

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 37

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 37,
Br. 2, str. X+789-1038, Rijeka, 2016.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

COLLECTED PAPERS OF THE FACULTY OF LAW 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: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51 000 Rijeka

Glavni urednik/Editor-in-Chief: izv. prof. dr. sc. Dionis Jurić

Uredništvo/Editorial Board: izv. prof. dr. sc. Dionis Jurić, prof. dr. sc. Nenad Hlača, prof. dr. sc. Ivan Padjen, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Milovan Jovanović, prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, prof. dr. sc. Eduard Kunštek, prof. dr. sc. Anamari Petranović, prof. dr. sc. Edita Čulinović Herc (svi iz Rijeke), prof. dr. sc. Gian Antonio Benacchio (Trento, Italija), prof. dr. sc. Tomislav Borić (Graz, Austrija), prof. dr. sc. Elina N. Moustaira (Atena, Grčka), doc. dr. sc. László Heka (Szeged, Mađarska), prof. dr. sc. Pasquale Pistone (Salerno, Italija)

Izvršni urednik/Executive Editor: doc. dr. sc. Loris Belanić

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

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

Prijevod/Translations: Matea Butković, prof. (za njemački), doc. dr. sc. Sandra Winkler (za talijanski)

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

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

e-mail: zbornik@pravri.hr

www: <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: 200 primjeraka

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

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *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*.

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

ISSN 1330-349X

ZBORNIK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 37

BROJ 2

RIJEKA, 2016.

SADRŽAJ

Članci:

Dejan Bodul, Sanja Grbić, Darko Bodul,

Položaj stečajnog dužnika u postupcima javne nabave - *de lege lata* rješenja, pogled u konvencijsko i europsko pravo te pravci promjene (izvorni znanstveni rad) 791

Ana Horvat Vuković,

Ustavni sud Republike Hrvatske i referendumi narodne inicijative 2013.-2015.: analiza i prijedlozi (izvorni znanstveni rad) 805

Teodor Antić,

Izdvojeno mišljenje u sudskim postupcima i praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske (izvorni znanstveni rad) 837

Bosiljka Britvić Vetma,

Francuski Državni savjet i pravni poredak Europske unije (pregledni znanstveni rad) 875

Sonja Cindori, Tajana Petrović,

Objectives And Effects Discrepancy Of Tax Policy In The Tobacco Products Taxation (pregledni znanstveni rad) 897

Lana Ofak,

Pravo na pristup informacijama kao pravo zaštićeno Europskom konvencijom i drugim međunarodnim ugovorima za zaštitu ljudskih prava (pregledni znanstveni rad) 921

Domagoj Vuletić,

Dometi i granice utjecaja prava EU na opći dio nacionalnih kaznenih prava (pregledni znanstveni rad) 953

Jelena Dinić,

Pranje novca kao ekonomska dimenzija terorizma (pregledni znanstveni rad) 967

Josip Jambrač,

Lokalna samouprava u Hrvatskoj: veličina i ekonomska skala
(pregledni znanstveni rad) 981

Juraj Brozović,

O mirovanju parničnog postupka i (ne)opravdanosti njegova napuštanja
(pregledni znanstveni rad) 1011

TABLE OF CONTENTS

Articles:

- Dejan Bodul, Sanja Grbić, Darko Bodul,*
Status of the Bankruptcy Debtor in Public Procurement Procedures
- *de lege lata* Solution, Convention and European Law Regulation and
Proposition of Changes 791
- Ana Horvat Vuković,*
Constitutional Court of the Republic of Croatia and citizen-initiated
referenda in the 2013-2015 period: analysis and proposals 805
- Teodor Antić,*
Separate Opinion in Judicial Proceedings
and Croatian Constitutional Court's Experience 837
- Bosiljka Britvić Vetma,*
Conseil d'Etat and EU Legal Order 875
- Sonja Cindori, Tajana Petrović,*
Objectives and Effects Discrepancy of Tax Policy
in the Tobacco Products Taxation 897
- Lana Ofak,*
The Right of Access to Information as a Right Protected by the European
Convention and Other International Human Rights Treaties 921
- Domagoj Vuletić,*
Scope and Limits of the Impact of EU Law
on the General Part of National Criminal Laws 953
- Jelena Dinić,*
Money Laundering as Economic Dimension of Terrorism 967
- Josip Jambrač,*
Local Government in Croatia: Size and Economies of Scale 981
- Juraj Brozović,*
About Stay of Civil Procedure and (Un)justified Reasons
for its Abolishment 1011

INHALT

Beiträge:

Dejan Bodul, Sanja Grbić, Darko Bodul,

Status des Insolvenzschuldners im öffentlichen Vergabeverfahren - *de lege lata* Lösungen, Blick auf das Konventions- und Europarechts und Veränderungsrichtungen 791

Ana Horvat Vuković,

Bundesverfassungsgericht der Republik Kroatien und das Referendum der nationalen Initiative 2013 -2016: Analyse und Vorschläge 805

Teodor Antić,

Sondergutachten von Gerichtverfahren und Praktiken des Bundesverfassungsgerichtes der Republik Kroatien 837

Bosiljka Britvić Vetma,

Französischer Staatsrat und Rechtsordnung der Europäischen Union 875

Sonja Cindori, Tajana Petrović,

Die Zwielspaltigkeit der Ziele und Leistungen der Steuerpolitik im Rahmen der Versteuerung der Tabakerzeugnisse 897

Lana Ofak,

Die Zwielspaltigkeit der Ziele und Leistungen der Steuerpolitik im Rahmen der Versteuerung der Tabakerzeugnisse 921

Domagoj Vuletić,

Reichweite und Grenzen der Eu-einflussrechte auf den Gemeinteil der nationalen Strafrechte 953

Jelena Dinić,

Geldwäsche als wirtschaftliche Dimension des Terrorismus 967

Josip Jambrač,

Kommunale/ lokale Selbstverwaltung in Kroatien: Grösse und Wirtschaftsskala 981

Juraj Brozović,

Aussetzung des Verfahrens und Abschaffung der Aussetzung 1011

INDICE

Articoli:

Dejan Bodul, Sanja Grbić, Darko Bodul,

La posizione del debitore fallimentare nelle procedure di appalti pubblici
- soluzioni *de lege lata*, sguardo al diritto convenzionale ed europeo
e direzione di cambiamento 791

Ana Horvat Vuković,

La Corte costituzionale della Repubblica di Croazia e i referendum di
iniziativa popolare dal 2013 al 2015: analisi e proposte 805

Teodor Antić,

Opinione dissenziente nei procedimenti giudiziari e prassi
della corte costituzionale della Repubblica di Croazia 837

Bosiljka Britvić Vetma,

Il Consiglio di Stato francese e l'ordinamento giuridico
dell'Unione europea 875

Sonja Cindori, Tajana Petrović,

Discrepanza degli obiettivi e degli effetti della politica fiscale
nell'ambito della tassazione dei prodotti del tabacco 897

Lana Ofak,

Diritto all'accesso alle informazioni quale diritto tutela dalla Convenzione
europea e dagli altri accordi internazionali per la tutela dei diritti dell'uomo ... 921

Domagoj Vuletić,

Portata e limiti dell'influenza del diritto dell'UE sulla parte generale
dei diritti penali nazionali 953

Jelena Dinić,

Il riciclaggio di denaro quale dimensione economica del terrorismo 967

Josip Jambrač,

L'amministrazione locale in Croazia: dimensione e scala economica 981

Juraj Brozović,

Della quiescenza del procedimento civile e del (non)giustificato
abbandono del medesimo 1011

POLOŽAJ STEČAJNOG DUŽNIKA U POSTUPCIMA JAVNE NABAVE - *DE LEGE LATA* RJEŠENJA, POGLED U KONVENCIJSKO I EUROPSKO PRAVO TE PRAVCI PROMJENE¹

Dr. sc. Dejan Bodul, docent
Dr. sc. Sanja Grbić, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Darko Bodul, mag. iur.
Županija Primorsko-goranska

UDK 347.736/.739
Ur.: 19. siječnja 2016.
Pr.: 10. travnja 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Posljednjih godina, tendencija nužnosti opstanka subjekta kroz preustroj, stečajni plan, pa kroz institut predstečajne nagodbe, a sada kroz predstečajni postupak i nova-stara rješenja stečajnog plana nalazila su se na samom vrhu liste pravno-političkih ciljeva reforme trgovačkog pravosuđenja. Pritom je bitno u kakvom je odnosu Stečajni zakon s ostalim zakonima u pravnom sustavu, pa tako i odnos sa Zakonom o javnoj nabavi. U ovom radu autori analiziraju dvije komplementarne teme koje smo argumentiranjem povezali u jedinstvenu cjelinu. Naime, cilj je analizirati specifični aspekt međusobne neusklađenosti određenih načela pa i odredbi Stečajnog zakona i Zakona o javnim nabavama. Pokazati ćemo kako Zakon o javnim nabavama izaziva i pravne i faktične smetnje za adekvatno provođenje predstečajnog postupka odnosno stečajnog plana, onemogućujući ekonomsko-financijsko ozdravljenje subjekta, čime istovremeno dolazi do diskriminacije unutar postupaka javnih nabava. U tom smislu, namjera je autora ukazati na paradigme toga odnosa pokušavajući usmjeriti razmišljanja o tom problemu u pravcu određenih de lege ferenda rješenja.

Ključne riječi: *javna nabava, stečajni dužnik, predstečajni postupak, stečajni plan, diskriminacija.*

1 Ovaj rad je nastao uz potporu Hrvatske zaklade za znanost u okviru projekta 6558 Business and Personal Insolvency – the Ways to Overcome Excessive Indebtedness.

1. UMJESTO UVODA

Cjeloviti prikaz sustava javnih nabava i stečajnog postupka, pored analize pravnog i institucionalnog okvira koji uređuju ovo područje, zahtijevao bi i analizu osnovnih indikatora njihova djelovanja, ali i posljedica koje oni imaju na ekonomski i pravni život države. Stoga imajući u vidu kompleksnost i aktualnost problema koji u ovom radu analiziramo, smatramo važnim na početku razjasniti najbitnije pojmove, dati pregled dosadašnjih istraživanja i metodologiju koju ćemo koristiti u ovome radu.

2. PREGLED DOSADAŠNJIH ISTRAŽIVANJA I KORIŠTENJA METODOLOGIJA

Provedbu kao i cilj stečajnog postupka detaljno uređuje Stečajni zakon.² U pravnom smislu, stečaj je izvanparnični *sui generis* sudski postupak u kojem se vrši kolektivno namirenje svih vjerovnika iz imovine insolventnog dužnika bilo likvidacijskim stečajnim postupkom ili nekim modelom reorganizacije. Iako se uočava određena različitost, oba upućuju na dva osnovna cilja stečaja, a to je namirenje vjerovnika i ostvarivanje njihovih imovinskih zahtjeva, ali i gašenje poslovnog subjekta koji nije u mogućnosti izvršavati svoje obveze (čl. 2. SZ). U Republici Hrvatskoj postoji, možda, stotinjak znanstvenih tekstova koji se bave opsežnom i složenom problematikom stečajne regulative. Štoviše, postoji skroman broj i monografija iz područja stečaja,³ za razliku od kapitalnih djela, znanstvenih članaka koja postoji u pravu, primjerice, SAD-a i njemačkom pravu. Ipak posljednjih godina, sve veći broj studija analizira ekonomske i pravne učinke likvidacijskih i reorganizacijskih stečajnih postupaka. Najveći broj ekonomskih, najčešće, empirijskih istraživanja u oblasti stečaja bavi se ključnim pokazateljima stečajnog postupka (dakle, troškovima stečajnog postupka, vremenom trajanja stečajnih postupaka te stupnjem namirenja vjerovnika) te vrši poredbeno-pravnu analizu i razmatra odnos intenziteta korištenja stečaja i niza varijabli.⁴

2 NN, br. 71/15. od 01. rujna 2015. - dalje: SZ. Stupanjem na snagu SZ prestao je važiti Stečajni zakon (NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12.) kao i većina odredbi o predstečajnoj nagodbi iz Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12., 144/12., 81/13. i 112/13.) (čl. 445. SZ).

3 Dika, M., *Insolventno pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998., str. 1.-119.; Eraković, A., *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, RRIF Plus, 1997., str. 1.-257. te Sajter, D., *Ekonomski aspekti stečaja i restrukturiranja u stečaju*, doktorska disertacija, Ekonomski fakultet, Osijek, 2008., str. 1-303.

4 Sajter, D., *Ekonomski aspekti stečaja i restrukturiranja... cit.*, str. 1-303.; *id.*, *Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, 2010., no. 3, str. 729-744.; *id.*, *Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj*, *Ekonomski vjesnik*, br. 1 i 2, 2007., str. 31-42.; Schönfelder, B., *Ekonomska analiza Zakona o stečaju: pregled literature, Financijska teorija i praksa*, vol. 26, 2002., no. 3, str. 75-690. te Šverko Grdić, Z., Radolović, J. i Bagarić, L., *Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji*, *Ekonomski pregled*, vol. 60, 2009., no. 5-6, str. 250. *et seq.*

Radi otklanjanja slabosti postojeće stečajne regulative te kako bi se stečajni postupak učinio učinkovitijim, pravna doktrina,⁵ ali i struka⁶ analizirala je čitav niz procesnih mjera što je u konačnici doprinijelo i rezultiralo nizom izmjena stečajnog zakonodavstva. U njihovim radovima analizirane su procesne radnje, njihove prednosti i mane, posljedice i preduvjeti za njihovu uspješn(ij)u primjenu. Ipak za ovaj rad su važniji tekstovi koji analiziraju mogućnosti stečajnog plana i predstečajnih postupaka. Ti se tekstovi bave zakonskim preduvjetima predstečajnih postupaka, procesnim radnjama, ovlaštenim predlagateljima, uvjetima koje nagodba mora zadovoljiti, načelima podjele vjerovnika u različite skupine (klase, grupe), postupkom obavještanja i glasanja, potrebnom većinom za prihvaćanje nagodbe, odsustvom ili neophodnošću sudske potvrde plana, pravnim posljedicama usvojenog plana, zaštitom vjerovnika, praćenjem primjene nagodbe i njezinim pobijanjem.⁷

S druge strane, sintagma javne nabave odnosi se na proces nabave roba, usluga i radova javnih tijela omogućavajući nesmetano funkcioniranje i obavljanje poslova, kao i izvođenje brojnih projekata, često, strateških, velike vrijednosti i (javnog) značaja. Iako je Zakon o javnoj nabavi iz 2001. u članku 1. odredio svrhu/cilj provođenja postupaka javne nabave, najnoviji Zakon o javnoj nabavi⁸

- 5 Dika, M., Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage, str. 54., u: Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12.), Crnić, I. (ur.), Organizator, Zagreb, 2012.; Garašić, J., Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012., u: Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku - Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, *Liber amicorum* Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike, (ur. Uzelac, A., Garašić, J. i Maganić, A.), Pravni fakultet, Zagreb, 2013., str. 469-493.; Garašić, J., Završna dioba u stečajnom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, 2007., no. 1, str. 1-32.; Bodul, D., Vuković, A., Stečajno zakonodavstvo u tranziciji - komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 49, 2012., no. 3, str. 633- 661.
- 6 Eraković, A. *op. cit.*, 2007. i Hrastinski Jurčec, Lj., Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima, Zbornik radova: Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse, Inženjerski biro, Zagreb., 2007.; Čuveljak, J., Kružić D., Stečajni plan – zadnja u nizu kriznih strategija za preživljavanje insolventnih korporacija, Zbornik radova Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2012., str. 19-40.
- 7 Bodul, D., Vuković, A., (Još jedna) reforma stečajnog zakonodavstva funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, 2015., no. 1, str. 181.-213.; Čuveljak, J., O novom Stečajnom zakonu, Pravo i porezi, br. 7-8., 2015., str. 3.-12. te Hercigonja, J. (ur.), Reforma hrvatskog insolventijskog prava – novi Stečajni zakon, Inženjerski biro, Zagreb, 2015., str. 1.-267., grupa autora (Marković, N., Osnove stečajnog i predstečajnog prava – izvori, ciljevi, stečajni i predstečajni dužnik, stečajni i predstečajni razlozi, načela; Garašić, J., Reforma europske Uredbe o insolventijskim postupcima; Galić, A., Predstečajni postupak prema novom stečajnom zakonu – tijela, otvaranje i obustava postupka, predstečajni sporazum; Marković, N., Opći pregled novina u stečajnom postupku prema novom stečajnom zakonu; Hrastinski Jurčec, Lj., Tijela stečajnog postupka – sud, odbor vjerovnika, skupština vjerovnika, stečajni upravitelj; Periša, I., Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka – osnovne pravne posljedice, pobijanje pravnih radnji; Radić, N., Upravljanje stečajnom masom i unovčenje stečajne mase – osiguranje mase, odluke o unovčenju, unovčenje predmeta različitog prava).
- 8 NN, br. 90/11., 83/13., 143/13. i 13/14. – dalje: **ZjN**.

to je propustio učiniti. Ipak sa sigurnošću možemo tvrditi kako je cilj navedenih propisa da se “ugovorna tijela prema ekonomskim operaterima ponašaju jednako i ne diskriminirajuće djelujući na transparentan način”. Tako definirani postulati javne nabave transplantirani su iz članka 2. Direktive 2004/18⁹ (u članku 10. Direktive 2004/17¹⁰ stoji identičan tekst). Iako je ova rečenica dodana tekstu direktiva javnih nabava 1997., Europski sud pravde je mnogo ranije implementirao koncept osnovnih počela postupaka javnih nabava.¹¹ Kada govorimo o javnoj nabavi, literatura je u većem dijelu stručna te obuhvaća izvore koji objašnjavaju, prvo, tzv. primarni zakonodavni okvir.¹² Tu autori ističu kako sklapanje ugovora u ime i za potrebe države, regionalnih ili lokalnih tijela i drugih tijela podliježe poštovanju načela Ugovora o funkcioniranju EU-a. Daljnja literatura objašnjava, tzv. sekundarni zakonodavni okvir i usklađenost s *acquis communautairem* EU-a.¹³ Tu se ponajprije analiziraju direktive i uredbe Europske komisije u području javnih nabava te se pritom ističe obveza da se postulati direktiva moraju transplantirati u nacionalno zakonodavstvo, dok se uredbe moraju izravno primijeniti. Također se analizira praksa Europskog suda pravde te odluke Europske komisije¹⁴ jer je Europski sud pravde isključivo nadležan za tumačenje i učinkovito provođenje prava EU-e. vezano uz odluke Komisije, bitno je napomenuti, a što doktrina ističe, kako one nisu formalno obvezujuće, ali sadrže praktične informacije i rješenja za implementaciju zakonodavstva javne nabave. Samo područje javne nabave roba i usluga te ustupanje radova, uređeno je u više domaćih pravnih izvora, s tim da ZjN predstavlja važniji propis. Pri samom vrhu svakako je i Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu javne nabave (DKOM)¹⁵ kojem je cilj da se kroz samostalno i neovisno državno tijelo štite prava sudionika u postupcima javne nabave. Kao važno pravno vrelo za postupak upravne zaštite doktrina navodi i Zakon o općem upravnom

- 9 Direktiva Europskoga parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnim opskrbama te ugovora o pružanju javnih usluga (SL L 134, 30. travnja 2004.).
- 10 Direktiva 2004/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. kojom se usklađuju postupci nabave subjekata koji djeluju u sektorima vodoopskrbe, energetike, prometa i poštanskih usluga (SL L 134, 30. travnja 2004.).
- 11 Odluka Europskog suda pravde C-243/89, Storebaelt, str. 11. i 33. Podrobnije, Lemke, M., Direktive Evropske unije o javnim nabavkama, dostupno na mrežnim stranicama: <http://www.javnenabavke.gov.ba/index.php?id=12&jezik=hr> (01.10.2014.), Sarajevo, 2006., str. 1-306.
- 12 Aviani, D., Pravna zaštita u postupku dodjele javnih ugovora - harmonizacija hrvatskog prava s *acquis communautaire*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1, 2008., str. 175.-195.
- 13 Ljubanović, B., Bosiljka Britvić-Vetma, B., Hrvatsko pravo javne nabave javne – usklađenost s pravom EU, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 48, 2011., br. 2, str. 407.-417.
- 14 Đerđa, D., Praksa Europskog suda u postupcima javne nabave, Primjena novog Zakona o javnoj nabavi i podzakonskih propisa, Inženjerski biro, Zagreb, 2008., str. 322.–351. te Vesel, T., Europska Komisija kao zaštitnik zakonitosti, Pravna zaštita u postupcima javnih nabava (više autora), Zagreb, 2006., str. 106-138.
- 15 NN, br. 18/13., 127/13. i 74/14. – dalje: ZDKOM.

postupku,¹⁶ Zakon o upravnim sporovima¹⁷ te Zakon o obveznim odnosima.^{18 19}

Autori su usvojili metodologiju koja obuhvaća četiri dijela. Prvo se analizira postojeća literatura. Uočava se da ekonomska i pravna literatura iako opsežna, ponekad je ograničavajuća u nemogućnosti pružanja odgovora, kao ni korisnih objašnjenja i primjerenih pristupa vezano uz korelativnost uspješnosti reorganizacije poslovnog subjekta i postojanje adekvatnog postupka javne nabave.²⁰ Zatim se kritičko preispituje *de lege lata* rješenje. Potom se posebno analiziraju određeni segmenti prava EU kao i praksa Europskog suda za ljudska prava u postupcima prema članku 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (*zabrana diskriminacije*) jer se polazi od pretpostavke da saznanja o ovome mogu biti ključna za razumijevanje problematike rada. U konačnici daju se i *de lege ferenda* preporuke.

3. UOČENI PROBLEM ILI NEUSKLAĐENOST STEČAJNOG ZAKONA I ZAKONA O JAVNOJ NABAVI

U okviru stečajnog postupka treba razlikovati dva osnovna, pa čak i tipična modela korporativnog stečaja. Prvi nalaže da je krizu subjekta kod kojeg je izgubljen cijeli kapital, što znači da je imovina niža od visine obveza, opravdano okončati pokretanjem likvidacijskog stečaja. Teorija navodi kako se u tom postupku prodaje cjelokupna imovina koju poslovni subjekt posjeduje u trenutku otvaranja stečajnog postupka, kao i imovine koju stekne tijekom postupka, ili se prodaje poslovni subjekt kao cjelina radi najpovoljnijeg namirenja njegovih, prije svega neosiguranih, vjerovnika. Ishod je uvijek i isključivo brisanje iz sudskog registra (čl. 2., st. 2., reč. 1. SZ).²¹ **Nasuprot likvidacijskom stečaju, drugi model, reorganizacija** (predstečajni postupak odnosno stečajni plan) jedan je od mogućih načina provođenja stečajnog postupka i jedina alternativa likvidacijskom stečaju

16 NN, br. 47/09.

17 NN, br. 20/10., 143/12. i 152/14.

18 NN, br. 35/05., 41/08., 125/11. i 78/15.

19 Medvedović, D., Šprajc, I., Postupak javnih nabavki i pravna zaštita sudionika, Pravo u gospodarstvu, 2003., br. 4, str. 181-191.; Medvedović, D., Šikić, M., Pravni lijekovi u postupcima javne nabave, Zbornik 50. Jubilarnog susreta pravnika Opatija '12 (Barbić J., Giunio, M., ur.), 2012.; Koprić, I., Nikšić, S., Upravni ugovori – područje primjene i primjena prava, Zbornik 48. susreta pravnika, Opatija, 2010.; Medvedović, D., Upravna zaštita sudionika u postupku javne nabave u hrvatskom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 48, 2011., br. 2, str. 381.-406., Medvedović, D., Temeljna načela javne nabave, Savjetovanje o javnoj nabavi, Narodne novine i Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb, 2004. te Pejaković, S., Pravna zaštita u postupcima javne nabave, Pravni fakultet, Zagreb, 2011., (doktorska disertacija), str. 1-311.

20 Iznimka je rad, Čuveljak, J., Kružić D., *op. cit.*, str. 19-40. te Danilović, D., Princip konkurencije u Zakonu o javnim nabavama BiH naspram instituta reorganizacije stečajnog dužnika, Zbornik radova - Vladavina prava i pravna država u regiji, Istočno Sarajevo, 2014., str. 627-637.

21 Malbašić, V., Reorganizacija kao mjera za sprečavanje stečaja, SEF, 2005., Beograd.

- unovčenju imovine stečajnog dužnika. Naime, radi funkcionalizacije stečajno pravne zaštite, Stečajni je zakon od 1996. više puta mijenjan, a da pritom tehnika provođenja stečaja nije dala pomake. Dakle, primjena Stečajnog zakona dovela je u pravilu do nestanka pravne osobe. Stoga je i 2012. implementiran Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi²² s ciljem da se predstečajnim postupkom omogući dužniku restrukturiranje i nastavak poslovanja. U skladu s novim SZ-om iz 2015. odredbe o predstečajnoj nagodbi prešle su iz Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi u Stečajni zakon kao predstečajni postupak. Stečajni plan (čl. 21.-74. SZ) kao i predstečajni postupak (čl. 21.-74. SZ) imaju za cilj da se insolventno poduzeće održi uz poduzimanje određenih mjera vlasnika i vjerovnika. Dakle, cilj je kroz planiran proces, čije se krajnje posljedice i rezultati jasnije mogu sagledati nego posljedice prodaje imovine stečajnog dužnika i njegove likvidacije, spasiti subjekt. Ipak u svim navedenim oblicima preustroja, a kako bi vjerovnici bili u stanju donijeti najsvrsishodniju odluku u procesu odlučivanja, neophodno je da se kroz predstečajni sporazum odnosno da se kroz pripremu i provedbenu osnovu stečajnog plana predoče i najvažnije informacije o poslovanju kao i vjerojatnost uspješnosti provođenja sporazuma odnosno plana. **Pritom je veoma bitno u kakvom se odnosu nalaze stečajni propisi i ostali zakoni u pravnom sustavu pa i Zakon o javnoj nabavi.** Naime, postupak javne nabave je strogo formalan upravni *sui generis* postupak u kojem naručitelj unaprijed definira dokaze o sposobnosti koje ponuditelji moraju dostaviti. Pri propisivanju uvjeta naručitelj ne smije diskriminirati potencijalne ponuditelje.²³ Načelo nediskriminacije je, prema shvaćanju teorije, jedan od mogućih oblika provedbe načela jednakog tretmana, a znači da je zabranjen postupak dodjele javnih ugovora kojim se unaprijed ograničuju ili onemogućuju prava mogućih natjecatelja. Ovo se načelo ostvaruje samo ako su ispunjene određene pretpostavke, ponajprije da svaki potencijalni natjecatelj pod jednakim uvjetima može podnijeti svoju ponudu odnosno da su kriteriji natječaja postavljeni nepristrano.²⁴ Ipak, pored tog temeljnog načela zabrane diskriminacije, zakon utvrđuje slučajeve u kojima postoje ograničenja za pojedine osobe kao i za njihovo sudjelovanje u postupcima nabave. Naime, članak 68., stavak 1. ZjN regulira kriterije vezane uz **osobno stanje kandidata**. Prema stavku 1. navedenog članka, javni naručitelj **može** isključiti iz daljnjeg sudjelovanja sve natjecatelje ili ponuditelje ako je nad njima otvoren stečajni postupak, odnosno ako je nad njima pokrenuti prethodni postupak radi utvrđivanja uvjeta za otvaranje stečajnog postupka. Ipak, iako spomenuti razlozi za isključenje nisu obvezujućeg karaktera pa u tim slučajevima javni naručitelj može isključiti određenog ponuditelja, dugogodišnje iskustvo autora, ali i praksa pokazuje da se iznimno rijetko naručitelj odluči prihvatiti kao ponuditelja osobu pod stečajem.²⁵

22 NN, br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 71/15. i 78/15. - dalje: ZFPPN.

23 Rješenje DKOMa, KLASA: UP/II-034-02/08-01/700 od 07. studenog 2006.

24 Ljubanović, B., Britvić-Vetma, B., *op. cit.*, str. 407.-417.

25 Vidi, Danilović, D., *op. cit.*, str. 627-637.

4. PRAVNO NASLJEĐE, PRAVNA (NE)KULTURA, STIGMA STEČAJA I VRIJEME ZA PROMJENE

S jedne strane razumljiva je praksa po kojoj se stečajne dužnike isključuje iz postupaka javne nabave. Naime, implementiranjem Stečajnog zakona 1997., pravno je uređeno područje stečaja u našoj zemlji, a s postupnim usklađivanjem ove regulative sa stečajnom legislativom zapadno-europskih zemalja, stvoreni su pravni uvjeti za provođenje stečaja. Osobitosti tadašnjeg Stečajnog zakona su bile takve da je regulativa iz ove grane u velikoj mjeri bila u skladu s modernim svjetskim rješenjima, iako postoje primjedbe na njega. **Jedan od njih je neprimjenjivanje stečajnog zakonodavstva**, odnosno činjenica da se na svega 5 % insolventnih pravnih osoba otvara stečajni postupak, a ostalima se dopušta poslovanje u dubokoj insolventnosti.²⁶ **Posljedično, stečajni postupak se doživljava, u konačnici i jest, „smrt“ poslovnog subjekta.**²⁷ Štoviše, uz sve reforme, uključujući i implementaciju ZFPPN, analize do 2014. ukazuju na znatan broj velikih, srednjih i malih trgovačkih društava koja su dugogodišnji „gubitaši“, s ogromnim obvezama, često s negativnim kapitalom, za koje bi bilo kakav plan reorganizacije bio bez objektivnih šansi za uspjeh te bi u njihovu slučaju bio samo produžetak agonije i odlaganja rješenja, a to je likvidacijski stečaj. Međutim, više nego ikada financijska kriza uvjetovala je potrebu za radikalnom reformom stečajne regulative pa je i Vlada RH krajem 2015., radi poticanja restrukturiranja implementirala novi SZ koji, s jedne strane, pruža mogućnost postizanja predstečajnog sporazuma, ali i sklapanja stečajnog plana. Naime, određeno je da se predstečajni postupak provodi radi uređivanja pravnoga položaja dužnika i njegova odnosa prema vjerovnicima i održavanja njegove djelatnosti, dok se stečajni postupak provodi radi skupnoga namirenja vjerovnika stečajnoga dužnika, unovčenjem njegove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima, s time da se može provesti i stečajni plan (čl. 2., st. 1. i 2. SZ).

5. TREBA LI RAZLIČITE MODUSE STEČAJA TRETIRAJU JEDNAKO I, AKO NE, JE LI TO DISKRIMINACIJA?

Odgovor na navedeno pitanje potražili smo u pravu EU. Ipak treba biti oprezan jer niti pravo EU često nije koherentno zbog teškoća koje proizlaze iz činjenice da je riječ o dvije u velikoj mjeri različite pravne tradicije. Uz to, često

26 Za podatke vidi, Šverko Grdić, Z.; Radolović, J. i Bagarić, L., *op. cit.*, str. 250. *et seq.*; Sajter, D., *Regionalna indiciranost ... cit.*, str. 31-42.; *id.*, *Procedura i praksa restrukturiranja ... cit.*, str. 742.; Lesar, D., Hrvatski sabor, Klub zastupnika: Hrvatskih laburista – Stranke rada, Pregled podataka o stečajnim postupcima u toku pred Trgovačkim sudovima u Republici Hrvatskoj, Zagreb, od 6. travnja 2012., kao i podatci koji su dostupni na mrežnim stranicama Ministarstva pravosuđa: <http://www.mprh.hr/Default.aspx> (12.04.2015.) te Godišnje izvješće Financijske agencije za 2013. prezentirano Hrvatskom saboru RH 17. travnja 2015. (dostupno na mrežnim stranicama FINE).

27 Tako Sajter, D., *Procedura i praksa restrukturiranja... cit.*, str. 742. *et seq.*

je riječ o sustavu regulative koji utvrđuje samo minimalne standarde, a izbor izvan toga ostaje na nacionalnim zakonodavstvima, kao u slučaju direktiva. Dakle, direktive obvezuju države članice kojima su upućene, u pogledu ciljeva koje treba ostvariti, a nacionalnim vlastima ostavljaju slobodu izbora načina te sredstva koje će upotrijebiti kako bi se postigao zadani cilj.²⁸

5.1. Direktiva 2014/24/EU o javnoj nabavi i regulacija položaja stečajnih dužnika

Bitna Direktiva 2014/24/EU²⁹ određuje kriterije za kvalitativni odabir najpovoljnijeg ponuditelja, a oni se među ostalim odnose i na ekonomsko-financijsko stanje ponuditelja, pri čemu javni naručitelj može, ali i ne mora, isključiti određenog subjekta iz postupka javne nabave (čl. 57., st. 4., t. b.). Ipak iako je Europski sud pravde nekoliko puta razmatrao transplantiraju li ovlaštena tijela pravilno u državama članicama EU odredbe direktiva u svoje pozitivne propise,³⁰ doktrina ukazuje da ako je riječ o navedenoj Direktivi (i njezinim prethodnim inačicama) države članice primjenjuju je na jedan striktniji način, tako da obvezuju ugovorna tijela da isključe subjekte koji se nalaze pod stečajem.³¹ Stoga, iako su europski stečajni zakoni kvalitetno uredili proces reorganizacije u formalnom smislu, spomenuta rješenja Direktive mogu predstavljati prepreke za provođenje ekonomskog i financijskog ozdravljenja subjekta. Time, iako EU Preporukama Komisije od 12. ožujka 2014. o novom pristupu stečaju i nesolventnosti poduzeća potiče restrukturiranje u ranoj fazi radi izbjegavanja likvidacijskog stečaja, tako postavljeni postulati Direktive o javnim nabavama mogu znatno suziti prostor za uspješno „ozdravljenje“ stečajnog dužnika. Naime, riječ je o relativnoj zabrani, koja nije apsolutno opravdana jer Direktiva ne razlikuje dvije situacije u kojima je subjekt pod stečajem. U prvom slučaju, ako je donesena odluka o likvidacijskom stečaju stečajnog dužnika, opravdano je isključiti stečajnog dužnika. U drugom slučaju, ako je donesena i potvrđena odluka o provedbi nekog modela reorganizacije treba popustiti stečajnim dužnicima sudjelovanje u postupcima javnih nabava.

5.2. Praksa europskih sudova

Drugi ključni izvor koji će potvrditi našu tezu nalazi se u praksi europskih sudova, dakle Europskog suda prave i Europskog suda za ljudska prava čije odluke

28 Podrobnije, Rodin, S., Čapeta, T., Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu - s izabranim presudama Europskog suda u punom tekstu i komentarom, Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, Zagreb, 2008., str. 1-296.

29 Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, Službeni list EU L 94/65 od 28. ožujka 2014.

30 Predmet 199/85, Komisija v. Italija, str. 14; te predmeti C-20 i 28/01, Komisija v. Njemačka, str. 5. Tako Lemke, M., *op. cit.*, str. 54.

31 *Ibid.*, str. 43. et seq.

također predstavljaju precedentalno pravo. Namjera je da se razjašnjavanjem pravnih instituta koji su nastali kao rezultat dugogodišnje prakse dođe do saznanja o pravno-logičkom mehanizmu odlučivanja europskih sudova te uvidi predstavlja li jednako tretiranje sličnih situacija diskriminaciju.

