

58 32 osobe.

59 7 osoba.

60 93 osobe.

61 67 osoba.

62 100 osoba.

63 173 osobe.

64 70 osoba.

65 127 osoba.

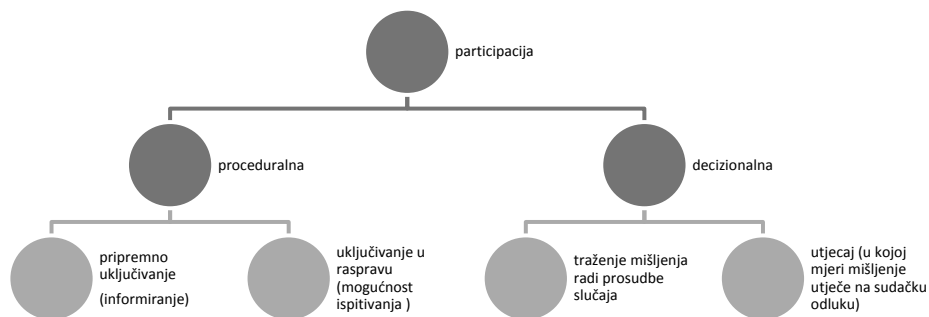
66 Sveukupno 21 osoba.

67 76 osoba.

5.5. Sumirajuća slika stajališta porotnika o sudskoj praksi koju primjenjuju suci

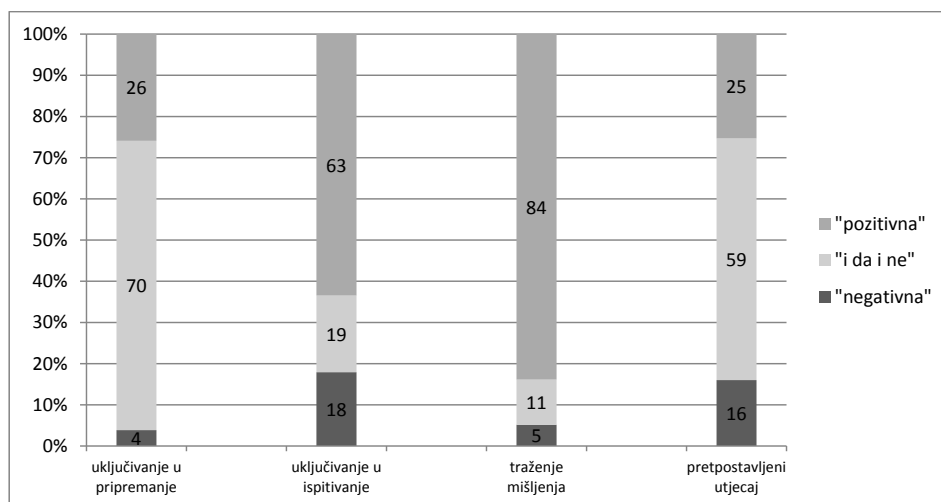
5.5.1. Ocjene porotnika kroz ispitivane četiri dimenzije

Operacionaliziranu analizu porotničke participacije prikazuje donja shema, a u četiri dimenzije svrstana sudska praksa koju su ocijenili porotnici prikazana je u dijagramu. U cjelini bismo mogli kazati da premda sudska uloga može pokazivati značajne pojedinačne ili teritorijalne razlike, ipak nema govora o tomu da bi porotnici bili samo pasivni statisti u raspravnom postupku i procesu donošenja presude. Suci vjerojatno paze i na to da se na vidljiv način ne povrijedi status porotnika kao formalnih članova sudskega vijeća. Međutim, u jednoj stvari se pokazuje sudaranje laičkoga i stručnoga elementa, naime, u sudskoj presudi porotnici jasno prepoznaju dominaciju profesionalnih sudaca ponajprije kao izraza stručnoga aristokratizma.



Grafikon 1.

Ocjena sudske prakse u četiri dimenzije iz kuta porotnika



5.5.2 Sumirajući tipovi sudske prakse kao rezultat ocjene porotnika

Pokušali smo zbirno prikazati u četiri ispitivane dimenzije sudsku praksu gledanu iz kuta porotnika. U ostvarivanju toga cilja ispitili smo pomoću analize klastera⁶⁸ u četiri dimenzije (uključivanje u pripreme, uključivanje u ispitivanje, traženje mišljenja, težina mišljenja) sudsku praksu (pozitivna = 3, mješovita = 2, negativna = 1) i njezine poveznice. Donja tablica na temelju dobivenoga klastera prikazuje izmjereni prosjek po pojedinim dimenzijama. Uzimajući u obzir sve ove vrijednosti mogu se uočiti četiri karakteristične oznake sudske prakse (da *porotnici sude zajedno s profesionalnim sucima*, *crta korektnog aristokrata*, *ambivalentna crta* i *slika o držanju distance između sudaca i porotnika*).

Slika je i u ovome zbirnome obliku povoljna jer je, naime, blizu polovice porotnika (47 %) izjavilo da se susreće s nedvojbeno (po njim) pozitivnom sudskom praksom, dok se u najmanjem omjeru pojavljuje praksa koja porotniku ne osigurava meritorno sudjelovanje.

| | 2. | 3. | 4. | |
|----------------------------|--|--------------------------------|---------------------|--|
| | Korektna (shvaćanje o porotnicima kao sucima) | Korektni aristokrat | Ambivalentna | Aristokrat koji se drži na distanci |
| | n = 142 | n = 60 | n = 57 | n = 46 |
| | 46,6 % | 19,7 % | 18,7 % | 15,1 % |
| Dimenzija | Prosjeci 1-3 | | | |
| Uključivanje u pripreme | 2,20 | 2,70 | 1,98 | 1,93 |
| Uključivanje u ispitivanje | 2,99 | 2,88 | 1,42 | 1,52 |
| Traženje mišljenja | 2,98 | 3,00 | 3,00 | 1,65 |
| Utjecaj | 2,45 | 1,65 | 2,18 | 1,48 |

Tablica 5.

Zbirni tipovi sudske prakse iz kuta porotnika

„Korektna” (daje privid da porotnici sude zajedno s profesionalnim sucima) sudska praksa (47 %) jest ona kod koje sudac uvijek daje porotnicima informacije povezane sa slučajem (ponekad čak i materijale iz sudskoga spisa); uvijek osigurava mogućnost ispitivanja tijekom rasprave; uvijek traži od porotnika iznošenje mišljenja o prosudbi slučaja; te prema stajalištu porotnika pri donošenju odluke ozbiljno uzima u obzir njihovo mišljenje.

68 U analizi rezultata korišten je postupak SPSS *K-means*, a sve četiri verzije (informiranje, uključivanje u ispitivanje, traženje mišljenja, težina njihova mišljenja) uvrštene su u postupku ocjenjivanja u tri kategorije (pozitivnu, mješovitu, negativnu). Između verzija koje su rezultirale različitim brojem klastera na koncu je izabrana ona koja sadrži 4 klastera i to s jedne strane jer su u odnosu na nizak broj uzoraka sve četiri grupe bile relativno brojne, a istodobno su imale sadržaj pogodan za empirijsko vrednovanje. Program je ovu grupnu strukturu na temelju odgovora 305 porotnika (od ukupno 348 ispitanika neki nisu odgovorili na svako postavljeno pitanje) ustrojio na tragu 7 iteracijskih koraka.

Na suce uvrštene u kategoriju „*korektnog aristokrata*” (20 %) karakteristično je skoro sve navedeno u prethodnoj kategoriji, uz jednu bitnu razliku, a to je da pri donošenju odluke postupaju autonomno. S jedne strane saslušaju porotnike, ali njihovo laičko mišljenje u stvari ne uzimaju u obzir.

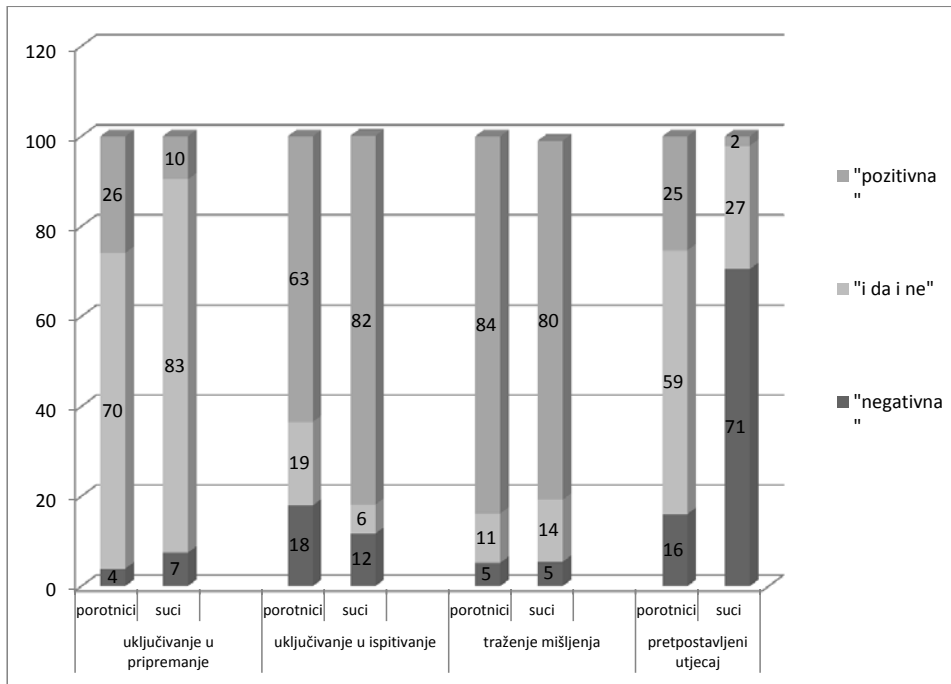
Praksa „aristokrata koji se drži na distanci” (15 %) dijametralna je suprotnost gledištu o „porotnicima kao sucima”. Valjda je tek na polju informiranja bliska prosječnoj sudskoj praksi, ali ne preferira da porotnici dobiju pravo ispitivanja na raspravi, nije posebno zainteresirana za dobijanje porotničkoga mišljenja u svezi s rješidbom spora te sukladno tomu porotničko mišljenje ima najmanju ulogu u formiranju sudačke odluke.

Analiza je pored ova tri tipa odvojila i jedan poseban četvrti. On se može okarakterizirati kao „*ambivalentan*” (19 %), a znači i to da udovoljava obvezi informiranja, ali nije odan tomu da porotnici postavljaju pitanja tijekom rasprave. Unatoč tomu uvijek želi čuti mišljenje porotnika, a čini se da ga donekle i uzima u obzir.

5.5.3. Poredbena analiza porotničke i sudačke situacije

S obzirom na to da je paralelno s prikupljanjem podataka od porotnika proveden isti postupak i u odnosu na suce, koji su se izjasnili o tomu koju praksu primjenjuju glede pripremanja slučaja, uključivanja porotnika tijekom rasprave, traženja porotnikova mišljenja i njegova uzimanja u obzir pri prosudbi spora, omogućena je usporedba sudske prakse gledane očima porotnika, odnosno kroz prizmu sudaca.

Uočljivo je kako ova četverokomponentna praksa pokazuje i istovjetnost i sličnost, ali i bitne razlike. Na polju *pripreme* (informiranja) dvije strane uglavnom slično prosuđuju sudsku praksu, a glede *uključivanja* (mogućnost ispitivanja na ročištu) suci su se puno pozitivnije (češće) od porotnika izjasnili o praksi koju primjenjuju. U pogledu *traženja iznošenja mišljenja* dvije slike su skoro u cijelosti podudarne, ali najveća je razlika uočljiva u najbitnijoj dimenziji. Ona se tiče shvaćanja porotnika o praksi koju suci primjenjuju u donošenju sudske odluke. Porotnici znatno pozitivnije ocjenjuju svoj *utjecaj* na odluke sudaca, dok većina sudaca drži (točnije rečeno izjašnjavaju se o toj stvarnoj situaciji!) da mišljenje porotnika nema meritornu ulogu na tome polju.



Grafikon 2.

Usporedba porotničke ocjene i sudačke samoocjene kroz četiri istraživane dimenzije

5.5.4 Zbirni tipovi sudske prakse nastali na temelju samoprocjene sudaca

Na temelju podataka prikupljenih od sudaca stvorena je baza podataka (N=109) na kojoj je provedena analiza klastera. Program je odgovore 93 sudaca nakon šest iteracijskih koraka razvrstao u tri grupe (tipa) koji se i empirički mogu analizirati.

| | | 2. | 3. |
|----------------------------|---------------------|---------------------|--------------------------------|
| | Korektni | Korektni aristokrat | Aristokrat koji je na distanci |
| | n = 26 | n = 52 | n = 15 |
| | 28,0 % | 55,9 % | 16,1 % |
| Dimenzija | Prosjeak 1-3 | | |
| Uključivanje u pripreme | 2,19 | 1,98 | 1,93 |
| Uključivanje u ispitivanje | 2,96 | 2,94 | 1,40 |
| Traženje mišljenja | 2,96 | 2,88 | 1,93 |
| Utjecaj | 2,08 | 1,00 | 1,13 |

Tablica 6.

Sudski tipovi projicirani na tragu sudačke samoocjene

„Korektni” tip (28 %) uvijek obavještava porotnike (ako im materijal ne daje), osigurava mogućnost ispitivanja na raspravi, zatraži mišljenje porotnika te ga u određenoj mjeri uzima i u obzir.

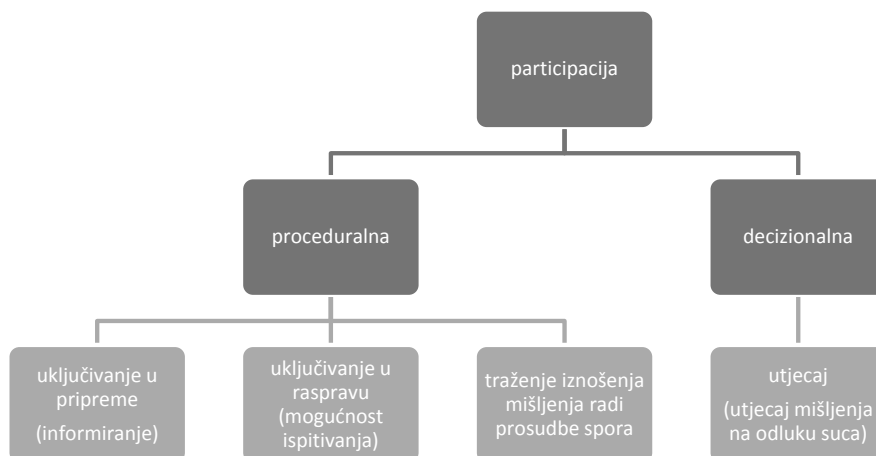
Tip „*korektnog aristokrata*” (56 %) razlikuje se od prethodnoga u tomu što, premda dopušta svaku mogućnost porotničkoga sudjelovanja i izražavanja mišljenja, ipak odluke donosi neovisno (s autonomijom stručnjaka) od mišljenja porotnika.

Suci uvršteni u tip „*aristokrata na distanci*” (16 %) skoro uvijek daju obavijesti, ali ne preferiraju uključivanje porotnika u raspravu. U pogledu traženja porotničkoga izjašnjavanja njihova praksa pokazuje znatna odstupanja, a pri donošenju odluke nezavisni su o mišljenju (utjecaju) porotnika.

Ovdje se ne susrećemo s „*ambivalentnim*” tipom koji je konstrukcija porotnika, jer je teško očekivati da bi se jedan dio sudaca mogao izjasniti da je njihova osobna praksa nedosljedna.

6. KOREKCIJA PARTICIPACIJSKOGA MODELA

U svjetlu sudačkih izjava moramo modificirati naš polazni model po kojem smo uz dvije proceduralne (pripreme odnosno uključujuće) dimenzije pretpostavili i dvije decizionalne (traženje iznošenja mišljenja odnosno utjecaj). Čini se da stvarna sudska praksa mijenja ovu strukturu, pa praksa povezana s traženjem izražavanja porotničkoga mišljenja doista nije decizionalni, nego proceduralni element. Velika većina sudaca traženjem izražavanja porotničkoga mišljenja formalno zadovoljava očekivanja, međutim u stvarnosti ta mišljenja ne uvažava u donošenju odluke o rješavanju spora.



Slika 2.

Izmijenjeni participacijski model porotnika

7. ZAKLJUČAK

Tijekom istraživanja tražili smo odgovor na pitanje koja se težina i karakter porotničkoga sudjelovanja mogu iskazati u sudskim procesima, napose temeljem prosudbe porotnika i profesionalnih sudaca. Riječ je o pitanju koje se pojavljuje i u drugim sličnim istraživanjima mješovitih sudova. Naša je pretpostavka bila da na temelju teorije o statusnim karakteristikama ovu specifičnu grupu, unatoč zakonskoj regulativi kojom se jamče jednaka prava, karakterizira takav unutarnji hijerarhijski odnos, koji onemogućava znatnije porotničko sudjelovanje. Ovo gledište potvrđuju i druga slična istraživanja mješovitih sudskih sustava. Uz to je pretpostavka autora bila i da će u odnosu na ranije Kulcsárovo istraživanje porotnički sustav jednoga demokratskoga društva rezultirati s većim sudjelovanjem porotnika, unatoč činjenici da zakonska regulativa od tada nije doživjela bitnije promjene.

Ako se osvrnemo na sudsku praksu u prošlom razdoblju (državnog socijalizma), onda vidimo da je organizacijsko-sociološki element usporedno s konsolidacijom komunističke vlasti jasno istaknuo ulogu političke nakane. Mogli bismo reći i to da je latentna funkcija pobijedila manifestnu. Ovo je posebno zanimljivo u svjetlu činjenice da je politički sustav svoju legitimaciju pokušavao formalno dokazivati upravo time što je prikazivan kao realizator „vladavine naroda”. Jedna od osnovnih teza vladajuće ideologije bila je da politika djeluje u interesu „naroda” simboliziranoga kroz radničku klasu, a taj „narod” šalje svoje zastupnike u parlament, kao i u pravosuđe. I sam naziv laika poslanih u sudove („narodni prisjednici”) upućuje na ovaj ideološki element.

Hipoteza je bila da su na mjesto ukinutog ideološko-političkog pritiska nastupajuće društvene promjene (posebno one koje se tiču vrijednosnog sustava) u jednom post-socijalističkom društvu stvorile povoljne uvjete za uklanjanje asimetrije čak i onda, ako je narav sudskih odluka, što je najvažniji strukturalni čimbenik, ostala nepromijenjena. Naime, i nadalje se ne radi o „kadijinom sudu”,⁶⁹ nego o formaliziranom (racionalnom) pravu. Sudska presuda je plod stručne odluke utemeljene na prosudbi organa koji primjenjuje pravo, odnosno suglasne normativnom poretku pravne naravi,⁷⁰ a za njezine posljedice odgovornost snosi sudac. To ne bi

69 Pravnosociološka djelatnost Maxa Webera označila je pojavu ovoga idealnoga tipa pravosuđa, kao suprotnog pola racionalno-formalnoga i općeg oblika presuđivanja. Károly Mannheim ga opisuje kao „konkretno mjereće sudište koje kvalitativno presuđuje sukladno situaciji i osjećaju pravde.” Mannheim, Károly, *Tudásszociológiai tanulmányok*, Budapest, Osiris, 2000, str. 337; Vidi još: Trubek, David M., *Max Weber on Law and Rise of Capitalism*, *Wisconsin Law Review*, 1972/3, str. 720-753; Shapiro, Martin, *Islam and Appeal*, *California. Law Review*, 1980/1, str. 350-381.

Jerome Frank ocijenio je institut porotništva kao element „kadije” u američkom pravnom sustavu, ali je takve elemente vidio i u samoj djelatnosti sudaca. Neki drugi su (primjerice Roscoe Pound) držali upravne sudove (*administrative tribunal*) utjelovljenjem kadijinog suda. Vidi Paul, Julius, *The Legal Realism of Jerome N. Frank: a Study of Fact-Scepticism and the Judicial Process*, The Hague, Nijhoff, 1959, str. 104-105; Jackson, Sherman A., *Islamic law and the state: the constitutional jurisprudence of Shihāb al-Dīn al-Qarāfī*, Leiden, New York, E. J. Brill, 1996., str. 147.

70 Do danas smatramo mjerodavnima stajališta iznesena u: Kulcsár, K., op. cit., str. 80-84.

isključivalo naglašeniju manifestaciju participacije sudionika laika,⁷¹ ali glede toga teško se može izostaviti utjecaj civilnoga društva i njegova stanja (slabosti).

Unatoč svemu navedenome istraživanje je u pojedinim područjima utvrdilo veću aktivnost porotnika u odnosu na ranije razdoblje. Porast angažiranosti može se dokazati samo u pogledu iznošenja i zastupanja mišljenja različitoga od sučeva, dok ju na drugim područjima, zbog nedostatka usporedivosti podataka, autori samo pretpostavljaju. Današnji porotnici usuđuju se iznijeti svoja odstupajuća mišljenja u znatno većem postotku. Sve to ne mijenja bitno na činjenici da sudskim postupkom i dalje dominantno upravlja profesionalni sudac. On ovisno o svom shvaćanju uloge porotnika u procesu osigurava laiku njegove proceduralne ovlasti, ali u meritornom pitanju (u odlučivanju) u pravilu se trudi maksimalno sačuvati svoju autonomiju i neovisnost. Na temelju rezultata dvaju empirijskih ispitivanja autori su pokušali tipizirati sudska ponašanja. Tipovi koje su koristili (korektni, korektni aristokrat, aristokrat koji je na distanci i ambivalentni) na odgovarajući način grupiraju profesionalne suce glede njihova različitoga odnosa prema porotnicima.

Premda je među pravnicima praktičarima rašireno nazivlje kojim se porotnike često potcjenjuje, ipak suprotno tome mišljenju sustav porote pokazuje pozitivnu sliku. Dok se postupak izbora porotnika može snažno kritizirati, jer ne obraća pozornost na reprezentativnost,⁷² dotle se participacija (i u proceduralnoj i u decizionalnoj fazi), u okviru organizacijsko-socioloških okolnosti karakterističnih za mješovite sudove, može ocijeniti iznimno dobrom.

Rezultati porotničkih i sudačkih anketnih upitnika potvrđuju da porotnici nisu pasivni statisti raspravnog postupka i faze odlučivanja, već su puno aktivniji i utjecajniji nego što bi se to moglo zaključiti iz općega mišljenja o njima. Njihov doprinos radu pravosuđa često priznaju i sami suci.

LITERATURA

1. Anderson, Stanley, Lay Judges and Jurors in Denmark, *The American Journal of Comparative Law* 1990/38. str. 839-864.
2. Badó, Attila, Pszichológiai vizsgálatok az esküdszékkal kapcsolatban: Hogyan dönt 12 dühös ember?, *U: Magyar Jog* 1998/8, str. 479-481.
3. Badó, Attila, Az igazságszolgáltató hatalom alkotmányos helyzetének és egyes alapelveinek összehasonlító vizsgálata. U: Tóth, J., Legény K. (szerk.), *Összehasonlító Alkotmányjog*, Budapest, Complex Kiadó, 2006., str. 163-209.
4. Badó, Attila, Bóka, János, Bencze, Mátyás, Hungarian Lawyers in the making: selection distortions after the democratic changes in Hungary, *Acta universitatis szegediensis, Acta juridica et politica*, 2003., 63:(1), str. 3-20.
5. Badó, Attila, Bencze, Mátyás, Reforming the Hungarian Lay Justice System, u: Cserne, Péter [et al.] (szerk.), *Theatrum Legale Mundi Symbola Cs. Varga Oblata*, Budapest, Szent István Társulat, 2007, str. 1-13.
6. Badó, Attila, Feleky, Gábor, Lőrinczi, János, Reprezentativitás a magyar ülnökrendszerben

71 Vidi Kulcsár, K., op. cit., str. 84-88. On je to doveo u vezu dijelom s organizacijskim čimbenicima, a dijelom s pojmom „shvaćanja uloge” porotnika.

72 Badó, Attila, Feleky, Gábor, Lőrinczi, János, Reprezentativitás a magyar ülnökrendszerben *Egy empirikus vizsgálat alapkérdése*, I., MTA Law working papers, 2016., 16, str. 1-18.

- Egy empirikus vizsgálat alapkérdése, I. MTA Law working papers, 2016., 16, str. 1-18.
7. Badó, Attila, A laikus bírászkodás létjogosultságának korlátairól a tudományos vizsgálatok tükrében, *Állam –és Jogtudomány*, 2016. 57/2, str. 3-15.
 8. Bencze, Máttyás, Badó, Attila, Területi eltérések a büntetés-kiszabási gyakorlat szigorúságát illetően Magyarországon 2003 és 2005 között. U: Fleck, Zoltán (szerk.), *Igazságszolgáltatás a tudomány tükrében*, Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2010., str. 125-147. (ELTE Jogi Kari Tudomány; 6.).
 9. Berger, Joseph [et al.], *Status characteristics and social interaction: an expectation-states approach*, New York, Elsevier Scientific Pub. Co., 1977.
 10. Berger, Joseph, Rosenholtz, Susan J., Zelditch, Morris Jr., *Status Organizing Processes*, *Annual Review of Sociology*, 1980/6., str. 479.
 11. Bobek, Michael, *Judicial Selection, Lay Participation and Judicial Culture in the Czech Republic: A Study in a Central European (Non) Transformation*, u: *Research Paper in Law 2014/3*. 27. <http://aei.pitt.edu/63516/> (02.07. 2017.).
 12. Bónis, György, Degré, Alajos, Varga, Endre, *A magyar bírósági szervezet és perjog*. Zalaegerszeg, Zala Megyei Bíróság, 1996., str. 242–252.
 13. Botos, Gábor, *Az esküdtbíróóság újbóli bevezetéséről*, u: *Rendészeti Szemle*, 1992/2, str. 11-51
 14. Casper, Gerhard, Zeisel, Hans, *Der Laienrichter im Strafprozess. Vier empirische Studien Zur Rechtsvergleichung*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1979.
 15. Csizmadia, Andor, *Az esküdtbíróóság Magyarországon a dualizmus korában*, u: Csizmadia, Andor (szerk.): *Jogtörténeti tanulmányok, I.*, Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1966., str. 131-147.
 16. Darbyshire, Penny, *An essay on the Importance and neglect of the magistracy*, *Criminal Law Review*, 1997/Sep. 627, str. 633-640.
 17. Diesen, Christian, *Lay Judges in Sweden-A Short Introduction*, *Revue internationale de droit pénal*, 2001., 72/1., str. 313-315.
 18. Dubber Markus, Heikki Philajamäki Heikki, *Lay Participation in Modern Law: A Comparative Historical Analysis*, *Comparative Legal History*, 2015/2, str. 223-230.
 19. Goldbach, Toby Susan, Hans, Valerie, *Juries, Lay Judges, and Trials*, *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, (Gerben Bruinsma and David Weisburd, eds.), *Cornell Legal Studies Research Paper*, No. 2013., str. 13-87.
 20. Jackson, John D., Kovalev, Nikolai P., *Lay Adjudication in Europe: The Rise and Fall of the Traditional Jury*, *Oñati Socio-Legal Series*, 2016., 6/2., str. 368-395. <http://ssrn.com/abstract=2782413> (10.10. 2016.).
 21. Jackson, Sherman A., *Islamic law and the state: the constitutional jurisprudence of Shihāb al-Dīn al-Qarāfi*, Leiden; New York, E. J. Brill, 1996.
 22. Kalven, Harry, Zeisel, Hans, *The American Jury System*, New Haven, Yale University Press, 1966.
 23. Klami, Hannu Tapani, Hämäläinen, Merva, *Lawyers and laymen on the bench: a study of comparative legal sociology*, Helsinki, *Suomalainen Tiedekatemia*, Distributor, Ak, 1966., str. 559.
 24. Klaus, Ekkehard, *Ehrenamtliche Richter. Ihre Auswahl und Funktion*, empirisch untersucht, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972.
 25. Kubicki, Leszek, *Udział ławników w Orzekaniu*, u: Kubicki, Leszek, Zawadzki, Sylwester (red.), *Udział ławników w postępowaniu karnym: opinie a rzeczywistość: studium prawnopracownicze*, Warszawa, *Wydawnictwo Prawnicze*, 1970, 68, str. 97-111.
 26. Kulcsár, Kálmán, *A népi ülnök a bíróságon*, Budapest, *Akadémiai Kiadó*, 1971.
 27. Kutnjak-Ivkovic, Sanja, *Exploring Lay Participation in Legal Decision Making: Lessons from Mixed Tribunals*, *Cornell International Law Journal*, 2007/2.
 28. Kutnjak-Ivkovic, Sanja, *Lay Participation in Criminal Trials: the case of Croatia*, Lanham, Md., *Austin & Winfield*, 1999.

29. Kutnjak-Ivkovic, Sanja, Ears of The Deaf: The theory and reality of Lay judges in Mixed Tribunals, *Chicago-Kent Law Review*, 2015/3. 1031. scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol90/iss3/11.
30. Machura, Stefan, *Fairness and Legitimität*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001.
31. Machura, Stefan, Interaction between lay assessors and professional judges in german mixed courts, *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1. str. 451–479. (<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2001-1-page-451.htm>).
32. Machura, Stefan, Eine Kultur der Kooperation zwischen Schöffen und Berufsrichtern, Richter ohne Robe, 2000/12. str. 111-116. www.ruhr-uni-bochum.de/rsozlog/daten/pdf/machura-pdf/Machura%20-%20Kultur%20der%20Kooperation.pdf.
33. Malsch, Marijke, *Democracy in the Courts: Lay Participation in European Criminal Justice Systems*, Farnham, Ashgate Publishing, 2009.
34. Paul, Julius, *The Legal Realism of Jerome N. Frank: a Study of Fact-Scepticism and the Judicial Process*, The Hague, Nijhoff 1959., str. 104-105.
35. Perron, Walter, Lay Participation in Germany, *Revue internationale de droit pénal* 2001/1.
36. Peters, Karl, *Fehlerquellen im Strafprozeß*, Band 2, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972.
37. Pihlajamaki, Heikki, From Compurgators to Mixed Courts: Reflections on the Historical Development of Finnish Evidence Law and Court Structure, *Revue internationale de droit pénal* 2001., 72/1. str. 159. http://www.cairn-int.info//article-E_RIDP_721_0159--from-compurgators-to-mixed-courts.htm (10.10.2016.).
38. Pomorski, Stanislaw, Lay judges in the Polish Criminal Courts, *Reserve Journal of International Law*, 1975., 7/2, str. 198-209.
39. Rennig, Christoph, Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht, *Empirische, rechtsdogmatische und psychologische Untersuchungen zur Laienbeteiligung an der Strafgerichtsbarkeit*, Marburg, N. G. Elwert 1993.
40. Rennig, Christoph, Influence of lay assessors and giving reasons for the judgement in German mixed courts, *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1.
41. Rennig, Christoph, Machura, Stefan, Die Zusammenarbeit zwischen Schöffen und Berufsrichtern, u: Lieber, Hasso, Sens, Ulla (eds.), *Ehrenamtliche Richter – Demokratie oder Dekoration am Richtertisch?*, Wiesbaden, Kommunal- und Schul-Verlag, 1999, str. 65-70., *The Cooperation between Lay Assessors and Professional Judges*.
42. Seligson, Milton, Lay Participation in South Africa from Apartheid to Majority Rule, *Revue internationale de droit pénal*, 2001., 72/1, str. 273-284. http://www.cairn-int.info//article-E_RIDP_721_0273--lay-participation-in-south-africa-from.htm (10.10. 2016.).
43. Shapiro, Martin, *Islam and Appeal*, California. Law Review, 1980/1, str. 350-381.
44. Strandbakker, Asbjorn, Lay Participation in Norway, *Revue internationale de droit pénal*, 2001., 72/1, str. 225-251.
45. Tausch, Anne M., Langer, Inghard, *Soziales Verhalten von Richtern gegenüber Angeklagten. Merkmale, Auswirkungen sowie Änderungen durch ein Selbst- Training*, *Zeitschrift für Entwicklungspsychologie und Pädagogische Psychologie*, 1971/3 (4), str. 283-303.
46. Thaman, Stephen C., *Juries and Mixed Courts in the former Soviet Republics of Central Asia*, Lecture at the Cornell Law School Clarke Program East Asian Law and Culture Conference: Citizen Participation in East Asian Legal Systems, 22.09.2006.
47. Trubek, David M., Max Weber on Law and Rise of Capitalism, *Wisconsin Law Review*, 1972/3, str. 720-753.

Attila Badó*
Gábor Feleky**
János Lőrinczi***

Summary

EMPIRICAL RESEARCH INTO THE RELATIONSHIPS BETWEEN PROFESSIONAL AND LAY JUDGES IN MIXED TRIBUNALS IN HUNGARY

This research was based on lay and professional judicial assessment and aimed at answering the question of what degree and nature of lay participation in Hungary can be seen in court proceedings, a question that is already present in research into mixed tribunals. Addressed and supported by similar empirical research into mixed tribunal systems, the status characteristics theory has led the authors to the assume that, despite statutory provisions ensuring equal rights, this specific problem-solving group is characterized by such an internal hierarchical relationship that discourages increased lay participation. However, it has also been assumed that, compared to the 1960 research in Hungary, led by Kálmán Kulcsár, the lay judge system of a democratic society allows greater participation even if no relevant changes in legislation has since taken place.

Key word: *empirical research, mixed tribunals, professional judges, lay judges, jury.*

Zusammenfassung

EINE EMPIRISCHE FORSCHUNG ÜBER EHRENAMTLICHE RICHTER IN UNGARN

Während dieser empirischen Forschung versuchte man, die Charakteristiken der an Gerichtsverfahren teilnehmenden ehrenamtlichen Richter festzustellen, vor allem aufgrund der Ansichten von ehrenamtlichen Richtern und Berufsrichtern. Man ging von der Voraussetzung aus, dass aufgrund des Status von ehrenamtlichen Richtern,

* Badó, Attila, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, University of Szeged, Hungary; attila@badoat.hu

** Gábor Feleky, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Philosophy, University of Szeged, Hungary; feleky@socio.u-szeged.hu.

*** János Lőrinczi, prof. soc., Assistent, Faculty of Philosophy, University of Szeged, Hungary; lorinczi@socio.u-szeged.hu.

diese Gruppe trotz der Gesetzesbestimmungen, die ihnen die gleichen Rechte gewährleisten, keinen entscheidenden Einfluss im Gerichtsverfahren wegen inneren hierarchischen Beziehungen hat. Dies wurde auch durch ähnliche Forschungen über gemischte Gerichtssysteme bestätigt. Gleichzeitig ging man von der Voraussetzung aus, dass im Vergleich zu der von Kulcsár zur Zeit des Einparteiensystems in den 1960er durchgeführten Forschung, die ehrenamtlichen Richter mit einem größeren Stimmrecht in der demokratischen Gesellschaft am Prozess teilnehmen, obwohl es seit dieser Zeit keine wesentlichen Änderungen der Gesetzesvorschriften gab. Mithilfe der durch die Forschung erhaltenen Ansichten von ehrenamtlichen Richtern und Berufsrichtern versuchte man, die Typisierung von Berufsrichtern aufgrund ihrer Beziehungen zu den ehrenamtlichen Richtern festzustellen.

Schlüsselwörter: *empirische Forschung, gemischte Gerichte, Geschworene, Berufsrichter, Laienrichter, Laiengerichtsbarkeit.*

Riassunto

INDAGINE EMPIRICA SUL SISTEMA DELLA GIURIA IN UNGHERIA

Nel corso dell'indagine empirica abbiamo cercato di rispondere all'interrogativo che frequentemente si presenta nelle ricerche aventi ad oggetto le corti a composizione mista e cioè quale sia il peso ed il carattere della giuria che prende parte ai procedimenti giudiziari e ciò, in primo luogo, valutando il parere dei giurati e dei giudici togati. La nostra idea è che in ragione dell'ordine gerarchico di cui gode questa particolare categoria all'interno del sistema, sia difficile che i giurati rivestano un ruolo rilevante nel processo. Un tanto è stato del resto confermato da indagini empiriche simili riguardanti i sistemi a corti miste. Al contempo siamo giunti anche alla conclusione che rispetto alle ricerche condotte nelle indagini di Kulcsárov pubblicate ancora ai tempi del sistema monopartitico degli anni '60 del secolo scorso, il sistema della giuria nella società democratica risulta maggiormente coinvolto, anche se da allora non s'è verificata alcuna riforma normativa rilevante in tale senso. In base all'opinione dei giurati e dei giudici contattati durante la ricerca, abbiamo cercato di qualificare i giudici in base al loro rapporto verso i giurati che non dispongono di preparazione giuridica professionale.

Parole chiave: *ricerca empirica, corti miste, giuria, giudici togati, giurati, giustizia popolare.*

PROTUPONUDITELJSKE MJERE PREMA NACRTU ZAKONA O IZMJENAMA I DOPUNAMA ZAKONA O PREUZIMANJU DIONIČKIH DRUŠTAVA

Prof. dr. sc. Petar Miladin*

UDK 347.72(497.5)(094)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.7>
Ur.: 23. ožujka 2018.
Pr.: 28. svibnja 2018.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Zakon o preuzimanju dioničkih društava zahtijeva reformu, a u svakom slučaju bar otvorenu javnu raspravu, o položaju uprave i nadzornog odbora odnosno upravnog odbora ciljnog dioničkog društva u postupku preuzimanja ciljnog društva. Ministarstvo financija osnovalo je Radnu skupinu koja raspravlja i priprema Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o preuzimanju dioničkih društava. Autor kao član radne skupine zauzima stajalište o reformi prava preuzimanja dioničkih društava u dijelu koji se tiče poduzimanja protuponuditeljskih mjera u postupku preuzimanja dioničkih društava te nudi konkretne prijedloge. Razlozi za zaokret temelje se na kritici tvrdoga neutralnog položaja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva de lege lata. Ističe se da je kruto pravilo čl. 42. st. 1. ZPDD-a o tzv. neutralnom položaju uprave i nadzornog odbora ciljnog društva u postupku preuzimanja derogiralo temeljno pravilo o vođenju poslova društva iz čl. 252. Zakona o trgovačkim društvima. Spomenuto pravilo treba stoga izmijeniti tako da se u najvećoj mogućoj mjeri uvažavaju vrijednosti domaćeg prava društava i prava tržišta kapitala. Radikalno isključenje temeljnog standarda vođenja poslova društva u postupku preuzimanju de lege lata nije opravdano. Posebice nije primjereno sa stajališta odmjeravanja međusobno suprotstavljenih pravno-političkih interesa. Dobrobit ciljnog društva ne smije se praktički potpuno zatrti zbog tobože prećih interesa prava preuzimanja dioničkih društava. De lege lata dobrobit ciljnog društva nije, najblaže rečeno, dovoljno vrednovana u postupku preuzimanja te se (u tom smislu) nude rješenja de lege ferenda. Dobar primjer za potreban pravno-politički i pozitivnopravni zaokret nude odredbe njemačkog Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (nadalje WpÜG) po uzoru na koja je autor ponudio rješenja de lege ferenda. Direktiva 2004/25 EU o ponudama za preuzimanje počiva u tom dijelu na opcijском modelu.

* Dr. sc. Petar Miladin, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu; petar.miladin@pravo.hr.

Ključne riječi: *pravo preuzimanja dioničkih društava, protuponuditeljske mjere, pravni položaj uprave i nadzornog odbora, načelo neutralnosti, obveza uprave voditi poslove društva.*

1. UVOD

Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o preuzimanju dioničkih društava (Narodne novine, br. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13 i 148/13, nadalje ZPDD) sazio je za javnu raspravu bar u dijelu koji se tiče promjene paradigme položaja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva u postupku preuzimanja. Autor rada napisao je kao član Radne skupine Ministarstva financija koja raspravlja i priprema Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a (Odluka KLASA: 011-01/16-01/22 URBROJ: 513-06-03-16-2 od 5. svibnja 2016., nadalje Radna skupina) taj dio Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a te ga je u ovom radu, uz za to potrebna obrazloženja, dao na uvid zainteresiranoj javnosti, a za potrebe dokumentiranja posla koji je do sad u tom dijelu odradila Radna skupina. Cilj je zainteresirati javnost za teme o kojima je Radna skupina raspravljala na svojim redovitim sjednicama, kritizirati stanje *de lege lata* glede položaja uprave i nadzornog odbora u postupku preuzimanja te iznijeti argumente u prilog svojih prijedloga. Dosadašnje rasprave i materijali Radne skupine svakako su dragocjena građa za izučavanje prava preuzimanja dioničkih društava koje se razvilo u posebnu specijaliziranu pravnu disciplinu.¹

Problem položaja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva te nastavno na to protuponuditeljskih mjera nije jedina tema koja zaokuplja pozornost Radne skupine.

1 Glede literature iz područja prava preuzimanja dioničkih društava v. Čulinović-Herc, E., Zubović, A., *Pravne značajke provedenih postupaka preuzimanja prije i nakon pristupanja u EU i uočena regulatorna pitanja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 66, (5) str. 619-638 (2016); Čulinović-Herc, E., Mikinac, O., *Otvorena pitanja uvrštenih dioničkih društava: razlozi za i protiv povlačenja vrijednosnih papira s uvrštenja na uređenom tržištu*, u: Čulinović-Herc, E., Jurić, D., Žunić Kovačević, N. (ured.), *Zbornik radova s konferencije „Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije“*, Rijeka, 2011., str. 92; Ivkošić, M., *Obrana dioničkog društva od neprijateljskog preuzimanja*, doktorski rad, Zagreb, 2013.; Ivkošić, M., *Gubitak prava glasa – sankcija zbog povrede odredbi o obavješćivanju odnosno preuzimanju dioničkih društava*, Zbornik susreta pravnika, Zagreb, 2017., str. 345-380; Parać, Z., *Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava*, PuG 2003/4, str.35-56; Miladin, P., *Trgovina financijskim instrumentima (vrijednosnim papirima, efektima)*, u: Miladin, P. (ur.) *Prilagodba hrvatskog prava i ekonomije europskom tržištu kapitala*, Zagreb, 2013., str. 527 i nadalje; Zubović, A., *Stjecanje glasačke kontrole nad uvrštenim društvom*, doktorski rad, Zagreb, 2012.; Jurić, D., Zubović, A., *Protuponuditeljske mjere i položaj uprave ciljnog društva u postupku preuzimanja ciljnog društva*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u rijeci, vol. 30., br. 1. 2009., str. 326.

Za njemačko pravo v. Steinmeyer, R., *WpÜG Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz Kommentar*, 3. potpuno izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Berlin, 2013.; Hirte, H., Büllow, C. (ur.), *Kölner Kommentar zum WpÜG*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Köln, 2010.

Radna skupina nije izašla službeno sa svojim Nacrtom Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a, tako da je ovdje predloženi Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a za sad autorov prijedlog koji je sam i izradio. Autor se zalaže, dakle, da to bude Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a Radne skupine, u dijelu protuponuditeljskog djelovanja.

Među potencijalnim prijedlozima ističe se rasprava o sustavu privatnopravnih i upravno-prekršajnopravnih sankcija prema preuzimatelju koji povrijedi svoje prisilnopravne obveze propisane ZPDD-om. Sve te sankcije treba sagledati sa stajališta odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske koji se već u dva navrata izjašnjavao o ustavnosti ključne sankcije gubitka prava glasa koja pogađa preuzimatelje povrijede li oni svoje kogentne obveze propisane ZPDD-om. Ustavni sud Republike Hrvatske u odlukama od 22. studenog 2006. te od 8. i 9. srpnja 2013. naložio je Hrvatskom saboru da uskladi zakonska rješenja za koja je taj sud ocijenio da nisu u suglasnosti s Ustavom, a tiču se ponajprije sankcije isključenja prava glasa.² To bitno pitanje nadilazi, međutim, opseg i temu ovog rada te u tom dijelu treba uputiti na bogatu domaću i poredbenu književnost koja se njime bavi te općenito pitanjima iz područja prava preuzimanja dioničkih društava. Treba, međutim, i ovom prilikom naglasiti da pretežu razlozi da se sankciju gubitka prava glasa zadrži u čl. 5. ZPDD-a te da u tom smislu Vlada Republike Hrvatske kao predlagatelj Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a treba posebno voditi računa da se dobro argumentira zašto tu sankciju treba zadržati, a da se pritom uvažavaju svi standardi ustavnosti kojih se zakonodavac dužan pridržavati. To se, posebice, treba staviti u kontekst odustanka od paralelne privatnopravne sankcije obveznog sklapanja ugovora o kupoprodaji dionica između preuzimatelja i dioničara ciljnog društva *de lege ferenda*.

2. OSVRT NA TRENUTNO STANJE I KRATAK PRIKAZ PREDLOŽENIH PROMJENA

Svaka rasprava o tzv. „neprijateljskim“ ponudama za preuzimanje svodi se u konačnici na sukob interesa između dioničara ciljnog društva, s jedne strane, i samog ciljnog društva, s druge. Interes dioničara ciljnog društva je financijske prirode. Ponuda za preuzimanje prilika je da dioničar ciljnog društva što bolje unovči svoje dionice; bolje nego što bi ih inače unovčio da ih prodaje preko burze da nema preuzimanja. Uprava i nadzorni odbor ciljnog društva dužni su, pak, skrbiti o interesima društva. Posrijedi nisu samo interesi dioničara ciljnog društva, riječ je, također, i o skrbi za interese svih, tzv. dionika dioničkog društva, *stakeholdera* (dioničara, vjerovnika ciljnog društva, radnika, države, jedinica lokalne samouprave i uprave, ukupne društvene zajednice na koju može utjecati djelatnost društva). Interes, dobrobit ciljnog društva ne svodi se u svakom slučaju samo na ekonomske interese dioničara, pa je uprava u svom djelovanju dužna štiti i interese svih ostalih dionika dioničkog društva. Odredba čl. 41. ZPDD-a o tomu jasno vodi računa,³ no odredba čl. 42. ZPDD-a ne daje upravi prostor da se suprotstavi čak ni očitim neprijateljskim namjerama ponuditelja.

2 Odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-977/2004 od 22. studenog 2006., broj: U-I-4468/2008 i od 8. srpnja 2013. te broj: U-I-2479/2100 i od 9. srpnja 2013.

3 Tamo je jasno propisano da se uprava ciljnog društva treba izjasniti o namjeri ponuditelja glede budućeg poslovanja ciljnog društva, strateškim planovima ponuditelja i posljedicama provedbe tih planova na politiku zapošljavanja i trenutne radnike ciljnog društva, kao i na moguće promjene vezane za mjesta u kojima društvo posluje.

Iluzorno je očekivati da će se dioničari ciljnog društva u pravilu masovno rukovoditi interesima dobrobiti ciljnog društva odnosno ukupne društvene zajednice kad su stavljeni pred izbor hoće li prodati dionice ciljnog društva po za njih primamljivoj cijeni ili će, pak, zadržati svoje dionice i tako zaštititi preče interese dobrobiti ciljnog društva koji su ugroženi konkretnim neprijateljskim ponudama za preuzimanje. Iskustvo govori, da će dioničari ciljnog društva u pravilu podrediti interese dobrobiti ciljnog društva svojim privatnim ekonomskim interesima, osim ako se pravopolitičkom intervencijom ne osigura ravnoteža između interesa dobrobiti ciljnog društva, na jednoj strani, i privatnih ekonomskih interesa dioničara ciljnog društva, na drugoj. Dobra ponuda za kupnju dionica jednostavno se ne otklanja zbog prećih interesa društva.

Sukob interesa zaoštrava se dodatno budući da članovi uprave mogu u postupku preuzimanja štiti i svoje vlastite, privatne interese. Sprječavanje ili ometanje preuzimanja ostavlja barem dozu sumnje da uprava pritom ne postupa samo u interesu društva, već i kako bi zadržala svoj utjecaj pa i svoj goli položaj, opstanak u ciljnom društvu. Ne smije se stoga nekritički paušalno ovlastiti upravu ciljnog društva na poduzimanje protuponuditeljskih mjera. Uprava ciljnog društva može, međutim, s druge strane, nekritički pospješivati ponude za preuzimanje koje inače objektivno nisu u interesu ciljnog društva. Proaktivnim, ali i nekritičkim pasivnim držanjem u postupku preuzimanja, uprava je kadra u svom vlastitom privatnom interesu poticati rast odnosno pad cijene dionica ciljnog društva. O tomu je riječ ako uprava ciljnog društva na temelju svojih opcijskih prava (engl. *stock options*) ima priliku kalkulirati kad joj je najpovoljnije stjecati, odnosno otuđivati dionice ciljnog društva. Atraktivne ponude za preuzimanje kadre su itekako primamiti članove uprave ciljnog društva. One se, štoviše, često i daju nakon što je to prethodno dogovoreno s članovima uprave ciljnog društva.⁴ Članovi uprave su osobno zainteresirani za uspjeh ponude za preuzimanje ako njihovi menadžerski ugovori sadrže, tzv. *Change-of-control* klauzulu koja članovima uprave daje pravo da im društvo, dođe li do preuzimanja isplati sva primanja koja su preostala do isteka tog važećeg ugovora te da s njima sklopi novi ugovor koji će im dati bitno veća primanja.⁵ Čl. 42. st. 4. Nacrta ZPDD-a zabranjuje ponuditelju i osobama koje s njim zajednički djeluju davati odnosno nuditi, činiti izglednom članovima uprave i nadzornog odbora ciljnog društva nedopuštenu novčanu činidbu i bilo kakvu drugu nedopuštenu imovinsku korist kako bi time zadobili njihovo savezništvo u postupku preuzimanja ciljnog društva. Ta je odredba sročena po uzoru na odgovarajuće pravilo § 33d njemačkoga WpÜG-a.

Budući da se države članice EU-a pri donošenju Direktive 2004/25 EU o ponudama za preuzimanje (nadalje Direktiva 2004/25 EU) nisu usuglasile s izrazito blagonaklonim shvaćanjem Europske komisije o tomu da je postupak preuzimanja dioničkih društava apsolutno pozitivan ekonomski i društveni fenomen o uspjehu kojega su jedino i isključivo ovlaštteni odlučivati dioničari ciljnog društva, čl. 12. Direktive 2004/25 EU propisao je opcijski model koji državama članicama EU-a nudi da pri usklađivanju svojih prava s njenim zahtjevima odstupe od usvajanja

4 Hirte, H., op. cit. u bilj. 1, § 33 rbr. 22.

5 Hirte, H., op. cit. u bilj. 1, § 33 rbr. 22.

blagonaklonog prisilnopravnog europskog koncepta neutralnosti glede uređenja pravnog položaja uprave i nadzornog odbora u postupku preuzimanja dioničkih društava (tzv. *opt out*). Države članice EU-a kadre su odstupiti od europske paradigme uređenja pravnog položaja uprave i nadzornog odbora u postupku preuzimanja, samo ako su se ciljna dionička društva pojedine države članice EU-a kadra sama, na temelju odredbi svojih statuta, podvrgnuti prethodno isključenom europskom konceptu neutralnosti glede uređenja pravnog položaja uprave i nadzornog odbora u postupku preuzimanja dioničkih društava (tzv. *opt in*). Dođe li do zaokreta u pravopolitičkom pristupu položaju uprave i nadzornog odbora ciljnog društva u postupku preuzimanja; iskoristi li se, dakle, mogućnost propisana čl. 12. Direktive EU 2004/25 i otkloni europsko ograničenje djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva - koje je *de lege lata* usvojeno u kogentnom čl. 42. ZPDD-a! – (*opt out*), europsko ograničenje djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva treba urediti isključivo na dobrovoljnoj osnovi odnosno odgovarajućim odredbama statuta ciljnog društva (*opt in*).

Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a ide za tim da hrvatsko pravo iskoristi, tzv. *opt out*, tako što će se važeći koncept ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva zamijeniti novim s tim da će se istodobno novim čl. 43. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD usvojiti i tzv. *opt in* koncept koji će dioničkim društvima omogućiti da se podvrgnu trenutačno kogentno važećem, tzv. europskom ograničenju djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva iz čl. 42. ZPDD. Isključi li se statutom ciljnog društva primjena čl. 42. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a, primijenit će se automatizmom, *ex lege*, odredbe čl. 43. stavka 2. Nacrta ZPDD-a, odnosno tzv. europsko ograničenje djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva. Nema dakle posebne potrebe da statuti dioničkih društva nakon što isključe primjenu odredbe čl. 42. ZPDD-a posebno uređuju konkretna ograničenja uprave i nadzornog odbora iz čl. 43. st. 2. ZPDD-a, jer će se ona tada ionako primijeniti *ipso iure*. Odredba čl. 43. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a je, dakle, u biti na opsijskoj razini konkretnoga ciljnog društva preuzela pravila trenutno važećeg čl. 42. ZPDD-a. Europsko ograničenje djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva usvaja se novim čl. 43. prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a. Tom se odredbom u slučajevima preuzimanja stavljaju izvan snage tipična sprječavanja preuzimanja te se time olakšava preuzimanje. Odredbe čl. 42. i 43. Nacrta ZPDD-a sročene su po uzoru na odgovarajuće odredbe §§ 33, 33a i 33d njemačkoga WpÜG-a. Ključna novina je odredba čl. 42. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a koja polazi od njemačkog koncepta obrane od neprijateljskog preuzimanja koji je propisan § 33 WpÜG-a. Rješenje iz čl. 42. st. 3. Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a propisano je i u § 33 d njemačkoga WpÜG-a.

Odredbe čl. 43. i 44. važećega ZPDD-a uklopljene su u odredbu čl. 44. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a. Članak 44. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a prepušta se dioničkim društvima da svojim statutima urede i, tzv. pravilo proboja; europsko pospješeno postupka preuzimanja ciljnog društva. ZPDD zadržava, dakle, važeće rješenje u odnosu na europsko pravilo proboja. Spomenuto

pravilo primjenjuje se i nadalje, sukladno Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a, odluče li dioničari ugraditi pravilo proboja u statut svog društva. Činjenica da novi pravni režim postupanja uprave i nadzornog odbora u postupku preuzimanja nadomješta dosadašnje pravilo neutralnosti uprave i nadzornog odbora ne mijenja pritom ništa na stvari. Odgovarajuće rješenje sadrži § 33b njemačkoga WpÜG-a.

Važenje europskog uređenja preuzimanja može se na temelju čl. 44.a Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD vezati uz uvjet da je i ponuditelj podvrgnut odgovarajućem uređenju (tzv. pravilo uzajamnosti). Članak 12. st. 3. Direktive 2004/25 EZ predviđa, naime, tzv. pravila o reciprocitetu, uzajamnosti. Ta pravila dopuštaju konkretno hrvatskom zakonodavcu osigurati da se primjena europskog ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva iz čl. 43. i 44. ZPDD-a ne odraze pogubno na ona hrvatska ciljna društva koja su jače i opsežnije podvrgnuta primjeni europskog ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva iz čl. 43. i 44. ZPDD-a nego što je to slučaj s ponuditeljem odnosno nacionalnim pravom koje je za njega mjerodavno. Odgovarajuće rješenje rješenju iz čl. 44.a Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a ima i njemački § 33c WpÜG-a. Taj prijedlog ide za tim da se osigura ravnopravan položaj ciljnih društava sa sjedištem u RH s inozemnim trgovačkim društvima i na unutarnjem tržištu EU-a.⁶

Budući da je čl. 42. ZPDD-a *de lege ferenda* sukladno Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a iskoristio pravo da RH odstupi od europskog ograničenja uprave i nadzornog odbora u postupku preuzimanja te europskog prava proboja, prijedlozi čl. 43., 44. i 44.a ZPDD-a su *de lege ferenda* sukladno Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a komponente europskog opcijskog modela sukladno čl. 12. Direktive 2004/25 EZ-a. U tu svrhu dobrovoljnog omogućavanja europskog ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva i europskog pravila proboja predlažu se *de lege ferenda* odredbe čl. 43., 44. i 44.a ZPDD-a. Članak 43. ZPDD *de lege ferenda* sukladno Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a propisuje rješenje iz čl. 12. st. 2., a u vezi s čl. 9. Direktive 2004/25 EZ, čl. 44. propisuje rješenje iz čl. 12. st. 2., a u vezi s čl. 11. Direktive 2004/25 EZ-a, a čl. 44.a rješenja iz čl. 12. st. 3. Direktive 2004/25 EZ-a. Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a je u tom smislu usklađen u cijelosti sa zahtjevima Direktive 2004/25 EZ, a po uzoru na nama, pored područja prava preuzimanja, i u području prava društava i prava tržišta kapitala poredbeno njemačko pravo.

Odredba čl. 42. st. 1. rečenica 2. treća alternativa ZPDD *de lege ferenda* propisuje kao ključnu iznimku od načela neutralnosti uprave ciljnog društva u ponudbenom razdoblju slučaj kada uprava ciljnog društva poduzima radnje s kojima se suglasio nadzorni odbor ciljnog društva. Prirodno je stoga da mišljenje o ponudi za preuzimanje osim uprave dade i nadzorni odbor. Zbog toga su u tom smislu predložene i izmjene čl. 41. ZPDD-a, a po uzoru na § 27 njemačkog WpÜG-a. Zahtjevno razdoblje ponude za preuzimanje nameće potrebu da se o njoj izjasni u svakom slučaju i nadzorni odbor ciljnog društva, a ne samo njegova uprava kao što je to slučaj *de lege lata*.

Nacrtom Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a dodana je u čl. 59.

6 U tom smjeru v. i Zubović, A., op. cit. u bilj. 1, str. 101. V. i Jurić, D., Zubović, A., op. cit. u bilj. 1, str. 326.

ZPDD-a nova točka 20. kojom je prekršajnopravno sankcionirano protuponuditeljsko djelovanje članova uprave u ponudbenom razdoblju, osim ako takvo djelovanje nije bilo obuhvaćeno jednom od iznimaka iz čl. 42. st. 1. druga rečenica ZPDD-a *de lege ferenda*. Ta se odredba predlaže po uzoru na odgovarajuću odredbu § 60 st. 1. t. 8. njemačkog WpÜG-a. Prijedlog Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a potvrđuje da cilj reforme nije da se upravi ciljnog društva otvore vrata širokog nekritičkog protuponuditeljskog djelovanja. Uprava treba u svakom slučaju voditi računa o tomu da se bez daljnega treba u pravilu suzdržati od protuponuditeljskog djelovanja, osim ako iznimno nisu prisutne iznimke koje bi bile kadre opravdati njeno drukčije djelovanje. Isti prekršaj počinut će članovi uprave ciljnog društva na koje se primjenjuje europski koncept ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva iz čl. 43. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a poduzmu li mjere suprotno čl. 43. st. 2. i 3. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a.

ZPDD propisuje *de lege lata* dva koncepta ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva u ponudbenom razdoblju. Posrijedi je prvi uvjetno rečeno dispozitivni zakonski koncept europskog ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva u ponudbenom razdoblju iz čl. 42. ZPDD-a koji se može zamijeniti samo još liberalnijim opcijskim europskim pravilom proboja iz čl. 43. i 44. ZPDD-a koje dodatno favorizira postupak preuzimanja ciljnog društva i to ako se u statut ciljnog društva unesu odredbe propisane čl. 44. st. 2. ZPDD-a.

ZPDD propisuje *de lege ferenda* tri pravna režima ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora u ponudbenom razdoblju. Prvi je dispozitivan zakonski koncept ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva u ponudbenom razdoblju iz čl. 42. ZPDD-a *de lege ferenda*, koji je u odnosu na trenutačno važeći koncept ublažen s dvije dodatne iznimke iz čl. 42. st. 1. druga rečenica ZPDD-a *de lege ferenda* te trećom dodatnom iznimkom iz čl. 42. st. 2. ZPDD-a po kojoj glavna skupština smije dati prethodno ovlaštenje upravi da poduzima protuponuditeljske mjere. Potraga za drugim, konkuretskim ponuditeljima ostaje i nadalje iznimka od ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva te u tom smislu neće doći do izmjene ni dopune ZPDD-a. Dva trenutačna režima ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora postaju prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a opcijski koncepti. Koncept europskog ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora primijenit će se *ex lege* isključi li se statutom konkretnog dioničkog društva primjena čl. 42. *de lege ferenda*. Njega ne treba, dakle, dodatno posebno propisati statutom ciljnog društva ako će se statutom isključiti dispozitivan zakonski koncept ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva u ponudbenom razdoblju iz čl. 42. ZPDD-a *de lege ferenda*. Europsko pravilo proboja primijenit će se, pak, prema Zakonu o izmjenama i dopunama ZPDD-a potpuno jednako kao i prema važećem ZPDD-u, odnosno samo ako se u statut ciljnog društva unese odredba koja sadrži pravila iz čl. 44. st. 2. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a.

3. RAZLOZI ZA ZAOKRET GLEDE ČL. 42. ZPDD-A DE LEGE FERENDA U ODNOSU NA ČL. 42. ZPDD-A DE LEGE LATA

Promjena položaja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva u postupku preuzimanja je dakle ključna za razumijevanje izmjena i dopuna čl. 41., 42., 43., 44., 44.a te čl. 59. st. 1. t. 19., t. 16. i t. 20. ZPDD-a, sukladno Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a. Prislilnopravni koncept neutralnosti uprave i nadzornog odbora ciljnog dioničkog društva uređen čl. 42. važećeg ZPDD-a zamjenjuje se novim dispozitivnim ublaženim konceptom neutralnosti koji u većoj mjeri uvažava ukupnost hrvatskoga pravnog sustava. Uvriježeni izraz neutralno držanje uprave i nadzornog odbora treba tumačiti sa zadržskom već *de lege lata* sa stajališta čl. 41. ZPDD-a.⁷ Uprava, a *de lege ferenda* i nadzorni odbor ciljnog društva, dužni su se jasno i nedvojbeno očitovati, pozicionirati o ponudi za preuzimanje te razotkriti svaki mogući sukob interesa u kojem se nalazi glede ponude za preuzimanje. Jasno je da u tom smislu nemaju prostora za uzmak, rezerviranost i hinjenje ravnodušnosti. Članovi uprave odgovorni su štoviše dioničarima već *de lege lata* za naknadu štete ako su znali, odnosno morali znati da mišljenje koje su dali nije točno, odnosno potpuno (čl. 41. st. 4. ZPDD-a). Neutralnost treba stoga shvatiti kao obvezu uprave i nadzornog odbora da u načelu ne poduzimaju radnje kojima bi se mogao onemogućiti uspjeh ponude za preuzimanje. *De lege lata* prisutan je očiti sukob između obveza uprave s naslova čl. 41. ZPDD-a i njenog ograničenog djelovanja sukladno čl. 42. ZPDD-a. Rješenje čl. 42. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a *de lege ferenda* rješava taj trenutni normativni deficit tako što upravi daje prostor da djeluje ako je u okolnostima pojedinog slučaja interes društva važniji od interesa preuzimatelja i ekonomskog interesa dioničara ciljnog društva. Uprava to trenutno nije kadra učiniti, sve i da se meritorno izjasnila sukladno čl. 41. ZPDD-a o tomu da je konkretna ponuda za preuzimanje štetna za ciljno društvo. Takvo stanje nije održivo ni pravopolitički opravdano tim više što je uprava dužna na temelju čl. 3. st. 1. t. 4. ZPDD-a postupati u najboljem interesu ciljnog društva. To jednostavno nije izvedivo pored jasne važeće kogentne odredbe čl. 42. ZPDD-a.

Na temelju čl. 42. ZPDD-a svako protuponuditeljsko djelovanje prebačeno je s uprave i nadzornog odbora u nadležnost glavne skupštine ciljnog društva. Praksa pokazuje da ciljna dionička društva nisu koristila mogućnost sazivanja glavne skupštine u ponudbenom razdoblju kako bi donosila protuponuditeljske mjere (v. čl. 42. st. 3. ZPDD-a). Korektiv europskog ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora iz čl. 42. st. 3. ZPDD-a, prebacivanje ovlaštenja protuponuditeljskog djelovanja s uprave na glavnu skupštinu ciljnog društva! - nije bio kadar otkloniti pravopolitički razlog da se uprava i nadzorni odbor aktivnije uključe u postupak preuzimanja ako se za tim pokaže potreba sa stajališta interesa ciljnog društva i svih njegovih *stakholdera*. Rješenje čl. 42. ZPDD-a nije stoga pravopolitički dobro uravnoteženo.

Nije sporno da uprava i nadzorni odbor ne smiju u načelu protuponuditeljski djelovati. U Nacrtu ZPDD-a je čak u odnosu na stanje *de lege lata* u čl. 59. dodana

7 Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenoga njemačkog prava Hirte, H., op. cit. u bilj. 1, § 33 rbr. 26.

nova točka 20., kojom je prekršajnoopravno sankcionirano protuponuditeljsko djelovanje članova uprave u ponudbenom razdoblju, osim ako takvo djelovanje nije bilo obuhvaćeno jednom od iznimaka iz čl. 42. st. 1. druga rečenica Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a.⁸ Poduzimanje svake protuponuditeljske mjere nailazi bez daljnjeg na opća ograničenja propisana Zakonom o trgovačkim društvima (Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 111/12, 125/11, 68/13, 110/15; nadalje ZTD), posebice, na odredbe o odgovornosti uprave za naknadu štete društvu zbog propusta u vođenju poslova društva (čl. 252. ZTD-a). Zabranjene su, posebice, mjere kojima bi uprava razdijelila odnosno umanjila imovinu društva. U postupku preuzimanja nije, međutim, opravdano u potpunosti nekritički zatrti ovlaštenja uprave i nadzornog odbora propisana ZTD-om. Uprava i nadzorni odbor ne smiju se staviti po strani kako bi se otvorio put isključive zaštite usko ekonomskih interesa dioničara ciljnog društva. Prebacivanje protuponuditeljskog djelovanja s uprave na glavnu skupštinu ciljnog društva je u tom smislu tek puki normativni „smokvin list“ koji pokriva neopravdan pravopolitički razlog da je uprava smrtni neprijatelj svakog preuzimanja i da su interesi društva izjednačeni u postupku preuzimanja sa živom trgovinom dionica ciljnog društva na burzi koja je redovito popraćena rastom vrijednosti dionica ciljnog društva.

Odredba čl. 42. st. 3. Nacrta ZPDD-a *de lege ferenda* omogućuje, također, hitno olakšano sazivanje glavne skupštine na kojoj bi se odlučivalo o protuponuditeljskom djelovanju. Članovi uprave kadri su se u tom smislu osloboditi odgovornosti za naknadu štete prema društvu sukladno čl. 252. st. 4. reč. 1. ZTD-a, ako su se njihove protuponuditeljske radnje temeljile na odluci glavne skupštine koja je bila sazvana sukladno čl. 42. st. 3. Nacrta ZPDD-a *de lege ferenda*. Odluke glavne skupštine o protuponuditeljskom djelovanju imaju i prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a u tom smislu prednost pred protuponuditeljskim djelovanjem uprave ciljnog društva. Razlika je u tomu što će uprave ciljnih društava biti u većoj mjeri, nego što je to trenutno slučaj, motivirane da sazovu glavnu skupštinu sukladno čl. 42. st. 3. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a, jer je to najpraktičniji način da izađu iz škripca u kojem će se najčešće naći. To je, s jedne strane, potencijalna odgovornost društvu s naslova čl. 252. ZTD-a ako stoje po strani dok su interesi društva narušeni neprijateljskom ponudom za preuzimanje, a s druge potencijalna prekršajna odgovornost s naslova čl. 59. st. 1. t. 20. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a, ako se, a da za to nemaju opravdano uporište, započnu boriti protiv preuzimatelja.

Za očekivati je da odredba čl. 42. st. 2. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a neće u većoj mjeri zaživjeti u praksi. Pričuvne odluke glavne skupštine dioničkog društva uređene čl. 42. st. 2. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a omogućuju, doduše, upravi ciljnog društva učinkovito protuponuditeljsko djelovanje. Ne smije se, međutim, pritom zanemariti da takve pričuvne odluke glavne skupštine dioničkog društva signaliziraju tržištu kapitala da je konkretno ciljno društvo potencijalna meta preuzimanja. Pričuvne odluke glavne skupštine ne osiguravaju stoga dugotrajniju zaštitu budući da je ponuditelj koji se strateški

8 To je učinjeno po uzoru na pravilo iz § 60 st. 1. t. 8. njemačkoga WpÜG-a.

opredijelio za preuzimanje kadar pravodobnim stjecanjem relevantnog paketa dionica spriječiti produljivanje već donesenih pričuvnih odluka glavne skupštine.⁹ Stjecanje relevantnog paketa dionica koji je kadar omogućiti ponuditelju da zaustavi donošenje pričuvnih odluka glavne skupštine, kao i ostalih protuponuditeljskih djelovanja glavne skupštine ciljnog društva, nije nikako za predanog preuzimatelja ključna prepreka u njegovom naumu da preuzme ciljno društvo i to ponajprije stoga što je zastupljenost dioničara na glavnim skupštinama u pravilu niska.¹⁰ Treba imati na umu i da je ponuditelj kadar pobijati odluke glavne skupštine kojima ciljno društvo protuponuditeljski djeluje pa tako i, tzv. pričuvene odluke glavne skupštine ciljnog društva. Za pretpostaviti je da uprava ciljnog društva neće posegnuti za ovlaštenjima koja joj je dala glavna skupština glede protuponuditeljskog djelovanja, osim ako su tužbe na pobijanje očito bez ikakvog izgleda na uspjeh.¹¹ Uprava preuzima u suprotnom na sebe sav rizik protuponuditeljskog djelovanja. Izlaže se odgovornosti za naknadu štete nastale društvu i vjerovnicima društva, na što će tim teže pristati uzme li se u obzir da će u slučaju uspješnog preuzimanja upravo preuzimatelj odlučivati o pokretanju odgovarajućih parnica protiv članova uprave koji su protuponuditeljski djelovali.

Glavna skupština ni sukladno čl. 42. ZPDD-a niti sukladno čl. 42. st. 2. i čl. 43. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a nije, a niti ni neće u praksi znatno donositi protuponuditeljske odluke, iako je na to bila i ostala ovlaštena. To se samo u manjoj mjeri može argumentirati time da glavna skupština ciljnog društva u pravilu blagonaklono gleda na preuzimanje ili ga, štoviše, svojim neutralnim držanjem neizravno podržava. Jedina mogućnost iole važnijeg protuponuditeljskog djelovanja veže se stoga *de lege ferenda* uz radnje koje uprava poduzima uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora kad to opravdavaju okolnosti pojedinog slučaja koje se mogu podvesti pod jednu od iznimaka iz čl. 42. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a.

4. KRITIKA ČL. 42. ZPDD-A DE LEGE LATA

Odredba čl. 42. ZPDD-a slijedi odredbu čl. 9. Direktive 2004/25 EZ koja je sročena po uzoru na *Rule 21.1.* britanskoga *City Code*. Domaći zakonodavac nije obrazložio što ga je ponukalo da usvoji pravni režim propisan odredbom čl. 42. ZPDD-a. U nedostatku pravnopolitičkih ciljeva domaćeg zakonodavca, treba analizirati pravnopolitičke ciljeve koji su rukovodili europskog zakonodavca pri usvajanju čl. 9. Direktive 2004/25 EZ.

Grupa eksperata EU-a preporučila je kao temeljno načelo o kojem bi trebalo voditi računa u postupku preuzimanja dioničkih društava, to da su jedino i isključivo dioničari ciljnog društva ovlašteni odlučiti hoće li prihvatiti preuzimateljevu ponudu i pod kojim uvjetima.¹² Preuzimatelju se po tom stajalištu mora kao imatelju kontrolnog

9 Tako Steinmeyer, op. cit. u bilj. 1, § 33 rbr. 54.

10 Tako Steinmeyer, op. cit. u bilj. 1, § 33 rbr. 54.

11 Tako Steinmeyer, op. cit. u bilj. 1, § 33 rbr. 54.

12 V. Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover

udjela u ciljnom društvu omogućiti odgovarajući utjecaj na vođenje poslova društva.¹³

Te se teze opravdavaju u pravilu konstatacijama da su preuzimanja apsolutno pozitivna pojava, jer služe tomu da stabiliziraju i preurede slabo pozicionirana i loše vođena društva, da preuzimanje dovodi do jačanja ciljnog društva putem sinergijskih učinaka povezivanja s preuzimateljem te da su uprava i nadzorni odbor ciljnog društva protivnici preuzimanja.¹⁴ Krajnje je, međutim, dvojbeno teza da s ekonomskog stajališta neprijateljsko preuzimanje dovodi do premještanja produktivnih sredstava iz opadajućih gospodarskih sektora u one gospodarske sektore koji jamče veće prihode.¹⁵

Teze o blagotvornim ekonomskim učincima preuzimanja opravdano su izložene kritici i ne može ih se paušalno prihvaćati kao ocjenu realnog stanja, što ih ujedno diskvalificira da se neposredno koriste u vezi s prepoznavanjem i ocjenom pravopolitičkih ciljeva ZPDD-a.¹⁶ Pritom se neopravdano ispušta iz vida da britansko pravo, koje je u tom smislu poslužilo kao pravo uzor, ne poznaje sankciju gubitka prava glasa prema ponuditelju koji krši svoje obveze propisane ZPDD-om, kao i to da britansko pravo počiva na drukčijem konceptu usporedi li ga se s pravima kontinentalnoeuropskog pravnog kruga kojem pripada hrvatsko pravo. Britanskom je pravu svakako interes dodatno jačati položaj Londona kao ključnog europskog financijskog sjedišta, a za što je liberalan pristup ponudama za preuzimanje bitan uvjet. Preuzimatelji i nadalje listaju svoje dionice na Londonskoj burzi, a ciljna društva će nakon provedenog preuzimanja u pravilu delistati svoje dionice s burze na kojoj su njihove dionice do tad kotirale. Zagrebačka burza spada, konkretno, među burze koje će zbog takva liberalnog pristupa preuzimanju dobiti kratkoročno življu, obimniju trgovinu, no dugoročno će trgovina dionicama ciljnih društava gotovo potpuno presahnuti budući da će u konačnici doći do njihova delistinga ili, pak, do istiskivanja manjinskih dioničara odnosno preoblikovanja ciljnog društva u društvo s ograničenom odgovornošću.¹⁷ Hrvatsko pravo tržišta kapitala gubi time na važnosti, na obujmu trgovine što svakako umanjuje njegovu relevantnost u odnosu na nama poredbeno tržišta kapitala.

4.1. Odredba čl. 42. ZPDD-a derogirala je nerazmjerno svom pravopolitičkom cilju odredbu čl. 252. ZTD-a, a nije uvažila ni načela propisana čl. 3. st. 1. t. 3. i 4. ZPDD-a

Čl. 3. st. 1. t. 3. ZPDD-a propisuje da su uprava i nadzorni odbor ciljnog društva dužni u razdoblju provedbe preuzimanja postupati u najboljem interesu ciljnog društva. Ponuditelj i ciljno društvo dužni su provesti postupak preuzimanja

Bids, Bruxelles, 2002. str. 2.
13 Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids, Bruxelles, 2002. str. 7.
14 V. o tim konstatacijama Parać, Z., op. cit. u bilj. 1, str. 38; Jurić, D., Zubović, A., op. cit. u bilj. 1, str. 297.
15 O toj tezi v. Jurić, D., Zubović, A., op. cit. u bilj. 1, str. 297.
16 Tako Parać, Z., op. cit. u bilj. 1, str. 38.
17 V. istraživanje koje su o tom smislu provele Čulinović-Herc, E., Zubović, A., op. cit. u bilj. 1, str. 635, 636; Čulinović-Herc, E., Mikinac, O., op. cit. u bilj. 1, str. 92.

što brže, a ciljno društvo ne smije duže vrijeme od predviđenog biti spriječeno u svom poslovanju (čl. 3. st. 1. t. 4. ZPDD).¹⁸ Odredba čl. 252. ZTD-a matično uređuje dužnu pažnju i odgovornost članova uprave dioničkog društva. Odredbe čl. 3. st. 1. t. 3. i 4. ZPDD-a podudaraju se u tom smislu s pravilima odredbe čl. 252. ZTD-a. Članovi uprave dioničkog društva moraju, naime, voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i čuvati poslovnu tajnu društva. Članovi uprave dioničkog društva odgovaraju stoga ponajprije društvu za naknadu štete kao solidarni dužnici i to po načelu pretpostavljene krivnje. Članovi uprave kadri su se iznimno osloboditi te stroge odgovornosti za naknadu štete ako su pri donošenju poduzetničke odluke smjeli na temelju primjerenih informacija razumno pretpostaviti da djeluju za dobrobit društva (pravilo prosudbe razumnoga gospodarstvenika, čl. 252. st. 1. reč. 2. ZTD-a).

Stroga općenita zabrana upravi i nadzornom odboru da ometa ili onemogućuje uspjeh ponude za preuzimanje, propisana čl. 42. važećeg ZPDD-a, kosi se s prisilnopravnom odredbom čl. 252. ZTD-a. Odredba čl. 42. ZPDD-a kosi se štoviše i s općim načelima iz čl. 3. st. 1. t. 3. i 4. ZPDD-a.

Odredba čl. 42. ZPDD-a je u svakom slučaju *lex specialis* u odnosu na matičnu odredbu čl. 252. ZTD-a. Na odgovarajući način to se odnosi i na nadzorni odbor ciljnog društva pa je važeća odredba čl. 42. ZPDD-a, također, *lex specialis* i u odnosu na matičnu odredbu o dužnoj pozornosti i odgovornosti članova nadzornog odbora iz čl. 272. ZTD-a. Uprava ciljnog dioničkog društva nije stoga, u razdoblju nakon što je putem tržišnog operatera uređenog tržišta sukladno članku 4. ZPDD-a objavljena obavijest iz čl. 9. st. 3. i čl. 10. st. 2. ZPDD-a pa do objave izvješća o preuzimanju, obvezna postupati u skladu sa strožim zahtjevima čl. 252. ZTD-a. Članovi nadzornog odbora i uprave su, naime, općenito oslobođeni svoje odgovornosti za naknadu štete za koju bi inače mogli odgovarati s naslova čl. 252. odnosno čl. 272. ZTD-a.

Treba ponajprije naglasiti da nikako nije sporno da su u ponudbenom razdoblju uprava i nadzorni odbor ograničeni u svom djelovanju. Posrijedi je prirodan standard, zahtjev prava društava kao odgovor na osobitosti postupka preuzimanja dioničkih društava koji zalazi u područje prava tržišta kapitala. Sporna je međutim mjera ograničenja uprave i nadzornog odbora u ponudbenom razdoblju. Treba li se, naime, uprava ciljnog društva bez iznimke držati neutralno u ponudbenom razdoblju i prepustiti eventualno protuponuditeljsko djelovanje glavnoj skupštini ciljnog društva, kao što je to slučaj s čl. 42. ZPDD-a, ili se treba proširiti krug iznimaka u kojima uprava nije ograničena u svom djelovanju tijekom ponudbenog razdoblja, kao što je to slučaj s čl. 42. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a. Dobri razlozi govore u prilog drugoga koncepta. Pogrešno je, naime, upravi ciljnog društva beziznimno zabraniti da u postupcima preuzimanja poduzima radnje kojima bi mogla ugroziti

18 Treba naglasiti da § 3 st. 3. i st. 4. reč. 2. njemačkoga WpÜG-a sadrže ista rješenja kao i čl. 3. st. 1. t. 3. i 4. ZPDD-a. WpÜG daje, međutim, sukladno spomenutim načelima pravo upravi i nadzornom odboru ciljnog društva širu mogućnost poduzimanja protuponuditeljskih mjera ako je to, naravno, u interesu ciljnog društva.

Jasno je stoga i s tog poredbenopravnog stajališta da rješenja iz čl. 3. i čl. 42. ZPDD-a nisu međusobno usklađena, ona se, naime, međusobno isključuju. Posrijedi je stoga dodatan bitan razlog za zakonodavnu intervenciju koja se zagovara u ovom radu.

pravo dioničara da slobodno odluče o tomu hoće li prihvatiti ponudu za preuzimanje. ZPDD je nametnuo, međutim, upravi takvu pogrešnu kategoričnu obvezu neutralnosti u postupku preuzimanja u vezi s primjenom općih načela prava društava. Upravo tu zakonodavnu liniju razrađuje i preferira europski zakonodavac Direktivom 2004/25 EZ o ponudama za preuzimanje. Treba, međutim, ponovno naglasiti da europski zakonodavac nije pritom ni u kojem slučaju kategoričan te da je njemačko pravo za to najbolji primjer.

Na zaokret u uređenju čl. 42. ZPDD-a tjeraju ponajprije situacije u kojima interesi dobrobiti ciljnog društva nadilaze interese dioničara da od ponuditelja naplate što veću preuzimateljsku premiju. Praksa je pokazala da ni jedno dioničko društvo nije u svom statutu optiralo za europsko pravilo proboja iz čl. 43. ZPDD-a te da nije zabilježen ni jedan slučaj kad je u ponudbenom razdoblju glavna skupština ciljnog društva odlučivala o poduzimanju protuponuditeljskih mjera sukladno čl. 42. st. 2., 3 i 4. ZPDD-a. Potonja činjenica nije ponajprije rezultat favoriziranja postupka preuzimanja u domaćoj praksi, već je posljedica praktične neprovedivosti takvih protuponuditeljskih djelovanja *de lege lata*, a o čemu je već ranije u ovom tekstu bilo riječi.

4.2. Odnos čl. 42. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD i ZTD

Članak 42. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a nameće upravi ciljnog društva posebna pravila poslovnog ponašanja u postupku preuzimanja kad je ta ponuda za preuzimanje dana suprotno dobrobiti ciljnog društva (*unfriendly*, odnosno *hostile takeover bid*).¹⁹ Pravila poslovnog ponašanja matično su uređena Zakonom o tržištu kapitala (Narodne novine, br. 88/2008, 146/2008, 74/2009, 54/2013, 159/2013, 18/2015, 110/2015, 123/2016, 131/2017). Ona, njihova provedba, kao i kontrola njihove provedbe, ključni su za uspostavljanje povjerenja u uredno i neometano funkcioniranje tržišta kapitala.²⁰ ZPDD propisuje posebna pravila poslovnog ponašanja uprave ciljnog dioničkog društva u postupku preuzimanja u odnosu na opća pravila o postupanju uprave koja su propisana odredbama čl. 240. i čl. 252. ZTD-a.

Na temelju čl. 42. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a uprava ciljnog društva dužna se suzdržati od radnji koje bi mogle spriječiti uspjeh ponude za preuzimanje. Ta zabrana vrijedi samo u konkretnoj situaciji preuzimanja ciljnog društva. Izvan postupka preuzimanja, uprava se ravna pri poduzimanju protuponuditeljskih mjera isključivo po pravilima ZTD-a. Pravo društava ne nameće upravi nikakvo pravilo neutralnosti izvan postupka preuzimanja. Donese li uprava preventivno protuponuditeljske mjere koje će početi proizvoditi učinke pod odgovornim uvjetom da društvo zaista snađe neprijateljsko preuzimanje, te će mjere trebati izdržati test provjere sa stajališta čl. 42. prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a. Nije sporno da je riječ o posebnom korporacijskopravnom standardu kojeg se uprava ciljnog društva dužna pridržavati u postupku preuzimanja. Rukovodi li

19 Tako sa stajališta čl. 42. Prijedloga ZPDD-a odgovarajućeg § 33 njemačkoga WpHG-a Steinmeyer, R., op. cit. u bilj. 1, § 33 rbr. 1, str. 658.

20 Više o pravilima poslovnog ponašanja Miladin, P., op. cit. u bilj. 1, str. 527 i nadalje.

se uprava dominantno svojim vlastitim privatnim interesima, nastojeći sačuvati svoja stečena prava i osujetiti svoj izgledan opoziv, ona ne samo da se izvrgava odgovornosti za naknadu štete prema ciljnom društvu i vjerovnicima društva već se na temelju čl. 59. st. 1. toč. 20. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a izlaže i prekršajnoj odgovornosti.

U slučaju, tzv. neprijateljskog preuzimanja načelno pravilo po kojem uprava ne smije poduzimati protuponuditeljske mjere ne isključuje, međutim, prisilnoprave odredbe čl. 240. i 252. ZTD-a o materijalnopравnim i postupovnopравnim pretpostavkama poduzimanja protuponuditeljskih mjera.²¹ Posrijedi su ponajprije pravila ZTD-a o odgovornosti članova uprave za naknadu štete društvu i vjerovnicima društva te pravila ZTD-a o pretpostavkama za poduzimanje određenih radnji. Njih su se članovi uprave dužni držati kane li poduzimati protuponuditeljske mjere.

4.3. Protuponuditeljsko djelovanje uprave ciljnog društva de lege ferenda

4.3.1. Pregled

Novi koncept sprječavanja ponude za preuzimanje nikako ne znači da su ovlasti za poduzimanje protuponuditeljskih mjera prebačene s uprave na glavnu skupštinu, kao što to inače vrijedi za europsku zabranu sprječavanja ponude za preuzimanje te za čl. 42. ZPDD-a. Europsko ograničenje djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva, koje je uređeno čl. 43. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a zapravo je odredba kojom se kompetencije poduzimanja protuponuditeljskih mjera prebacuju s uprave na glavnu skupštinu ciljnog društva, a što je u konačnici praktički neprovedivo u domaćoj korporativnoj praksi. Prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a odredba čl. 42. ZPDD-a ostaje, također, i u postupku preuzimanja u okviru važećeg pravila o tomu da su uprava i nadzorni odbor ciljnog društva dužni djelovati neutralno, no nastoji se istodobno u najvećoj mogućoj mjeri uravnotežiti to pravilo s općim standardima prava društava, odnosno ZTD-a u dijelu koji se tiče odgovornosti i ovlaštenja uprave i nadzornog odbora dioničkog društva.

Glavnu skupštinu treba stoga prisilnopravno uključiti u poduzimanje protuponuditeljskih mjera samo ako je inače ZTD-om propisano da je za stupanje na snagu ili donošenje određenih odluka potrebna i suglasnost glavne skupštine dioničkog društva. Uprava smije, također, koristiti ovlaštenja koja joj je dala glavna skupština na temelju općih pravila prava društava, samo ako su se za to ispunile pretpostavke propisane čl. 42. st. 1. reč. 2., prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a. Odredba čl. 42. st. 1. reč. 2. ZPDD-a Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a ne uključuje, pak, protuponuditeljske mjere koje su donesene na temelju *ad hoc* odluka glavne skupštine ni na pričuvne, rezervne protuponuditeljske mjere koje je glavna skupština donijela na temelju čl. 42. st. 2. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a.

21 Tako sa stajališta čl. 42. Prijedloga ZPDD-a odgovarajućeg § 33 njemačkoga WpHG-a Steinmeyer, R., op. cit. u bilj. 1, § 33 rbr. 6, str. 660.

4.3.2. Područje primjene

Odredba se primjenjuje samo na radnje uprave koje ona poduzme u postupku preuzimanja odnosno u razdoblju nakon što je putem tržišnog operatera uređenog tržišta objavljena odluka o davanju javne ponude za preuzimanje pa do objave izvješća o preuzimanju. Nije pritom bitno je li uprava znala za ponudu za preuzimanje. Odredba čl. 42. ZPDD-a prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a odnosi se samo na one protuponuditeljske mjere koje se poduzimaju kao reakcija na ponudu za preuzimanje (represivne protuponuditeljske mjere, *ad hoc* protuponuditeljske mjere). Odredbom nisu stoga obuhvaćene protuponuditeljske mjere koje se poduzimaju preventivno, neovisno o nekoj konkretnoj ponudi za preuzimanje (preventivne protuponuditeljske mjere).²² Pravna sigurnost nalaže da se tako postupa, također, i kad su se već i prije nego što je sukladno čl. 4. ZPDD-a objavljena odluka o davanju javne ponude za preuzimanje počele širiti glasine o predstojećem preuzimanju.²³

Odredba se primjenjuje samo na javne ponude za preuzimanje koje su usmjerene na ostvarivanje kontrole nad ciljnim društvom. Nova odredba čl. 42. ZPDD-a prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a ne odnosi se na, tzv. običnu javnu ponudu za stjecanje dionica ciljnog društva. Ona se, također, ne primjenjuje ni kad ponuditelj u trenutku kad je objavio odluku o davanju javne ponude još nije precizirao je li riječ o odluci da dađe javnu ponudu za preuzimanje ili, tzv. običnu javnu ponudu za stjecanje dionica ciljnog društva.²⁴

Odredba čl. 42. ZPDD-a prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a primjenjuje se na odgovarajući način i na obvezne ponude za preuzimanje.²⁵ U praksi neće biti važnijeg upućivanja na primjenu odredbe čl. 42. prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a i kod obveznih ponuda za preuzimanje jer će uprava ciljnog društva jedva i moći poduzimati protuponuditeljske mjere protiv ponuditelja koji je već ostvario kontrolu u društvu. Tamo gdje bi to iznimno bio slučaj, moguća je smisljena primjena odredbe čl. 42. prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a, posebice, mogućnost korištenja pričuvnih odluka glavne skupštine ciljnog društva sukladno čl. 42. st. 2. prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a.

Nadzorni odbor ciljnog društva nije podvrgnut primjeni čl. 42. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a glede svojih kontrolnih ovlasti, kao ni u okviru svojih ovlasti propisanih čl. 42. st. 1. reč. 2., 3. alternativa prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a. Poduzme li, pak, nadzorni odbor iznimno radnje na

22 Steinmeyer, R., op. cit., u bilj. 1, § 33 rbr. 10.

23 Steinmeyer, R., op. cit., u bilj. 1, § 33 rbr. 10.

24 Steinmeyer, R., op. cit., u bilj. 1, § 33 rbr. 10. Ponuda za preuzimanje razlikuje se od obične javne ponude za stjecanje dionica ciljnog društva. Obična javna ponuda za preuzimanje dionica uvijek je kontrolno neutralna i razlikuje se od ponude za preuzimanje upravo po tomu što nije usmjerena na ostvarivanje kontrole u ciljnom društvu. Riječ je faktično o dvije situacije. U prvom slučaju riječ je o, tzv. ulaznoj ponudi; kad ponuditelj daje ponudu za stjecanje dionica ispod kontrolnog praga s tim da ponuditelj ne doseže kontrolni prag kad se zbroje dionice koje on već ima i iz kojih mu se pribrajaju prava glasa te dionice koje će tek steći javnom ponudom za stjecanje dionica. U drugom slučaju riječ je o javnoj ponudi za stjecanje dionica kad je ponuditelj već premašio kontrolni prag i odlučio je dati ponudu za dodatno stjecanje dionica.

25 Tako i § 39 njemačkog WpÜG-a.

temelju čl. 244., 247., 263. st. 2., 268. ZTD-a kojima je kadar neizravno utjecati na ovlasti uprave da vodi poslove društva, čl. 42. prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a primijenit će se na odgovarajući način. Odredba se ne primjenjuje na organe povezanih društava. Oni su dužni samo općenito svesti svoje interese u granice pravne zaštite. Uprava vladajućeg ciljnog društva dužna je, međutim, poduzeti prikladne mjere da se uzduž čitavog koncerna sva ovisna društva suzdrže od radnji kojima se otežava ili sprječava uspjeh ponude za preuzimanje. Glavna skupština ciljnog društva nije podvrgnuta zabrani sprječavanja ili otežavanja uspjeha ponude za preuzimanje. Glavna skupština ovlaštena je donositi protuponuditeljske mjere isključivo uz ograničenja propisana ZTD-om i ona nije u tom smislu ograničena ZPDD-om. Sazivanje i održavanje glavne skupštine je u tom smislu olakšano i *de lege ferenda* na temelju odredbe čl. 42. st. 3. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a.

U nastavku se detaljnije obrazlažu dvije ključne novine čl. 42. ZPDD-a sukladno Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a.

4.3.2.1. Radnje uprave ciljnog društva koje bi, također, poduzeli pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i članovi uprave nekog društva glede kojeg nije dana ponuda za preuzimanje (čl. 42. st. 1. rečenica 2., prva alternativa Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a)

Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a jasnim upućivanjem na izričaj čl. 252. st. 1. ZTD-a dopušta upravi ciljnog društva da poduzima i one radnje koje bi se poduzimale da nije bila dana ponuda za preuzimanje. Ova iznimka od načela neutralnosti nameće se već i *de lege lata* budući da bi inače gotovo svaka radnja uprave ciljnog društva bila kadra spriječiti uspjeh ponude za preuzimanje.

Interes što je moguće manjeg ometanja redovnog poslovanja ciljnog društva nameće potrebu da se nastavi sa svakodnevnim, operativnim redovitim poslovanjem ciljnog društva, kao i to da ciljno društvo nastavi ispunjavati ugovorne i druge pravne obveze koje je preuzelo prije nego što je bila objavljena odluka o davanju ponude za preuzimanje.

Pitanje je smije li uprava ciljnog društva na ovoj osnovi poduzimati također i izvanredne poslove. Treba stoga izričito naglasiti da uprava ciljnog društva smije po ovoj osnovi nastaviti s provedbom zacrtanih i ranije usvojenih poslovnih strategija.²⁶ Pitanje je i kako se uprava ciljnog društva treba konkretno pozvati na provedbu poslovne strategije pri donošenju svoje odluke u postupku preuzimanja te koji se dokazi trebaju u tom smislu zahtijevati od uprave ciljnog društva.²⁷ Svakako bi se trebalo ustrajati na poslovnoj strategiji koja nije starija od godinu dana te bi bilo poželjno da su se dioničari mogli o njoj izjasniti na glavnoj skupštini ciljnog društva. Poslovna strategija mora biti javno objavljena i to prije nego što je započeo postupak preuzimanja u kojem je uprava u pravilu u sukobu interesa. Ona može ponajprije biti sadržana u financijskim izvješćima ciljnog društva, no nema zapreke da se na neki

26 Tako Obrazloženje njemačke Vlade u povodu predlaganja WpÜG, RegE BT-Drucks. 14/7034, str. 58.

27 Steinmeyer, R., op. cit., u bilj. 1, § 33 rbr. 20.

drugi način javno iskomunicirala, primjerice, putem konferencije za medije, prema analitičarima i potencijalnim ulagateljima ili slično. Upravi se tim pravilom nameće dodatni standard odgovornosti glede urednog dokumentiranja zacrtane i usvojene poslovne strategije budući da uprava snosi teret dokaza da su u pojedinom slučaju ispunjene pretpostavke iznimki od pravila neutralnosti propisanog spomenutim pravilom.

Uprava ciljnog društva smije poduzimati izvanredne poslove ako je odluku o njihovu poduzimanju donijela ili ako ih je započela poduzimati prije nego što je započeo postupak preuzimanja.

Oslanjanje na usvojenu poslovnu strategiju otvara brojne mogućnosti protuponuditeljskog djelovanja. Riječ je, primjerice, o preuzimanju određenog ciljnog društva koje preuzimatelja izlaže brojnim teškim kartelnopravnim rizicima ili, pak, o otuđenju određenih pogona ciljnog društva koji su preuzimatelju izrazito atraktivni.²⁸

Pod ovim pravilom ne misli se na to da je uprava ciljnog društva ovlaštena poduzimati sve one radnje koje bi bila kadra poduzimati neovisno o postupku preuzimanja koji je zadesilo ciljno društvo. Uprava ciljnog društva ne smije, naime, u postupku preuzimanja poduzimati radnje kojima mijenja zacrtanu i usvojenu poslovnu strategiju. Ona je njome vezana i u postupku preuzimanja. Zauzme li se, naime, suprotno stajalište, izostala bi potreba za primjenom čl. 42. st. 1. rečenica 2., druga i treća alternativa Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a.

4.3.2.2. Radnje uprave uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora (čl. 42. st. 1. rečenica 2., treća alternativa ZPDD-a de lege ferenda)

Posezanje za protuponuditeljskim mjerama ne mora nužno ovisiti o tomu bi li uredni i pošteni član uprave smio poduzeti konkretne radnje neovisno o postupku preuzimanja. Posrijedi su stoga mjere koje se smiju poduzimati upravo u slučajevima preuzimanja ciljnog društva i to kao izravni odgovor u povodu neke konkretne ponude za preuzimanje. To objašnjava veliku potencijalnu praktičnu važnost ove iznimke od pravila da su uprava i nadzorni odbor ciljnog društva u načelu neutralni u postupku preuzimanja. Uprava smije uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora poduzimati radnje koje ne spadaju u redovito, svakodnevno poslovanje ciljnog društva ili se kreću izvan zacrtanog poslovnog plana odnosno utvrđene strategije društva. Kao odgovor na ponudu za preuzimanje smije se, štoviše, promijeniti utvrđena strategija društva. Sa stajališta ZPDD-a sva se posebnost odlučivanja uprave u postupku preuzimanja svodi na to da uprava u pravilu ne smije samostalno poduzimati protuponuditeljske mjere, iako bi ih ona inače po općem pravnom režimu prava društava bila ovlaštena poduzimati samostalno, već je za njihovo poduzimanje dužna pribaviti suglasnost nadzornog odbora. Druga je posebnost, da uprava smije koristiti ovlaštenja koja joj je na temelju ZTD-a dala glavna skupština za poduzimanje protuponuditeljskih mjera, samo ako su se za to ispunile pretpostavke propisane novim čl. 42. st. 1. reč. 2. ZPDD-a prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a. Uprava ciljnog društva smije po općim pravilima prava društava uz prethodnu suglasnost nadzornog

28 Steinmeyer, R., op. cit., u bilj. 1, § 33 rbr. 22.

odbora posegnuti i za ovlaštenjima koja joj je dala glavna skupština, no samo ako to ovlaštenje predviđa protuponuditeljsko djelovanje, barem na općenitoj, apstraktnoj razini. Prethodna suglasnost nadzornog odbora nije stoga kadra osnažiti poslove za koje je uprava ciljnog društva bila dužna ishoditi suglasnost glavne skupštine.

Nadzorni odbor nije ništa manje odgovoran od uprave pri odlučivanju o tomu hoće li dati ili uskratiti suglasnost upravi za poduzimanje protuponuditeljskih radnji. Članak 3. st. 1. toč. 3. ZPDD-a jasno propisuje da su uprava i nadzorni odbor ciljnog društva dužni u razdoblju provedbe postupka preuzimanja postupati u najboljem interesu ciljnog društva. Odredba čl. 272. ZTD-a o dužnoj pozornosti i odgovornosti članova nadzornog odbora upućuje na primjenu odredbe čl. 252. ZTD-a o dužnoj pozornosti i odgovornosti članova uprave. Jasno je stoga da su oba organa dužna u jednakoj mjeri štiti interese ciljnog društva. *Ratio legis* nije stoga da se glavna skupština zaobiđe pri odlučivanju o protuponuditeljskom djelovanju ni da se nadzornom odboru dadu tobožnja ovlaštenja da po svom potpuno slobodnom nahođenju paušalno osnažuje ma koje protuponuditeljsko djelovanje uprave ciljnog društva.

U praksi se očekuje od uprave ciljnog društva da svoje dvojbe, ako je to naravno ikako moguće, oko primjene čl. 42. st. 1. reč. 2. prva, odnosno treća alternativa ZPDD-a sukladno Zakonu o izmjenama i dopunama ZPDD-a, razriješi tako da konkretne protuponuditeljske mjere poduzima u pravilu isključivo uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora. Članovi uprave ciljnog društva kadri su se tako zaštititi od mogućih sankcija. U slučaju dodatne dvojbe preporučuje se ishoditi i dodatnu suglasnost glavne skupštine ciljnog društva sukladno čl. 275. st. 2. ZTD-a.

Posezanje za protuponuditeljskim mjerama ne narušava obveze propisane čl. 42. st. 1. ZPDD-a ako pri odmjeravanju međusobno suprotstavljenih interesa uprava ciljnog društva smije razumno pretpostaviti da prednost treba dati interesima ciljnog društva i njegovih dionika, *stakholdera* naspram interesa dioničara ciljnog društva. Članovi uprave ciljnog društva nisu u suprotnom kadri otkloniti predmnijevu po kojoj su se u svom protuponuditeljskom djelovanju rukovodili, u odlučujućoj mjeri između ostalog, i svojim vlastitim interesima.

5. ZAKLJUČAK

Nije sporno da uprava ciljnog dioničkog društva ima pravo i obvezu voditi poslove ciljnog društva, a nije sporno ni to da se ona u razdoblju preuzimanja svog društva treba suzdržati od svih radnji kojima bi bila kadra osujetiti uspjeh istaknute ponude za preuzimanje svog ciljnog društva. Dvojbeno je, međutim, je li pravopolitički opravdano radikalno odustati od uvriježenog standarda prava društava po kojem uprava odgovara za vođenje poslova društva u postupku preuzimanja ciljnog dioničkog društva. Odredba čl. 42. ZPDD-a, dakle postojeće pravno uređenje položaja uprave ciljnog društva u postupku preuzimanja, neprimjereno odstupa već od proklamiranih načela ZPDD-a, po kojima je uprava ciljnog društva dužna u razdoblju preuzimanja postupati u najboljem interesu ciljnog društva, a ciljno društvo ne smije duže vrijeme od predviđenog biti spriječeno u svom poslovanju (čl. 3. st. 1. t. 3. i 4. ZPDD-a). Odstupanje čl. 42. ZPDD-a od općeg prisilnopravnog režima iz

čl. 252. ZTD-a pravopolitički je opravdano, no treba ga svesti, sukladno rješenjima predloženim u ovom radu u granice zacrtane ustavnopravnim načelima primjerenosti i razmjernosti, odnosno odmjeravanja međusobno suprotstavljenih interesa. Uprava ciljnog društva treba uvijek poći od toga da postupak preuzimanja nije alibi za to da se ona bezuvjetno oslobodi svoje odgovornosti za vođenje poslova društva s naslova čl. 252. ZTD-a. U okolnostima svakoga pojedinog slučaja preuzimanja ciljnog društva, uprava treba odvagati pretežu li interesi dioničara da što bolje unovče svoje dionice ili, pak, interesi dobrobiti ciljnog društva. Članovi uprave ciljnog društva nalaze se u postupku preuzimanja u iznimno osjetljivom položaju jer, s jedne strane, odgovaraju za naknadu štete društvu i vjerovnicima društva s naslova čl. 252. ZTD-a, a s druge odgovaraju ne samo za naknadu štete već i prekršajnopravno ometaju li ponudu za preuzimanje (v. čl. 59. st. 1. t. 20. ZPDD-a sukladno Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama ZPDD-a), a da za to nemaju uporište u zakonom propisanim iznimkama. Rad zagovara Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama članaka 41., 42., 43., 44., 44.a te članka 59. stavak 1. točka 19., točka 16. i točka 20. ZPDD-a, a koji je uz njega priložen. Spomenuti tekst sročjen je po uzoru na njemački WpÜG. Tom se prijedlogu ne protivi Direktiva 2004/25 EU, budući da ona počiva u dijelu koji uređuje položaj uprave ciljnog društva u postupku preuzimanja na opcijском modelu te je predloženi zakonodavni zaokret u tom smislu prihvatljiv sa stajališta usklađenosti s europskim pravom.