5.2.1. *Praksa Europskog suda pravde i zabrana diskriminacije*

Za razvoj sustava javnih nabava u Europskoj uniji nezaobilazne su presude Europskog suda pravde. Naime, isti je na postupke javne nabave primijenio osnovne postulate Osnivačkih ugovora, kao što su, *exempli causa*, zabrana diskriminacije te je time implementirao i nova načela koja nisu bila izričito nabrojana u primarnom pravu, nego ih je Sud izveo iz načela zabrane diskriminacije.³² Detaljnijim uvidom u praksu uočava se da premda postoje različiti slučajevi koji se odnose na javne nabave, a u kojima je Sud zauzeo stajalište o pitanju zabrane diskriminacije, predmet rasprave još nije bila problematika ovoga rada. Ipak iz dosadašnjeg stajališta Suda proizlazi kako je „zabrana diskriminacije samo konkretna formulacija generalnog načela jednakosti koji je jedan od načela prava Zajednice i podrazumijeva da se slične situacije ne tretiraju različito, osim ako je pravljenje razlika objektivno opravdano“. Dakle, zabrana diskriminacije ne samo da zahtijeva poštovanje jednakosti tretmana, nego se zahtijeva da se u praksi ne potiče nejednakost, odnosno da se različite slučajeve formalno ne podvrgava sličnim pravilima (tzv. izravna diskriminacija).³³

5.2.2. *Praksa Europskog suda za ljudska prava i zabrana diskriminacije*

Članak 14.³⁴ Europske konvencije središnja je odredba konvencijskog prava vezana uz zabranu diskriminacije. Iako članak 14. ne uređuje klasično materijalno konvencijsko pravo, sadržan je u I. odjeljku Europske konvencije, među odredbama kojima se uređuju konvencijska prava. Članak 14. ne sadržava

32 Evropski sud pravde o javnim nabavkama, Izvod iz prakse, dostupno na: www.javnenabavke.ba (12.12.2015.), str. 10. *et seq.*

33 Tako i detaljnije, Uvodna razmatranja, Evropski sud pravde o javnim nabavkama, Izvod iz prakse, Piasta, D. (uvod), str. 21. te Trybus, M, (ur.), Pravo i politika javnih nabavki EU, oboje dostupno na www.javnenabavke.ba (12.12.2015.).

34 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN-MU, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10. (dalje: Europska konvencija).

Zabrana diskriminacije:

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

definiciju diskriminacije.^{35,36} Osnove na kojima se zabranjuje diskriminacija u članku 14. Europske konvencije navedene su primjerično. To je potvrdio i Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) u predmetu *Engel i drugi protiv Nizozemske*,³⁷ utvrđujući da je popis osnova naveden u članku 14. "ilustrativan, a ne iscrpljen, na što upućuje izričaj bilo koja osnova."³⁸ Temeljem toga može se zaključiti kako se bilo koji kriterij razlikovanja može ispitati prema članku 14., bez obzira je li on naveden ili nije među zabranjenim osnovama diskriminacije u okviru međunarodne zaštite ljudskih prava.³⁹ Članak 14. srž je odredbe o nediskriminaciji Europske konvencije, a njegova je svrha zaštita pojedinaca od diskriminacije u uživanju prava i sloboda koje štite njezine odredbe i protokoli. Međutim, članak 14. nije samostalno pravo jednakosti već zavisna odredba čije je područje primjene ograničeno na prava navedena u Europskoj konvenciji.⁴⁰ Zahtjevi temeljem članka 14. istaknuti ECHRu moraju se odnositi na diskriminaciju u uživanju drugih prava Europske konvencije, primjerice, prava na mirno uživanje imovine.⁴¹ Tako ECHR u svojoj praksi razlikuje „različito postupanje“ koje može biti opravdano u smislu Europske konvencije i „različito postupanje“ koje dovodi do diskriminacije, a time i do povreda članka 14. u vezi s nekim materijalnim konvencijskim pravom.^{42,43}

- 35 Ipak u brojnim predmetima Europski sud za ljudska prava je obrazložio pojam diskriminacije. U predmetu *Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen protiv Danske*, presuda, 7. prosinca 1976., br. 5095/71, 5920/72, 5926/72. Europski sud je istaknuo da članak 14. zabranjuje: "diskriminacijsko postupanje koje je utemeljeno na ili ima opravdanje u osobnim obilježjima ("status") kojima se osobe ili skupine ljudi razlikuju od drugih." U predmetu *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80, 9473/81, 9474/81 istaknuo je: "Pojam diskriminacije u okviru značenja članka 14. općenito uključuje predmete kada se s osobom ili skupinom bez opravdanog razloga postupa manje povoljno nego s drugom, iako povoljnije postupanje nije određeno Europskom konvencijom."
- 36 U članku 1., stavku 2. i 3. hrvatskog Zakona o suzbijanju diskriminacije, NN, br. 85/08, 112/12 diskriminacija se definira kao stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po nekoj diskriminatornoj osnovi, kao i osobe povezane s njom rodbinskom ili drugim vezama. Diskriminacijom se smatra i stavljanje neke osobe u nepovoljniji položaj na temelju pogrešne predodžbe o postojanju neke diskriminatorne osnove.
- 37 *Engel i drugi protiv Nizozemske*, presuda, 8. lipnja 1976., br. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.
- 38 Omejec, J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, strasbourgški *acquis*, Zagreb, Novi informator, 2013., str. 1297.
- 39 Schutter, O., *The prohibition of Discrimination under European Human Rights Law*, Luxembourg, 2011., str. 15.
- 40 Vidi, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80 9473/81 9474/81.
- 41 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom o ljudskim pravima (članak 14.), Priručnik za odvjetnike, London, Inter-rights, 2008., str. 7-8.
- 42 Vidi, *Kafkaris protiv Cipra*, presuda, 12. veljače 2008., br. 21906/04 i *Torri i drugi protiv Italije*, presuda, 24. siječnja 2012., br. 11838/07, 12302/07.
- 43 Prema Greeru, četiri su čimbenika koji čine smjernice za razgraničenje između (dopuštenog) različitog postupanja i (nedopuštene) diskriminacije u smislu članka 14. Europske konvencije. Prvo, podnositelj mora pokazati da je osporeno postupanje bilo manje povoljno nego ono koje je primijenjeno na druge usporedive skupine čiji identitet obično određuje sam podnositelj zahtjeva. Primjerice, ako se navodna diskriminacija temelji na spolu, baza

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

S jedne strane, kako je hrvatski zakonodavac ostavio mogućnost naručitelju da angažira stečajnog dužnika u postupcima javne nabave ne praveći razliku između dužnika u postupku likvidacijskog stečaja i dužnika u postupku reorganizacije, pravno nije moguće provesti, tzv. „test proporcionalnosti“ Europskog suda pravde i utvrditi ima li osporavana mjera ili akt legitimni cilj, je li prikladna za ostvarivanje tog cilja te postoji li mjera kojom se može ostvariti isti legitimni cilj bez ili uz manje diskriminatornih učinaka. S druge strane, a zbog istih razloga, ista nemogućnost je i u primjeni članka 14. Europske konvencije gdje postoji standardni pristup u rješavanju zahtjeva o diskriminaciji, a to je test diskriminacije kao dio sudske tehnike ispitivanja diskriminacije „korak po korak“. Ipak spuštajući se na praktičnu i empirijsku razinu svjedoci smo kako postojeće iskustvo sa zakašnjenjem, dvojbama i raspravama u pripremi i izmjenama propisa kojima se regulira tržište pokazuju da je opasno u odnosu na usvojenu kodifikaciju zauzeti „tvrd“ i „neelastičan“ stav, već da bi zakonodavac trebao biti otvoren za proces prilagodbe potrebama tržišta, a posebno ako se radi o javnim nabavama kojim se promiče ideja transparentnosti sustava, integriteta državnih tijela te tuzemna i inozemna konkurencija gospodarstva. Naš stav potvrđuje i dosadašnja praksa javnih nabava gdje se poduzetništvo razvija temeljem „zakona“ svoje probitačnosti, a po kojoj je dovoljna i potvrda stečajnog suda da je skupština vjerovnika prihvatila izradu stečajnog plana.⁴⁴ Dakle, ne traži se niti pravomoćno potvrđeni stečajni plan.⁴⁵ Štoviše, i praksa DKOMa *de facto* polazi od stajališta da subjektima koji su u osnovi financijski zdravi i imaju poslovnu perspektivu (ali im je glavna prepreka daljnjeg napretka nepovoljan odnos u bilanci, s tim da imaju ekonomski realnu mogućnost osigurati priljev kapitala koji je neophodna pretpostavka njihova razvoja) treba omogućiti sudjelovanje u

usporedbe bit će članovi suprotnog spola koji ne trpe isti navodno nepovoljniji položaj. Riječ je o potrebi postojanja, tzv. usporedivih ili analognih situacija. Drugo, na državi je da pokaže, kao stvar činjenica potkrijepljenih dokazima, da je osporena praksa prihvatljiva i racionalna, odnosno da razlika u postupanju ima objektivno i razumno opravdanje. To će zahtijevati pozivanje na ciljeve politika za koje se smatra da će u tome pomoći. Riječ je o zahtjevu za postojanjem legitimnog cilja koji se nastoji postići takvom diferencijalnom praksom. Treće, učinak postupanja mora biti razmjerni ciljevima politika kojima se teži i takav da ne pogađa pravednu ravnotežu između zaštite općeg interesa zajednice i poštovanja temeljnih ljudskih prava. Četvrto, u obzir se uzima i činjenica smatra li se osporeno postupanje tužene države nediskriminatornim u drugim demokratskim državama (postojanje tzv. „zajedničke osnove“). Tako i podrobnije, Omejec, J., *op. cit.*, str. 1328.

44 Primjerice, Gredelj d.d. - u stečaju (vidi: <http://tzv-gredelj.hr/>). Materijali i pisana prijepiska s gosp. Zoranom Budakom, direktorom prodaje pogona proizvodnje i održavanja željezničkih vozila, dostupna kod autora.

45 Ovakvo shvaćanje podupiru Preporuke Vijeća Europske unije od 14. srpnja 2015. o Nacionalnom programu reformi 2015. za Hrvatsku i davanju mišljenja Vijeća o Programu konvergencije Hrvatske za 2015. (Službeni list Europske unije, C 272/56 od 18. kolovoz 2015.) koje navode kako „Poslovno okruženje u Hrvatskoj trpi zbog velikih institucionalnih nedostatak... diskriminatornu praksu za pružatelje usluga“ (t. 15.).

javnoj nabavi.⁴⁶ Ipak, da bi praksa DKOMa bila relevantan pravni izvor trebalo bi osigurati da se jednom formirana stajališta o pojedinim pitanjima dosljedno primjenjuju u istim situacijama te da Uprava za sustav javne nabave pri Ministarstvu gospodarstva, kao drugo najvažnije državno tijelo u sustavu javne nabave, ne daje oprečna rješenja o istoj pravnoj stvari. Stoga *de lege ferenda* predlažemo izmjenu prvoga dijela članka 68. ZjN, a koje je i u duhu prakse europskog prava: naručitelj će isključiti gospodarske subjekte iz sudjelovanja u postupku javne nabave ako je nad njima pokrenut stečajni postupak, osim ako su vjerovnici donijeli odluku o nastavku poslovanja društva. Time bi se u potpunosti uskladile sporne odredbe SZa i ZjNa, ali i oživotvorila proklamirana načela navedenih zakona.

46 "...ponuda žalitelja isključena iz postupka jer je nad njim pokrenut prethodni postupak radi utvrđivanja uvjeta za otvaranje stečajnog postupka... Uvidom u ponudu žalitelja utvrđeno je da je dostavljena potvrda Ministarstva financija – Porezna uprava, Ured za VPO u kojoj je navedeno: "Porezni obveznik na dan izdavanja potvrde ima evidentiran dug na račun poreza na dodanu vrijednost u ukupnom iznosu od xx kuna. Uvidom u podatke financijske agencije utvrđeno je da je dana 20.12.2012. godine otvoren postupak predstečajne nagodbe. MF, PU, Ured za VPO predao je "prijavu tražbine vjerovnika sukladno odredbama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi" u FINA-u." Odredbom članka 3. Zakona propisano je da je postupak predstečajne nagodbe postupak koji se provodi radi uspostavljanja likvidnosti i solventnosti dužnika. Slijedom navedenog, a obzirom na to da postupak predstečajne nagodbe nije prethodni postupak radi utvrđivanja uvjeta za otvaranje stečajnog postupka u smislu članka 42. Stečajnog zakona, naručitelj nije smio isključiti ponudu žalitelja iz navedenog razloga...". **Rješenje DKOMa, KLASA: UP/II-034-02/13-01/178 od 15. ožujka 2013.** Isto vidi „... nije u pravu žalitelj kada institut predstečajne nagodbe izjednačava s nagodbom s vjerovnicima iz članka 68. ZJN te smatra da je odabrani trebao biti isključen budući je nagodba s vjerovnicima propisana kao jedan od razloga za isključenje“. **Rješenje DKOMa, KLASA: UP/II-034-02/14-01/819 od 02. listopada 2014.** te slično rješenje „Žalitelj u žalbi prigovara naručiteljevom odabiru ponude ponuditelja [...] smatrajući da navedeni ponuditelj nije dokazao da ne postoji razlog za isključenje iz t. 3.2.1. dokumentacije za nadmetanje – nagodba s vjerovnicima odnosno postupak nagodbe s vjerovnicima, budući da je u njegovom izvratku iz sudskog registra naznačeno da je [...] odobreno sklapanje predstečajne nagodbe između dužnika i vjerovnika predstečajne nagodbe.“ „Nije u pravu žalitelj kada institut predstečajne nagodbe izjednačava s nagodbom s vjerovnicima iz članka 68. Zakona o javnoj nabavi [...] imajući na umu svrhu predstečajne nagodbe (financijsko restrukturiranje dužnika s ciljem nastavka djelatnosti bez tereta insolventnosti i/ili prezaduženosti, zadržavanja radnih mjesta, sprječavanja umanjena vrijednost imovine [...] ne može se tumačiti da bi se sklopljena i odobrena predstečajna nagodba imala smatrati nagodbom s vjerovnicima iz članka 68. [...] Osim toga, ponovno naglašavamo da važeći Zakon o javnoj nabavi postupak predstečajne nagodbe ne propisuje kao jedan od razloga isključenja.“ **Rješenje DKOMa, KLASA: UP/II-034-02/14-01/801 od 21. kolovoza 2014.** Protiv rješenja Državne komisije nezadovoljna stranka imala je pravo pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom Republike Hrvatske, no stav DKOMa da sklopljena predstečajna nagodba ne predstavlja nagodbu s vjerovnicima iz članka 68. Zakona o javnoj nabavi potvrdio je presudom i Upravni sud. Štoviše, brisanjem instituta predstečajne nagodbe iz članka 68., stavka 1., točke 1. i 2. ZJN (NN, br. 143/14, čl. 11.) razvidna je intencija zakonodavca da se ponuditelje koji su u postupku predstečajne nagodbe, imajući u vidu svrhu iste (financijsko restrukturiranje dužnika s ciljem nastavka djelatnosti bez tereta insolventnosti i/ili prezaduženosti, zadržavanja radnih mjesta, sprječavanja umanjena vrijednosti imovine *et seq.*) **ne isključi iz postupka.**

Summary

STATUS OF THE BANKRUPTCY DEBTOR IN PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES - *DE LEGE LATA* SOLUTION, CONVENTION AND EUROPEAN LAW REGULATION AND PROPOSITION OF CHANGES

Recently, the tendency of the necessity of the subject's survival through the provision of the pre-bankruptcy proceedings and bankruptcy plan became one of the most important legal-political goals of the reform of commercial judicature. So to achieve that it is very important how Bankruptcy law is related with other laws in the legal system, and it's relationship with the Public Procurement Act. In this paper authors are analyzing two complementary themes that are unified during the argumentation. Namely, the goal is to analyze specific aspects of the mutual incompatibility of certain principles and the provisions of the Bankruptcy Act and the Public Procurement Act. Authors will show how the Law on Public Procurement provides both legal and factual obstacle to the appropriate implementation of pre-bankruptcy proceedings and bankruptcy plan, preventing the economic and financial recovery of the subject, which also leads to discrimination in the process of public procurement. In this sense, this paper intends to point out the paradigm of this relationship, by trying to bring the focus of this issue on the certain *de lege lata* solutions

Keywords: *public procurement, the debtor, pre-bankruptcy proceedings, the bankruptcy plan, discrimination.*

Zusammenfassung

STATUS DES INSOLVENZSCHULDNERS IM ÖFFENTLICHEN VERGABEVERFAHREN - *DE LEGE LATA* LÖSUNGEN, BLICK AUF DAS KONVENTIONS- UND EUROPARECHTS UND VERÄNDERUNGSRICHTUNGEN

In den letzten Jahren ist die Tendenz zur Überlebensnotwendigkeit des Subjekts zuerst durch Umstrukturierung und dann durch Reorganisationsplan, das Vorinsolvenzausgleich und jetzt durch das Vorinsolvenzverfahren und neue alte-Lösungen des Insolvenzplans an die Spitze der rechtspolitischen Ziele der Reform des Handelsgerichtswesens gelangen. Dabei ist es sehr wichtig, in welchem Verhältnis das Insolvenzrecht mit anderen Gesetzen im Rechtssystem und dem Vergabegesetz steht. In dieser Arbeit befassen wir uns mit der Analyse von zwei sich ergänzenden Themen, die wir im Laufe des Arguments in eine Einheit

verbunden haben. Das Ziel ist es, den spezifischen Aspekt der Unvereinbarkeit bestimmter Grundsätze und Bestimmungen des Insolvenzgesetzes und Vergabegesetzes zu analysieren. Wir werden zeigen, wie das Vergabegesetz sowohl rechtliche aber auch tatsächliche Hindernisse für eine angemessene Umsetzung des Vorinsolvenzverfahrens, d.h. des Insolvenzplans, verursacht und dabei die wirtschaftliche und finanzielle Sanierung des Objekts verhindert. Dies führt dabei zur Diskriminierung innerhalb des Vergabegesetzes. In diesem Sinne soll diese Arbeit das Paradigma dieser Beziehung zeigen und versuchen, die Überlegungen über dieses Problem auf die *de lege ferenda* Lösungen zu richten.

Schlüsselwörter: *öffentliches Vergabeverfahren, Insolvenzschnldner, Vorinsolvenzverfahren, Insolvenzplan, Diskriminierung.*

Riassunto

LA POSIZIONE DEL DEBITORE FALLIMENTARE NELLE PROCEDURE DI APPALTI PUBBLICI - SOLUZIONI *DE LEGE LATA*, SGUARDO AL DIRITTO CONVENZIONALE ED EUROPEO E DIREZIONE DI CAMBIAMENTO

Negli ultimi anni la tendenza volta alla necessità di fare sopravvivere i soggetti prima attraverso le riorganizzazione, poi mediante il piano di riparto fallimentare, ancora mediante il concordato preventivo ed ora attraverso il procedimento prefallimentare e le nuove-vecchie soluzioni del piano di riparto fallimentare occupa un posto in cima alle priorità giuridico-politiche delle riforma della giustizia commerciale. Pertanto è molto importante in che rapporto si trovi la legge fallimentare rispetto alle altre leggi nel sistema giuridico, così come il rapporto con la legge sugli appalti pubblici. Nel presente lavoro ci occupiamo dell'analisi di due temi complementari che abbiamo collegato nel corso dell'argomentazione in un unico insieme. Vale a dire, lo scopo è quello di analizzare lo specifico aspetto della difformità reciproca di determinati principi, come anche delle disposizioni della legge fallimentare e della legge sugli appalti pubblici. Dimostreremo come la legge sugli appalti pubblici crei ostacoli giuridici e fattuali ad un'adeguata procedura nel procedimento prefallimentare ovvero del piano di riparto fallimentare, impedendo la guarigione economica e finanziaria del soggetto, il che al contempo conduce ad una discriminazione all'intero degli appalti pubblici. In tale senso, il presente lavoro ha l'intenzione di evidenziare i paradigmi di tale rapporto, tentando di indirizzare le riflessioni su questo problema nel verso di determinate soluzioni *de lege ferenda*.

Parole chiave: *appalto pubblico, debitore fallimentare, procedimento prefallimentare, piano di riparto fallimentare, discriminazione.*

USTAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE I REFERENDUMI NARODNE INICIJATIVE 2013.-2015.: ANALIZA I PRIJEDLOZI¹

Dr. sc. Ana Horvat Vuković, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 342.573(497.5)
Ur.: 12. travnja 2016.
Pr.: 15. lipnja 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Rad analizira odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske u vezi referenduma narodne inicijative, donošene u vremenskom periodu od 2013. do 2015. Od odluke o referendumu „o braku“, preko referenduma „o ćirilici“, sve do posljednjih predmeta o „outsourcingu“ i monetizaciji autocesta, ocrtava trend ograničavanja narodnog referendumskog puta. Posebno se koncentrirajući na odluku o „outsourcingu“ od 8. travnja 2015., ističe problematičnost ustavnosudske prakse te predlaže njenu promjenu. Glede kogentnosti objašnjavanja referendumskog zahtjeva prikazom okolnosti koje su do njega dovele, smatra da se radi o pitanju koji pripada zakonodavčevoj diskreciji. Glede „preuranjenosti“ inicijativa, smatra da Sud ne smije vezati njihovu sudbinu za opstojnost programskih mjera Vlade neuobličenih u konkretne zakonske prijedloge. Također ne može preuzeti proročansku ulogu ocjene posljedica referenduma po sustav javnih financija. U odvagivanju prava na referendum i proračunske stabilnosti, mora se pridržavati predvidivih posljedica i mjerljivih podataka, te pravo na referendum ustegnuti samo kod odluka koje uplivom u fiskalnu stabilnost krše jamstva čl.3. i 16. Ustava. Konačno, zaključuje o nedopustivosti strožeg ocjenjivanja ustavnosti referendumske inicijative nego li identičnog zakonskog teksta usvojenog u Hrvatskom saboru. Smatra da je taj stav neodrživ temeljem gramatičke i teleološke interpretacije Ustava, i da u konačnici djeluje punitivno.

Ključne riječi: Referendum narodne inicijative, Ustavni sud, outsourcing, kriterij nadzora ustavnosti, financijski učinci referenduma.

1 Rad se u najvećem dijelu bazira na neobjavljenom znanstvenom radu pod naslovom „Referendum o outsourcingu – Ustavni sud i sapinjanje narodnog suvereniteta“ izrađenom u okviru znanstveno-istraživačkog projekta Pravnog fakulteta u Zagrebu za 2015. godinu.

1. UVOD

Iako je već šesnaest godina dio ustavnoga poretka Republike Hrvatske, referendum narodne inicijative tek je od 2010. postao prvorazredno političko i pravno pitanje. Nakon kratkotrajnog uzleta - izmjene članka 62. Ustava² referendumom od 1. prosinca 2013.³, idući narodni referendumi redom su bili neuspješni radi nemogućnosti prikupljanja dovoljnog broja potpisa⁴ ili materijalne neustavnosti⁵. U ovom se radu usredotočujemo na niz rješenja odluke Ustavnog suda o referendumu o *outsourcingu* od 8. travnja 2015. godine za koje smatramo da vode značajnom zatvaranju narodno-iniciranog referendumskog puta. Kako bismo pokazali da su tek najnovija dionica sve restriktivnije prakse Ustavnog suda vezane uz referendume narodne inicijative, analizu započinjemo s odlukom o referendumu o braku 2013. godine. Vjerujemo da je svojim uspjehom potaknuo povećanje učestalosti narodnih inicijativa, ali i zatekao Ustavni sud nedovoljno spremnim da odgovori na probleme nadzora ustavnosti po članku 95. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu⁶. Smatramo da se u predmetu referenduma o ćirilici i *outsourcingu* (te monetizaciji autocesta) radi o preoštrm „pribiranju“ Ustavnog suda, i dajemo prijedloge za izmjenu pojedinih rješenja koja smatramo neispravnima. Radi se o pitanjima kognitivnosti objašnjenja referendumskog zahtjeva prikazom relevantnih činjenica i okolnosti koji su do njega doveli, „preuranjenosti“ inicijative u odnosu na programske najave Vlade,

- 2 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 6/1990., 135/1997., 8/1998. (pročišćeni tekst), 113/2000., 124/2000. (pročišćeni tekst), 28/2001., 41/2001. (pročišćeni tekst), 55/2001., 76/2010., 85/2010. (pročišćeni tekst), 5/2014. (Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014. u povodu okončanja postupka nadzora nad ustavnošću i zakonitošću provođenja državnog referenduma održanog 1. prosinca 2013.).
- 3 Priopćenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj SuS-1/2013 od 14. studenog 2013. o narodnom ustavotvornom referendumu o definiciji braka (nadalje: **referendum o braku**), u povodu zahtjeva Organizacijskog odbora Građanske inicijative „U ime obitelji“ za raspisivanje referenduma o prijedlogu dopune Ustava Republike Hrvatske odredbom da je „Brak... životna zajednica žene i muškarca“.
- 4 Odluka broj U-VIIR-7346/2014 od 10. prosinca 2014. u povodu zahtjeva Organizacijskog odbora Građanske inicijative „U ime obitelji“ za raspisivanje referenduma o prijedlogu izmjene članka 73. Ustava Republike Hrvatske pod nazivom „Birajmo zastupnike imenom i prezimenom“. Raspisivanje referenduma zatražilo je 380.649 birača, umjesto minimalnih 404.252 (toč. II. Izreke).
- 5 Odluka broj U-VIIR-4640/2014 od 12. kolovoza 2014. u povodu zahtjeva Građanske inicijative „Stožer za obranu hrvatskog Vukovara“ za raspisivanje referenduma o prijedlogu promjene čl. 12. st. 1. Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina (nadalje: **referendum o ćirilici**); odluka broj U-VIIR-1159/2015 od 8. travnja 2015. u povodu zahtjeva Organizacijskog odbora za izjašnjavanje birača o potrebi da se zatraži raspisivanje referenduma o donošenju Zakona o obavljanju pratećih i neosnovnih djelatnosti u javnom sektoru (nadalje: **referendum o outsourcingu**); te odluka broj U-VIIR-1158/2015 od 21. travnja 2015. u povodu zahtjeva Organizacijskog odbora za izjašnjavanje birača o potrebi da se zatraži raspisivanje referenduma o izmjenama i dopunama Zakona o cestama (nadalje: **referendum o monetizaciji autocesta**).
- 6 Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, NN, br. 99/1999., 29/2002., 49/2002. Nadalje: **UZUS**.

„trajnosti“ učinaka referenduma, standarda nadzora njihove ustavnosti i pomirenja nesmetanog vršenja izravne demokracije s preživljavanjem dugotrajne ekonomske krize.

2. REFERENDUM O BRAKU 2013.

Referendumske inicijative u Republici Hrvatskoj imale su „tužnu povijest“⁷ sve do 1. prosinca 2013.⁸ Uspjeh ustavne dopune definicijom „braka“ razotkrio je niz nedostataka u hrvatskom referendumskom pravu, procesnih i onih vezanih uz manjak demokratske zrelosti koji se pokazao u protuustavnim i „instrumentalnim“ tumačenjima članka 87. Ustava.⁹ Odluka („Priopćenje“) Ustavnog suda od 14. studenog 2013. zauzima važno mjesto u razmatranju referenduskog prava s dva izuzetno važna momenta.

Prvo, Sud je aktivističkim korištenjem sustavne i teleološke interpretacije utvrdio postojanje nadležnosti za nadzor materijalne (protu)ustavnosti referenduskog pitanja, čak i kada Hrvatski sabor nije iskoristio ovlast iz članka 95. UZUS-a. To je širenje zadaća opravdao pozivom na drugi izuzetno važan dio Priopćenja, a to je ideja o obvezatnosti zaštite „strukturnih obilježja hrvatske ustavne države“ (toč. 5. par. 3.). Poštujući diobu vlasti, Sud se u svom nadzoru ograničio na tek iznimnu (*proprio motu*) intervenciju, ako bi formalna ili materijalna protuustavnost referenduskog pitanja zaprijetile narušavanjem „ustavnog identiteta“ (*ibid.*). S obzirom na neprocjenjivost doktrine ustavnog identiteta u otporu država članica Europske unije ideji nekritične supremacije nadnacionalnih pravila nad domaćim (čak i ustavnim!) pravom¹⁰, smatramo da je time učinjen

7 Smerdel, B., Pregled (tužne) povijesti referenduma građanske inicijative u Hrvatskoj, u: Podolnjak, R.; Smerdel, B. (ur.), Referendum narodne inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji – Ustavnopravno uređenje, iskustva i perspektive, Zagreb, Hrvatska udruga za ustavno pravo, 2014. Za pregled svih inicijativa koje su prethodile referendumu o braku, s iscrpnom analizom sve do tada (u referendumskoj materiji) najistaknutije odluke Ustavnog suda o referendumu o izmjenama Zakona o radu, vidi *ibid.*, str. 18-38.

8 Referendum je raspisan na temelju zahtjeva visokih 683.948 potpisa birača - Upozorenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj U-VIIR-5292/2013 od 28. listopada 2013. u povodu Prijedloga Odluke o raspisivanju državnog referenduma Odbora za Ustav, Poslovnik i politički sustav Hrvatskog sabora, klasa: 014-01/13-01/04, ur.br.: 6521-1-13-08 od 24. listopada 2013., toč. 2.

9 *Ibid.*, toč. 5.1. par. 3., vezano uz ustavno neprihvatljiv način na koji je saborski Odbor za Ustav u svojem Prijedlogu odluke o raspisivanju državnog referenduma stopio odvojene pravne institute ustavotvornog referenduma i promjene Ustava odlukom Sabora. O tome vidi brzu reakciju ustavnopravne struke u Izjavi hrvatskih ustavnopravnih stručnjaka od 10. lipnja 2013., na: <http://www.huzup.hr/?id=3&pg=1&ak=21>, te Branka Smerdela u: „Voljno, gospodo zastupnici! Ne postoji ‘neobvezujući mandat‘“, *Večernji list* od 6. lipnja 2013.

10 Profesor Branko Smerdel na taj je problem prethodno upozoravao u nizu svojih radova, uključujući u udžbeniku 2013. godine – vidi npr. In Quest of a Doctrine: Croatian Constitutional Identity in the European Union, Zagreb, ZPFZ, vol. 64, 4/2014; Hrvatska ustavnost u Europskoj uniji: državna zajednica ili zajednica novog tipa?, Zagreb, HPR, vol.

ključan korak prema utvrđenju vrhovnog statusa Ustava Republike Hrvatske za građane ove zemlje¹¹.

Ipak, Priopćenje uz izuzetno vrijedne doprinose razvoju hrvatskoga ustavnog prava sadrži i očite nedostatke. Njegova analiza (protu)ustavnosti referendumske inicijative je nezadovoljavajuća (jer se ograničava na – pogrešnu! - ocjenu njene usklađenosti s međunarodnim dokumentima umjesto s hrvatskim Ustavom), i ne daje prijeko potrebne odgovore¹². Predmet naše analize *infra* će biti privola Suda na konstitucionalizaciju rješenja koje je već postojalo na zakonskoj razini (i čija se promjena nije očekivala), te problem mogućnosti/potrebe tretiranja motiva inicijatora referenduma kao razloga za neustavnost njihove inicijative.

3. OGRANIČAVANJE NARODNOG SUVERENITETA – REFERENDUMI 2014. I 2015.

3.1. Referendum o ćirilici

Ustavni sud je Odlukom o ćirilici od 12. kolovoza 2014. utvrdio protuustavnost referenduma koji bi izmijenio članak 12. stavak 1. Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina¹³ tako da ravnopravnu službenu uporabu jezika i pisma nacionalne manjine omogući samo u onoj jedinici lokalne samouprave u kojoj pripadnici te manjine čine ne više trećinu, nego najmanje polovicu stanovnika. Neposredni povod referenduskog zahtjeva bio je problem ćirilčno-latiničnih ploča u Vukovaru, čije je postavljanje na zgrade nekoliko tijela državne uprave dočekano s bijesom dijela braniteljske populacije toga grada¹⁴. Ocjenu Građanske inicijative da

12, 9/2012; Apel eurorealista: sačuvati hrvatski Ustav!, u: Smerdel, B., O ustavima i ljudima, Zagreb, Novi informator, 2012. te Ustavno uređenje europske Hrvatske, Zagreb, Narodne novine, 2013., str. 231-234.

- 11 Ustavni sud se prvi puta izrijekom očitovao o statusu europskog prava u toč. 45. Odluke o referendumu o *outsourcingu*: „nije potrebno... ispitivati... materijalnopravnu suglasnost referenduskog pitanja s pravom Europske unije jer je Ustav po svojoj pravnoj snazi iznad prava Europske unije“. Isto se ponavlja u toč. 60. Odluke o referendumu o monetizaciji autocesta. Predsjednica Suda 2016. navodi da „EU law has sub-constitutional status in the Republic of Croatia“ – Omejec, J., *Study on European Constitutional Courts as the Courts of Human Rights: Assessment, challenges, perspectives*, 3rd Congress of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, Bali, Indonesia, travanj 2016., <https://bib.irb.hr/datoteka/796420.OMEJEC_-_European_Constitutional_Courts_as_the_Courts_of_Human_Rights.pdf>, 28. siječnja 2016., 8. travnja 2016., str. 23. Koje će točno biti značenje „supsidijarnosti“ prava EU-a, i u kojoj će mjeri Ustavni sud slijediti primjer njemačkoga Saveznog ustavnog suda u obrani ustavnog identiteta? Vidjet ćemo „u skoroj budućnosti“ – str. 26-28.
- 12 O tome više kod Horvat Vuković, A., Referendum narodne inicijative 2013. – ustavni identitet kao osnova ustavnosudskog aktivizma, u: Podolnjak, Smerdel (ur.), op. cit., str. 166-169.
- 13 NN, br. 155/2002., 47/2010., 80/2010., 93/2011.
- 14 „Prosvjednici čekićima razbili ćirilčne ploče u Vukovaru“, *Večernji list* od 2. rujna 2013. Problemi su se nastavili i nakon odluke Ustavnog suda – „Poskidane sve ćirilčne ploče u

se ćirilica „doživljava kao simbol stradanja“ (točka 28. Odluke) Ustavni sud označio je kao „duboko uznemirujući čin koji napada pismo kao univerzalnu civilizacijsku tekovinu čovječanstva koja određuje sam identitet hrvatske ustavne države. Iz te poruke izvire iracionalnost na koju se treba upozoriti“ (točka 29.).

Ustavnopravna argumentacija i utemeljenost te Odluke u najvećem dijelu su nesporni, uz iznimku jedne novine. Naime, Ustavni sud je u točki IV. Izreke odredio „da svaki budući zahtjev za raspisivanje referenduma koji Hrvatskom saboru bude podnesen na temelju članka 87. stavka 3. Ustava mora sadržavati detaljan prikaz činjenica i okolnosti koje su bile povod za referendumsko pitanje u predloženom sadržaju te dostatno i relevantno obrazloženje razloga zbog kojih se traži raspisivanje referenduma“¹⁵. Ti se „prikazi“ ne moraju oblikovati prema pravilima koja u zakonodavnom postupku obvezuju Hrvatski sabor¹⁶, ali moraju sadržavati „sve potrebne podatke“ (točka 18.1. Odluke o *outsourcingu*). To su podaci koji omogućavaju Hrvatskom saboru da odluči raspisati referendum ili (ako smatra ili barem sumnja da je inicijativa neustavna) zatražiti odluku Ustavnog suda temeljem članka 95. UZUS-a. Koristili bi i Ustavnom sudu u donošenju odluke, te bi pomogli biračima u vođenju otvorene rasprave u demokratskom društvu (točka 18. Odluke o ćirilici).

Smatramo da se obrazlaganje referendumske inicijative može naložiti temeljem članka 31. UZUS-a. No, propust podnošenja takvog „prikaza“ predsjedniku Sabora ne bi smio biti *nepopravljiv*, tj. ne bi smio dovesti do neprihvatljivosti zahtjeva za raspisivanjem referenduma. Ustavnom sudu nije dopušteno time pretvarati obrazloženje referenduskog zahtjeva u formalni kriterij njegove ustavnosti. Članak 25. UZUS-a uz mogućnost *mutatis mutandis* primjene članka 19. istog omogućava da Sud uvijek može zatražiti sve dodatne potrebne informacije¹⁷. Nesumnjivo je da isto može učiniti i Hrvatski sabor. Reći da „Ustavni sud neće razmatrati“ niti „smatrati dijelom...zahtjeva“ one podneske koje bi organizacijski odbori pripremili i

Vukovaru“, *AlJazeera* od 23. rujna 2014. te „Sud u Vukovaru: Nove presude za razbijanje dvojezičnih ploča u Vukovaru“, *danas.hr* od 26. veljače 2016. (u vezi s događajem od 23. rujna 2015.).

15 Odluka je objavljena u NN, br. 104 od 28. kolovoza 2014., pa se pravilo primjenjuje samo na zahtjeve za raspisivanje referenduma koji su Saboru podneseni nakon toga datuma. Dakle, nije se odnosilo na inicijativu o *outsourcingu*, i po prvi je puta poštovano kod referenduma o monetizaciji autocesta (zahtjev za njegovim raspisivanjem predsjedniku Sabora podnesen je 17. studenog 2014.).

16 Članak 174. Poslovnika Hrvatskog sabora (NN, br. 81/2013.) zahtijeva navode o ustavnoj osnovi donošenja zakona, ocjeni stanja i osnovnim pitanjima koja se moraju njime urediti, posljedicama koje će proisteći iz njegovoga donošenja, ocjeni i izvorima sredstava potrebnih za njegovo provođenje, i o obrazloženju njegovih pojedinih odredaba.

17 Radi se o odredbama Glave III. UZUS-a („*Postupak pred Ustavnim sudom – opće odredbe*“). Članak 19. u stavcima 2.-3. navodi da će Ustavni sud vratiti na dopunu onaj podnesak koji ne sadrži sve što je potrebno da bi se po njemu moglo postupiti. Ako dopuna bude predana Ustavnom sudu u zadanom roku, smatrat će se da je on podnesen onog dana kad je po prvi puta bio podnesen. Članak 25. navodi da je svatko dužan Ustavnom sudu na njegov zahtjev dati obavijesti potrebne za vođenje postupka.

dostavili nakon što Sabor aktivira nadležnost Ustavnog suda po članku 95. UZUS-a ne može se odobriti temeljem članka 16. Ustava Republike Hrvatske i predstavlja neopravdano ograničavanje prava na referendum. Stoga, „propust“ podnošenja obrazloženja trebao bi biti ili nevažan, ili popravljiv (putem naknadne dostave) ako je Saboru i/ili Sudu nužan u donošenju njihove odluke.

Što je s momentom „pomoći biračima“ u vođenju „otvorene rasprave“? Ustavni sud može usvajati višekratna pravila pod ograničenim uvjetima, kao što su postojanje takve *lacunae* koja čini provedbu njegove odluke nemogućom¹⁸ ili koja općenito onemogućava smislenu korištenje njegove jurisdikcije¹⁹. On u izostanku protuustavnosti zakonskog rješenja ne može nadrediti svoj sud o najsvrhovitijem uređenju nekog pitanja onom Sabora. U Saboru izglasano rješenje nije išlo za kalifornijskom dostavom informacija o svakoj referendumskoj inicijativi na kućne adrese građana, tj. nije usvojilo shvaćanje o postojanju pozitivne dužnosti države da informiranje birača formalizira kao dio referendumskeg procesa. Politološka istraživanja²⁰ navode da dodatno obrazloženje inicijative ne dovodi do zamjetno drukčijih rezultata referendumskeg glasanja. U procesu pripreme za dan referenduma, isprepliću se dva odvojena fenomena: voljnost birača da se informiraju i da prikupljene informacije kritički primijene. Akteri toga procesa većinom su nošeni emocionalnim nabojem, velikim dijelom i radi nastojanja organizatora da galvaniziraju što veći broj građana. Nije razumno pretpostaviti da bi građani donosili značajno drukčije odluke ukoliko bi imali pristup detaljnom prikazu rezoniranja organizatora. „[S]posobnost birača da odgovorno odlučuju... ovisi o odgovornom informiranju političara i medija“, ali i o „građanskoj svijesti birača... te zanimanju birača za sadržaj koji je predmet referendumskeg odlučivanja“²¹.

To potvrđuje i Ustavni sud kada u kasnijoj odluci o monetizaciji autocesta od 21. travnja 2015. pojašnjava zašto zahtjev za obrazloženjem ne obvezuje organizatora referenduma već u fazi prikupljanja potpisa: „Bi li bilo potrebno da se već ‘prilikom objave sadržaja samog referendumskeg pitanja’ od organizacijskih odbora traži da predlože cjelovit zahtjev... nije pitanje na koje treba odgovoriti Ustavni sud“ (točka 28.3.). Stoga, iako birači „nisu bili pravilno informirani“ o referendumu o *outsourcingu*, te iako imaju pravo na „potpunu i točnu informaciju o činjenicama i okolnostima... kako bi – za vrijeme trajanja postupka prikupljanja potpisa – mogli s punom odgovornošću odlučiti hoće li inicijativu potpisati ili ne“, nije na Ustavnom sudu „da istražuje u kojem su opsegu birači bili zavedeni“.

18 Vidi toč. II. Odluke broj U-VIIR-4696/2010 od 20. listopada 2010. (posljedice povlačenja prijedloga zakona iz saborske procedure uslijed pritiska javnosti i prikupljanja potrebnog broja potpisa za raspisivanje referenduma kojim bi se uložio veto na taj prijedlog).

19 Vidi npr. rješenje broj U-I-252/95 od 16. svibnja 1995., kao i rješenja broj U-I-238/95 i U-I-797/97 od 11. lipnja 1998.

20 O istraživanju pitanja „Jesu li birači kompetentni“ donositi odluke na osnovi (smatra se) nedovoljnih informacija, v. Lupia, A., Matsusaka, J. G., *Direct Democracy: New Approaches to Old Questions*, *Annual Review of Political Science*, vol. 7, 2004., str. 467.

21 Toplak, C., *Referendum: prednosti i nedostaci*, Zagreb, *Političke analize*, vol. 4, 14/2013., str. 46.

Štoviše, „izvjesno je da bi prethodno stvorena javna percepcija o predmetu o kojem bi se glasovalo na referendumu... utjecala na odluku birača neovisno o sadržaju samog referendumskog pitanja“ (toč.62.-62.1.).

Dotadni prigovor kogentnosti zahtjeva za obrazloženjem referendumske inicijative vezan je uz uvođenje *animusa* u ocjenu njene ustavnosti. Vjerujemo da je pretežna svrha zahtjeva za informiranošću upravo rasvjetljivanje motiva organizatora, i da je upitno može li njihova namjera biti razlog odluke o neustavnosti inicijative. Ona se često ne može definirati kao nesumnjivo pozitivna ili negativna (u slučaju deklariranih namjera), a u dijelu slučajeva ne može se sa sigurnošću utvrditi (u slučaju skrivenih namjera, koje bi se razlikovale od deklariranoga cilja). Problematičnost njenog razmatranja jasno se pokazala već na primjeru referenduma o braku. Iako je po uvjerenju dijela društva predstavljao ono što Vrhovni sud SAD-a naziva „jednostavnom... željom da se naudi politički nepopularnoj manjini“²², prema (implicitnoj) ocjeni Ustavnog suda ipak nije prekršio ustavna jamstva jednakosti i razmjernosti. Kako se Sud u tom predmetu nije upustio u ocjenjivanje motivacijskog/vrijednosnog seta organizatora, zaključujemo da njihovi potencijalni nedopušteni motivi nisu odlučni u izostanku *objektivne neustavnosti* propisa. Skupno psihološko profiliranje zakonodavca (saborskih zastupnika, tj. birača u slučaju narodne referendumske inicijative) nije moguće. Zato se nadomješta objektivnim i ekonomičnijim testom proporcionalnosti, čiji zahtjevi užeg ili labavijeg nekusa između cilja i sredstava ovise o *materiji* normiranja. Zahtjevi „nužnosti“ i proporcionalnosti *stricto sensu* svojom odredivošću nadomještaju nesigurno područje lova za „motivima“ zakonodavnog djelovanja.

Naravno, postoje slučajevi u kojima će biti neosporno da *istodobno* ni na razini motiva, ni na objektivnoj razini pravne provjere ne postoji legitimni cilj regulacije, te da ona mora biti diskvalificirana temeljem članka 3. Ustava radi arbitrarne i nerazumne utemeljenosti na predrasudama, netrpeljivosti ili moralnom neodobravanju prema pojedinoj društvenoj skupini²³. Takav je npr. slučaj odluke

22 *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534 (1973) – nedopuštene su mjere zasnovane na „a bare congressional desire to harm a politically unpopular group“. Radi se o tzv. „rational basis review with bite“, tj. varijanti najpermisivnije razine ocjene ustavnosti zakonske mjere koja se od „tradicionalne“ ocjene razumnosti razlikuje u tri segmenta: 1) sud koji ju primjenjuje poklanja manje povjerenja zakonodavcu, 2) ima niži prag tolerancije za pre- ili poduključive klasifikacije, te je 3) manje otvoren za državno eksperimentiranje – Gunther, G., Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, *Harvard Law Review*, vol. 86, 1/1972., str. 20. Tu povišenu razinu ocjene ustavnosti, na razmeđu „intermediate scrutiny“ i klasičnog „rationality review“ Rosenblum naziva „rational basis with teeth“ (Stewart, D. O., A Growing Equal Protection Clause?, *A.B.A. Journal*, vol. 71, 1985., str. 112-114.), dok ju Freeman označava kao „rational basis with bite“ i „heightened rationality review“ (Freeman, E., Giving *Casey* its Bite Back: The Role of Rational Basis Review in Undue Burden Analysis, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, vol. 48, 2013., str. 280.

23 „Moralno neodobravanje [određene] skupine, kao što je gola želja da se toj skupini naudi, ne predstavlja cilj koji može zadovoljiti ocjenu razumnosti“ – par. 9. suglasnog mišljenja sutkinje O'Connor u predmetu *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558 (2003)). Usp. i mišljenje

o referendumu o ćirilici, gdje je „postoj[ao]... cilj koji se... ne može ocijeniti legitimnim“ (točka 21.) i koji šalje duboko uznemirujuću poruku (točka 29.2.). On je ne samo bio *nedvojben*, jer je po izjavama samog organizatora „cjelokupna... inicijativa poduzeta zbog faktičnih okolnosti povezanih sa srpskom nacionalnom manjinom“ (točka 21.3.), već je i temeljem neopravdano asimetrične primjenljivosti na samo jednu od 22 naše nacionalne manjine bio i objektivno neustavan. Ipak, izvan ovakvih jasnih slučajeva ostaje niz situacija u kojima se (potencijalno i *nesvjesne*) negativne preferencije zakonodavca ipak ne „prevode“ u neustavan rezultat, jer usprkos (često nedokazivoj) nedopuštenoj motivaciji norma postiže neki legitiman cilj²⁴.

3.2. Referendum o outsourcingu

3.2.1. Kontekst

Odlukom broj U-VIIR-1159/2015 od 8. travnja 2015., Ustavni sud utvrdio je neustavnost prijedloga Zakona o obavljanju pratećih i neosnovnih djelatnosti u javnom sektoru (nadalje: **ZOPND**). Time je nastavljen trend utvrđivanja materijalne neustavnosti narodnih referendumskih inicijativa započet 12. kolovoza 2014. odlukom o referendumu o ćirilici, i nastavljen blokiranje otpora inicijative „Ne damo naše autoceste!“ monetizaciji hrvatskih autocesta²⁵. Sakupljanje potpisa za raspisivanje referenduma o prijedlogu ZOPND-a trajalo je od 5. do 19. lipnja 2014., te je uspješno dovršeno prikupljanjem 563.815 potpisa²⁶. Prijedlog Zakona u kratka četiri članka obuhvaćao je čitavi javni sektor²⁷ svojom namjerom da zabrani „izdvajanje pratećih i neosnovnih djelatnosti“²⁸, tj. da osigura da se one obavljaju

indijskog Vrhovnog suda u Delhiju u predmetu *Naz Foundation v. Government of National Capital Territory of Delhi* (od 2. srpnja 2009., WP(C) No.7455/2001, (2009) 160 DLT 277): „Moralna indignacija, koliko god jaka, nije valjana osnova nadjačavanja temeljnih prava pojedinaca na dostojanstvo... ustavna moralnost mora nadjačati argumente javnog morala, makar on i predstavljao stav većine“ (toč. 86.).

- 24 Osim na primjeru instituta braka i uređenja položaja istospolnih zajednica, to je mogućnost i kod propisa koji uređuju položaj migranata, praksi vjerskih manjina itd.
- 25 S obzirom na to da ponavlja *infra* kritizirane momente odluke o *outsourcingu* (stroži kriterij nadzora ustavnosti narodno-iniciranih referenduma – toč. 24.-24.2.; „trajni“ karakter referendumske zabrane tj. „neodređeno vrijeme“ njenog djelovanja – toč. 59.), ta se odluka posebno ne obrađuje u ovom radu.
- 26 Prijedlog Odluke u povodu Zhtjeva za raspisivanje referenduma u donošenju Zakona o obavljanju pratećih i neosnovnih djelatnosti u javnom sektoru Odbora za Ustav, Poslovnik i politički sustav Hrvatskog sabora, klasa: 014-01/14-02/06, ur. br.: 6521-1-14-05 od 3. prosinca 2014., toč. I. par. 6.
- 27 Javni sektor u smislu tog Zakona obuhvaća javne službe i državnu službu (čl. 2.), čija tijela dalje detaljno enumeriraju stavci 2.-3. toga članka.
- 28 Članak 2. u stavku 4. prijedloga Zakona definira te djelatnosti kao administrativne, tehničke, administrativno-tehničke, pomoćne, pomoćno-tehničke i ostale poslove koji se obavljaju u javnom sektoru, a čije je obavljanje potrebno radi pravodobnog i kvalitetnog obavljanja poslova iz djelatnosti javnih službi i djelokruga državnih tijela.

„isključivo po... službenicima i namještenicima, odnosno osobama u radnom odnosu u javnom sektoru“ (članak 3. prijedloga Zakona). Čime je bila potaknuta takva udružena akcija sedamnaest sindikata (točka 10. odluke Ustavnog suda)?

Od izmjena Zakona o državnim službenicima²⁹ iz 2011. godine, pomoćno-tehnički i ostali poslovi³⁰ čije je obavljanje potrebno radi pravodobnog i kvalitetnog obavljanja poslova iz djelokruga državnih tijela (dakle: poslovi koje obavljaju namještenici) mogu se povjeriti vanjskim pružateljima usluga u skladu s propisima o javnoj nabavi (članak 3. stavak 5.) tj. temeljem **ugovora o javnim uslugama**³¹. To znači da se od dotadašnjeg rješenja po kojem takve poslove mogu obavljati samo osobe u radnom odnosu u državnim tijelima može odstupiti pod četiri uvjeta (*ibid.*): a) da se takav ugovor o javnoj nabavi sklapa samo „iznimno“, b) vodeći računa o organizaciji i potrebama službe te c) nakon prethodne procjene sigurnosnih rizika i d) financijske isplativosti. Takva individualizacija odluke o vanjskom ugovaranju usluga svakako predstavlja dobro zakonsko rješenje³². Postojeća organizacijska rješenja (uvjet b)) većinom prekludiraju takvo ugovaranje, jer se poštujući načelo ekonomičnosti (uvjet d)) rješenje potreba službe treba u najvećoj mogućoj mjeri naći u postojećim radnim resursima. Opravdanost vanjskog ugovaranja tako pripada domeni apsolutne nemogućnosti ili nemogućnosti zadovoljavajućeg i/ili ekonomičnog obavljanja potrebnih usluga putem već postojećih namještenika. Uvjet c) daje do znanja da u određenim državnim službama iz razloga sigurnosti postoji potreba hermetičnosti radno-pravnog statusa njihovih namještenika.

Zakon o državnim službenicima već je od svog usvajanja 2005. predviđao i mogućnost „povjeravanja poslova“ pružateljima stručnih usluga, tj. sklapanja **ugovora o djelu** za „pojedine poslove“ koji se obavljaju u državnom tijelu (članak 62. stavak 1.)³³. Taj je mehanizam ograničen financijskim parametrima (izdaci

29 Zakon o državnim službenicima, NN, br. 92/2005., 142/2006., 77/2007., 107/2007., 27/2008., 34/2011., 49/2011., 150/2011., 34/2012., 49/2012., 37/2013., 38/2013., 01/2015.

30 Zakon ne specificira koji su to „ostali“ poslovi, no njemu prethodeći propis navodio je da su to „poslovi vozača, grafičara, domara, elektromehničara, telefonista, kuhara, portira, čišćenja radnih prostorija i sl.“ (Zakon o državnim službenicima i namještenicima, NN, br. 27/2001.).

31 Ugovor o javnim uslugama je ugovor o javnoj nabavi koji nije ugovor o javnim radovima ili ugovor o javnoj nabavi robe, a čiji su predmet usluge u smislu Dodatka II. A ili usluge u smislu Dodatka II. B Zakona (čl. 2. st. 1. toč. 25. Zakon o javnoj nabavi, NN, br. 90/2011., 83/2013., 143/2013., 13/2014.). Zakon navodi da se neće primjenjivati na nabavu usluga procijenjene vrijednosti do 200.000 kuna, i pitanje nabave usluga do tih vrijednosti uređuje naručitelj (državno tijelo) svojim aktom (čl. 18. st. 3.).

32 U tom smislu smo suglasni s ocjenom Suda o neustavnosti ZOPND-a (vidi infra poglavlje 3.2.2.b)). S obzirom na to da bi Vladina reforma odstupala od zakonskog uređenja na sličan način, iako prema drugom kraju spektra rješenja (umjesto zakonom naložene *cost-benefit* analize u svakom pojedinačnom slučaju, primijenila bi *outsourcing* na potencijalno preširokoj i nedovoljno selektivnoj osnovi), i ona bi zahtijevala promjenu zakona. U tom slučaju, Ustavni sud bi trebao *mutatis mutandis* primijeniti jednako stroge kriterije očuvanja nepovredivosti načela vladavine prava kao u ovdje analiziranoj Odluci.

33 Na taj ugovor primjenjuje se Zakon o obveznim odnosima (čl. 62. st. 1. Zakona o državnim službenicima).

ne smiju prelaziti 2% ukupnog iznosa sredstava za osnovne plaće s doprinosima u tekućoj godini za to tijelo – članak 62. stavak 2.), i ne obuhvaća poslove koji predstavljaju temeljne poslove državnog tijela i koje službenici obavljaju kao redovno zanimanje (članak 62. stavak 1.)³⁴. Kako taj članak 62. (stavak 3.) govori o fizičkim osobama, tj. nemogućnosti da „pružatelji stručnih usluga“ po okončanju ugovora o djelu uđu u državnu službu bez postupka prijema, zaključujemo da je novina Zakona iz 2011. ciljano išla za legalizacijom *outsourcinga* korporativnim tijelima („vanjskim pružateljima usluga“). On se tada već deset godina prešutno provodio - praksa angažiranja vanjskih pružatelja usluga za razne „ostale“ poslove (čišćenja, održavanja, pripreme obroka, službe zaštite) počela još 2001., bez uporišta u tadašnjem Zakonu o državnim službenicima i namještenicima³⁵. Za Vladu takvo djelovanje *praeter* zakona nije bilo zabrinjavajuće, pa tekst konačnoga prijedloga Zakona o državnim službenicima iz 2005. kaže da se novim člankom 62. „želi... omogućiti da i osobe izvan državne službe mogu obavljati te poslove, što se prema važećem Zakonu ne može, ali se u praksi dosta često dešava“ (!)³⁶. Vladino izvješće iz 2010. godine navodi da je u 28 od analiziranih tijela državne uprave vanjsko ugovaranje usluga potpuno provedeno u njih 17, a da je djelomično zaživjelo u njih 8 u kojima se ohrabruje nastavak i dovršetak tog izdvajanja pomoćnih djelatnosti³⁷.

Iz Vladinog Projektnog plana fiskalne konsolidacije za razdoblje 2014.-2016. proizlazi da nema govora o „iznimnosti“ sklapanja ugovora o javnim uslugama, već o planu sustavnog vanjskog ugovaranja izvođenja netemeljnih („*non-core*“) djelatnosti.³⁸ Vanjsko ugovaranje usluga jedna je od devet predloženih mjera i prikazuje se kao instrument usklađivanja s europskom pravnom stečevinom.³⁹ Ekonomska računica je dominantna, iako u članku 3. Zakona o državnim službenicima predstavlja tek jedan od četiri kriterija u analizi svakog pojedinačnog

34 Dakle, ne obuhvaća *prvu* kategoriju službenika koja se navodi u čl. 3. st. 2. Zakona o državnim službenicima. *Druga* kategorija su „i osobe“ koje u državnim tijelima obavljaju informatičke poslove, opće i administrativne poslove, planske, materijalno-financijske i računovodstvene te slične poslove (čl. 3. st. 3.).

35 Kuhar, S., „*Outsourcing*“ u državnoj upravi – pravni temelj i iskustva Sindikata, Sindikat državnih i lokalnih službenika i namještenika Republike Hrvatske, <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//ENG/novosti/Arhiva//4Sindikata-dr%C5%BEavnih-i-lokalnih-slu%C5%BEbenika-i-namje%C5%A1tenika-RH_Outsourcing_u_drzavnoj_upravi_pravni_temelj_i_iskustva_Sindikata.pdf>, 8. travnja 2016., str. 4.

36 Konačni prijedlog Zakona o državnim službenicima, Vlada Republike Hrvatske, lipanj 2005., str. 58.

37 Vlada Republike Hrvatske, *Izvješće o mjeri iz Plana gospodarskog oporavka (travanj 2010.) „Provedba natječaja za ‘outsourcing’ pomoćnih djelatnosti“*, <http://www.sdlns.hr/upload/File/Vlada_izvjescje_o_outsourcingu301210.pdf>, 30. prosinca 2010., 8. travnja 2016., str. 1-2.

38 Vlada Republike Hrvatske, *Projektni plan provedbe dugoročnih reformskih mjera fiskalne konsolidacije za razdoblje 2014.-2016.*, <<https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Materijali%20za%20istaknuto/2014/Reformske%20mjere%20fiskalne%20konsolidacije//Projektni%20plan%20provedbe%20dugoro%C4%8Dnih%20reformskih%20mjera%20-%20copy.pdf>>, 27. prosinca 2013., 8. travnja 2016.

39 *Ibid.*, str. 11.

slučaja, u svakom pojedinom tijelu državne uprave. Vanjsko ugovaranje neracionalno je smatrati panacejom za probleme državnog sektora i zaključiti da dovodi do manjih troškova, prilagodljivosti stvarnim potrebama ili povećanja kvalitete⁴⁰. Politička retorika čvrste namjere opsežnog *outsourcinga* u raskoraku je s nominalnim planom njegove provedbe, u kojem se Vladina odluka o djelatnostima koje „idu u *outsourcing*“ (treća faza) donosi temeljem detaljne, tek predstojeće analize stanja (druga faza). Rizici pridruženi trećoj i četvrtoj fazi (koja se odnosi na prelazak na novi sustav) su značajni, i govore u prilog opreznog i promišljenog pristupa. To su prvenstveno *sigurnost* (povjerljive informacije ili poslovi), *rizik zaposlenika na djelatnostima koje se izdvajaju* (raskid radnog odnosa, otpremnine, zbrinjavanje viška zaposlenih, pregovori sa sindikatima), *neodgovarajuće pripremljena dokumentacija i ugovori, zakašnjelo/nekvalitetno ugovaranje* (žalbe u postupku javne nabave), *nezainteresiranost gospodarskih subjekata na tržištu, povećani troškovi* (loše ugovaranje usluga, neispunjeni standardi kvalitete, odgađanje pružanja usluga), *stečaj ili bankrot* vanjskog izvođača usluga itd.⁴¹

Uz ove opasnosti po kvalitetu, pravodobnost i dostupnost osnovnih usluga u tijelima javne vlasti, treba voditi računa i o posljedicama privatizacije poslova po 26.500 radnika⁴² s najnižim kvalifikacijama i primanjima, tj. po socijalnu sliku države u dugogodišnjoj recesiji. Predložene mjere djelovale bi u sprezi s promjenama radnog zakonodavstva, koje u novom izdanju Zakona o radu iz 2014. jačaju prekarne (nesigurne) oblike rada kao što je rad putem agencija za privremeno zapošljavanje. Umjesto navodne veće fleksibilnosti i podstreka za oslabljeno gospodarstvo, kombinirana posljedica ovih instituta u konačnici bi mogla biti smanjivanje cijene rada i ograničavanje prava radnika⁴³. Sve su to ozbiljni faktori

40 Ibid., str. 16.

41 Ibid., str. 17.

42 „Vlada ne odustaje: Niti jedan model *outsourcinga* ne ugrožava radnike“, *HRT vijesti* od 12. lipnja 2014.

43 Tako članak 46. stavak 7. Zakona o radu (NN, br. 93/2014., na snazi od 7. kolovoza 2014.) omogućava da se kolektivnim ugovorom sklopljenim između agencije za privremeno zapošljavanje i sindikata mogu ugovoriti nepovoljniji uvjeti rada od uvjeta rada radnika zaposlenog kod korisnika usluga agencije na istim poslovima koje obavlja ustupljeni radnik (što je inače nominalno pravilo koje utvrđuje st. 5. toga članka). Dodatno, st. 8. toga članka predviđa da, ukoliko kod korisnika usluga agencije ne postoje radnici koji već rade na istim poslovima kao i ustupljeni radnik, uvjete rada utvrđuje tek ugovor o ustupanju radnika. Tada također ustupljeni radnik nema mogućnosti relativne zaštite čl. 46. st. 5. Prema članku 48. Zakona o radu, korisnik ne smije koristiti rad istog ustupljenog radnika za obavljanje istih poslova više od neprekinutih tri godine. Ali, već prekid takvog rada od dva ili više mjeseca je dovoljan da omogući sklapanje novog, *nominalno* opet maksimalno trogodišnjeg ugovora. Isti taj rok smatra se u čl.12. Zakona dovoljnim prekidom koji omogućava *de facto* uzastopno sklapanje i ugovora o radu na određeno vrijeme (čl.12.st.6.). Štoviše, po izričitoj odredbi članka 12. stavka 4. uzastopni ugovor o radu na određeno vrijeme može se sklopiti i bez utvrđivanja objektivnog razloga (za takav rad na tek određeno vrijeme) ako se radi o prvom ugovoru o radu sklopljenom na određeno vrijeme. Opasnosti stvaranja prekarne klase radnika, koja radni vijek provodi u kratkoročnim poslovima koji dokidaju dostojanstven život onemogućavanjem dugoročnog planiranja, rješavanja problema životnog prostora ili

koje treba razmotriti u ocjeni legitimnosti referendumske inicijative. Ustavni sud navodi da su tvrdnje organizatora o negativnim učincima *outsourcinga* „paušalne i neproverene“ (točka 41.), pa da te argumente ne može razmatrati (*ibid.*). Smatramo da to nije točno. Zadaća Ustavnog suda nije da odlučuje o svrsishodnosti zakona (tj. njegovog prijedloga), već o njegovoj ustavnosti (o tome, v. *infra*).

3.2.2. Odluka Ustavnog suda

Dijelovi Odluke bi *pro futuro* mogli biti oslonac za značajno zatvaranje mogućnosti raspisivanja narodno-iniciranog referenduma. Prigovore pojedinačno obrađujemo u nastavku.

a) *Je li referendum preuranjen?*

S ovim pitanjem srećemo se u dva povezana oblika. Prvo: Može li referendumska inicijativa biti motivirana već i programskim najavama Vlade? I drugo: Postoje li i dalje pretpostavke za održavanje zatraženog referenduma u slučaju da Vlada takvu programsku mjeru deklarativno povuče?

U svom prijedlogu Odluke Hrvatskog sabora⁴⁴ Odbor za Ustav utvrdio je da je referendumska inicijativa potaknuta „istupima pojedinih članova Vlade Republike Hrvatske koji su izlagali o potrebi primjene navedenog instituta“⁴⁵, te pokudio Organizacijski odbor radi „ustrajanja“ s prikupljanjem potpisa „iako je Vlada... objavila kako odustaje od provođenja predložene mjere“⁴⁶. No, sporazum koji je Vlada u prosincu 2013. uputila na potpisivanje sindikatima javnih službi opovrgava da se radilo o nepovezanim „istupima“. Njime se Vlada obvezala uključiti sindikate u proces vanjskog ugovaranja usluga, koje je namjeravala provesti uz zadržavanje iste razine prava za izdvojene radnike kroz dvije godine od prenošenja ugovora o radu na novog poslodavca (članak 3.)⁴⁷. Također, Odbor

zasnivanja obitelji sasvim su jasne. U podacima za 2014. godinu, postotak mladih osoba (definiranih kao onih između 15 i 24 godina) koji rade na privremenim poslovima iznosi visokih 69.1 % (Španjolska), 63 % (Portugal), 57 % (Francuska), 56 % (Italija) i 53.4 % (Njemačka) - ukupno 41 % na razini EU-a. Za usporedbu, snažno japansko gospodarstvo po tom pitanju stoji na samo 14.4 % - Sandbu, M., „Free lunch: The rise of the precariat“, *Financial Times* od 6. kolovoza 2015. Podaci Hrvatskoga zavoda za zapošljavanje o crtavaju tešku sliku hrvatskoga gospodarstva po tom pitanju: 93,6 % svih ugovora o radu sklopljenih tijekom 2013. godine sklopljeno je na određeno vrijeme – Izvješće o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2013. godinu, Zagreb, ožujak 2014., str. 30. Ne treba ni navoditi kako takva situacija osobito neizravno diskriminira žene.

44 Odbor za Ustav, Poslovnik i politički sustav, prijedlog Odluke u povodu zahtjeva za raspisivanje državnog referenduma o donošenju Zakona o obavljanju pratećih i neosnovnih djelatnosti u javnom sektoru, klasa: 014-01/14-02/06, ur.br.: 6521-1-14-05 od 3. prosinca 2014.

45 *Ibid.*, toč. I.1., str. 6.

46 *Loc. cit.*

47 Takav sporazum enoncira članak 7. stavak 2. Dodatka II. Temeljnog kolektivnom ugovoru za službenike i namještenike u javnim službama od 10. prosinca 2013. („U slučaju provođenja *outsourcinga* i objedinjavanja poslovnih procesa u javnim službama posebnim sporazumom

(sasvim jasno) nije u pravu kada smatra da odustajanje Vlade ima bilo kakav učinak po opstojnost konkretne inicijative. U ovom slučaju se ne radi o situaciji usporedivoj s onom koja je predmet među građanima neopravdano ozloglašene odluke Ustavnog suda broj U-VIIR-4696/2010 od 20. listopada 2010. U tom slučaju, Vlada je u želji da izbjegne izgledni referendumski veto povukla prijedlog novele Zakona o radu iz zakonodavne procedure. Time je iskoristila činjenicu da se referendumsko pitanje na njega izrijekom referiralo, pa su njegovim povlačenjem nestale procesne pretpostavke održavanja referenduma. Ustavni sud je spriječio impotentnost tadašnjeg referenduskog uređenja⁴⁸ teleološkom interpretacijom članka 8. stavka 2. Zakona o referendumu, pravilom da prijedlog zakona koji bi sadržavao odgovor suprotan odgovoru „DA“ na referendumsko pitanje ne smije biti upućen u zakonodavni postupak prije proteka roka od godine dana od objave odluke Ustavnog suda u Narodnim novinama, osim ako se o tom prijedlogu prethodno ne raspiše referendum⁴⁹. Iako je napomenuo da se radi o rješenju tek za taj konkretni

regulirat će se minimalni zaštitni uvjeti“ – NN br. 150/2013.). Taj je članak dikcijom identičan članku 8. stavku 2. Dodatka II. Kolektivnom ugovoru za državne službenike i namještenike (također od 10. prosinca 2013, NN, br. 150/2013.). Pod uvjetom potpisivanja takvog sporazuma, nastavni članak 4. (tj. članak 10.) obećava zadržavanje iste razine plaća u javnim službama u 2014. godini. Sindikati su takav prijedlog jednoglasno odbili potpisati „bez valjane analize postojećeg stanja, pokazatelja o broju radnika koji potpadaju pod ovaj program Vlade, te odgovora na pitanje da li je ovo jedino što Vlada predlaže u cilju povećanja efikasnosti rada“ (Pilić, Ljubica, *Outsourcing ozbiljno i konkretno*, <<http://sindikar-kulture.hr/outsourcing-ozbiljno-i-konkretno/>>, prosinac 2013., 12. travnja 2016.).

48 Pretpostavke za održavanje referenduma prestale su povlačenjem prijedloga izmjena Zakona o radu na koji se referendum odnosio iz zakonodavne procedure. Manjkavost zakonskog rješenja omogućila bi da predlagatelj zakona tako obustavi referendumski postupak, te potom ponovno podnese supstancijalno isti prijedlog (zahtijevajući ponavljanje procesa sakupljanja potpisa 10% birača).