Prilog 1. Tekst Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama članaka 41., 42., 43., 44., 44.a te članka 59. stavak 1. točka 19., točka 16. i točka 20. ZPDD-a

U članku 41. mijenja se naslov iznad njega koji glasi:

„Mišljenje uprave i nadzornog odbora ciljnog društva“

U stavku (1) u prvoj rečenici prije dvotočke iza riječi „uprava“ dodaju se riječi „i nadzorni odbor“. Stavak (1) točka 4. mijenja se i glasi:

„Izjave članova uprave i nadzornog odbora o njihovoj namjeri da ponudu za preuzimanje prihvate ili odbiju, ako su ujedno i dioničari ciljnog društva,“

U stavku (1) točka 5. iza riječi „uprave“ dodaju se riječi „i nadzornog odbora“.

U stavku (2) iza riječi „uprava“ dodaju se riječi „i nadzorni odbor“.

U stavku (3) iza riječi „uprava“ dodaju se riječi „i nadzorni odbor“, a riječi „obvezna je“ zamjenjuju se riječima „obvezni su“.

U stavku (5) iza riječi „uprava“ dodaju se riječi „i nadzorni odbor“, a riječi „obvezna je“ zamjenjuju se riječima „obvezni su“.

U stavku (6) u prvoj rečenici iza riječi „uprave“ dodaju se riječi „ili nadzornog odbora“. U stavku (6) briše se druga rečenica.

Članak 42. mijenja se i glasi:

„Djelovanja uprave ciljnog društva

„(1) Uprava ciljnog društva ne smije poduzimati radnje kojima bi bila kadra onemogućiti uspjeh ponude za preuzimanje u razdoblju nakon što je putem tržišnog operatera uređenog tržišta sukladno članku 4. ovog Zakona objavljena obavijest iz članka 9.

stavka 3. i članka 10. stavka 2. ovog Zakona pa do objave izvješća o preuzimanju. To se ne odnosi na radnje uprave ciljnog društva koje bi, također, poduzeli pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i članovi uprave nekog društva glede kojeg nije dana ponuda za preuzimanje, na potragu za drugim konkurentskim ponuditeljima za preuzimanje ni na radnje uprave ciljnog društva s kojima se suglasio nadzorni odbor ciljnog društva.

(2) Ovlasti li glavna skupština upravu prije razdoblja iz stavka 1. ovoga članka na poduzimanje radnji, koje spadaju u nadležnost glavne skupštine, kako bi se spriječio uspjeh ponude za preuzimanje te se radnje trebaju odrediti odlukom glavne skupštine prema vrsti ovlaštenja koju je glavna skupština prenijela na upravu. Ovlaštenje se daje na najdulje 18 mjeseci. Glavna skupština donosi odluku o tome većinom od najmanje tri četvrtine temeljnog kapitala zastupljenog na toj glavnoj skupštini; statutom se može propisati da je za to potrebna veća većina, a može se zahtijevati i ispunjenje dodatnih pretpostavki. Nadzorni odbor treba se suglasiti s radnjama uprave iz rečenice 1. ovog stavka.

(3) Odredbe čl. 43. st. 5., 6., i 7. ovog Zakona primjenjuju se na odgovarajući način ako se u vezi s ponudom za preuzimanje sazove glavna skupština ciljnog društva, u razdoblju nakon što je putem tržišnog operatera uređenog tržišta sukladno članku 4. ovog Zakona objavljena obavijest iz članka 9. stavka 3. i članka 10. stavka 2. ovog Zakona pa do objave izvješća o preuzimanju

(4) Ponuditelj i osobe koje s njim zajednički djeluju ne smiju davati ni nuditi članovima uprave i nadzornog odbora ciljnog društva nedopuštenu novčanu činidbu ni bilo kakvu drugu nedopuštenu imovinsku korist kako bi time zadobili njihovo savezništvo u postupku preuzimanja ciljnog društva.“

Članak 43. mijenja se i glasi:

„Europska ograničenja djelovanja uprave i nadzornog odbora ciljnog društva

1. Statutom ciljnog društva može se isključiti primjena članka 42. ovog Zakona. U tom slučaju primjenjuju se odredbe stavka 2. ovog članka.
2. Uprava i nadzorni odbor ciljnog društva ne smiju, bez odobrenja glavne skupštine ciljnog društva, u razdoblju nakon što je putem tržišnog operatera uređenog tržišta sukladno članku 4. ovog Zakona objavljena obavijest iz članka 9. stavka 3. i članka 10. stavka 2. ovog Zakona pa do objave izvješća o preuzimanju:
 - a. povećati temeljni kapital,
 - b. sklapati poslove izvan redovitog poslovanja društva,
 - c. djelovati na način koji bi mogao ozbiljnije ugroziti daljnje poslovanje ciljnog društva ili sklapati poslove koji bi mogli ozbiljnije ugroziti daljnje poslovanje ciljnog društva,
 - d. odlučiti o stjecanju ili otuđivanju vlastitih dionica ciljnog društva ili vrijednosnih papira koji daju pravo glasa,
 - e. djelovati na drugi način koji bi imao za cilj ometanje ili onemogućavanje ponude za preuzimanje.

3. Odluke uprave i nadzornog odbora iz stavka 2. ovog članka koje su donesene prije dana objave obavijesti iz članka 9. stavka 3. i članka 10. stavka 2. ovoga Zakona, a nisu u cijelosti provedene, moraju prije provedbe dobiti dodatno odobrenje glavne skupštine ciljnog društva, osim ako se radi o odlukama koje spadaju u redovito poslovanje ciljnog društva, a njihova provedba ne bi mogla ometati ili onemogućiti ponudu za preuzimanje. Ništetne su sve odluke uprave i nadzornog odbora ciljnog društva donesene u suprotnosti s odredbama ovog i prethodnog stavka ovog članka.
4. Uprava ciljnog društva obvezna je, bez odgode, obavijestiti Agenciju i nadzorna tijela država članice europskog ekonomskog prostora u kojima se trguje dionicama ciljnog društva na organiziranom tržištu, o tome da je ciljno društvo usvojilo ili brisalo odredbu statuta prema stavku 1. ovog članka.
5. Neovisno o rokovima za sazivanje glavne skupštine ciljnog društva propisanim Zakonom o trgovačkim društvima, glavna skupština ciljnog društva na kojoj će se odlučivati o djelovanjima iz stavka 2. točka 1. ovog članka, može se sazvati najkasnije 14 dana prije dana održavanja glavne skupštine.
6. Kod sazivanja i održavanja glavne skupštine na kojoj će se odlučivati o djelovanjima iz stavka 2. točka 1. ovoga članka, ciljno društvo može slobodno izabrati mjesto održavanja glavne skupštine i pritom nije dužno postupiti u skladu s odredbom članka 277. stavka 4. Zakona o trgovačkim društvima i eventualnim drukčijim odredbama statuta. Ako je rok za sazivanje glavne skupštine kraći od roka iz članka 279. stavka 1. Zakona o trgovačkim društvima, rok za pohranu dionica i prijavu sudjelovanja sukladno članku 279. Zakona o trgovačkim društvima je 4 dana. Društvo treba olakšati dioničarima izdavanje punomoći za glasovanje, ako je to moguće prema zakonu i statutu. Priopćenja dioničarima, izvješće prema članku 308. stavku 5. drugoj rečenici Zakona o trgovačkim društvima i pravodobno predani prijedlozi dioničara moraju biti dostupni i u skraćenom obliku objavljeni svim dioničarima. Priopćenja se ne moraju slati ako uprava, uz suglasnost nadzornog odbora, smatra da nije vjerojatno da će pravodobno biti dostavljena dioničarima. Kod prijedloga o kojima se glasuje, odredba članka 284. stavka 2. druge rečenice Zakona o trgovačkim društvima primjenjuje se u ovom slučaju i na dionice na donositelja.
7. Odluka glavne skupštine o djelovanjima iz stavaka 2. i 3. ovog članka donose se glasovima koji predstavljaju najmanje tri četvrtine temeljnog kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini pri odlučivanju o djelovanjima iz stavka 2. točka 1. ovog članka.
8. Traženje drugih ponuditelja nije djelovanje iz stavka 2. ovoga članka.
9. Ograničenja iz ovog članka ne primjenjuju se ako ponuditelj i osobe koje djeluju zajednički ne provedu postupak preuzimanja u zakonski predviđenim rokovima. U smislu ove odredbe, neće se smatrati da ponuditelj i osobe koje zajednički djeluju ne provode postupak preuzimanja u zakonski predviđenim rokovima ako je, s obzirom na okolnosti slučaja, riječ o kratkotrajnom prekoračenju roka.“

U članku 44. dodaje se naslov koji glasi:

„Pravilo proboja“

U članku 44. iza stavka 6. dodaju se novi stavci 7. i 8. koji glase:

7. Uprava ciljnog društva obvezna je, bez odgode, obavijestiti Agenciju i nadzorna tijela država članica europskog ekonomskog prostora u kojima su uvrštene dionice ciljnog društva na uređenom tržištu, o tome da je ciljno društvo usvojilo ili brisalo odredbu statuta prema stavku 1. ovog članka.
8. Na sazivanje i vođenje glavne skupštine iz članka 44. stavka 4. ovoga Zakona, na odgovarajući način se primjenjuju odredbe članka 43. stavka 4., 5., i 6. ovoga Zakona.“

iza članka 44. dodaje se novi članak 44.a koji glasi:

“Načelo uzajamnosti

1. Ako statut ciljnog društva isključuje primjenu članka 42. ovoga Zakona glavna skupština ciljnog društva može odlučiti da će se članak 42. ovoga Zakona ipak primijeniti ako ponuditelj ili njegovo vladajuće društvo nisu podvrgnuti primjeni pravila koja odgovaraju onima iz članka 43. ovoga Zakona.
2. Ako statut ciljnog društva sadrži odredbu iz članka 44. ovoga Zakona glavna skupština ciljnog društva može odlučiti da se ta odredba statuta ipak neće primijeniti ako ponuditelj ili njegovo vladajuće društvo nisu podvrgnuti primjeni pravila koja odgovaraju onima iz članka 44. ovoga Zakona.
3. Na temelju odgovarajuće odluke svoje glavne skupštine ciljno društvo može pridržati pravo primjene načela uzajamnosti sukladno stavcima 1. i 2. ovog članka. Odluka glavne skupštine vrijedi najdulje 18 mjeseci. Uprava ciljnog društva obvezna je, bez odgode, obavijestiti Agenciju i nadzorna tijela država članica europskog ekonomskog prostora u kojima su uvrštene dionice ciljnog društva na uređenom tržištu o tome da ju je glavna skupština ovlasila primjenjivati načelo uzajamnosti. Uprava je obvezna objaviti na web stranici ciljnog društva to svoje ovlaštenje.“

U članku 59. u stavku 1. točka 19. iza riječi „javnošću“ briše se „ . “ i umjesto nje dodaje „ , “

U članku 59. u stavku 1. mijenja se točka 16. koja glasi:

„16. protivno odredbama članka 43. stavka 4., članka 44. stavka 7. ili članka 44.a stavka 3. rečenica 3. ovoga Zakona, uopće ne obavijesti, netočno, nepotpuno ili nepravovremeno obavijesti Agenciju i nadzorna tijela država članica europskog ekonomskog prostora u kojima su uvrštene dionice ciljnog društva u uređenom tržištu,“

U članku 59. u stavku 1. dodaje se nova točka 20. koja glasi:

„20. protivno odredbama članka 42. stavka 1. rečenica 1. ili članka 43. stavka 2. i 3. ovoga Zakona, poduzme radnje.“

LITERATURA

Pravni izvori

1. Britanski City Code on Takeovers and Mergers, 1968, jedanaesta revizija 19. rujna 2011.
2. Direktiva 2004/25 Europske zajednice od 21. travnja 2004. o ponudama za preuzimanje
3. Obrazloženje njemačke Vlade povodom predlaganja Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, Regierungsentwurf Bundestag-Drucks. 14/7034.
4. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-977/2004 od 22. studenog 2006.
5. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-4468/2008 od 8. srpnja 2013.
6. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-2479/2100 od 9. srpnja 2013.
7. Odluka ministra financija dr. sc. Zdravka Marića o osnivanju Radne skupine za izradu nacrtu Prijedloga Zakona o preuzimanju dioničkih društava klasa: 011-01/16-01/22 urbroj: 513-06-03-16-2 od 5. svibnja 2016.
8. Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids, Bruxelles 2002.
9. Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz od 20. prosinca 2001. (BGBl. I S. 3822) zadnji put mijenjan čl. 2c Zakona od 28. studenog 2012. (BGBl. I S. 2369).
10. Zakon o trgovačkim društvima (Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 111/12, 125/11, 68/13, 110/15).
11. Zakon o tržištu kapitala (Narodne novine, br. 88/2008, 146/2008, 74/2009, 54/2013, 159/2013, 18/2015, 110/2015, 123/2016, 131/2017).
12. Zakon o preuzimanju dioničkih društava (Narodne novine, br. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13 i 148/13).

Literatura

1. Čulinović-Herc, E., Zubović, A., Pravne značajke provedenih postupaka preuzimanja prije i nakon pristupanja u EU i uočena regulatorna pitanja, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 66, (5) str. 619-638 (2016).
2. Čulinović-Herc, E., Mikinac, O., Otvorena pitanja uvrštenih dioničkih društava: razlozi za i protiv povlačenja vrijednosnih papira s uvrštenja na uređenom tržištu, u: Čulinović-Herc, E., Jurić, D., Žunić Kovačević, N. (ur.), Zbornik radova s konferencije „Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije“, Rijeka, Pravni fakultet, 2011.
3. Ivkošić, M., Gubitak prava glasa – sankcija zbog povrede odredbi o obavješćivanju odnosno preuzimanju dioničkih društava, Zbornik susreta pravnika, Zagreb, 2017., str. 345-380.
4. Ivkošić, M., Obrana dioničkog društva od neprijateljskog preuzimanja, doktorski rad, Zagreb, 2013.
5. Hirte, H., Büllow, C. (ur.), Kölner Kommentar zum WpÜG, 2. izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Köln, 2010.
6. Miladin, P., Trgovina financijskim instrumentima (vrijednosnim papirima, efektima), u: Miladin, P. (ur.) Prilagodba hrvatskog prava i ekonomije europskom tržištu kapitala, Zagreb, 2013., str. 527-561.

7. Parać, Z., Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava, *Pravo u gospodarstvu* 2003/4, str. 36-56.
8. Steinmeyer, R., *WpÜG Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz Kommentar*, 3. potpuno izmijenjeno i dopunjeno izd., Berlin, 2013.
9. Zubović, A., *Stjecanje glasačke kontrole nad uvrštenim društvom*, doktorski rad, Zagreb, 2012.
10. Jurić, D., Zubović, A., *Protuponuditeljske mjere i položaj uprave ciljnog društva u postupku preuzimanja ciljnog društva*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 30., br. 1. 2009., str. 291-331.

Petar Miladin*

Summary

COUNTER-OFFER MEASURES ACCORDING TO THE DRAFT ACT ON AMENDMENTS TO THE ACT ON THE TAKEOVER OF JOINT-STOCK COMPANIES

Law on taking over of joint stock companies (Official Gazette, no. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13 and 148/13, hereinafter ZPDD) requires to be reformed, and in any case it requires at least an open public discussion on the position of Board of Directors and Supervisory Board, respectively Management Board of the targeted joint stock company in the procedure of taking over the targeted company. Ministry of Finances established a Working group that discusses and prepares the Draft of the Law on amendments of the Law on taking over of the joint stock companies (Decision CLASS: 011-01/16-01/22 NUMBER: 513-06-03-16-2 of 5th May 2016, hereinafter: Working group). The author, as the member of the working group takes a stand on the reform of the law on taking over joint stock companies in the part that relates to undertaking the counter-offering measures in the procedure of taking over the joint stock companies and offers concrete suggestions *de lege ferenda*. The reasons for turn are based on the criticisms of strict neutral position of the Board of Directors and Supervisory Board of the targeted company *de lege lata*. The strict regulation of Art. 42. Par. 1. of ZPDD-a on so called neutral position of the Board of Directors and Supervisory Board of the targeted company in the procedure of taking over derogated the basic rule on business conduct of the company from Art. 252 of the Companies Act (Official Gazette, no. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 111/12, 125/11, 68/13, 110/15; hereinafter ZTD). The aforementioned rule should be therefore *de lege ferenda* changed so that the values of the domestic companies law and law governing capital markets, are in the greatest possible measure taken into account. Radical exclusion of the basic standard of conducting companies business in the procedure of taking over *de lege lata* is not justified. Particularly it is not appropriate from the position of weighing mutually conflicted political interests. The welfare of the targeted company must not be practically completely exterminated because of so called better interests of the law on taking over of joint stock companies. *De lege lata* welfare of the targeted company is not, and to say the least, valued enough in the procedure of taking over and in that respect solutions are offered *de lege ferenda*. Good example for necessary legal-political and positive legal turn is offered by the provisions of German Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (hereinafter WpÜG) which model the author took into account while offering solutions *de lege ferenda*. The Directive 2004/25 EU on takeover bids (hereinafter Directive 2004/25

* Petar Miladin, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, University of Zagreb; petar.miladin@pravo.hr.

EU) rests in that part on optional model.

Keywords: *law of take-over of joint stock companies, counter offering measures, legal position of board of directors and supervisory board, principle of neutrality, board of director's obligation to conduct company's business.*

Zusammenfassung

MASSNAHMEN HINSICHTLICH GEGENANGEBOTE GEMÄSS DER GESETZESVORLAGE ÜBER DIE ÄNDERUNGEN UND ERGÄNZUNGEN DES GESETZES ÜBER DIE ÜBERNAHME VON AKTIENGESELLSCHAFTEN

Das Gesetz über die Übernahme von Aktiengesellschaften (Amtsblatt der Republik Kroatien, Nr. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13 i 148/13, nachfolgend: GÜAG) verlangt eine Reform oder wenigstens eine öffentliche Konsultation über die Stellung des Vorstands und des Aufsichtsrates beziehungsweise des Verwaltungsrates der Zielaktiengesellschaft bei dem Übernahmeverfahren der Zielgesellschaft. Das Finanzministerium hat eine Arbeitsgruppe gegründet, welche über das Gesetz über die Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über die Übernahme von Aktiengesellschaften diskutiert und seine Vorlage vorbereitet (Beschluss, Klassifizierungsnummer: 011-01/16-01/22, Geschäftsnummer: 513-06-03-16-2 vom 5. Mai 2016, nachfolgend: Arbeitsgruppe). Der Autor ist als Mitglied dieser Arbeitsgruppe der Ansicht, dass das Recht über die Übernahme von Aktiengesellschaften im Bereich der Maßnahmen hinsichtlich Gegenangebote reformiert werden muss und bietet dafür konkrete Vorschläge. Solche Ansicht argumentiert man *de lege lata* durch die Kritik der strikten Neutralität des Vorstands und des Aufsichtsrates der Zielgesellschaft. Es wird betont, dass die strenge Bestimmung aus Art. 42 Abs. 1 des GÜAG über die sog. neutrale Stellung des Vorstands und des Aufsichtsrates der Zielgesellschaft bei dem Übernahmeverfahren die grundlegende Bestimmung über die Geschäftsführung aus Art. 252 des Gesetzes über Handelsgesellschaften derogiert hat (Amtsblatt der Republik Kroatien, Nr. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 111/12, 125/11, 68/13, 110/15; nachfolgend: HGG). Deshalb sollte man die genannte Bestimmung ändern, um die Werte des heimischen Gesellschaftsrechtes und des Kapitalmarktrechtes anzuerkennen. Das radikale Ausschließen des grundlegenden Standards der Geschäftsführung kann man *de lege lata* nicht rechtfertigen. Ebenfalls ist das nicht angemessen hinsichtlich der Festsetzung von gegenseitigen rechtspolitischen Interessen. Das Wohl der Zielgesellschaft sollte wegen der unumgänglichen Interessen des Rechtes über die Übernahme von Aktiengesellschaften nicht geopfert werden. Das Wohl der Zielgesellschaft wurde bei dem Übernahmeverfahren *de lege*

lata nicht genug bewertet, weshalb man in diesem Beitrag die Vorschläge de lege ferenda bietet. Das gute Beispiel dafür stellen die Bestimmungen des deutschen Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (nachfolgend: WpÜG) dar, anhand welchem der Autor die Vorschläge de lege ferenda bietet. Die Richtlinie 2004/25/EG über die Übernahmeangebote (nachfolgend: Richtlinie 2004/25/EG) stellt in dieser Hinsicht die andere Wahlmöglichkeit.

Schlüsselwörter: *das Recht über die Übernahme von Aktiengesellschaften, Maßnahmen hinsichtlich Gegenangebote, rechtliche Stellung des Vorstands und des Aufsichtsrates, Neutralitätsgrundsatz, die Pflicht des Vorstands zur Geschäftsführung.*

Riassunto

LE MISURE DEL CONTRO PROPONENTE SECONDO IL DISEGNO DI LEGGE SULLE MODIFICHE ED INTEGRAZIONI DELLA LEGGE SUL RILEVAMENTO DELLE SOCIETÀ PER AZIONI

La legge sul rilevamento delle società per azioni (Narodne novine, n. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13 i 148/13, in avanti ZPDD) richiede una riforma, o perlomeno un dibattito aperto, sulla posizione dell'amministrazione e del collegio sindacale ovvero del consiglio di amministrazione della società per azioni nel corso della procedura di rilevamento. Il Ministero delle Finanze ha costituito un gruppo di lavoro che discute e prepara il disegno di legge sulle modifiche ed integrazioni della legge sul rilevamento delle società per azioni (Decisione Classe: 011-01/16-01/22 num. Ruolo: 513-06-03-16-2 del 5 maggio 2016, in avanti gruppo di lavoro). L'autore in qualità di membro del gruppo di lavoro è dell'idea che sia necessaria una riforma del diritto al rilevamento delle società per azioni nella parte in cui si riferisce alle misure del contro proponente nella procedura di rilevamento delle società per azioni ed offre suggerimenti concreti. Le ragioni di un cambio di disciplina si fondano sulla critica rivolta alla posizione duramente neutrale dell'amministrazione e del collegio sindacale della società in questione de lege lata. Si osserva che la rigida regola dell'art. 42, comma 1 dello ZPDD sulla c.d. posizione neutrale dell'amministrazione e del collegio sindacale della società in occasione del rilevamento derogherebbe al principio generale sull'operato della società ai sensi dell'art. 252 della Legge sulle società commerciali (Narodne novine, n. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 111/12, 125/11, 68/13, 110/15; in avanti ZTD). Detta regola va pertanto modificata al fine di consentire nella maggiore misura possibile i valori del diritto societario interno e del diritto interno del mercato finanziario. Un'esclusione radicale dello standard

essenziale di conduzione degli affari della società in occasione del rilevamento de lege lata non è giustificato. In particolare, un tanto non è adeguato da una prospettiva di contemperamento degli interessi politico-giuridici contrapposti. Il benessere della società in questione non va del tutto annichilito in ragione dei preponderanti interessi legati al rilevamento della società. De lege lata il benessere della società che va rilevata non è sufficientemente stimato nel procedimento di rilevamento e in tale senso si offrono alcune soluzioni de lege ferenda. Un buon esempio al fine di realizzare un cambio di direzione nella politica legislativa è offerto dalla disciplina del Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (in avanti WpÜG) tedesco in base al quale modello l'autore suggerisce soluzioni de lege ferenda. La direttiva 2004/25 EU concernente le offerte pubbliche di acquisto (in avanti Direttiva 2004/25 EU) si fonda in tale parte sul modello opzionale.

Parole chiave: *diritto al rilevamento delle società per azioni, misure del contro proponente, posizione giuridica dell'amministrazione e del collegio sindacale, principio di neutralità, dovere dell'amministrazione di condurre gli affari della società.*

ABORTUS U PRAVNOM SUSTAVU SSSR-A OD 1920. DO 1991. - LEGALIZACIJA I KRIMINALIZACIJA

Izv. prof. dr. sc. Zrinka Erent-Sunko*

UDK 343.621(470+571)''1920/1991''
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.10>
Ur.: 18. rujna 2018.
Pr.: 22. listopada 2018.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Model SSSR-a primjer je dvojake pravne regulacije abortusa te model za istraživanje učinaka i posljedica kako legalizacije tako kriminalizacije. Naime, nakon Oktobarske revolucije 1920. vlasti RSFSR-a legalizirale su abortus. Legalizacija je bila dijelom rješavanja „ženskog pitanja“ i društvenog izjednačavanja žena i muškaraca, ali društvo s nagomilanim problemima i gladnim stanovništvom nije imalo ni dovoljno političke volje ni gospodarsku osnovu da to pitanje riješi. „Babki“ su i dalje izvodile ilegalne abortuse, posebice u provincijskim sredinama, udaljenim od velikih gradskih ovlaštenih zdravstvenih ustanova. Ipak, smrtnost žena je smanjena. Sa Staljinovom vlašću i politikom koja je povećanjem nataliteta trebala osigurati radnu snagu te tako potaknuti industrijalizaciju abortus je 1936. zabranjen. Određene su kazne kako za one koji su izvodili abortuse tako za žene koje su od tada bile pod dvostrukim teretom – kao majke i kao „rabortnitse“. No, ponovna kriminalizacija zbog mnogih čimbenika nije donijela očekivane rezultate. Postupci za kaznena djela izvođenja abortusa vodili su se rjeđe od očekivanog, a kazne su se češće izricale ženama nego onima koji su se radi zarade bavili izvođenjem ilegalnih abortusa. Nažalost, ni niz mjera kojima je država nastojala potaknuti veći natalitet, poput dječjih doplataka, plaćenih dječjih kampova i dr. beneficija nisu bile od koristi. Broj ilegalnih abortusa ostao je velik, unatoč blažem padu koji je uslijedio kratko vrijeme nakon zabrane. Rezultat nestručno izvedenih abortusa i abortusa izvedenih u nehigijenskim uvjetima bila je visoka stopa smrtnosti te teške posljedice po zdravlje žena. Kriminalizacijom nije povećan natalitet, a stvarna negativna statistika, vezana za posljedice nestručno i u nehigijenskim uvjetima obavljenih abortusa, zbog prikrivanja negativnih učinaka ove političke odluke vjerojatno se nikada neće znati. Ova je praksa trajala sve do Staljinove smrti nakon koje su 1955. abortusi ponovno legalizirani. Uz određena ograničenja, tako je ostalo sve do raspada ove komunističke velesile.

Ključne riječi: abortus, SSSR, žene, legalizacija, kriminalizacija, smrtnost.

* Dr. sc. Zrinka Erent Sunko, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu; zrinka.arent.sunko@pravo.hr.

1. UVOD

Često se o liberalizaciji abortusa, odnosno njegovoj legalizaciji govori kao o ostavštini socijalističkoga pravnog sustava. No, je li to tako? Socijalističke su države prolazile razne etape u sagledavanju problematike abortusa kojoj su pristupale s ideoloških i vrlo pragmatičnih aspekata. Primjer za to svakako je SSSR. U početku blagonaklon stav vlasti RSFSR-a koje su nakon revolucije 1920. abortus dekriminalizirale, zamijenilo je ograničenje, a potom i ponovna kriminalizacija 1936. koja je trajala do 1955 godine. Nakon raspada SSSR-a neke su bivše države zadržale visoka mjesta na svjetskoj ljestvici broja abortusa, no čini se da je trend velikih brojeva i ondje ipak u padu. Neki su autori upravo s obzirom na različita razdoblja vezana za regulaciju abortusa cijelo razdoblje sovjetske vlasti dijelili na lenjinističko, staljinističko i poststaljinističko da bi posebno naglasili različitost prakse, odnosno pravnog realiteta.¹ Rasprave koje su od dvadesetih godina 20. stoljeća u RSFSR-u vođene za i protiv, najčešće su problemu prilazile ne uzimajući u obzir sve odlučujuće čimbenike pri čemu dakako, o mogućem pravu žena na raspolaganje svojim tijelom nije bilo govora. Argumenti Crkve pak nisu uzimani u obzir jer je Crkva tada posve izgubila svoje mjesto u političkom sustavu. Iako je abortus smatran dijelom „ženskog pitanja“ on nije u stvarnosti sagledavan kao takav, već kao društveni problem povezan za visokom stopom smrtnosti žena, koje su u uvjetima teških životnih prilika i siromaštva pribjegavale čestim nezakonitim abortusima. Očekivalo se i da će učestalost abortusa poboljšanjem uvjeta života pasti. No, željeni se cilj nije ostvario, a dolaskom Staljina na vlast, abortusi su kao neprijatelj državne pronatalitetne politike zabranjeni. Državi je u napretku i industrijalizaciji trebala radna snaga koju stanovništvo nije imalo. Tako se od 1936. prema onima koji izvode abortuse te ženama izriču zatvorske kazne, kazne popravnog rada te novčane kazne. Točan broj izvršenih abortusa kao i počinitelja ne zna se točno zbog tajnosti podataka koju je vlast uspješno provodila propagirajući svoj sustav dobro znanim sredstvima. No, veliki broj počinitelja nikada nije ni procesuiran kako zbog solidarnosti građana tako zbog „uvježbane“, vjerojatno stoljetne, prakse ilegalnih abortusa koje su izvodile, tzv. „babke“ ili čak liječnici. Tu je praksu velikim dijelom podupirao strah, sram, nedostupnost ili teška dostupnost zdravstvenih ustanova ženama u provinciji, životni standard, navike i mnogi drugi čimbenici. Cilj je rada istražiti regulaciju abortusa i posljedice njene primjene kako bi se rezultati, uz određene odmake, mogli uzeti u obzir pri procjeni rizika koje sa sobom donose određena rješenja.

U carskoj je Rusiji abortus bio zabranjen, a smrtna se kazna primjenjivala kao sankcija sve do vremena Petra Velikog. No, abortus je ostao teško kazneno djelo i u vremenu koje je uslijedilo, sve do 1917. Naime, smrtnu je kaznu u ruskom Kaznenom zakoniku u čl. 1462.-1463. zamijenila kazna oduzimanja građanskih prava i izгона ili osuda na težak rad. Unatoč kaznama abortusi su bili česti o čemu svjedoče mnogi izvori, a čini se da u godinama prije Prvog svjetskog rata za to kazneno djelo doneseno

1 Tako Bazylar, M. J., *The Rights of the Women in the Soviet Union*, *Whittier Law Review*, no. 9., 1987.-1988. str. 23.-430., dostupno na: <http://heinonline.org>, posjećeno 21.05.2017.

vrlo malo presuda.² Tako je 1910. bilo 20 presuda za kazneno djelo obavljanja abortusa, 1911. 28 presuda, 1912. 31 presuda, 1914. 60 presuda, 1915. 40 presuda, a 1916. 51 presuda.³ Na abortus su se žene odlučivale zbog uvjeta života, nemogućnosti planiranja obitelji kao i vrlo niske dobi nevjesta za stupanje u brak. Prema nekim izvorima čak je 55 % ruskih nevjesta 1910. stupalo u brak s manje od dvadeset godina starosti.⁴

U drugim zemljama u to vrijeme, situacija je bila slična. Abortus je bio kazneno djelo u Njemačkoj od 1872., tj. i prije, s obzirom na to da je penaliziran 1851. pruskim Kaznenim zakonom.⁵ Za ženu koja je imala abortus kao i pomagača u tom činu Kaznenim je zakonom bila predviđena kazna od pet godina zatvora, a za onoga tko je izveo postupak zbog imovinske koristi i do deset godina zatvora (čl. 219). Postupak za liberalizaciju počeo je prije 1900., a tijekom Weimarske republike kazne su donekle ublažene.⁶ Naime, odlukom Vrhovnog suda iz 1927. dopušten je abortus zbog medicinskih razloga.⁷ Predratna je Njemačka koristila abortus kao sredstvo svoje eugeničke politike, ali je tijekom Drugog svjetskog rata, tj. od 1943. propisivala strože zatvorske kazne za arijevske ako plod nije bio deformiran ili invalidan⁸ te čak smrtnu kaznu za onoga tko je obavljao „neopravdane“ abortuse. Mnoge su rasprave vođene te knjige napisane o strašnoj njemačkoj politici osiguranja čiste arijevske rase, odredbama o prisilnoj sterilizaciji⁹ kao i odredbama o abortusima ako je postojala vjerojatnost da će biti rođena djeca koja fizički ili mentalno ne odgovaraju očekivanim arijevim standardima. No, izgleda i da je broj ilegalnih abortusa, dakle onih koje vlast nije smatrala „opravdanim“, bio velik.¹⁰ Do legalizacije abortusa dolazi u Njemačkoj tek sedamdesetih godina 20. stoljeća. Istočna je Njemačka to učinila 1972., a Zapadna četiri godine kasnije.

Napoleonov zakon početkom 19. stoljeća kriminalizira abortus da bi francuski Kazneni zakon iz 1923. zbog velike smrtnosti u Prvom svjetskom ratu (i protiv maltuzijanske politike) povećao kazne za počinitelje i žene. Kazneni zakon iz 1939.

2 Prema Avdeev, A., Blum, A., Troitskaya, I., *The History of Abortion Statistics in Russia and the USSR from 1900 to 1991*, *Population: An English Selection*, Institut National d'Etudes Démographiques, no. 7., 39-66, 1995., str. 40., dostupno na: <http://www.jstor.org/stable/2949057>, posjećeno 12.12.2017.

3 Ibid.

4 Prema Hyde, G., *Abortion and the birth rate in the USSR*, *Journal of Biosocial Science*, vol. 2 (3), 283-292., 1970., str. 283., dostupno na: <https://www.cambridge.org/core/journals-of-biosocial-science/article/div-classtitleabortion>, posjećeno 5.3.2018.

5 Tako David, H. P., Fleischhaker, J., Höhn, Ch., *Abortion and Eugenics in Nazi Germany*, *Population and Development Review*, vol. 14, br. 1, 1988., str. 81.

6 Zbog visoke stope smrtnosti žena do koje je došlo zbog ilegalnih abortusa.

7 Vidi više Osborne, C., *Cultures of Abortion in Weimar Germany*, New York, 2007.

8 Vidi više Pine, L., *Nazi Family Policy, 1933.-1945.*, New York, 1997.

9 Bock, G., *Antinatalism, Maternity and Paternity in National Socialist Racism*, u: *Nazism and German Society*, ed. Crew, D London, New York, 1994., str. 110.-141. Grossmann, A., *Reforming Seks: The German Movement for Birth Control and Abortion Reform, 1920.-1950.*, New York, 1995.

10 Hoffman navodi broj od preko milijun abortusa pozivajući se na Bock, Pine, Koons. Vidi Hoffman, D.L., *Cultivating the Mosse: Modern State Practices and Soviet Socialism, 1914-1939*, Ithaca, London, 2011., br. 111.

pak dopušta abortus u slučaju opasnosti po život žene, odnosno kako bi se on spasio. Francuska je, nakon poreznih nameta za neženje i neudane žene starije od 30 godina te parove koji ni nakon deset godina braka nemaju djece, Zakonom o obiteljskom doplatku 1932. predviđala naknadu za majke, da bi Obiteljski zakonik iz 1939. godine osigurao naknadu od nekoliko tisuća franaka za prvo dijete rođeno u prve dvije godine braka.¹¹ Tijekom Vichyevskog režima abortus je bio zločin koji se kažnjavao smrtnom kaznom, a posljednja je žena pogubljena temeljem toga zakona 1943. Nakon rata rastao je broj abortusa. Tek je 1975. abortus legaliziran do 10. tjedna trudnoće, a od 2001. do 12. tjedna.

Talijanski Kazneni zakon iz 1931. godine predvidio je kaznu zatvora od dvije do pet godina za izvršitelje abortusa. Abortus je legaliziran u Italiji 1978. Zakonom br. 1978.

U Engleskoj, Škotskoj i Walesu abortus se do reformacije procesuirao i bio u nadležnosti crkvenih sudova, da bi od 1803. bio reguliran tzv. Zakonom lorda Ellenborougha. Kazne propisane tim, kao i Zakonom iz 1828., bile su vrlo stroge, posebice ako se abortus izvršio po ožvjljenju ploda (engl. *quickening*). Smrtnu kaznu je mogao donekle ublažiti izgon na 14 godina. Potom je 1837. ukinuta smrtna kazna da bi od 1857. kaznu izгона zamijenila zatvorska kazna. *Infant Life Preservation Act* iz 1929. donio je manju liberalizaciju, a abortusi su uz određene zakonske uvjete u Velikoj Britaniji legalni od 1967. (što se ne odnosi na Sjevernu Irsku).

U 19. stoljeću je abortus u Švedskoj i Danskoj bio dopušten da bi od 1930. zakon donio neka ograničenja, no ne i zabranu.¹²

2. RAZDOBLJE LENJINIZMA - RAZDOBLJE LEGALIZACIJE

Nakon sovjetske revolucije, položaj i uloga žena u društvu sagledavani su u drukčijem političkom ozračju, no kroz gotovo iste predrasude. Postrevolucionarno vrijeme trebalo je izjednačiti žene s muškarcima, no ta su nastojanja ometana raznim čimbenicima od kojih valja istaknuti teško mirenje s napuštanjem načina života koji je podrazumijevao mušku dominaciju.¹³ Smatrajući da su sovjetske žene nespремne za promjene, jer su tradicionalnije i posvećenije privatnom životu, država je preuzela brigu da ih pripremi za političku aktivnost koja se od njih očekivala.¹⁴ Među mnogim pitanjima koje je država „preuzela“ riješiti nalazilo se i pitanje majčinstva. Rješavanje,

11 Offen, K., *Body Politics: Women, Work and the Politics of Motherhood in France, 1920-1950*, *Maternity & Gender Policies: Women and the Rise of the European Welfare States, 1880s 1950s*, ed. Gisela Bock and Pat Thane, London, 1991., str. 138-159. Također *Women and the Politics of Motherhood in France, 1920-1940*, Working Paper, no. 293, European University Institute, Florence, 1987.

12 Druge države u Europi vidi Hoffman, D., *Mothers in the Motherland: Stalinist Pronatalism in Its Pan European Context*, *Journal of Social History*, vol 34, no. 1, Oxford, 2000., str. 35-54., dostupno na: <http://jstor/stable/3789509>, posjećeno 5.2.2018.

13 Bazyler suprotstavlja stoljetnu zaostalost društva muške dominacije 70-godišnjem razdoblju nakon Revolucije, čiji se dio odnosi na njegov istraživački rad, navodeći da je u tom razdoblju bilo teško promijeniti obitelji i običaje koji su postojali stoljećima. Vidi Bazyler, *The Rights of The Women in the Soviet Union*, str. 430.

14 Usp. Karabuchuk, T., Kumo, K., Selezneva, K., *Demography of Russia*, London, 1974., str. 65.

tzv. „ženskog pitanja“, i obećano izjednačavanje žena i muškaraca, počelo je dekretima o radnom vremenu, minimalnoj naknadi, osiguranju itd. da bi se među njima našlo i pitanje do tada zabranjenih abortusa. Sovjetska vlast u RSFSR-u 1920.¹⁵ legalizirala je abortus Dekretom¹⁶ (SU RSFSR, 1920). Već sljedeće godine to pravo je uneseno u ukrajinsko zakonodavstvo, a potom i cijeli SSSR. Postupak se izvodio besplatno u javnim, zdravstvenim ustanovama. Iako je abortus smatran negativnim izdankom kapitalističkog društva,¹⁷ sovjetska se vlast odlučila za legalizaciju smatrajući, kao i Lenjin,¹⁸ da će ta pojava postupno nestati u sovjetskom društvu jer za nju više neće biti potrebe. Vlast je zagovarala prokreativnu politiku, ali s obzirom na ekonomsko stanje, dugogodišnje razdoblje revolucije i rata te smrtnost majki prouzročenu ilegalnim abortusima, legalizacija abortusa javila se kao nužnost. Prema nekim tvrdnjama liberalizacija je čak više bila nastavak rasprave o potrebi legalizacije, koju je već krajem 19. stoljeća otvarala struka,¹⁹ no dio ideologije nove vlasti.²⁰ Preambula dekreta od 18. studenog 1920. navodila je razloge temeljem kojih se dopušta abortus,²¹ a među kojima su se spominjali ekonomski razlozi, kao i činjenica da su abortuse do tada izvodile nestručne osobe. Pravo žene da sama odlučuje o svom tijelu nije kao takvo spomenuto. Upravo je bilo suprotno. To bi pravo bilo primjereno buržoaskom, mrskom svijetu i trebalo je biti prevladano očekivanim gospodarskim boljitkom.²² U danim sovjetskim okolnostima abortus je za sovjetsko društvo bio „manje od dva zla“.²³

- 15 Za razumijevanje prava i pravnog sustava te ustavnih prava žena u sovjetskom društvu vidi Babb, H. W., Hazard, J. N., *The Law of the Soviet State*, New York, 1948.
- 16 Ob iskusstvennom preryvanii beremennosti, Dekret, Sovnarkom od 18.11.1920. Vidi i Semashko, *Health Protection in the USSR*, London, Gollancz, 1934., str. 82-84. Semashko je obnašao dužnost Narodnog komesara zdravstva pa je u, tzv. Dokumentu br. 9 dao i komentar na rezultate Dekreta. Semashka citira Gross, Solomon, G., *The Soviet Legalization of Abortion in German Medical Discourse: A Study of the Use of Selective Perceptions in Cross-Cultural Scientific Relations*, *Social Studies of Science*, vol. 22, br. 3, 1992., dostupno na: <http://jstor.org/stable/370278>, posjećeno 1.4.2018.
- 17 Interesantno je spomenuti da neki suvremeniji izvori uspoređujući odnose vezane za obitelj, a time i vrijednost i odnose između članova obitelji, navode kao temeljnu razliku opreku između američkog individualizma i europske sklonosti ka zajedničkom, što utječe na odgovornost i prava. Tako Glendon, M. A., *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, 1987.
- 18 Vidi Lenin, V. I., *The Working Class and Neo-Malthusianism*, *Lenin Collected Work*, vol. 19, trans. The Late George Hanna, Moscow, 1977. Originalno objavljeno u: *Pravdi*, br. 137, 16.6.1913. I Zielinska citira Lenjinov govor. Vidi Zielinska, E., *European Socialist Countries*, u: Frankowski, S., Cole, G., *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross-Cultural Perspective*, Boston, 1987. Također navodi da su sve socijalističke države, u Europi i drugdje, imale permisivan stav prema abortusima.
- 19 To je pitanje otvoreno još 1889. godine na 3. kongresu Društva Pirogov, a potom i na 12. kongresu 1913. u St. Petersburgu.
- 20 Ono će se otvoriti kao ideološko pitanje tek tridesetih godina.
- 21 Vidi Preambulu u: *Postanovlenie KPSS i Sovetskogo pravitel'stva ob okhrane zdorov'ja naroda*, Moscow, 1957.
- 22 Tako Semashko. Vidi Gross, Solomon, S., *The Soviet Legalization of Abortion in German Medical Discourse*, str. 460., dostupno na: <http://jstor.org/stable/370278>, posjećeno 1.4.2018.
- 23 Gross, Solomon citira Semashka. Vidi *The Soviet Legalization of Abortion in German Medical Discourse*, str. 461., prema Semashko N. A., *Drei Jahre Sowjetgesetzgebung in einer „wunden*

Kako bi se abortusi obavljali pod nadzorom te se spriječile posljedice po zdravlje i život žena u kaznene su zakone i 1922. (UK RSFSR, 1922, poglavlje 146.) i 1926. (UK RSFSR, 1926, poglavlje 140.) unesena kaznena djela obavljanja abortusa od nestručne osobe.²⁴ Također je kazneno djelo bilo i izvođenje abortusa u nepogodnim nehigijenskim uvjetima. Čvrsto uporište zagovornicima legalizacije davala je činjenica da su se abortusi, kojih je bio veliki broj, obavljali kod nestručnih osoba umjesto u medicinskim ustanovama, što je bilo još češće u područjima koja su bila udaljena od gradova, a time i bolnica. Nažalost, veliki je broj žena zbog srama i osuda okoline nastavio „suradnju“ s nestručnim osobama, posebice u seoskim područjima u kojima je prije industrijalizacije i živjela većina stanovnika. Tomu je uvelike pridonijela i nemogućnost zaštite od trudnoće. Naime, iako je okružnicom Narkomata, tj. Ministarstva zdravstva iz 1923. godine obznanjena potreba informiranja žena o kontracepciji u savjetovalištim i ginekološkim ordinacijama, žene su se zbog različitih razloga (neobrazovanost, neinformiranost, nedostupnost drugih oblika) najviše koristile abortusom kao metodom kontracepcije. Stoga je sukladno novoj politici, ali i do tada ustaljenoj praksi ilegalnih abortusa, RSFSR nastavila politiku koja je „požnjela uspjeh“, a koja je, prema nekim izvorima, bila takva da su se zbog velikog broja abortusa morale otvarati posebne klinike što je izazvalo zabrinutost medicinskog osoblja. Zbog te je zabrinutosti 3. studenog 1924. i došlo do ograničenja u pogledu izvršenja abortusa koji su se do tada obavljali besplatno pa je posebno povjerenstvo odlučivalo o besplatnim abortusima za žene lošega zdravstvenog i socijalno-imovinskog stanja. Ostali abortusi izvodili su se uz plaćanje. Upravo zbog cijene mnogi su se abortusi nastavili izvoditi ilegalno. Naime, cijena abortusa iznosila je 50 rubalja u vrijeme kada je prosječna plaća u gradu iznosila 80 do 100 rubalja.²⁵ U svakom slučaju, i bez obzira na sve, broj abortusa nastavio je rasti, ali točan broj nikada se neće znati. Neki podaci govore o 103.000 legalno izvedenih abortusa, no toj brojci treba dodati i broj nelegalnih koji je izgleda bio isti. Veliki broj nelegalnih abortusa potvrđuju podaci vezani za broj žena koje su nakon nestručno izvedenih postupaka ili postupaka izvedenih u nehigijenskim uvjetima zbog komplikacija morale potražiti liječničku pomoć. U nekim je područjima države jedna trećina bolničkih kreveta bila zauzeta upravo pacijenticama koje su liječničku pomoć zatražile zbog navedenih razloga (npr. Smolensk), dok je na nacionalnoj razini to bilo 14 do 15% bolničkih kapaciteta.²⁶ Smanjenju broja ilegalnih abortusa slabo je pridonijela proklamacija sigurnosti izvođenja abortusa u medicinskim ustanovama za koje se govorilo da su sigurniji od postupka rađanja. Čini se da je postotak dobivanja infekcije nakon

Frage“, *Das Neue Russland*, vol. 1, no. 3/4, 1924., 27-29.

- 24 Kazneni zakon RSFSR donesen je 1926., a stupio je na snagu 1927. Od 1926. do 1928. doneseni su kazneni zakoni i u svim drugim republikama. Svi kazneni zakoni trebali su biti usuglašeni s Dekretom o temeljnim načelima kaznenog zakonodavstva SSSR-a i saveznih republika, koji je donio CIK SSSR 31. listopada 1924.
- 25 Prema Denisova, L., *Protection of childhood and motherhood in the countryside*, u: *Rural women in the Soviet Union and post-Soviet Russia*, Abingdon, Oxon, 2010., str. 178. Standard života na selu bio je niži, a time i nemogućnost plaćanja abortusa veća.
- 26 Ibid. Denisova svoje navode temelji na arhivskoj građi iz Gosudarstvennyi Arkhiv Rossiiskoi Federatsii, fond 396, 3., 6., 17.

medicinski učinjenih abortusa bio 60 do 120 puta manji nego kod poroda. No, s druge strane, ne smije se izgubiti iz vida niti da je 20 % žena kojima je abortus izveden u medicinskim ustanovama imalo komplikacije čija je posljedica bila neplodnost.²⁷

Od dodatnog ograničenja koje je uslijedilo 1926. abortusi su bili dopušteni do 4. mjeseca trudnoće pri čemu se procjenjivala materijalna situacija i uzimali u obzir čimbenici koji su činili sljedeću ljestvicu: 1.) same i nezaposlene žene, 2.) same, zaposlene žene s djecom, 3.) industrijske radnice s više djece, 4.) žene fizičkih radnika s više djece, 5.) ostale žene sa socijalnim osiguranjem te 6) druge žene. Takva je ljestvica trebala pokazati vezu određenoga životnog standarda i kontrole rađanja. To je ograničenje rezultiralo daljnjim povećanjem ilegalno izvršenih abortusa kod *babki*²⁸ pa je sljedeća mjera vlasti bila uvođenje sustava registracije, kartica na kojima su bili podatci o starosti žene, zanimanju, prebivalištu, bračnom statusu, broju trudnoća i abortusa i dr. Time se željelo pratiti stanje u društvu i posredno iznaći mogućnost kontrole „crnog tržišta“. Od 1925. bili su vođeni posebni statistički godišnjaci kako bi se pratilo stanje u društvu, ali i funkcionalnost sovjetske legislative koja u to vrijeme, s obzirom na broj abortusa, postojanje „crnog tržišta“ i teško dostupno besplatno medicinsko obavljanje abortusa za žene u provinciji, zasigurno nije pokazivalo dobre rezultate. Legislativu je 1925. godine upotupnio ukaz od 17. ožujka kojim je odluka o besplatnom abortusu „stavljena u ruke“ i jedinica u provincijskom dijelu SSSR-a, no to nije pridonijelo redu. Već u veljači 1926. novim su ukazom (12. prosinca 1926.) abortusi postali zabranjeni nakon tri mjeseca trudnoće, osim zbog strogo medicinskih razloga, a od 1928. godine žene su u SSSR-u bile obvezne ostati u bolnici tri dana nakon abortusa. Čini se kratko, posebice ako se uzme u obzir da davanje sredstava protiv boli i anestetika nije bilo uobičajeno.²⁹

Ne treba zaboraviti da su se i prije, a i u vrijeme legaliziranja te proklamiranja legalnih abortusa, vodile rasprave „za“ i „protiv“. I među onima koji su bili „za“ sukobila su se dva svjetonazora o legalizaciji abortusa. Jedan je zastupala struka, dakle liječnici koji su još od kraja 19. stoljeća na stručnim skupovima iskazivali potrebu legalizacije zbog velikoga broja nelegalnih abortusa, i posljedica koje su oni ostavljali. Drugi su oni koji su svoja stajališta gradili na uvjetovanosti broja djece višim životnim standardom. Na drugoj strani su bili zagovornici pronatalitetne politike te zabrane abortusa. I država je zagovarala pronatalitetnu politiku koja se sastojala u nizu mjera, od zakonske regulacije porodnog dopusta, zaštite trudnica od premještaja na poslu, omogućavanja rada na manje teškim poslovima za istu plaću,

27 Tako Goldman, W., *Women, Abortion, and the State, 1917-36, Russia's Women: Accommodation, Resistance, Transformation*, Berkeley, 1991., str. 249.

28 Vidi Kon, I. S., *The Sexual Revolution in Russia: From the Age of the Czars to Today*, New York, 1951., str. 61. Seoske su žene i nakon legalizacije nastavile koristiti usluge, tzv. *babki*, medicinskih sestara i ostalih koje su se bavile obavljanjem abortusa, pritom se služeći raznim sredstvima i tradicionalnom medicinom. Tako se *radinost babki* nije nikada ni prekinula. Vidi Evans, Clemens, B., Alpern, Engel, B., Worobec, C., *Russia's Women: Accommodation, Resistance, Transformation*, Berkeley, 1991., str. 260.

29 Goldman, W., *Women, the State and Revolution, Soviet Family, Policy and Social Life, 1917-1936.*, Cambridge, 1993., str. 281.

zaštite trudnica i majki s malom djecom od otkaza, do zabrane rada noću i sl.³⁰ Ali, sve te mjere s obzirom na stanje u državi, ogromnu populaciju i nerazvijenost bile su tek kap u moru i nisu mogle postići cilj. Zakon o braku, obitelji i posvojenju iz 1926. legalizirao je faktičnu, tj. izvanbračnu zajednicu te dodatno pojednostavnio postupak razvoda.³¹ Ipak, ova „modernizacija“ nije izbrisala tradicionalnu ulogu žene i muškarca niti olakšala moguće nesporazume oko odgoja i uzdržavanja djece bilo da se radilo o bračnoj ili izvanbračnoj zajednici. Sovjetska država je kao posrednik toliko ojačala da je dodatno opteretila tradicionalnu i biološki uvjetovanu ulogu žene i muškarca potrebom pridonosa proizvodnom procesu i jačanju sovjetske države u svakom pogledu. Ženama je „omogućila“ majčinstvo kroz razne oblike javnog servisa, očekujući od njih brzi povrat u proizvodni proces, dok su muškarci svoje očinstvo ostvarivali sudjelovanjem u ekonomskom podupiranju obitelji bez pravog i očekivanog sudjelovanja u odgoju djece.³²

Problem abortusa, odnosno pronatalitetne politike, bio je dio i europske politike koja je posebice nakon Prvog svjetskog rata i gubitka velikog broja stanovništva promovirala majčinstvo. Njemačka je kritizirajući tih godina legalizaciju abortusa sovjetskih vlasti isticala da se njome ruši moral te da je izraz boljševizma.³³

U RSFSR su smrtnost muškaraca i veliki broj samohranih majki u godinama gladi izazvali veliki problem, kao i u drugim zemljama. Osim toga, vrijeme koje je uslijedilo nakon dvadesetih kao i potreba razvoja sovjetske države vodili su u obrnutom smjeru od atmosfere koja je stvorena nakon revolucije. Industrijalizacija i migracije iz sela u gradove u tridesetim godinama 20. stoljeća dovele su do mnogih raskola u obitelji. S druge strane, život više obitelji koje su dijelile zajedničke prostorije u sustanarstvima (*kommunalka*) nije bio rijedak te je nalikovao načinu života u nekadašnjim velikim obiteljima. Sovjetska je politika, unatoč zakonodavstvu koji je izjednačilo ženu s muškarcem u javnom životu, reguliralo do tada nepostojeće pravne institute (izvanbračna zajednica, razvod, abortus) i donijelo odredbe o zaštiti zdravlja žena u teškim radnim uvjetima, u svakodnevnom životu ženama i dalje nametala tradicionalnu ulogu.³⁴ Odricanja, nestašica i glad, bili su realnost za koju ideologija nije imala odgovarajuće rješenje.

Na ulicama se tridesetih godina 20. stoljeća u SSSR-u našao i velik broj siročadi i ostavljene djece³⁵ koja su umirala od gladi, ali se i bavila kriminalom da bi

30 Zakon o radu ili Kodeks zakonov o trude RSFSR, 30.10.1922.

31 Dekretima iz 1917. uvedena je institucija civilnog braka, izvanbračna djeca su izjednačena s bračnom, a očinstvo se moglo priznati kao i dokazivati na sudu na temelju tužbe majke, omogućen je razvod braka bez navođenja razloga.

32 Vidi Zdravomyslova, E., Temkina, A., Gosudarstvennoe konstruirovanie gendera v sovetskom obschestve, Zhurnal issledovanii sotsialnoi politiki, 1 (3-4), 2004., str. 305.

33 Vidi o njemačkom stajalištu prema sovjetskoj legalizaciji abortusa Gross, Solomon, S., The Soviet Legalization of Abortion in german medical Discourse: A Study of the Use of Selective perceptions in Cross-Cultural Scientific Relations, Social Studies of Science, vol. 22. br. 3., 1992., 455-485, dostupno na: <http://jstor.org/stable/370278>, posjećeno 1.4.2018.

34 Rasprave o obvezama, naoko politički izjednačenih žena i muškaraca, bile su česte. Primjer je pogled na tu problematiku koju je objavila Volkova u Pravdi.

35 Prema nekima pet milijuna djece. Vidi Attwood, L., Creating the New Soviet Women, Women's Magazine as Engineers of Female Identity, 1922-53., London, New York, 1999., str. 105. Isti

preživjela (tzv. *besprizorni*). Razlozi tomu pronalazili su se u raspadu obitelji³⁶ što je zagovornicima očuvanja obitelji išlo na ruku.

Kako bi se spriječili ilegalni abortusi 1934. dolazi do pooštrenja kazni za ilegalne abortuse, tj. one koji se izvode u nezdravstvenim ustanovama ili koje izvode nestručne osobe.

*Ugolovny kodeks RSFSR, Glava VI. Kaznena djela protiv života, tijela, slobode i dostojanstva, odredio je: čl. 140. Sovershenie s soglasiya materi izgnaniya ploda licami, ne imeyushchimi na e^{to} nadlezhashchej medicinskoj podgotovki ili xotya by i imeyushchimi takovuyu, no v protivosanitarnoj obstnovke, lishenie svobody ili ispravitel'no trudovye raboty na srok do odnogo goda ili shtraf do pyatisot rublej. Esli e^{ti} dejstviya proizvodilis' v usloviyax, ukazannyx v pervoj chasti stat'i, v vide promysla ili bez soglasiya materi ili imeli posledstviem ee smert', lishenie svobody na srok do pyati let.*³⁷

Ova odredba koja će biti izmijenjena 10. svibnja 1937. predviđala je za izvršitelje abortusa koji nisu imali potrebno medicinsko obrazovanje, ili su ga imali, ali su to činili u nesanitetskim uvjetima, zatvorsku kaznu ili društveno koristan rad do godine dana ili petsto rubalja kazne. Ako je abortus izvodila osoba koja nije bila stručna, a bavila se tom djelatnošću kao poslom, ili je to činila bez suglasnosti majke, ili je posljedica bila smrt žene, kazna je bila lišenje slobode do pet godina.

Iste godine završilo se razdoblje petogodišnjeg plana u kojem je, prema sovjetskoj vlasti, riješeno, tzv. „žensko pitanje“ u kojem abortus nikada nije smatran ženskim pravom.³⁸

3. STALJINISTIČKO RAZDOBLJE - RAZDOBLJE KRIMINALIZACIJE

Jačanjem Staljinove moći, 1936. godine, opservacija društva registracijskim karticama i statističkim godišnjacima kako bi se pratio fenomen abortusa i sukladno tomu prilagođavala legislativa bila je napuštena. Abortus je Dekretom 27. srpnja 1936. zabranjen, a dugi naziv spominje i sredstva koja su tomu trebala pridonijeti: *O zapreshchenii abortov, uvelichenii material'noj, pomoshchi pozhenitsam, ustanovlenii gosudarstvennoi posmoshchi mnogosemeinyim, rasshirenii seti roditel'nykh domov, detskikh jaslei i detskikh domov, ob usilenii ugolovnoga nakazaniya za naplatezh alimentov i o nekotorykh izmeneniakh v zakonodatel'stve o razvodakh* („Dekret o zabrani abortusa, osiguranju materijalne pomoći za trudnice, državnoj pomoći

izvor navodi i da čedomorstvo nije bilo rijetko.

36 „Rabotnitsa“ piše o mladim ženama koje su po dolasku u grad bivaju zavedene i ostavljene te se nakon poroda ne mogu same brinuti o djeci. Te su novine, kao i „Krest'yanka“ te Komsomol'skaja Pravda zastupale prava žena te vrlo često i kritički promišljale o njihovom mjestu u društvu. Ipak, kritičnost se kretala u okvirima ideološke dopuštenosti, pa je nakon zabrane abortusa promijenila smjer.

37 Ugolovny kodeks RSFSR, 1934. SU, 15, 95.

38 Tako Issoupova, O., *From duty to pleasure? Motherhood in Soviet and post-Soviet Russia*, u: Ashwin, S. (ed.) *Gender, state and society in Soviet and post-Soviet Russia*, London, New York, 2000., str. 34.

obiteljima s više djece, podupiranju projekta „ležanja kod kuće“, medicinskih škola i vrtića, pooštrenju kazni za neplaćanja alimentacije i izmjenama zakona o razvodu“).³⁹ Staljinov je cilj bio povećanje stanovništva, ali i isticanje uloge obitelji za komunističko društvo,⁴⁰ a čini se da je zabrana abortusa bila među onim djelima čiju je kriminalizaciju inicirao osobno Staljin.⁴¹ „Rađanje je“, prema Staljinu „velika i časna dužnost koja nije privatnopravnog značaja već od velike društvene važnosti“.⁴² U „Pravdi“ je 28. svibnja, još godinu prije, objavljeno: „U našoj zemlji uloga majke se jako poštuje, osiguravamo najbolje uvjete za naše majke, naše članice kolhoza... da bi rodile, dok barbarski kapitalisti lišavaju žene onoga što im je najmilije: prava na rađanje“.⁴³ U Zapadnoj Europi su protivnici „boljševizma“ smatrali da boljševici ne uvode patrijarhizam slučajno te da je nejednaka obitelj u kojoj žena gubi prezime, prebivalište i pravo na abortus jedna od ideja temeljnih za komunističku ideologiju.⁴⁴ O zabrani abortusa govorilo se i u časopisima tada u SSSR-u popularnim za žene, no izjave žena većinom su neiskreno podupirale zabranu.⁴⁵ U prilog zabrani govorili su i mnogi politički mislioci i funkcionari, i pa tako i već spomenuti Semeshko.⁴⁶ Dekret o zabrani abortusa pratio je niz mjera populacijske politike koje su trebale pridonijeti povećanju i jačanju obitelji. Istim zakonom kojim se zabranjuju abortusi povećan je i iznos alimentacije koji je otac trebao plaćati za dijete.

Od tada je alimentacija iznosila jednu četvrtinu plaće za jedno dijete, dvije trećine za dvoje te jednu polovicu plaće za troje i više djece. Neplaćanje je bilo sankcionirano zatvorskom kaznom do dvije godine. Dvije godine prije, uvedeno je i da se pri prijavi rođenja djeteta upiše kao otac djeteta i onaj koji nije priznao očinstvo, ako ga je kao oca navela majka te pritom osigurala bilo kakav dokaz o zajedničkom življenju. U cilju povećanja nataliteta odnosno u svrhu prokreativne politike sovjetski je zakonodavac uveo i kaznenu odgovornost za poslodavca koji smanjuje plaću trudnicama ili odbije zaposliti trudnu ženu. Također, novi je Ustav iz 1936. osigurao zaštitu majke i djeteta

39 Postanovlenie CIK-SNK. Vidi Postanovlenie KPSS i Sovetskogo pravitel'stva ob okhrane zdravija naroda, Moscow, 1959. Vidi Sobranie zakonov rasporiazhenii (SZ), 34, 1936., 309. Prijevod na engleski vidi Serebrennikov, G. N., *The Position of the Women in the U.S.S.R.*, London, 1937., str. 109-117.

40 Vidi više Schlesinger, R., *The family in the USSR*, Abingdon, Oxon, 2000.

41 Solomon, P. H., *Soviet Criminal Justice Under Stalin*, Cambridge, 1996., str. 405.

42 Siegelbaum, L., 1936: Abolition of Legal Abortion, *Seventeen Moments in Soviet History*, dostupno na <http://soviethistory.macalestar.edu/index.php?page=subject&SubjectID=abortio>, posjećeno 12.2.2018.

43 Preuzeto iz Avdeev, A., Blum, A., Troitskaya, I., *The History of Abortion Statistics in Russia and the USSR from 1900 to 1901*, str. 43.

44 Vidi Wallach, A., *Comparative Legal Status of American and Soviet Women*, *Valparaiso University Law Review*, vol 5, no.2, str. 439-479, 1971., dostupno na <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol5/iss2/9>, posjećeno 2.4.2018.

45 *Rabotnisa i Krest'yanka*. Vidi više o stavovima u časopisima Attwood, L., *Creating the New Soviet Women: Women's Magazines as Engineers of Female Identity, 1922-53*, London, New York, 1999.

46 Semeshko je smatrao da abortus, osim neplodnosti, izaziva i druge negativne posljedice po zdravlje žena, a nije propustio spomenuti ni da je pitanje abortusa ključno za provođenje državne politike povećanja stanovništva. Vidi Semashko, N. A., *Zamechatel'nyi zakon (o zapreshchenii aborta)*, *Front nauki i tekhniki*, br. 7, Moscow, 1936, str. 38.

kroz rodni dopust i doplatu te promicanje bolje medicinske zaštite, a vlast je osigurala posebnu upravu za majčinstvo i brigu o djeci koja se pobrinula da se otvori veliki broj ustanova poput javnih mliječnih kuhinja te pedijatrijskih klinika.⁴⁷ No, ni kaznenopravne odredbe vezane za zapošljavanje trudnica niti Ustav 1936. nisu ublažili učinak izazvan Dekretom o zabrani.⁴⁸ Dekret je izazvao prosvjede žena koje su se pod utjecajem sovjetske vlasti okrenule obrazovanju i zapošljavanju, iako ni jedno ni drugo nije pratila adekvatna stambena politika kao ni kvalitetna prehrana. Uostalom, većina je državnih sredstava bila usmjerena na nužnu industrijalizaciju pa je unatoč planiranju ulaganja u pronatalitetnu politiku nedostajalo sredstava.⁴⁹ Tzv. *babki* nastavljale su svoju djelatnost potpuno sigurne od mogućih optužbi i bez straha jer je solidarnost žena o potrebi obavljanja abortusa bila takva da gotovo nije bilo osobe koja bi *babku* ili čin prijavila. Pa i kad bi, zbog posljedica nestručno izazvanog abortusa, žene završile u bolnici bilo je često teško utvrditi o kakvoj se vrsti pobačaja radi. Broj abortusa nakon Uredbe nije smanjen, a pojave samoizvršenja abortusa dovele su u razdoblju od pet godina nakon donošenja dekreta, do povećanja smrtnosti novorođenčadi.⁵⁰ Nedostupnost bilo kakve kontracepcije, uz zabranu abortusa, činila je situaciju još gorom. Naime, tajnom direktivom Komesarijata zdravstva 1936. godine povučena su sva kontracepcijska sredstva iz prodaje.⁵¹

Krajem 1936. godine, dakle nekoliko mjeseci nakon donošenja Uredbe o zabrani, donesena je nova *O porjadke razreshenie abort po meditsinskim pokazaniem*, čime je bar malo ublažen tvrdi stav sovjetskih vlasti i zakonodavca prema abortusima. Njime se iznimno dopuštao abortus u medicinski opravdanim slučajevima. Ali, prije donošenja Uredbe, Politbiro je odlučio da će lista razloga koji opravdavaju abortus biti ograničena koliko god je to moguće. Dekret je izuzimao od zabrane slučajeve teških, nasljednih bolesti⁵² u obitelji (majka, otac ili drugo dijete) kao i slučaj ugroze života majke rađanjem. Komunistička partija nastavila je svoju dvoličnu politiku rješavanja „ženskog pitanja“⁵³ dodjeljujući ženama s jedne strane ulogu neizostavnog čimbenika u gospodarskom razvoju, posebice industrijalizaciji, a s druge im ostavljajući

47 Vidi Drobizhev, V. Z., U istokov sovjetskoj demografiji, Moscow, 1987., str. 122.

48 Denisova naglašava da su se ustavne odredbe i realnost razmimoilazili, posebice u seoskim dijelovima. Vidi Denisova, L., Protection of childhood and motherhood in the countryside, str. 164-176.

49 Tako Hoffman, D., Mothers in the Motherland, str. 11.

50 Vidi Sakevič, I. V, Sto bilo posle zapreta adopta v 1936 godu, Demoskon Weekly, 221-222., 2005. dostupno na: <http://www.demoscope.ru/weekly/2005/0221/reprod01.php>, posjećeno 16.2.2018.

51 Tako Solomon, P.H., Soviet Criminal Justice under Stalin, New York, 1996., str. 212.

52 Dekret ih taksativno navodi. Vidi, M. Savage, The Law of Abortion in the Union of Soviet Socialist Republics and the People's Republic of China: Women's Rights in Two Socialist Countries, Stanford Law Review, vol. 40, no. 4, 1988, str. 1050., dostupno na <http://www.jstor.org/stable/1228777>, posjećeno 2.04.2018.

53 Iza državne politike rješavanja „ženskog pitanja“ stajala je Komunistička partija čiji su članovi, nerijetko i članice tj. same žene, isticale važnost majčinstva bilo kao prirodnog prava i obveza žena ili kao čimbenika u jačanju radničke klase kroz stopu priraštaja. Više Evans, J., The Communist Party of the Soviet Union and the Women's Question. The Case of the 1936 Decree 'In Defence of Mother and Child', Journal of Contemporary History, vol. 16, br. 4, 1981., 757-775., dostupno na: <http://www.jstor.org/stable/260345>, posjećeno 19.4.2018.

tradicionalnu ulogu u obitelji naglašavajući da kontrola rađanja ne može biti briga pojedinca nego cijelog društva.⁵⁴

Tekstom kaznenopravnih odredbi od 10. svibnja 1937.⁵⁵ sankcije vezane za abortuse iz ruskog Kaznenog zakona se mijenjaju:

Čl. 140-a. *Ponuzhdenie zhenshchiny k proizvodstvu aborta tyuremnoe zaklyuchenie na srok do dvux let.*

Čl. 140-b. *Proizvodstvo aborta, krome sluchaev, kogda e^{to} razreshaetsya zakonom, vlechet dlya samoj beremnoy zhenshchiny v pervyy raz obshchestvennoe poricanie, a pri povtvornom narushenii, shtraf do trexot rublej.*

Dakle, za poticanje žene na abortus, tj. nuđenje usluge, kaznit će se počinitelj kaznom do dvije godine zatvora, dok se ženi koja za abortus nije imala zakonom određeni razlog, prvi put izriče javni ukor. U slučaju ponavljanja djela, kazna za ženu je do 300 rubalja.

Prema „osnovnom“ čl. 140. počinitelji abortusa u nesanitetskim uvjetima ili osobe koje nemaju potrebno medicinsko obrazovanje kaznit će se zatvorskom kaznom ne manjom od tri godine. Za abortus koji nije medicinski indiciran (ugroza života majke), a izveden je u bolnicama ili rodilištima, slijedi kazna zatvora od jedne do dvije godine.

Kampanja za povećanje nataliteta unatoč zabranama, kriminalizaciji i mjerama koje su trebale ojačati obitelj i omogućiti veći broj djece, nije dala očekivane rezultate.⁵⁶ Prema nekim izvorima (vidi Avdeev et al., tablica 1) Staljinova je legislativa samo nakratko smanjila broj pobačaja da bi ih vrlo brzo znatno povećala. Očito je do povećanja došlo čim je jenjao prvi strah od sankcija i političkih osuda koje su u to vrijeme bile sve samo ne zanemarive.

Prema dostupnim podacima 1937. je uhićeno i osuđeno 4.133 osoba kao počinitelja kaznenog djela izvođenja abortusa, no taj broj svakako valja „pojačati“ stavom Plenarne sjednice Vrhovnog suda SSSR iz rujna iste godine iskazanim u Rezoluciji. prema kojem je u sudskoj praksi bio zamjetno veliki broj neotkrivenih djela abortusa kao i počinitelja zahvaljujući nemarnosti u provođenju istraga te radu sudskih organa.⁵⁷ Žene nisu htjele imenovati osobu koja je izvela ilegalni postupak abortusa, pa je 67 % slučajeva komplikacija nakon kojih su žene završile u bolnici 67 % kvalificirano kao „samoabortus“.⁵⁸ Neki izvori tih godina pokazuju postotak od tek 1% procesuiranih slučajeva nezakonitih abortusa.⁵⁹ Čini se da sudovi, unatoč zakonskoj regulativi, ili nisu imali priliku voditi postupak (dakle stanovništvo je bilo solidarno pa je bilo teško ući u trag počinjenju te nije ni dolazilo do istražnih radnji), ili su bili blagi u izricanju presuda, kako to svjedoče neki autori.⁶⁰

54 Dokaz tome je i pismo u Izvestyi. Vidi Schlesinger, R., *Changing Attitudes in Soviet Russia: The Family in the USSR*, London, 1949., str. 258.

55 Vidi fusnota 37. Tekst Kaznenog zakona 10.05 1937. SU, 6, 40.

56 Vidi i Hoffman, D. I., *Stalinist Value*, Ithaca, London, 2003., str. 114.

57 Tako Cole, G. F., Frankowski, S., *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross Cultural Perspective*, Lancaster, 1987., str. 256.

58 Denisova, *Protection of childhood and motherhood in the countryside*, str. 181.

59 Dage, P. S., *Usloviai ustanovleniia ugolovnoi otvetstvennosti*, Pravovedenie, 4, 1975., str. 70.

60 Ibid. Kao izvori se navodee Pyontkovsky, Menskagin, 617.-618. te Lapshina, 21-24.

TABLICA 1. BROJ ABORTUSA U SSSR-U OD 1936. DO 1940. GODINE (DJELOMIČNA TERITORIJALNA POKRIVENOST)⁶¹

| Godina | Ukupno | Izvan ustanove | Postotak ilegalnih | (3)/(2) |
|--------|---------|----------------|--------------------|---------|
| 1936. | 803 058 | 343 750 | — | 43 % |
| 1937. | 682 823 | 327 898 | — | 58 % |
| 1938. | 429 695 | 396 362 | 9 % | 92 % |
| 1939. | 464 246 | 424 500 | 8.5 % | 91 % |
| 1940. | 500 516 | 452 557 | — | 90 % |

Neki izvori⁶² navode da je od ukupnog broja abortusa u bolnicama 1937. godine, samo 10 % bilo odobreno (zbog zaštite života majke). dok su ostalo bili pobačaji i ilegalni abortusi.

Od 1936. do 1955. godine stopa smrtnosti majki je povećana,⁶³ ali statistika koja je s tim u vezi vođena imala je oznaku „strogo povjerljivo“ i objavljena je tek 1986. godine.⁶⁴ Pronatalitetna je politika SSSR-a bila poduprta i Ustavom SSSR 1936.,⁶⁵ koji je odredbom čl. 122. jamčio državnu zaštitu majke i djeteta, porodne dopuste i naknadu te široku mrežu dječjih jaslica i vrtića.⁶⁶ Krajem 1941. uveden je i porez za osobe koje nemaju djecu, tzv. *nalog na bezdetnost*.⁶⁷ Porez se odnosio na neoženjene muškarce od 25 do 50 godina starosti i udane žene bez djece od 20 do 45 godina starosti,⁶⁸ ako im je zarada bila veća od 70 rubalja, što je tada bio iznos za minimalni dohodak.⁶⁹ Od poreza su bili izuzeti oni čija djeca su umrla tijekom rata, narodni heroji i oni koji zbog zdravstvenih razloga nisu mogli imati djecu. Taj je porez u smanjenom postotku kasnije, uz određene iznimke, proširen i na one koji

61 Preuzeto od Avdeev, A., Blum, A., Troitskaya, I., *The History of Abortion Statistics in Russia and the USSR from 1900 to 1901*, tabela 4, str. 55.

62 Tako Hoffman, D., *Mothers in the Motherland: Stalinist Pronatalism in Its Pan European Context*, Washington, 2000.

63 Vidi više Blum, A., Naître, vivre et mourir en URSS, 1917-1991., Paris, 1994. Prema nekim izvorima 1935. udio smrtnosti majki od posljedica abortusa bila je 26 %, do 1940. narasla je na 51 % da bi se do početka pedesetih popela na 70 %. Prema Vishnevski, A. G., Sakevich, V. I., *Rusija između abortusa i planiranja obitelji*, u: *Demografskoj modernizaciji Rusije, 1900-2000.*, 2006.

64 Vidi Matthews, M., *Party, State and Citizen in the Soviet Union*, Armonk, New York, London, 1989. Autor klasificira koji su podatci bili strogo čuvani, a koji su se eventualno mogli biti objavljeni u medijima uz odobrenje npr. KGB-a, primjerice o broju djece bez odgovarajuće skrbi.

65 Ustav SSSR 1936. Vidi prijevod u: Kurtović, Š., *Hrestomatija opće povijesti prava i države*, II. knjiga, Zagreb, 2000., str. 283.

66 Ustavna zbilja se razlikovala. Vidi više Denisova, *Protection of childhood and motherhood in the countryside*.

67 O naloge na kholostiakov, odinokikh i malosemynykh grazhdah SSSR. Donio Prezidij Vrhovnog Sovjeta 21.11.1941., dopuna 8.7.1944. Tekst u *Vedomosti Verkhovnoga Soveta SSSR*.

68 Oslobođenje od ovog poreza uslijedilo je za neudane žene bez djece tek 1991.

69 Ovaj se iznos mijenjao pa je od 1990. bio 150 rubalja.

su imali jedno ili dvoje djece. Od 1944. dječji doplatk dobivao se za treće dijete do četvrte godine starosti, a za četvrto i svako sljedeće do sedme godine starosti. Jednokratne potpore pri rođenju i dječji doplatci mijenjali su se i ovisili o broju djece. Od 1944. uvedena je počasna titula i medalja „Majka heroina“⁷⁰ za dvije kategorije majki; majke koje imaju do šest djece i one koje imaju više od šest, a unutar njih su postojale potkategorije.⁷¹ Titula je nosila niz pogodnosti, od prednosti pri upisu u vrtić i ljetnog kampa za djecu, do prednosti u redu pri kupnji. Nadalje, novom se politikom davala prednost bračnoj zajednici pred izvanbračnom, a na neki način se, zbog promjene postupka pred sudom za utvrđivanje očinstva i zabrane traženja plaćanja alimentacije majki koje su rodile djecu u izvanbračnim zajednicama, može reći da se ponovo uvodi pojam „nezakonite“ djece, institut koji je bio napušten nakon revolucije.⁷² Postupak razvoda je prema novom Obiteljskom zakonu⁷³ postao složen. Politika je poduzimala gotovo sve kako bi potaknula rast obitelji, ali mjere koje je provodila kao pronatalitetne nisu bile osmišljene u socijalnom, demografskom i ekonomskom realitetu baš kao što nisu bile u interesu zdravlja pojedinca ili javnog zdravlja.⁷⁴ Ta politika nije doprinijela smanjenju broja izvršenih abortusa. Dapače, povećanju broja abortusa još su pridonijeli i nezaposlenost i poslijeratna gospodarska politika.⁷⁵ Abortuse su neprestano obavljali isti izvršitelji pa je prema nekim izvorima svake godine od posljedica nestručno izvedenih abortusa umiralo 4.000 žena. Vlast je unatoč zabranama te visokoj smrtnosti žena, u progonima počinitelja⁷⁶ prema nekima „žmirila na jedno oko“ ili bila blaga u sudskim presudama jer se Rezolucijom Plenarne sjednice Vrhovnog suda SSSR od 8. travnja 1950. preporučilo povećanje kažnjavanja te udaljavanje (izgon) iz mjesta boravka za one koji su izvodili abortuse. Istodobno

70 Medalje su pratile i pronatalitetnu politiku Francuske dvadesetih godina 20. stoljeća. Tako je postojala brončana medalja za majku s pet i više djece, srebrna za majku s osam i više te zlatna za majku sa deset i više djece. Njemačka će tridesetih godina dodjeljivati slična odličja; brončano za majku s četiri i više djece, srebrno za majku s šest i više djece te zlatno za majku s osam i više djece. Majke su, uz to, petom djetetu mogle imenovati kumom jednog od čelnika, no to je ukinuto kada se pokazalo da Hindenburgu raste popularnost u odnosu prema Hitleru. Za Francusku vidi Offen, K., *Women, and the Politics of Motherhood in France, 1920.-1940.*, working paper, 87-291, EUI, Florence, 1987. Za Njemačku vidi Koonz, K., *Mother in the Fatherland, Women, the Family and Nazi Politics*, New York, 1987.

71 „Majčinska medalju“ dobivale su žene s petero odnosno šestero djece (I. kategorija), „Red materinske slave“ za devetoro djece (I. kategorija), osmero djece (II. kategorija), sedmero djece (III. kategorija), počasna titulu „Majka heroina“ dobivale su majke s desetoro i više djece. O broju dodijeljenih titula i medalja te različitoj prostornoj rasprostranjenosti vidi Newth, J. A. „A Note on Medals for Mothers.“ *Soviet Studies* 14, no. 3, 1963., 314-16., dostupno na <http://www.jstor.org/stable/149426>, posjećeno 12.4.2018.

72 Tako Zakharov, S., *Russian federation: From the first to second demographic transition*, *Demographic Research* 19 (24), str. 912.

73 Obiteljski zakon, 37 *Ved Verkh.Sov.*, 8.07. 1944.

74 Prema Zakharov, *Russian federation: From the first to second demographic transition*, str. 919.-920.

75 Vidi Heer, D., Bryden, J.,G., *Family Allowances and Fertility in the Soviet Union*, *Soviet Studies*, no, 18, 1966. str. 161.

76 Razlog je i taj što doktori nisu prijavljivali sumnjive pobačaje. Tako Solomon, *Soviet Criminal Justice Under Stalin*, str. 487.

izvješća o učinkovitosti sudstva bila su vrlo kritična prema činjenici da je kažnjavanje, ako je do njega i došlo, daleko više pogađalo žene na kojima se abortus izvodio nego one koji su ga izvodili, te se je 73 % presuda odnosilo na kažnjavanje na temelju čl. 140 b.⁷⁷ Ipak, pojam „blag“ u kontekstu sovjetske politizirane sudbenosti i partijskog rječnika mogao je značiti bilo što. Neki izvori spominju i brojku od nekoliko stotina tisuća liječnika i žena osuđenih za zločin abortusa koji su bili osuđeni na prisilan rad,⁷⁸ no o tim iskustvima nedostaje pisanih svjedočanstava.⁷⁹ Uputa vlasti od 25. studenog 1940. koja se je odnosila na „Rat kriminalnim abortusima“ zahtijevala je od liječnika koji su nazočili primitku žena sa sumnjivim pobačajima u bolnicu da sačuvaju sve podatke i dokaze uključujući i fetus.⁸⁰ Još ranije, Ministarstvo pravosuđa je predlagalo da se, uz one koji izvode abortuse i žene, kažnjavaju i muževi, jer oni nagovaraju žene te su pokretačka snaga ženama za takve odluke.⁸¹ No, do provedbe tog prijedloga nije došlo. Abortus je ostao zabranjen i tijekom i nakon Drugog svjetskog rata.

Društvena situacija nakon rata i velikog broja poginulih otvorila je problem samohranih majki te državne pomoći. Čini se da je do 1957. godine više od tri milijuna žena u statusu samohranih majki (Obiteljski zakon iz 1944. godine), zatražilo državnu pomoć. Nažalost, nakon rata su, dekretom *O razmere gosudarstvennoga posobiia mnogodetnym i odinokim materiam* iz 1947. zbog gospodarske situacije, upola smanjene naknade (iz 1944.) koje su primale majke s više djece.

4. POSTSTALJINISTIČKO RAZDOBLJE – PONOVA LEGALIZACIJA

Nakon Staljinove smrti 1953. godine, napokon je prestao važiti Dekret kojim je abortus u SSSR-u⁸² postao kazneno djelo. Staljinovu politiku zamijenio je novi pravac koji je podrazumijevao osnaženje obitelji na drukčiji način. Novo je zakonodavstvo (Vedomosti Verkhovnoga Soveta SSSR, 1954., 15, čl. 334. i 1955., 22, čl. 425.) 1955. godine ponovo dekriminaliziralo abortus dajući ženama pravo na odluku. Abortus je bio moguć unutar dvanaest tjedana trudnoće i ne prije šest mjeseci od posljednjeg abortusa.⁸³ Sovjetsko je Ministarstvo zdravstva već 1961. statističkim podatcima

77 Tako Cole, G.F., Frankowski, S., *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross Cultural Perspective* str. 256.

78 Navodno je 18 milijuna ljudi prošlo kroz gulag od čega je udio žena u odnosu na muškarce bio manji. Čini se da je 1942. u tim teškim uvjetima radnih logora prema dostupnim podacima bilo 13 % žena. Vidi Applebaum, A., *Gulag: A History*, London, 2007., str. 287.

79 Tako Shcherbakova, I., *Memoirs and Oral Testimonies by Former Inmates*, u: *Reflections on the Gulag*, ed. Dundovich, E., Gori, F., Guercetti, E., Milano, 1993., str. 204.

80 Vidi Savage, *The Law of Abortion in the Union of Soviet Socialist Republics and the People's Republic of China: Women's Rights in Two Socialist Countries*, str. 1051.

81 Tako Denisova, *Protection of childhood and motherhood in the countryside*, str. 181.

82 Interesantno je da ima teza prema kojima je „Staljinova pronatalitetna politika i politika jačanja obitelji utjecala na novi tip populacijske politike prakticirane u novo doba ne samo u SSSR-u nego i u zapadnoj Europi“. Ovu tezu brani Hoffmann u radu *Mothers in the Motherland: Stalinist Pronatalism in Its Pan European Context*, str. 2., a u okviru projekta *The National Council for Eurasian and East European Research, Title Programme VIII*.

83 Ukazi od 1954. i 1955. kojima se dekriminalizira abortus ne navode uvjete za njihovu

moglo potvrditi učinak legalizacije. Naime, smrtnost majki pala je za 50 % u odnosu na podatke iz 1955. koji su bili rezultat dotadašnje kriminalizacije.⁸⁴

Prema nekim izvorima, između 1950. i 1969. godine⁸⁵ SSSR je imao najveći broj abortusa u svijetu, između šest i sedam milijuna godišnje, a do 1982. godine broj abortusa bio je isti ili tek nešto manji od broja novorođene djece.⁸⁶ Needuciranost u sferi seksualnosti i nedostupnost kontracepcije⁸⁷ bili su velikim dijelom krivi za, kako mnogi navode, ponovno uspostavljanje kulta abortusa. Činjenica da je nova regulativa i dalje određivala zatvorsku kaznu kao i kaznu popravnog rada do godine dana pa i gubljenje liječničke licence za izvođenje abortusa izvan državnih bolnica, nije pomogla.⁸⁸ Nisu pomogle ni veće kazne za počinitelje koji nisu imali više medicinsko obrazovanje ili su bili recidivisti, kao ni osmogodišnja zatvorska kazna za one čije je djelo nezakonitog abortusa imalo za posljedicu smrt osobe.⁸⁹ Na žalost okrutni su pokazatelji i stope kaznenog djela čedomorstva koje su pedesetih godina dosezale 7,5 % od ukupnog broja ubojstava s predumišljajem.⁹⁰

Država je raznim odlukama nastojala poduprijeti obitelj i majčinstvo. Tako je Prezidij Vrhovnog Sovjeta po uzoru na model iz 1917. već 1956. donio odluku o povećanju broja dana obveznog roditeljnog dopusta.⁹¹ Povećana je naknada potrebitim obiteljima, te su sredinom šezdesetih uvedene dodatne mjere socijalne zaštite, poput mjesečnog dodatka za djecu u visini ovisno o zaposlenju.⁹² Također je 1969. donesen novi Zakon o braku i obitelji koji je trebao doprinijeti izjednačavanju bračnih drugova u pravima i obvezama unutar obitelji. Od 1976. do 1980. produljen je plaćeni roditeljni dopust na godinu dana, a Zakon o radu iz 1978. uveo je mogućnost pauze za dojenje.

Legislativa koja uređuje abortus pretrpjela je od 1955. nekoliko manjih dopuna

dopustivost. To čini Uputa Ministarstva zdravstva od 29.11.1955.

- 84 Vidi Mazzetti, Bella S., *Repackaging the Patriarchy: A Comparative Analysis Between Soviet and Contemporary Russian Reproductive Health Policies and Ideologies* (2015). *Senior Projects Spring 2015.*, Paper 157., str. 22. dostupno na: http://digitalcommons.bard.edu/senproj_s2015/157, posjećeno 1.2.2018.
- 85 Navodno se u roku od godine dana broj abortusa udvostručio da bi 1966. bio četiri puta veći. Vidi Savage, *The Law of Abortion in the Union of Soviet Socialist Republics and the People's Republic of China: Women's Rights in Two Socialist Countries*, str. 1054. Autor podatak preuzima od Chinna koji citira Sadvakasovu. No, teško je raditi vjerodostojne usporedbe kada se ne može točno znati broj prije zabrane, i to ne samo zbog činjenice da je vlast takve podatke skrivala, odnosno lažirala.
- 86 Prema Heer, D., *Abortion, Contraception, and Population Policy in the Soviet Union*, *Demography*, no.2, Long Grove, 1965., str. 531-539.
- 87 Tako Perlman, F., McKee, M., *Trends in Family Planning in Russia, Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 41, no.1, 2009., str. 40.
- 88 UK, 1960., čl. 116.
- 89 Ibid.
- 90 Tek 1990. ta je stopa pala na 0,8. Prema Denisova, *Protection of childhood and motherhood*. Denisova se poziva na Luncv, V. V., *Prestupnost XX veka, Mirovye, Regional'nye i Rossiiskie Tendentsii, Mirovoi kriminalisticheskii analizi*, 1997., str. 206.
- 91 Ob uvelichenii prodolzhitel'nosti otpustka po beremennosti i rodam od 26.3. 1956.
- 92 Vidi više Heer, D. M., Bryden, J. G., *Family Allowances and fertility in the Soviet Union*, *Soviet Studies*, vol. 18. no. 2., 1966, 153.-163., dostupno na <http://www.jstor/stable/149518>, posjećeno 12.3.2018.

odlukama Ministarstva zdravstva. Nakon što je na kraće vrijeme napušteno, besplatno obavljanje abortusa ponovo je uvedeno.

Nova je legislativa od 1955. do 1961. smanjila stopu smrtnosti majki za čak dvije petine. No, trend velikoga broja abortusa zadržao se do osamdesetih godina pa je tako broj abortusa SSSR u 1988. zauzima 10 do 20 % od ukupnog broja izvršenih abortusa u svijetu.⁹³ Stopa abortusa izvedenih te godine bila je 92,6/1000 žena, starosti od 15 do 49 godina, što znači 118 abortusa na 100 poroda.⁹⁴ Taj je broj vjerojatno bio i veći jer iskazani postotak ne obuhvaća ilegalno izvedene abortuse. Naime, legalizacijom abortusa nisu nestali ilegalni abortusi. Neka istraživanja u zemljama Istočne Europe pokazuju da su šezdesetih godina 20 do 48 % svih abortusa izvedeni ilegalno, ponajviše zbog potrebe da za taj čin ne doznaju obitelji i prijatelji.⁹⁵

Čini se da politika planiranja obitelji u SSSR-u toliko podupirana od države nije bila osmišljena na način koji bi spriječio da abortus ostane metoda kontracepcije. Brojčani pokazatelji pritom su bili zaista porazni, a zabrana upotrebe kontracepcije 1974. bila je jedan od glavnih uzroka za takve pokazatelje.⁹⁶

Od sedamdesetih godina je demografska politika ponovo bila temom rasprava, no ne više u središtu pozornosti kao prije. Ipak, i dalje su se primjenjivale mjere socijalne politike, posebice od 1981. do 1983., nakon 26. Kongresa Komunističke Partije.⁹⁷

TABLICA 2. BROJ ABORTUSA U SSSR OD 1922. DO 1970. GODINE⁹⁸

| godina | zivorodeni | prijavljeni abortusi | abortusi, državljani, samo u državi | abortus, državljani izvan države | abortus, državljani, ukupno | pobačaji i abortusi | smrt novorođenčadi | omjer abortusa | | abortus % | | abort. stopa, državljani |
|--------|------------|----------------------|-------------------------------------|----------------------------------|-----------------------------|---------------------|--------------------|----------------------------|--------------|----------------------------|--------------|--------------------------|
| | | | | | | | | državljeni, u/izvan države | svi u državi | državljeni, u/izvan države | svi u državi | |
| 1922 | | 20,763 | (20,763) | | 20,763 | | | | | | | |
| 1925 | | 200,000 | (200,000) | | 200,000 | | | | | | | |
| 1930 | | 2,803 | (2,803) | | 2,803 | | | | | | | |
| 1936 | | 803,058 | (803,058) | | 803,058 | | | | | | | |
| 1939 | | 464,246 | (464,246) | | 464,246 | | | | | | | |
| 1940 | | 500,516 | (500,516) | | 500,516 | | | | | | | |
| 1955 | 5,047,381 | 2,598,761 | (2,598,761) | | 2,598,761 | 1,998,447 | | 514.9 | 514.9 | 34.0 | 34.0 | 176.1 |
| 1960 | 5,340,975 | 8,500,000 | (8,500,000) | | 8,500,000 | 1,396,185 | | 1591.5 | 1591.5 | 61.4 | 61.4 | 170.0 |
| 1970 | 4,225,649 | 10,000,000 | (10,000,000) | | 10,000,000 | 1,124,676 | | 2366.5 | 2366.5 | 70.3 | 70.3 | 180.0 |

93 Prema Popov A. A, Family planning in the USSR: Sky-High Abortion Rates Reflect Dire Lack of Choice, *Entre Nous Cph Den*, 16, 1990., str. 5.

94 Prema Popov, Family planning in the USSR, str. 6. Popov navodi da se stopa i učestalost abortusa razlikuje s obzirom na određena područja federalnih sastavnica SSSR-a. Tako je u Dagastanu bilo 45,6 na 100 poroda, dok je u u ruralnom području Rusije 770 na 100 poroda što je bila najviša stopa na svijetu. Autor nadalje navodi da je 70 % žena slabo poznavalo kontracepciju ili im je ona bila nedostupna.

95 Tako Lader, L., Abortion, Indianapolis, 1966., str. 129.

96 Stenvoll, D., Contraception, Abortion and State Socialism, *Kansai University Review of Law and Politics*, br. 28, str. 7, dostupno na: <http://www.bora.uib.no/bitstream/handle/1956/2224>, posjećeno 13.3.2018.

97 Promjene su potaknute nakon 27. sjednice Generalne skupštine UN-a. Obveza pomoći obiteljima ušla je i u novi Ustav SSSR 1977. Promjene su se odnosile na radne uvjete majki, poboljšanje uvjeta života mladih obitelji, pomoći samohranim majkama te obiteljima s malim primanjima itd.

98 Preuzeti odabrani podatci s <http://www.johnstonsarchive.net/policy/abortion/ab-unitedstates.html>, posjećeno 11.3.2018. Vidi i izvore na posjećenoj mrežnoj stranici.

Iz statistike povezane s abortusima od 1922. do 1970. vidljiv je pad abortusa od zabrane 1936. do 1939. za gotovo 50 %. No, taj je trend, ako se može vjerovati podatcima, bio kratkotrajan i ubrzo je rast nastavljen.⁹⁹ Iako iz Tablice 2., zbog ilegalno obavljanih abortusa, nije vidljivo stvarno stanje stvari, usporedbom s podatcima koji su vidljivi nakon 1955. moguće je pretpostaviti stvarni broj abortusa. Do pedesetih godina nije bilo moguće znati ni udio spontanih pobačaja u ukupnom broju pobačaja, tj. odnos pobačaj-abortus, jer su mnogi abortusi izvođeni pod krinkom spontanih pobačaja.

Prije devedesetih godina i raspada SSSR-a, 1988. godine, legaliziran je, tzv. „miniabortus“,¹⁰⁰ a raspadom SSSR-a, države bivšeg Saveza nastavile su politiku slobodnog odlučivanja o rađanju iako, s obzirom na pad broja stanovnika, s određenim ograničenjima.¹⁰¹

Valja spomenuti da je SSSR zadržao vodeće mjesto u stopi abortusa do samoga raspada. Taj se trend nastavio i u njenim bivšim članicama nakon raspada pa je tako Ruska Federacija 2013. prema podatcima Ujedinjenih naroda imala stopu abortusa od 37,4 %.¹⁰² Od 1990. stopa se ipak smanjila na trećinu.¹⁰³

Od 2011. godine Zakonom 323-ФЗ u Ruskoj Federaciji dopušten je abortus do 12 tjedna trudnoće, s iznimkom do 22 tjedna kada je trudnoća nastala silovanjem. Pritom, prekid trudnoće zbog medicinski uvjetovanih razloga ne trpi vremensko ograničenje. Ženi se ostavlja vrijeme od dva do sedam dana da još jednom razmotri svoju odluku.¹⁰⁴ Pobačaji se, dakako, obavljaju u licenciranim medicinskim ustanovama, te ih obavlja stručno medicinsko osoblje koje ima mogućnost odbiti izvođenje postupka abortusa, osim u slučajevima medicinske nužde. Ruski Kazneni zakon člankom 123. propisuje novčane kazne, kazne društveno korisnog rada te zatvorske kazne od jedne do dvije godine za izvršitelje bez određenog stupnja medicinskog obrazovanja ili prakse. Kada nezakonito izveden abortus uzrokuje smrt trudne žene ili ostavi teške posljedice na njeno zdravlje kazna je do pet godina zatvora.

5. ZAKLJUČAK

Sovjetske su vlasti, nakon Oktobarske revolucije, legalizirale abortus 1920. Do tada je narod već prilično bio ispaćen glađu i uvjetima života koji su bili tim teži ukoliko je obitelj imala veći broj članova. Nažalost, uvjeti života ostali su dugo i dalje nepromijenjeni, a pratio ih je pritisak vlasti da održe sustav koji je trebao

99 Vidi statistiku Avdeev, A., Blum, A., Troitskaya, I., *The History of Abortion Statistics in Russia and the USSR from 1900 to 1991.*, str. 55. Statistički pokazatelji nakon 1954., str. 55. i dalje.

100 Pojam koji se koristio za abortus vakuumom do sedmog tjedna trudnoće.

101 Nažalost ni u vrijeme raspada Saveza kontracepcija, iako nije bila zabranjena, nije bila dostupna većini žena (1993. godine manje od polovice žena u Ruskoj Federaciji koristilo je kontracepcijska sredstva) pa je abortus korišten kao osnovno sredstvo planiranja obitelji.

102 Vidi World Abortion Policies, <http://www.un.org.>, posjećeno 2.4.2018.

103 Vidi tablicu u Denisov, B. P., Sakevič, I. V., *Aborti v postsovetskoj Rossii, Demigrafičeskoe obozrenie*, tom 1, 1, 2014., str. 144.

104 Vidi tekst Zakona Ruske Federacije na: <http://www.rg.ru/2011/11/23/zdorovie-dok.html>, posjećeno 3.3.2018.

zagovarati jednakost i ostvariti idealno društvo. Legalizacija koja je trebala prije svega smanjiti smrtnost žena, nije smanjila broj abortusa. Iako legalizirani, abortusi su se, zbog nedostupnosti medicinskih ustanova, troškova, srama i osude okoline, neinformiranosti, neobrazovanosti i dr. razloga, nastavili izvoditi i dalje izvan zdravstvenih i ovlaštenih ustanova. Zbog učestalosti i drugih problema vlasti su bile prisiljene tridesetih godina uvesti neka ograničenja. Ali ona, ponajviše zbog toga što se od žena, koje su zadržale i svoju tradicionalnu ulogu supruga i majki, očekivalo da daju svoj doprinos industrijalizaciji i stremljenjima socijalističke ideologije, nisu mogla imati učinak. Mnogo je čimbenika koji su utjecali na pravnu regulaciju kao i realitet s visokom stopom abortusa, a za sagledavanje potpunije slike kako legalizacije tako i kriminalizacije valja uzeti u obzir sve (npr. obrazovanje, broj zaposlenih, zarada, postotak gradskog i seoskog stanovništva, običaji, ideologija, ostavštine starog uređenja itd.) te predmetu istraživanja pristupiti s više aspekata. Posebice je važna gospodarska slika kao i ideološko ozračje. Staljinovoj vlasti, koja je zabranila abortuse 1936., kriminalizacija je bila samo jedan od instrumenata ostvarivanja političkog cilja. Cilj je bio povećanje broja stanovnika i veći broj radne snage koja je trebala osigurati zamišljeni gospodarski razvoj. Zabrane su povele u suprotnom smjeru od željenoga cilja pronatalitetne politike. Predviđene mjere, poput povećanja broja vrtića, dječjeg doplatka, kampova za djecu, olakšica za majke, pa i ustavne zaštite nisu pomogle jer su pretpostavljale određeni društveni razvoj i materijalno blagostanje. Broj abortusa nije pao niti je došlo do rasta stope prirodnog prirasta. Unatoč pravnoj regulativi, dostupni brojčani podatci govore o malom broju kaznenih postupaka kao i donesenih presuda za kazneno djelo izvođenja abortusa kako za one koji su izvodili abortuse tako i za žene (posebice ako se uzme u obzir ukupan broj stanovnika). Iz spisa pravosudnih organa kao i tadašnjih političkih tijela, može se ipak zaključiti kako su sudske vlasti više pribjegavale kažnjavanju žena (kojima se prvi abortus opraštao uz javni ukor, dok je za drugi slijedila novčana kazna), nego onih koji su izvodili ilegalne abortuse. Jesu li sovjetske vlasti računale na to ili se sudski aparat namjerno oglušio na zakon i preporuke sovjetskih vlasti teško je reći. Solidarnost stanovništva koje je šutjelo pa čak i liječnika tomu je svakako pridonio. No, nije za zanemariti ni mogućnost da se javnost time suprotstavljala intervenciji države u jednu od rijetkih sfera života koju je zbog njezine prirode bilo teško nadzirati. Problem abortusa u SSSR-u, i posljedica koje je od 1936. do 1955. nosio, ni kazna lišenja slobode, niti kazna slanja na popravni rad, nije riješila. Nakon Staljinove smrti 1955. u mnogočemu se promijenio politički pravac. Abortusi su dekriminalizirani. Država je nastojala poboljšati svoju politiku podupiranja obitelji majčinstva adekvatnim zakonskim rješenjima i osiguranjem materijalnih sredstava. Do 1961. godine stopa smrtnosti majki smanjena je za 50 %. Ali, ilegalni abortus, izvođen izvan državnih bolnica ili od neovlaštenih i nestručnih osoba nije ni tada nestao unatoč oštrim kaznama. SSSR je i dalje ostao zemlja s najvećim brojem abortusa na svijetu. Ipak, po raspadu SSSR-a trend abortusa smanjio se na trećinu te je i dalje u padu. Do tog pada prevaljen je dug put dvojake pravne regulacije abortusa – legalizacije i kriminalizacije od kojih je ova posljednja pokazala svoju daleku lošiju stranu.