49 Točka 25.3. Odluke. Temeljem odredbe članka 8. stavka 2. Zakona o referendumu i drugim oblicima osobnog sudjelovanja u obavljanju državne vlasti i lokalne i područne (regionalne) samouprave (NN, br. 33/1996., 92/2001., 44/2006., 58/2006., 69/2007., 38/2009.), „nadležno tijelo državne vlasti...prije proteka roka od godine dana od dana održavanja referenduma, nema pravo donijeti pravni akt ili odluku koja je sadržajno suprotna odluci donesenoj na referendumu“. Zakon ne spominje rješenje slučaja u kojem bi već prijetnja uspješnog referenduskog veta na prijedlog zakona dovela do povlačenja istog iz saborske procedure. Također u članku 8. stavku 4. izrijekom navodi da se stavak 2. tog članka „ne odnosi na slučaj obveznog raspisivanja referenduma iz članka 3. stavka 4.“. Navedeni članak 3. stavak 4. upravo se odnosi na referendum narodne inicijative, pa se postavlja pitanje trebamo li članak 8. tumačiti kao da prekludira jednogodišnju obveznost referendumske odluke ukoliko se radi o narodno-iniciranom referendumu? Smatramo da primjenom sustavne i teleološke interpretacije valja članak 8. stavak 4. tumačiti kao da, uistinu, kreira iznimku obaveznom jednogodišnjem počeku na promjenu referendumske odluke, ali u smislu da se ona može izmijeniti *novim referendumom narodne inicijative*. S obzirom na to da stavku 4. neposredno prethodeći stavak 3. članka 8. dopušta da se o „istom pitanju... može... ponovno raspisati referendum [nakon]... proteka roka od šest mjeseci od dana održanog referenduma“, smatramo da tumačenje članka 8. Zakona kao cjeline traži zaključak da je izmjena referendumske odluke moguća ponavljanjem mehanizma koji je do nje i doveo (dakle – referendumom), i to već nakon upola kraćeg roka od onoga nametnutog Saboru putem članka 8. stavka 2.

slučaj, uvažavanje precedentne snage njegovih načelnih mišljenja traži da se ono do donošenja novog zakona o referendumu primjenjuje i na buduće slučajeve. No, ne i na referendum o *outsourcingu*. Ta je inicijativa predlagala usvajanje novoga zakona (ZOPND-a), a ne veto koji reagira na prijedlog u saborskoj proceduri. Čime je Organizacijski odbor bio potaknut na djelovanje nije pravno relevantno.

Ustavni sud rezonira slično Odboru za Ustav. Držeći da postoji uska povezanost referenduma s Vladinom programskom mjerom *outsourcinga* (točka 34.), navodi da Organizacijski odbor „negira“ tu povezanost isticanjem da inicijativa cilja na raspisivanje referenduma o prijedlogu zakona, a ne o toj odluci Vlade. „Budući da je Vlada odustala od [najavljene]... mjere, moralo bi se zaključiti [sic!] da je sama referendumska inicijativa izgubila svoj *ratio* i da više nema razumnog i objektivnog opravdanja“ (točka 35.). Time stavlja nedopustivo težak teret na leđa organizacijskih odbora, tj. prekludira čitav niz legitimnih potencijalnih referendumskih inicijativa. Unatoč oprezu organizacijskog odbora koji je prijedlog oblikovao u skladu s ustavnosudskom praksom, Ustavni sud veže život referendumske inicijative za programsku mjeru neuobičajenu u konkretni zakonski prijedlog. Stoga se nameće sljedeće pitanje: ako Sud inzistira na njihovoj nerazdruživosti (a teško je u tome ga podržati), kako da pristupimo utvrđivanju trenutka odustajanja od (ili reaktivacije) formalno *neutvrđenih* mjera iza kojih formalno *ne* stoji tijelo predstavničke demokracije? Kako kod takvih programskih najava utvrditi onaj materijalni identitet koji bi prekludirao uvođenje u zakonodavni postupak prije isteka roka od godine dana od uspješne prijetnje referendumskim vetom? Sam Sud napominje da sporna programska mjera nije „bila oblikovana, razrađena, formalizirana i institucionalizirana“ (točka 41.). Što ako referendumska inicijativa donosi još i dodatne, nove momente u svom prijedlogu zakona? Za razliku od referenduma o braku, inicijativa za zabranu *outsourcinga* donosi i *novum*, tj. nije ograničena tek na zabranu promjene postojećeg radno-pravnog modela (za suprotan zaključak Suda, v. točku 40.1. Odluke)⁵⁰. I najzad, zašto Sud nije već u

50 *Novum* postoji u dokidanju *outsourcinga* u pojedinačnim slučajevima na osnovi *cost-benefit* analize. Ipak, što ako je naša interpretacija pogrešna i ZOPND uistinu samo perpetuira postojeće zakonsko rješenje? U odluci u pitanju referenduma o braku, Ustavni sud nije „mogao prihvatiti kao pravilo da bi... *novum* mogao biti u tome što se neko već postojeće zakonsko pravilo pretvara u ustavno“. Zaključujući *a maiore ad minus*, činilo bi se da taj *novum* stoga ne može biti ni „osvježavanje“ uređenja u novom – materijalno identičnom – zakonu. No, citirana načelna zabrana konstitucionalizacije zakonskih rješenja zasniva se na argumentima diobe vlasti, tj. činjenice da podizanje određenog rješenja na ustavnu razinu uklanja mogućnost nadzora Ustavnog suda nad njime (naravno, samo ako ne prihvaćamo doktrinu ustavnog identiteta. O promjeni stava predsjednice Ustavnog suda, koja 2015. priznaje postojanje i ulogu tog identiteta u hrvatskom ustavnom okviru, v. Omejec, J., *Veliki njemački Ustav i nepromjenjiva ustavna načela u praksi Saveznog ustavnog suda*, Znanstveni projekt „Novi hrvatski pravni sustav“, 2015., <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/Jasna_Omejec_-_Veliki_njemaci_ustav_i_nepromjenjiva_ustavna_nacela_u_praksi_Saveznog_ustavnog_suda.pdf>, 27. veljače 2016., 8. travnja 2016., str. 29-30.). Smatramo da ta opasnost nije primjenjiva u ovoj situaciji. Također smatramo da bi se činjenica zakonodavne jednogodišnje prednosti naroda mogla definirati kao onaj *novum* koji

slučaju referenduma o braku utvrdio da su pretpostavke za konstitucionalizaciju zakonskog rješenja prestale postojati (tj. da nisu nikad ni postojale) najkasnije u trenutku kada su ministri tadašnje Vlade zanijekali namjeru da se novelom Obiteljskog zakona odustane od heteronormativne definicije braka?⁵¹

b) „Trajnost“ učinaka referenduma

Ustavni sud navodi da se prijedlogom ZOPND-a „zamrzava“ postojeći radno-pravni model, te „unaprijed (preventivno)“ zabranjuje „svaka eventualna buduća promjena postojećeg zakonskog uređenja“ radi zaštite „parcijalnih interesa“ (točka 40.1.). Ovome možemo uputiti niz prigovora.

Činjenica da se radi o preventivnom referendumu nije relevantna ako Ustavni sud ne želi članak 87. Ustava Republike Hrvatske svesti na djelovanje naroda u svojstvu negativnog zakonodavca. Ni „parcijalnost interesa“ koju nalazi u činjenici da zakon predlažu skupine koje su za njega vitalno zainteresirane nije sama za sebe relevantna. Ako je „parcijalni interes“ poduprijet potpisima više od 10 % birača u državi (pogotovo ako na referendumu ostvari više od polovine glasova građana koji su mu se odazvali), on predstavlja interes nezanimarivog dijela naroda⁵². Sudbina referendumske inicijative isključivo ovisi o njenoj formalnoj ili materijalnoj (ne) ustavnosti. Iako je to možda paradoksalno, načelno sebične odluke mogu služiti na dobrobit čitavoj zajednici. O tome nas je već pred više od dva stoljeća učila ustavna teorija diobe vlasti⁵³.

Ne radi se o zabrani „svake... buduće promjene“. Točno je da u slučaju uspjeha referenduma, „Ne bi postojala ni mogućnost da Vlada... preispituje postojeći radno-pravni model... radi probitaka cjelokupne društvene zajednice i s tog aspekta ocjenjuje potrebu poduzimanja... njegova redefiniranja kroz parlamentarnu

opravdava referendumsku akciju. Prema sadašnjem stanju referenduskog pravnog okvira u Republici Hrvatskoj, ostaje malo alternativa ovakvom „preventivnom“ djelovanju, a koje bi mogle biti temeljene već na programskim najavama Vlade. Kako smo pokazali *supra*, u slučajevima neformaliziranih programskih ideja nije primjenjivo pravilo o osiguravajućem mehanizmu jednogodišnjeg važenja prikupljenih potpisa birača. Na njih je moguće reagirati isključivo aktivno, dovršenjem započetog referenduskog procesa.

- 51 Tijekom prikupljanja potpisa za raspisivanje referenduma o braku, radna skupina Ministarstva uprave je dovršavala prijedlog Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola (NN, br. 92/2014.). Ministar uprave Bauk je u intervjuima ponavljao da se „[ta] zajednica neće zvati brak i da u zakonu neće biti pravo na posvajanje djece“ – „Nema braka ni posvajanja djece, gay parovi sklapat će partnerstvo“, *Večernji list* od 29. lipnja 2013.
- 52 Romantizacija referenduma kao „izražavanja volje naroda“ jednako je pogrešna kao i apoteoza zakonodavnog tijela kao arene promišljene debate. Zakonski prijedlozi izneseni na referendum su – kao i zakoni podneseni Saboru – zamišljeni, uobličeni i promicani kao dio specifične politike pojedinaca ili skupina (Staszewski, G., *Rejecting the Myth of Popular Sovereignty and Applying an Agency Model to Direct Democracy*, *Vanderbilt Law Review*, vol. 56, 2003., str. 420.). Zakon je nedvojbeno produkt kompromisa, ne pobjede razuma nad strašću – to ga i čini objektom ustavnosudskog nadzora.
- 53 „*The constant aim is to [assure that] the private interest of every individual may be a sentinel over the public rights*“ – *The Federalist Papers* br. 51. od 6. veljače 1788., <<http://www.constitution.org/fed/federa51.htm>>, 12. travnja 2016., 12. travnja 2016.

proceduru“ (točka 42.). Načelo zakonodavne prednosti⁵⁴ članka 8. stavka 2. Zakona o referendumu nužna je posljedica obvezujućeg učinka referendumске odluke, i kao takvo čini i dio Kodeksa dobre prakse u provedbi referenduma Venecijanske komisije⁵⁵. Rok od godine dana nije disproportionalno opterećenje za Vladu i Sabor u njihovom kreiranju javnih politika. Izvan dokazima potkrijepljenih slučajeva gdje je radi opasnosti za proračunsku stabilnost i jamstva socijalne države nužna reakcija Sabora (v. *infra*), jednogodišnji moratorij na promjene nije nerazumno dug. Drugim riječima, jednogodišnja „trajnost“ postojećeg radno-pravnog modela ne može – suprotno odluci Ustavnog suda (točka 42.2.) – biti razlogom neustavnosti referendumске inicijative, ukoliko Sud ne želi istodobno kao neustavan *in toto* ukinuti članak 8. stavak 2. Zakona o referendumu⁵⁶.

Automatsko, neselektivno i generalno djelovanje predloženog ZOPND-a jasan je razlog neustavnosti analizirane inicijative je (točke 38. i 42.-42.1. Odluke). Njegove apstraktne (u odnosu na sve, unaprijed neodređene situacije) i generalne zabrane (u odnosu na unaprijed neodređen krug subjekata) predstavljaju neopravdano restriktivnije rješenje od postojećega zakonskog okvira. Bez dodatnog obrazloženja potrebe za ovakvom promjenom postoji opasnost od kršenja načela vladavine prava, tj. nearbitrarnosti, konstitucionaliziranog u članku 3. Ustava Republike Hrvatske. Vjerujemo da Ustavni sud govori o tome kada prijedlog zakona ocjenjuje neustavnim jer može „dovesti do automatskog i neselektivnog ograničenja ili ukidanja mogućnosti promjena“ (točka 38.1.). Ta neselektivnost neopravdano je restriktivnija od postojećega zakonskog uređenja, i ne ovisi „o prirodi djelatnosti ili posla kojima se... tijela odnosno... institucije bave“ (točka 42.). No, to je autonoman razlog neustavnosti, koji ne treba povezivati s načelom zakonodavne prednosti naroda. On se ne odnosi na vremensku dimenziju djelovanja ZOPND-a, već na njegove neposredne i sadašnje konstrukcijske nedostatke.

Argument nužnosti *outsourcinga* za stabilnost proračuna i jamstva socijalne države također je potencijalni razlog neustavnosti inicijative. Bilo bi korisnije da je Sud detaljnije analizirao taj mogući prigovor nego problem „nelegitimnosti“ korištenja zakonom naloženoga jednogodišnjeg moratorija. S obzirom na to da bi proračunska šteta nanosena referendumskim vetom bila jednaka planiranim koristima *outsourcinga*, Ustavni sud je trebao izložiti i ocijeniti parametre na

54 Kostadinov, B., Referendum građanske inicijative, u: Podolnjak, Smerdel (ur.), op. cit., str. 131. i 133.

55 Pravilo II.5.a.i. Rezolucije br. 235 Kongresa lokalnih i regionalnih vlasti Vijeća Europe („Code of Good Practice on Referendums, od 31. svibnja 2007.): „For a certain period of time, a text that has been rejected in a referendum may not be adopted by a procedure without referendum“. Europska komisija za demokraciju putem prava („Venecijanska komisija“) je usvojila Smjernice uključene u ovu Rezoluciju na sjednici 13.-14. listopada 2006.

56 Relativna (jednogodišnja) trajnost na referendumu izglasanog zakona proizlazi iz pozitivnoga referendumskog prava. Radi se o eventualnoj neusklađenosti Zakona o referendumu s Ustavom Republike Hrvatske, ne o inherentnoj nelegitimnosti inicijative. O „apsurdnosti“ diskursa o „trajnosti“ predloženoga referendumskog rješenja, v. Gardašević, Đ., Constitutional Interpretations of Direct Democracy in Croatia, *Iustinianus Primus Law Review*, vol. 7, 12/2015., str. 28.

kojima je zasnovao komentar o „funkcionalnosti proračunskog okvira“ (točka 42.1. Odluke). Lakonski škrt zaključak o doprinosu *outsourcinga* toj „funkcionalnosti“ ne pomaže rasvijetliti metodologiju Suda. Ako problem „trajnosti“ referendumske mjere i njenih učinaka na funkcionalnost proračunskog okvira želi podići na razinu ustavno relevantne činjenice, njegova analiza mora koristiti objektivne i provjerljive dokaze, i jasno odvagivati sukobljene ustavne vrednote – pravo na referendum, i stabilnost proračuna tj. jamstava socijalne države.

c) Proračunske implikacije referenduma

Prema našem mišljenju, Sud pogrešno zaključuje da se Organizacijski odbor ne može pozivati na „navodne štetne posljedice [*outsourcinga*, op.a.]“ jer bi se njegovi „Učinci... mogli... ocjenjivati tek kad bi ta mjera bila oblikovana, razrađena, formalizirana i institucionalizirana“ (što se „nije dogodilo“ – točka 41.). Pitanje nije mogu li birači potkrijepiti inicijativu „zamrzavanja“ postojećeg radno-pravnog modela dokazima o štetnosti njegove promjene. Oni su u pitanjima koja nisu rezervirana za saborsko odlučivanje ili općenito nedodirljiva za promjenu slobodni u korištenju ovlasti po članku 1. Ustava, i ne trebaju dodatnu legitimaciju. Pitanje je radije: Može li država dokazima potkrijepiti potrebu tj. ovlast za zaustavljanjem te inicijative? Na temelju čega je Ustavni sud zaključio da „zabrane predviđene ZOPiND-om... izravno utječ[u] i na funkcionalnost države i proračunskog okvira“ (točka 42.1.)? Treći Newtonov zakon uči da je svaka reakcija po svom intenzitetu jednaka akciji koja ju je izazvala. „Šteta“ izazvana blokiranjem *outsourcinga* mora biti jednaka „koristima“ njegove provedbe - koje nije moguće unaprijed ocjenjivati (točka 41.). Logično, onda nije moguće ni tvrditi da se: a) inicijativa ne može zasnivati na pretpostavljenim štetnim posljedicama *outsourcinga*, jer ih kao dio tek moguće budućnosti koja ovisi o nizu faktora nije moguće kvantificirati (točka 41.), te da bi b) poništavanje pretpostavljenih pozitivnih učinaka istoga tog potencijalnog, neformaliziranog *outsourcinga* ugrozilo proračunsku stabilnost države?

Porezna i proračunska pitanja su zbog svoje kompleksnosti isključena iz popisa referendumske materije u Albaniji, Azerbajdžanu, Danskoj, Estoniji, Grčkoj, Italiji, Mađarskoj, Makedoniji, Malti, Poljskoj, Portugalu i Sloveniji⁵⁷. Tu se ne radi o nekom „strahu od naroda“, već o praktičnim problemima balansiranja suprotstavljenih interesa. Sa stajališta članka 1. Ustava Republike Hrvatske, važno je jasno ograničiti „financijsku“ materiju, tj. restriktivno ju interpretirati⁵⁸ kako ne bi upali u zamku faktičnog ukidanja referendumske demokracije. Većina referenduma

57 Venecijanska komisija, Referendums in Europe – an Analysis of the Legal Rules in European States (Study no. 287/2004 od 2. studenog 2005.), CDL-AD(2005)034, str. 12., te čl. 90. st. 2. al. 2. Ustava Republike Slovenije, Uradni list, br. 33/91-I, 42/1997., 66/2000., 24/2003., 69/2004., 68/2006., 47/2013.

58 Kao, uostalom, i svaku iznimku narodnom suverenitetu, koji može biti ograničen samo koliko je to nužno u okvirima konstitucionalističkog otpora autorizaciji despotizma - Klein, C., Sajó, A., Constitution-making: Process and Substance, u: Sajó, A.; Rosenfeld, M. (ur.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press, 2012., str. 440.

ima neke proračunske implikacije, i makar tangencijalno utječe na „funkcionalnost proračunskog okvira“. U dijelu u kojem bi apsolutno zabranio vanjsko ugovaranje usluga, i ZOPND ima proračunske implikacije. Ako Ustavni sud želi ostati *intra vires*, mora povući provjerljivu granicu između tek marginalnog financijskog utjecaja referendumskih inicijativa, i onog koji svojom veličinom ugrožava održivost proračuna i jamstva socijalne države. Nužno je da pažljivo pristupa ovom problemu, kako u uvjetima dugotrajne ekonomske krize ne bi razvio svojevrstu jurisprudenciju straha, tj. situaciju u kojoj bi izvršna i/ili zakonodavna vlast pukim citiranjem „proračunske održivosti“ blokirale izravno odlučivanje birača⁵⁹. Slovenski primjer tu je vrlo zanimljiv. Ustavna promjena iz 2013. zabranjuje raspisivanje referenduma o „*zakonih o davkih, carinah in drugih obveznih dajatvah ter o zakonu, ki se sprejema za izvrševanje državnega proračuna*“⁶⁰. Prvotno predloženi tekst bio je značajno stroži, i iz referendumske bi odlučivanja isključio i prijedloge zakona o kojima izravno ovisi izvršenje državnog proračuna, kao i zakona koji utječu na druge javne izdatke ili jamstva⁶¹. Stručna skupina ustavnih stručnjaka takvu je početnu formulaciju označila pretjerano restriktivnom, jer se u praksi može pretvoriti u zabranu referenduma o većini zakona⁶². Iako je to mišljenje u konačnici usvojeno, Kristan i konačno rješenje kritizira kao pretjerano⁶³.

U okviru dopuštenih materija, referendum je kao način vršenja narodnog suvereniteta alternativan saborskom ustavotvornom/zakonodavnom postupku. Ustav izrijekom predviđa da „narod neposredno“ odlučuje o uređivanju gospodarskih, pravnih i političkih odnosa u Republici Hrvatskoj (članak 2.). Specifičnost saborskoga postupka je u tome da je predlagatelj u prijedlogu zakona dužan navesti visinu i izvore sredstava za njegovo provođenje (članak 174. Poslovnika Sabora). Zakon o proračunu dodatno navodi da osim tog prikaza *troška* po proračun prijedlozi zakona moraju sadržavati i ocjenu o *dobitku* (u vidu smanjenja rashoda ili povećanja prihoda – članak 15. stavak 1. Zakona⁶⁴) u tekućoj i iduće dvije proračunske godine (*ibid.*). S obzirom na to da se Poslovnik i Zakon odnose isključivo na zakonodavno djelovanje Sabora (članak 5. stavak 3. Zakona), nameće se pitanje uređenja obaveze

59 U drugom kontekstu, v. pojam „*fear-driven jurisprudence*“ u: Krell, M. R., *Fear-Driven Jurisprudence: McCutcheon and Unlimited Campaign Contributions as Mechanisms for Entrenching White Supremacy*, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2545716>, 5. siječnja 2015., 8. travnja 2016.

60 Tj. zabranjuje se raspisivanje referenduma „o zakonima koji se odnose na poreze, carine i druga obavezna davanja, te o zakonu koji se usvaja za izvršenje državnog proračuna“ - čl. 90. st. 2. al. 2. Ustava Republike Slovenije.

61 Podolnjak, R., *Constitutional Reforms of Citizen-Initiated Referendum – Causes of Different Outcomes in Slovenia and Croatia*, *Revus – Revija za ustavno teoriju in filozofiju prava*, vol. 12, 26/2015., str. 145.

62 Loc. cit.

63 Smatra da su ustavni rezervati preširoko definirani, tako da postoji bojazan da u budućnosti neće biti moguće referendumom odlučiti niti o jednom važnijem zakonu. Stoga zaključuje da je slovenski narod izgubio svoj suverenitet – Kristan, I., *Plebiscit 1990 in sprememba Ustave 2013*, *Pravna praksa*, 19. prosinca 2013., str. 16-19.

64 Zakon o proračunu, NN, br. 87/2008., 136/2012., 15/2015.

prikaza financijskog učinka i u analognom, referendumskom procesu. Čini se da se tu kao jedini zahtjev javlja onaj u članku 91. Ustava, koji navodi da (svaki) zakon „čija primjena traži financijska sredstva“ mora predviđati i njihove izvore. Smatramo da je ta formulacija uža od one u članku 15. Zakona o proračunu, i da se odnosi samo na *aktivno* zahtijevanje financiranja, tj. povećanje rashoda državnog proračuna. U tom smislu, održavanje *status quo* na način koji ne smanjuje rashode (ne ostvaruje uštede) nije novi, prethodno nepostojeći „trošak“ po proračun. Ustavni sud ne može ocjenjivati dovodi li *status quo* do slabije prihodovne pozicije nego neka potencijalna i još neformalizirana promjena. Ne možemo zahtijevati da birači kao predlagatelji zakona koji privremeno blokira promjenu moraju predvidjeti alternativne načine ostvarivanja prihoda koje bi ta moguća buduća promjena *navodno* proizvela. Obaveza planiranja kompenzacije *navodnoga* pasivnog financijskog učinka (propusta stvaranja ušteda) na njega bi neopravdano prebacila teret konstrukcije ekonomske politike⁶⁵.

Financijske posljedice referendumskog veta *moгу* biti razlog njegove neustavnosti u slučaju **disproporcionalnosti**, kada se pokaže da blokirana regulatorna mjera štiti ugroženo ustavno dobro **kojem treba dati prioritet** nad zaštitom prava na neposrednu demokraciju. Nedopušteno je zaustaviti referendumsku inicijativu koja ne prelazi taj prag. Promatrajući komparativnu praksu, ovdje nam je posebno vrijedna odluka slovenskog Ustavnog suda iz ožujka 2011.⁶⁶, o referendumu kojim bi se spriječila primjena *Zakona o pokojninskom in invalidskom zavarovanju* (Zakona o mirovinskom osiguranju i osiguranju od nastanka invaliditeta) od 23. prosinca 2010. Sud je smatrao da ne može ocijeniti njegove protuustavne posljedice (članci 21.-22. Zakona o referendumu) na osnovi tek potencijalno ostvarivih demografskih i ekonomskih projekcija i kriterija na kojima Vlada i Državni zbor oblikuju socijalno-ekonomsku politiku. Ti su elementi u domeni diskrecijske ocjene zakonodavca, pa su i birači ovlaštteni preuzeti tu odgovornost na sebe putem referenduma. Takve mjere nisu mjerljive s ustavnopravnoga gledišta, i Ustavni sud „ne smije“ ocjenjivati njihovu razumnost. Ocjena ustavnosti nije ocjena „primjerenosti, korisnosti, nužnosti ili drugačije prikladnosti“ zakonskog uređenja (točka 19. Odluke). Kada se zaustavljaju mjere koje bi navodno doprinosile prihodovnoj strani proračuna, zaključak o njihovoj protuustavnosti ne može se temeljiti ni na navodima da bi se

65 Ipak, Sud u odluci o monetizaciji autocesta citira članak 91. Ustava u kontekstu te referendumske inicijative, koja je išla za *zaustavljanjem* procesa dodjele koncesija za javne usluge upravljanja izgrađenim autocestama i njihovog održavanja. Navodi Ustavnog suda odnose se na nepotpuno obrazloženje inicijative, te se ne citiraju u analizi njene materijalne protuustavnosti – v. toč.29.-29.2. Odluke. Svakako se slažemo da članak 91. Ustava traži da čak i inicijativa koja za svoju provedbu ne traži aktivno proračunsko financiranje mora svejedno tu ocjenu uvrstiti u svoje obrazloženje.

66 Odluka broj U-II-1/11-46 od 10. ožujka 2011. S obzirom na specifičnosti slovenskoga referendumske zakonodavstva, koji zakonodavni referendum poznaje samo u abrogativnoj inačici (članak 9. Zakona o referendumu in o ljudski iniciativi (Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi), Uradni list, br. 26/2007. od 23. ožujka 2007. (pročišćeni tekst)), praksu Ustavnog suda Republike Slovenije po tom pitanju navodimo *mutatis mutandis*.

država radi povećanih izdataka u budućnosti morala još više zadužiti, čak ni ako bi to dovelo do kršenja obaveza ispunjenja konvergencijskih kriterija ili nemogućnosti provedbe drugih zakona (točka 33.).

Ovi su navodi dodatno razrađeni 2012. godine, kada je Sud „u određenoj mjeri“ promijenio praksu (točka 26. Odluke) i blokirao referendum koji bi stavili veto na *Zakon o Slovenskom državnom holdingu* (Zakon o Slovenskom državnom holdingu) i *Zakon o ukrepah Republike Slovenije za krepitev stabilnosti bank* (Zakon o mjerama Republike Slovenije za jačanje stabilnosti banaka - odluke U-II-1/12 i U-II-2/12 od 18. prosinca 2012.)⁶⁷. Za razliku od referenduma godinu dana prije, inicijative iz 2012. nisu bile usmjerene protiv zakona kojima se uklanjala nedvojbena protuustavnost prethodno utvrđena odlukom Ustavnog suda (točka 24. odluke U-II-1/12). Druga važna *differentia specifica* leži u činjenici da se ne radi o hipotetskoj ugroženosti koja bi nastupila u nedefiniranoj budućnosti, već o (tvrđi se) realnoj i neposrednoj opasnosti narušavanja stabilnosti socijalne države (točka 45.). Koraci ustavnosudske ocjene identifikacija su sukobljenih ustavnih vrednota (prava na referendum i učinkovitog funkcioniranja države i njezinih ključnih funkcija), te njihovo **odvagivanje**, tj. utvrđenje je li potrebno hitno zaštititi ustavno dobro suprotstavljeno pravu na referendum i dati mu **prioritet** u tom konkretnom slučaju (točka 31.). Ocjena Ustavnog suda je da opstanak referendumom ugroženih zakona uživa takav prioritet s obzirom na to da zaštita učinkovitog funkcioniranja bankarskog sektora čini srž ekonomske politike koja štiti pravo na slobodnu ekonomsku inicijativu. Ona, pak, omogućava stabilan i učinkoviti razvoj ekonomskog sustava koji osigurava dovoljna financijska sredstva za učinkovito funkcioniranje države i njenih temeljnih funkcija (točke 42.-43.). Naravno, lanac koji ide „u treće koljeno“ kauzaliteta omogućava Ustavnom sudu da gotovo svaki zakon poveže s funkcioniranjem temeljnih funkcija države i otvara širok prostor ustavnosudskoj diskreciji. Ne možemo se složiti ni s blagošću zahtjeva koje Ustavni sud postavlja u dokazivanju realne i neposredne opasnosti. Utvrđuje da nema razloga koji bi doveli u sumnju procjenu slovenskoga zakonodavca (točka 54.), pa da stoga poklanja vjeru njegovim navodima (*sic!*). Nije na Sudu da ocjenjuje donose li referendumom osporavani zakoni mjere koje su pravi odgovor na stanje u državi. Ocjena primjerenosti zakonskog rješenja ne može utjecati na zaključak o postojanju njegovih eventualnih protuustavnih posljedica (točka 56.). Utvrđenje da je određena mjera nužna za zaštitu ustavne vrednote koja se suprotstavlja pravu na referendum prejudicijelno je pitanje u ustavnosudskoj aktivnosti odvagivanja. Ono se ne odvija u vakuumu apstraktne ocjene relativne važnosti jednog ustavnog dobra u odnosu na drugo. Sva su ona koordinirana u načelnom smislu. Odvagivanje, traži

67 Za kritiku odluke, vidi Bučar, F., *Prepoved referenduma – za kaj v resnici gre*, Pravna praksa, 10. siječnja 2013. Ustavni sud smatra da je tu došlo do pojašnjenja, a ne promjene prakse, iako Ribičić navodi da je „bilo opravdano upozoriti Ustavni sud da se ta odluka kao noć od dana razlikuje od godinu dana starije odluke, kojom je Ustavni sud dozvolio referendum o mirovinskoj reformi“ - Ribičić, C., *Ustavnopravne granice referendumskog odlučivanja*, u: Podolnjak, Smerdel (ur.), op. cit., str. 63.

njihov *praktični* sklad, u konkretnim okolnostima pojedinačnog slučaja, s obzirom na konkretnu mjeru zaštite ustavnog dobra čija se prevaga traži. Tu zakonodavac nema pravo na marginu diskrecije, jer kada jedno ustavno dobro mora ustuknuti radi drugog, primjenjivi kriterij nije onaj oportunisti nego nužnosti. Ne možemo se složiti sa zaključkom da regulatorna mjera ne mora prethodno ni biti ocijenjena ustavnom, tj. da će se njena ustavnost ocjenjivati nakon što se radi njene nesmetane provedbe zabaci Ustavom zajamčeno pravo na referendum (*sic!*; točka 57.).

d) *Stroži kriteriji nadzora ustavnosti*

Ustavni sud Republike Hrvatske je 2015. u predmetima o *outsourcingu* i monetizaciji autocesta usvojio još jedno problematično tumačenje, vezano uz standard nadzora ustavnosti narodnih referendumskih inicijativa. Temeljem netočnog čitanja Ustava i Ustavnog zakona o Ustavnom sudu, smatra da nadzor ustavnosti referendumskog prijedloga zakona mora zadovoljiti **stroži kriterij ustavnosti** nego što bi to morao identičan saborski tekst. Teško je opravdati zaključak da su nadzorne nadležnosti Ustavnog suda „bitno različite“ ovisno o identitetu donositelja zakonske norme. Niže izlažemo razloge iz kojih smatramo da asimetričnost kriterija ocjene ustavnosti zakona nije prihvatljiva ni temeljem gramatičke interpretacije ustavnih dokumenata, ni temeljem ocjene svrhe nadzora ustavnosti propisa. Prema Sudu, tekst ustavnih dokumenata nalaže da kriterij ocjene ustavnosti zakona ovisi o tome koje „zakonodavno tijelo“ ih donosi – Sabor ili birači⁶⁸. Uspoređuje članak 129. Ustava, koji navodi da Ustavni sud odlučuje o „suglasnosti zakona s Ustavom“, sa člankom 95. UZUS-a, koji traži da Ustavni sud utvrdi je li sadržaj referendumskog pitanja „u skladu s Ustavom“. Taj drugi zahtjev tumači kao „posebno... strog pravni imperativ“, tj. da referendumski prijedlog mora posjedovati „najviši stupanj“ materijalne podudarnosti s Ustavom (točka 13.2. Odluke). Zaključuje da je to „stroži oblik ustavnog nadzora“ od onog primjenjivog po članku 129. Ustava. Ponavljamo, „nije dovoljna ocjena... da su ti [zakoni]... u suglasnosti s Ustavom... Za njih se traži da budu u skladu s Ustavom“ (*ibid.*).

S ovime nismo suglasni. Prije bilo kakve sustavne analize citiranih ustavnih dokumenata, mišljenja smo da već i gramatička interpretacija upućuje na materijalnu identičnost dva zahtjeva. „Suglasnost“ dva dokumenta i njihov „sklad“ ne mogu biti nego istoznačnice, čija bi se razlika eventualno mogla tumačiti kao nomotehnički lapsus. Taj zaključak podržava i analiza ostatka Ustava te UZUS-a. Ako usporedimo članak 129. i članak 131. stavak 3. Ustava, vidimo da dok prvi traži „suglasnost“

68 „Demokracija, naročito referendumski, dodjeljuje biračkom tijelu kvalitetu državnog tijela“ – Kostadinov, B., op. cit., str. 119. Uloga naroda kao neposrednog zakonodavca je podložna raznim tumačenjima, no na ovom mjestu dostatno je napomenuti da je u tom svojstvu posve podređen zahtjevima Ustava (kao i sam Sabor). Nadalje, u svojoj ustavotvornoj djelatnosti podređen je zahtjevima poštovanja ustavnog identiteta Republike Hrvatske. U situaciji u kojoj bi sebi podario *posve novi* Ustav, ograničen je suprakonstitucionalnim vječnim načelima te međunarodnim pravom. O vrijednostima koje predstavljaju nadnacionalnu srž demokratske ustavnosti, vidi Horvat Vuković, A., „U ime Ustava“ – materijalne granice promjene Ustava, Zagreb, ZPFZ, vol. 65, 3-4/2015., str. 497-499.

zakona s Ustavom, drugi kao razlog utvrđenja neustavnosti zakona navodi da zakon nije „u skladu s Ustavom“. Nadležnost Suda temeljem članka 131. stavka 3. Ustava dalje je implementirana u članku 56. UZUS-a, koji i u svom članku 36. govori o „skladu“ zakona s Ustavom kao preduvjetu njegove ustavnosti. U svim ovim spomenima „zakona“ nema ni traga njihovoj diferencijaciji po podrijetlu, tj. načinu usvajanja. „Sklad“ i „suglasnost“ nedvojbeno su istoznačnice, i to ne samo na razini Ustava već i s njim po pravnoj snazi izjednačenog UZUS-a. Dakle, povećana strogost nadzora ustavnosti referendumskog pitanja svakako ne nalazi oslonac na razini ove simplističke (gramatičke) metode ustavne hermeneutike.

Može li ocjena svrhe ustavnosudske nadležnosti „negativnog zakonodavca“ opravdati ovakav asimetričan nadzor? Koje su to specifičnosti referendumskog postupka koje bi ga zahtijevale? Navodi se da prijedlozi zakona temeljem članka 87. Ustava „nisu podvrgnuti... mehanizmima usuglašavanja i kontrole“ kao prijedlozi usvajani u Saboru. Tekstovi redovnog zakonodavnog tijela su, pak, „pripremani... pisani... provjeravani... korigirani...[i] raspravljeni u demokratskoj proceduri“ (točka 13.2. Odluke). Saborsku proceduru „obilježava neprekidni proces usuglašavanja i korigiranja teksta nacrtu zakona, koji uključuje radnu skupinu eksperata... smjernice resornog ministarstva, međuresorne razmjene stajališta... rasprave na Vladinim tijelima, provjeru Ureda za zakonodavstvo, javnu raspravu i rasprave na... odborima Hrvatskog sabora te višestranačku parlamentarnu debatu“ (*ibid.*). Ti su navodi vjerne replike preokupacija američkih ustavnih proceduralista, čija teorijska konstrukcija nadležnosti sudova za ocjenu ustavnosti zakona uključuje i zaključak o strožem nadzoru ustavnosti referendumskih inicijativa. Iako se odvija u okvirima drugoga pravnog sustava i koristi i argumente koji u hrvatskom kontekstu nisu primjenjivi⁶⁹, ta procesno-orijentirana teorija nadzora ustavnosti svojom razrađenošću rasvjetljuje rezoniranje našeg Ustavnog suda. To je osobito korisno u situaciji kad njegova Odluka *ničim* ne objašnjava pravno-teorijsku podlogu svojih zaključaka izvan dviju rečenica u kojima se izlažu faktične razlike saborskog i

69 Zanimarujemo argumente anegdotalnog tipa, koji dovode do općenitih zaključaka temeljem (kalifornijskog) ekstremnog iskustva s upotrebom referenduma narodne inicijative (Eule, J. N., *Judicial Review of Direct Democracy*, *Yale Law Journal*, vol. 99, 7/1990., str. 1508-1509.). Također zanemarujemo problem dokazivanja neizravne diskriminacije, koja po sadašnjem stanju američke jurisprudencije postaje relevantna tj. zabranjena tek po dokazivanju da je asimetrično nepovoljni učinak nominalno neutralne norme bio i cilj njezina usvajanja (tj. da je usvojena „zbog“, ne samo „unatoč“ tom cilju (v. *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 237 (1976)) – *ibid.*, str. 1561. i 1568., te Bell, D. A., *The Referendum: Democracy's Barrier to Racial Equality*, *Washington Law Review*, vol. 54, 1/1978.-1979., str. 23-24. Dokazivanje „izravne namjere“ višemilijunskog biračkog tijela jest nemoguće (o tome v. Schacter, J., *The Pursuit of Popular Intent: Interpretive Dilemmas in Direct Democracy*, *Yale Law Journal*, vol. 105, 107/1995.-1996., str. 124-125.), no to nije inherentni problem referendumskog procesa, već odbijanja sudova da drže zakonodavna tijela odgovornima za neizravno diskriminatorno zakonodavstvo. Opravdati stroži nadzor ustavnosti referendumskih inicijativa propustom saveznog sudstva da dosljedno primijeni zahtjeve ustavnih antidiskriminacijskih jamstava na svo zakonodavstvo predstavlja nepravilno i miopično rješenje.

referenduskog postupka⁷⁰.

Koje su ustavno relevantne razlike parlamentarnog i referenduskog procesa koje traže stroži nadzor ustavnosti tekstova koje narod izravno usvaja? Procesno-orijentirana teorija nadzora ustavnosti zakona kontekstualizira ulogu ustavnog sudišta na poseban način: Ona pretpostavlja da ustavnosudsku nadležnost „okidaju“ nedostaci *procesa* normativne djelatnosti⁷¹. Ukoliko zakonodavni postupak zadovoljava standarde demokratičnosti, uključenja zainteresirane javnosti⁷² i informirane rasprave, njegov se rezultat (oborivo) predmnijeva ustavnim. Referenduski proces ih dostatno ne zadovoljava, pa presumpcija ustavnosti referenduskih tekstova treba biti slabija i oni moraju biti strože ocjenjivani⁷³. Čini nam se da shvaćanje cilja kao funkcije sredstva (umjesto kao vrijednosti *per se*) nije usklađeno s idejom Ustava kao vrijednosno-orijentiranog dokumenta, koji

70 Tushnet smatra da su *infra* prikazana proceduralistička razmatranja jedina moguća osnova za tvrdnju o primjenjivosti asimetričnog standarda ustavnosti: „[on ima] smisla samo ako zasnivamo opravdanje nadzora ustavnosti zakona na proceduralističkim razmatranjima. Glavna uloga različitih standarda je implementirati proceduralna razmatranja koja su ukorijenjena u materijalnom odredbama“ – Tushnet, M., Fear of Voting, Differential Standards of Judicial Review of Direct Legislation, NYU Annual Survey of American Law, 1996., str. 377. On navodi i da je druga svrha asimetričnih standarda nadzora ustavnosti da usmjeri kreiranje javnih politika u preferirani – predstavnički – forum (*ibid.*, str. 378.). Utoliko koliko je izravna demokracija temeljem izričite odredbe članka 1. Ustava Republike Hrvatske (izvan ustavnih rezervata) alternativna i koordinirana predstavničkoj, ova bi svrha u najmanju ruku išla *praeter constitutionem*.

71 Proceduralisti se fokusiraju na institucionalni sukob reprezentiran u ovlasti sudova na nadzor ustavnosti zakona. Polaze od pretpostavke da se prikladna razina sudbenog nadzora (poštovanje procjene zakonodavca, ili njeno preispitivanje temeljem srožih standarda) može neutralno identificirati kroz procjenu - *nevezanu za sadržaj zakona* – institucionalnih nadležnosti i odgovarajućih strukturalnih ograničenja sudova i zakonodavnog tijela. Općenito rečeno, koncentriraju se na razvijanje ustavnih teorija orijentiranih na međusobnu vezu sudstva i zakonodavne vlasti, a ne na sadržaj (pravičnih) zakona. Prirodno slijedi da različite karakteristike *procesa* usvajanja zakona „okidaju“ više ili manje intervencionistički nadzor ustavnosti, *bez obzira na njihov sadržaj* – Crenshaw, K., Peller, G., The Contradictions of Mainstream Constitutional Theory, UCLA Law Review, vol. 45, 1997.-1998., str. 1688-1689. Zakonodavni proces mora odražavati središnje demokratske vrednote. Ako je osnova za poštovanje procjene zakonodavca (i pripadajuću presumpciju ustavnosti) njegov demokratski karakter, takvo je povjerenje neprikladno kada zakonodavno tijelo samo dovodi svoj demokratski karakter u pitanje (ograničavanjem „onih političkih procesa od kojih se može očekivati da će dovesti do zaustavljanja nepoželjnih zakona“, npr. slobode govora ili biračkog prava - v. slavnu „Footnote Four“, tj. bilješku br. 4. predmeta *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938)), ili kada donosi zakone vezane uz interese skupina za čije razmatranje je majoritarna demokracija slabo osposobljena (jer predrasude prema manjinama mogu ugroziti djelovanje onih političkih procesa na koje bi se inače mogli osloniti za njihovu zaštitu) – *ibid.*, str. 1696.

72 Eule, J. N., op. cit., str. 1555-1556.

73 Eule to naziva novim paragrafom „bilješke br. 4.“, tj. četvrtom situacijom „opuštanja“ presumpcije ustavnosti zakona – *ibid.*, str. 1559. (osim dvije situacije navedene u bilj. br. 73. ovoga rada, ta „bilješka br. 4.“ kao treću situaciju u kojoj se mora odustati od presumpcije ustavnosti i primijeniti strogi nadzor navodi zakone koji krše izričite ustavne zabrane).

teži za ostvarenjem „sveobuhvatnih načela i temeljnih odluka“⁷⁴. Jamstva kvalitete zakonodavnog procesa ne predstavljaju totalitet Ustava, koji je po svojoj prirodi objektivni poredak vrijednosti⁷⁵ pod zaštitom Ustavnog suda⁷⁶. Proces nije jamac rezultata, sve da je i poštovan do zadnjeg ustavnog zareza, jer demokratičnost odluke sama po sebi ne znači da ona prelazi ustavni prag prihvatljivosti. Za to je potrebna materijalna koordiniranost norme s ustavnom moralnošću⁷⁷.

Eule kao najutjecajniji zagovornik procesnog pristupa tvrdi da parlamentarna procedura sadrži niz „filtara“ dizajniranih da uklone majoritarna „zastranjenja“. Sudovi su tek jedna u nizu „kočnica i ravnoteža“ većinskih preferencija, i kao sigurnosna mreža hvataju „ona zrna tiranskog majoritarizma koja se provuku kada ustavni sustav filtriranja zakaže“⁷⁸. Kako su kod referendumskog procesa ti filtri uklonjeni, sudovi moraju igrati veću ulogu, jer su „*sami* u stražarenju protiv zala koja prate privremene, ostrašćene većine za čijim rasipanjem Ustav ide“ (*ibid.*). Za Eulea, filtar predstavnštva, tj. posredne demokracije⁷⁹ jamči raspravu, suradnju i mogućnost postizanja kompromisa⁸⁰. Ostavlja vremena za promišljanje, izlaže sukobljenim mišljenjima i nudi prigode za izmjenu osobnih preferencija zastupnika.

74 Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj U-I-3597/2010, U-I-3847/2010, U-I-692/2011, U-I-898/2011, U-I-994/2011 od 29. srpnja 2011., točka 30.1.

75 BVerfGE 7, 198 od 15. siječnja 1958. (predmet „*Lüth*“), toč. B.II. par. 6.

76 Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj U-I-3597/2010, točka 30.1., te potom U-VII-5293/2011 od 12. studenog 2011., točka 4.

77 Uostalom, sudovi u konstrukciji značenja pojmova „demokracija“, „sloboda“ i „jednakost“ moraju zasnivati identifikaciju „strukture“ Ustava i njegovih procesnih jamstava na nizu supstantivnih vrednota – Lenaerts, K., *The European Court of Justice and Process-oriented Review*, College of Europe, Research Papers in Law 01/2012, str. 2. Također, moguće je da i „defektan“ proces dovede do (iz gledišta ustavnih jamstava) prihvatljivog/ispravnog rezultata. Zamjerke „praznom formalizmu“ procesno-orijentirane teorije sudbenog nadzora ustavnosti dolaze i od ikone kritične rasne teorije Kimberlé Crenshaw, koja u njima nalazi analitičku pogrešku primjene formalnog rješenja na *supstantivno* pitanje kako identificirati *locus* društvene moći. Crenshaw smatra da se proceduralisti umjesto na konstrukciju dijaloga o demokratskom „osnaženju“ i slobodi radije orijentiraju na „legitimizirajuću apologiju“ načina na koji je naš društveni život već (tek navodno demokratski) organiziran – Crenshaw, K., Peller, G., op. cit., str. 1685.

78 Eule, J. N., op. cit., str. 1525.

79 *Ibid.*, str. 1526. Drugi Euleov filtar u hrvatskom kontekstu ne postoji, jer se odnosi na neprimjenjive argumente vertikalne (federalizam kao brana eksczesima većine u odlučivanju), tj. horizontalne diobe vlasti (ovlast Predsjednika na ulaganje veta, te bikameralizam Kongresa) – str. 1527-1528. i 1557.

80 Charlow navodi da kontinuitet zakonodavne djelatnosti potiče postizanje kompromisa, jer su zastupnici svjesni potrebe za održavanjem korektnih odnosa koji dugoročno omogućavaju međusobne dogovore – Charlow, R., *Judicial Review, Equal Protection and the Problem With Plebiscites*, Cornell Law Review, vol. 79, 1994., str. 536. Nismo sigurni da su takve „neprincipijelne koalicije“ ideal kompromisa i umjerenosti o kojem proceduralisti govore. Radije, to upravo podržava argumente da je i predstavničko tijelo podložno donošenju odluka na poticaj interesnih grupacija i njihovih lobista, zanemarujući javno dobro – Holman, C., Stern, R., *Judicial Review of Ballot Initiatives: The Changing Role of State and Federal Courts*, Loyola L.A. Law Review, vol. 31, 1998., str. 1243.

Birači na referendumu su, pak, pretjerano podložni zaraznim strastima i obmanama rječitih i ambicioznih vođa.

U izvanknjižnom svijetu, s rečenim se nije lako složiti. U redovnom funkcioniranju suvremenog parlamentarizma poremećene ravnoteže u korist izvršne vlasti, postupak pripreme zakona nalazi se pod gotovo isključivom kontrolom Vlade, kao prevladavajućeg nositelja zakonodavne inicijative. Željezni zakon stranačke discipline u toj je fazi manje-nego-prijemčiv za nezavisni doprinos pravnih eksperata, izvan njihovoga stručnog angažmana u oblikovanju politički usuglašenih odluka. Unatoč naporima na povećanju transparentnosti procesa donošenja propisa, javna rasprava je dvojbeno kvalitetna, a upitan je i njezin utjecaj po konačni izgled prijedloga zakona⁸¹. „Višestranačka parlamentarna debata“ često je, na žalost, predmet zgražanja u široj javnosti, koja zabrinuto i bez razumijevanja promatra prazne saborske klupe⁸², šačicu uključenih u „debatu“ i izostanak kvoruma⁸³. Kodeks etičkog ponašanja kojim bi se uvele novčane kazne za zastupnike koji neopravdano izostaju sa sjednica još uvijek nije usvojen, iako je proces njegovoga usuglašavanja započeo još u prosincu 2014.⁸⁴ *Horribile* (ali ne i netočno) *dictu*, zakon može biti

-
- 81 Smerdel navodi: „Javna rasprava bi zahtijevala da se javnosti stave na uvid prijedlozi koji iz javnosti dolaze. Danas bi tehnologija omogućila i interakciju na Internetu. Građaninu [samom Smerdelu, op.a.] koji je od Službe za informiranje Hrvatskog sabora, pozivajući se na Zakon o slobodi informiranja, zahtijevao da mu se dostave prispjele primjedbe, šefica službe odgovorila je da je njegov zahtjev upućen Odboru za Ustav ‘na nadležni postupak’. Dakle, osoba nije instruirana o tome što je Zakon o slobodi informiranja, a slabo barata i hrvatskim jezikom. Nakon pet dana, kad je taj postupak završen, građaninu se e-mailom javio službenik Odbora, koji ga je uputio da su tražene informacije sada na Internetu, premda ih tamo nije bilo. Tamo se nalaze samo zapisnici koji su sadržajno skromniji od onih pisanih 1990. godine, kada se donosio Ustav. Premda bi mogli biti i fonogrami, a bogme i videofilmovi“ – iz intervjua prof. dr. sc. Branka Smerdela Večernjem listu od 21. prosinca 2013.
- 82 Primjerice vijest od 13. lipnja 2015. godine: „Građanska inicijativa ‘Pomozimo djeci sa invaliditetom’ ocijenila je neprihvatljivim i poražavajućim što 90% saborskih zastupnika... nije nazočilo saborskoj raspravi o Izvješću pravobraniteljice za osobe sa invaliditetom“ – „Pogledajte praznu sabornicu na raspravi o djeci sa invaliditetom“, *Tportal* od 13. lipnja 2015. Nisu rijetke vijesti poput „Skandalozno prazna sabornica prvog tjedna zasjedanja nakon... rekordnih dvomjesečnih ljetnih praznika. Bez kvoruma i bez glasovanja“ - Bez kvoruma i bez glasovanja prvog radnog tjedna nakon ljetne stanke, *RTL vijesti.hr* od 19. rujna 2014. Za humorističan moment pobrinula se moderna tehnologija: „Pitanje je samo tko će ih [zastupnike] definirati: mnogi zastupnici su u novom sustavu elektronskog glasovanja, koji još nije upotrijebljen jer kvoruma za glasovanje nije bilo – već našli rupu. Karticama su prijavili da su u sabornici, no gdje su zaista... daleko je od očiju javnosti“ (*ibid.*).
- 83 Nastavno na naš upit o službenim evidencijama neuspjelog ostvarivanja kvoruma na plenarnim sjednicama Sabora te njegovih odbora za Ustav i Zakonodavstvo, Službenik za informiranje Hrvatskoga sabora navodi da takvi podaci ne postoje.
- 84 „Hrvatski sabor želi donijeti Etički kodeks ponašanja zastupnika“, *Večernji list* od 11. prosinca 2014. Do daljnjega ćemo, stoga, slušati izvjele slične besmrtnoj misli bivšeg saborskog zastupnika Željka Keruma, koji je naveo da je „Meni... danas odgovaralo doći pa sam došao. Dolaziti ću kad ja odlučim“ („Nećete vjerovati tko se danas pojavio u Saboru – odgovaralo mu pa je došao“, *Direktno.hr* od 10. srpnja 2015.), u nastavku originalnog odnosa prema dužnosti zastupnika naroda Republike Hrvatske, započetog dvosatnim kašnjenjem na polaganje saborske prisege („Kerum zakasnio na saborsku prisegu jer je do zore kockao u kasinu“, *Slobodna Dalmacija* od 23. prosinca 2011.).

„usvojen od strane članova čiji su umovi potpuno zatvoreni za razumnu raspravu“⁸⁵. Pa ipak, sama ta potencija nije dovoljna da označimo proces inherentno suspektim.

Navodi se i da zakonodavno tijelo ima „superiorne sposobnosti“ prikupljanja i analize informacija, te da organizatori referenduma nemaju ni osoblje, ni sredstva, vrijeme ili razumijevanje potrebno da se natječu sa zakonodavcem⁸⁶. To može biti točno. No, iz toga i dalje ne slijedi da je Ustavni sud ovlašten podvrgnuti referendumski prijedlog strožoj ocjeni ustavnosti negoli bi to učinio u ocjeni materijalno identičnog saborskog zakona. Manjkavosti stručne pripreme referenduskog zakonskog prijedloga će se ili prelići u manjkavosti u njegovom sadržaju – te će on biti zaustavljen primjenom *standardnog nadzora ustavnosti* ili nisu uopće dovoljne da aktiviraju srp ustavnog kosca. Tako američki savezni Vrhovni sud ne prihvaća konstrukciju strožeg nadzora referenduma, i u suglasnosti je s nizom teoretičara kao što su Tribe⁸⁷, Tushnet, Baker, Sirico⁸⁸ i drugi, koji tvrde da standard nadzora ustavnosti zakona ne može ovisiti o činjenici da je usvojen u zakonodavnom tijelu ili odlukom birača: „Zakon ili oduzima vlasništvo bez pravične naknade, ili ne... odgovor ne ovisi o tome *kako* je usvojen“⁸⁹. *Chief Justice Burger* 1981. navodi: „irelevantno je jesu li [zakon] usvojili birači ili zakonodavno tijelo, jer birači u usvajanju referendumske inicijative ne mogu ništa više prekršiti Ustav... nego što to može zakonodavno tijelo u izglasavanju zakona“⁹⁰. Ne treba ništa više dodati nepobitnoj logici Lynn Baker kada navodi da: „*jedini* logičan rezultat ‘bolje zaštitite’... koju navodno pružaju različiti filtri utjelovljeni u predstavničkom zakonodavnom postupku je *manja vjerojatnost* da će [se usvojiti]... neustavno zakonodavstvo“. To jest, jedino razumno očekivanje je ono manjeg postotka uspješno osporenih saborskih zakona u odnosu na tekstove usvojene putem referenduma.⁹¹

85 Linde, H., *Due Process of Lawmaking*, Nebraska Law Review, vol. 55, 1976., str. 226.

86 Eule, J. N., op. cit., str. 1538., i Pak, M., *The Counter-Majoritarian Difficulty in Focus: Judicial Review of Initiatives*, Columbia Journal of Law and Social Problems, vol. 32, 1998.-1999., str. 253.

87 Choper, J., Kamisar, Y., Tribe, L., *The Supreme Court: Trends and Developments (1981-1982)*, National Practice Institute, 1983., str. 242-243. Za oštru kritiku ideja procesno-orijentirane teorije, v. Tribe, L., *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, Yale Law Journal, vol. 89, 1980.

88 „Izazov je pronaći test koji strogo nadzire širi niz zakonskih propisa. Ako sudstvo može formulirati bolji test koji bi štitio ugrožene skupine i temeljne vrednote, onda bi ga morao primijeniti na sve zakone, neovisno o njihovom izvoru. Cilj nije razviti stroži standard [samo] za referendumske prijedloge“ – Sirico, L. J., *The Constitutionality of the Initiative and Referendum*, Iowa Law Review, vol. 65, 1979.-1980., str. 649.

89 Tushnet, M., op. cit., str. 377.

90 *Citizens Against Rent Control / Coalition for Fair Housing v. City of Berkeley*, 454 U.S. 290, 295 (1981). V. i Sirico, L. J., op. cit., str. 642. I sudovi američkih saveznih država „općenito“ produkte referendumske aktivnosti tretiraju kao i one predstavničkih tijela – *Judicial approaches to direct democracy* (Note), Harvard Law Review, vol. 118, 2004.-2005., str. 2751.

91 Baker, L. A., *Direct Democracy and Discrimination: A Public Choice Perspective*, Chicago-Kent Law Review, vol. 67, 1991., str. 757-758. Stoga, treba ili *simetrično* ojačati supstantivni

4. ZAKLJUČAK

Koja su, dakle, načela na kojima bi Ustavni sud Republike Hrvatske trebao temeljiti svoju praksu u pitanjima narodno-iniciranih referenduma?

Svakako bi trebao odustati od nepopravljivosti propusta organizatora referenduma da podnošenje potpisa birača predsjedniku Sabora popratiti detaljnim obrazloženjem razloga koji su ga doveli do inicijative. Taj procesni aspekt referenduskog procesa pripada području zakonodavne diskrecije, i taj ustavnosudski zahvat predstavlja djelovanje *ultra vires* koje ide za propitivanjem svrsishodnosti zakonodavnih odabira (uključujući percipiranih propusta). Potrebne obavijesti i podaci su Ustavnom sudu te Saboru dostupni na zahtjev. Nadalje, Sud ne bi smio vezati sudbinu referenduskim inicijativa za (ne)opstojnost programskih mjera/najava Vlade, neuobličeni u konkretni zakonski prijedlog. Ne može se inzistirati na njihovoj nerazdruživosti s obzirom na to da je nemoguće utvrditi moment odustajanja od, ili reaktivacije, formalno *neutvrđenih* mjera iza kojih *ne* stoji tijelo predstavničke demokracije. Kod programskih najava nemoguće je utvrditi supstancijalni identitet koji bi prekludirao njihovo uvođenje u zakonodavni postupak prije isteka roka od godine dana od uspješne prijetnje referenduskim vetom.

Ribičićev je trezveni stav da je nužno ograničiti mogućnosti raspisivanja referenduma jer „je bolje usvojiti donekle sužene mogućnosti nego da se produžava stanje, u kojem su te mogućnosti ustavnopravno posve otvorene, ali se u praksi ograničavaju na različite načine, na primjer... čestim odlukama Ustavnog suda o zabrani raspisivanja referenduma“⁹². U ekstenzivnoj interpretaciji „financijske“ referendumske materije, gotovo svaki referendum može imati proračunske implikacije i temeljem toga biti zabranjen. Granicu treba povući na pitanju poreza te usvajanja i rebalansa proračuna, ne i kod sistemskih zakona kao što su oni o reformi mirovinskog i zdravstvenog sustava ili o radno-pravnom režimu poslova u javnoj upravi. Zaštitu fiskalne održivosti može pružiti Ustavni sud prekluzijom odluka koje razinom upliva u fiskalnu stabilnost krše jamstva članka 3. (nearbitrarnost) i 16. (proporcionalnost) Ustava. Vlada i Sabor također vrše amortizacijsku ulogu svojom ovlašću kreiranja proračuna i njegova rebalansa.

Ustavni sud ne može bez primjene „*balancing*“ testa preuzeti proračunsku ulogu ocjene posljedica referenduma po sustav javnih financija. Takvo odvagivanje nikako ne smije biti zamijenjeno apriornim prihvaćanjem Vladinih tvrdnji da referendumski veto na promjenu nekog sistemskog zakona ugrožava funkcioniranje proračuna. Neposredno očitovanje volje naroda ne smije se ograničavati iz straha ili nepredvidivosti budućih posljedica, osobito kad se radi o dubokom ideološkom raskoraku između biračke vizije socijalne pravde i „politike rezova“. Ustavno-pravni argumenti moraju se usredotočiti na mjerljive podatke i predvidive posljedice, kako

nadzor ustavnosti zakona (neovisno o procesu koji ih proizvodi) ili popraviti percipirane nedostatke plebiscitarnih procedura – str. 770. i 772-775.

92 Ribičić, C., op. cit., str. 64.

članak 87. Ustava ne bi bio sveden na golo slovo na papiru ili sredstvo patronizacije birača. To je realna opasnost, ukoliko Ustavni sud preuzme zadaću ocjenjivanja jesu li odluke birača (ono što birači *misle* da žele) ujedno i ono što je dugoročno dobro za njih i državu u kojoj žive (ono što birači *zbilja* žele ili bi *trebali željeti*)⁹³. To nije prihvatljivo ako ne smatramo da su referendumima u svojoj osnovi nedemokratska sredstva koja omogućavaju paralizu institucija i zaustavljanje nužnih reformi.

Što se tiče standarda ocjene ustavnosti narodnih referendumskih inicijativa, nije dopustivo kreirati ustavnopravnu Schrödingerovu kutiju gdje bi zakonski tekst istodobno bio i ustavan i neustavan, već prema identitetu njegovoga donositelja⁹⁴ – oba od kojih djeluju kao koordinirana tijela vlasti podređena jamstvima Ustava. Istina je da su pravno-teorijska razmatranja iz kojih ustavnosudski testovi ustavnosti izviru originalno konstruirana u vezi s djelovanjem redovnog zakonodavnog tijela. No bez obzira na to načelno unilateralno ishodište, nema razloga da se jednako ne primjenjuju i na produkte izravne demokracije. Razumnost, nearbitrarnost, nužnost u demokratskom društvu, sve su to objektivni standardi koji nemaju – i nezamislivo je da imaju! – punitivnu dimenziju u smislu da mijenjaju svoj sadržaj i zaoštravaju pragove ovisno o izvoru norme koju procjenjuju. Eskalacija strogosti testa ustavnosti nije povezana s psihologizacijom zakonodavca i diskursom (ne) povjerenja u predstavničko tijelo ili birače, već s kategorijama normativne materije. Kada se, npr. radi o temeljnim ljudskim pravima ili klasifikacijama temeljenim na askriptivnim karakteristikama, svi su zakonodavci „suspektni“, bili oni saborski zastupnici ili „narod“⁹⁵.

Asimetričnost testova ustavnosti pretjerano je otegotna prema mogućnostima građana da smisleno izvršavaju svoj suverenitet (članak 1. Ustava), i svojom arbitrarnošću nije sukladna načelu vladavine prava (članak 3. Ustava). Stoga smo uvjereni da je zaustavljanje referendumske inicijative radi „nedostatka“ koji u postupku temeljem članka 129. Ustava možda ne bi bio dovoljan za ukidanje saborskog zakona protivno najvišim vrednotama ustavnog poretka Republike Hrvatske⁹⁶.

93 Ovo je stajalište pred stotinu godina zagovarao prvi britanski laburistički premijer Ramsay MacDonald – Qvortrup, M., *A Comparative Study of Referendums: Government by the People*, Manchester University Press, 2005., str. 63.

94 To nije tek nuzgredna posljedica proceduralnog pristupa: „Ne poričem tu posljedicu... Namjerna je.“ - Eule, J. N., *Representative Government: The People's Choice*, Chicago-Kent Law Review, vol. 67, 1999., str. 782.

95 Za suprotan argument, vidi Chemerinskog, koji smatra da imamo „dobrih razloga“ biti nepovjerljivi prema referendumu narodne inicijative, te da taj institut treba ukinuti u *svim* okolnostima – Chemerinsky, E., *Challenging Direct Democracy*, Michigan State Law Review, 2007., str. 306.

96 Iako je moguće da bi ocjenjivani prijedlog zakona već i po blažem standardu bio neustavan. U predmetima referenduma o *outsourcingu* (točka 43.3. Odluke) i monetizaciji autocesta (točka 59.1. Odluke), Ustavni sud ocjenjuje da bi i identičan zakon koji bi donio Hrvatski sabor bio ukinut zbog neuglasnosti s Ustavom.

Summary

„CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA AND CITIZEN-INITIATED REFERENDA IN THE 2013-2015 PERIOD: ANALYSIS AND PROPOSALS“

The author analyzes the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Croatia regarding citizen-initiated referenda, adopted in the period between 2013 and 2015. From the referendum on the definition of marriage, through the Court's ruling on the referendum on the Cyrillic script, to the most recent cases dealing with outsourcing in the public administration and monetization of Croatian highways, she outlines a trend of growing limitations to the popular referendum institute. Paying particular attention to the decision on outsourcing from 8 April 2015, she highlights the problem areas of constitutional jurisprudence and suggests their corrections. Regarding the cogent nature of the obligation to substantiate the initiative with a statement of circumstances that provoked it, she holds that question as falling in the area of legislative discretion. Regarding the "premature nature" of an initiative, she argues that the Court may not tie its destiny to the existence of a Government's program not yet formalized as a concrete bill. It also cannot clairvoyantly assess the impact of a referendum on the system of public finances. In balancing the right to referendum with budgetary stability, it may only take account of foreseeable consequences and measurable data, and withhold the right to referendum only in cases of decisions whose impact on the state's fiscal stability would violate the guarantees of the Constitution's Arts.3 and 16. Finally, she concludes on the impermissibility of applying stricter scrutiny to citizen-initiated referenda than to identical texts adopted by the Croatian Parliament. She holds such escalation of standards of review untenable in the light of a grammatical and teleological interpretation of the Constitution, as well as due to its punitive effect.

Keywords: *Citizen-initiated referendum, Constitutional Court, outsourcing, standards of judicial review, financial impact of referenda.*

Zusammenfassung

**BUNDESVERFASSUNGSGERICHT DER REPUBLIK KROATIEN
UND DAS REFERENDUM DER NATIONALEN INITIATIVE 2013
-2016: ANALYSE UND VORSCHLÄGE**

In der Arbeit werden Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichtes der Republik Kroatien angesichts des Referendums der nationalen Initiative analysiert, die in der Zeitperiode von 2013 bis 2015 erlassen wurden. Seit dem Beschluss des Referendums „über die Ehe“ und des Referendums „über das Kyrillische Alphabet“ bis hin zu letzten Fällen über „outsourcing“ und Monetisierung der Autobahnen, lässt sich ein Trend der Einschränkung des nationalen Referendumswegs andeuten. Mit der besonderen Konzentration auf den Beschluss über „outsourcing“ vom 8. April 2015 wird die problematische Praxis des Bundesverfassungsgerichtes betont und ihre Veränderung vorgeschlagen. Was die Verbindlichkeit der Erklärung des Referendumsansuchens durch Darstellung der Umstände, die dazu gekommen sind, betrifft, ist man der Meinung, dass es sich hier um eine Frage handelt, die der Diskretion des Gesetzgebers gehört. Was die „Übereilung“ der Initiativen betrifft, sollte das Gericht ihr Schicksal nicht mit der Existenz der Programmaßnahmen der Regierung, die keine konkreten gesetzlichen Vorschläge aufweisen, verbinden. Er kann auch nicht die Haushaltsplanrolle der Einschätzung der Auswirkungen des Referendums auf das System der öffentlichen Finanzen übernehmen.

Beim Abwiegen des Rechts auf Referendum und der Haushaltsplanstabilität muss an die vorhersehbare Folgen und messbare Daten gehalten werden und das Recht zum Referendum nur bei solch einer Entscheidung beantragen, die mit der Einmischung in die Fiskalstabilität die Garantien der Art. 3 und 16 der Verfassung brechen. Letztendlich wird über die Unzulässigkeit der strengeren Benotung der verfassungsgemäßen Referendumsinitiative beschlossen als über den identischen gesetzlichen Text, der im kroatischen Parlament angenommen wurde. Die Meinung wird geäußert, dass diese Einstellung laut der grammatischen und theologischen Interpretation der Verfassung unhaltbar ist und dass er schließlich punitiv wirkt.

Schlüsselwörter: *Referendum der nationalen Initiative,
Bundesverfassungsgericht, outsourcing, Kriterium der
Verfassungskontrolle, Finanzauswirkungen des Referendums.*

Riassunto

LA CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA E I REFERENDUM DI INIZIATIVA POPOLARE DAL 2013 AL 2015: ANALISI E PROPOSTE

Il lavoro analizza le decisioni della Corte costituzionale della Repubblica di Croazia relative ai referendum di iniziativa popolare emanate nel periodo tra il 2013 ed il 2015. Dalla decisione sul referendum “sul matrimonio”, attraverso il referendum “sul cirillico” e fino alle ultime questioni “sull’outsourcing” e sulla monetizzazione delle autostrade, si delinea un trend di limitazione delle consultazioni referendarie di iniziativa popolare. In particolare, concentrandosi sulla decisione in tema di „outsourcing“ dell’8 aprile 2015, si sottolinea la problematicità della giurisprudenza costituzionale e si suggerisce un suo mutamento. Quanto alla cogenza della motivazione della pretesa referendaria mediante l’esposizione delle circostanze che ad esso hanno condotto, si reputa trattarsi di questione che appartiene al margine di discrezionalità della legislazione. Circa l’immaturità dell’iniziativa, si reputa che la Corte non debba collegare il loro destino alla sopravvivenza delle misure programmatiche del Governo che non siano plasmate in concrete proposte legislative. Altresì, non si può rivestire il ruolo di valutatore nel bilancio delle conseguenze referendarie nel contesto delle finanze pubbliche. Nel bilanciamento del diritto al referendum ed alla stabilità di bilancio occorre attenersi alle conseguenze prevedibili ed ai dati misurabili e ritenere il diritto al referendum al caso di decisioni che incrinando la stabilità di bilancio violino le garanzie degli articoli 3 e 16 della Costituzione. Infine, si conclude circa l’inammissibilità di una valutazione severa della costituzionalità dell’iniziativa referendaria rispetto ad un identico testo di legge approvato dal Parlamento croato. Si reputa che tale presa di posizione sia insostenibile in base all’interpretazione letterale e teleologica della Costituzione e che in definitiva operi in maniera punitiva.

Parole chiave: *referendum di iniziativa popolare, Corte costituzionale, outsourcing, criteri di controllo della costituzionalità, effetti finanziari del referendum.*

IZDVOJENO MIŠLJENJE U SUDSKIM POSTUPCIMA I PRAKSA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Dr. sc. Teodor Antić, dipl. iur.
Ustavni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.991
347.92
Ur.: 27. travnja 2016.
Pr.: 21. lipnja 2016.
Izvorni znanstveni rad

„Kad svi misle isto, znači da nitko ne misli mnogo.“
Walter Lippmann

Sažetak

Predmet ovoga članka pravni je institut izdvojenog mišljenja suca koji se ne slaže s odlukom za koju je glasovala većina sudaca kolegijalnoga sudskog tijela, bilo da je riječ o njezinoj izreci ili o obrazloženju. Iako se mogućnost izdvajanja mišljenja tradicionalno smatra obilježjem država common law sustava, ona danas postoji i u većini država kontinentalnog sustava, osobito na ustavnim sudovima. Izdvojeno mišljenje obrađuje se s povijesno-komparativnog i pravno-teorijskog aspekta. Ukazuje se na razloge u prilog dopuštanja izdvajanja mišljenja kao što su sloboda izražavanja mišljenja i sudačka neovisnost, ali i protiv toga, primjerice pravna sigurnost, jasnoća i uvjerljivost sudskih odluka te utjecaj na integritet i ugled suda. U hrvatskom pravnom sustavu u redovitom sudovanju izdvojena mišljenja u pravilu su dopuštena, ali ne i njihova objava, dok je na Ustavnom sudu izričito dopušteno izdvajanje mišljenja i obrazlaganje suprotnoga glasovanja kao i njihovo objavljivanje. Praksa Ustavnog suda, međutim, pokazuje priličnu suzdržanost ustavnih sudaca u korištenju te mogućnosti.