LITERATURA

1. Attwood, L., *Creating the New Soviet Women, Women's Magazine as Engineers of Female*, London, New York, 1999.
2. Avdeev, A., Blum, A., Troitskaya, I., *The History of Abortion Statistics in Russia and the USSR from 1900 to 1901, Population: An English Selection, Institut National d'Etudes Démographiques, no. 7, 1995.*
3. Babb, H. W., Hazard, J. N., *The Law of the Soviet State*, New York, 1948.
4. Blum, A., *Naître, vivre et mourir en USSR, 1917-1991.*, Paris, 1994.
5. Cole, G. F., Frankowski, S., ed., *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross Cultural Perspective*, Lancaster, 1987.
6. David, H. P., Fleischhaker, J., Höhn, Ch., *Abortion and Eugenics in Nazi Germany, Population and Development Review, vol. 14, no. 1, 1988.*
7. Denisov, B. P., Sakevič, I. V., *Aborti v postsovetskoj Rossii, Demografičeskoe obozrenie, tom 1, 1, 2014.*
8. Denisova, L., *Rural women in the Soviet Union and post-Soviet Russia*, Abingdon, London, 2010.
9. Evans, J., Clemens, B., Alpern, Engel, B, Worobec, C., *Russia's Women: Accomodation, Resistance, Transformation*, Berkeley, 1991.
10. Evans, J., *The Communist Party of the Soviet Union and the Women's Question. The Case of the 1936 Decree, In Defence of Mother and Child*, *Journal of Contemporary History*, vol. 16, no. 4, 1981.
11. Frankowski, S., Cole, G., *Abortion and Protection of the Human fetus: Legal Problems in a Cross-Cultural Perspective*, Boston, 1987.
12. Glendon, M. A., *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, 1987.
13. Goldman, W., *Women, the State and Revolution, Soviet Family, Policy and Social Life, 1917-1936.*, Cambridge, 1993.
14. Gross Solomon, S., *The Soviet Legalization of Abortion in german medical Discourse: A Study of the Use of Selective perceptions in Cross-Cultural Scientific Relations, Social Studies of Science, vol. 22, no. 3., 1992.*
15. Heer, D., Bryden, J. G., *Family Allowances and Fertility in the Soviet Union, Soviet Studies, vol.18, no. 2, 1966.*
16. Hoffinan, D.L., *Mothers in the Motherland: Stalinist Pronatalism in Its Pan European Context, Journal of Social History, vol. 34, no. 1, 2000.*
17. Hoffman, D. L., *Cultivating the Masses: Modern State Practises and Soviet Socialism, 1914-1939*, Ithaca, London, 2011.
18. Hyde, G., *Abortion and the birth rate in the USSR, Journal of Biosocial Science, vol. 2, no. 3, 1970.*
19. Kon, I. S., *The Sexual Revolution in Russia: From the Age of the Czars to Today*, New York, 1951.
20. Koonz, K., *Mother in the Fatherland, Women, the Family and Nazi Politics*, New York, 1987.
21. Kurtović, Š., *Hrestomatija opće povijesti prava i države, II. knjiga*, Zagreb, 2000.
22. Lader, L., *Abortion*, Indianapolis, 1966.
23. Lenjin, V. I., *The Working Class and Neo-Malthusianism, Lennin Collected Work, vol. 19, Moscow, 1977.*
24. Mazzetti, Bella S., *Repackaging the Patriarch: A Comparative Analysis Between Soviet and Contemporary Russian Reproductive Health Policies and Ideologies*, Senior Projects Spring, Paper 157, 2015.
25. Offen, K., *Body Politics: Women, Work and the Politics of Motherhood in France, 1900-1950, Maternity & Gender Policies: Women and the Rise of the European Welfare States, 1880s 1950s*, ed. Gisela Bock and Pat Thane, London, 1991.

26. Offen, K., *Women and the Politics of Motherhood in France, 1920-1940*, Working Paper, no. 293, European University Institute, Florence, 1987.
27. Perlman, F., McKee, M., *Trends in Family Planning in Russia*, *Perspectives on Sexual and Reproductive Health* 41, no. 1, 2009.
28. Pine, L., *Nazi Family Policy, 1933.-1945.*, New York, 1997.
29. Savage, M., *The Law of Abortion in the Union of Soviet Socialist Republics and the People's Republic of China: Women's Rights in Two Socialist Countries*, *Stanford Law Review*, vol. 40, no. 4, 1988.
30. Schlesinger, R., *The family in the USSR*, Abingdon, Oxon, 2000.
31. Semashko, N. A., *Drei Jahre Sowjetgesetzgebung in einer „wunden Frage“*, *Das Neue Russland*, vol. 1, no. 3/4, 1924.
32. Serebrennikov, G. N., *The Position of the Women in the U.S.S.R.*, London, 1937.
33. Solomon, P. H., *Soviet Criminal Justice under Stalin*, New York, 1996.
34. Stenvoll, D., *Contraception, Abortion and State Socialism*, *Kansai University Review of Law and Politics*, no. 28, 2007.
35. Osborne, C., *Cultures of Abortion in Weimar Germany*, New York, 2007.
36. Zdravomyslova, E., Temkina, A., *Gosudarstvennoe konstruirovanie gendera v sovetskom obschestve*, *Zhurnal issledovanii sotsialnoi politiki*, 1, 3-4, 2004.
37. Wallach, A., *Comparative Legal Status of American and Soviet Women*, *Valparaiso University Law Review*, vol.5, no. 2, 1971.

Mrežne stranice.

1. <http://jstor.org/stable/370278>
2. <http://researchonline.lshtm.ac.uk/5699>
3. <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol5/iss2/9>
4. <http://soviethistory.macalestar.edu/index.php?page=subject&SubjectID=abortion>
5. <http://www.bora.uib.no/bitstream/handle/1956/2224>
6. <https://www.cambridge.org/core/journals-of-biosocial-science/article/div-classtitleabortion>
7. <http://www.demoscope.ru/weekly/2005/0221/reprod01.php>
8. <http://www.jstor.org/stable/2949057>
9. <http://www.jstor.org/stable/3789509>
10. <http://www.jstor.org/stable/370278>
11. <http://www.johnstonsarchive.net/policy/abortion/ab-unitedstates.html>
12. <http://www.jstor.org/stable/149426>
13. <http://www.jstor.org/stable/149518>
14. <http://www.jstor.org/stable/1228777>
15. <http://www.revolutionarydemocracy.org>
16. <http://www.jstor.org/stable/260345>
17. <https://www.marxist.org/archive/lenin/index.htm>
18. <http://www.rg.ru/2011/11/23/zdorovie-dok.html>
19. <https://www.researchgate.net>

Zrinka Erent-Sunko*

Summary

ABORTION IN THE LEGAL SYSTEM OF THE USSR FROM 1920 TO 1991 - LEGALIZATION AND CRIMINALIZATION

The USSR model is an example of dual legal regulation of abortion, suitable for studying the effects and consequences of both legalization and criminalization of abortion. Abortion was legalized by the government of the Russian Soviet Federative Socialist Republic in 1920, after the October Revolution. The legalization was part of the efforts to solve the “woman question” and achieve gender equality. But, the Soviet society of the time, riddled with numerous problems, including famine, could not muster enough political will or economic power to solve it. Illegal abortions continued to be performed by “babki”, especially in the provincial parts of the country, far from large medical institutions found only in larger cities. Still, there was a reduction in maternal mortality. Policies to increase the birth rate were adopted under Stalin’s rule with a view to supporting industrialisation, and these included a prohibition of abortion in 1936. Punishment was envisaged both for those who performed abortions and for women who had them, who were under dual pressure – as mothers and as “rabotnitse”. However, for various reasons the recriminalization failed to yield the expected results. There were far fewer prosecutions for performing abortions than expected, and women tended to be punished for having abortions far more frequently than those who performed them for financial gain. Unfortunately, a series of measures the state undertook to boost the birth rate, such as child benefits and free children’s camps, failed to produce the desired effects. The number of illegal abortions remained high, despite a slight drop that occurred immediately after the prohibition was imposed. The illegal abortions performed in unsanitary conditions by non-professionals led to a high maternal mortality rate and had severe consequences for the women’s health. The criminalization failed to positively affect the birth rate, while the actual negative statistics resulting from the illegal abortions performed unprofessionally and in unsanitary conditions will probably never be known as any negative effects of this political decision were covered up. This practice continued until Stalin’s death, following which abortion was once again decriminalized in 1955. This regulation of abortion, with some restrictions, remained in force until the disintegration of the USSR.

Keywords: *abortion, USSR, women, legalization, criminalization, mortality*

* Zrinka Erent Sunko, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb; zrinka.arent.sunko@pravo.hr.

Zusammenfassung

**ABTREIBUNG IM RECHTSYSTEM DER SOWJETUNION
VON 1920 BIS 1991 - LEGALISIERUNG UND
KRIMINALISIERUNG**

Das Modell der Regulierung der Abtreibung in der Sowjetunion ist das Beispiel einer doppelten Gesetzesregulierung der Abtreibung und stellt so das Modell für die Forschung von Auswirkungen sowohl der Legalisierung und Kriminalisierung dar. Nach der Oktoberrevolution 1920 wurde Abtreibung von der Regierung der RSFSR legalisiert. Die Legalisierung war Teil des Beschließens der „Frauenfrage“ und der gesellschaftlichen Ausgleichung von Frauen und Männern, aber die damalige Gesellschaft wurde mit vielen Problemen und hungrigem Volk konfrontiert, so dass sie weder politischen Willen noch wirtschaftliche Grundlage hatte, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Die sog. „Babki“ haben weiterhin illegale Abtreibungen durchgeführt, insbesondere in Provinzen, welche von den großen für die Durchführung von Abtreibungen zuständigen Gesundheitsinstituten weit entfernt waren. Die Sterblichkeit von Frauen ist dennoch gesunken. Während der Regierungszeit Stalins und seiner Politik, durch welche die Natalität erhöht und die Arbeitskraft bereitgestellt werden sollte, wurde Abtreibung 1936 verboten. Es wurden Strafen festgesetzt sowohl für die Durchführer von Abtreibungen als auch für die Frauen, welche eine doppelte Belastung trugen – als Mutter und als sog. „Rabotnitse“. Die erneut auftretende Kriminalisierung erbrachte aber keine zu erwartenden Ergebnisse, was durch viele Faktoren bedingt wurde. Die Verfahren für die Straftaten der Durchführung von Abtreibungen wurden seltener als erwartet durchgeführt, während die Strafen öfter für die Frauen als für die Durchführer von illegalen Abtreibungen auferlegt wurden. Leider waren auch zahlreiche die vom Staat aufgestellten Maßnahmen, wie Kindergeld, bezahlte Kinderamps u. A., nicht von Nutzen. Die Zahl illegaler Abtreibungen ist sehr groß geblieben, obwohl sie kurz nach dem Verbot leicht gesunken ist. Die unprofessionell und die unter schlechten hygienischen Bedingungen durchgeführten Abtreibungen führten zu einer hohen Sterblichkeitsrate und hatten schwere Folgen für Frauengesundheit. Durch die Kriminalisierung wurde Natalität nicht erhöht und die mit den Folgen der unprofessionell und unter schlechten hygienischen Bedingungen durchgeführten Abtreibungen verbundene wahre negative Statistik wird wegen Verschleierung negativer Auswirkungen dieser politischen Entscheidung wahrscheinlich nie bekannt gemacht werden. Diese Praxis dauerte bis zum Tod Stalins, wonach Abtreibungen wiederum 1955 legalisiert wurden. Die Situation ist bis zur Auflösung der Sowjetunion mit bestimmten Einschränkungen gleich geblieben.

Schlüsselwörter: *Abtreibung, SSSR, Frauen, Legalisierung, Kriminalisierung, Sterblichkeit.*

Riassunto

L'ABORTO NEL SISTEMA GIURIDICO DELL'URSS DAL 1920 AL 1991 LEGALIZZAZIONE E CRIMINALIZZAZIONE

Il modello dell'URSS fa da esempio ad una regolamentazione giuridica duplice sull'aborto, come pure rappresenta un modello per effettuare una ricerca sugli effetti e le conseguenze sia della legalizzazione, che della criminalizzazione. Precisamente, dopo la Rivoluzione d'ottobre del 1920, il potere della RSFS russa legalizzò l'aborto. La legalizzazione costituiva parte della soluzione della „questione femminile“ e dell'equiparazione sociale della donna e dell'uomo. Tuttavia, una società dai molti problemi irrisolti e della popolazione affamata non ebbe né sufficiente volontà politica, né il fondamento economico per affrontare e risolvere tale questione. Le „babki“ continuavano a praticare aborti illegali, specialmente nelle zone di provincia, che distavano dalle strutture sanitarie autorizzate che si trovavano nelle grandi città. Nondimeno, la mortalità delle donne diminuì. Con il potere e la politica di Stalin che mediante l'aumento delle nascite avrebbe dovuto garantire la forza lavorativa necessaria al fine di avviare l'industrializzazione, l'aborto venne vietato nel 1936. Vennero determinate le sanzioni sia per coloro che avessero praticato gli aborti, sia per le donne che da allora furono sotto il duplice peso del ruolo di madri e di „rabortnitse“. Tuttavia, la nuova criminalizzazione a causa di numerosi fattori non sortì i risultati aspettati. I procedimenti per reati di pratica di aborto in realtà erano più rari di quanto ci si aspettasse; mentre le sanzioni venivano più frequentemente comminate alla donne che a coloro che a fini lucrativi praticavano aborti illegali. Purtroppo, nemmeno le misure statali volte ad incrementare la natalità, quali i bonus per bambini e la copertura delle spese delle colonie per bambini od altri benefici non furono utili. Il numero degli aborti illegali rimase elevato, sebbene in un primo momento dopo l'introduzione del divieto vi fu un calo. Il risultato degli aborti praticati clandestinamente e in condizioni igieniche pessime fu un elevato numero di decessi o di gravi conseguenze sulla salute delle donne. La criminalizzazione non portò all'aumento delle nascite; mentre al fine di coprire gli effetti negativi di tale decisione politica non si saprà mai la reale statistica negativa legata alle conseguenze degli aborti praticati in maniera non professionale e in condizioni non igieniche. Tale prassi perdurò fino alla morte di Stalin nel 1955, quando gli aborti vennero nuovamente legalizzati. Con certe limitazioni, la situazione rimase tale sino alla disgregazione di questa potenza comunista.

Parole chiave: *aborto, URSS, donne, legalizzazione, criminalizzazione, mortalità.*

RAZVOJ SUSTAVA SANKCIJA PROTIV FIZIČKIH ILI PRAVNIH OSOBA, SKUPINA I NEDRŽAVNIH ENTITETA POVEZANIH S TERORIZMOM U OKVIRU PRAVNOG PORETKA UJEDINJENIH NARODA S ASPEKTA SUDA EUROPSKE UNIJE

dr. sc. Stjepan Novak*

UDK 343.326

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.11>

Ur.: 19. travnja 2018.

Pr.: 3. rujna 2018.

Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Kao odgovor na sve učestalije, ali i pogubnije terorističke napade diljem svijeta, a osobito nakon napada na New York 11. 9. 2001., međunarodna zajednica bila je primorana, prilagoditi se i pronaći odgovarajuće rješenje. Jedan od oblika toga rješenja, odnosno borbe protiv terorizma bilo je i onemogućiti financiranje terorizma provođenjem sankcija, odnosno mjera ograničavanja protiv osoba, odnosno entiteta povezanih s terorizmom, prvenstveno zamrzavanjem imovine. Navedene mjere u velikom su broju slučajeva rezultat implementacije rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda kojima se nameću sankcije određenim fizičkim, odnosno pravnim osobama. Ovaj sustav sankcija, međutim, karakterizirao je i velik broj nedostataka koji su se, uglavnom, svodili na nepoštovanje procesnih prava fizičkih, odnosno pravnih osoba prema kojima se sankcije primjenjuju. Ti nedostaci, između ostalog i pod utjecajem Suda Europske unije, s vremenom su se uklanjali, ili barem umanjivali, upravo u cilju udovoljavanja zahtjevima za što većim stupnjem zaštite prava navedenih osoba.

Ključne riječi: *sustav sankcija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda, sankcije, mjere ograničavanja, Sud Europske unije, zaštita procesnih prava osoba odnosno entiteta povezanih s terorizmom.*

1. UVOD

Cilj je ovog rada prikazati razvoj sustava sankcija usmjerenih prema fizičkim i pravnim osoba povezanim s terorizmom u okviru pravnog poretka Ujedinjenih naroda.

Ovaj sustav sankcija karakterizirao je i velik broj nedostataka koji su se,

* Dr. sc. Stjepan Novak, Ministarstvo unutarnjih poslova RH, Ulica grada Vukovara 33, Zagreb; stjepannovak@gmail.com.

uglavnom, svodili na nepoštovanje procesnih prava fizičkih, odnosno pravnih osoba prema kojima se primjenjuju sankcije. Nedostatci, između ostalog i pod utjecajem Suda EU-a, s vremenom su se uklanjali, ili barem umanjivali, upravo radi udovoljavanja zahtjevima za što većim stupnjem zaštite prava navedenih osoba.

2. RAZVOJ SUSTAVA SANKCIJA USMJERENIH PREMA FIZIČKIM I PRAVNIM OSOBA POVEZANIH S TERORIZMOM U OKVIRU PRAVNOG PORETKA UJEDINJENIH NARODA

U ovom će se poglavlju, analizom relevantnih rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda (u daljnjem tekstu: VSUN), prikazati počeci razvoja sustava sankcija VSUN-a usmjerenih prema fizičkim i pravnim osobama povezanih s terorizmom, izmjene tog sustava nastale pod utjecajem terorističkih napada u međunarodnim razmjerima, kao i njegove daljnje izmjene u cilju poboljšanja prava osoba, odnosno entiteta prema kojima su sankcije primijenjene.

2.1. Počeci razvoja sustava sankcija usmjerenih prema fizičkim i pravnim osoba povezanih s terorizmom u okviru pravnog poretka Ujedinjenih naroda

Službeni početak sustava sankcija usmjerenih prema fizičkim i pravnim osoba povezanih s terorizmom u okviru pravnog poretka Ujedinjenih naroda, bila je Rezolucija VSUN-a 1267 (1999),¹ usvojena u okviru glave VII. Povelje VSUN-a,² donesena u povodu napada Al-Qaide na američka veleposlanstva u Tanzaniji i Keniji 1998. godine.³ Tom je Rezolucijom utemeljen Odbor 1267,⁴ sastavljen od članica VSUN-a. Jedan od glavnih zadataka Odbora⁵ bio je utvrđivanje fondova i financijskih izvora povezanih s talibanima, njihovim ili s njima povezanim organizacijama, koje, potom, sve države trebaju zamrznuti.⁶ U tom smislu određuje mjere zamrzavanja imovine, ali i zabrane putovanja (tzv. engl. *travel ban*) koje se sastoje u obvezi svake države da ne dopuste polijetanje s njihova teritorija ili slijetanje na njega zrakoplova u vlasništvu ili na bilo koji način povezanih s talibanima. Istom je Rezolucijom uspostavljena i posebna Lista pojedinaca ili grupa na taj način povezanih s terorizmom⁷ (tzv. crna

1 Vidi <https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1267> (posljednji pristup ostvaren 18. 12. 2017). Za tekst Rezolucije 1267(1999), vidi http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267%281999%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

2 Oehmichen, A., *UN-EU-Terrorist-Listing-Legal Foundations and Impacts*, ZIS 9/2014, 412. (www.zis-online.com/dat/artikel/2014_9_847.pdf), (posljednji pristup 6.7.2018.). str. 414.

3 Cf. *ibid.*, str. 412.

4 Gutherie, P., *Security Council Sanctions and the Protection of Individual Rights*, New York University Annual Survey of American Law, vol. 60., br. 3., 2004., str. 494; Oehmichen, *op. cit.* u bilj. 2., str. 414. ga naziva Odbor sankcija. Rezolucija 1267 (1999), para 6.

5 Zadatci su nabrojani u paragrafu 6. Rezolucije 1267 (1999).

6 Pedić, Ž., *Odnos međunarodnoga i europskoga okvira za suzbijanje terorizma*, Zagrebačka pravna revija, vol. 1, br. 1., 2012, str. 63., Rezolucija 1267 (1999), paragraf 4.

7 Oehmichen, *op. cit.* u bilj. 2, str. 412., Willis, G., *Security Council Targeted Sanctions*, *Due*

lista, u daljnjem tekstu: Lista).

Rezolucijom 1333 (2000) djelovanje Odbora 1267 prošireno je na pojedince i skupine na isti način povezane s Osamom bin Ladenom i Al-Qaidom.⁸

Rezolucija 1363 (2001) potvrđuje prethodne rezolucije 1267 i 1333 te naglašava obvezu svih država članica Ujedinjenih naroda da u potpunosti provedu mjere određene tim rezolucijama. Nadalje, istom Rezolucijom VSUN zahtijeva da glavni tajnik, uz savjetovanje s Odborom 1267, u roku od trideset dana od njezina usvajanja uspostavi poseban mehanizam koji će, između ostalog, nadzirati implementaciju mjera određenih rezolucijama 1267 i 1333. Taj mehanizam trebao je biti zasnovan na posebnoj Nadzornoj grupi, sastavljenoj od pet članova, uključujući i predsjednika te Grupi za podršku primjenjivanja sankcija, sastavljenoj od petnaest stručnjaka iz područja borbe protiv terorizma.⁹ Također, potiče države da poduzmu odgovarajuće mjere, unutar vlastitih zakonodavnih i administrativnih okvira, kako bi spriječile i kaznile kršenje mjera određenih rezolucijama 1267 i 1333, kao i na izvješćivanje Odbora 1267 o svim istragama povezanim s djelovanjima koje se provode u okviru ovog režima.¹⁰

2.2. Izmjene sustava sankcija VSUN-a pod utjecajem terorističkih napada i njegove korekcije

U rujnu 2001. godine, nakon terorističkih napada na New York, usvojena je Rezolucija 1373 (2001), koja donosi „sveobuhvatnu strategiju za borbu protiv međunarodnog terorizma i obvezuje države članice, pojedinačno i kolektivno, na odbijanje pružanja utočišta i financijske pomoći teroristima te na privođenje takvih osoba pravdi“¹¹ kao i njihovo kažnjavanje. Naime, navedena Rezolucija potiče države da stvaraju vlastite „crne liste“ te da kriminaliziraju¹² svaki oblik sudjelovanja u terorističkim djelima i njihovo pomaganje. Obveze država sastoje se, nadalje, i u zamrzavanju svih fondova povezanih s osobama uključenim u terorističke aktivnosti, uskraćivanju svakog oblika financijske potpore terorističkim grupama, uskraćivanju utočišta i privođenju pravdi svake osobe povezane s počinjenjem terorističkih djela, razmjeni podataka sa svim drugim državama o grupama koje prakticiraju ili planiraju terorističke aktivnosti, kao i suradnji u istrazi, otkrivanju, izručenju i kaznenom

Process and the 1267 Ombudsperson, From the Selected Works of Grant L Willis, 2010., str. 10.

8 Pedić, *loc. cit.* Gutherie, *op. cit.* u bilj. 4., str. 494.

Za tekst Rezolucije 1333 (2000), vidi: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1333%282000%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

9 Za tekst Rezolucije 1363 (2001), vidi: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1363%20%282001%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

10 Rezolucija 1363 (2001), para 8.

11 Pedić, *loc. cit.*

12 Oehmichen, *op. cit.* u bilj. 2., str. 412. Vidi u: Derenčinović, D., *Suvremeni antiterorizam na raskrižju - kaznenopravna reakcija vs. rat protiv terorizma*, u: Derenčinović, D., *Novi obzori suvremenog terorizma i antiterorizma, hrvatsko motrište*, Pravni fakultet u Zagrebu, Akademija pravnih znanosti Hrvatske, 2007., str. 33. Za tekst Rezolucije 1373 (2001), vidi [http://www.un.org/en/sc/ctc/speci_almeetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%201373%20\(2001\).pdf](http://www.un.org/en/sc/ctc/speci_almeetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%201373%20(2001).pdf) (posljednji pristup 6.7.2018.).

progonu osoba uključenih u takve aktivnosti.¹³ Nadalje, Rezolucijom je uspostavljen poseban Odbor za borbu protiv terorizma,¹⁴ sastavljen od svih članova VSUN-a, čiji je zadatak bio nadzirati provedbu ove Rezolucije.

Rezolucija 1390 (2002) još je jedan korak u međunarodnoj borbi protiv terorizma. U konkretnom slučaju, riječ je o produljivanju već postojećih mjera. U petom paragrafu Rezolucije, VSUN zahtijeva od Odbora 1267 poduzimanje određenih zadataka i izvještavanje o njima zajedno sa svojim zapažanjima. To su: 1.) ažuriranje Liste, 2.) traženje informacija od država u pogledu poduzetih radnji s ciljem provedbe mjera iz paragrafa 2., kao i drugih informacija koje Odbor 1267 smatra potrebnim, 3.) podnošenje redovitih izvješća VSUN-u o provedbi Rezolucije, 4.) hitno objavljivanje smjernica i kriterija potrebnih za olakšavanje implementacije mjera iz paragrafa 2. i 5.) činjenje svih informacija koje smatra relevantnim, uključujući i Listu, javno dostupnim putem odgovarajućih medija te 6.) suradnja s drugim relevantnim odborima VSUN-a, uključujući i Odbor iz Rezolucije 1373 (2001).¹⁵ Točke 5. i 6. poboljšavaju ono što se sustavu sankcija 1267 najviše zamjeralo. Naime, u ovakvom režimu, pojedine države mogle su predložiti uvrštavanje pojedinaca ili grupacija na Listu, a navedeni je Odbor o tomu odlučivao diskrecijskom ocjenom. Kako dotični pojedinci, odnosno grupacije nisu prethodno obaviješteni o takvom uvrštavanju na Listu, oni isto ne mogu niti spriječiti, odnosno ne mogu dokazati da bi njihovo uvrštavanje na Listu bilo nepravedno, nepravilno ili na bilo koji način neosnovano.¹⁶

Rezolucija 1452 (2002) predviđala je određene iznimke vezane na mjere predviđene dosadašnjim rezolucijama, točnije zamrzavanja imovine i to iz humanitarnih razloga.¹⁷ U tom smislu, iznimke se odnose na sredstva potrebna za zadovoljavanje osnovnih potreba, kao što su prehrambeni troškovi, troškovi stanovanja, troškovi liječenja i medicinskih usluga, poreza, osiguranja i drugih javnih i komunalnih troškova, troškovi povezani s naknadama za pravne usluge itd., kao i izvanredni troškovi, pod uvjetom da je država zahtijevala takvu iznimku, a Odbor 1267 odobrio.¹⁸

Rezolucija 1526 (2004), ponovno obvezuje države na provedbu rezolucija

13 Rezolucija 1373, para. 1. Vidi i mrežne stranice Security Council Counter-Terrorism Committee, <https://www.un.org/sc/ctc/about-us/>. Vidi i Derenčinović, D., *Ogledi o terorizmu i antiterorizmu*, Pravni fakultet Zagreb, 2005., str. 109. i 119.

14 CTC-Counter Terrorism Committee, odnosno Odbor za borbu protiv terorizma. Vidi i Pedić, *op. cit.* u bilj. 6, str. 64., fusnota 28.

15 Rezolucija 1390 (2002), para. 5. Za tekst Rezolucije 1390 (2002) vidi: <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1390> (posljednji pristup 6.7.2018.).

16 Guthrie, *op. cit.* u bilj. 4, str. 513.

17 Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 13., Pedić, *op. cit.* u bilj. 6, str. 64. Za tekst Rezolucije 1452 (2002) vidi: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1452%20%282002%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

18 Rezolucija 1452 (2002), para. 1.; Willis, G., Security Council Targeted Sanctions, Due Process and the 1267 Ombudsperson, loc. cit.

1267 i 1333,¹⁹ produljuje primjenu dosada određenih mjera²⁰ i poziva Odbor 1267 na poduzimanje koraka za što uspješniju provedbu rezolucija, odnosno što uspješnije provođenje naloženih mjera,²¹ poziva i potiče sve države i regionalne organizacije na poduzimanje odgovarajućih koraka u smislu provedbe naloženih mjera²² te podsjeća države, kao i druge međunarodne i regionalne organizacije, na dužnost ispunjavanja njihovih obveza.²³

Posebno su važne, u smislu poboljšavanja sustava sankcija, odredbe iz paragrafa 17. i 18. Rezolucije. Paragrafom 17. VSUN poziva države da kad predlažu nova imena za uključivanje na Listu, daju, u najvećoj mogućoj mjeri i informacije koje dokazuju povezanost tih pojedinaca, odnosno entiteta s Osamom bin Ladenom ili članovima Al-Qaide i/ili talibanima. Odredbom paragrafa 18. VSUN snažno potiče države da, u najvećoj mogućoj mjeri, obavještavaju pojedince i entitete uključene na Listu o mjerama koje su im nametnute.²⁴

Rezolucijom 1617 (2005), VSUN-a prvi put daje svojevrsnu definiciju „povezanosti“ s Al-Qaidom, Osamom bin Ladenom i talibanima. Iako je riječ o nejasnim kriterijima,²⁵ oni su ipak još jedan korak prema poboljšanju sustava sankcija VSUN-a. Konkretno, sukladno danj definiciji, povezanost uključuje: a) sudjelovanje u financiranju, planiranju, olakšavanju, pripremanju ili počinjenju djela ili aktivnosti uz, zajedno s, pod imenom, u ime ili kao potpora, b) dobavljanje, prodavanje ili prijenos oružja ili povezanog materijala, c) vrbovanje ili d) podržavanje na bilo koji drugi način djela i aktivnosti Al-Qaide, Osame bin Ladena i talibana i s njima povezanih ili iz njih proizašlih grupacija.

Posebno je važna Rezolucija 1730 (2006), kojom je VSUN nastojao utišati kritike na svoj račun zbog kršenja procesnih prava u sklopu vlastitog režima sankcija.²⁶ Tako VSUN ovom Rezolucijom usvaja postupak brisanja s Liste te, s tim u vezi, zahtijeva od glavnog tajnika uspostavu, tzv. središnje točke, koja će primati zahtjeve za brisanje s Liste i ispunjavati druge zadatke navedene u aneksu Rezolucije.²⁷

Dakle, zahtjev za brisanje s Liste podnositelji mogu podnijeti ili putem države čiji su državljani, odnosno na čijem području imaju boravište (prebivalište) ili putem središnje točke. Zadatci središnje točke detaljno su razrađeni samom Rezolucijom.²⁸ To su zaprimanje zahtjeva i postupanje po njima, utvrđivanje je li zahtjev već podnesen te postupanje po njemu u slučaju da jest, obavješćivanje podnositelja o zaprimanju

19 Rezolucija 1526 (2004), para. 1.

Za tekst Rezolucije 1526 (2004), vidi: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1526%20%282004%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

20 Rezolucija 1526 (2004), para. 2. i 3.

21 Rezolucija 1526 (2004), para. 9-13.

22 Rezolucija 1526 (2004), para. 4. i 5.

23 Rezolucija 1526 (2004), para. 20., 22., 24.

24 Rezolucija 1526 (2004), para. 17. i 18.

25 Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 13.

26 Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 13. Za tekst Rezolucije 1730 (2006) vidi: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1730%282006%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

27 Rezolucija 1730 (2006), para. 1.

28 Rezolucija 1730 (2006), Postupak brisanja s Liste.

zahtjeva te prosljeđivanje zahtjeva odgovarajućim državama²⁹ kojima se preporučaju međusobne konzultacije po pitanju brisanja određenog podnositelja s Liste. Svaka od ovih država, sukladno propisanom postupku, može preporučiti brisanje s Liste, prosljeđivanjem preporuke bilo putem središnje točke, bilo izravno predsjedniku Odbora 1267, zajedno sa svojim objašnjenjima. Nakon toga, taj će Odbor odlučivati o ovom zahtjevu.

Međutim, ako se i jedna od naznačenih država usprotivi brisanju podnositelja zahtjeva s Liste, propisan je drukčiji postupak. Središnja točka će o tomu obavijestiti Odbor 1267 i pribaviti preslike zahtjeva za brisanje s Liste. Nakon proteka roka od tri mjeseca, ako niti jedna od odgovarajućih država nije dala nikakav komentar niti tražila dodatno vrijeme za njega, središnja točka će o tomu obavijestiti Odbor 1267 kojem će dostaviti i primjerke zahtjeva. Svaki član Odbora 1267 može, po savjetovanju s državama o kojima je riječ, predložiti brisanje s Liste, prosljeđivanjem zahtjeva, zajedno s objašnjenjima predsjedniku Odbora 1267. Dostatno je da samo jedan član Odbora 1267 predloži brisanje s Liste i ono će se naći na dnevnom redu istog Odbora. Ako u roku od mjesec dana niti jedan član Odbora 1267 ne predloži brisanje s Liste, zahtjev će se smatrati odbijenim te će predsjednik Odbora 1267 o tomu obavijestiti središnju točku. U svakom slučaju središnja točka će o ishodu postupka obavijestiti podnositelja zahtjeva.³⁰

Ovakva izmjena u „režimu 1267“ važna je prekretnica u njegovu razvoju. Pojedinci i entiteti stavljeni na listu dobili su mogućnost pokretanja postupka brisanja s Liste, koji su dotada mogli posredno inicirati tek podnošenjem zamolbe državi čiji su državljani ili na čijem području imaju prebivalište. Ipak, središnja točka imala je nekih ključnih nedostataka, koji još uvijek nisu omogućavali nepristran i nezavisan mehanizmu koji je sposoban ponuditi pojedincima i entitetima stavljenim na Listu učinkoviti pravni lijek, kao što je obvezujuća preporuka za VSUN.³¹ Naime, pojedinci i entiteti stavljeni na Listu još uvijek nisu mogli biti obaviješteni o razlozima zbog kojih su stavljeni na Listu niti se očitovati o njima. Konačno, država, odnosno države koje bi, sukladno postupku propisanom Rezolucijom 1730, bojkotirale brisanje s Liste određenih pojedinaca i/ili entiteta, nisu morale objasniti razloge za to.³²

I Rezolucija 1735 (2006) još je jedan važan korak k novom, poboljšanom sustavu sankcija VSUN-a.³³ Među najvažnijim elementima ove Rezolucije je i zahtjev da, pri predlaganju stavljanja na Listu pojedinaca, odnosno entiteta, države podnesu detaljno izvješće koje treba uključivati: a) informacije koje dokazuju da su pojedinac, odnosno

29 To mogu biti ili države naznačene u zahtjevu ili država čiji je podnositelj državljanin ili država na čijem području ima prebivalište, odnosno boravište.

30 Rezolucija 1730 (2006), Postupak brisanja s Liste, para. 6-8.

31 Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 14.

32 Genser, J., Barth, K., *When Due Process Concerns Become Dangerous: The Security Council's 1267 Regime and the Need for Reform*, Boston College International and Comparative Law Review, vol. 33., br. 1., 2010., str. 5.

33 Vidi van den Herik, L., *The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better protection of the Individual*, Leiden Journal of International Law, vol. 20, br. 4., 2007., str. 11. Za tekst Rezolucije 1735 (2006), vidi http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1735%20%282006%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

entitet povezani s terorizmom, sukladno kriterijima iz Rezolucije 1617 (2005), b) podatke o prirodi tih informacija, kao i druge dostupne podatke te c) dokumentaciju s tim u vezi.³⁴ Nadalje, VSUN ovom Rezolucijom zahtijeva od država da kad podnesu navedeno izvješće, odrede dijelove tog izvješća koji mogu biti objavljeni, kako bi se o njemu mogli obavijestiti pojedinci, odnosno entiteti o kojima je riječ.³⁵

Među novosti koje uvodi ova Rezolucija spada i obavješćivanje pojedinaca i entiteta o njihovu uvrštavanju na Listu. Tajništvo će, u roku od dva tjedna od dodavanja određenog imena na Listu, o tomu obavijestiti stalno predstavništvo države za koju se smatra da se na njezinu području pojedinac ili entitet o kojem je riječ nalazi, odnosno čiji je on državljanin.³⁶

Ovoj obavijesti pridodat će se i dio izvješća o odnosnom slučaju koji je podoban za objavljivanje. Dakle, ona će obuhvaćati i sažetak razloga za uvrštavanje na Listu, ako su oni pogodni za objavljivanje.³⁷ VSUN poziva države da, po primanju navedene obavijesti, poduzmu potrebne korake sukladno vlastitom zakonodavstvu i praksi u cilju obavješćivanja o tomu pojedinaca, odnosno entiteta uvrštenih na Listu. Toj će obavijesti države pridodati i ranije spominjani dio izvješća o slučaju, podoban za objavljivanje, opis učinaka stavljanja na Listu, informacije o postupku za brisanje s Liste, kao i relevantne odredbe Rezolucije 1452 (2002).³⁸

Rezolucijom je detaljnije uređen postupak brisanja s Liste, iako on još nije niti blizu onakvom postupku kakav bi trebao biti s gledišta zahtjeva zaštite procesnih prava.³⁹ Naime, propisano je kako će Odbor 1267 pri razmatranju zahtjeva za brisanje s Liste posebno razmatrati je li podnositelj zahtjeva stavljen na Listu pogreškom, odnosno kao rezultat zamjene identiteta. Nadalje, razmatrat će se i jesu li još uvijek zadovoljeni kriteriji za uvrštavanje na Listu, pogotovo kriteriji određeni Rezolucijom 1617 (2005). Također, provjerit će se je li podnositelj, kada je riječ o pojedincu, preminuo, odnosno je li prekinuo sve „povezanosti“, sukladno Rezoluciji 1617 (2005).⁴⁰

Najvažniji dijelovi Rezolucije 1822 (2008), uz odredbe kojima se potvrđuju dosadašnji zaključci i detaljnije razrađuje postupak brisanja s Liste,⁴¹ odnose se na objavljivanje informacija povezanih s uvrštavanjem pojedinaca, odnosno entiteta na Listu, koje su pogodne za objavu te na postupak održavanja i ispitivanja Liste. Naime, VSUN je ovom Rezolucijom usmjerio Odbor 1267 da, uz pomoć Nadzornog tima i u suradnji s odgovarajućim državama članicama, učini na svojim *web*-stranicama dostupnim sažetak razloga za uvrštavanje na Listu odgovarajućih pojedinaca i

34 Rezolucija 1735 (2006), para. 5., Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 15.

35 Rezolucija 1735 (2006), para. 6., Willis, *loc. cit.*

36 Rezolucija 1735 (2006), para. 10.

37 Willis, *op. cit.* u bilj. 7, 14. str.

38 Rezolucija 1735 (2006), para. 11.

39 Willis, *loc. cit.*

40 Rezolucija 1735 (2006), para. 14.

41 Rezolucija 1822 (2008), para. 19-22.

Za tekst Rezolucije 1822(2006), vidi http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1822%20%282008%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

entiteta.⁴² Nadalje, dužnost je pojedine države, ako je određeni pojedinac, odnosno entitet uklonjen s Liste, u što kraćem razdoblju obavijestiti ga o tomu. Država će o tomu biti obaviještena kad se radi o njezinu državljaninu, odnosno kad se vjeruje da se pojedinac ili entitet nalaze na njezinu području. Također, VSUN je uputio Odbor 1267 da provede reviziju svih imena na Listi do 30. lipnja 2010., kako bi se osigurala njezina ažuriranost i točnost, ali i da provodi godišnju reviziju svih imena koja nisu bila revidirana u protekle tri ili više godina.⁴³

Dakle, sustav sankcija unutar VSUN-a, pogotovo uzevši u obzir posljednje tri rezolucije, doživio je znatne izmjene u smislu njegova poboljšanja s aspekta zaštite procesnih prava objekata sankcija. Ipak, još uvijek nije postojalo nezavisno i nepristrano nadzorno tijelo koje bi pojedincima odnosno entitetima pogođenim sankcijama moglo omogućiti učinkovito pravno sredstvo, kako bi mogli otkloniti nametnute im sankcije.

Sljedeći korak u smjeru spomenutog razvoja bila je Rezolucija 1904 (2009). Ovom je revolucionarnom Rezolucijom uveden niz promjena, među kojima je najvažnija ustanovljavanje Ureda pravobranitelja.⁴⁴ Ured je osnovan na inicijalno razdoblje od osamnaest mjeseci, kako bi pomagao Odboru 1267 u rješavanju zahtjeva za brisanje s Liste.⁴⁵ Nadalje, sukladno toj Rezoluciji, dužnost je glavnog tajnika Ujedinjenih naroda da, u suradnji s Odborom 1267, imenuje eminentnog stručnjaka, visokih individualnih moralnih osobina i kvalifikacija, s iskustvom u relevantnim područjima kao što su područje ljudskih prava, borbe protiv terorizma i sankcija, za pravobranitelja, koji će svoje zadatke obavljati neovisno i nepristrano, ne primajući upute ni od jedne vlade.⁴⁶ Za prvog pravobranitelja imenovana je Kimberly Prost.

Dužnosti pravobranitelja određene su u Dodatku II iste Rezolucije, a među navedenim dužnostima nalaze se istraživanje zahtjeva za brisanje s Liste, prikupljanje novih podataka i njihova prezentacija Odboru 1267, vođenje dijaloga i ispitivanje podnositelja zahtjeva, izrada nacрта izvješća za Odbor 1267 koji mora sadržavati kratak sažetak glavnih argumenata koji se odnose na brisanje s Liste itd.⁴⁷ Naime, kako je izrijekom propisano Rezolucijom, Ured pravobranitelja zapravo će preuzeti dužnosti središnje točke, koja će, po imenovanju pravobranitelja, zaprimati i rješavati zahtjeve pojedinaca i entiteta za brisanje s drugih lista, izvan sustava sankcija 1267.⁴⁸ Među najvažnije ovlasti pravobranitelja spada analiza zahtjeva za brisanje s Liste.⁴⁹

42 Rezolucija 1822 (2008), para. 13.

43 Rezolucija 1822 (2008), para. 23., 25. i 26.

44 Tünde Huber, K., Rodiles, A., *An Ombudsperson in the United Nations Security Council: a Paradigm Shift?*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Décimo Aniversario, 2012, str. 109. Za tekst Rezolucije 1904 (2009), vidi http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1904%282009%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

45 U tom smislu vidi Genser, Barth, *op. cit.* u bilj. 32, str. 14., Eckert, S., Biersteker, T., *Due Process and Target Sanctions, An Update of the Watson Report*, Watson Institute for International Studies, 2012., str. 6.

46 Rezolucija 1904 (2009), para 20.

47 Eckert, Biersteker, *loc. cit.*

48 Rezolucija 1904 (2009), para. 21.

49 Vidi Dodatak II., para. 7c Rezolucije 1904 (2009), Willis, *op. cit.* u bilj. 7., str. 68.

Ipak, instituti pravobranitelja i Ureda pravobranitelja, unatoč ostvarenom stupnju neovisnosti, na što ukazuje, između ostalog i njegovo imenovanje od strane glavnog tajnika Ujedinjenih naroda, još nisu udovoljavali osnovnim zahtjevima zaštite procesnih prava pojedinaca i entiteta stavljenih na Listu. Razlog ovome je činjenica da pravobranitelj, osim spomenute analize zahtjeva za brisanje s Liste, nije raspolagao nikakvim drugim konkretnim ovlastima niti imao poseban utjecaj na postupak brisanja s Liste. On, prema ovlastima dodijeljenim ovom Rezolucijom, nije bio ovlašten donositi bilo kakve preporuke Odboru 1267, a kamoli obvezujuće odluke u pogledu postupka brisanja s Liste pojedinaca i entiteta.⁵⁰ Dakle, još uvijek nije postojalo nezavisno i nepristrano nadzorno tijelo koje bi pojedincima, odnosno entitetima pogođenim sankcijama moglo omogućiti učinkovito pravno sredstvo, kojim bi oni mogli moći otkloniti nametnute im sankcije. Isto tako, nije bilo zadovoljeno niti pravo na pristup pravosuđu, s obzirom na to da ono ima smisla jedino ako tijelo kojemu pojedinci, odnosno entiteti imaju pristup može donositi i obvezujuće odluke o njihovim pravima, u ovom slučaju, o brisanju s Liste. Ovdje to nije bio slučaj, čime se uspostavljanje instituta pravobranitelja, s ovog aspekta, zapravo činilo kao nedovršeni posao.⁵¹

Rezolucija, nadalje, predviđa još neke važne izmjene.⁵² VSUN potiče države na osnivanje nacionalnih kontaktnih točaka za unošenje novih pojedinaca, odnosno entiteta na Listu.⁵³ Zatim, uvodi novo pravilo prema kojem je detaljno izvješće o slučaju koje države moraju podnijeti Odboru 1267 pri predlaganju novih imena za Listu, na zahtjev, u cijelosti dostupno za javnost, osim onih dijelova za koje dotična država utvrdi da su povjerljivi.⁵⁴ Istom Rezolucijom VSUN zahtijeva od država članica da, pri predlaganju Odboru 1267 novih imena za uvrštavanje na Listu, podnesu istom Odboru što je više moguće relevantnih informacija, pogotovo dovoljno identifikacijskih podataka, kako bi se omogućila točna identifikacija pojedinaca, odnosno entiteta.⁵⁵

Nove obveze nametnute su i Odboru 1267, pa tako taj Odbor mora sažetak razloga za uvrštavanje na Listu odgovarajućih pojedinaca i entiteta učiniti javno dostupnim na svojim *mrežnim* stranicama u isto vrijeme kada je i ime dotičnog pojedinca, odnosno entiteta stavljeno na Listu.⁵⁶ S tim u vezi, VSUN je Rezolucijom pozvao sve članove Odbora 1267 i Nadzornog tima da s njim podijele sve dostupne informacije koje imaju o zahtjevima za uvrštavanje na Listu, podnesenim od država članica, koje bi mogle koristiti tom odboru za donošenje odluke.⁵⁷

Također, VSUN je zatražio od Odbora 1267 da produlji rok u kojem članovi Odbora moraju potvrditi imena predložena za uvrštavanje na Listu,⁵⁸ ali i da isti Odbor

50 Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 69. i 70.

51 Tünde Huber, Rodiles, *op. cit.* u bilj. 44, str. 140.

52 *Cf. ibid.*, str. 128.

53 Rezolucija 1904 (2009), para. 8.

54 Rezolucija 1904 (2009), para. 11.

55 Rezolucija 1904 (2009), para. 13.

56 Rezolucija 1904 (2009), para. 14.

57 Rezolucija 1904 (2009), para. 16.

58 Rezolucija 1904 (2009), para. 17., Tünde Huber, Rodiles, *op. cit.* u bilj. 44, str. 128, navode

osigura da njegovi članovi pruže razloge za svoje eventualno protivljenje brisanja s Liste određenih pojedinaca, odnosno entiteta, kada je ovakav postupak pokrenut.⁵⁹

Usljedila je i još jedna izmjena u pogledu rokova za postupanje. Glavni tajnik će, u roku od tri dana od dodavanja određenog imena na Listu, o toj činjenici obavijestiti stalno predstavništvo države za koju se smatra da se pojedinac ili entitet o kojem je riječ, nalazi na njezinu području, odnosno kada je riječ o pojedincu, države čiji je državljanin.⁶⁰ Isti se rokovi primjenjuju i za slučaj brisanja s Liste. Te će države, pravodobno i sukladno vlastitim propisima, o tomu obavijestiti dotičnog pojedinca.⁶¹

Pozivajući se na relevantne odredbe Rezolucije 1822 (2008), VSUN naglašava zahtjev da sve države moraju poduzeti sve potrebne mjere, sukladno svojim zakonodavstvima, kako bi na vrijeme obavijestile pojedinca, odnosno entitet o njihovu stavljanju na Listu, kao i da toj obavijesti moraju priključiti sažetak razloga za uvrštavanje na Listu, opis učinaka uvrštavanja na Listu, postupak Odbora 1267 za razmatranje brisanja s Liste, uključujući i mogućnost podnošenja takvog zahtjeva pravobranitelju, sukladno relevantnim odredbama ove Rezolucije te odredbe o iznimkama iz Rezolucije 1452 (2002).⁶² Nadzorni je tim dužan Odboru 1267 svakih šest mjeseci dostavljati popis pojedinaca s Liste koji su navodno pokojni s drugim relevantnim podacima s tim u vezi, kako bi se osigurala točnost i ažuriranost Liste.⁶³ Konačno, VSUN i dalje inzistira na obvezama Nadzornog tima, u smislu godišnjih revizija Liste, odnosno pojedinaca i entiteta unesenih na nju.⁶⁴

Rezolucija 1988 (2011) razdvojila je režim sankcija prema pojedincima, odnosno entitetima povezanim s talibanima od režima sankcija prema pojedincima, odnosno entitetima povezanim s Al-Qaidom. Točnije, uspostavljen je nov sustav sankcija za pojedince i entitete povezane s talibanima s posebnim zadacima određenim u tom smislu,⁶⁵ čije je djelovanje produljeno rezolucijama 2082 (2012) i 2160 (2014).⁶⁶

Rezolucija 1989 (2011), osim što se bavila i nekim strukturalnim promjenama s obzirom na svoju prethodnicu, uključujući i promjenom naziva Liste Odbora 1267, čiji službeni naziv postaje Lista sankcija Al-Qaide,⁶⁷ ojačala je položaj pravobranitelja.

produljenje s pet na deset dana.

59 Rezolucija 1904 (2009), para. 25.

60 Rezolucija 1904 (2009), para. 18.

61 Rezolucija 1904 (2009), para. 27.

62 Rezolucija 1904 (2009), para. 19.

63 Rezolucija 1904 (2009), para. 26.

64 Rezolucija 1904 (2009), para. 28.-32.

65 Rezolucija 1988 (2011), para. 30.

Za tekst Rezolucije 1988 (2011), vidi: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1988%20%282011%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

66 Mrežne stranice VSUN-a, <http://www.un.org/sc/committees/1988/>; između ostalog, naglašena je i potreba suradnje Afganistanaca koji rade u cilju mira i pomirenja i Vijeća sigurnosti (preambula) te država s Interpolom (Dodatak, para x.). Za tekst Rezolucije 2082(2012) vidi http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2082%20%282012%29 (posljednji pristup 6.7.2018.). Za tekst Rezolucije 2160 (2014), vidi http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2160%282014%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

67 Rezolucija 1989 (2011), para 1., Eckert, Biersteker, *op. cit.* u bilj. 45, str. 7. Za tekst Rezolucije 1989 (2011) vidi: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1989%20%282011%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

Osim što mu je mandat produljen za osamnaest mjeseci, određeno je da će pravobranitelj donositi preporuke o brisanju pojedinaca, odnosno entiteta s Liste ili o njihovu zadržavanju na njemu.⁶⁸ Ovakve preporuke još uvijek nemaju obvezujuću snagu, ali se ne može reći da su bez ikakve snage. Naime, ako pravobranitelj Odboru 1267 preporuča brisanje određenog pojedinca, odnosno entiteta s Liste, a u roku od šezdeset dana taj Odbor jednoglasno ne odluči zadržati ga na Listi ili ne proslijedi pitanje na odlučivanje VSUN-a, taj će se pojedinac, odnosno entitet brisati s Liste.⁶⁹ Nadalje, sve se države potiču da u ovom postupku, u što kraćem roku, dostave pravobranitelju sve relevantne podatke, po mogućnosti, tamo gdje je to primjereno, i povjerljive podatke. S druge strane, potvrđuje se da će pravobranitelj s takvim podatcima postupati sukladno ograničenjima koja je odredila dotična država⁷⁰ te takve podatke neće otkrivati bez pisane suglasnosti te države ni u jednoj fazi prikupljanja informacija i vođenja dijaloga sukladno Rezoluciji.⁷¹ Također, snažno se potiču države koje su tražile uvrštavanje na Listu da pravobranitelju dopuste da otkrije njihov identitet podnositelju zahtjeva za brisanje s Liste.⁷²

Upućuje se Odbor 1267 da nastavi razmatrati zahtjeve država za brisanje s Liste pojedinaca, odnosno entiteta koji navodno više ne zadovoljavaju kriterije za ostajanje na Listi, ali se potiču i države članice da same podnose zahtjeve za brisanje s Liste kada više ne postoje uvjeti za ostajanje na njemu.⁷³ Zanimljivo je i da se Rezolucijom potvrđuje da države moraju posebno naglasiti, Odboru 1267 ili pravobranitelju, ako žele da njihov identitet kao država predlagatelja uvrštavanja određenih pojedinaca, odnosno entiteta ostane tajan.⁷⁴

Isto tako, važan korak je učinjen i u poboljšanju ostvarivanja prava na pristup pravosuđu. Naime, postupak brisanja s Liste, i zadaće s tim u vezi, pravobranitelj će obavljati na temelju zahtjeva koji je predao pojedinac, odnosno entitet koji želi postići brisanje s Liste ili u njegovo ime. To mogu, dakle, učiniti ili oni sami ili putem svojih pravnih predstavnika.⁷⁵

Rezolucija 2083 (2012) produljuje mandat pravobranitelja za trideset mjeseci te se u njoj ponavljaju raniji zaključci, ciljevi i zadatci. Nadalje, odlučeno je da ako pravobranitelj ne može ispitati podnositelja zahtjeva za brisanje s Liste u državi njegova prebivališta, odnosno boravišta, pravobranitelj može zahtijevati da Odbor 1267 razmotri mogućnost privremenog izuzeća od primjene sankcija zamrzavanja imovine i zabrane putovanja podnositelja, kako bi on mogao snositi troškove putovanja i doputovati u državu gdje bi ga pravobranitelj mogao ispitati. Trajanje ovog izuzeća

68 Rezolucija 1989 (2011), 68., para. 21.

69 Rezolucija 1989 (2011), para. 23., Eckert, Biersteker, *op. cit.* u bilj. 45, str. 7; isti se postupak provodi i kad država podnese zahtjev za brisanje s Liste, sukladno para 27.