Ključne riječi: *sudska odluka, izdvojeno mišljenje, suprotni glas, ustavni sud.*

1. UVOD

Sudske odluke donosi sudac pojedinac ili kolektivno sudsko tijelo sastavljeno od više sudaca (sudsko vijeće). U pravilu sudac pojedinac provodi postupak i donosi odluku na sudovima prvog stupnja i u manje složenim predmetima, dok u složenijim predmetima i na višim sudovima to čine sudska vijeća. Odlučivanje u vijeću provodi se radi osiguranja svestranog razmatranja činjeničnih i pravnih aspekata slučaja

kako bi se sudskoj odluci dao odgovarajući dignitet i strankama odaslala poruka da je sudska odluka u konkretnom slučaju rezultat pravne ocjene više sudaca što joj daje posebnu težinu i autoritet. U tom smislu u sudskim postupcima od posebne je važnosti usuglašavanje mišljenja sudaca koji čine sudsko vijeće.

Donošenje sudske odluke složen je proces, osobito kad je riječ o predmetima u kojima odlučuje sudsko vijeće. Na njezin sadržaj i kvalitetu utječe niz procesa i odnosa unutar suda kao i između samih sudaca koji sudjeluju u njezinu donošenju. Sudsko vijeće unutar sebe može istodobno sadržavati pojedine elemente homogene grupe (isto formalno obrazovanje, isti ili slični interesi, znanja i dr.) i pojedine elemente heterogene grupe (različiti interesi, znanja, sposobnosti, stil, karakter i dr.). Suci koji čine vijeće nemaju nužno jednaku razinu teorijskog znanja, praktičnih vještina i životnog iskustva. Stoga je u radu sudskog vijeća realno očekivati razlike između pojedinih članova u razumijevanju činjenica i tumačenju pravnih normi, što zahtijeva ozbiljnu profesionalnu raspravu i usuglašavanje radi postizanja konsenzusa ili barem minimalne razine njihove suglasnosti potrebne za donošenje odluke (u pravilu natpolovična većina svih članova vijeća) kao temeljnog obilježja kolektivnog odlučivanja. U tom smislu sudska odluka često je zapravo izraz mišljenja većine koja je za nju glasovala, a glasovanje odnosno stajalište svakoga pojedinog suca – člana sudskog vijeća nije poznato javnosti niti strankama postupka.

U pojedinim državama, osobito onim koji se temelje na *common law* sustavu, radi osiguranja sudačke neovisnosti koja u sebi, između ostalog, sadrži i pravo suca da slobodno i neovisno izrazi i javno objavi svoje profesionalno mišljenje, sucima se daje pravo i mogućnost objave, tzv. izdvojenog mišljenja. To se pravo postupno proširilo i na mnoge države izvan *common law* sustava, osobito na nacionalne ustavne sudove i međunarodne sudove.

Cilj ovoga rada je odrediti pojam, vrste i sadržaj instituta izdvojenog mišljenja kao i njegova osnovna obilježja te kroz prikaz njegova povijesnog razvitka i analizu komparativne prakse razjasniti teorijske i praktične dvojbe o njegovoj (ne) prihvatljivosti. Slijedom toga prikazati pravno uređenje izdvojenog mišljenja u hrvatskom pravnom sustavu te na temelju analize prakse Ustavnog suda Republike Hrvatske ocijeniti njegovu primjenu i učinke u ustavnosudskim postupcima.

2. POJAM I VRSTE IZDVOJENOG MIŠLJENJA

Demokratsko društvo ne stvara trajni, čvrsti i nepromjenjivi sustav vrijednosti, već nastoji izgladiti neslaganja i suprotnosti između različitih, ponekad i nespojivih vrijednosti. Jedna od svrha prava upravo je upravljanje takvim neslaganjima osiguravanjem rješavanja sporova na način kojim se štiti interes stabilnosti odnosno pravne izvjesnosti, ali bez *a priori* isključivanja različitih opcija odnosno mogućih ishoda. Izvjesnost rješenja spora u sudskom postupku, što nedvojbeno predstavlja vrlo snažnu vrijednost, postiže se metodom većinskog glasovanja i primjenom doktrine *res iudicata*.¹ Međutim, zakoni kao opći propisi po svojoj naravi sadrže

1 Usp. Alder, J., *Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices?*, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, no. 2, 2000., str. 222.

određenu razinu neodređenosti što neminovno zahtijeva njihovo tumačenje. Pritom, kako zbog dinamike života i potreba uvažavanja stalnih promjena u društvu pravi smisao zakona ne može do kraja biti određen samim njegovim tekstom, tako i njegova tumačenja ovise o političkom, socijalnom i ekonomskom kontekstu.²

U tom smislu Kelsen navodi kako norma koju treba primijeniti u konkretnom slučaju tvori samo okvir unutar kojeg postoji više mogućnosti primjene, pri čemu je normi sukladan svaki akt koji se drži unutar tog okvira. Tumačenje nekog zakona stoga ne mora neizbježno voditi jednoj jedinoj odluci kao jednoj ispravnoj nego možda i većem broju odluka, koje su sve jednako vrijedne, iako samo jedna od njih u aktu sudske presude postaje pozitivnim pravom.³

Na tragu takvog razmišljanja Smerdel navodi kako se do istine dolazi kroz suprotstavljanje argumenata i kontradiktornost, jer nijedan pravni propis nije tako jasan i iscrpan da ga se u slučaju kad je potrebno donijeti tešku odluku ne bi moglo tumačiti različito i niti jedna istina nije takva da je ne bi trebalo preispitati.⁴

Slično tomu Alder ističe kako demokratska načela zahtijevaju da se niti jednoj određenoj politici (*policy*) ili vrijednosti ne daje prednost trajno te tako „vežu ruke“ sljedećim generacijama, već se trebaju naći takva rješenja za konkretan slučaj koja će ostaviti otvorenom mogućnost kasnije promjene. Stoga zakon mora pružiti mehanizam za upozoravanje i rješavanje neslaganja bez razarajućih učinaka. Neodređenost zakona sucima daje slobodu, nasuprot ograničenog raspona izbora unutar danog interpretativnog okvira.⁵

Donošenje sudske odluke misaoni je proces u kojem na suce utječu određeni vanjski čimbenici, ali i niz njihovih osobnih svojstava, od intelektualnih sposobnosti, stručnog znanja, praktičnih vještina i životnog iskustva do naravi, predrasuda, interesa i snage. Kombinacija svih tih varijabli rezultira time da čak i suci koji međusobno imaju jednako ili slično obrazovanje i sposobnosti te razmišljaju na isti način, iz iste građe mogu izvući različite zaključke koji su jednako vrijedni.

U samoj biti sudačke neovisnosti pravo je suca da slobodno i neovisno od bilo koga izrazi i javno priopći svoje pravno mišljenje. No kad odlučuje kolektivno sudsko tijelo presuda, ako nije jednoglasna, predstavlja mišljenje većine koja je za nju glasovala. U toj presudi nema mišljenja suca koje se razlikuje od većinskog. Stoga se otvara pitanje što je s njegovim pravom da izrazi i javno iznese svoje pravno mišljenje? Nije li time dovedena u pitanje njegova sudačka neovisnost?

Mnogi pravni sustavi taj problem riješili su tako da su u sudske postupke uveli institut izdvojenog mišljenja. Njegova primjena, međutim, otvorila je niz drugih pitanja kojima se još uvijek bave ne samo pravna praksa već i pravna teorija.

Institutom izdvojenog mišljenja puno se više bavi pravna teorija u državama koji se temelje na *common law* sustavu u odnosu na države kontinentalnog

2 Antić, T., Vjerodostojno tumačenje zakona, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 36, br. 1, 2015., str. 619.

3 Kelsen, H., Čista teorija prava, Zagreb, Naklada Breza, 2012., str. 75-76.

4 Smerdel, B., O sudskoj slozi i izdvojenim mišljenjima, Informator, br. 5944, 2011., str. 3.

5 Alder, J., op. cit., str. 222-224.

(civilnog) prava što se može utvrditi već običnim pretraživanjem interneta. Naime, jedan od postojanih elemenata britanske i američke pravne tradicije mogućnost je izražavanja pojedinačnih mišljenja sudaca koji sudjeluju u postupku kao izraz njihove neovisnosti i slobode izražavanja mišljenja. U tom sustavu institut izdvojenog mišljenja bio je kroz povijest više puta osporavan, preispitivan, napušten i ponovo prihvaćen kao sastavni dio procesa donošenja sudskih odluka.⁶

Prema tradicionalnom shvaćanju u tom smislu postoji razlika između kontinentalnog sustava gdje su odluke suda impersonalne („izlaze“ kao odluke suda u cjelini i iz njih nije vidljivo jesu li donesene jednoglasno ili većinom glasova sudaca niti kako je koji sudac glasovao) i *common law* sustava u kojem je vidljivo ne samo kako je tko glasovao, već svaki pojedini sudac može javno izraziti svoje drukčije mišljenje.⁷

Ta razlika, međutim, u praksi se pomalo gubi pa je odnos prema izražavanju pojedinačnih pravnih mišljenja i stajališta sudaca u nacionalnim i međunarodnim pravnim sustavima danas vrlo različit i kreće se u rasponu od slobodnog izražavanja *seriatim* mišljenja⁸ koje se još uvijek prakticira na Vrhovnom sudu Ujedinjenog Kraljevstva do zabrane objave i kriminalizacije kršenja tajnosti različitih razmišljanja unutar suda, primjerice u Belgiji. No u većini demokratskih država sucima se ipak, uz manja ili veća ograničenja, dopušta izražavanje vlastitog mišljenja, drukčijeg od većinskog odnosno onog koje je zauzeo sud. To se mišljenje naziva izdvojenim mišljenjem (lat. *votum separatum*, engl. *separate opinion*).

U tom smislu izdvojeno mišljenje u pravnoj teoriji definira se kao mišljenje jednog ili više sudaca koji se ne slažu s odlukom donesenom od strane većine.⁹ U praksi je ono češće vezano uz najviše nacionalne i međunarodne sudove pa se definira i kao oblik pisanog sudačkog mišljenja u radu jednog broja najviših nacionalnih i međunarodnih sudova kojim se jedan ili više sudaca ne slaže s odlukom većine ili razlozima kojima se obrazlaže.¹⁰ Institut izdvojenog mišljenja može se odrediti i kao demokratski mehanizam koji odražava razmišljanje onih koji se razilaze s većinskim glasom odnosno mišljenjem o nekom pitanju.¹¹

Definicija je na prvi pogled jednostavna i jasna. Međutim, pojam izdvojenog mišljenja nije jednoznačan, jer u sebi zapravo sadrži dvije razine neslaganja s većinskim mišljenjem:

6 Vitale, D., The Value of Dissent in Constitutional adjudication: a context-specific analysis, *Review of Constitutional Studies*, v. 19, no. 1 (2014), str. 7, <[www.thefreelibrary.com/...](http://www.thefreelibrary.com/)>, 3. siječnja 2016.

7 Krbek, I., *Ustavno sudovanje*, Zagreb, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, 1960., str. 86.

8 Vidi infra, bilj. 22.

9 Black's Law Dictionary, ed. Garner, B. A., St. Paul, USA, Thomson, West, 2004., str. 1125.

10 Pravni leksikon, gl. ur. Pezo, V., Zagreb, Leksikografski zavod, 2007., str. 487.

11 Altan, A., The role of Dissenting and Concurring Opinions in Turkish Practice - Report for the Black Sea Regional Conference on the Importance of Dissenting and Concurring Opinions in the Development of Judicial Review (Batumi, Georgia, 2010), CDL-JU(2010)017, Strasbourg, Council of Europe, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 2010., str. 2, <www.venice.coe.int>, 15. prosinca 2015.

1. kad sudac prihvaća odluku većine o meritumu, ali nije suglasan s obrazloženjem odnosno razlozima na kojima je utemeljena i
2. kad se sudac protivi odluci o meritumu i glasuje protiv njezina usvajanja; po naravi stvari to znači da se protivi i njezinom obrazloženju.¹²

U prvom slučaju riječ je o „blažem“ obliku neslaganja s mišljenjem većine, jer se sudac slaže s odlukom o meritumu, dakle s izrekom, ali se u određenoj mjeri ne slaže s njezinim obrazloženjem. U hrvatskoj pravnoj literaturi za tu vrstu izdvojenog mišljenja obično se koristi izraz „potvrđujuće izdvojeno mišljenje“¹³, iako bi bolji izraz bio „podudarno izdvojeno mišljenje“¹⁴ koji, osim što više odgovara međunarodno opće prihvaćenom engleskom izrazu *concurring opinion*¹⁵, bolje označava sadržaj i značenje tog instituta. U takvom izdvojenom mišljenju sudac iznosi svoje posebne razloge za donošenje sudske odluke. Pritom sudac može izraziti neslaganje s pojedinim dijelovima obrazloženja, može jače istaknuti važnost pojedinih iznesenih razloga, a može iznositi i potpuno nove razloge u prilog donesene odluke kojih u njezinu obrazloženju nema odnosno dopuniti njezino obrazloženje.¹⁶

U drugom slučaju sudac se ne slaže s većinskim mišljenjem (engl. *majority opinion, main opinion*) i svoje glasovanje protiv odluke obrazlaže u posebnom pisanom mišljenju u kojem navodi razloge protiv donošenja odluke u sadržaju kako je to utvrdilo sudsko tijelo (engl. *dissenting opinion* ili skraćeno *dissent*).¹⁷ Riječ je dakle o obrazloženju suca o razlozima glasovanja suprotno većini.¹⁸ Naravno da su

-
- 12 Krbek, I., op. cit., str. 86, bilj. 157; Mavčić, A. M., Importance of the Dissenting and Concurring Opinions (Separate Opinions) in the Development of the Constitutional and Judicial Review with a Special Reference to the Slovenian Practice - Report for the Black Sea Regional Conference on the Importance of Dissenting and Concurring Opinions in the Development of Judicial Review (Batumi, Georgia, 2010), CDL-JU(2010)016, Strasbourg, Council of Europe, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 2010., str. 2, <www.venice.coe.int>, 15. prosinca 2015.; Smerdel, B. i Sokol, S., Ustavno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2009., str. 187; Smerdel, B., Ustavno uređenje europske Hrvatske, Zagreb, Narodne novine, 2013., str. 435.
 - 13 Primjerice Uzelac, A., Lustracija, diskvalifikacija, čistka - O procesima i ustavnopravnim problemima izbora sudaca u „prijelaznom razdoblju“, Iudex, v. 3, br. 1, 1995., str. 421. i Crnić, J., Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 60.
 - 14 Usp. Perić, B, Izdvojeno sudijsko mišljenje u krivičnom postupku - argumenti za novi pristup, Pravni život, br. 10, 2009., <www.pravosudje.ba/vstv/...>, 17. prosinca 2015.
 - 15 *Concurring opinion* označava izdvojeno pisano mišljenje suca u kojem on svoj glas za donesenu odluku suda obrazlaže razlozima koji se razlikuju od onih izraženih u obrazloženju odluke. Black's, op. cit., str. 309. i 1125.
 - 16 S obzirom na to Crnić unutar te kategorije razlikuje „izdvojeno konkurirajuće mišljenje“ (kojim sudac upućuje na druge razloge iz kojih je glasovao za odluku u odnosu na razloge iz obrazloženja) i „izdvojeno odobravajuće (potvrđujuće) mišljenje“ (kojim sudac dopunjuje razloge odluke). Crnić, J., op. cit., str. 60.
 - 17 *Dissenting opinion* označava mišljenje jednog ili više sudaca koji se ne slažu s odlukom koju je donijela većina sudaca. Black's, op. cit., str. 506 i 1125.
 - 18 Crnić upozorava kako pojam „suprotni glas“ nije sinonim za pojam „izdvojeno mišljenje“, jer ne postoji obveza suca na pisano obrazloženje suprotnoga glasa. Crnić, J., op. cit., str. 58. O tomu opširnije vidi infra u poglavljima 4. i 6.

tada ti razlozi suprotni odlučujućim razlozima za donošenje odluke navedenim u njezinu obrazloženju.

U *common law* državama postoji i treća, uvjetno rečeno najblaža vrsta neslaganja pojedinog suca koja, međutim, ne rezultira njegovim pisanim izdvojenim mišljenjem. Riječ je o tzv. *dubitante* opasci koju stavlja sudac kada nije uvjeren u ispravnost odluke, ali ne u tolikoj mjeri da bi izdvojio svoje mišljenje.¹⁹

Pojam izdvojenog mišljenja u hrvatskom pravnom sustavu ima dvojako značenje:

- u širem smislu obuhvaća potvrđujuće odnosno podudarno izdvojeno mišljenje i suprotno izdvojeno mišljenje (u značenju engleskog izraza *separate opinion*),
- u užem smislu ono označava samo suprotno izdvojeno mišljenje (u značenju engleskog izraza *dissenting opinion*).

Sustavi u kojima je sucima dopušteno izjavljivanje izdvojenog mišljenja razlikuju se s obzirom na pravila njihovog objavljivanja u javnosti odnosno dostupnosti subjektima izvan suda. U tom smislu razlikuju se dva osnovna tipa sustava:

1. sustavi u kojima se izdvojeno mišljenje javno objavljuje zajedno s predmetnom sudskom odlukom i
2. sustavi u kojima se sudskoj odluci pridodaje pisano izdvojeno mišljenje samo uz primjerke koji se dostavljaju strankama postupka.

3. POVIJESNO-KOMPARATIVNI ASPEKT

Načelo tajnosti osobnog promišljanja i pojedinačnoga glasovanja sudaca pri kolektivnom odlučivanju utemeljeno je prije svega na povijesnim razlozima. Tradicionalno, uloga sudaca bila je očitovati volju kralja, a budući da kralj može imati samo jednu volju, sudska odluka treba biti jednoglasna ili barem tako mora izgledati.

No od 17. stoljeća nadalje u sudovima *common law* sustava postupno se počinje preferirati većinsko odlučivanje. U znanstvenoj literaturi kao primjer jednog

¹⁹ Opaska *dubitante* (lat., u značenju: dvojbeno, u sumnji) obično se upisuje u prijedlog odluke uz ime suca označavajući da on sumnja u predloženo pravno stajalište odnosno mišljenje, ali nije uvjeren ni da je ono pogrešno. Black's, op. cit., str. 537. Jedan od poznatijih primjera predmet je *Feldman v. Allegheny Airlines Inc.* (spor radi naknade štete nastale smrću u zrakoplovnoj nesreći) koji se vodio pred američkim Saveznim žalbenim sudom za drugi sudbeni kotar (*United States Court of Appeals for the Second Circuit*), u kojem je istaknuti sudac Friendly kao član tročlanoga sudskog vijeća, u presudi izrijeком naveo kako ozbiljno sumnja u ispravnost donesene odluke, ali ipak glasuje sukladno većini, jer se ta sumnja temelji samo na njegovoj intuiciji i ne može dokazati njezinu opravdanost. *Feldman v. Allegheny Airlines Inc.*, 1975., toč. 34., <<http://openjurist.org/524/f2d/384/feldman-v-allegheny-airlines-inc>>, 28. siječnja 2016. Sudac Henry J. Friendly bio je sudac Saveznog žalbenog suda za drugi sudbeni kotar od 1959. do 1986. i njegov predsjednik od 1971. do 1973.

od najranijih predmeta u kojem je izričito priznata neizbježnost neslaganja sudaca često se navodi predmet *Grindley v. Barker* iz 1798. godine, koji se vodio pred tadašnjim engleskim Kraljevskim sudom (*Court of King's Bench*) u kojem je sud izrazio stajalište da se odluke koje se ne tiču čisto privatnih odnosa stranaka, već se odnose na pitanja opće naravi odnosno koja su od javnog interesa, ako okolnosti u konkretnom slučaju ne nalažu drukčije, donose većinom glasova.²⁰ Pritom odluka koju je donijela većina sudaca čini odluku suda u cjelini, bez obzira na manjinu sudaca koji se s njom nisu složili, po načelu *ubi major pars, ibi totum* (gdje je veći dio, ondje je i cjelina).²¹

Klasično shvaćanje sudačke funkcije kao „potrage za pravom“ koje treba primijeniti u konkretnom slučaju dovelo je do nastanka prakse u postupanju suda prema kojoj suci koji čine kolektivno sudsko tijelo, redom pojedinačno iznose svoja vlastita „otkrića“ odnosno razloge za donošenje odluke (tzv. *seriatim* mišljenje, engl. *seriatim opinion*).²² Pritom ne postoji jedno „mišljenje suda“ već se objavljuju sva pojedinačna mišljenja. Sustav ima tu prednost da sudski postupak rezultira nijansiranim i istančanim pravnim razmišljanjima i stajalištima, ali s druge strane ne postoji jedno jasno izraženo stajalište, pa stoga nije jednostavno odrediti što je uopće sud odlučio. Ipak, smatra se da takvo postupanje odražava i jača tradiciju sudačke neovisnosti i to ne samo od vanjskih utjecaja već i sudaca međusobno pa se ista praksa u nekim državama djelomično i u različitim oblicima održala i do danas (uglavnom u državama *Commonwealtha*, primjerice u Novom Zelandu, Australiji, Južnoj Africi i Indiji).²³

Može se reći da institut izdvojenog mišljenja, s obzirom na svoju pravnu narav i sadržaj, proizlazi upravo iz te prakse.

Povijesnom razvoju instituta izdvojenog mišljenja osobito je pridonijela praksa Vrhovnog suda SAD-a čiji utjecaj oduvijek daleko prelazi granice države, a čija moć proizlazi iz njegovih ovlasti i položaja koje zauzima među visokim državnim vlastima o čemu je pisao još Tocqueville, navodeći kako je riječ o sudu koji se: „... nalazi iznad svakoga poznatog suda i prema naravi svojih prava i prema vrsti ljudi koji popadaju pod njegovu nadležnost“ te čija su: „... ovlaštenja gotovo u potpunosti politička, premda mu je ustrojstvo u potpunosti pravosudno“.²⁴ Pritom se često ističe kako glavni temelj njegova političkog legitimiteta leži u njegovoj

20 Alder, J., op. cit., str. 233. Vidi također Lynch, A., Is Judicial Dissent Constitutionally Protected, *Macquarie Law Journal*, v. 4, 2004., str. 83, bilj. 10, <[www.mq.edu.au/...](http://www.mq.edu.au/)>, 16. siječnja 2016.

21 Cameron, M. Ian, Majority Rule; the Development of General Principle in Cases on Chartered Corporations, *Melbourne University Law Review*, 6, v. 15, no. 1, 1985., str. 122. <www.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/1985/6.html>, 26. siječnja 2016.

22 *Seriatim* mišljenje (lat. *seriatim* - u nizu) označava niz pojedinačnih mišljenja sudaca članova kolegijalnog sudskog tijela, koja se razlikuju od mišljenja tog tijela odnosno suda kao cjeline. Black's, op. cit., str. 1125 i 1398.

23 Friedman, B. i dr., Divide and Concur: Separate opinions and Legal Change, str. 107, <[www.law.northwestern.edu/...](http://www.law.northwestern.edu/)>, 2. veljače 2016.

24 Tocqueville, A. de, O demokraciji u Americi, Zagreb, Informator, 1995., str. 67.

povezanosti s idealom vladavine prava.²⁵

Jedno od najpoznatijih izdvojenih mišljenja u povijesti američkoga Vrhovnog suda izdvojeno je mišljenje suca Johna M. Harlana²⁶ u predmetu *Plessy v. Ferguson* iz 1896. Riječ je bila o osudi osobe miješane rase (7/8 bijelac, što je po zakonu Savezne države Louisiane značilo da spada u afro-američku grupu stanovnika) koja je putovala željeznicom u prostoru namijenjenom za bijelce, a ne u prostoru za „obojene“ putnike. Vrhovni sud je većinom glasova (7:1) presudio da zakon kojim je propisana obveza odvajanja putnika različitih rasa u zasebne prostore nije protivan Ustavu (13. i 14. amandman) dok god su ti prostori jednake kvalitete. Time je Vrhovni sud kao pravno stajalište prihvatio ideju o „jednakosti u odvojenosti“ (*separate but equal*). U izdvojenom mišljenju sudac Harlan izrazio je stajalište da uređenje građanskih prava na temelju pripadnosti rasi u pojedinim saveznm državama nije u suglasnosti s jamstvima saveznog Ustava koji je „*slijep na boje*“ („*Our Constitution is color-blind*“).²⁷

Krbek ocjenjuje da je u SAD-u, s obzirom na ustavno sudovanje, tako postavljen sustav bio izuzetno uspješan, jer je kod sudaca podigao ambiciju i osjećaj odgovornosti, ojačao kvalitetu presuda, spriječio stagniranje judikature i omogućio progres te razvio umjesnu kritiku presude.²⁸

Praksa izjavljivanja izdvojenih mišljenja na Vrhovnom sudu SAD-a bila je prekinuta u razdoblju predsjedanja njegova najznačajnijeg i najutjecajnijeg predsjednika, suca Johna Marshalla,²⁹ kada je prihvaćeno njegovo stajalište da će jedno jedinstveno „mišljenje suda“, iako stvarno predstavlja mišljenje većine, a ne svih, povećati autoritet suda. Bio je to odgovor na kritike da izdvojena mišljenja unose nesigurnost u pravni sustav i potkopavaju autoritet suda. U postupanju suda uvedena je praksa održavanja sastanaka sudaca na kojima su oni razmjenjivali svoje argumente i razmišljanja, utvrđivali međusobne razlike i nalazili zajedničke osnove, što je olakšavalo i pridonosilo donošenju jedinstvene odluke suda.³⁰

25 Stack, K. M., *The practice of Dissent in the Supreme Court*, *The Yale Law Journal*, vol. 105, 1996., str. 2235, <<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/...>>, 15. veljače 2016. Istodobno, međutim, napominje kako se u praksi Vrhovnog suda njegov politički legitimitet i ideal vladavine prava baš uvijek ne poklapaju.

26 Sudac John Marshall Harlan bio je sudac Vrhovnog suda SAD-a (*Associate Justice of the United States Supreme Court*) od 1877. do 1911. godine.

27 Vitale, D., op. cit., str. 3. Pritom je zanimljivo da su sudac Harlan i njegova obitelj prethodno imali svoje robove i za vrijeme Američkoga građanskog rata (1861. – 1865.) branili pravo robovlasništva. Inače, presuda u ovom predmetu bila je korištena kao presedan sve do presude Vrhovnog suda u predmetu *Brown v. Board of Education* iz 1954. godine (vidi infra u poglavlju 4.).
<<http://americanhistory.about.com/od/supremecourtcases/p/plessy.htm>>, 30. prosinca 2015.

28 Krbek, I., op. cit., str. 86.

29 Sudac John Marshall bio je predsjednik Vrhovnog suda SAD-a (*Chief Justice of the United States*) od 1801. do 1835. godine i osobito je poznat po predmetu *Marbury v. Madison* iz 1803., u kojem je izrazio tumačenje da u slučaju kad je zakon koji treba primijeniti na spor protivan Ustavu, spor mora biti riješen po Ustavu, a ne po običnom zakonu, čime je u SAD-u bilo utemeljeno pravo sudova na nadzor ustavnosti zakona. *Marbury v. Madison*, str. 15, <<http://caselaw.lp.findlaw.com...>>, 27. prosinca 2015.

30 Ledebur, E. L., *Plurality Rule: Concurring Opinions and a Divided Supreme Court*, *Pen State Law Review*, vol. 113, no. 3, 2009., str. 902, <<http://penstatelawreview.org/articles/...>>.

Takvu praksu uveo je i sudac Bora Laskin u vrijeme svog predsjedanja Vrhovnim sudom Kanade.³¹ Zajedničkim raspravama sudaca prije odlučivanja, približavanjem različitih pojedinačnih stavova, pa čak i svojevrsnim međusobnim pregovaranjem i lobiranjem sudaca (*judicial lobbying*), nastojale su se izbjeći situacije u kojima suci pojedinačno pišu svoja obrazloženja izolirani jedni od drugih, vjerno i savjesno slijedeći presedane na temelju doktrine *stare decisis*³². Nakon zajedničke rasprave suci su se mogli opredijeliti hoće li se prikloniti većinskom mišljenju, iznijeti podudarno mišljenje (*concurring opinion*) ili napisati izdvojeno mišljenje (*dissenting opinion*).³³

Sličnih pokušaja bilo je i na Visokom sudu Australije, gdje su pojedini njegovi predsjednici (Dixon, Barwick, Mason, Gleeson) također nastojali osigurati veći konsenzus u odlučivanju sudskih tijela i smanjiti broj odluka s pojedinačnim izdvojenim mišljenjima.³⁴

Ipak, u *common law* sustavima pravo sudaca na izjavljivanje izdvojenog mišljenja uz veća ili manja ograničenja ostalo je inherentno sudačkoj dužnosti, prije svega kao izraz slobode mišljenja i njihove sudačke neovisnosti.

Iako je opće mišljenje da je pravo na izjavljivanje izdvojenog mišljenja povijesno gledajući posebnost *common law* sustava, dok je za tradiciju europskoga kontinentalnog prava karakteristično načelo tajnosti promišljanja odnosno odlučivanja, to nije u potpunosti točno, jer je primjera izdvajanja mišljenja bilo u pravnoj povijesti i na području kontinentalne Europe. Tako pravo na iskazivanje neslaganja u Španjolskoj datira još iz 15. stoljeća kada su uredbom iz Medine dopuštena izdvojena mišljenja (nazvana *voto reservado*) koja su se upisivala u nejavnu knjigu i nisu se objavljivala. Takvo postupanje očuvalo se i zakonima o građanskom i kaznenom postupku iz 1881. i 1882. i ostalo je na snazi sve do 1985. kad je praksa izdvajanja mišljenja proširena na čitav pravni sustav. U pojedinim talijanskim područjima prije ujedinjenja države također je postojala mogućnost izdvajanja mišljenja, primjerice u tadašnjim kraljevstvima Napulj, Este i Toskana. Na području današnje Njemačke izdvojena mišljenja bila su objavljivana sve do sredine 19. stoljeća u državi Baden, a u državi Württemberg sve do Drugog svjetskog rata glasovanje je bilo javno.³⁵

2. veljače 2016. Vidi i Friedman, B. i dr., op. cit., str. 112-113. S druge strane, tadašnji predsjednik SAD-a Thomas Jefferson ocijenio je Marshallov model kao „prikladan za lijene, stidljive i nestručne“. Vitale, D., op. cit., str. 6.

31 Sudac Bora Laskin bio je predsjednik Vrhovnog suda Kanade (*Chief Justice of Canada*) od 1973. do 1984. godine.

32 *Stare decisis* jedna je od temeljnih doktrina *common law* sustava prema kojoj sud mora slijediti raniju sudsku odluku kada se u suđenju pojavi isto pitanje. Pritom postoje dvije komponente: 1. držati se odluke višeg suda i vlastite ranije odluke, 2. ne mijenjati svoje ranije zauzeto stajalište, osim kod postojanja osobito jakih razloga. Naziv proizlazi iz latinske izreke *Stare decisis et non quieta movere* (ostati kod odluke i ono što je mirno ne dirati). Black's, op. cit., str. 1443.

33 Morton, L. F., *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, Calgary (Canada), University of Calgary Press, 2002., str. 534.

34 Lynch, A., op. cit., str. 86.

35 Kelemen, K., *Dissenting Opinions in Constitutional Courts*, *German Law Journal*, vol. 14, no. 8, 2013., str. 1347, <[www.diva-portal.org/...](http://www.diva-portal.org/)>, 15. prosinca 2015.

U novije vrijeme izgubila se stroga razlika između država *common law* sustava i država europskoga kontinentalnog sustava. U mnogim državama kontinentalnog prava dopušteno je objavljivanje izdvojenih mišljenja, dok je u nekim državama *common law* sustava ono ograničeno ili čak zabranjeno pa danas između sudova u državama oba sustava postoje međusobne sličnosti i razlike.

S obzirom na taj kriterij, Friedman i dr. razlikuju tri vrste sudova: a) sudove u kojima svaki sudac piše svoje mišljenje neovisno o drugim sucima, a sudska odluka predstavlja kasnije više ili manje usuglašena pojedinačna mišljenja uz mogućnost izdvajanja mišljenja (*seriatim courts*), b) sudove u kojima izdvajanje mišljenja apsolutno nije dopušteno (*suppressed courts*) i c) sudove koji se načelno drže zahtjeva jednoglasnosti, ali pokazuju određenu toleranciju prema izdvajanju mišljenja (*hybrid courts*), pa iako sud donosi samo jednu odluku, pojedini sudac može svoje drukčije mišljenje objaviti u posebnoj publikaciji (primjerice suci talijanskog Ustavnog suda u znanstvenoj publikaciji *Giusprudenza Costituzionale*, a suci Europskog suda pravde u publikaciji *Advocate general*).³⁶

Studija o praksi objavljivanja izdvojenih mišljenja na najvišim sudovima u državama Europske unije (u daljnjem tekstu: EU) iz 2012. godine pokazala je da od tadašnjih 27 država članica, samo sedam ne dopušta objavu izdvojenih mišljenja, dok je u preostalih 20 država to dopušteno, bilo u svim postupcima ili samo u ustavnopravnim pitanjima. Uočen je rastući trend dopuštanja objavljivanja izdvojenih mišljenja ustavnih sudaca, osobito u državama Istočne Europe. Jednako tako, utvrđeno je da je objavljivanje izdvojenih mišljenja općenito dopušteno na međunarodnim i regionalnim nadnacionalnim sudovima, s izuzetkom Suda Europske unije (*Court of Justice of the European Union, CJEU*).³⁷

1. Unutar država članica EU-a izdvojena mišljenja općenito nisu dopuštena u Belgiji, Francuskoj, Italiji, Luksemburgu, Malti, Nizozemskoj i Austriji.

Belgijski sudbeni sustav počiva na načelu tajnosti sudačkog odlučivanja što se istodobno tumači i kao zabrana objavljivanja osobnih sudačkih mišljenja. Štoviše, prema stajalištu Vrhovnog suda (*Cour de cassation/Hof van Cassatie*) kršenje ovog načela, u što spada i objavljivanje izdvojenog mišljenja, kažnjivo je na temelju kaznenog zakona. Iako prisega koju polažu suci pri stupanju na dužnost izričito ne spominje čuvanje tajnosti o odlučivanju, svi sudovi, uključujući i Ustavni sud (*Cour Constitutionnelle*), poštuju pravilo o neobjavlivanju izdvojenih mišljenja.

U francuskom sudbenom sustavu također vrijedi načelo tajnosti o odlučivanju koje se izričito tumači kao zabrana objavljivanja izdvojenih mišljenja. Francuski državni savjet (*Conseil d'État*, najviše upravno sudište) zabranjuje čak i javno

³⁶ Friedman, B. i dr., op. cit., str. 107-110.

³⁷ Raffaelli, R., *Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States*, Brussels, European Parliament, Directorate-General for Internal Policies – Policy Department, 2012., str. 7, <www.europarl.europa.eu/studies>, 23. prosinca 2015. Riječ je o studiji izrađenoj za potrebe Odbora za pravna pitanja Europskog parlamenta s ciljem istraživanja prakse ustavnih i vrhovnih sudova država članica EU-a i nadnacionalnih institucija te uočavanja glavnih teorijskih argumenata u prilog i protiv dopuštenja objave izdvojenih mišljenja, posebice u odnosu na moguću primjenu na Sudu Europske unije.

objavu da je odluka donesena jednoglasno, jer bi se tako otkrio individualni glas svakoga pojedinog suca. Osim što je propisana zakonom, tajnost o odlučivanju dio je i sudačke prisege, i to ne samo sudaca redovnih sudova, već i članova Ustavnog vijeća (*Conseil Constitutionell*, najviše ustavnosudsko tijelo).

Načelo tajnosti o odlučivanju primjenjuje se i u Italiji i to na redovnim sudovima kao i na Ustavnom sudu (*Corte costituzionale della Repubblica Italiana*), a njegova povreda je kažnjiva. Ipak, od 1988. godine sucima je dopušteno izdvojiti mišljenje koje se na njihov zahtjev posebno bilježi i čuva u zatvorenoj koverti.

Tajnost odlučivanja i glasovanja važi i za sve sudove, uključujući i ustavne sudove, u Luksemburgu i na Malti. Isto načelo primjenjuje se i na sve sudove u Nizozemskoj (koja inače nema ustavni sud niti slično tijelo).

Sudovi u Austriji također se dosljedno drže načela tajnosti odlučivanja i glasovanja sudaca, što obuhvaća i suce Ustavnog suda (*Verfassungsgerichtshof, VfGH*). Suci mogu izdvojiti svoje mišljenje što se posebno bilježi, ali se to mišljenje ne objavljuje i dostupno je samo određenom krugu osoba.³⁸

2. U državama članicama EU-a u kojima su dopuštena izdvojena mišljenja, taj institut nije u svima uređen na jednak način, a različita je i praksa sudova. U tom smislu postoji osnovna podjela na dvije grupe država: one u kojima je objava izdvojenog mišljenja dopuštena sucima svih sudova i one u kojima je to dopušteno samo ustavnim sucima.

U Bugarskoj je dopuštena objava izdvojenih mišljenja na svim sudovima. Na Ustavnom sudu (Конституционен съд на Република България), međutim, izdvojena mišljenja nisu dopuštena u predmetima u kojima se odlučuje tajnim glasovanjem (imunitet suca ili njegova nesposobnost za obavljanje dužnosti, odgovornost predsjednika Republike). Izdvojena mišljenja ustavnih sudaca objavljuju se zajedno s odlukom Ustavnog suda u državnom službenom glasilu.

Na Cipru je ustavnosudska kontrola u nadležnosti Vrhovnog suda (Κύπρος – Ανώτατο Δικαστήριο) na kojem su dopuštena izdvojena mišljenja.

Češka ne dopušta objavu izdvojenih mišljenja sudaca redovnih sudova, već samo sudaca Ustavnog suda (Ústavní soud České republiky). Međutim, izdvojeno mišljenje se objavljuje samo u vlastitom izvješću suda, dok se u državnom službenom glasilu (*Sbírka zákonů České republiky*) na kraju odluke suda samo stavlja napomena o njegovom postojanju.

Danska nema poseban ustavni sud, već kontrolu ustavnosti propisa obavljaju svi sudovi, uz krajnju nadležnost Vrhovnog suda (*Højesteret*). Izdvojena mišljenja objavljuju se kao dio sudske odluke s imenom suca koji ga je izjavio.

U Estoniji su izdvojena mišljenja dopuštena gotovo na svim sudovima. Objava izdvojenih mišljenja izričito je dopuštena u postupcima ustavnosudske kontrole koju provodi poseban odsjek Vrhovnog suda (*Riigikohus*), a jednako tako na sudovima u civilnim i upravnim sudskim postupcima. Međutim, u kaznenim postupcima izdvojena mišljenja se samo bilježe u spisu, ali se ne objavljuju.

³⁸ Ibid., str. 17-20.

Finska nema poseban ustavni sud već ustavnosudsku kontrolu provode svi sudovi. Sucima je dopušteno objaviti izdvojeno mišljenje u redovitim postupcima kao i u postupcima kontrole ustavnosti.

U Grčkoj ustavnosudsku kontrolu također provode svi sudovi, a izdvojena mišljenja su dopuštena u svim vrstama postupka. Njihova objava nije samo dopuštena već je i obvezna, ali se pritom anonimiziraju - objavljuje se samo broj protivnih glasova i njihovo obrazloženje, ali bez imena sudaca.

Irski pravni sustav vrlo je specifičan po pitanju izdvojenih mišljenja. U većini ustavnosudskih postupaka ona su zabranjena već samim Ustavom. Sucima redovnih sudova dopuštena su izdvojena mišljenja. Jednako tako dopuštena su i sucima Vrhovnog suda (*Cúirt Uachtarach na hÉireann*), ali samo kad odlučuju o predmetima iz redovite nadležnosti. Međutim, kad odlučuju u predmetima ustavnosudske kontrole, sud donosi jedinstvenu odluku bez izdvojenih mišljenja, bilo potvrđujućih (podudarnih) ili suprotnih, niti se njihovo postojanje na bilo koji način obznanijuje.

U Latviji sucima redovnih sudova nije dopušteno objavljivati izdvojena mišljenja. Ta je mogućnost, međutim dopuštena sucima Ustavnog suda (*Latvijas Republikas Satversmes tiesa*). Pritom se izdvojena mišljenja nakon donošenja i objave odluke suda najprije dostavljaju svim sucima koji su sudjelovali u odlučivanju i objavljuju tek naknadno i odvojeno.

Litva ima sustav u kojem je objavljivanje izdvojenih mišljenja dopušteno sucima redovnih sudova kao i sucima Ustavnog suda (*Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas*). U ustavnosudskim postupcima izdvojena mišljenja se prilažu uz odluku u spisu i objavljuju na mrežnoj stranici suda, a stranke u postupku i mediji samo se se obavještavaju o njihovom postojanju.

U Mađarskoj se izdvojena mišljenja sudaca Ustavnog suda (*Magyarország Alkotmánybírósága*) objavljuju zajedno s odlukom suda. Na redovnim sudovima izdvojena mišljenja se ne objavljuju, već se zatvaraju u posebnu kuvertu i dostupna su samo višim sudovima u žalbenom postupku.

Na njemačkom Saveznom ustavnom sudu (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) izdvojena mišljenja (*Sondervotum*) i njihova objava dopuštena su izričitom zakonskom normom. Riječ je o iznimci u sustavu, jer na redovnim sudovima objava izdvojenih mišljenja nije dopuštena.

Poljska ima sustav u kojem je objavljivanje izdvojenih mišljenja dopušteno sucima redovnih sudova kao i sucima Ustavnog suda (*Trybunał Konstytucyjny*). Izdvojeno mišljenje može biti potvrđujuće (podudarno s izrekom odluke, a različito samo u odnosu na obrazloženje) ili suprotno većinskoj odluci.

U Portugalu suci Ustavnog suda (*Tribunal Constitucional*) mogu pisano obrazložiti svoj glas protiv većinskog mišljenja (*voto vencido*, doslovce prevedeno: poraženi glas). Ako je riječ o sucu izvjestitelju, predsjednik suda imenuje nekog od drugih sudaca za izradu konačne (većinske) odluke suda. Izdvojena mišljenja dopuštena su i na redovnim sudovima.

Rumunjska također ima sustav u kojem su izdvojena mišljenja dopuštena na redovnim sudovima kao i na Ustavnom sudu (*Curtea Constituțională a României*).

Izdvojena mišljenja ustavnih sudaca objavljuju se u službenom glasilu zajedno s odlukom suda.

Slovenski Ustavni sud (*Ustavno sodišče Republike Slovenije, US RS*) također dopušta izdvojena mišljenja koja se dostavljaju strankama postupka zajedno s odlukom. Ona se, međutim, objavljuju samo na mrežnoj stranici suda, ali ne i u državnom službenom glasilu i to zbog banalnog razloga: troškova objave koje mora podmiriti sud. Na redovnim sudovima objava izdvojenog mišljenja nije dopuštena.

U Slovačkoj suci Ustavnog suda (*Ústavný súd Slovenskej republiky*) mogu izdvojiti svoje mišljenje i tražiti da se ono ukratko zabilježi u zapisniku o glasovanju, a u cijelosti objavi. Izdvajanje mišljenja dopušteno je i na redovnim sudovima, ali ta mogućnost u praksi još nikad nije korištena.

Španjolski Ustav iz 1978. izričito dopušta izdvojena mišljenja u postupcima pred Ustavnim sudom (*Tribunal Constitucional de España*). Od 1985. na temelju Organskog zakona o sudbenoj vlasti (*Ley Orgánica del Poder Judicial*) mogućnost izjavljivanja pojedinačnih izdvojenih mišljenja (*votos particulares*) proširena je i na sve redovne sudove.

U *Švedskoj* nadležnost za obavljanje ustavnosudske kontrole imaju svi sudovi na čelu s Vrhovnim sudom (*Högsta domstolen, HD*). Mogućnost izdvajanja mišljenja sudaca dopuštena je u redovnim sudskim predmetima kao i u predmetima ustavne kontrole.

Sudovi u Ujedinjenom Kraljevstvu tradicionalno donose odluke *seriatim*. Svi suci pojedinačno predaju svoja osobna mišljenja, a nakon toga odluka se donosi većinom. Takav način odlučivanja potiče od sustava u kojem najvišu sudsku instancu čini Odbor za žalbe Doma lordova (*Appellate Committee of the House of Lords*). Nakon donošenja Zakona o ljudskim pravima (*Human Rights Act*) iz 1998. godine s ciljem inkorporiranja prava sadržanih u Europskoj konvenciji o ljudskim pravima u domaće pravo, uvedena je difuzna kontrola temeljena na Konvenciji. Godine 2009. Odbor za žalbe zamijenjen je formalno neovisnim Vrhovnim sudom (*Supreme Court*) koji je zadržao tradiciju *seriatim* odlučivanja, uključujući i postupke koji se odnose na Zakon o ljudskim pravima, za koje se može reći da je riječ o predmetima ustavnosudske kontrole.

Dakle, unutar 20 država članica EU-a s praksom izdvojenih mišljenja, najviše (13) je onih koje dopuštaju njihovu objavu u svim vrstama postupka, u šest država dopuštena je objava samo u postupcima ustavnosudske kontrole, a u jednoj samo u redovnim sudskim postupcima.³⁹

No osim u navedenim državama EU-a, objava izdvojenih mišljenja dopuštena je i u mnogim drugim državama širom svijeta, primjerice u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori, Makedoniji, Moldaviji, Norveškoj, Srbiji, Armeniji, Azerbajdžanu, Gruziji, Turskoj, Ukrajini, Kanadi, Argentini i Čileu.⁴⁰

39 Ibid., str. 20-29.

40 Mavčić, A., op. cit., str. 3.

4. PRAVNO-TEORIJSKA PITANJA

Teorijske rasprave o institutu izdvojenog mišljenja oduvijek su polazile od njegovog utjecaja na legitimitet sudova. Pitanje demokratskog legitimiteta ključno je za točnu i potpunu analizu fenomena sudačkog izdvojenog mišljenja.

Prema Kelemen kad je riječ o raspravi o pitanju legitimiteta glavnu ulogu u tome imaju dva osnovna načela koja se oba bezuvjetno odnose i na pitanje izdvojenih mišljenja: sudačka neovisnost i transparentnost odlučivanja. Ta dva načela moraju se smatrati temeljem demokracije, ali njih nije lako dovesti u ravnotežu.⁴¹

S tog aspekta koncepcija dopuštenosti izdvojenih mišljenja sudaca i njihove javne objave u pravnoj teoriji otvara mnoga pitanja na koja teoretičari daju različite odgovore i zastupaju različita stajališta o (ne)poželjnosti takve prakse.

Prvo pitanje od kojeg polazi rasprava o institutu izdvojenog mišljenja pitanje je razloga neslaganja odnosno kada i zašto između sudaca dolazi do razlike u mišljenjima.

Alder smatra kako postoji niz nespojivih vrijednosti i interesa koji svaki za sebe zaslužuju poštovanje, ali su u stalnoj međusobnoj borbi odnosno suparništvu. Ljudska priroda nije dosljedna i postojana, jer u svakom čovjeku postoje porivi koji se stalno međusobno natječu, ne samo u odnosu s okolinom već i unutar njega samog (primjerice potrebe za samoćom i za društvom, potrebe za promjenom i za stabilnošću i dr.). S obzirom na to, u sudskim postupcima razlikuju se četiri osnovne vrste nepomirljivih razilaženja koja obično dolaze do izražaja na žalbenim odnosno višim sudovima:

1. Prva vrsta razilaženja odnosi se na neslaganje o bitnim etičkim ili političkim vrijednostima. Ono osobito nastaje u postupcima vezanim uz ljudska prava u kojima se prava pojedinca (kao što je primjerice privatnost) suprotstavljaju javnom interesu pri čemu se treba opredijeliti hoće li se pravo pojedinca shvatiti kao dio javnog interesa (u širem smislu) ili kao nešto što je protivno javnom interesu.

2. Druga vrsta neslaganja odnosi se na institucionalno ograničenje sudačke funkcije, posebice na razlikovanje između formalnog i sadržajnog rasuđivanja u smislu opreke između rasuđivanja sukladno tradicionalnim vrijednostima vladavine prava i rasuđivanja prema ishodima odnosno rezultatima koji se žele (trebaju) postići. Oba se pristupa mogu jednako dobro braniti kao sredstvo za spajanje različitih ljudskih vrijednosti putem međusobnih ustupaka između suprotstavljenih zahtjeva stabilnosti i zahtjeva promjene koje traži ljudska priroda. Neslaganje o formalnom i sadržajnom načinu rasuđivanja pokazuje se osobito u kontekstu izbora između gramatičkog i teleološkog tumačenja te rasprave o ograničenjima sudskog aktivizma.

3. Treća vrsta razilaženja presijeca prve dvije vrste, a odnosi se na suprotnost između općih, tradicionalnih, *a priori* prihvaćenih načela, s jedne strane i pragmatičnog i uzročno-posljedičnog pristupa.

41 Kelemen, K., op. cit., str. 1357.

4. U četvrtoj vrsti riječ je o tomu da između sudaca u osnovi ne postoji neslaganje, već se međusobne razlike sastoje samo u njihovu subjektivnom odmjeravanju ili predviđanju ishoda ili zaključaka koji proizlaze iz činjenica predmeta.⁴²

Bivši sudac američkoga Vrhovnog suda William Brennan ističe da je jedan od motiva za isticanje izdvojenog mišljenja ufanje „oporbenog“ suca da će sud u budućnosti ispraviti „pogrešku“ koju je po njegovu mišljenju učinio. Osim toga, izdvojeno mišljenje nije samo obična replika, već ono ukazuje na ozbiljnost i širinu provedene rasprave u kojoj su suci koji čine prevladavajuće mišljenje prisiljeni baviti se teškim pitanjima koje pred njih postavljaju ostali suci čije je mišljenje ostalo u manjini, što povećava kvalitetu konačne odluke. Namjera suca koji je dao izdvojeno mišljenje može biti i nagovještaj mogućeg uspjeha na višim sudskim razinama te davanje uputa i prijedloga strankama postupka o sadržajnom usmjerenju pravnog lijeka. U tom smislu Brennan izražava potpuno neslaganje s ocjenama da suci izdvajaju mišljenje iz vlastita samoljublja ili da se tako zapravo bave pisanjem fikcija.⁴³

Slično tomu, Baird i Jacobi kao moguće razloge za izdvajanje mišljenja navode: (1) pokušaj uvjeravanja većine da je pogriješila u donošenju odluke, (2) davanje signala strankama sudskog postupka (konkretnim i potencijalnim) o načinu na koji trebaju pravno uobličiti svoj zahtjev u budućim istovjetnim ili sličnim slučajevima radi povećanja izgleda za uspjeh u postupku te (3) stvaranje temelja za buduću izmjenu sudske prakse.⁴⁴

No razlike i neslaganja između sudaca koji zajedno odlučuju kao članovi sudskog tijela nemaju uvijek za posljedicu izdvajanje mišljenja. Štoviše, u određenim okolnostima suci izbjegavaju izraziti izdvojeno mišljenje čak i kad se uopće ne slažu s većinskim mišljenjem. Takvu pojavu Epstein i kolege nazivaju „odbojnošću prema izdvajanju mišljenja“ (*dissent aversion*). Njihovo je istraživanje pokazalo da za izdvajanje mišljenja postoje različiti poticaji i pobude te da odluka suca o tomu ovisi o njegovu profesionalnom opterećenju, procjeni ugrožavanja kolegijalnih odnosa, mogućem utjecaju na buduću promjenu sudske prakse, ideološkom sastavu suda, važnosti slučaja i stupnju privrženosti suda sudskoj praksi odnosno presedanima.⁴⁵

42 Alder, J., op. cit., str. 227-232.

43 Brennan, W. J., In Defense of Dissents, *The Hastings Law Journal*, vol. 37, str. 428 i 430, <[http://repository.uchastings.edu/...](http://repository.uchastings.edu/)>, 25. veljače 2016. William J. Brennan bio je sudac Vrhovnog suda SAD-a (*Associate Justice of the United States Supreme Court*) u razdoblju od 1956. do 1990. godine.

44 Baird, V. i Jacobi, T., How the Dissent Becomes the Majority: Using Federalism to Transform Coalitions in the U.S. Supreme Court, *Duke Law Journal*, vol. 59, no. 2, 2009., str. 185 i 186, <[http://scholarship.law.duke.edu/...](http://scholarship.law.duke.edu/)>, 21. prosinca 2015.

45 Epstein, L. i dr., Why (and When) Judges Dissent: a Theoretical and Empirical Analysis, *Journal of Legal Analysis*, vol. 3, no. 1, 2011., str. 135, <<http://jla.oxfordjournals.org/>>, 14. siječnja 2016.

Poseban problem, posebice u sustavima *seriatim* mišljenja, pitanje je koje pravno stajalište predstavlja obvezni presedan ako postoji više različitih mišljenja o razlozima donošenja odluke suda, a niti jedno pojedinačno izraženo mišljenje nema podršku potrebne većine sudaca. Kao odgovor na to pitanje teorija je razvila tri osnovne doktrine te niz prilično zamršenih metoda koje proizlaze iz njihovih kombinacija.

Osnovne metode rješenja tog problema su sljedeće:

1. doktrina najpribližnijeg stajališta (*Narrowest Grounds Doctrine*) prema kojoj u tom slučaju obvezni presedan predstavlja stajalište onog pojedinačnog potvrđujućeg (podudarnog) mišljenja koje najtješnje podupire donesenu odluku (*who concurred in the judgement on the narrowest grounds*),⁴⁶
2. koncept dispozitiva po kojem presedan postaje jedino sama izreka odluke, dok su pojedinačna mišljenja ograničena na puko sredstvo uvjeravanja i nisu obvezna za niže sudove,
3. koncept većine po kojem presedan postaje stajalište onog potvrđujućeg (podudarnog) mišljenja koje podupire najveći broj sudaca (relativna većina, *majority of the majority*).⁴⁷

Sljedeće pitanje vezano uz institut izdvojenog mišljenja odnosi se na njegov utjecaj na donošenje odluke suda. Iskustvena istraživanja pokazala su da već sama najava mogućeg izdvajanja mišljenja tijekom raspravljanja između sudaca rezultira preispitivanjem većinskog mišljenja što produljuje vrijeme potrebno za donošenje odluke. Jednako tako, sudska odluka koja zapravo predstavlja većinsko mišljenje, redovito je opširnija kad uz nju postoji izdvojeno mišljenje.⁴⁸

Pravna teorija ipak se najviše bavi pitanjem o argumentima koji govore u prilog i protiv instituta sudačkog izdvojenog mišljenja. Pritom je od pitanja same dopuštenosti izdvojenog mišljenja još više prijeporno pitanje njegove javne objave.

Vezano uz ta pitanja Brennan ističe kako sud kao institucija predstavlja svojevrsni paradoks, jer istodobno označava organizaciju (kao jedinstveni subjekt) i njezine članove (kao pojedince). Kritike izdvojenog mišljenja zagovaraju primat organizacije u odnosu na njezine članove tvrdeći da je sud „legitimniji“ i

46 Tu je doktrinu uveo Vrhovni sud SAD-a u predmetu *Marks v. United States* iz 1977. godine u kojem se pozvao na najpribližnje stajalište iz nekoliko godina ranije donesene odluke u predmetu *Memoirs v. Massachusetts*. No ova doktrina ne rješava problem do kraja, jer se otvara novo pitanje o načinu određivanja onog pojedinačnog stajališta koje predstavlja „najpribližnje stajalište“. Iako teorija daje više različitih odgovora i na to pitanje, pojedini teoretičari nisu uvjereni u njezinu ispravnost i pouzdanost. Tako Friedman i njegove kolege smatraju da je riječ o krajnje čudnom pravilu koje predstavlja čistu fikciju. Friedman, B. i dr., op. cit., str. 139 i 145.

47 Ledebur, E. L., op. cit., str. 910-912.

48 Epstein, L. i dr., op. cit., str. 102-103 i 120. U tom smislu može se reći da sudac koji najavljuje izdvojeno mišljenje poprima ulogu „vražjeg odvjetnika“ (*advocatus diaboli*) koji izaziva ili produbljuje raspravu, odnosno pronalazi slabosti, proturječnosti ili nesavršenosti u početnom stavu, čime pridonosi donošenju ispravne odluke i njezinu kvalitetnijem obrazloženju.

vjerniji svojoj ulozi kada istupa jednim jedinim glasom. Međutim, iako je točno da jednoglasnost ističe snagu imperativa ustavnosti, ona nije sama po sebi vrлина sudbenog djelovanja.⁴⁹

Kao argument u prilog instituta izdvojenog mišljenja najčešće se navodi njegova ukorijenjenost u dvije opće ustavne vrijednosti: slobodu izražavanja mišljenja i sudačku neovisnost.

Kad je riječ o slobodi izražavanja mišljenja ističe se da sucima mora biti omogućeno iskazivanje svojih misli i izražavanje protivljenja u slučaju kad se ne slažu s kolegama. Dopuštanje izdvajanja mišljenja unosi određenu mjeru demokratičnosti i slobode izražavanja u proces donošenja sudske odluke, jer tako svaki sudac u njemu sudjeluje u potpunosti, čak i kad na kraju odluku donosi većina. Izdvojena mišljenja izraz su kreativnosti, inovativnosti i izražaja pojedinog suca pa odnos sudstva prema praksi njihova objavljivanja ovisi o mjeri razumijevanja, prihvaćanja i praktične primjene slobode izražavanja.⁵⁰

U tom smislu često citirani sudac Vrhovnog suda SAD-a Antonin Scalia navodi kako mogućnost napisati vlastito mišljenje, bez potrebe za prilagođavanjem u bilo kojoj mjeri, koje se više ili manje razlikuje od viđenja drugih kolega sudaca i usmjeriti se na pravni detalj koji drugi ne smatraju važnim te precizno izraziti i obrazložiti kritiku, ili bojazan, ili sumnju, ili predviđanje negativnog učinka u odnosu na većinsku odluku, predstavlja neusporedivo profesionalno zadovoljstvo.⁵¹

U odnosu na sudačku neovisnost ističe se da je davanje ovlasti sucima za izdvajanje njihova mišljenja preduvjet jamstva njihove neovisnosti. Ta neovisnost obuhvaća dva oblika: međusobnu neovisnost sudaca (jedan od drugog) i neovisnost sudstva od drugih grana vlasti. Mogućnost izdvajanja mišljenja sucima osigurava položaj u kojem su odgovorni samo svojoj savjesti, oslobođeni pritiska da se priklone mišljenju koje ne podržavaju i koji im jamči ispunjenje obećanja danog sudačkom prisegom.⁵²

Friedman i dr. ističu vrijednost izdvojenih mišljenja za budući razvitak prava. Dopuštajući izdvojena mišljenja, čak i kad ona zamućuju jasnoću zakona, sud putem njih optimalno uravnotežuje zahtjeve transparentnosti, legitimnosti, jasnoće, stabilnosti i ekonomičnosti. Pravo nije nikad statično, ono je uvijek usmjereno na budućnost. Vrsna izdvojena mišljenja šalju važne signale ne samo što pravo u danom trenutku jest već što ono u budućnosti može biti. U tom smislu izdvojena mišljenja svojevrсни su kompas za zakonske promjene.⁵³

Na tom tragu Baird i Jacobi smatraju da se pojedina izdvojena mišljenja mogu objasniti kao znak da sudac koji je ostao u manjini nije odustao od svojih

49 Brennan, W., op. cit., str. 432.

50 Vitale, D., op. cit., str. 2-3 i 7.

51 Scalia, A., *The Dissenting Opinion*, *Journal of Supreme Court History*, vol. 19, no. 1, 1994., str. 35, <<http://onlinelibrary.wiley.com/...>>, 4. ožujka 2016. Antonin Scalia bio je sudac Vrhovnog suda SAD-a (*Associate Justice of the United States Supreme Court*) od 1986., a preminuo je 13. veljače 2016., upravo u vrijeme pisanja ovoga rada.

52 Vitale, D., op. cit., str. 2.

53 Friedman i dr., op. cit., str. 104.

argumenata i mišljenja te da svojim izdvojenim mišljenjem gradi temelj za mogući preokret u nekom budućem istovjetnom ili sličnom slučaju. Osim toga izdvojeno mišljenje može biti povod za tzv. *certiorari* postupak⁵⁴ na višem sudu. Ono također može pomoći nezadovoljnoj stranci u iniciranju daljnjih postupaka ulaganjem pravnih lijekova.⁵⁵

Slično tomu, Brennan navodi da vrijeme u kojem pojedino izdvojeno mišljenje može postati mišljenje većine ovisi o razvitku društva i dalekovidnosti sudaca kao pojedinaca. Pritom ističe primjer suca Johna M. Harlana⁵⁶ koji se svojim izdvojenim mišljenjima zapravo nije obraćao samo kolegama sucima već čitavom društvu i što je još važnije, izvan okvira vremena budućim generacijama. Osim toga, smatra da iznošenje izdvojenog mišljenja nije samo pravo suca već je to, kada je riječ o važnom i dubokom neslaganju, ujedno i njegova obveza koja proizlazi iz odgovornosti prema načelu vladavine prava i drugim načelima na kojima počiva sudbena vlast. Kao što je sud dužan obrazložiti svoju odluku i objasniti zašto i kako je do nje došao, istu dužnost ima i sudac koji je izdvojio mišljenje. Stoga svaki sudac mora biti aktivan sudionik postupka i kad je potrebno mora napisati izdvojeno mišljenje i tako zabilježiti svoje razmišljanje. To nije čin njegova egoizma već njegova dužnost koju ne smije izbjegavati.⁵⁷

U pravnoj literaturi navode se brojni primjeri slučajeva u kojima je izdvojeno mišljenje izjavljeno u određenom sudskom predmetu kasnije dovelo do promjene stajališta sudova i postalo većinsko mišljenje u drugom sudskom predmetu i daljnjoj praksi. Tako je primjerice u predmetu *A Quantity of Copies of Books v. Kansas* Vrhovni sud SAD-a odlukom iz 1964. godine donesenom većinom glasova sudaca uskratio pravo savezne države da svojim propisima uređuje postupanje prema određenoj literaturi s opscenim sadržajem tako da je smatra zabranjenom robom koja se može oduzeti i uništiti jednako kao i ilegalna alkoholna pića. Sudac John M. Harlan II⁵⁸ izdvojio je mišljenje smatrajući da takva odluka nepotrebno spriječava savezne države u obuzdavanju širenja opscenih materijala, a isto je ponavljao i kasnije u istovjetnim predmetima. Nakon toga, u predmetu *Paris Adult Theatre I v. Slaton* Vrhovni sud je odlukom iz 1973. godine saveznom državama dao veliku slobodu u tom području, prihvaćajući pravno stajalište suca Harlana i citirajući njegova izdvojena mišljenja.⁵⁹

54 *Certiorari* je poseban pravni institut u common law sustavu koji predstavlja pravo višeg suda da po vlastitoj diskrecijskoj odluci (*Writ of Certiorari*) preuzme slučaj nižeg suda. Taj postupak mogu predložiti i stranke u postupku (*Petition for Writ of Certiorari*), ali sud prijedlog ne mora prihvatiti, jer nije riječ o pravu stranke, već o diskrecijskoj ocjeni samog suda. Postupak je osobito prisutan u praksi Vrhovnog suda SAD-a. Black's, op. cit., str. 241 i 242. Vidi i Smerdel, B. i Sokol, S., op. cit., str. 173.

55 Baird, V. i Jacobi, T., op. cit., str. 186. i 196.

56 Vidi supra u poglavlju 3.

57 Brennan, W., op. cit., str. 432 i 435-438.

58 Sudac John Marshall Harlan II. bio je sudac Vrhovnog suda SAD-a (*Associate Justice of the United States Supreme Court*) od 1955. do 1971.

59 Baird, V. i Jacobi, T., op. cit., str. 194. i 195.

U spomenutom istraživanju Odbora za pravna pitanja Europskog parlamenta⁶⁰ također se navode slični argumenti u prilog izdvojenih mišljenja: zaštita integriteta sudaca, moralne neovisnosti i slobode izražavanja, poboljšanje kvalitete sudskih odluka i njihove uvjerljivosti, pospješivanje transparentnosti te razvijanje dijaloga s drugim sudovima i slanje poruka za budućnost.⁶¹

Iako institut izdvojenog mišljenja ima brojne zagovornike, broj njegovih protivnika nije ništa manji niti su njihovi protuargumenti ili barem neki od njih bitno slabiji. Ocjene o izdvojenim mišljenjima kreću se u širokom rasponu. U najboljem slučaju shvaćaju se kao „svojestven način razmišljanja s vrijednošću i prolaznošću anegdote“, a u najgorem slučaju smatraju se „patološkim lomom u pravnom sustavu.“⁶²

Protivnici izdvojenog mišljenja smatraju da je taj institut protivan načelu vladavine prava prema kojem sud ima svoj vlastiti institucionalni nastup koji je iznad pojedinačnih nastupa njegovih članova. Budući da u idealnom smislu vladavina prava nije vladavina ljudi (*the rule of law is not the rule of men*)⁶³, izdvojeno mišljenje kao tekst njegova autora (pojedince) predstavlja prijetnju odluci suda (većine), jer ta dva akta ne mogu biti istodobno prihvaćena pa stoga ono mora ostati skriveno. Izdvojena mišljenja podrivaju jasnoću institucionalnog istupanja suda i čini upitnim odnos između sudskih odluka i pravne sigurnosti.⁶⁴

Istraživanje Odbora za pravna pitanja Europskog parlamenta kao glavne argumente protiv izdvojenih mišljenja utvrdilo je zaštitu autoriteta suda i njegovih sudaca, čuvanje neovisnosti sudaca od neprimjerenih političkih pritisaka, osiguranje jasnoće i nedvosmislenosti donesenih odluka i očuvanje međusobne kolegijalnosti sudaca.⁶⁵

U pravnoj literaturi protiv izdvojenih mišljenja također se obično ističu isti ili slični argumenti: 1) moguće slabljenje uvjerljivosti pravnih institucija i gubitak povjerenja javnosti (izdvojeno mišljenje samo po sebi ili u nekom kontekstu nameće pitanje uvjerljivosti, vjerodostojnosti i autoriteta većinski usvojene sudske odluke), 2) slabljenje pravne sigurnosti (izdvojeno mišljenje može unijeti dodatnu zbunjenost u već ionako složeno područje prava i na neprihvatljiv način oslabiti doktrinu *stare decisis*⁶⁶), 3) moguće zloupotrebe sudske vlasti (izdvojeno mišljenje sudac može iskoristiti za svoju vlastitu promociju, za stjecanje određenog položaja formiranjem neformalnih saveza s drugim sucima ili za omalovažavanje drugih kolega sudaca) i 4) neučinkovitost (izdvojena mišljenja ne povećavaju opterećenje samo suca koji je

60 Vidi supra, bilj. 37.

61 Raffaelli, R., op. cit., str. 7.

62 Alder, J., op. cit., str. 221 i 222.

63 Riječ je o postavci koja se ističe u mnogim presudama američkoga Vrhovnog suda, između ostalih i u ranije spomenutoj presudi *Marbury v. Madison* („*The Government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men.*“). *Marbury v. Madison*, str. 163., vidi supra, bilj. 29.

64 Stack, K., op. cit., str. 2238-2240 i 2258.

65 Raffaelli, R., op. cit., str. 7.

66 Vidi supra, bilj. 32.

izdvojio mišljenje već i ostalih sudaca, jer moraju utrošiti više napora i vremena za obrazloženje svoje odluke, a osim toga povećavaju se i troškovi objave odluke).⁶⁷

Friedman i kolege navode da je najjači i najčešći argument koji se ističe protiv izdvojenih mišljenja ocjena da ona razaraju pravnu jasnoću.⁶⁸

To stajalište, između ostalih, zastupa i Ledebur koji navodi kako izdvojeno mišljenje dovodi do podijeljenosti suda pa stoga njegove odluke nemaju potpuno jasno značenje i vrijednost presedana te dovode do pomutnje među nižim sudovima. Ističe da je upravo Marshallovo uvođenje metode donošenja jedinstvene odluke suda većinskim odlučivanjem omogućilo Vrhovnom sudu SAD-a da se postavi na položaj glavne snage unutar sudbene grane vlasti uz bok izvršnoj i zakonodavnoj grani vlasti.⁶⁹

No pored navedenih, pojedini autori navode i argument mogućeg negativnog utjecaja izdvojenog mišljenja na odnose kolegijalnosti između sudaca.⁷⁰ S jedne strane suci čije se mišljenje na prihvaća često se povlače i ne pridonose raspravi i sadržaju sudske odluke, već se usredotočuju na kreiranje svog izdvojenog mišljenja. S druge strane suci koji zastupaju većinsko mišljenje mogu pogrešno shvatiti izdvajanje mišljenja kao „neprijateljski čin“ s ciljem osporavanja njihove sposobnosti i ugleda te mogu na različite načine uzvratiti, omalovažiti ili isključiti neistomišljenika u okvirima sudačke dužnosti.⁷¹

Iako sudac koji izrazi drukčije mišljenje na bilo koji način u pravilu ne gubi zbog toga svoj položaj i ugled među kolegama, barem ne u sustavima s tradicijom izdvajanja mišljenja, u pravnoj literaturi zabilježen je slučaj u kojem je predsjednik engleskog Prizivnog suda (*Master of the Rolls*)⁷², predsjedajući tročlanim sudskim vijećem, nakon što se druga dvojica sudaca nisu složila s njegovim mišljenjem da predmetnu žalbu treba usvojiti, arogantno zaključio da će žalba ipak biti usvojena, a njima naložio da se međusobno dogovore koji će od njih dvojice izdvojiti mišljenje.⁷³

U odnosu na dopuštenost objavljivanja izdvojenih mišljenja u javnosti, to je pitanje jednako zanimljivo s teorijskoga kao i s praktičnog aspekta. Pojedini autori smatraju da bi izdvojena mišljenja trebala biti samo u internom kolanju između sudaca, a ne bi ih trebalo javno objavljivati. Tako bi se iskoristila vrijednost izdvojena mišljenja u „brušenju“ mišljenja većine, a istodobno bi se sačuvao dojam

67 Vitale, D., op. cit., str. 4-6.

68 Friedman, B. i dr., op. cit., str. 129.

69 Ledebur, E. L., op. cit., str. 901 i 902.

70 Raffaelli, R., op. cit., str. 11, Epstein, L. i dr., op. cit., str. 135., Brennan, W., op. cit., str. 435.

71 U tom smislu zanimljivo je da se u engleskom jeziku riječ dissenter kojom se naziva sudac koji izdvoji mišljenje, koristi u značenju „čovjek drugih nazora“, „čovjek koji drukčije misli“, „oporbenjak“, ali i u značenju „otpadnik“ i „sektas“. Bujas, Ž., *Veliki englesko-hrvatski rječnik*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2005., str. 241.