70 Rezolucija 1989 (2011), para. 25.

71 Rezolucija 1989 (2011), Dodatak II, (g).

72 Rezolucija 1989 (2011), para. 29.

73 Rezolucija 1989 (2011), para. 30. i 31.

74 Rezolucija 1989 (2011), para. 14.

75 Kokott, J., Sobotta, C., *The Kadi Case-Constitutional Core Values and International Law-Finding the Balance*, *The European Journal of International Law*, vol. 23., br. 4, 2012., str. 1021.

treba se svesti samo na onoliko koliko je nužno potrebno da dotični podnositelj zahtjeva sudjeluje u navedenom postupku ispitivanja. Do ovakvog izuzeća, dakle, može doći na zahtjev pravobranitelja te uz pristanak podnositelja zahtjeva, kao i države u koju bi podnositelj trebao otputovati i svih tranzitnih država.⁷⁶

Rezolucijom 2161 (2014) produljen je mandat pravobranitelja, kao i Nadzornog tima za trideset mjeseci, dakle do prosinca 2017. godine. Također, poduzeti su i još neki koraci prema ostvarivanju većeg stupnja procesne zaštite pojedinaca, odnosno entiteta stavljenih na Listu. Tako je određeno kako se u pojedinim slučajevima konsenzusom može skratiti rok od šezdeset dana u kojem Odbor 1267 treba jednoglasno odlučiti o zadržavanju pojedinca, odnosno entiteta na Listi ili prosljediti pitanje na odlučivanje VSUN-u, inače će doći do njegova brisanja s Liste.⁷⁷

I nakon opisanih promjena sustav sankcija VSUN-a 1267 našao se na meti kritika. U tom kontekstu, treba spomenuti Koaliciju država istomišljenica,⁷⁸ koja je podnijela svoje preporuke tijekom 2011.⁷⁹ i 2012. godine.⁸⁰ Pohvalivši dosadašnji napredak VSUN-a, pogotovo uspostavu institucije pravobranitelja, iznijele su i nove preporuke u vidu pojačane transparentnosti postupaka brisanja s Liste, neograničeno produljenje mandata pravobranitelja, pojačane suradnje pravobranitelja i država u prikupljanju podataka, povećanja dosega nadležnosti pravobranitelja i drugih koraka koji bi doprinijeli još višem stupnju zaštite procesnih prava pojedinaca, odnosno entiteta na koje su usmjerene sankcije VSUN-a.

Slično, i 2014. godine, ova je skupina država iznijela prijedloge za poboljšanje sustava sankcija 1267.⁸¹ Riječ je bila o: a) zahtjevu da mandat pravobranitelja bude stalan, što bi pridonijelo kredibilitetu njegova rada, b) zahtjevu za poboljšanjem razmjene podataka između država i pravobranitelja, kao i Odbora 1267 te nacionalnih i regionalnih sudova i drugih vlasti, c) zahtjevu za većim stupnjem transparentnosti, u smislu da svaka odluka mora sadržavati razloge, koji, jednako kao i izvješća pravobranitelja, moraju biti objavljeni, vodeći računa o zaštiti privatnosti i povjerljivih podataka i d) zahtjevu da Odbor 1267 nastavi provoditi, tzv. trogodišnji nadzor (nadzor imena koja nisu bila revidirana posljednje tri ili više godina) te da, u slučaju zadržavanja dotičnih imena na Listi, o tomu bude donesena obrazložena odluka, kao i da ako nadzor nije proveden unutar ovoga trogodišnjeg razdoblja do brisanja s Liste dolazi automatizmom.

Vidljivo je da se sustav sankcija VSUN-a znatno razvijao u posljednjih

76 Rezolucija 2083 (2012), para 36. Za tekst Rezolucije 2083 (2012) vidi: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2083%282012%29 (posljednji pristup 6.7.2018.).

77 Rezolucija 2161 (2014), para 51. Za tekst Rezolucije 2161 (2014) vidi: <http://unscr.com/en/resolutions/doc/2161> (posljednji pristup 6.7.2018.).

78 Eckert, Biersteker, *op. cit.* u bilj. 45., str. 11.

79 Dokument Koalicije država istomišljenica, vidi <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/22759.pdf> (posljednji pristup 6.7.2018.).

80 Službene stranice knjižnice Dag Hammarskjöld UN-a <http://repository.un.org/handle/11176/17748> (posljednji pristup 6.7.2018.).

81 Stranice Stalnog predstavništva Norveške u UN-u (Norway in the UN, Permanent Mission to the United Nations in New York) <http://www.norway-un.org/Statements/Security-Council/SC-Security-Council-working-methods---targeted-sanctions/#.VffqXG7bVec> (posljednji pristup 6.7.2018.).

petnaestak godina te mijenjao u smislu formiranja instituta koji su trebali rezultirati što većim stupnjem zaštite prava osoba, odnosno entiteta prema kojima se primjenjuju sankcije.

2.3. Prikaz razvoja sustava sankcija VSUN-a usmjerenih prema fizičkim i pravnim osoba povezanih s terorizmom

Ključni trenutci razvoja sustava sankcija usmjerenih prema fizičkim i pravnim osoba povezanih s terorizmom u okviru pravnog poretka Ujedinjenih naroda moguće je prikazati i u tablici:

| | |
|------------------------|--|
| Rezolucija 1267 (1999) | Osnivanje Odbora 1267 sa zadatkom formiranja i ažuriranja Liste |
| Rezolucija 1333 (2000) | Djelovanje Odbora 1267 prošireno je na pojedince i skupine povezane s Osamom bin Ladenom i Al-Qaidom |
| Rezolucija 1363 (2001) | Poticanje država da poduzmu odgovarajuće mjere, unutar vlastitih zakonodavnih i administrativnih okvira, kako bi spriječile i kaznile kršenje mjera određenih rezolucijama 1267 i 1333, kao i na izvješćivanje Odbora 1267 o svim istragama povezanim s djelovanjima koje se provode u okviru ovog režima. |
| Rezolucija 1373 (2001) | Donošenje sveobuhvatne strategije za borbu protiv međunarodnog terorizma te obvezuje države članice, pojedinačno i kolektivno, na odbijanje pružanja utočišta i financijske pomoći teroristima te na privođenje takvih osoba pravdi ⁸² kao i njihovo kažnjavanje. |
| Rezolucija 1390 (2002) | Isticanje potrebe za većim stupnjem transparentnosti u djelovanju Odbora 1267. |
| Rezolucija 1452 (2002) | Predviđanje određenih iznimki od primjene mjera iz prethodnih rezolucija radi omogućavanja zadovoljavanja osnovnih potreba sankcioniranih osoba. |
| Rezolucija 1526 (2004) | Produljenje primjene do sada određenih mjera ⁸³ i pozivanje Odbora 1267 na poduzimanje koraka s ciljem što uspješnije provedbe rezolucija, odnosno provođenja njima naloženih mjera, ⁸⁴ pozivanje i poticanje svih država i regionalnih organizacija na poduzimanje odgovarajućih koraka u provedbi naloženih mjera ⁸⁵ te podsjećanje država, kao i drugih međunarodnih i regionalnih organizacija na ispunjavanje njihovih obveza. |
| Rezolucija 1566 (2004) | Isticanje ranijih zaključaka VSUN-a te pozivanje i država i drugih tijela unutar sustava sankcija VSUN-a na poduzimanje odgovarajućih mjera u cilju borbe protiv terorizma. |
| Rezolucija 1617 (2005) | Definiranje „povezanosti“ s terorističkim organizacijama i njihovim vođama (Al-Qaidom, bin Ladenom i talibanima). |

82 Pedić, *op. cit.* u bilj. 6, str. 63. Vidi Derenčinović, *op. cit.* u bilj. 13.

83 Rezolucija 1526 (2004), para. 2. i 3.

84 Rezolucija 1526 (2004), para. 9-13.

85 Rezolucija 1526 (2004), para. 4. i 5.

86 Rezolucija 1624 (2005), para 6. Za tekst Rezolucije 1624 (2005) vidi <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1624> (posljednji pristup 6.7.2018.).

| | |
|------------------------|--|
| Rezolucija 1624 (2005) | Uspostavljanje dodatne suradnje između država i Odbora za borbu protiv terorizma, uspostavljenog Rezolucijom 1373 (2001), koja bi uključivala dijalog i razmjenu informacija ⁸⁶ te ponovno ističe obveze država da sudjeluju u borbi protiv terorizma |
| Rezolucija 1699 (2006) | Zahtjev prema glavnom tajniku da poveća stupanj suradnje između Ujedinjenih naroda i Interpola. |
| Rezolucija 1730 (2006) | Formiranje „središnje točke“ za zaprimanje zahtjeva za brisanje s Liste. |
| Rezolucija 1735 (2006) | Poboljšanje sustava sankcija VSUN-a dodatnim zahtjevima u pogledu izvješća država članica pri predlaganju stavljanja na Listu pojedinaca, odnosno entiteta, kao i obavješćivanja pojedinaca, odnosno entiteta o tomu. |
| Rezolucija 1822 (2008) | Objava na mrežnim stranicama Odbora 1267 sažetka razloga za uvrštavanje na Listu odgovarajućih pojedinaca i entiteta |
| Rezolucija 1904 (2009) | Osnivanje Ureda pravobranitelja. |
| Rezolucija 1988 (2011) | Razdvajanje režima sankcija prema pojedincima, odnosno entitetima povezanim s talibanima od režima sankcija prema pojedincima, odnosno entitetima povezanim s Al-Qaidom |
| Rezolucija 1989 (2011) | Ovlašćivanje pravobranitelja na donošenje preporuka o brisanju pojedinaca, odnosno entiteta s Liste ili o njihovu zadržavanju na njemu; promjena službenog naziva Liste u „Sankcijska lista za Al-Qaidu“. |
| Rezolucija 2083 (2012) | Produljenje mandata pravobranitelja za trideset mjeseci. |
| Rezolucija 2161 (2014) | Produljenje mandata pravobranitelja i ostvarivanje većeg stupnja procesne zaštite pojedinaca, odnosno entiteta stavljenih na Listu. |
| Rezolucija 2170 (2015) | Nametanje sankcija šestorici pojedinaca povezanih s Al-Kaidom, ISIL-om i Al Nusrah Frontom. |
| Rezolucija 2178 (2015) | Poticanje država članica na daljnje mjere u sprečavanju i pomaganju terorizmu. |
| Rezolucija 2253 (2015) | Uključivanje osoba, odnosno entiteta povezanih s Islamskom Državom (ISIL) na Listu. |
| Rezolucija 2368 (2017) | Potvrđivanje dosadašnjih mjera, poticanje država na suradnju u borbi protiv terorizma i razmjenu podataka. |

Tablica 1.: Važnije rezolucije i njima uvedene promjene unutar sustava sankcija VSUN-a protiv osoba, odnosno entiteta povezanih s terorizmom.

Sukladno prikazanom, možemo ukratko opisati kako danas izgleda postupak uvrštavanja odnosno brisanja s Liste.

Zahtijevati uvrštavanje određene osobe, odnosno entiteta na Listu mogu sve države članice Ujedinjenih naroda. Pri podnošenju ovog zahtjeva, koji se podnosi na posebnom obrascu, države trebaju podnijeti i detaljno izvješće koje, između ostalog, treba uključivati razloge koji opravdavaju uvrštavanje na Listu, podatke o njihovim aktivnostima, povezanosti s drugim osobama koje se nalaze na Listi, dokaze o istim navodima i druge podatke, s ciljem dokazivanja opravdanosti stavljanja dotičnih osoba na Listu. Također, izvješće mora sadržavati što više identifikacijskih podataka

o osobama, odnosno entitetima čije se uvrštavanje predlaže na Listu.

Ako Odbor 1267 o zahtjevu ne odluči u roku od deset radnih dana, obavijestit će državu predlagateljicu o fazi u kojoj se njezin zahtjev nalazi.

Kad zahtjev bude usvojen, istodobno s uvrštavanjem imena na Listu, Odbor 1267 na svojoj će mrežnoj stranici objaviti i sažetak razloga za uvrštavanje dotične osobe, odnosno entiteta na Listu. Također, odmah po usvajanju zahtjeva, o tomu će obavijestiti stalno predstavništvo države za koju se smatra da se na njezinu području osoba ili entitet o kojem je riječ nalazi, odnosno čije ima državljanstvo.⁸⁷

Zahtijevati brisanje osoba, odnosno entiteta s Liste mogu osoba, odnosno entitet o kojem je riječ ili države članice Ujedinjenih naroda. Osoba, odnosno entitet o kojem je riječ može zahtjev podnijeti sam, putem predstavnika ili putem Ureda pravobranitelja. Država članica može biti ona koja je uvrštavanje na Listu predložila, ali i bilo koja druga. Zahtjev treba sadržavati objašnjenje zbog kojeg podnositelj smatra da uvjeti za zadržavanje dotične osobe, odnosno entiteta nisu više zadovoljeni.

Postupak Odbora 1267 razlikuje se ovisno o kojem je podnositelju riječ. Ako je riječ o državi članici koja je predložila uvrštavanje te osobe, odnosno entiteta na Listu, tada će se dotična osoba, odnosno entitet brisati u roku od šezdeset dana ako taj Odbor jednoglasno ne odluči zadržati ga na Listi ili ne proslijedi pitanje na odlučivanje VSUN-a. Ako je riječ o drugoj državi članici, Odbor 1267 odluku donosi na uobičajeni način, odnosno konsenzusom.

U slučajevima gdje pravobranitelj preporuči zadržavanje osobe, odnosno entiteta na Listi, ta se osoba odnosno entitet neće brisati s Liste. Ako pravobranitelj preporuči brisanje s Liste, tada će se ime dotične osobe, odnosno entiteta brisati u roku od šezdeset dana ako Odbor 1267 jednoglasno ne odluči zadržati ga na Listi ili ne proslijedi pitanje na odlučivanje VSUN-u.⁸⁸

Opisani sustav sankcija VSUN-a u današnjem obliku rezultat je, između ostalog, i kritika Suda EU-a koje je upućivao u svojim presudama.

Tako je u presudi *Kadi II* Sud konstatirao da, bez obzira na postojanje središnje točke, ostaje činjenica da je postupak pred Odborom 1267 u biti diplomatskog i međuvladinoga karaktera, a osobe i subjekti u pitanju nemaju stvarnu mogućnost dokazati svoja prava.⁸⁹

Po donošenju ove presude, došlo je do donošenja spomenutih rezolucija, u pogledu formiranja Ureda pravobranitelja i postupnog jačanja njegovih ovlasti.

Međutim, u predmetu *Kadi III*, Opći sud je smatrao da sve ono što je naveo Sud u predmetu *Kadi II* u odnosu na središnju točku zapravo vrijedi i za Ured pravobranitelja. Naveo je, naime, kako VSUN još uvijek nije ustanovio nezavisno i

87 United Nations Security Council, Subsidiary Organs, Security Council Committee pursuant to resolutions 1267 (1999) 1989 (2011) and 2253 (2015) concerning ISIL (Da'esh) Al-Kaida and associated individuals groups undertakings and entities. Vidi na https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1267/qa_sanctions_list/procedures-for-listing (posljednji pristup 18. 12. 2017.).

88 Ibid., https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1267/qa_sanctions_list/procedures-for-delisting (posljednji pristup 11. 4. 2018.).

89 Presuda od 3. 9. 2008. *Yassin Abdullah Kadi i Al Barakaat International Foundation protiv Vijeća Europske unije i Komisije Europskih zajednica*, spojeni predmeti C-402/05 P i C-415/05, ECLI:EU:C:2008:461 (dalje u tekstu *Kadi II*), para. 323.

nepristrano tijelo nadležno za saslušanje i odlučivanje o tužbama protiv pojedinačnih odluka Odbora 1267. Zbog navedenih razloga, Opći sud nije smatrao da je činjenica osnivanja Ureda pravobranitelja rezultirala takvim promjenama koje bi se mogle tumačiti kao zadovoljavanje uvjeta postavljenih u predmetu *Kadi II*.⁹⁰

S obzirom na i dalje postojeće kritike, vrlo je izgledan i daljnji razvoj sustava sankcija VSUN-a.

3. PRIRODA SANKCIJA VSUN-A

Pitanje pravne prirode sankcija VSUN-a svodi se na pitanje je li riječ o građanskim, odnosno administrativnim sankcijama ili kaznenim. Ovo je važno jer o tomu ovisi i stupanj zaštite procesnih prava koja se treba jamčiti osobama, odnosno entitetima na koje se sankcije odnose.

VSUN je u Rezoluciji 1735 (2006) te u Rezoluciji 1989 (2011) izrijekom ustvrdio da su mjere o kojima je riječ preventivne naravi, neovisne o kaznenim standardima utvrđenim u nacionalnim pravima.⁹¹

U presudi predmeta *Kadi II*, Sud EU-a definirao je mjere zamrzavanja imovine kao privremenu mjeru opreza,⁹² a na isti zaključak nailazi se i u drugim presudama Suda EU-a.⁹³ Opći sud u presudi *Kadi III* ponovno je otvorio ovo pitanje,⁹⁴ a nešto drukčije mišljenje imali su nezavisni odvjetnik Bot i Sud u presudi *Kadi IV*.

Nezavisni odvjetnik Bot zaključio je da je Opći sud bio u zabludi kad je doveo

90 Presuda od 30. 9. 2010. *Yassin Abdullah Kadi protiv Europske komisije*, T-85/09, ECLI:EU:T:2010:418 (dalje u tekstu *Kadi III*), para. 128.; Oehmichen, *op. cit.* u bilj. 2, str. 418.; Kokott, Sobotta, *op. cit.* u bilj. 75, str. 1020. Marguiles, smatra kako sustav, nakon uvođenja pravobranitelja funkcionira te kritizira činjenicu da Sud, u predmetu *Kadi IV*, to nije primijetio. Marguiles, P., *Aftermath of an Unwise Decision: The U.N. Terrorist Sanctions Regime After Kadi II*, Amsterdam Law Forum, vol. 6, br. 2., 2014. Vidi i Ginsborg, L., Scheinin M., *You Can't Always Get What You Want: The Kadi II Conundrum and the Security Council 1267 Terrorist Sanctions Regime*, Essex Human Rights Review, vol. 8, br. 1, 2011, Special Issue on Balancing Counter-Terrorism Efforts with Human Rights a Decade After 9/11, str. 19.

91 Rezolucija 1735 (2006), preambula, Rezolucija 1989 (2011), preambula. Third Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team Appointed pursuant to Resolution 1526 (2004) concerning Al-Kaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities, para. 41-42, U.N. Doc. S/2005/572 (9 September 2005). Vidi Genser, Barth, *op. cit.* u bilj. 32. i Ghasem Zamani, S., Mazaheri J., *The Need for International Judicial Review of UN Economic Sanctions* u: Marossi, Z. A., Bassett M. R. *Economic Sanctions under International Law*, T.M.C. Asser press, 2015., str. 224.

92 *Kadi II*, *op. cit.* u bilj. 89, para. 358.

93 Presuda od 5. 11. 2014., *Adib Mayaleh protiv Vijeća Europske unije*, spojeni predmeti T307/12 i T408/13, ECLI:EU:T:2014:926. (u daljnjem tekstu: *Mayalah*), para. 175. Vidi i Presuda od 12. 12. 2006. *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran protiv Vijeća Europske unije*, T-228/02 ECLI:EU:T:2006:384, para. 71. Presuda od 15. 11. 2012., *Stichting Al-Aqsa i Nizozemska Kraljevina protiv Vijeća Europske unije*, C-539/10 P i 550/10 P, ECLI:EU:C:2012:711, para. 120., Presuda od 11. 7. 2007., *Jose Maria Sison protiv Vijeća Europske unije*, T-47/03 DEP, ECLI:EU:T:2007:207., para. 101.

94 *Kadi III*, *op. cit.* u bilj. 90, para. 150.

u pitanje preventivnu prirodu mjera zamrzavanja imovine.⁹⁵ U tom smislu možemo istaknuti i zaključak Suda u predmetu *Kadi IV*, prema kojem, usprkos njihovoj preventivnoj naravi, predmetne restriktivne mjere negativno utječu na slobode i prava osoba prema kojima se primjenjuju, uz znatno narušavanje njihova profesionalnog i obiteljskog života.⁹⁶

S tim u vezi možemo navesti Willisov zaključak da se neovisno o navedenoj karakterizaciji ovakvih sankcija, makar to bilo i od strane VSUN-a, pri njihovoj primjeni moraju poštovati procesna prava pojedinaca i entiteta protiv kojih su usmjerene, s obzirom na težinu posljedica koje one nose sa sobom.⁹⁷

Dakle, bilo bi nezahvalno jednoznačno odrediti ove sankcije kao mjere kaznenog ili administrativnoga karaktera. Riječ je o mjerama *sui generis* koje karakterizira njihova preventivna narav, nužna ograničenja procesnih prava s obzirom na učinak iznenađenja u njihovoj primjeni te teške posljedice njihove primjene.

Također je moguće postaviti i pitanje je li VSUN uopće vezan, pri postupanju, procesnim pravilima, odnosno je li obavezan poštovati prava osoba, odnosno entiteta prema kojima se primjenjuju sankcije.

Pravilo je da su međunarodne organizacije vezane međunarodnim pravnim pravilima relevantnima za njihovo djelovanje, svrhe i ovlasti.⁹⁸

U presudi *Reparations case* Međunarodnog suda, Sud je utvrdio da su Ujedinjeni narodi subjekt međunarodnog prava, sposobni biti nositeljem međunarodnih prava i obveza, ali i da ta prava i obveze ovise o njihovoj svrsi i funkciji, kako proizlazi iz njihovih konstitutivnih dokumenata i dokumenata nastalih njihovom praksom.⁹⁹ Sukladno tomu, iako u Povelji UN-a tako nije izriječno propisano, VSUN, pri provođenju svojih akcija, može biti vezan međunarodnim običajnim pravom i općim načelima prava, baš kao i svi drugi subjekti međunarodnog prava.¹⁰⁰

U predmetu *Conditions of Admission Case*, Međunarodni sud je utvrdio da politička narav tijela ne može to tijelo osloboditi obveze pridržavanja odredbi ugovora koji su uspostavili Ujedinjeni narodi kad one nameću ograničenja njegovim ovlastima.¹⁰¹ Isto tako, u predmetu *Certain Expenses Case*, Međunarodni sud je utvrdio da ovlasti VSUN-a nisu neograničene, ali da se, kad je njegovo djelovanje potrebno u cilju održavanja međunarodnog mira i sigurnosti, mora presumirati da

95 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Bota C584/10 P, C593/10 P i C595/10 P, ECLI:EU:C:2013:176 (u daljnjem tekstu Mišljenje *Kadi IV*), para. 68.

96 Presuda od 18.7.2013. *Europska komisija i dr. protiv Yassin Abdullah Kadi*, spojeni predmeti C-584/10 P, C-593/10 P i C-595/10 P, ECLI:EU:C:2013:518 (dalje u tekstu *Kadi IV*), para. 132.

97 Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 25. Vidi i Eckes, C., *Decision making in the Dark? Autonomous EU Sanctions and National Classification*, Amsterdam Centre for European Law and Governance, University of Amsterdam Research Paper No. 2012-02, June 4. 2012., str. 23.

98 Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 27. Vidi i Ghasem Zamani i Mazaheri *op. cit.* u bilj. 91, str. 227.

99 *Reparations for Injuries*, Advisory opinion, 1949 ICJ, 179. i 180., <http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf> (posljednji pristup 6.7.2018.).

100 Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 32.

101 *Conditions of Admission of State to Membership in the United Nations*, Advisory Opinion 1948, 64. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/3/003-19480528-ADV-01-00-EN.pdf> (posljednji pristup 6.7.2018.).

ono ne ide *ultra vires*.¹⁰² Spomenuta ograničenja, prema Willisu, mogu proizlaziti iz Povelje UN-a, *ius cogens*, pojedinih sporazuma, običajnog prava i općih načela prava.

Dakle, opće je prihvaćeno da je VSUN vezan kategorijom *ius cogens*. Ovo je pravilo, između ostalog,¹⁰³ postavio i sudac Lauterpacht u svojem odvojenom mišljenju prilikom čega je konstatirao kako članak 103. Povelje UN-a ne može dati rezolucijama VSUN-a prednost pred *ius cogens*.¹⁰⁴ Ovakav položaj *ius cogens* konstatirali su i neki regionalni sudovi, kao što je i Sud EU u predmetu *Kadi I*, ali i, primjerice, Švicarski savezni sud.¹⁰⁵

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Sustav sankcija VSUN-a znatno se razvijao u posljednjih petnaestak godina te pod utjecajem kritika evoluirao u smjeru ostvarivanja sve veće zaštite prava pravnih i fizičkih osoba prema kojima se primjenjuju sankcije.

Tako je početak tog razvoja označavala odsutnost bilo kakvog nadzornog mehanizma nad provođenjem sankcija te nepostojanje bilo kakve zaštite prava navedenih osoba. Postupno, sustav sankcija VSUN-a uklanjao je vlastite nedostatke. U tom smislu, kao važnije rezolucije, odnosno njima uvedene promjene mogu se navesti Rezolucija 1390 (2002), koja se zalaže za veći stupanj transparentnosti, Rezolucija 1452 (2002), koja predviđa određene iznimke od primjene mjera iz prethodnih rezolucija s ciljem omogućavanja zadovoljavanja osnovnih potreba osoba prema kojima se primjenjuju sankcije, Rezolucija 1617 (2005), koja prvi put daje svojevrsnu definiciju „povezanosti“ s Al-Qaidom, Osamom bin Ladenom i talibanima, Rezolucija 1730 (2006), koja uspostavlja središnju točku, koja će primati zahtjeve za brisanje s Liste i ispunjavati druge zadatke te Rezolucija 1904 (2009), kojom je ustanovljen Ured pravobranitelja, kao i njezine sljedbenice koje su ojačavale ovlasti pravobranitelja.

Ovakav razvoj, između ostalog, rezultat je i kritika koje je uputio Sud EU-a.

Tako je u presudi *Kadi II* Sud konstatirao da je bez obzira na postojanje središnje točke postupak pred Odborom 1267 u biti diplomatskog i međuvladinoga karaktera, a osobe i subjekti u pitanju nemaju stvarnu mogućnost zaštititi svoja prava.¹⁰⁶ Po donošenju ove presude, došlo je do formiranja Ureda pravobranitelja, kao i postupnog jačanja njegovih ovlasti, no Opći je sud u presudi *Kadi III* konstatirao da sve ono što je naveo Sud u predmetu *Kadi II* u odnosu na središnju točku zapravo vrijedi i za Ured pravobranitelja te da VSUN još uvijek nije ustanovio nezavisno i nepristrano tijelo

102 *Certain Expenses of the United Nations* Advisory Opinion 1962 ICJ, 168. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf> (posljednji pristup 6.7.2018.). Vidi i Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 37.

103 Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 38-44.

104 Izdvojeno mišljenje suca Lauterpacha, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, para. 100, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-19930913-ORD-01-05-EN.pdf> (posljednji pristup 6.7.2018.).

Willis, *op. cit.* u bilj. 7, str. 39.

105 Genser, Barth, *op. cit.* u bilj. 32, str. 13.

106 *Kadi II*, *op. cit.* u bilj. 89, para. 323.

nadležno za saslušanje i odlučivanje o tužbama protiv pojedinačnih odluka Odbora 1267.

Zaštita prava osoba, odnosno entiteta prema kojima se primjenjuju sankcije svakako je načelo o kojem se mora voditi računa pri primjeni navedenih sankcija. Međutim, jednako tako mora se voditi računa i o posebnostima ovih sankcija s jedne strane te njihovu cilju. Kada je riječ o posebnostima, to su njihova preventivna narav, nužna ograničenja određenih procesnih prava te teške posljedice njihove primjene. Njihov je cilj spriječiti financiranje terorističkih grupa i njihovih aktivnosti.

S obzirom na uspostavu Ureda pravobranitelja, kao i njegove ovlasti, možda se ne može reći da je razina zaštite procesnih prava osoba, odnosno entiteta prema kojima se sankcije primjenjuju unutar sustava sankcija VSUN-a na zadovoljavajućoj razini, ali se može konstatirati da je na najboljem putu prema tomu.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Derenčinović, D., *Ogledi o terorizmu i antiterorizmu*, Pravni fakultet, Zagreb, 2005.
2. Derenčinović, D., *Suvremeni antiterorizam na raskrižju - kaznenopravna reakcija vs. rat protiv terorizma*, u: Derenčinović, D., *Novi obzori suvremenog terorizma i antiterorizma, hrvatsko motrište*, Pravni fakultet, Akademija pravnih znanosti Hrvatske, Zagreb, 2007.
3. Eckes, C., *Decision making in the Dark? Autonomous EU Sanctions and National Classification*, Amsterdam Centre for European Law and Governance, University of Amsterdam, Research Paper No. 2012-02, June 4. 2012.
4. Eckert, S., Biersteker, T., *Due Process and Target Sanctions, An Update of the Watson Report*, Watson Institute for International Studies, 2012.
5. Genser, J., Barth, K., *When Due Process Concerns Become Dangerous: The Security Council's 1267 Regime and the Need for Reform*, Boston College International and Comparative Law, vol. 33., br. 1., 2010.
6. Ghasem Zamani, S., Mazaheri J., *The Need for International Judicial Review of UN Economic Sanctions* u: Marossi, Z. A., Bassett M. R. *Economic Sanctions under International Law*, T.M.C. Asser press, Hague, 2015.
7. Ginsborg, L., Scheinin M., *You Can't Always Get What You Want: The Kadi II Conundrum and the Security Council 1267 Terrorist Sanctions Regime*, Essex Human Rights Review, vol. 8, br. 1, 2011, Special Issue on Balancing Counter-Terrorism Efforts with Human Rights a Decade After 9/11.
8. Guthrie, P., *Security Council Sanctions and the Protection of Individual Rights*, New York University Annual Survey of American Law, vol. 60., br. 3.
9. Kokott, J., Sobotta, C., *The Kadi Case-Constitutional Core Values and International Law-Finding the Balance*, European Journal of International Law, vol. 23., br. 4., 2012.
10. Marguiles, P., *Aftermath of an Unwise Decision: The U.N. Terrorist Sanctions Regime After Kadi II*, Amsterdam Law Forum, vol. 6, br. 2., 2014.
11. Oehmichen, A., *UN-EU-Terrorist-Listing-Legal Foundations and Impacts*, ZIS 9/2014, 412 (online unter www.zis-online.com/dat/artikel/2014_9_847.pdf) (posljednji pristup 7.6.2018.).
12. Pedić, Ž., *Odnos međunarodnoga i europskoga okvira za suzbijanje terorizma*, Zagrebačka pravna revija, Zagrebačka pravna revija, vol. 1, br. 1. 2012.
13. Tünde Huber, K., Rodiles, A., *An Ombudsperson in the United Nations Security Council: a Paradigm Shift?*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones

- Jurídicas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Décimo Aniversario, 2012.
14. van den Herik, L., *The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better protection of the Individual*, *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, br.4., 2007.
 15. Willis, G., *Security Council Targeted Sanctions, Due Process and the 1267 Ombudsperson*, From the Selected Works of Grant L Willis, 2010.

Presude Suda EU, Međunarodnog suda i Mišljenja nezavisnih odvjetnika:

1. Izdvojeno mišljenje suca Lauterpacha, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, para 100, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-19930913-ORD-01-05-EN.pdf>
2. Mišljenje od 16.1.2008., C-402/05 P i C-415/05 ECLI:EU:C:2008:11
3. Mišljenje od 19.3.2013. C584/10 P, C593/10 P i C595/10 P, ECLI:EU:C:2013:176
4. Presuda od 3.9.2008. *Yassin Abdullah Kadi i Al Barakaat International Foundation protiv Vijeća Europske unije i Komisije Europskih zajednica*, spojeni predmeti C-402/05 P i C-415/05 ECLI:EU:C:2008:461
5. Presuda od 30.9.2010. *Yassin Abdullah Kadi protiv Europske komisije*, T-85/09, ECLI:EU:T:2010:418
6. Presuda od 18.7.2013. *Europska komisija i dr. protiv Yassin Abdullah Kadi*, spojeni predmeti C-584/10 P, C-593/10 P i C-595/10 P, ECLI:EU:C:2013:518
7. Presuda od 15.11.2012., *Stichting Al-Aqsa i Nizozemska Kraljevina protiv Vijeća Europske unije*, C-539/10 P i 550/10 P, ECLI:EU:C:2012:711
8. Presuda od 11.7.2007., *Jose Maria Sison protiv Vijeća Europske unije*, T-47/03 DEP, ECLI:EU:T:2007:207
9. Presuda od 12.12.2006. *Organisation des Modjahedines du people d'Iran protiv Vijeća Europske unije*, T-228/02 ECLI:EU:T:2006:384
10. Presuda Međunarodnog suda *Reparations for Injuries*, *Advisory opinion*, 1949 ICJ, 179. i 180., <http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>
11. Presuda Međunarodnog suda *Conditions of Admission of State to Membership in the United Nations*, *Advisory Opinion 1948, 64.* <http://www.icj-cij.org/files/case-related/3/003-19480528-ADV-01-00-EN.pdf>
12. Presuda Međunarodnog suda *Certain Expenses of the United Nations* *Advisory Opinion 1962 ICJ, 168.*, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf>

Rezolucije VSUN-a

1. Rezolucija 1267 (1999) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267%281999%29
2. Rezolucija 1333 (2000) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1333%282000%29
3. Rezolucija 1363 (2001) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1363%20%282001%29
4. Rezolucija 1373 (2001) [http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%20201373%20\(2001\).pdf](http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%20201373%20(2001).pdf)
5. Rezolucija 1390 (2002) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1390%20%282002%29
6. Rezolucija 1452 (2002) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1452%20%282002%29
7. Rezolucija 1526 (2004) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1526%20%282004%29

8. Rezolucija 1566 (2004) [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566%20\(2004\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566%20(2004))
9. Rezolucija 1617 (2005) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1617%20%282005%29
10. Rezolucija 1624 (2005) <http://www.refworld.org/docid/468372832.html>
11. Rezolucija 1699 (2006) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1699%282006%29
12. Rezolucija 1730 (2006) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1730%282006%29
13. Rezolucija 1735 (2006) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1735%20%282006%29
14. Rezolucije 1822 (2008) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1822%20%282008%29
15. Rezolucija 1904 (2009) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1904%282009%29
16. Rezolucija 1988 (2011) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1988%20%282011%29
17. Rezolucija 1989 (2011) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1989%20%282011%29
18. Rezolucija 2082 (2012) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2082%20%282012%29
19. Rezolucija 2083 (2012) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2083%282012%29
20. Rezolucija 2160 (2014) http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2160%282014%29
21. Rezolucija 2161 (2014) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2161%20%282014%29
22. Rezolucija 2170 (2015) http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2170%282014%29
23. Rezolucija 2178 (2015) http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2178%20%282014%29
24. Rezolucija 2253 (2015) http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2253%282015%29
25. Rezolucija 2368 (2017) <https://www.un.org/sc/suborg/en/s/res/2368-%282017%29>

Pravni propisi

1. Povelja UN-a „Narodne novine - Međunarodni ugovori”, br. 15/1993.
2. Pročišćene inačice Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije 2010/C 83/01 (Lisabonski ugovor) <http://www.mvpe.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonski-prociscena.pdf> (posljednji pristup 7.6.2018.).

Stjepan Novak*

Summary

**DEVELOPMENT OF THE SYSTEM OF SANCTIONS
AGAINST NATURAL AND LEGAL PERSONS, GROUPS
AND NON-STATE ENTITIES CONNECTED WITH
TERRORISM IN THE LEGAL ORDER OF THE UNITED
NATIONS FROM THE PERSPECTIVE OF THE COURT OF
JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION**

The United Nations Security Council's system of sanctions directed against persons and entities associated with terrorism has evolved over the years in the direction of ever greater protection of these persons and entities' procedural rights at the time of imposing sanctions on them. Namely, this system of sanctions was characterised by numerous shortcomings which for the most part amounted to a lack of respect for the procedural rights of the natural and legal persons on which sanctions are imposed. The protection of the rights of the persons and entities on which sanctions are imposed no doubt includes taking into account, upon their imposition, certain principles. However, these sanctions' peculiarities and aim must equally be taken into account. The former include the sanctions' preventive nature, the necessary restrictions of certain procedural rights and the far-reaching consequences of their imposition. The latter consists of preventing the financing of terrorist groups and their activities. By taking into account the peculiarities of these sanctions and eliminating their shortcomings as described, the UN Security Council's system of sanctions responded to criticism concerning violations of the said rights. Thus, with time and under the influence of, *inter alia*, the Court of Justice of the European Union, these shortcomings came to be eliminated or were at least mitigated precisely in order to satisfy the requirements for a greater degree of protection of the rights of the said persons. It is therefore to be expected that this trend will continue.

Keywords: *United Nations Security Council's sanctions, United Nations Security Council's resolutions, procedural rights, Court of Justice of the European Union.*

* Stjepan Novak, Ph. D., Ministry of the Interior of the Republic of Croatia, Ulica grada Vukovara 33, Zagreb; stjepannovak@gmail.com.

Zusammenfassung

**ENTWICKLUNG VON SANKTIONEN GEGEN DIE MIT
TERRORISMUS VERBUNDENEN NATÜRLICHE UND
JURISTISCHE PERSONEN, PERSONENGRUPPEN
ODER NICHTSTAATLICHE ORGANISATIONEN IN DER
RECHTSORDNUNG VON VEREINTEN NATIONEN UND
AUS DER PERSPEKTIVE DES GERICHTSHOFS DER
EUROPÄISCHEN UNION**

Das System von Sanktionen des UN-Sicherheitsrats gegen die mit Terrorismus verbundenen Personen und Körperschaften hat sich bei derer Auferlegung seit Jahren in Richtung des immer größeren Schutzes der Verfahrensrechte dieser Personen und Körperschaften entwickelt. Dieses System von Sanktionen wurde nämlich durch große Mängel hinsichtlich der Missachtung der Verfahrensrechte von natürlichen und juristischen Personen, gegen die diese Sanktionen auferlegt werden, gekennzeichnet.

Bei dem Schutz der Rechte von Personen und Körperschaften, gegen die diese Sanktionen auferlegt werden, muss man den Grundsatz der Rechnung tragen, welcher bei der Auferlegung genannter Sanktionen anzuwenden ist. Ebenfalls muss man auch die Besonderheiten dieser Sanktionen und deren Ziel in Betracht ziehen. Wenn es sich um die Besonderheiten handelt, dann spricht man über die vorbeugende Natur dieser Sanktionen, die notwendigen Beschränkungen bestimmter Verfahrensrechte und schwere Konsequenzen ihrer Auferlegung. Das Ziel der Sanktionen ist es, die Finanzierung terroristischer Gruppen und ihrer Aktivitäten zu verhindern.

Der UN-Sicherheitsrat hat auf die Kritiken bezüglich der Missachtung von genannten Rechten beantwortet, indem er die Besonderheiten dieser Sanktionen in Betracht zog und die beschriebenen Mängel beseitigte.

Diese Mängel wurden unter anderem auch durch den Einfluss des Gerichtshofs der Europäischen Union beseitigt oder wenigstens gemildert, mit dem Ziel der Erreichung immer größeren Schutzes der Rechte dieser Personen, weshalb auch zu erwarten ist, dass man mit solcher Entwicklung fortsetzen wird.

Schlüsselwörter: *Sanktionen des UN-Sicherheitsrates, Resolutionen des UN-Sicherheitsrates, Verfahrensrechte, Gerichtshof der Europäischen Union.*

Riassunto

**LO SVILUPPO DEL SISTEMA DELLE SANZIONI
CONTRO PERSONE FISICHE E GIURIDICHE, GRUPPI
ED ENTITÀ NON GOVERNATIVE NELL'AMBITO
DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELLE NAZIONI
UNITE VISTO DALLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA**

Il sistema delle sanzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite orientato contro le persone ovvero le entità collegate al terrorismo nel corso degli anni s'è sviluppato nella direzione della sempre maggiore tutela dei diritti processuali di tali persone ovvero entità in occasione delle loro intrusioni. Precisamente, questo sistema di sanzioni è stato contraddistinto anche da un grande numero di lacune che erano perlopiù collegate al mancato rispetto dei diritti processuali delle persone fisiche e giuridiche nei confronti delle quali venivano comminate le sanzioni. La tutela dei diritti delle persone ovvero delle entità nei confronti delle quali vengono comminate le sanzioni certamente includono l'applicazione dei principi dei quali occorre tenere conto in occasione della comminazione delle sanzioni. Tuttavia, allo stesso modo va tenuto conto anche delle peculiarità di tali sanzioni e del fine che perseguono. Quando si tratta delle particolarità, queste sono: il loro carattere preventivo; la necessaria limitazione di determinati diritti processuali e le pesanti conseguenze della loro comminazione. Il loro scopo è quello di evitare il finanziamento dei gruppi terroristici e le loro attività. Tenendo conto delle peculiarità di queste sanzioni e colmandone le lacune poc'anzi descritte, il sistema delle sanzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha risposto alle critiche che si riferivano al mancato rispetto di detti diritti. Pertanto, tali lacune, tra l'altro anche sotto l'influenza della Corte di Giustizia dell'UE, con il tempo sono state colmate, o perlomeno sono diminuite, proprio al fine di soddisfare alle richieste volte ad un maggiore grado di tutela di tali persone e v'è da aspettarsi che tale sviluppo continui.

***Parole chiave:** sanzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite,
risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite,
diritti processuali, Corte di Giustizia dell'Unione europea.*

STRAF - UND STRAFPROZESSRECHT IM KOSOVO

Prof. dr. iur. Islam Qerimi, LL.M.*
Prof. Ass. dr. Bedri Bahtiri**

UDK 343.1(497.115)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.3.12>
Ur.: 30. siječnja 2018.
Pr.: 15. rujna 2018.
Stručni rad

Zusammenfassung

Nach einer wechselvollen Geschichte konnte der Kosovo nach Erlangung der Unabhängigkeit erstmals ein eigenes Straf- und Strafprozessrecht erlassen. Der folgende Beitrag beschreibt das geltende kosovarische Recht und untersucht es u.a. darauf hin, ob es den Vorgaben der Verfassung und der einschlägigen völkerrechtlichen Verträge entspricht. Beim Erlass des neuen Strafrechts scheint ein gravierendes Versäumnis des Gesetzgebers das „Vergessen“ eines Delikts der fahrlässigen schweren Körperverletzung zu sein, obwohl ein solcher Tatbestand in dem vorangehenden StGB noch enthalten war. Das neue Strafprozessrecht wurde durch einige angelsächsische Elemente angereichert und entspricht im Wesentlichen den menschenrechtlichen Vorgaben der Verfassung und der EMRK. Für jugendliche Straftäter gilt ein besonderes Strafbemessungs- und Verfahrensrecht, das in einem eigenen Jugendgerichtsgesetzbuch niedergelegt ist. Die Regeln über die strafrechtliche Mediation können sich auf alte gewohnheitsrechtliche Traditionen der Streiterledigung stützen.

Schlüsselwörter: *Strafrecht, Strafprozessrecht, Jugendstrafrecht, Strafrechtsreform, Kosovo.*

1. EINLEITUNG

Das Ziel dieses Beitrags ist es, die geschichtliche Entwicklung des Strafrechts und des Strafprozessrechts sowie die aktuelle Gesetzeslage im Kosovo darzustellen. Er gibt einen Überblick über die verschiedenen historischen Zeitperioden des Strafrechts im Kosovo. Zur Durchführung der Analyse der Entwicklung des Strafrechts und Strafprozessrechts im Kosovo werden zu Beginn die relevanten Forschungsfragen gestellt, die es im Rahmen dieser Arbeit zu beantworten gilt. Die Ergebnisse bestätigten zum großen Teil, dass die kosovarische Gesellschaft, wie andere Gesellschaften auch, im Umgang mit Rechtsbrechern ihren eigenen Weg

* Dr. sc. Islam Qerimi, Assistant Professor, Faculty of Law, University of Vienna, i_qerimi@hotmail.com.

** Dr. sc. Bedri Bahtiri, Assistant Professor, Faculty of Law, University of Pristina, Kosovo; bedri.bahtiri@uni-pr.edu.

durch die Bestimmung der Straftaten, der Verantwortlichkeit, der Schuld und der jeweiligen strafrechtlichen Sanktionen gegangen ist. Eine historische Besonderheit liegt in der parallelen Vielfalt der Strafgesetze. Die Schlussfolgerungen daraus sollen jedoch erst nach der Auswertung gezogen werden. Methodisch handelt es sich bei der vorliegenden Studie überwiegend um eine Literaturliteraturarbeit, die auf dem Studium des vorhandenen Schrifttums über das Strafrecht und Strafprozessrecht im Kosovo beruht.

Zur Durchführung einer Entwicklungsanalyse des Straf- und Strafprozessrechts im Kosovo werden zu Beginn die relevanten Forschungsfragen gestellt, die es im Rahmen dieser Arbeit zu beantworten gilt.

- Welche spezifische Entwicklung des Straf- und Strafprozessrechts in der Rechtsordnung im Kosovo gibt es?
- In welcher Weise unterscheiden sich die gesetzlichen Regelungen von dem alten Kanun?
- Entspricht das anwendbare Strafrecht im Kosovo der Verfassung der Republik Kosovo vom 17.2.2008 (in der Folge: VerfKos) und den internationalen Standards über Menschenrechte und Grundfreiheiten?
- Hat der Kosovo die zahlreichen Nebenstrafgesetze den EU-Standards angepasst?
- Müssen am Strafrecht und Strafprozessrecht im Kosovo noch Änderungen durchgeführt werden?

2. DIE ZEITPERIODEN DER GESCHICHTLICHEN ENTWICKLUNG

2.1. DAS STRAFRECHT IM KOSOVO VOM 15. BIS ZUM 20. JAHRHUNDERT

Besondere Bedeutung für das kosovarische Recht kommt dem Umstand zu, dass in den albanischen Gebieten und damit auch im Kosovo über Jahrhunderte der sog. Kanun als eine Quelle des Gewohnheitsrechts galt. Der Kanun beinhaltete auch das strafrechtliche Gewohnheitsrecht. Zu den bedeutendsten Kanunen zählen der Kanun des Lek Dukagjini¹, der Kanun des Skanderbeg², der Kanun der Laberia³ und zahlreiche andere regionale Kanune. Es lässt sich feststellen, dass während der Anwendung des Kanuns nicht immer eine strenge Teilung des Strafrechts von

1 „Der Kanun des Lek Dukagjini, alb. Kanuni i Leke Dukagjinit, stellt die bekannteste Zusammenfassung des albanischen Gewohnheitsrechts dar. Dieses ursprünglich ungeschriebene Rechtssystem bestimmte die wesentlichen Aspekte des Sozialverhaltens in den abgelegenen und sonst gesetzlosen Gegenden Nordalbanien.“: *Elsie, Robert*: Vorwort in: *Der Kanun. Das albanische Gewohnheitsrecht nach dem sogenannten Kanun des Leke Dukagjini*, kodifiziert von Shtjefen Gjeqovi, ins Deutsche übersetzt von Marie Amelie Frein von Godin, Peja 2001, S. 5.

2 *Illia, Frano*, Kanuni i Skënderbeut, Milot 1993.

3 *Elezi, Ismet*, Kanuni i Labërisë, Tirana 2006.

dem Zivilrecht durchgesetzt wurde.⁴ Während der osmanischen Herrschaft in der Zeit vom 15. bis zum 20. Jahrhundert wurden auch andere Strafgesetze wie die Scharia, osmanische Kanune und das türkische Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1868 angewendet.⁵ Im Kosovo fand während dieser Zeit somit eine divergierende Vielfalt von Strafgesetzen parallel Anwendung.

2.2. DAS STRAFRECHT IM KOSOVO IN DER ZEIT VON 1918 BIS 1941

Nach dem Sieg gegen das osmanische Reich rief Albanien am 12.11.1912 seine Unabhängigkeit aus und wurde in den heutigen Grenzen anerkannt. Der Kosovo und andere albanische Gebiete, die außerhalb des neuen Staates geblieben waren, wurden unfreiwillig zunächst Serbien und nach dem Ersten Weltkrieg der Monarchie der Serben, Kroaten und Slowenen angeschlossen. Aufgrund dieser Tatsache wurde im Kosovo im Unterschied zu Albanien ein eigener Weg bei der Gestaltung des Rechtssystems beschritten.⁶ Während dieser Zeit hieß der Kosovo Südserbien. Es ist wichtig zu erwähnen, dass in diesem Staat im Jahre 1921 ein besonderes Gesetz über den Schutz der Sicherheit der Staatsordnung angenommen wurde⁷, welches aufgrund der angewandten Brutalität und der drakonischen Strafen als „Gesetz mit schlechtem Ruf für den Schutz des Staates“ bezeichnet wurde. Des Weiteren wurde 1930 im Königreich Jugoslawien ein neues Strafgesetzbuch in Kraft gesetzt.⁸ Im ganzen Territorium des sog. SKS-Staates fanden die Kapitel IX und XI des serbischen Strafgesetzbuches Anwendung, die sich auf Ordnungswidrigkeiten und Straftaten gegen den Staat, den König und die Verfassung bezogen. Mit diesem Strafgesetzbuch wurde die albanische Bevölkerung nicht in Schutz genommen, sondern in vielen Fällen für vogelfrei erklärt.⁹

2.3. DAS KOSOVARISCHE STRAFRECHT NACH DEM ZWEITEN WELTKRIEG

Der Kosovo blieb auch nach dem Zweiten Weltkrieg unter serbischer und jugoslawischer Souveränität, weshalb auch weiterhin das jugoslawische Strafrecht

- 4 *Pupovci, Syrja*, Marrëdhëniet juridike civile në Kanunin e Lekë Dukagjinit, Prishtina, 1971, S. 63 und 67.
- 5 *Omar, Luan, Luarasi Aleks*, Historia e shtetit dhe e së drejtës në Shqipëri, 1994, S. 4-5; Justizministerium (Hrsg.), *Ligja penale otomane*, übersetzt ins Albanische von Dhimitër Kacimbra und. Koço Tasi, Tirana 1924.
- 6 Am 13. Mai 1913 wurde in Albanien der Kanun von Zhuria als erstes juristisches Dokument erlassen. Kanuni i Zhurisë (Jurisë), publiziert in der Zeitschrift, “Përlindja e Shqipnies”, Vlora 1913, neu publiziert in: *Jeta Juridike*, Nr.1, 2007, S. 4 – 18.
- 7 *Zakon o zastiti javne bezbednosti i poretka državi*, Službeni list, Jahr III, br. 170 A., 3 August 1921.
- 8 *Dodatak k Tumaču Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, verfasst von *Dolenc Metod*, Zagreb, 1931.
- 9 *Salihu, Ismet, Zhitija, Hilmi, Hasani, Fejzullah*, Kodi Penal i Republikës së Kosovës. Komentar, Prishtina 2014, S. XXXII.

angewendet wurde. Das erste Strafgesetzbuch der Föderativen Sozialistischen Republik Jugoslawien trat 1947 in Kraft¹⁰. Das damalige sowjetische Strafgesetzbuch war das Vorbild für das jugoslawische StGB. 1951 erging ein neues jugoslawisches StGB.¹¹ Dabei orientierte man sich hauptsächlich am Vorbild des Strafgesetzbuches der Sowjetunion, aber auch am deutschen, österreichischen und schweizerischen Strafgesetz.

2.4. DAS KOSOVARISCHE STRAFRECHT IN DER ZEIT VON 1974 BIS 1999

Die Verfassung der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien (SFRJ) aus dem Jahre 1974 stellte die Autonome Provinz Kosovo den anderen Teilrepubliken rechtlich weitgehend gleich.¹² Seit diesem Jahr wurde die Konzeption der Dezentralisierung der Zuständigkeiten auf die Ebene der acht Bundeseinheiten (Republiken und Autonome Provinzen) anerkannt. Gemäß Art. 281 Abs. 1 Ziffer 12 dieser Verfassung konnten alle Bundeseinheiten eigene Strafgesetze erlassen. Diesen Weg ist auch der Kosovo gegangen, der zum ersten Mal in der Geschichte ein eigenes Strafgesetz erließ, welches am 1. Juli 1977 in Kraft trat¹³. Am selbigen Tag trat auch das föderative Strafgesetz in Kraft¹⁴. Von diesem Zeitpunkt an waren auf dem Territorium des SFRJ acht Strafgesetze anwendbar. Das föderative StGB regelte schwerpunktmäßig den allgemeinen Teil des Strafrechts, während im besonderen Teil nur die Straftaten enthalten waren, bei denen es um den Schutz von Rechtsgütern ging, welche das ganze Jugoslawien betrafen, wie z.B. die Straftaten gegen die staatliche Rechtsordnung und Sicherheit, Hochverrat etc., sowie jene Sonderdelikte, die von Beamten der Gebietskörperschaften des Bundes begangen werden konnten. Im Übrigen regelten die Bundeseinheiten die Mehrzahl der Delikte des besonderen Teils bzw. sahen mehr Straftaten als das föderale StGB vor.

Das Strafgesetz von 1977 der Sozialistischen Autonomen Provinz Kosovo (SAPK) war bis zum 23. März 1989 in Kraft. An dem Tag hob das damalige serbische Regime verfassungswidrig die Autonomie des Kosovo auf. Diese Entwicklung führte auch zur Aufhebung des damaligen kosovarischen Strafgesetzes. Von 1989 bis zum Einrücken der NATO-Truppen am 10.06.1999 wurden im Kosovo parallel die serbischen und jugoslawischen Strafgesetze angewendet.

10 Krivični zakonik, 13. Dezember 1947, Belgrad, Broj 106, God. III, Službeni list FNRJ.

11 Krivični zakonik, 9. März 1951, Belgrad, Broj 13, God. VII, Službeni list FNRJ.

12 Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Službeni list SFRJ, br. 9, Belgrad, 21.02.1974.

13 Krivični Zakonik Socijalističke Autonomne Pokrajine Kosovo, 1. Juli 1977.

14 Zakonika Krivičnom postupku Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, 14. Januar 1977, Službeni list SFRJ, br. 4, God. XXIII.

2.5. DAS KOSOVARISCHE STRAFRECHT VON DER BEFREIUNG DES KOSOVO 1999 BIS ZUM ERSTEN STGB 2004

Nach der Befreiung des Kosovo und dem Einrücken der NATO-Truppen wurde der Kosovo unter das Protektorat der Mission der Vereinten Nationen im Kosovo (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, in der Folge: UNMIK) gestellt¹⁵. Art. 1 der Verordnung UNMIK/REG/1999/24 „On the Law applicable in Kosovo“ vom 12.12.1999 erklärte diejenigen kosovarischen Gesetze, die am 22. März 1999 in Kraft waren und die nicht im Widerspruch zu den internationalen Standards standen, zum im Kosovo anwendbaren Recht. Artikel 3 der Resolution, ergänzt durch die Verordnung Nr. 2000/59 vom 27.10.2000, bestimmte, welches Recht im Kosovo anwendbar ist. Dabei erklärte Art. 1.1 lit. b UNMIK/REG/2000/59 grundsätzlich das vor dem 22.3.1989 im Kosovo geltende Recht für anwendbar. Aufgrund von Kritik der kosovarischen Rechtslehre und Rechtsprechung wurde durch den Sondergesandten des Generalsekretärs der UNO am 27.10.2000 eine neue Verordnung Nr. 2000/59 über das geltende Recht im Kosovo erlassen. Nach dieser Verordnung sollten weiterhin die alten jugoslawischen und kosovarischen Gesetze (auch Strafgesetze) in Kraft bleiben:

- a. die durch den Sondergesandten des Generalsekretärs der Vereinten Nationen erlassenen Verordnungen und daneben andere Rechtsinstrumente, die diesen Verordnungen nicht widersprechen;
- b. Gesetze, die vor dem 23.03.1989 in Kraft waren;
- c. Gesetze des ehemaligen Jugoslawien und Serbiens von vor dem 23.03.1989, die nicht diskriminierend waren.

Wegen einer Rechtslücke wurde für den strafrechtlichen Bereich das alte kosovarische StGB (1977) für gültig erklärt bzw. wieder in Kraft gesetzt. Das erwähnte Strafgesetz sollte bis zum Erlass eines neuen Strafgesetzbuches für den Kosovo Geltung haben. Außerdem sollten das alte jugoslawische Strafgesetz (1977), die alte jugoslawische Strafprozessordnung von 1977 mit den Änderungen von 1985 sowie außerdem auch das serbische Strafgesetzbuch von 1977 und die Verordnungen der UNMIK neben anderen internationalen Menschenrechtsinstrumenten Anwendung finden.

Während dieser Zeit musste im Kosovo ein ganz neues Rechtssystem aufgebaut werden, wozu auch der Erlass neuer strafrechtlicher und strafverfahrensrechtlicher Gesetze zählte. Diese Erneuerung begann zunächst mit der Aufhebung der Todesstrafe. Sie wurde in Art. 1 der UNMIK-Verordnung 1999/24 aufgehoben. 2002 begann die Arbeit des Bewährungshilfedienstes im Kosovo. Mit der UNMIK-Verordnung 2003/25 wurde mit der Vorbereitung des neuen vorläufigen Strafgesetzbuches begonnen, im selben Jahr – aufgrund der UNMIK-Verordnung 2003/26 – auch mit dem Verfassen der neuen vorläufigen Strafprozessordnung. Die UNMIK-Verordnung 2004/8 regelte das Strafgesetz für Minderjährige als *lex specialis*. Bei der Kodifikation dieser Gesetze im strafrechtlichen Bereich arbeiteten über 30 einheimische und ausländische Strafrechtsexperten zusammen. Diese stammten zum Teil von der Organisation

15 Resolution Nr. 1991/1244 in der Sitzung 4011 am 10.06.1999.

der Mission der Vereinten Nationen im Kosovo (UNMIK), der Amerikanischen Juristenvereinigung (American Bar Association, Central European and Eurasian Law Initiative: ABA/CEL, heute: ABA-ROLI), der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE), UNICEF sowie einzelnen anderen Organisationen aus Großbritannien und aus den USA.

Am Anfang hatte dieses „vorläufige“ Strafgesetzbuch das bosnische StGB als Vorbild. Danach wurden auch die Strafgesetze von Deutschland, Frankreich, Italien, der Schweiz und als Grundmodelle dazu genommen, sowie wurden die entsprechenden Bestimmungen der allgemeinen Rechtsgrundsätze der Strafgesetze von England und den USA berücksichtigt.¹⁶ Außerdem zog man eine große Zahl an Gesetzesbestimmungen von international relevanten Konventionen heran, deren hauptsächliches Ziel es war, den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten zu gewährleisten sowie die Kriminalität zu bekämpfen. Auch einige Grundsätze und konkrete Lösungen aus der Satzung des UNO-Tribunals in den Haag und des Römischen Statuts fanden Berücksichtigung.

3. DIE VORLÄUFIGE STRAFRECHTSREFORM VOR DER UNABHÄNGIGKEITSERKLÄRUNG DES KOSOVO

3.1. DAS „VORLÄUFIGE“ KOSOVARISCHE STGB 2004

Das „vorläufige“ kosovarische StGB (im Folgenden: vorlStGB) wurde durch die UNMIK/VER/2003/25 am 6. April 2004 in Kraft gesetzt. Es wurde so genannt, weil der Kosovo während der Erarbeitung des vorlStGB kein selbstständiger Staat war. Nachdem der Kosovo am 17.02.2008 durch sein Parlament seine Unabhängigkeit erklärt hatte und am 15. Juni die Verfassung in Kraft getreten war, erließ der kosovarische Gesetzgeber am 6. November desselben Jahres das Gesetzes Nr. 03/1-002 über die Vervollständigung und Änderung des vorlStGB. Seitdem wurde der Begriff „vorläufig“ im Titel sowie im ganzen Text des damaligen StGB aufgehoben. Die installierte Rechtsordnung regelte nach Angaben des deutschen Diplomaten und UNO-Verwalters für den Kosovo, *Michael Steiner*, unter anderem den Umgang mit Terroristen, mit dem organisierten Verbrechen und mit Menschensmuggel.¹⁷

Die wichtigsten Unterschiede des vorlStGB zu den alten Strafgesetzen im ehemaligen Jugoslawien waren einige Änderungen bezüglich der Sanktionen. In dieser Hinsicht sah das vorlStGB etliche alternative Maßnahmen als neue Sanktionen vor. Dazu gehörten folgende Regelungen: Betreuung durch den Bewährungsdienst, die Anordnung gemeinnütziger Arbeit und der Vollzug der Gefängnisstrafe mit Halfreiheit. Außerdem wurde der Dienst für Bewährungshilfe vorgesehen. Es konnte auch die Strafe auf Bewährung (zur Probe) mit folgenden anderen Anordnungen kombiniert werden: der Anordnung der Betreuung durch den Bewährungsdienst, der Anordnung gemeinnütziger Arbeit und der Anordnung von Zwangsheilbehandlung.

16 Salihu, Ismet, Zhitija, Hilmi, Hasani, Fejzullah, Kommentar, Kodi Penal i Republikës së Kosovës, Prishtina 2014, S. VIII – (das Wort der Autoren).

17 Steiner, Michael, Ein neues Strafrecht für Kosovo, Neue Zürcher Zeitung, 7.7.2003.

3.2. DAS KOSOVARISCHE STRAFGESETZ FÜR MINDERJÄHRIGE 2004

Mit der UNMIK-Verordnung 2004/8 wurde das Strafgesetz für Minderjährige als *lex specialis* geregelt. Dieses Gesetz vom 20. April 2004 ging von dem Grundsatz der Berücksichtigung der für das Wohlergehen des Minderjährigen besten Lösung aus. Dieser Grundsatz sollte bei jeder Verhängung einer Strafe oder Maßnahme berücksichtigt werden. Nach diesem Gesetz sollte die Freiheitsstrafe nur als *ultima ratio* verhängt werden. Wurde sie verhängt, dann sollte sie so kurz wie möglich sein.

Die Sanktionen und andere Maßnahmen nach diesem Gesetz waren: Diversionsmaßnahmen, Erziehungsmaßnahmen, die Anordnung der Leistung gemeinnütziger Arbeit und Gefängnisstrafe für Jugendliche. Grundsätzlich durfte keine Gefängnisstrafe unter sechs Monaten verhängt werden. Eine Haft durfte aber auch nicht mehr als maximal fünf Jahre betragen. Nur in besonders schwer wiegenden Fällen konnte eine Gefängnisstrafe in Höhe von bis zu zehn Jahren verhängt werden. Außerdem konnte gegen einen Minderjährigen im Falle der Begehung von zwei Straftaten eine Gefängnisstrafe von über zehn Jahren verhängt werden, unter der Bedingung, dass jede dieser Straftaten mit über zehn Jahren Freiheitsstrafe bestraft worden wäre.

3.3. DIE „VORLÄUFIGE“ STRAFPROZESSORDNUNG 2004

In der „vorläufigen“ StPO (im Folgenden: vorlStPO), welche durch UNMIK/VER/2003/26 am 6. April 2004 in Kraft gesetzt wurde, war der wichtigste Fortschritt die Einführung der im Vergleich zum früheren Ermittlungsrichter größeren Rolle des Staatsanwaltes.¹⁸ Nach Sahiti, Murati und Elshani¹⁹ beinhalteten diese Vorschriften im Vergleich zum früheren Strafgesetz (1977) viele Lösungen in der Ermittlungsphase, die den internationalen Standards der Menschenrechte entsprachen.

4. DIE STRAFRECHTSREFORM NACH DER UNABHÄNGIGKEITSERKLÄRUNG DES KOSOVO

4.1. GERICHTSAUFBAU UND ZUSTÄNDIGKEIT DER GERICHE IM KOSOVO

Bevor ich auf die aktuelle kosovarische Strafrechtsreform eingehe, sollte ich mich der Verständlichkeit halber den kosovarischen Gerichtsaufbau und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte vergegenwärtigen: Das Gerichtssystem des Kosovo baut auf den sieben regionalen Grundgerichten (erste Instanz), einem Berufungsgericht

18 Sahiti, Ejup, Murati, Rexhep, Elshani, Xhevdet: Kodi i Procedurës Penale, Komentar (GIZ), Prishtina 2014, S. 7. Prof. Sahiti und Prof. Murati fungierten als einheimische Experten bei der Erstellung der „vorläufigen“ KStPO 2004.

19 Sahiti, Ejup, Murati, Rexhep, Elshani, Xhevdet, Kodi i Procedurës Penale, Komentar (GIZ), Prishtina 2014, S. 7.

(zweite Instanz mit territorialer Jurisdiktion im ganzen Gebiet des Kosovo; Hauptsitz in Prishtina) und dem Obersten Gerichtshof als oberster Instanz für das ganze Gebiet des Kosovo auf.²⁰

Die Grundgerichte sind in allen Angelegenheiten zuständig, wenn das Gesetz nichts anderes vorsieht (§ 17 Abs. 1 Gesetz über Gerichte der Republik Kosovo, in der Folge: GVG). Sie sind auch für den Rechtsverkehr mit dem Ausland und die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sowie für die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung fremder Gerichtsurteile zuständig. Die Grundgerichte (§ 12 Abs. 1 Ziffer 1 – 5 GVG) sind in folgende 5 Abteilungen gegliedert:

- a. Allgemeine Abteilung
- b. Abteilung für Handelssachen
- c. Abteilung für Verwaltungsangelegenheiten
- d. Abteilung für schwere Verbrechen und
- e. Abteilung für Minderjährige.

In den Zuständigkeitsbereich des Strafrichters in Allgemeiner Abteilung fallen all jene Straftaten, die mit einer Geldstrafe bestraft werden und die keine Gefängnisstrafe über 10 Jahren nach sich ziehen. Bei Angelegenheiten der Abteilung für schwere Verbrechen (auch Strafrichter) – also für solche, die mit einer Gefängnisstrafe ab 10 Jahren bestraft werden – ist das Gericht mit drei Berufsrichtern besetzt. Für Verwaltungs- und Wirtschaftsangelegenheiten ist nur das Grundgericht in Prishtina zuständig; hier ist somit auch nur ein Einzelrichter zuständig. In die Zuständigkeit der Abteilung für schwere Verbrechen bei den Grundgerichten gehören laut § 15 GVG jene Straftaten, die in § 22 StPO als schwere Straftaten aufgezählt sind.

§ 18 Abs. 1 Ziffer 1 – 4 GVG regelt die Bestimmung der Zuständigkeit des Berufungsgerichts. Nach dieser Vorschrift entscheidet das Berufungsgericht in allen Rechtsmitteln gegen die Gerichte der ersten Instanz. Es ist aber auch in den anderen Angelegenheiten zuständig, die das Gesetz vorsieht. § 20 GVG sieht fünf Abteilungen des Berufungsgerichts vor, die identisch mit den Abteilungen bei den Grundgerichten sind. Das Berufungsgericht besteht in allen Abteilungen immer aus einer Kammer von drei Berufsrichtern.

In § 21 GVG ist die sachliche Zuständigkeit des kosovarischen obersten Gerichtshofs geregelt. Nach Abs. 1 ist er die oberste Gerichtsinstanz im Kosovo und besteht aus vier Sektionen, d.h. jeweils einer für Strafrecht, für Zivilrecht, für Verwaltungsrecht und für Gerichtspraxisangelegenheiten. In § 21 GVG sind die Aufgaben des obersten Gerichts wie folgt definiert: Es entscheidet der OGH in letzter Instanz über (ordentliche und außerordentliche) Revisionen gegen Urteile der Berufungsgerichte); es bestimmt ferner die allgemeinen juristischen Grundsätze für die einheitliche Auslegung der Gesetze durch die Gerichte im Kosovo und die Angelegenheiten der kosovarischen Kammer für Eigentum. Am obersten Gericht entscheiden Senate aus drei Berufsrichtern, es sei denn, das Gesetz schreibt einen Spruchkörper aus mehr Richtern vor (§ 21 Abs. 6 GVG und § 51 Abs. 2 JGG).

²⁰ § 9 Gesetz Nr. 03/L-199 über die Gerichte der Republik Kosovo, Gazeta Zyrtare Nr. 79/2010, einschließlich Gesetz Nr. 05/L-032 zur Änderung und Vervollständigung.

4.2. DAS KOSOVARISCHE STRAF- UND STRAFPROZESSRECHT NACH AKTUELLER GESETZESLAGE

a) Das aktuelle StGB

Beim aktuellen Strafgesetzbuch des Kosovo (im Folgenden: StGB) ist maßgeblich, dass es im Einklang mit der Verfassung stehen muss. So bestimmt Art. 16 VerfKos, dass die Verfassung als oberster Rechtsakt in der Hierarchie steht. Gesetze und darunter stehende Verordnungen müssen im Einklang mit der Verfassung stehen²¹.

Gemäß § 1 Abs. 1 des aktuellen StGB fallen unter dem Begriff der Straftat diejenigen Taten, bei denen es sich um eine Verletzung der Freiheiten und der Menschenrechte sowie eine Verletzung anderer Rechte und gesellschaftlicher Werte handelt, die durch die Verfassung und durch das internationale Recht geschützt werden. Der Schutz dieser Rechte und gesellschaftlicher Werte kann durch die strafrechtliche Gewalt realisiert werden.

Die außerordentliche Wichtigkeit der Verfassung für das kosovarische Strafrecht zeigt sich auch bei vielen anderen Rechtsvorschriften. Deutlich wird diese gravierende Bedeutung im Kapitel II, in dem unter anderem die Freiheits- und Grundrechte wie das Recht auf Leben, die Gleichheit vor dem Gesetz, die Bewegungsfreiheit und individuelle Privatrechte als von der Verfassung garantierte Grundfreiheiten vorgesehen sind. Im Einklang mit der Verfassung sanktionieren §§ 27 und 28 StGB die Folter, barbarische, unmenschliche und erniedrigende Misshandlungen, die Sklaverei und die Zwangsarbeit als Straftaten.

Das aktuelle kosovarische Strafrecht ist gemäß Artikel 22 VerfKos verpflichtet, unmittelbar auch die folgenden internationalen Konventionen und Dokumente zu vollziehen:

1. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte;
2. Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten mit deren Protokollen);
3. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte samt den Protokollen;
4. Rahmenkonvention des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten;
5. Internationales Abkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung;
6. Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau;
7. Übereinkommen über die Rechte des Kindes;
8. Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe.

Diese Konventionen und Übereinkommen haben im Falle des Widerstreits mit den Gesetzen und anderen Verordnungen der kosovarischen Institutionen immer Vorrang. Das StGB sanktioniert in einem besonderen Kapitel (Kap. XV) 30 sog.

21 Zur kosovarischen Verfassung s. *Küpper, Herbert*: Die kosovarische Verfassungsordnung, JOR 49 (2008) S. 297-350.

Straftaten gegen die Menschlichkeit und international geschützte Rechtsgüter kraft Völkerrechts.

Die Kontinuität des alten vorlStGB 2004 mit dem neuen StGB 2013 ist zu bejahen, denn im neuen StGB 2013 wurden 87 zusätzliche Paragraphen vorgesehen. Die wichtigsten Grundsätze des aktuellen StGB sind: staatliche Legalität des Strafrechts (§ 2 Abs. 1), welche durch die Sanktionen und Strafen manifestiert wird; Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortung, welcher nach dem alten lateinischen Rechtsgrundsatz „nulla poena sine culpa“ (§ 2 Abs. 2) im ganzen vorlStGB zugrunde gelegt wird. Nach dem o.g. Grundsatz der individuellen Verantwortlichkeit wird eine Person für eine von ihr begangene Straftat für schuldig erklärt, wenn in einem Strafverfahren festgestellt wird, dass sie bei Begehung der Tat verantwortlich und schuldfähig war. Ein anderer weiterer Grundsatz ist die gerichtliche Bestimmung der Strafe in Zusammenhang mit dem Grundsatz der Individualität, wonach die Art und das Maß der Strafen gegen den Täter von der Natur und der Schwere der Straftat sowie den individuellen Eigenschaften des Straftäters abhängig sind. Außerdem verbietet § 2 Abs. 3 StGB die Analogie, es sei denn zugunsten des Täters.

Es ist ferner erwähnenswert, dass nach § 6 StGB 2013 die Vorschriften des allgemeinen Teils für alle Straftaten Geltung haben, die in Gesetzen der Republik Kosovo enthalten sind (also auch für das JGG und andere Gesetze). Nach diesem Paragraph wird festgestellt, dass es eine einheitliche Haltung des Staates in Bezug auf die grundlegenden Angelegenheiten der Kriminalpolitik gibt. Als Ausnahme von diesem erwähnten Grundsatz gelten die Fälle der sog. *Lex posterior*. Das ist z.B. der Fall in § 118 StGB, nach dem für Minderjährige die besonderen Vorschriften des JGG gelten.

Das StGB ist in zwei Teile geteilt, den allgemeinen und den besonderen Teil, und seine detaillierten Regelungen umfassen 437 Paragraphen. Der allgemeine Teil des aktuellen StGB wird in den folgenden dreizehn Kapiteln und 120 Paragraphen detailliert geregelt.

Kapitel I: Allgemeine Vorschriften;

Kapitel II: Die Straftat und die Strafverantwortlichkeit;

Kapitel III: Die Strafen;

Kapitel IV: Der gerichtliche Verweis;

Kapitel V: Die Maßnahmen der Zwangsbehandlung;

Kapitel VI: Allgemeine Vorschriften für die Vollziehung der Strafen und die Befreiung mit Bewährung;

Kapitel VII: Die Beschlagnahme der Vermögenswerte des Täters durch seine begangene Straftat;

Kapitel VIII: Die Rechtsfolgen der Strafe;

Kapitel IX: Die Rehabilitation und Löschung der Daten aus dem Strafregister;

Kapitel X: Die Verjährung;

Kapitel XI: Die Begnadigung;

Kapitel XII: Die Anwendung des Strafgesetzes der Republik Kosovo nach dem Ort der begangenen Straftat;

Kapitel XIII: Die Bedeutung der Ausdrücke im StGB.

Der allgemeine Teil des StGB umfasst ein System der strafrechtlichen Rechtsfolgen, mit denen die Angelegenheiten der Anwendung des besonderen Teils reguliert werden. So enthält der allgemeine Teil Regelungen z.B. zum Versuch, zur Fahrlässigkeit, zu den Arten von Strafen, zu Milderungs- oder Erschwerungsgründen der Strafe, zu den Arten der Strafbemessung, zur Möglichkeit der Befreiung von Strafe, zu den Strafausschließungsgründen, zur Verjährung und zur Rehabilitation. Hervorzuheben ist, dass die Vorschriften des allgemeinen Teils des StGB uneingeschränkt gelten, d.h. sie werden auf alle Tatbestände des besonderen Teils und andere Nebengesetze angewendet. Aus diesem Grund nennt man sie auch universelle Vorschriften.

Grundsätzlich kennt das aktuelle StGB des Kosovo Fälle, die, vereinfacht ausgedrückt, nach ihren Auswirkungen differenziert werden. Straftaten mit geringer Bedeutung gemäß § 11 ff. StGB haben in der Regel keine Rechtsfolge für den Täter. Als schwere Straftaten gelten gemäß § 22 StPO insgesamt 91 kodifizierte Straftaten. Dazwischen liegt der Bereich der „mittleren Kriminalität“. Im gegebenen Zusammenhang sind insbesondere Straftaten der Kategorie „schwer“ i.S.v. § 22 StGB von Belang. Das kosovarische Strafgesetzbuch kennt eine Vielfalt von Körperverletzungsdelikten, die wie folgt abgestuft werden: leichte Körperverletzung, fahrlässige schwere Körperverletzung, schwere Körperverletzung im Affekt, schwere Körperverletzung, schwere Körperverletzung mit tödlichem Ausgang

An dieser Stelle ist zu betonen, dass das aktuelle StGB entgegen der allgemeinen Erwartung nicht alle aufgeführten Tatbestände des vorlStGB (2004) übernommen hat. Dies betrifft Straftatbestände im Bereich der fahrlässigen schweren Körperverletzung (§ 154 Abs. 5 vorlStGB a.F.), der schweren Körperverletzung im Affekt (§ 154 Abs. 6 a.F.) und der schweren Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (§ 154 Abs. 4 vorlStGB a.F.). Zu Recht behauptet *Ismet Salihu*, Professor für Strafrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Pristina (nun: „Hasan Prishtina“-Universität), dass im Zuge der Aufnahme der Tatbestände in das neue Strafgesetzbuch möglicherweise unverzeihliche technische Fehler unterlaufen sein könnten. Andernfalls ließe sich keine Erklärung für diese Entscheidung finden, würden diese Straftaten doch alltäglich begangen. Deshalb sei es verwunderlich, dass die kosovarische Justiz ohne diese grundlegenden Bestimmungen der Strafverfolgung ordnungsgemäß nachgehen kann. *Salihu* fordert die Beachtung dieser Tatbestände nach der alten Form des vorlStGB (2004).

Eine wesentliche Komplikation des StGB (2012) ist das fehlende Grunddelikt der fahrlässigen Körperverletzung. Während in vielen besonderen Delikten auch die fahrlässige Begehung einer Körperverletzung mit Strafe bedroht wird, wurde kein entsprechendes klares Grunddelikt, wie es in der alten Fassung des vorlStGB (2004) bestand, in das neue StGB aufgenommen. Im StGB (2003) war in § 154 Abs. 5 die fahrlässige Herbeiführung einer schweren Körperverletzung ein strafbarer Tatbestand, welcher als das entsprechende Fahrlässigkeitsdelikt der vorsätzlichen schweren Körperverletzung in § 154 Abs. 1 vorlStGB (2004) normiert gewesen ist. In der n.F. des StGB finden sich im Kapitel XVI ausschließlich vorsätzliche Körperverletzungen. Strafdelikte gegen Leib und Leben sind ausdrücklich vorgesehen.

Die fahrlässige Tötung gemäß § 181 StGB (2012) wurde hingegen selbstverständlich als Fahrlässigkeitsvariante zur vorsätzlichen einfachen Tötung gemäß § 178 StGB (2012) und schweren Tötung (Mord) gemäß § 179 StGB (2012) normiert.

Die (vermeintlich) fehlende eindeutige Kriminalisierung der fahrlässigen schweren Körperverletzung führt zu gravierenden Missverständnissen in der Lehre und insbesondere in der Rechtspraxis. Es ist nicht verständlich, weshalb in verschiedenen speziellen Delikten eine fahrlässige schwere bzw. sogar leichte Körperverletzung bestraft wird, im aktuellen StGB das aber nicht verständlicher konkretisiert wurde und die Möglichkeit unterschiedlicher Interpretationen besteht. Da z.B. fahrlässige schwere Körperverletzungen im Leben erfahrungsgemäß sehr oft vorkommen und es sich hierbei nicht um ein Bagatelldelikt handelt, erscheint das Ausbleiben einer Strafe unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt.

Beispielsweise wird nach § 378 StGB (2012) als Gefährdung im Straßenverkehr die fahrlässige Verursachung von Körperverletzungen nach Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Abs. 6 mit Geldstrafe oder mit Gefängnisstrafe von bis zu einem Jahr sanktioniert. Nach diesem Delikt kann auch eine leichte Körperverletzung als Folge der Gefährdung der Sicherheit im Straßenverkehr bestraft werden²².

Die fahrlässige Herbeiführung einer schweren Körperverletzung steht auch gemäß § 176 Abs. 1 und 3 StGB (2012) unter Strafe, wie auch der illegale Besitz, die Verwendung, Beförderung und Lagerung von nuklearem Material. Ebenso wird die fahrlässige Verursachung einer schweren Körperverletzung beispielsweise nach § 255 Abs. 3 StGB (2012) bei der Verbreitung von ansteckenden Krankheiten und nach § 259 Abs. 2 StGB bei der Einstellung eines ansteckend schwerkranken Arbeitnehmers bestraft.

Die fahrlässige Herbeiführung von Körperverletzungen wird regelmäßig als Erfolgsqualifikation innerhalb verschiedener Delikte des StGB (2012) normiert. Umso unverständlicher ist daher, weshalb es kein Grunddelikt der fahrlässigen schweren Körperverletzung im StGB n.F. geben soll. In der Praxis gibt es viele fahrlässige schwere Körperverletzungen. Daher besteht die Frage, wie in der Rechtspraxis fahrlässige Handlungen mit einem erheblichen sozialen Störwert sanktioniert werden können.

b) Die strafrechtlichen Sanktionen und Maßregeln der Sicherung und Besserung

Nach dem kosovarischen Strafrecht steht es einzig und allein dem Staate zu, eine Person aufgrund einer begangenen Straftat zu bestrafen. Nach diesem Grundsatz wird jeder Täter von Amts wegen verfolgt. Im allgemeinen Teil des StGB sind strafrechtliche Sanktionen und Maßregeln der Sicherung und Besserung (Maßnahmen der obligatorischen Behandlung) vorgesehen: Die Strafen nach § 4 Abs. 1 des StGB sind Hauptstrafen (§ 43 StGB), alternative Strafen (§ 49 StGB), Nebenstrafen (§ 62 StGB) und gerichtliche Verweise (§ 85 StGB).

aa) Hauptstrafen. Hauptstrafen (Primärstrafen) nach § 43 StGB sind jene Strafen, die das Gesetz als hauptsächliche Maßnahmen der Bestrafung vorsieht. In

22 Zu vergleichbaren Problemen im slowenischen Recht s. Ambrož, Matjaž, Der Besondere Teil des neuen slowenischen Strafgesetzbuchs, JOR 51 (2010) S. 319-332.

den §§ 43 ff. StGB sind folgende Hauptstrafen vorgesehen:

- lebenslängliche Gefängnisstrafe (Freiheitsstrafe);
- Gefängnisstrafe (Freiheitsstrafe);
- Geldstrafe.

Gemäß § 44 Abs. 1 – 3 StGB ist eine lebenslängliche Gefängnisstrafe für die schwersten Straftaten auszusprechen. Unter besonders schweren Umständen und schweren Folgen werden die Straftaten verstanden, für die vormals im vorlStGB 2004 die Todesstrafe galt. Die lebenslängliche Gefängnisstrafe ist nicht als einzige Hauptstrafe für eine einzelne Straftat vorgesehen (gem § 44 Abs 2 StGB wird die lebenslängliche Gefängnisstrafe als alternative Strafe zu einer Gefängnisstrafe vorgesehen), und sie kann gegenüber einer Person unter 21 Jahren oder bei verminderter Schuldfähigkeit des Täters zum Zeitpunkt der Begehung der Tat nicht ausgesprochen werden (§ 44 Abs 3 StGB).

§ 45 Abs. 1 – 2 StGB bestimmt, dass eine Gefängnisstrafe nicht unter 30 Tagen und nicht über 25 Jahren verhängt werden kann. Sie wird in vollen Jahren und im Falle einer Strafe von bis zu sechs Monaten in vollen Tagen verhängt.

Die Geldstrafe ist für keine Straftat des aktuellen StGB als alleinige Hauptstrafe vorgesehen, vielmehr ist sie immer eine Alternative zur Freiheitsstrafe.²³ Gemäß § 46 Abs. 1 – 6 StGB sind Geldstrafen in der Regel über einen Betrag von nicht weniger als 100,- € und maximal 25.000,- € zu verhängen, es sei denn, es handelt sich um Straftaten aus den Bereichen Terrorismus, Menschenhandel, organisiertes Verbrechen oder um andere Straftaten, die mit der Absicht der rechtswidrigen Zueignung von Vermögen begangen wurden. Diese Straftaten können mit einer Geldstrafe von bis zu 500.000,- € bestraft werden. Wenn der Täter die Geldstrafe nicht zahlen will oder kann, dann kann das Gericht sie durch eine Gefängnisstrafe ersetzen. In diesem Falle wird ein Tag im Gefängnis mit 20,- € berechnet, und es kann eine Strafe von maximal drei Jahren Gefängnis verhängt werden. Sie kann alternativ gemeinsam mit einer Freiheitsstrafe als Hauptstrafe und als Nebenstrafe ausgesprochen werden. Bei den Freiheitsstrafen in einer Höhe von bis zu sechs Monaten kann das Gericht mit Zustimmung des Bestraften die Freiheitsstrafe durch eine Geldstrafe ersetzen (§ 47 StGB) oder anstelle der Freiheitsstrafe gemeinnützige Arbeit anordnen (§ 48 StGB).

bb) Alternative Strafen (§ 49 StGB). Nach *Rexhep Gashi*, Professor für Kriminologie an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Prishtina, sind unter den Alternativen zur Freiheitsstrafe „jene Maßnahmen und Strafen zu verstehen, durch die vermieden werden kann, die Straftäter in Besserungsanstalten zu überstellen“²⁴. In § 49 StGB sind folgende alternative Strafen vorgesehen: Verurteilung zur Bewährung, Freigang und Bewährungsstrafe mit Anordnung gemeinnütziger Arbeit. Nach § 49 Abs. 2 StGB kann das Gericht bei Verhängung einer Bewährungsstrafe auch die Anordnung einer verpflichtenden Rehabilitationsmaßnahme oder die Anordnung der Beaufsichtigung durch den Bewährungsdienst aussprechen.

cc) Nebenstrafen. Nebenstrafen (§ 62 StGB) sind von sekundärem Charakter; sie

23 Salihu, Ismet, Zhitija, Hilmi, Hasani, Fejzullah, Kommentar. Kodi Penal i Republikës së Kosovës, Prishtina 2014, S. 193.

24 Gashi, Rexhep, Ekzekutimi i denimeve alternative, Prishtina 2013, S. 17.

können ergänzend zur Hauptstrafe oder auch alternativ verhängt werden. Gemeinsam mit der Hauptstrafe oder alternativ dazu können folgende Nebenstrafen ausgesprochen werden: Geldstrafe, Entzug des Wahlrechts, Anordnung der Entschädigung des Verlusts oder Schadens, Verbot der Ausübung öffentlicher Ämter, Berufsverbot, Entzug der Fahrerlaubnis, Beschlagnahme, Anordnung der Veröffentlichung des Urteils und Ausweisung eines Ausländers aus dem Kosovo.

dd) Gerichtliche Verweise (§ 85 StGB). Ihre Zielsetzung ist es, einem Straftäter das Übel seiner Tat zu verdeutlichen, wobei sämtliche Begleitumstände in Bezug auf die Tat und auf den Täter berücksichtigt werden und der Verweis ausreichend sein muss, um das Strafziel zu erreichen.

ee) Schuldspruch ohne Strafe. Eine Besonderheit im kosovarischen Strafrecht stellt auch der sog. Schuldspruch ohne Strafe nach § 78 StGB dar. So besteht die Möglichkeit eines Schuldspruches ohne Strafe²⁵, bei welchem die Belastung des Täters durch die Tatfolgen, u.a. auch bei fahrlässiger Tötung eines Angehörigen, berücksichtigt wird. Wenn der Täter durch die Tat und ihre Folgen psychisch derart schwer belastet ist, erscheint eine Bestrafung verfehlt (*naturalis poena*). In der kosovarischen Rechtspraxis wird eine psychische Belastung nur bei Verletzung von Familienangehörigen angenommen. So wie in Deutschland erfolgt auch im Kosovo ein Schuldspruch durch das Gericht, allerdings kann von einer Bestrafung abgesehen werden.

c) Besonderer Teil

Der besondere Teil (§§ 121 bis 437) des StGB ist in 21 Kapiteln nach dem geschützten Rechtsgut systematisiert. Dort sind die einzelnen Tatbestände detailliert unterteilt. Die einzelnen Delikte sind dabei den folgenden Kapiteln zugeordnet:

Kapitel XIV: Straftaten gegen die Verfassungsordnung und die Sicherheit der Republik Kosovo;

Kapitel XV: Straftaten gegen die Menschlichkeit und die von internationalem Recht geschützten Rechtsgüter;

Kapitel XVI: Straftaten gegen Leib und Leben;

Kapitel XVII: Straftaten gegen die Freiheit und Menschenrechte;

Kapitel XVIII: Straftaten gegen die Wahlrechte;

Kapitel XIX: Straftaten gegen die Rechte aus Arbeitsverhältnissen;

Kapitel XX: Straftaten gegen die sexuelle Integrität;

Kapitel XXI: Straftaten gegen die Ehe und die Familie;

Kapitel XXII: Straftaten gegen die öffentliche Gesundheit;

Kapitel XXIII: Straftaten im Zusammenhang mit Drogen;

Kapitel XXIV: Organisierte Kriminalität;

Kapitel XXV: Straftaten gegen die Wirtschaft;

Kapitel XXVI: Straftaten gegen öffentliche Dienstleistungen;

Kapitel XXVII: Straftaten gegen das Eigentum;

Kapitel XXVIII: Straftaten gegen die Umwelt, Tiere, Pflanzen und Kulturgüter;

²⁵ Ähnlich § 60 deutsches StGB: Schuldspruch ohne Strafe.

Kapitel XXIX: Straftaten gegen die allgemeine Sicherheit der Personen und des Eigentums;

Kapitel XXX: Straftaten im Zusammenhang mit dem Umgang mit Waffen, Munition oder explosionsgefährlichen Stoffen;

Kapitel XXXI: Straftaten gegen die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs;

Kapitel XXXII: Straftaten gegen die Führung der Judikative und öffentlichen Verwaltung;

Kapitel XXXIII: Straftaten gegen die öffentliche Ordnung;

Kapitel XXXIV: Amtskorruption und Straftaten gegen das Beamtenrecht.

d) Prozessordnung

Die Primärquelle des Strafprozessrechts im Kosovo ist die Strafprozessordnung (in der Folge: StPO). Die aktuelle kosovarische Strafprozessordnung trat am 1. Januar 2013 in Kraft. Die qualitativen und umfangreichen Vervollständigungen und Änderungen in dieser StPO stellen sich als eine neue Regulierung der Strafprozessordnung des Kosovo dar.

Der Maßstab der verfassungskonformen Auslegung gilt nicht nur im materiellen Recht, sondern auch in der Strafprozessordnung. Dies geht am deutlichsten aus § 3 Abs. 2 StPO hervor. Diese Vorschrift inkorporiert den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Unschuldsvermutung. In diesem Paragraph wird klargestellt, dass sich jeder Zweifel hinsichtlich der Tatsachen in der Sache oder in der Vollziehung einer Vorschrift des Strafgesetzes zu Gunsten des Beschuldigten und seiner Rechte auswirken muss.

Das Strafverfahrensrecht wird bei jeder Person angewendet, welche nach dem materiellen Strafrecht (§§ 114 – 118 StGB) für eine Straftat verantwortlich ist. Die Immunität der Mitglieder der staatlichen Institutionen wird durch die Verfassung und durch spezielle Gesetze geregelt. Bei ausländischen Personen, die Immunität genießen, finden die Normen des internationalen Rechts unmittelbare Anwendung (§ 492 Abs. 1 StPO).

Durch die aktuelle StPO 2013 wurden viele neue Vorschriften gegenüber der vorlStPO2004 eingeführt. Zwei wichtige Komponenten sind in § 1 Abs. 2 und 3 der neuen StPO niedergelegt. Dabei handelt es sich auf der einen Seite um den größtmöglichen Schutz der Gesellschaft vor Kriminalität und auf der anderen Seite um den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten der verdächtigten Person. Im Unterschied zu der vorläufigen StPO, welche dem Akkusationsprinzip (Anklagegrundsatz) folgte, orientiert sich die neue StPO an einem gemischten Akkusationsprinzip. In diesem Zusammenhang muss gesagt werden, dass auch das Gericht bei der Beweisaufnahme tätig sein kann. Aufgrund der aktuellen StPO kann die Anklage nach dem Grundsatz *nemo iudex sine actore* nur die Staatsanwaltschaft erheben (§ 6 Abs. 2 und 3 StPO). Nach den neuen Regelungen existieren keine privaten und subsidiären Ankläger mehr. Aufgrund dessen wird im kosovarischen Strafverfahren die Anklage nur durch die Staatsanwaltschaft erhoben und in der Sitzung vom Staatsanwalt vertreten. Dieses Prinzip ist geprägt von der Idee der Gewaltenteilung und von der Auffassung, dass die Justiz unabhängig sein muss. Der Anklagegrundsatz nach der StPO bedeutet,

dass nur Taten gerichtlich verfolgt werden dürfen, wenn dies von einem berechtigten Ankläger, wie in diesem Fall einem Staatsanwalt, verlangt wird. Nach § 52 StPO ist der Staatsanwaltschaft auch die Möglichkeit eingeräumt, sich aus dem Strafverfahren zurückzuziehen. In diesem Fall muss das Gericht abhängig von der Entwicklungsphase des Verfahrens das Strafverfahren mit Beschluss einstellen oder durch Gerichtsurteil die Anklage abweisen. Es besteht jedoch gemäß § 79 StPO die Pflicht für jeden kosovarischen Bürger, neu begangene Straftaten zur Anzeige zu bringen.

Es bestehen die zwei folgenden Ausnahmen vom Legalitätsprinzip:

- die Fälle, in denen für das Einleiten des Verfahrens der Antrag des Geschädigten, der Vorschlag des Geschädigten oder eine vorherige Zustimmung der zuständigen Behörde benötigt wird;
- die Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft auf der Basis des Grundsatzes der Zumutbarkeit berücksichtigt, ob sie das Strafverfahren einstellt (liegt kein hinreichender Tatverdacht vor stellt die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren ein) oder das Strafverfahren verzichtet (auf Grund der Verfahrenshindernissen) bzw. in denen sie nach dem Opportunitätsprinzip nicht verpflichtet ist, ein Strafverfahren einzuleiten.

Es gab auch ältere Vorschriften, die in die neue StPO nicht übernommen wurden. Dazu gehören z.B. die Bestätigung der Anklage sowie die Verfahren hinsichtlich der internationalen Rechtshilfe und der Vollziehung internationaler Vereinbarungen in Strafsachen. Im Gegenzug wurden in die StPO Vorschriften über Strafverfahren aufgenommen, in denen die Straftat durch seelisch kranke Personen begangen wurde. Außerdem wurde zum ersten Mal das Rechtsinstitut der Diversion im Erwachsenenstrafrecht vorgesehen (§ 184 StPO). Dieses Rechtsinstitut ist nicht nur Teil einer größeren Anzahl von nicht klassischen Strafen und diversionellen Sanktionen des Strafrechtssystems, sondern auch eine von insgesamt neun Sicherungsmaßnahmen für die Anwesenheit des Angeklagten im Strafverfahren (§ 173 StPO). Außerdem wurde auch die strafrechtliche Mediation, die bereits in der vorläufigen StPO 2004 vorgesehen war, in die aktuelle Strafprozessordnung übernommen (§ 232 StPO). Sie ist ein Rechtsinstitut der so genannten alternativen Verfahren i. S. d. §§ 229 – 233 StPO.

Hervorzuheben ist, dass nach Meinung von *Sahiti / Murati / Elshani* die neu in Kraft getretenen Vorschriften, die in der StPO 2013 aus 22 Strafprozessordnungen anderer Staaten übernommen wurden, den Einflüssen des angelsächsischen Strafverfahrens unterliegen.

Es lässt sich feststellen, dass die aktuelle StPO die folgenden Prinzipien beinhaltet:

1. das Offizialprinzip der Strafverfolgung (§ 7 StPO);
2. das Legalitätsprinzip der Strafverfolgung (§ 6 Abs. 2 und 3 StPO);
3. das Akkusationsprinzip (§§ 6 und 52 StPO);
4. ne bis in idem (§ 6 StPO);
5. die Unschuldsvermutung (§ 3 Abs. 1 StPO);
6. die Untersuchungsmaxime: Suche nach der objektiven Wahrheit (§§ 1, 7, 288 Abs. 2, 329 Abs. 4 StPO);

7. fair trial / das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK;
8. den Grundsatz der Unmittelbarkeit (unmittelbare Beweisaufnahme: §§ 123 Abs. 4 und 361 Abs. 2 StPO);
9. das Mündlichkeitsprinzip (rechtliches Gehör und Mündlichkeit in der Strafverhandlung; der Angeklagte hat das Recht, dass in einer ihm verständlichen Sprache verhandelt wird: Art. 21 VerfKos, §§ 14 und 21 StPO);
10. die rechtmäßige Verurteilung innerhalb einer angemessenen Zeit (§ 5 StPO);
11. im Zweifel für den Angeklagten (in dubio pro reo: §§ 2, 3 Abs. 2 und § 7 StPO);
12. den Öffentlichkeitsgrundsatz (Art. 31 VerfKos, § 7 GVG, § 10 StAG; §§ 245, 254, 293, 366, 390 Abs. 5, 407 Abs. 1 StPO);
13. den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit;
14. den Ökonomie- und Beschleunigungsgrundsatz, den Entschädigungsgrundsatz und den der Rehabilitation (§ 15 StPO).

Nach diesen Prinzipien des Strafverfahrens lässt sich feststellen, dass die normativen Aspekte der aktuellen StPO im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsstandards unter Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten aufgebaut sind. In Gestalt der o.g. Prinzipien wurden ferner dem Staat vorgegebene Grundrechte sowie das Legalitätsprinzip umgesetzt. Nach dem Legalitätsprinzip, das in § 6 Abs. 1 und 2 StPO normiert ist, gilt ein Verfolgungs- und Anklagezwang. Es besteht die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, bei Vorliegen eines Anfangsverdachts Ermittlungen durchzuführen und Anklage zu erheben.

In § 3 Abs. 1 StPO wird die Unschuldsvermutung garantiert. Dieser Paragraph enthält folgende Definition: „Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.“ Nach diesem Grundsatz gilt jeder Beschuldigte bis zu seiner Verurteilung als unschuldig.

Der Grundsatz *in dubio pro reo* wurde in § 2, § 3 Abs. 2 und § 7 StPO niedergelegt. Nach diesem Grundsatz muss das Gericht im Zweifel bei der Feststellung von Tatsachen stets zugunsten des Angeklagten entscheiden. Folglich ist der Angeklagte freizusprechen, wenn nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit seine Schuld bewiesen wird.

Auch dem demokratischen Prinzip wurde durch den Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens, das rechtliche Gehör und die Mündlichkeit in der Strafverhandlung sowie die Mitwirkung des Volkes an der Strafjustiz im Rahmen der kosovarischen Gerichte Rechnung getragen. Gemäß § 14 StPO sind Verfahrenshandlungen in albanischer und serbischer Sprache vorzunehmen, da diese nach Art. 6 VerfKos die Staatsprachen sind. Erweitert wird dieser Grundsatz durch Sonderregelungen für bestimmte Volksgruppen.

Hervorzuheben ist die Untersuchungsmaxime: Die Suche nach der objektiven Wahrheit (§§ 1, 7, 288 Abs. 2, 329 Abs. 4 StPO) ist im kosovarischen Strafprozessrecht in § 7 StPO geregelt, wo die Aufgaben der Staatsanwaltschaft und des Gerichts bestimmt sind. Nach diesem Paragraphen sind die Staatsanwaltschaft und die Gerichte

zur Aufnahme aller Beweise verpflichtet, die sowohl gegen den Verdächtigen bzw. Angeklagten als auch zu seinen Gunsten sprechen. Im Weiteren obliegt es gemäß § 288 Abs. 2 StPO dem Gerichtsvorsitzenden, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um über die Strafsache rechtmäßig zu entscheiden. Nach diesem Grundsatz haben also Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht die Pflicht, mit allen rechtlich zur Verfügung stehenden Mitteln die Wahrheit zu erforschen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt der Fall einer Beweisaufnahme dar, die gegen gesetzliche Beweisverbote verstieße (§ 249 Abs. 4, § 259 Abs. 1-2, § 348 Abs. 1 Nr. 8, § 338 Abs. 2 StPO). Nach diesem Grundsatz kann die Strafverfolgungsbehörde bei der Ausübung ihrer Befugnisse und bei der Aufnahme von Beweisen nur so weit in die Rechte von Personen eingreifen, als dies gesetzlich zulässig ist. Entsprechend gilt ein Gerichtsurteil, welches aufgrund von unzulässig erhobenen Beweisen zustande gekommen ist, als nichtig. Deshalb ist das Gericht nach § 361 Abs. 2 StPO verpflichtet, jeden Beweis sowohl einzeln als auch in Zusammenhang mit anderen Beweisen zu bewerten und zusammenfassend zu beurteilen.

Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit wurde nicht speziell in der StPO geregelt, jedoch wird er in vielen Phasen des Strafverfahrens praktiziert. So ist z.B. nach *Sahiti / Murati* gemäß § 10 StPO der Verdächtige schon bei der ersten Vernehmung in seiner Sprache über die Gründe und die Art des Tatverdachts zu informieren; im Weiteren bestimmt gemäß § 188 Abs. 1 StPO der Untersuchungsrichter im Falle der Verhängung der Untersuchungshaft die Anhörungsverhandlung; nach Einreichung der Anklage bei Gericht berät das Gericht in der ersten und in der zweiten Verhandlung über die Anklageschrift sowie über die Zulassung der Beweismittel (§§ 242, 245 und 254 StPO). In der Hauptverhandlung wird der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit am umfassendsten realisiert. So wird nach der Verlesung der Anklageschrift dem Angeklagten das Wort gegeben. Von ihm wird verlangt, sich schuldig oder nicht schuldig zu bekennen. Der Angeklagte kann sich verteidigen, indem er die zugelassene Anklage einer rechtlichen Bewertung unterzieht. Besonders wird dieser Grundsatz in § 9 Abs. 2 StPO betont. Nach dieser Vorschrift steht es den Konfliktparteien zu, Zeugen und Gutachter – sowohl die eigenen als auch die der gegnerischen Partei – zu befragen. Am Ende der Verhandlung hat jede Konfliktpartei nochmals die Möglichkeit, sich zu äußern. Ist ein Rechtsmittel gegen ein Urteil der ersten Instanz eingelegt, muss zuerst der vorsitzende Richter der ersten Instanz vor Einreichung dieser Beschwerde bei der zweiten Instanz eine Kopie der Berufung der anderen Partei zusenden, welche sich zu dieser Berufung schriftlich äußern kann.

Der kosovarische Staat hat gemäß § 15 StPO den Schaden, den eine Person durch eine zu Unrecht erlittene Festnahme oder Haft erlitten hat, zu ersetzen. Über die Entschädigung wird ein besonderes Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren auf Antrag des Betroffenen gemäß § 526 StPO durchgeführt.

Das kosovarische Strafverfahren nach § 68 StPO gliedert sich in folgende drei Stadien:

- Vor der Anklagerhebung:
 - Ermittlungsverfahren,
 - Anklagerhebung gegen den Beschuldigten (Anklagerhebung und

Überprüfung der Anklage bzw. der Erklärung des Beschuldigten);

- Hauptverfahren:
 - Vorbereitung der Hauptverhandlung,
 - Hauptverhandlung,
 - Urteilsentscheidung und Verkündung;
- Rechtsmittelverfahren.

Das kosovarische Strafverfahren kennt drei Grundformen des Strafverfahrens in erster Instanz:

- ordentliches (reguläres) Strafverfahren,
- alternatives Strafverfahren und
- Jugendstrafverfahren

Das ordentliche (reguläre) Strafverfahren wird als volles Strafverfahren bezeichnet, welches alle Stadien durchlaufen kann. Das alternative Verfahren ist kürzer und umfasst nicht alle Stadien des Strafverfahrens. Das Jugendstrafverfahren hat einige Besonderheiten, weshalb es als besonderes Strafverfahren bezeichnet wird.

Die bereits angesprochenen alternativen Verfahren, die in Kapitel XXVI der vorläufigen StPO 2004 als Aussetzung bzw. Einstellung des Verfahrens oder Verzicht auf die Verfolgung von kleinen Straftaten kodifiziert waren, und die strafrechtliche Mediation als Tatausgleich, die in Kapitel XXVII der alten StPO vorgesehen war,²⁶ sind nun in Kapitel XIV der neuen StPO (2013) als alternative Verfahren aufgenommen. So kann die Staatsanwaltschaft nach § 229 StPO die alternativen Verfahren oder die Diversion gemäß § 184 StPO (welche kein alternatives Verfahren i.S.d. StPO ist) anwenden, soweit dies in ihre Zuständigkeit gemäß § 49 StPO fällt. Voraussetzung für eine Diversion nach § 184 StPO ist im Besonderen, dass die begangene Straftat mit einer Gefängnisstrafe von nicht mehr als einem Jahr bedroht ist. Zu den weiteren Voraussetzungen gehört, dass dem Beschuldigten nicht schon einmal eine Diversionsmaßnahme gewährt wurde bzw. dass er nicht schon einmal verurteilt worden ist. Ferner muss der Staatsanwalt dem Vorschlag des Ermittlungsrichters zu einer Diversion zustimmen bzw. muss der Staatsanwalt eine Diversion selbst vorschlagen.

Die Staatsanwaltschaft kann die alternative Maßnahme gemäß § 230 StPO anwenden und vorübergehend das Verfahren aussetzen, d.h. vorläufig auf die Verfolgung der Straftat verzichten, wenn die begangene Straftat nur mit Geldstrafe oder mit einer Gefängnisstrafe bedroht ist, deren Höchstmaß drei Jahre nicht übersteigt, und der Beschuldigte die von der Staatsanwaltschaft vorgeschlagenen Verpflichtungen erfüllt.

Gemäß § 231 StPO ist der Staatsanwalt nicht verpflichtet, das Strafverfahren einzuleiten, und kann von der Verfolgung absehen,

- a. wenn das Gesetz vorsieht, dass das Gericht von der Strafe absehen kann,

26 In der alten StPO (der so genannten „vorläufigen Strafprozessordnung Kosovos“ 2004) war das kurze Verfahren für die Straftaten, die mit einer Geld- oder einer Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren bedroht waren, vorgesehen. Als Voraussetzung der Anwendung eines kurzen Verfahrens galt, dass die Straftat nur eine geringe Gefährdung der Allgemeinheit darstellte.

- und der Staatsanwalt aufgrund der Sachlage zu dem Schluss gelangt, dass nicht einmal ein Schuldspruch ohne Strafe notwendig erscheint, oder
- b. wenn der Täter seine Straftat ehrlich bereut und die Folgen der Straftat wiedergutmacht. Die Straftat darf aber nur mit einer Geldstrafe oder mit Gefängnisstrafe bis zu einem Jahr bedroht sein.

Es ist wichtig, auch über die einstweilige Verfügung zu sprechen. Eine einstweilige Verfügung gemäß § 493 Abs. 1 und 2 StPO wird durch die Staatsanwaltschaft mit der Anklageschrift für die Straftaten bei Gericht beantragt, für welche Geldstrafen oder Gefängnisstrafen von bis zu drei Jahren verhängt werden können. Die einstweilige Verfügung soll lediglich einen dringlichen Anspruch einstweilen sichern und keine endgültigen Tatsachen – wie ein rechtskräftiges Urteil – schaffen. Die Staatsanwaltschaft kann die Verhängung einer oder mehrerer der folgenden Maßnahmen beantragen: Geldstrafe, Fahrverbot, Anordnung der Veröffentlichung des Urteils, Beschlagnahme der Sache, die durch die Straftat erlangt wurde.

An einem Strafverfahren nehmen folgende Hauptbeteiligte teil:

- der Angeklagte (und sein Anwalt),
- der Geschädigte (und seine Vertreter),
- der Richter,
- der Staatsanwalt und
- die Polizei.

An dem Verfahren vor der Anklageerhebung nehmen die Staatsanwaltschaft, die Polizei und der Untersuchungsrichter teil. Vor Einleitung eines Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft kann die Polizei erste Schritte gemäß §§ 69 – 93 StPO zur Aufklärung einer Straftat unternehmen. Dann folgt auf die Untersuchungsphase die Anklage und die Phase der Erklärung. Das bedeutet, klarzustellen, dass für die Straftat es darum geht, wer der Täter ist, und welche Erkenntnisse vorliegen. Wenn der Staatsanwalt zu dem Schluss kommt, dass der Zustand der Sache klar genug ist, hebt er die Anklage. Danach folgt im Verfahren die Stufe der Hauptverhandlung (im kosovarischen Strafverfahren wird dieser Abschnitt als Gerichtsverhandlung bezeichnet) und schließlich die Stufe der Rechtsmittel. Rechtsmittel oder Beschwerden können nach der Gerichtsentscheidung oder während des Strafverfahrens eingelegt werden, wie es durch das Gesetz festgelegt ist.²⁷

Der Staatsanwalt kann eine Untersuchung und das Strafverfahren einleiten oder nach § 79 StPO zusätzliche Informationen fordern. Wenn der Staatsanwalt Grund zu der Annahme hat, dass eine Straftat begangen worden ist, gerade begangen wird oder die Begehung kurz bevorsteht, kann er selbst nach § 90 StPO verdeckte oder technische Maßnahmen genehmigen oder bei dem Untersuchungsrichter eine Genehmigung beantragen. Die verdeckten oder technischen Maßnahmen der Untersuchung sind in §§ 86 – 100 StPO aufgeführt. In § 101 StPO sind zwei Optionen vorgesehen, die der Staatsanwalt zu Beginn des Strafverfahrens ergreifen kann.

Wenn dem Staatsanwalt ein begründeter Verdacht hinsichtlich einer begangenen

27 Smibert, John, *Udhëzues për Kodin e Procedurës Penale të Kosovës dhe Kodi i Procedurës Penale të Kosovës*, Prishtina 2013, S. 3.

Straftat vorliegt, kann er die Untersuchungsphase nach § 112 StPO einleiten. Andererseits kann er, wenn er gute Verdachtsgründe dafür hat, dass eine Straftat begangen wurde, die mit bis zu drei Jahren Haft sanktioniert wird, die Anklage sofort ruhen lassen. Durch die Strafanzeige der Polizei nach § 102 Abs. 1 StPO kann die Staatsanwaltschaft mit den Ermittlungen beginnen. Die Ermittlungen werden durch den Beschluss der Staatsanwaltschaft gemäß § 104 StPO in Gang gesetzt.

In der neuen StPO ist eine neue Regelung in § 154 bezüglich der Überprüfung der Strafsache durch die Staatsanwaltschaft vorgesehen. Auf der Basis dieser Regelung muss die Staatsanwaltschaft innerhalb einer regelmäßigen Frist von drei Monaten die Strafsache erörtern, um zu entscheiden, ob es weiterer Ermittlungshandlungen bedarf. In diesen Fällen kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren für weitere Ermittlungen offen lassen, es vorläufig einstellen oder Anklage erheben. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber im Sinn, die Staatsanwälte im Kosovo zu disziplinieren.²⁸ Diese Vorschrift steht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK, der unter anderem besagt, dass jede Person ein Recht darauf hat, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

Der Staatsanwalt kann sich die Beweise im Ermittlungsverfahren der Mithilfe des gesamten Polizeiapparates und aller anderen Behörden bedienen. Dazu gehören insbesondere Zeugenvernehmungen und Sachverständiger. Sie kann aber auch durch Medienberichte, die den Verdacht begründenden Tatsachen erfahren. Allerdings ist in § 119 Abs. 4 StPO vorgesehen, dass dem Angeklagten und dem Opfer das Recht zusteht, von der Staatsanwaltschaft zu fordern, die Beweise während der Untersuchung zu sammeln. Die Zeugenvernehmung ist die einfachste Form der Befragung und ist in erster Linie in § 131 StPO geregelt. Dies gilt vor allem für die erste Vernehmung von Zeugen, deren Aussagen nicht entscheidend sind. In schwereren Fällen kann die Aussage schriftlich transkribiert oder auf Audio- oder Videoträger aufgezeichnet werden. Der Staatsanwalt, der Angeklagte und der Geschädigte haben die Möglichkeit, Zeugen zu befragen. § 123 Abs. 3 StPO und die EMRK sehen vor, dass die Aussage im Ermittlungsverfahren nicht das einzige oder entscheidende Kriterium für die Bestrafung einer Person sein darf. Diese Aussage muss durch andere Beweismittel gestützt werden. Der Staatsanwalt kann Sachverständige (Gutachter) gemäß §§ 136 und 137 StPO beauftragen. Auch der Angeklagte kann gemäß § 141 StPO Experten (Gutachter, Sachverständige) hinzuziehen. Bei einer nicht auflösbaren Uneinigkeit unter den Experten können der Staatsanwalt oder das Gericht gemäß § 142 StPO die Ansicht weiterer Fachleute anfordern.

§ 163 StPO setzt der vorläufigen Festnahme und Polizeihaft Grenzen für die Zeit vor der Anklageerhebung, während die Festnahme während der Untersuchung bis zur Verhaftung durch die Bestimmungen in § 164 StPO geregelt wird. Der Staatsanwalt kann gemäß § 173 StPO beim Untersuchungsrichter Maßnahmen zur Sicherstellung der Anwesenheit des Beklagten im Strafverfahren beantragen. Eine Verbesserung in der neuen Strafprozessordnung ist die Einbeziehung von Einziehungsverfahren in das Strafverfahren. In § 96 des neuen StGB ist vorgesehen,

28 Sahiti, Ejup, Murati, Rexhep, E Drejta e procedurës penale, Prishtina 2013, S. 319.

dass niemand materiellen Nutzen aus einem Verbrechen ziehen darf, weshalb das Gericht eine materielle Beschlagnahme anordnen kann. Wenn keine Anklage erhoben wird, wird das Strafverfahren in Übereinstimmung mit den Fristen des § 159 StPO beendet. Die Strafermittlungen können zur Beendigung der Untersuchung nach § 158 StPO, zur Vereinbarung der Schuldanerkennung durch den Täter nach § 233 StPO oder zur Anklageerhebung gemäß § 241 StPO führen. Die Vereinbarung über die Schuldanerkennung kann nun von dem Beklagten sowie dem Staatsanwalt beantragt werden. Wenn die Verhandlungen über die Vereinbarung zu einer Schuldanerkennung in einer schriftlichen Form führen, kann der Staatsanwalt dem Gericht eine mildere Strafe gemäß § 233 Abs. 7 StPO vorschlagen. Mit der Anklageerhebung endet die Beteiligung des Untersuchungsrichters in dem Verfahren.

Unter dem Zwischenverfahren versteht man jenes Verfahrensstadium, welches zwischen der rechtskräftigen Versetzung in den Anklagestand und dem Beginn der Hauptverhandlung liegt. Es können einzelne Verfahrensschritte bis zur Durchführung der Hauptverhandlung eingeleitet werden. So wird das Verfahren einschließlich der gerichtlichen Hauptverhandlung von einem einzelnen Richter durchgeführt, wenn die Anklage gemäß § 19 Abs. 25 und § 25 Abs. 3 StPO bei der allgemeinen Abteilung erhoben wird. Wenn die Anklage gemäß §§ 19 Abs. 4 und 25 Abs. 4 StPO beim Gericht in der Abteilung für schwere Verbrechen eingereicht wird, wird das Verfahren durch den Vorsitzenden des Gerichtsverfahrens geleitet, während die gerichtliche Hauptverhandlung von einer Kammer durchgeführt wird, die aus einem vorsitzenden Richter und zwei Berufsrichtern besteht.

Hervorzuheben ist, dass nach der aktuellen StPO die Beteiligung der Bürger als Laienrichter deutlich eingeschränkt ist. Eine Ausnahme existiert jedoch in § 51 Abs. 1 JGG. In dieser Vorschrift ist geregelt, dass in jeder Instanz Laienrichter im Zusammenhang mit jugendlichen Straftätern mitwirken. In § 245 StPO wird konkretisiert, welche der Konfliktparteien zu Beginn des ersten Strafverfahrens teilnehmen können. Nach diesem Paragraph sind Beteiligte des ersten Strafverfahrens die Staatsanwaltschaft, der/die Angeklagte/n und ihre Verteidiger. § 242 Abs. 1 StPO sieht nicht ausdrücklich die Teilnahme des Geschädigten am Verfahren vor, jedoch gibt es nach Meinung von *Sahiti / Murati*²⁹ kein gesetzliches Hindernis, dass auch er in diesem Verfahrensstadium anwesend ist. Während des ersten Verfahrens wird der Richter das zweite Verfahren in einer Zeitperiode von 30 – 40 Tagen bestimmen. Diese Regelung ist nicht verpflichtend, denn der Richter kann von dem zweiten erörterten Strafverfahren absehen. Wie § 250 Abs. 1 StPO vorsieht, wird der Richter während der ersten Erörterung des Strafverfahrens den Angeklagten bzw. seinen Verteidiger über die Möglichkeit der Beschwerde bezüglich der Anklagepunkte informieren.

Bei der Überprüfung der Anklage durch den Vorsitzenden des Spruchkörpers oder durch den Richter als Einzelrichter gemäß § 248 StPO Abs. 4 StPO können diese mit Beschluss ein Schuldanerkenntnis des Angeklagten anerkennen, wenn sie der Meinung sind, dass die Beweise hinsichtlich des Schuldbekenntnisses verifiziert sind. Der Richter fährt dann mit der Verkündung der Strafe fort, bestimmt das Verfahren über eine andere Beweissammlung für die Bestrafung oder bestimmt, das Verfahren

29 Sahiti, Ejup, Murati, Rexhep, E Drejta e procedurës penale, Prishtina 2013, S. 339.

vorübergehend auszusetzen, solange der Angeklagte mit der Staatsanwaltschaft kooperiert. Die neue Regelung der Vereinbarung über das Schuldbekennnis in der Hauptverhandlung ist in § 233 Abs. 2 StPO enthalten.

Die neuere Entwicklung ist gekennzeichnet durch einen verstärkten Ausbau der Angeklagtenrechte. Der Angeklagte hat gemäß § 154 Abs. 8 StPO Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Beweissammlung vor der zweiten Erörterung des Verfahrens. Die Gründe dafür können folgende sein: Es handelt sich nicht um eine Straftat; es bestehen Umstände, die die Schuld ausschließen; die Tat ist verjährt; es wurde das Gnaderecht ausgeübt; es existieren andere Gründe, die die Verfolgung verhindern; oder es gibt keine ausreichenden Beweise für die dem Angeklagten zur Last gelegte Straftat.

Findet die zweite Erörterung des Strafverfahrens durch den Richter statt, kann er folgende Schritte unternehmen: Er kann das Anhörungsverfahren ansetzen, wenn er es für nötig hält, oder er kann schriftlich die Hauptverhandlung anberaumen. Die Hauptverhandlung wird vertagt, wenn der Angeklagte im ersten oder zweiten Erörterungsverfahren nicht anwesend war. Dann können der Einzelrichter oder der Vorsitzende der Gerichtsverhandlung einen Strafbefehl gegen den Angeklagten anordnen (§ 285 Abs. 4 StPO).

§ 288 Abs. 1 StPO sieht vor, dass alle Beteiligten im Strafverfahren einen Experten anfordern können. Im Weiteren wird dieses Recht in diesem Zusammenhang auch in §§ 140 Abs. 2.1 und 137 Abs. 2.1. StPO gewährt.

Die Hauptverhandlung ist das zweite Strafverfahrensstadium. Sie kann gemäß § 240 Abs. 1 StPO ausschließlich durch die Erhebung der schriftlichen Anklage durch die Staatsanwaltschaft durchgeführt werden. In dieser Phase der Hauptverhandlung werden die Schuld und die Strafe des Angeklagten bewertet. Er muss grundsätzlich in der Hauptversammlung anwesend sein. Das Gericht, welches die Verhandlung führt, muss ordnungsgemäß besetzt sein. Gemäß § 285 Abs. 1 StPO bestimmt der Richter als Einzelrichter oder der vorsitzende Richter den Tag, die Uhrzeit und den Ort der Hauptverhandlung. Es werden gemäß § 256 StPO auch die Zeugen und Sachverständigen zur Hauptverhandlung eingeladen. Dem Angeklagten muss eine Frist von acht Tagen zur Verteidigung ab Erhalt der Ladung zum Termin gewährt werden. An einer Hauptverhandlung kann gemäß § 287 StPO auch die Ombudsperson teilnehmen. Die Hauptverhandlung gliedert sich in folgende Schritte:

- Eröffnung;
- Beginn der Gerichtsverhandlung (Hauptverhandlung) und die Erklärung des Angeklagten;
- Beweiserörterung.

Die Hauptverhandlung ist öffentlich. Eine Ausnahme nach § 301 Abs. 2 StPO ist dann gegeben, wenn die Hauptverhandlung ohne Hindernisse nicht durchgeführt werden kann. Die Prozessleitung obliegt dem Einzelrichter oder dem Vorsitzenden. Er eröffnet, unterbricht und beendet die Verhandlung. Der Richter hat von Amts wegen zu prüfen, dass die Personen, die gemäß §§ 297 – 298 StPO zur Teilnahme an der Hauptverhandlung verpflichtet sind, stets anwesend sind. Nach der Eröffnung der Hauptverhandlung kommt es zur Befragung des Angeklagten über seine Personalien,

danach wird ihm das Wort für eine Stellungnahme zur Anklage erteilt. Zuerst wird der Angeklagte gefragt, ob er sich schuldig bekennt. Er hat das Recht, jede Aussage zu verweigern. Alle Verfahrensparteien besitzen ein Fragerecht, nachdem sie vom Richter bzw. Vorsitzenden dazu das Wort erhalten haben.

Erst nach Vernehmung des Angeklagten erfolgt das eigentliche Beweisverfahren, in dem alle Beweise, die der Wahrheitsfindung dienen können, aufzunehmen sind. Es werden alle Beweise der Strafverfahrensparteien aufgenommen. Die Ablehnung eines Beweisantrages hat das Gericht sofort in der Hauptverhandlung zu begründen. Nachdem die Erörterung der Beweise geschlossen wurde, werden der Einzelrichter bzw. der Vorsitzende der Gerichtsverhandlung gemäß § 352 Abs. 1 StPO das letzte Wort dem Geschädigten und dem Verteidiger geben, um sich zu den verhandelten Tatsachen zu äußern. Gemäß Satz 2 erfolgen die letzten Worte der Strafprozessparteien in einer festgelegten Reihenfolge: zunächst die Staatsanwaltschaft, dann der Geschädigte und zuletzt der Angeklagte.

Urteile müssen am Ende der Hauptverhandlung mündlich und im Namen des Volkes verkündet werden (§ 359 StPO). Das Gericht ist inhaltlich an das mündlich verkündete Urteil gebunden. Nachdem das Beweisverfahren beendet ist und die Schlussvorträge gehalten worden sind, zieht sich das Gericht zur geheimen Urteilsberatung zurück (§ 357 Abs. 2 StPO). Nach dieser Beratung verkündet der Einzelrichter oder der Vorsitzende den Urteilspruch (§ 359 Abs. 1 StPO), gibt für diesen eine kurze Begründung (§ 366 Abs. 2 StPO) und erteilt die Rechtsmittelbelehrung (§ 368 Abs. 1 StPO). Dementsprechend hat eine Zurückweisung der Anklage, ein Schuldspruch oder ein Freispruch zu erfolgen (§ 362 Abs. 1 StPO). Nach Abs. 2 kann durch den Urteilspruch auch die Anklage als Ganze oder in Teilen zurückgewiesen werden.

Ein Urteilspruch in Form einer Zurückweisung der Anklage gemäß § 363 Abs. 1. Nr. 1–3 StPO erfolgt, wenn

- die Staatsanwaltschaft die Anklage in der Zeit von der Eröffnung bis zur Abschließung der Hauptverhandlung zurückzieht,
- der Angeklagte für dieselbe Straftat durch rechtskräftigen Urteilspruch bereits verurteilt oder freigesprochen wurde oder das Verfahren gegen ihn aufgrund rechtskräftigen Beschlusses eingestellt worden ist, oder
- die Straftat verjährt ist oder eine Amnestie oder Begnadigung stattgefunden hat.
- Zu einem Freispruch kann es nach § 364 Abs. 1 Nr. 1 – 3 StPO kommen, wenn
- die vorgeworfene Tat nicht strafbar ist,
- Umstände vorliegen, die die Verantwortlichkeit (Strafbarkeit) ausschließen, oder
- dem Angeklagten die vorgeworfene Tat nicht nachgewiesen werden kann („in dubio pro reo“).

Wenn ein Schuldspruch gegenüber dem Angeklagten gemäß § 365 Abs. 1. Nr. 1 – 6 StPO ausgesprochen wird, muss der Urteilspruch Folgendes angeben:

- dass das Gericht die Schuld des Angeklagten für voll erwiesen hält (Strafe

setzt Schuld voraus), welcher Tat der Angeklagte schuldig gesprochen wird bzw. „unter ausdrücklicher Bezeichnung der durch einen bestimmten Strafsatz bedingten Umstände“, d.h. der Umstände, von denen die Anwendung der Vorschriften des StGB abhängig ist,

- die gesetzliche Qualifikation der Straftat und die gesetzlichen Vorschriften, die im Urteil angewendet werden,
- zu welcher Strafe er verurteilt wird, darüber hinaus wird die Entscheidung über alternative Strafen (gemäß § 49 StGB) getroffen, oder es sind andere Vorschriften des StGB zu beachten, die zu einer Strafbefreiung führen können,
- den Befehl über die Anordnung von Zwangsmaßnahmen für die Rehabilitation der abhängigen Rauschmittelkonsumenten oder **über** die Beschlagnahme der Vermögensvorteile,
- die Entscheidung über die Anrechnung der Untersuchungshaft oder der vorherigen vollzogenen Strafe und
- die Entscheidung über die Ersetzung der Strafverfahrenskosten.

Mit Hilfe der Rechtsmittel soll die Möglichkeit geschaffen werden, eine Entscheidung der ersten oder zweiten Instanz anzufechten und durch ein höheres Gericht überprüfen zu lassen, ob der Entscheidung ein Fehler im tatsächlichen oder rechtlichen Bereich anhaftet (§ 374 Abs. 1 – 4 StPO). Die Rechtsmittel müssen in der Regel innerhalb einer bestimmten Frist eingebracht werden (§ 378 Abs. 1 – 6 und § 380 Abs. 1 StPO). Im kosovarischen Strafprozessrecht kann von zwei Arten von Rechtsmitteln gesprochen werden: Richtet sich ein Rechtsmittel gegen eine noch nicht rechtskräftig gewordene Entscheidung, spricht man von einem ordentlichen Rechtsmittel. Richtet sich ein Rechtsmittel hingegen gegen eine bereits rechtskräftige Entscheidung, spricht man von einem außerordentlichen Rechtsmittel. Ein Rechtsmittel kann vom Angeklagten selbst oder von anderen Personen (der Staatsanwaltschaft oder dem Geschädigten) eingelegt werden (§ 381 Abs. 1 StPO). Dabei ist zu unterscheiden, ob das Rechtsmittel zugunsten des Verurteilten oder zu seinem Nachteil erhoben wird. Zugunsten des Angeklagten kann dieser selbst oder sein Verteidiger das Rechtsmittel einlegen. Zum Nachteil und zugunsten des Angeklagten kann die Staatsanwaltschaft ein Rechtsmittel ergreifen (§ 381 Abs. 2 StPO).

e) Das Jugendgerichtsgesetz 2010

§ 5 des Verfahrensgesetzbuchs für Minderjährige von 2010 (in der Folge: JGG)³⁰ bestimmt, dass die Vorschriften des StGB und der StPO sowie jedes relevante Gesetz Anwendung finden, außer wenn das JGG selbst anderes vorsieht. Der letzte Satz des § 5 JGG stärkt noch einmal mehr die Vollziehung der Grundsätze der Freiheiten und Menschenrechte, die in der Verfassung inkorporiert sind (z.B. Art. 50 VerfKos über die Kinderrechte).

In § 1 JGG ist der Zweck des Gesetzes bestimmt: „Der vorliegende Kodex regelt

30 Gazeta Zyrtare, Prishtina, Jahr V, Nr. 78, 20. Juli 2010, Kodex Nr. 03/l-193 Jugendgerichtsgesetz (ähnlich wie das deutsche JGG).

das Verfahren für die Verhängung und Vollstreckung von Maßnahmen und Sanktionen gegen die Jugendlichen im Jugendgerichtsverfahren und im Vermittlungsverfahren.“

Gemäß § 17 Abs. 3 StGB sind Unmündige generell nicht strafbar. Nach § 1 Nr. 1.1. JGG wird eine Person, die das Alter von 18 Jahren noch nicht erreicht hat, als Kind bezeichnet. § 2 Abs. 1 Nr. 1 JGG bezeichnet als „jungen Minderjährigen“ jede Person im Alter von 14–16 Jahren. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1.4 JGG gilt jede Person im Alter von 16–18 Jahren als „erwachsener Minderjähriger“ und gemäß § 2 Abs. 1.5. JGG jede Person im Alter von 18–21 Jahren als „junger Erwachsener“.

Das Jugendstrafrecht betont deutlich den Schutz des minderjährigen Straftäters. Im Jugendstrafverfahren sollen im Zusammenhang mit Jugendstraftaten primär Personen tätig sein, welche besondere pädagogische Kenntnisse haben. Da es im Kosovo auch einen Untersuchungsrichter gibt, muss auch dieser ein Jugendrichter sein.

Das JGG differenziert zwischen jüngeren und älteren minderjährigen Straftätern, wobei eine Altersgrenze bei 16 Jahren gezogen wird. Eine Besonderheit unter den staatlich normierten Diversionsregelungen für Jugendliche ist die in § 14 JGG vorgesehene Form eines außergerichtlichen Tatausgleichs im Strafrecht, die als strafrechtliche Mediation in Form eines außergerichtlichen Verfahrens normiert ist. Es ist wichtig zu betonen, dass nach aktuellem JGG für die sog. „jungen Minderjährigen“ ausschließlich diversionelle Maßnahmen und Erziehungsmaßnahmen ausgesprochen werden können. In der kosovarischen Rechtsordnung wird dem jugendlichen Straftäter im Gegensatz zum Erwachsenen der diversionelle Weg auch im Strafverfahren nach Anklageerhebung ermöglicht. Im Jugendstrafrecht gilt aber das Diversionsverbot bei Straftaten mit Todesfolge. Im Diversionssystem gilt insbesondere die Regel, dass bei Jugendlichen, die eine Straftat aus Fahrlässigkeit begangen haben, die mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist, eine diversionelle Maßnahme angewendet werden kann. Das ist ein Unterschied zum Erwachsenenstrafrecht, in dem ein Höchstmaß von drei Jahren Freiheitsstrafe gilt. In Fällen, in denen eine strafbare Handlung zum Tod eines Menschen geführt hat, kommen diversionelle Maßnahmen grundsätzlich nicht in Betracht.

Die diversionellen Maßnahmen umfassen eine Reihe von Optionen, ein Strafverfahren gegen jugendliche Täter ohne Ergehen eines Urteils zu beenden. Vorgesehen sind beispielsweise:

- die Vermittlung zwischen Täter und Opfer unter Einschluss einer persönlichen Entschuldigung des minderjährigen Täters beim Opfer;
- die Vermittlung zwischen dem Minderjährigen und seiner Familie;
- die Schadenswiedergutmachung durch den Täter im Rahmen eines außergerichtlichen Tatausgleichs;
- die Verpflichtung zu regelmäßigem Schulbesuch sowie zur Aufnahme einer Beschäftigung und Ausbildung;
- die Verpflichtung zur Teilnahme an verkehrserziehenden Maßnahmen;
- die Inanspruchnahme psychologischer Beratung.

Nach einem Bericht der Staatsanwaltschaft wurde eine Diversion im ersten

Quartal 2013 in 77 von 667 insgesamt erledigten Strafanzeigen und somit in 11,5 % der Fälle unmittelbar von der Staatsanwaltschaft angeordnet.³¹

Nach einer Regelung aus dem Jahre 2004 ist eine Gefängnisstrafe unter sechs Monaten nicht zulässig, sondern es ist stattdessen eine alternative Maßnahme anzuordnen (§§ 8, 17 und insb. § 34 JGG). Nach § 34 Abs. 2 S. 1 JGG sind Freiheitsstrafen grundsätzlich nur zwischen sechs Monaten bis maximal fünf Jahren zulässig. In Ausnahmefällen können bis zu zehn Jahre Gefängnis als Strafe verhängt werden. Mit bis zu maximal zehn Jahren Gefängnis wird ein Jugendlicher nur bestraft, wenn dieser eine Straftat begangen hat, welche mit einer langen Gefängnisstrafe (20 Jahre oder länger) bedroht ist bzw. wenn er zwei Straftaten in Tateinheit begangen hat und jede Tat mit mindestens 10 Jahren Gefängnis bedroht ist (§ 34 Abs. 2 S. 2 JGG).

f) *Das Mediationsgesetz 2008*

Als Folge der historischen Tradition der Konfliktlösungen durch das albanische Gewohnheitsrecht³² trat im Kosovo 2008 ein Mediationsgesetz (in der Folge: MedG) in Kraft³³. Das Mediationsgesetz hat seine traditionellen Wurzeln im Gewohnheitsrecht, worauf auch die Präambel des Mediationsgesetzes hinweist³⁴. Mediation wird im Strafrecht als „das Institut des Strafrechts, das die alternative Lösung der strafrechtlichen Angelegenheiten zwischen den Subjekten des Rechts auf außergerichtlichem Wege ermöglicht“ bezeichnet. Durch dieses Gesetz werden Konflikte im zivilrechtlichen sowie auch im strafrechtlichen Bereich gelöst. Das Mediationsgesetz soll im Fall von Straftaten bei geringerer Schuld sowie für – meist jugendliche – Ersttäter Anwendung finden. Ein Interview des Verfassers dieser Arbeit mit *Blerta Ahmetaj*, der Geschäftsführerin des Zentrums der Mediation in Prishtina, am 6.8.2014 bestätigte, dass strafrechtliche Mediation v.a. bei Strafdelikten im Straßenverkehr, bei Delikten wie häuslicher Gewalt, leichter Körperverletzung, Diebstahl, Bedrohung, Erpressung und Verstößen im Zusammenhang mit öffentlichen Dienstleistungen (wie z.B. Entziehung elektrischer Energie) angeordnet und durchgeführt wird. Das Verfahren der Mediation ist in den §§ 8 – 14 MedG 2008 geregelt. Die strafrechtliche Mediation ist auch in § 232 StPO (2013) bei den sog. „alternativen Verfahren“ vorgesehen. Bei jugendlichen Straftätern gilt die spezielle Regelung des § 14 JGG. Die strafrechtliche Mediation bei Erwachsenen ist zulässig bei Straftaten, deren Strafmaß bei höchstens drei Jahren Gefängnisstrafe liegt. Bei Jugendlichen bestehen nach JGG für diversionelle Maßnahmen folgende Voraussetzungen hinsichtlich der drohenden Strafe:

- eine Strafandrohung von bis zu drei Jahren Gefängnisstrafe oder Geldstrafe,

31 Raport për punën e Prokurorive Themelore, Prokurorisë Speciale të Republikës së Kosovës, Prokurorisë së Apelit dhe Prokurorisë së Shtetit, Këshilli Prokurorial i Kosovë (Bericht über die Arbeit der Staatsanwälte der ersten Instanz, der Spezial-, der Berufungsstaatsanwaltschaft sowie des Staatsanwaltschaftsrates des Kosovos), Pristina 2013, S. 8.

32 Qerimi, Islam, Informelle Konfliktschlichtung nach albanischem Kanun. Eine rechtsvergleichende Analyse zum alten Kanun und modernen Recht, Hamburg, 2016.

33 Gesetz Nr. 03/L-57 über die Mediation.

34 Siehe die Präambel des kosovarischen Mediationsgesetzes von 2008.

- falls die Tat vorsätzlich begangen wurde;
- eine Strafdrohung von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe, falls die Tat fahrlässig begangen wurde;
- die Tat hat nicht den Tod eines Menschen zur Folge gehabt, wobei es auf die Begehungsform nicht ankommt.

4.3. STRAFRECHTLICHE NEBENGESETZE

Außer den genannten Gesetzbüchern (StGB, StPO und JGG) gibt es im kosovarischen Recht auch einige andere Gesetze, die auf den strafrechtlichen Bereich fokussiert sind. Diese sind:

- Gesetz über die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen (Gesetz Nr. 04/L-149);
- Antikorruptionsgesetz (Gesetz Nr. 2004/34);
- Gesetz zur strafrechtlichen Verantwortung von juristischen Personen (Gesetz Nr. 04/L-30);
- Gesetz über die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (Gesetz Nr. 03/L-196) mit späteren Änderungen;
- Gesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie (Gesetz Nr. 03/L-182);
- Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten (Gesetz Nr. 04/L-140);
- Gesetz zum Schutz der personenbezogenen Informationen (Gesetz Nr. 04/L-043);
- Gesetz zum Schutz gefährdeter Zeugen (Gesetz Nr. 04/L-115);
- Gesetz zur Verhinderung und Bekämpfung des kybernetischen Verbrechens (Gesetz Nr. 04/L-136);
- Gesetz über die internationale Zusammenarbeit in strafrechtlichen Angelegenheiten (Gesetz Nr. 04/L-213);
- Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer (Gesetz Nr. 04/L-218);
- Gesetz über die Amnestie (Gesetz Nr. 04/L-209), und
- Gesetz zur Verhinderung der Anschließung an bewaffnete Konflikte außerhalb des Staatsgebietes (Gesetz Nr. 05/L-002).

5. ZUSAMMENFASSUNG

In dieser Arbeit wurde dargestellt, dass das kosovarische Straf- und Strafprozessrecht einen langen Weg der Konsolidierung benötigte. Seit dem Mittelalter wurde ein strafrechtliches Gewohnheitsrecht parallel zu der von den Fremdmächten installierten staatlichen Justiz angewendet. Dies war der Fall, solange die Kosovaren unter der Herrschaft Anderer standen, also bis zum Einrücken der UNMIK am 10.06.1999. In vielen Fällen wird das strafrechtliche Gewohnheitsrecht noch heute angewendet. Das heutige kosovarische Strafrecht teilt sich in ein Erwachsenenrecht und ein Minderjährigenrecht. Im Kosovo gibt es im strafrechtlichen Bereich ein

StGB, eine StPO, ein JGG, ein Mediationsgesetz, welches auch für strafrechtliche Angelegenheiten vorgesehen ist, und andere Nebenstrafgesetze. Sowohl in das StGB (2013) als auch in die StPO (2013) wurden neue Vorschriften aufgenommen, die im Einklang mit der Verfassung des Kosovo (2008) und mit den internationalen Standards der Menschenrechte stehen. Diese Standards sind durch die Unterzeichnung des Assoziierungsabkommens des Kosovo und der Europäischen Union am 15.10.2015 eine Verpflichtung des Kosovo, EU-Standards bei der Regierungsführung und für die Zivilgesellschaft einzuhalten, was etwa den Bereich der Menschenrechte oder rechtsstaatliche Justizverfahren betrifft. Schlussendlich muss konstatiert werden, dass ein EU-Beitritt das Land aus der Isolation führen und seine Entwicklung fördern würde. Mit der EU-Mitgliedschaft würden auch im Kosovo „Demokratie, Menschenrechte und mehr Sicherheit“ einkehren. Für den Kosovo ist es verpflichtend, nach dem Vertrag von Lissabon der Europäischen Union von 2009 eine (Mindest-) Harmonisierung des nationalen Strafrechts (Art. 83 AEUV) und seit dem Vertrag von Lissabon auch des nationalen Strafverfahrensrechts aufgrund von EU-Rechtsakten (Art. 82 II AEUV) durchzuführen. Deshalb muss auch das kosovarische Strafrecht klare Regelungen schaffen, die dem nationalen Recht die Möglichkeit der strafrechtlichen Zusammenarbeit in Form der „Annäherung der Strafvorschriften der Mitgliedstaaten, [...] soweit dies erforderlich ist“ (Zusammenarbeit in Strafsachen Artikel 26 AEUV, ex-Artikel 29 EUV) eröffnen. Das ist notwendig, da ein Beitritt des Kosovo zu den entsprechenden Abkommen des Europarates am Widerspruch einiger Mitgliedstaaten des Europarates scheitert. Aufgrund dieser Tatsachen wird die Meinung vertreten, dass zu einer Europäisierung des kosovarischen Strafrechts keine Alternative besteht. Wir, Autoren dieses Beitrages, haben die Zuversicht, dass die guten Erfahrungen mit der europäischen Tradition des Strafrechts auch im Kosovo aufgenommen und den zeitgenössischen Umständen entsprechend weiterentwickelt werden.

LITERATUR

Bücher

1. Dolenc, Metod, *Dodatak k Tumaču Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, verfasst von, Zagreb 1931.
2. Elsie, Robert, Vorwort in: *Der Kanun. Das albanische Gewohnheitsrecht nach dem sogenannten Kanun des Leke Dukagjini*, kodifiziert von Shtjefen Gjeqovi, ins Deutsche übersetzt von Marie Amelie Freiin von Godin, Peja 2001.
3. Elezi, Ismet, *Kanuni i Labërisë*, Tiranë 2006.
4. Gashi, Rexhep, *Ekzekutimi i denimeve alternative*, Prishtina 2013.
5. Illia, Frano, *Kanuni i Skënderbeut*, Milot 1993.
6. *Kanuni i Zhurisë (Jurisë)*, publiziert in der Zeitschrift: „Përlindja e Shqipnise“, Vlora 1913, neu publiziert in: *Jeta Juridike*, Nr.1, 2007, S. 4 – 18.
7. *Ligja penale otomane, përkthyer në gjuhën shqipe nga Dhimitër Kacimbra dhe av.Koço Tasi*, botim i Ministrisë së Drejtësisë, Tiranë 1924 (Justizministerium (Hrsg.): *Ligja penale otomane*, übersetzt ins Albanische von Dhimitër Kacimbra und Koço Tasi, Tirana 1924).
8. Omari, Luan, *Luarasi Aleks, Historia e shtetit dhe e së drejtës në Shqipëri*, 1994.
9. Pupovci, Syrja, *Marrëdhëniet juridike civile në Kanunin e Lekë Dukagjinit*, Prishtina, 1971.

10. Qerimi, Islam, Informelle Konfliktschlichtung nach albanischem Kanun. Eine rechtsvergleichende Analyse zum alten Kanun und modernen Recht, Hamburg 2016.
11. Raport për punën e Prokurorive Themelore, Prokurorisë Speciale të Republikës së Kosovës, Prokurorisë së Apelit dhe Prokurorisë së Shtetit, Këshilli Prokurorial i Kosovës, Prishtinë 2013, (Bericht über die Arbeit der Staatsanwälte der ersten Instanz, der Spezial-, der Berufungsstaatsanwaltschaft sowie des Staatsanwaltschaftsrates des Kosovos, Pristina 2013).
12. Salihu, Ismet, Zhitija, Hilmi, Hasani, Fejzullah: Kodi Penal i Republikës së Kosovës. Komentar, Prishtina 2014.
13. Sahiti, Ejup, Murati, Rexhep, E Drejta e procedurës penale, Prishtina 2013.
14. Sahiti, Ejup, Murati, Rexhep, Elshani, Xhevdet, Kodi i Procedurës Penale, Komentar (GIZ), Prishtina 2014.
15. Smibert, John, Udhëzues për Kodin e Procedurës Penale të Kosovës dhe Kodi i Procedurës Penale të Kosovës, Prishtina 2013.

Zeitschriften

1. Ambrož, Matjaž, Der Besondere Teil des neuen slowenischen Strafgesetzbuchs, in: Jahrbuch für Ostrecht, Regensburg, Hb. 2Bd. 51 (2010), S. 319 - 332.
2. Küpper, Herbert, Die kosovarische Verfassungsordnung, Jahrbuch für Ostrecht, Regensburg 2008/2, S. 297-350.

Zeitungsartikel

1. Steiner, Michael, Ein neues Strafrecht für Kosovo, Neue Zürcher Zeitung, 7.7.2003.

Gesetze

1. Gazeta Zyrtare e Republikës së Kosovës, Prishtinë: Kodi Nr.03/L-193 i Drejtësisë Për Të Mitur, 20.08.2010, (Jugendgerichtsgesetz Jahr V, Nr. 78, 20. Juli 2010, Kodex Nr. 03/L-193 aus dem Jahr 2010- ähnlich wie das deutsche JGG).
2. Gazeta Zyrtare e Republikës së Kosovës, Prishtinë: Kodi Nr. 04/L-082 Kodi Penal i Republikës Së Kosovës, / Nr.19 / 13 Korrik 2012, (Kosovarisches Strafgesetzbuch NR. 04/L-082 der Republik Kosovo aus dem Jahr 2012).
3. Gazeta Zyrtare e Republikës së Kosovës, Prishtinë: Kodi Nr. 04/L-123 i Procedurës Penale / Nr. 37 / 28 Dhjetor 2012, Prishtinë, (Kosovarische Strafprozessordnung Nr. 04/L-123 der Republik Kosovo aus dem Jahr 2012).
4. Gazeta Zyrtare e Republikës së Kosovës, Prishtinë: LIGji Nr. 03/L-057 Për Ndërmjetësim 01.11.2008, (Gesetz Nr. 03/L-57 über die Mediation der Republik Kosovo aus dem Jahr 2008).
5. Gazeta Zyrtare e Republikës së Kosovës, Prishtinë: Ligji Nr. 03/L-199 Për Gjykatat, Prishtinë: Viti V / Nr. 79 / 24 Gusht 2010 Ligji Nr. 03/L-199 Si Dhe Ligji Nr. 05/L-032 Për Ndryshimin Dhe Plotësimin E Ligjit, (Gesetz Nr. 03/L-199 über die Gerichte der Republik Kosovo, Nr. 79/2010, einschließlich Gesetz Nr. 05/L-032 zur Änderung und Vervollständigung aus dem Jahr 2010).
6. Gazeta Zyrtare e Republikës së Kosovës, Prishtinë: Kodi i Përkohshëm Penal I Kosovës, UNMIK/Rreg/2003/25, 6 korrik 2003, 151, (Vorläufiges Strafgesetzbuch Kosovos aus dem Jahr 2003).
7. Gazeta Zyrtare e Republikës së Kosovës, Prishtinë: Kodi i Përkohshëm i Procedurës Penale i Kosovës Unmik/Rreg/2003/26, 6 korrik 2003, 237, (vorläufige Strafprozessordnung Kosovos aus dem Jahr 2003).
8. Resolution Nr. 1999/1244 in der Sitzung 4011 am 10.06.1999.

9. Službene novine Kraljevine Jugoslavije: Zakon o zaštiti javne bezbednosti i poretka državi, Jahr III, br. 170 A., Beograd 3 August 1921, (Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung des Staates des Jugoslawischem Königsreich aus dem Jahr 1921).
10. Službeni list FNRJ: Krivični zakonik, 13. Dezember 1947, Belgrad, Broj 106, God. III. (Strafgesetz der ehemaligen Föderativen Volksrepublik Jugoslawien aus dem Jahr 1947).
11. Službeni list FNRJ: br. 13/1951 od 9. 3. 1951. Krivični zakonik FNRJ, 9. März 1951, Belgrad, Broj 13, God. VII, (Strafgesetz der ehemaligen Föderativen Volksrepublik Jugoslawien aus dem Jahr 1951).
12. Službeni list SFRJ: Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, br. 9, Belgrad, 21.02.1974, (Verfassung der ehemaligen Föderativen Volksrepublik Jugoslawien aus dem Jahr 1974).
13. Službeni list FNRJ: Krivični zakonik Socijalističke Autonomne Pokrajine Kosovo, 1. Juli 1977, (Strafgesetz der ehemaligen Sozialistischen Autonomen Provinz Kosovo aus dem Jahr 1977).
14. Službeni list SFRJ, br. 4, God. XXIII, Zakonik o krivičnom postupku Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, 14. Januar 1977, (Strafprozessordnung der ehemaligen Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien aus dem Jahr 1977).

Islam Qerimi*
Bedri Bahtiri**

Sažetak

KAZNENO PRAVO I KAZNENO POSTUPOVNO PRAVO U REPUBLICI KOSOVO

Nakon svoje promjenjive povijesti Kosovo je moglo donijeti svoje vlastito kazneno i kazneno postupovno pravo tek nakon što je steklo neovisnost. Ovaj rad opisuje važeće kosovsko pravo te između ostalog istražuje je li ono u skladu sa smjernicama Ustava i odgovarajućim međunarodnim ugovorima. Čini se da je zakonodavac pri donošenju novog kaznenog prava propustio uključiti delikt nanošenja teške tjelesne ozljede nehajem, iako je takvo činjenično stanje postojalo u prijašnjem KZ. Novo kazneno postupovno pravo obogaćeno je nekolicinom elemenata iz anglosaksonskog prava i ono je uglavnom u skladu sa smjernicama Ustava glede ljudskih prava kao i s EKZLJP. Na mlade počinitelje kaznenih djela primjenjuje se posebno postupovno pravo kao i odmjeravanje kazni, a ono je sadržano u Zakonu o sudovima za mladež. Pravila o mirenju u kaznenim postupcima poduprta su starim običajnim tradicijama rješavanja sporova.

***Ključne riječi:** kazneno pravo, kazneno postupovno pravo, maloljetničko kazneno pravo, reforma kaznenog prava, Kosovo.*

Summary

CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE LAW IN THE REPUBLIC OF KOSOVO

After independence Kosovo could, for the first time in its history, enact its own criminal and criminal procedure law. This essay describes the present Kosovar law and analyses i.a. whether it is in harmony with the requirements of the Constitution and of pertinent international instruments. When the Kosovar parliament enacted the new Criminal Code it seems to have “forgotten” to include the crime of a negligent infliction of serious bodily harm although the previous code had contained such a clause. The new Criminal Procedure Code now contains some Anglo-Saxon elements

* Dr. sc. Islam Qerimi, izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beču; i_qerimi@hotmail.com.

** Dr. sc. Bedri Bahtiri, izvanredni profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Prištini; bedri.bahtiri@uni-pr.edu.

and meets more or less the human rights requirements of the Constitution and the ECHR. Juvenile criminals fall under a special regime laid down in a separate Juvenile Justice Code. The rules on mediation in criminal matters are based on very old customary traditions of dispute resolution.

Keywords: *Criminal Law, Criminal Procedure Law, Juvenile Criminal Law, Criminal Law Reform, Kosovo.*

Riassunto

IL DIRITTO PENALE SOSTANZIALE E PROCESSUALE NELLA REPUBBLICA DEL KOSOVO

In seguito alla sua mutevole storia il Kosovo poté introdurre il proprio diritto penale sostanziale e processuale appena dopo l'indipendenza. Il presente lavoro descrive il diritto kosovaro vigente e, tra l'altro, indaga se esso sia conforme agli orientamenti della Costituzione e dei relativi Trattati internazionali. Pare che il legislatore in occasione dell'introduzione della nuova disciplina del diritto penale abbia omesso di includervi il delitto di lesioni gravi colpose, benché tale stato di fatto esistesse nella precedente legislazione penale. Il nuovo diritto processuale penale è arricchito da un certo numero di elementi di derivazione anglosassone ed esso è perlopiù conforme agli orientamenti della Costituzione per quanto riguarda i diritti fondamentali, come pure alla CEDU. Nei confronti dei giovani autori di reati si applica un diritto processuale penale speciale, come anche per la comminazione della pena, che si trova nella Legge sui tribunali per la gioventù. Le regole sulla conciliazione nei procedimenti penali sono supportate da vecchie tradizioni consuetudinarie relative alla risoluzione delle controversie.

Parole chiave: *Diritto penale, diritto processuale penale, Diritto minorile penale, riforma del diritto penale, Kosovo.*

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
- po cijeni od **50,00 kn**
- Vol. 37 br. 3 (2016.): _____ primjeraka
- po cijeni od **150,00 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

* **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 Sveučilišta u Rijeci, Pravnog fakulteta

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

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)**
- V. 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)**
- 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 postupovnom 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)**

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 Bodiřoga 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 Bodiřoga-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)*
- Buergenthal, 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%.

Nakladnik
SVEUČILIŠTE U RIJECI PRAVNI FAKULTET

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600 fax.: 051/675-113

Skriptarnica tel.: 051/359-516

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

OIB: _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun, Sveučilišta u Rijeci Pravni fakultet

IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Sveučilište u Rijeci Pravni fakultet, Hahlić 6, 51000 Rijeka

BIBLIOTEKA
ZAVODA ZA KAZNENE ZNANOSTI MOŠĆENICE

www.pravri.hr/zavodi/zkzm

e-mail: zkzm@pravri.hr

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

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)*
- *Codigo 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%.

Nakladnik
SVEUČILIŠTE U RIJECI PRAVNI FAKULTET

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600 fax.: 051/675-113

Skriptarnica tel.: 051/359-516

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

OIB: _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Sveučilišta u Rijeci Pravni fakultet

IBAN: HR26 2402 0061 1001 1002 5 poziv na broj: 66142005

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Sveučilište u Rijeci Pravni fakultet, Hahlić 6, 51000 Rijeka

Vol. 39 br. 3 (2018)

Članci

- *Željko Bartulović, Zrinka Erent Sunko, Vilma Pezelj*, Spolno zlostavljanje i druga kaznena djela nasilja nad ženama u zakonicima srednjovjekovnog germanskog prava, s naglaskom na *Lex Salica i Lex Ribuarica*
- *Dubravka Akšamović, Sanjin Stupar*, Pojam, pravna priroda i neka otvorena pitanja faktičnih koncerna u domaćem i komparativnom pravu
- *Ines Matić, Anamari Petranović*, Antihreza u rimskoj pravnoj doktrini
- *Ivan Tot*, Prestanak trajnih obveznih odnosa
- *Sanja Barić, Ana Acinger*, Pravna regulacija položaja lobista u Europi
- *Jakub Handrlica*, Revisiting International Administrative Law as s Legal Discipline
- *Sabina Mandić, Dora Dodig Hundrić, Neven Ricijaš, Mirta Kuharić*, Pravni aspekti maloljetničkog pravosuđa – perspektiva stručnjaka
- *Attila Badó, Gábor Feleky, János Lőrinczi*, Empirijsko istraživanje porotnog sustava u Mađarskoj (Odnos sudaca laika i profesionalnih sudaca u mješovitim sudovima)
- *Petar Miladin*, Protuponuditeljske mjere prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o preuzimanju dioničkih društava
- *Zrinka Erent Sunko*, Abortus u pravnom sustavu SSSR od 1920. do 1921. – legalizacija i kriminalizacija
- *Stjepan Novak*, Razvoj sustava sankcija protiv fizičkih i pravnih osoba, skupina i nedržavnih entiteta povezanih s terorizmom u okviru pravnog poretka Ujedinjenih naroda s aspekta Suda Europske unije
- *Islam Qerimi, Bedri Bahtiri*, Straf- und Strafprozessrecht im Kosovo

ISSN 1330-349X



9 771330 349008