72 *Master of the Rolls* naziv je za predsjednika Prizivnog suda (*Court of Appeal*) u Engleskoj, a nekada je taj naziv imao sudac odgovoran za registar i arhiv. Black's, op. cit., str. 998.

73 Brennan, W., op. cit., str. 429.

čvrstoće uvjerenja i sigurnosti.⁷⁴

Suprotno tomu, Lynch smatra kako je mogućnost da sudac objavi svoje mišljenje kojim ne prihvaća obrazloženje svojih kolega sudaca, smatrajući da je donošenjem odluke većina pogriješila, ključni pokazatelj snažnog i neovisnog sustava sudstva te da je postojanje sudskih presuda s izdvojenim mišljenjima jedan od čimbenika koji potvrđuje jamstvo o ekipiranosti sudova sucima koje ne obvezuje ništa snažnije od vlastita osobnog poštovanja zakona. Potpuno i otvoreno iznošenje svih razloga za donošenje sudske odluke nužan je uvjet obavljanja sudbene vlasti, a taj zahtjev uključuje i objavljivanje izdvojenog mišljenja. Osim toga, odsutnost drukčijeg mišljenja ne spriječava analizu i kritiku sudske odluke od strane političara, medija i zainteresiranih komentatora.⁷⁵

Najpotpuniji pregled argumenata koji govore u prilog i protiv objavljivanja izdvojenih mišljenja koji se može naći u pravnoj literaturi daje Alder. Kao argumente za objavljivanje on ističe sljedeće:

1. sama spoznaja o mogućnosti objave izdvojenog mišljenja jamči jednak odnos prema svim članovima sudskog vijeća i njihovim pojedinačnim stajalištima te se tako ne slabi, već dapače jača njihova kolegijalnost,
2. objava izdvojenog mišljenja jača pouzdanje u sudstvo, jer potiče većinu na oštroumnije rasuđivanje i tako osigurava donošenje dobro promišljene i neovisne odluke uz punu odgovornost njezinih donositelja,
3. objava izdvojenog mišljenja spaja slobodu izražavanja kao tradicionalnu vrijednost i osobnu savjest kao unutarnju vrijednost,
4. objavljeno izdvojeno mišljenje može razotkriti slabosti u pravnom uređenju i tako utjecati na njegove promjene u budućnosti (u SAD-u to se naziva „proročanskom“ odnosno „prosvjetnom“ ulogom),
5. objava izdvojenog mišljenja može pomoći u pojašnjenju i razumijevanju spornog pitanja, jer se argumenti na kojima se zasniva sudska odluka ponekad mogu lakše sagledati kroz suprotno gledanje.

S druge strane, navodi sljedeće argumente koji govore protiv javnog objavljivanja izdvojenog mišljenja:

1. vanjski izgled jedinstva suda u donošenju odluke općenito se smatra osloncem autoriteta pravnog sustava i pouzdanja u pravo, dok objava izdvojenog mišljenja slabi učinak većinskog mišljenja i tako umanjuje povjerenje u odluku suda,
2. objavljivanje izdvojenih mišljenja unosi nesigurnost u pravni sustav i na neprihvatljiv način slabi doktrinu *stare decisis*⁷⁶,
3. objava izdvojenog mišljenja obično ima slab učinak i stoga bespotrebno troši kapacitete te uglavnom služi samoreklamiranju o javnom trošku,
4. izdvojeno mišljenje može zamrsiti slučaj o kojem se treba odlučiti i unijeti smetenost u razmišljanje većine,

⁷⁴ Alder, J., op. cit., str. 245.

⁷⁵ Lynch, A., op. cit., str. 81, 92 i 103.

⁷⁶ Vidi supra, bilj. 32.

5. tajnost odnosno skrivenost pojedinačnih mišljenja čuva sudsku neovisnost štiteći svakoga pojedinog suca od političkog uplitanja.⁷⁷

Iako se argumenti koji govore protiv izdvojenih mišljenja i njihovog objavljivanja ne mogu *a priori* odbaciti i zanemariti, uz različita veća ili manja ograničenja takvo postupanje afirmiralo se u mnogim državama, osobito u postupanju ustavnih sudova odnosno drugih najviših sudova koji obavljaju funkcije ustavnog sudovanja. No s obzirom na snagu i ozbiljnost argumenata protiv izdvojenih mišljenja i osobito njihovog objavljivanja, čak i teoretičari i praktičari koji se za njih zalažu smatraju da u toj praksi moraju postojati određena pravila odnosno ograničenja.

Tako Brennan smatra da izdvojeno mišljenje samo za sebe nema vrijednost te da sudac ne treba objavljivati beznačajna neslaganja s većinom. U tom smislu ničija dužnost nije samo dizati galamu već svatko, a osobito suci trebaju glasno istupiti kad su uvjereni da je to potrebno za ostvarivanje rezultata odnosno cilja postavljenog ustavnim pravilima.⁷⁸

Alder također naglašava da bi izdvojeno mišljenje trebalo koristiti rijetko i strateški te da u tom smislu suci trebaju biti suzdržani. Izdvajanje mišljenja treba koristiti samo ako postoji zaista vrijedan razlog za to. Ono bi trebalo biti dopušteno u stvarima javnog prava, a u području privatnog prava samo iznimno.⁷⁹

Raspravama o tom pitanju najbogatija je njemačka pravna literatura u kojoj se, pored ostalog, pokušalo odrediti konkretna pravila i uvjete za objavljivanje izdvojenih mišljenja i za njihov sadržaj, kao što su primjerice sljedeća pravila:

- objavljivanje izdvojenih mišljenja treba ograničiti samo na predmete od načelnog odnosno temeljnog interesa,
- izdvojena mišljenja ne smiju biti pogrešno protumačena kao način polemiziranja protiv odluke sudskog tijela odnosno suda i njezina obrazloženja,
- uloga objave izdvojenog mišljenja nije osporavanje i bitka s većinskim stajalištem, već je njezina namjera što je moguće uvjerljivije i preciznije iznošenje argumenata protiv njega.⁸⁰

Iako je izdvojeno mišljenje široko prihvaćeno kao oličenje sudačke slobode i transparentnosti sudskog odlučivanja, treba priznati da postoje situacije u kojima je u donošenju odluke iznimno važno postići jednoglasnost sudaca, jer se tako maksimalno osnažuje njezin legitimitet i šalje snažna poruka o nepostojanju alternative, a to bitno utječe na njezino prihvaćanje od strane stranaka postupka, nižih sudova i opće javnosti. Kao primjer često se navode odluke američkoga Vrhovnog suda u predmetima *Brown v. Board of Education* iz 1954. godine i *Cooper v. Aaron* iz 1958. godine.

77 Alder, J., op. cit., str. 240-243.

78 Brennan, W., op. cit., str. 435 i 438.

79 Alder, J., op. cit., str. 244.

80 Mavčić, A., op. cit., str. 5.

Prvi predmet odnosio se na pitanje rasne segregacije u sustavu obrazovanja u gradu Topeki gdje je Odbor za školstvo (*The Topeca Board of Education*) na temelju zakona države Kansas iz 1879. godine odvojio škole za osnovno obrazovanje djece crne i bijele rase. Iako je u već početku postupka većina sudaca smatrala da odluka Odbora nije u skladu s Ustavom, bilo je sudaca koji su imali drukčije mišljenje. Tadašnji predsjednik Suda Earl Warren⁸¹ uložio je veliki napor da izbjegne izdvojena mišljenja, smatrajući da bi unatoč tome što bi odluka donesena većinom formalno imala istu pravnu snagu, izdvojena mišljenja mogli iskoristiti zagovaratelji segregacije kao priznavanje legitimnosti suprotnih argumenata te da je radi održanja integriteta Suda i izbjegavanja masovnog otpora u državama američkoga juga odluku potrebno donijeti jednoglasno. Sud je nakon dugih rasprava i uvjeravanja konačno donio odluku kojom je oborio koncept *separate but equal* iz predmeta *Plessy v. Ferguson*⁸² i zauzeo pravno stajalište prema kojem je segregacija sama po sebi štetna za učenike crne rase i stoga neustavna, bez obzira na to što su posebne škole za djecu obje rase jednake u kvaliteti prostorija i učitelja.

U drugom predmetu također je bila riječ o segregaciji u školama, ovaj put u saveznoj državi Arkansas, u kojoj je nakon odluke Vrhovnog suda u slučaju *Brown v. Board of Education* izmijenjen njezin Ustav kako bi se osujetio plan desegregacije. U ovom predmetu pristaše segregacije tvrdili su da savezne države imaju ovlast poništiti federalne zakone i odluke federalnih sudova, ako smatraju da one nisu ustavne pa tako i odluku Vrhovnog suda u slučaju *Brown v. Board of Education*. Vrhovni sud jednoglasno je donio odluku kojom je ocijenio ustavno nedopustivim primjenu zakona i propisa kojima se oduzimaju jednaka prava učenicima crne rase. No, osim toga Vrhovni sud odbacio je tvrdnje vlasti Arkansasa i pozivajući se na klauzulu o supremaciji iz članka VI. Ustava SAD-a (*Supremacy Clause*)⁸³ prema kojoj je federalni Ustav najviši pravni akt u SAD-u i na odluku Vrhovnog suda SAD-a u predmetu *Marbury v. Madison*⁸⁴ prema kojoj je Vrhovni sud krajnji odnosno odlučni tumač Ustava, izrazio stajalište da je presedan postavljen u predmetu *Brown v. Board of Education* obvezan za sve savezne države, bez obzira na eventualnu protuslovnost njihovih zakona pa tako u konkretnom slučaju i za vlasti savezne države Arkansas.

Mišljenje o potrebi za usklađenjem tumačenja sudaca u određenim okolnostima iznosi i Dworkin. Razvijajući koncepciju prema kojoj se sudska kao

81 Sudac Earl Warren bio je predsjednik Vrhovnog suda SAD-a (*Chief Justice of the United States*) od 1953. do 1969. godine.

82 Vidi supra u poglavlju 3.

83 Riječ je o članku VI. Ustava SAD-a koji propisuje da federalni Ustav, zakoni i ugovori predstavljaju najviše pravo SAD-a (*supreme law of the land*) i imaju pravnu superiornost u odnosu na bilo koje odredbe ustava ili zakona saveznih država koje su s njima u sukobu. Black's, op.cit., str. 1481. Smisao ove klauzule je u potrebi postojanja mehanizma koji odgovara na pitanje primjene prava u slučajevima međusobnog sukoba propisa različitih razina vlasti (federalnih vlasti i vlasti saveznih država). Bačić, A. i Bačić, P., *Konstitucionalizam i federalizam*, Europske studije, vol. 1, br. 1, 2015., str. 65.

84 Vidi supra, bilj. 29 i 63.

i zakonodavna vlast trebaju voditi načelom integriteta (*the principle of integrity*) s osnovnim zahtjevom da obnašatelji tih funkcija stvaraju i tumače pravo tako da se ono može primjenjivati dosljedno i usklađeno, navodi kako se sudac ponekad mora prilagođavati da bi dobio glasove drugih sudaca i da bi sud donio zajedničku odluku koja bi bila prihvatljiva okruženju odnosno društvu i mogla djelovati u duhu ustavnih načela.⁸⁵

5. IZDOJENO MIŠLJENJE U HRVATSKOM PRAVNOM SUSTAVU

U Republici Hrvatskoj sudovi sude na temelju Ustava i zakona. Iako važnu ulogu ima i sudska praksa, nije riječ o sustavu presedana, jer odluke viših sudova obvezuju sudove nižih stupnjeva samo snagom pravnog argumenta te se tako postiže i učinak ujednačavanja sudske prakse.⁸⁶

U pravnim stvarima iz sudske nadležnosti u prvom stupnju u pravilu sudi sudac pojedinac. U kojim slučajevima sudovi u prvom stupnju sude u vijeću određuje se zakonom. U višem stupnju sudovi u pravilu sude u vijeću, a iznimno i u tom postupku može suditi sudac pojedinac. Broj članova vijeća koji odlučuju o pojedinim predmetima različit je i ovisi o vrsti postupka.

U parničnom postupku sporove u prvom stupnju sudi sudac pojedinac, u drugom stupnju vijeće sastavljeno od troje sudaca, a u postupku povodom revizije u vijeću sastavljenom od petero sudaca, ako zakonom nije drukčije određeno. U postupcima u kojima sudi vijeće za donošenje odluke potrebna je većina glasova. O vijećanju i glasovanju sastavlja se poseban zapisnik koji sadrži tijek glasovanja i odluku koja je donesena. Odvojena mišljenja mogu se unijeti u zapisnik ili priključiti zapisniku. Zapisnik o vijećanju i glasovanju zatvara se u poseban omot i može ga razgledati samo viši sud kad rješava o pravnom lijeku. U tom slučaju zapisnik se nakon razgledanja ponovno zatvara u poseban omot s naznakom da je razgledan.⁸⁷ Iz navedenih zakonskih odredbi proizlazi da u parničnom postupku postoji mogućnost izjavljivanja izdvojenog mišljenja suca, ali ono nije dio sudske odluke i nije dostupno čak ni strankama postupka već samo višem sudu u postupku instancijskog preispitivanja odluke.

U kaznenom postupku sudovi sude u vijećima sastavljenim od troje ili petero sudaca. Odluke se donose većinom glasova članova vijeća. Na zahtjev člana vijeća koji je izdvojio glas, njegovo pisano obrazloženje prilaže se pisanoj

85 Dworkin, R., „Law’s empire“, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (USA) i London (UK), 1986., str. 380.

86 U nekim postupcima postoji obveza sudova nižeg stupnja da prihvate i pravna stajališta, ali samo kad je riječ o stajalištima Vrhovnog suda. Takva obveza postoji primjerice u Zakonu o parničnom postupku (članak 394.a).

87 Zakon o parničnom postupku, NN br. 53/1991, 91/1992, 112/1999, 129/2000, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 25/2013 i 89/2014, članci 41., 44., 128. i 131.

odluci. Vijećanje i glasovanje obavljaju se u nejavnom zasjedanju. Podatci o tijeku vijećanja i glasovanju su tajni, osim ako sudac koji je izdvojio mišljenje zatraži da se ono objavi.⁸⁸

Na prekršajnom sudu odluke donosi sudac pojedinac, osim ako je zakonom propisano da odluku donosi vijeće od troje sudaca. Visoki prekršajni sud odluke donosi u vijeću od troje sudaca, osim ako zakonom nije drukčije propisano. Odluke vijeća donose se nakon usmenog vijećanja i glasovanja, a odluka je donesena kad je za nju glasovala većina članova vijeća. Vijećanje i glasovanje obavlja se u nejavnom zasjedanju o čemu se vodi poseban zapisnik koji potpisuju predsjednik i članovi vijeća i zapisničar te taj zapisnik ostaje u spisu predmeta.⁸⁹ Mogućnost izdvajanja mišljenja i postupanje s pisanim obrazloženjem nije posebno uređeno.

U upravnim sporovima pred upravnim sudovima odlučuje sudac pojedinac, a Visoki upravni sud odlučuje u vijeću od troje sudaca, osim o zakonitosti općih akata kada odlučuje u vijeću od petero sudaca. Vijeće donosi presudu većinom glasova. O vijećanju i glasovanju vodi se poseban zapisnik koji potpisuju svi članovi vijeća i zapisničar.⁹⁰ Iako izdvajanje mišljenja u postupku donošenja odluke u upravnom sporu nije uređeno, objektivno nema razloga zbog kojeg ta mogućnost ne bi bila dopuštena na jednak način kao i u postupcima na drugim sudovima. Tako Đerđa i Šikić izričito navode da član vijeća koji se ne slaže s drugim članovima o određenom pitanju ili odluci može izdvojiti i dodatno obrazložiti svoje mišljenje, što se unosi u zapisnik o vijećanju i glasovanju. U tom zapisniku može se i samo utvrditi da je određeni član izdvojio mišljenje te da je ono u pisanom obliku priloženo uz zapisnik.⁹¹

Prema Sudskom poslovniku kojim se propisuju osnove za poslovanje u sudovima, zapisnik o vijećanju i glasovanju nakon dovršene rasprave sastavlja se na posebnom listu, a potpisuju ga članovi vijeća i zapisničar. Nakon toga zapisnik se ulaže u posebni omot na kojem se s vanjske strane stavlja oznaka „Zapisnik o vijećanju s rasprave od...“, upisuje se poslovni broj spisa predmeta i stavlja okrugli pečat suda. Omot sa zapisnikom o vijećanju i glasovanju ulaže se iza raspravnog zapisnika u spis predmeta u kojem se odlučivalo. Kad se po pravilima odgovarajućeg postupka o vijećanju i glasovanju ne sastavlja poseban zapisnik, na izvornike donesenih odluka stavlja se, ispod teksta, štambiljem bilješka o vijećanju koja sadrži dan vijećanja, ime i prezime predsjednika i članova vijeća, a posebno izvjestitelja, kao i podatak je li odluka donesena jednoglasno.⁹² Sudskim poslovnikom, međutim, nije uređeno postupanje s izdvojenim mišljenjima.

88 Zakon o kaznenom postupku, NN br. 152/2008, 76/2009, 80/2011, 91/2012, 143/2012, 56/2013, 145/2013 i 152/2014, članci 19.b, 19.d, 19.f, 164. i 166.

89 Prekršajni zakon, NN br. 107/2007, 39/2013, 157/2013 i 110/2015, članci 97. i 144.

90 Zakon o upravnim sporovima, NN br. 20/2010, 143/2012 i 152/2014, članci 14. i 75.

91 Đerđa, D. i Šikić, M., Komentar Zakona o upravnim sprovima, Zagreb, Novi informator, 2012., str. 248. Riječ je, doduše, o komentaru teksta Zakona prije izmjena i dopuna iz prosinca 2012. (NN, br. 143/2012) kojima su na prvostupanjskim upravnim sudovima uvedeni postupci koje vodi sudac pojedinac umjesto sudskog vijeća. Međutim, to ne mijenja stvar u odnosu na postupak pred Visokim upravnim sudom.

92 Sudski poslovnik, NN, br. 37/2014, 49/2014, 8/2015, 35/2015 i 123/2015, članci 130. i 132.

U praksi izdvojena mišljenja na redovnim i specijaliziranim sudovima u postupcima u kojima odlučuje sudsko vijeće vrlo su rijetka. U slučaju kad sudac izdvoji mišljenje, ono se zajedno sa zapisnikom o vijećanju i glasovanju zatvara u posebni omot. Iz same presude odnosno rješenja nije vidljivo je li doneseno jednoglasno ili većinom glasova. Eventualna izdvojena mišljenja u pravilu se ne objavljuju i nisu dostupna čak ni strankama u postupku.

Iznimku od toga pravila predstavlja praksa Vrhovnog suda Republike Hrvatske koji u kaznenim postupcima na temelju članka 164. stavka 1. Zakona o kaznenom postupku, uz svoju odluku na zahtjev suca objavljuje i njegovo izdvojeno mišljenje. Odluke i izdvojena mišljenja objavljuju se na mrežnoj stranici Vrhovnog suda (<http://sudska.praksa.vsrh.hr>), a dostupni su i na nekim pravnim portalima (primjerice www.iusinfo.hr).⁹³

6. PRAKSA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Pod ustavnim sudovanjem u širem smislu razumijeva se rješavanje u sudskom obliku o određenim ustavnopravnim pitanjima, a u cilju zaštite ustava. U užem smislu riječi pod ustavnim sudovanjem razumijeva se ispitivanje ustavnosti zakona od strane suda.⁹⁴

Najrašireniji modeli ustavnog nadzora jesu: 1) europsko-kontinentalni ili austrijski model ustavnog nadzora, u kojem se ustavnopravnim pitanjima bave specijalizirani ustavni sudovi s posebno kvalificiranim sucima ili posebni odjeli vrhovnih ili viših sudova (koncentrirani ustavni nadzor) u posebnom postupku (*principaliter*) i 2) američki model (model sudbenog nadzora, *judicial review*), u kojem se ustavnim pitanjima bave svi redovni sudovi (decentralizirana, difuzna, odnosno disperzivna kontrola) u redovitom sudskom postupku (*incidenter*).⁹⁵

Europsko-kontinentalni ili austrijski model ustavnog nadzora temelji se na Kelsenovom učenju prema kojem se ovlast ispitivanja ustavnosti zakona i njihova stavljanja izvan snage povjerava posebnom ustavnom sudu kao više ili manje

93 Tako su primjerice objavljena izdvojena mišljenja uz presudu I Kž Us 35/11 od 30. studenoga 2011., rješenje Kž eun 19/14-4 od 8. i 15. travnja 2014., rješenje II Kž 248/15-4 od 8. srpnja 2015. i rješenje II Kž 411/15-4 od 2. prosinca 2015.

94 Prema Krbeku, ustavnim sudovanjem: „*načelo vladavine prava odnosno sudovanje postiže svoju kulminaciju; treću i najvišu fazu u svom razvoju, kojeg je prva i osnovna faza bilo civilno i kazneno sudovanje, a druga faza upravno sudovanje. Kao što upravno sudovanje osigurava načelo zakonitosti nad određenim aktima javne vlasti, ustavno sudovanje osigurava načelo ustavnosti, supremaciju ustava nad zakonom i drugim aktima. Ustavnim sudovanjem želi se, pravnim sredstvima, osigurati da vršenje i samih najviših drž. funkcija bude u skladu s ustavom.*” Krbek, op. cit., str. 6-7.

95 Prema statističkim podatcima krajem prošlog tisućljeća u svijetu je postojalo 217 različitih sustava nadzora ustavnosti. Od toga 116 sustava pripada europsko-kontinentalnom modelu, a 53 američkom modelu, dok ostatak pripada različitim drugim modelima. Harutyunyan, G. i Mavčić, A., *The constitutional review and its development in the modern world (a comparative constitutional analysis)*, Yerevan – Ljubljana, Hayagitak, 1999., str. 287-288.

ekskluzivna funkcija, dok ostali redovni sudovi imaju samo pravo pokretanja postupka ocjene ustavnosti zakona kojeg smatraju neustavnim. Mogućnost ukidanja zakona kojeg je donijelo zakonodavno tijelo od strane ustavnog suda znači da pored „pozitivnog“ postoji i „negativni“ zakonodavac.⁹⁶

No, u suvremenim uvjetima uloga ustavnog sudovanja proširena je izvan Kelsenovog modela. Tako Omejec ističe kako defenzivna uloga ustavnog suda u obrani ustava danas više nije njegova jedina niti najvažnija uloga. Pored nje, sve značajnije mjesto dobiva interpretativna uloga ustavnog suda koja, za razliku od njegove izvorne defanzivne funkcije obrane ustava, ima pozitivan utjecaj u promicanju općih mjerila i smjernica za djelovanje javnih vlasti. Tako interpretacijom ustava, ustavni sudovi imaju važnu ulogu u kreiranju cjelokupnog pravnog poretka. Moderni je konstitucionalizam, međutim, otišao još dalje i ustavnim sudovima dao novu ulogu zaštite temeljnih prava i sloboda zajamčenih ustavom.⁹⁷ No, osim toga, u novije se vrijeme, osobito za ustavne sudove u postsocijalističkim i postkomunističkim državama ističe i njihova transformativna uloga.⁹⁸

Iz tih uloga proizlazi i posebna narav ustavnih sudova koja ih čini institucijom *sui generis*. Riječ je naime o sudovima koji u svom postupanju sjedinjuju sudsku funkciju (rješavanje sporova) i političku funkciju (uređenje društvenih odnosa).⁹⁹

S obzirom na to, ustavni suci u određenim složenim, teškim i osjetljivim predmetima ponekad moraju uzimati u obzir i elemente koje nužno ne ulaze u okvir prava u klasičnom smislu. U tom smislu upravo u ustavnom sudovanju dolazi do izražaja Dworkinova koncepcija po kojoj suci radi donošenja odluke u teškim predmetima, trebaju pribjeći izvorima koje formalisti mogu smatrati izvanpravnim, kao što su primjerice koncepti pravednosti i opće dobrobiti. Ta nužnost obraćanja izvorima mimo prava i izvan prethodno stvorene prakse, podrazumijeva postojanje zakonodavne odgovornosti (*legislative responsibilities*) sudaca koju oni trebaju otvoreno prihvatiti.¹⁰⁰

Sukladno tomu ustavni suci manje su vezani uz tradicionalni sudački mentalitet od redovnih sudaca, jer u argumentaciji svojih stavova koriste drukčije interpretativne tehnike i stilove. To je jedan od razloga zbog kojeg se u kontinentalnoj Europi izdvojena mišljenja puno više koriste u postupcima na

96 Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Clark, New Jersey (USA), The Lawbook Exchange Ltd., 2009., str. 268-269.

97 Omejec, J., O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja, u: Barbić, J. (ur.), *Hrvatsko ustavno sudovanje*, Zagreb, HAZU, 2009., str. 31-32.

98 U tom smislu Omejec ističe da je zadaća „ustavnih sudova u europskim postsocijalističkim i postkomunističkim državama, dakle, postupno usmjeravati, u optimalnoj mjeri, pravni poredak prema idealima utjelovljenim u njihovim tranzicijskim ustavima.“ *Pritom se moraju bezuvjetno pokoravati načelu samoograničenja te istodobno paziti da „ne skliznu u nedopustiv politički konformizam“.* Omejec, J., *Novi europski tranzicijski ustavi i transformativna uloga ustavnih sudova*, u: Bačić, A. (ur.): *Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske*, Zagreb, HAZU, 2011., str. 82.

99 Kelemen, K., op. cit., str. 1352.

100 Dworkin, R., op. cit., str. 115-117 i 126-129.

ustavnim sudovima u odnosu na ostale sudove. Pritom ona mogu imati vrlo važnu ulogu u obogaćenju rasprava o ustavnopravnim pitanjima i bitno pomoći razvitku ustavnog prava.¹⁰¹

Hrvatski sustav ustavne kontrole ustrojen je na osnovama europsko-kontinentalnog modela ustavnog nadzora.

Položaj i nadležnost Ustavnog suda Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) neposredno uređuje Ustav Republike Hrvatske¹⁰² u posebnoj Glavi V. pod nazivom "Ustavni sud Republike Hrvatske". Ustavni sud ne pripada nijednoj grani državne vlasti, što je razvidno i iz strukture teksta Ustava. Odredbe o Ustavnom sudu (Glava V. Ustava) odvojene su od odredaba koje uređuju ustrojstvo državne vlasti temeljeno na načelu diobe vlasti (Glava IV. Ustava). Drugim riječima, Ustavni sud ne pripada ni sudbenoj ni zakonodavnoj niti izvršnoj grani vlasti. On je najviše ustavno tijelo Republike Hrvatske koje jamči poštovanje i primjenu Ustava te je zbog osobitog ustavnog položaja neovisan o svim tijelima državne vlasti.

Djelovanje Ustavnog suda temelji se na odredbama Ustava i Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: UZUS)¹⁰³ koji ima snagu Ustava. Unutarnje ustrojstvo Ustavnog suda uređuje se Poslovníkom Ustavnog suda Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Poslovník USUD-a).¹⁰⁴

Postupak na Ustavnom sudu provode ustavnosudska tijela: (opća) sjednica (u kojoj sudjeluju svi ustavni suci) i vijeća (tročlana i šesteročlana, ovisno o vrsti postupka). Niti u jednoj vrsti ustavnosudskog postupka odluku ne donosi sudac pojedinac.

Na sjednici Ustavnog suda odlučuje se o ocjeni suglasnosti zakona s Ustavom i drugih propisa s Ustavom i zakonom, o sukobu nadležnosti između tijela zakonodavne, izvršne i sudbene vlasti, o odgovornosti predsjednika Republike, o ustavnosti programa i djelovanja političkih stranaka, o ustavnosti i zakonitosti izbora i državnog referenduma, o privremenoj obustavi izvršenja pojedinačnih akata ili radnji koji se poduzimaju na osnovi zakona ili drugog propisa čija se ustavnost odnosno zakonitost ocjenjuje, o izvješćivanju predsjednika Hrvatskoga sabora o pojavama neustavnosti i nezakonitosti te o nadzoru nad donošenjem propisa za izvršenje Ustava, zakona i drugih propisa. Na sjednici se također odlučuje u predmetima u drugim ustavnosudskim predmetima u kojima pri odlučivanju na nadležnom vijeću nije postignuta jednoglasnost. Sve odluke na sjednici donose se većinom glasova ukupnoga broja ustavnih sudaca.

Na ustavnosudskim vijećima odlučuje se o ustavnim tužbama za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom (tročlana vijeća za ispitivanje postojanja procesnih pretpostavki i za prethodni ispitni postupak te

101 Kelemen, K., op. cit., str. 1352 i 1357. Isto i Vitale, D., op. cit., str. 3.

102 NN, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 85/2010 (zadnji pročišćeni tekst) i 5/2014.

103 NN, br. 99/1999, 29/2002 i 49/2002 (pročišćeni tekst).

104 NN, br. 181/2003, 16/2006, 30/2008, 123/2009, 63/2010, 121/2010, 19/2013, 37/2014, 83/2014 (pročišćeni tekst) i 2/2015.

šesteročlana vijeća za odlučivanje o meritumu), o žalbama protiv odluka Državnoga sudbenog vijeća (u daljnjem tekstu: DSV), o razrješenju sudaca i njihovoj stegovnoj odgovornosti (šesteročlana vijeća) i o izbornim sporovima (tročlana vijeća). Odluke na vijećima donose se jednoglasno, osim u postupcima povodom žalbe protiv odluka DSV-a u kojima Ustavni sud ne provodi postupak kao ustavni već kao žalbeni sud te se odluke donose većinom glasova članova vijeća. Ako se pri glasovanju na vijeću ne postigne jednoglasnost, predmet se upućuje na sjednicu Ustavnog suda.¹⁰⁵

Po naravi stvari, dakle, mogućnost izdvajanja mišljenja suca Ustavnog suda postoji samo u postupcima u kojima odluku donosi sjednica Ustavnog suda ili vijeće za odlučivanje povodom žalbe na odluku DSV-a, jer se jedino na tim tijelima odluke donose većinom glasova, dok je za donošenje odluka na ostalim ustavnosudskim tijelima potrebna jednoglasnost.

Na temelju odredaba UZUS-a, sudac Ustavnog suda koji se ne slaže s mišljenjem većine može izdvojiti svoje mišljenje, pri čemu ga je dužan pisano obrazložiti (članak 27. stavak 4.) ili glasovati suprotno većini, pri čemu može pisano obrazložiti i objaviti svoje mišljenje (članak 27. stavak 5.).

Slijedom tih odredbi Poslovnik USUD-a također razlikuje „izdvojeno mišljenje“ od „obrazloženja suprotnog glasovanja“.

Prema njegovim odredbama sudac koji na Sjednici Ustavnog suda izdvoji mišljenje u pogledu izreke i/ili obrazloženja odluke i usmeno ga obrazloži, dužan je izraditi i pisano obrazloženje. Izdvojeno mišljenje može izraditi i više sudaca zajedno (skupno izdvojeno mišljenje, članak 50. stavci 2. i 3.). Izdvajanje mišljenja sudac je dužan usmeno najaviti na sjednici Ustavnog suda nakon što predsjednik Ustavnog suda objavi da je odluka donesena. Pritom sudac koji je najavio izdvojeno mišljenje ima pravo istodobno zahtijevati da se donesena odluka zajedno s izdvojenim mišljenjem objavi i ako objava odluke nije obvezatna. Pisano izdvojeno mišljenje s obrazloženjem sudac je dužan dostaviti predsjedniku Ustavnog suda u roku osam dana od dana donošenja odluke. Do tada se odluka ne otprema radi objave, već samo sudionicima u postupku. Ako izdvojeno mišljenje nije dostavljeno do isteka roka, odluka se otprema radi objave, a naknadno dostavljeno izdvojeno mišljenje uvezuje se u ustavnosudski spis i čini njegov sastavni dio (članak 51.).

S druge strane, ako sudac glasuje suprotno većini sudaca, ali razloge za to posebno usmeno ne obrazloži na sjednici Ustavnog suda, ima pravo pisano obrazložiti i objaviti svoje mišljenje, pri čemu se na odgovarajući način primjenjuju odredbe o izdvojenom mišljenju (članak 52.).

¹⁰⁵ Poslovníkom USUD-a određeno je da rezultati glasovanja i zapisnici o glasovanju spadaju u povjerljivu ustavnosudsku dokumentaciju i stoga nisu dostupni nikome izvan kruga sudaca i ustavnosudskih savjetnika (članak 63. stavci 2. i 3.). Smisao ove odredbe nije jasan, jer se na većini ustavnosudskih tijela, kao što je rečeno, odluke donose jednoglasno, a na onim tijelima na kojim se donose većinom glasova glasovanje je javno. Ipak, vjerojatno po analogiji s postupanjem redovnih sudova i inerciji, u praksi se zapisnici o glasovanju spremaju u zatvorene omote uz odluku.

Razlozi za navedeno razlikovanje izdvojenog mišljenja i obrazloženja suprotnog glasovanja nisu razvidni. Gramatičkim tumačenjem može se samo utvrditi da se izdvojeno mišljenje može odnositi na cijelu odluku, tj. prije svega izreku, a slijedom toga i obrazloženje (suprotno mišljenje, u značenju engleskog izraza *dissenting opinion*) ili samo na obrazloženje (podudarno odnosno podržavajuće mišljenje, u značenju engleskog izraza *concurring opinion*)¹⁰⁶, da ga je potrebno unaprijed najaviti na sjednici te da je sudac u tom slučaju dužan izraditi pisano obrazloženje. Za razliku od toga, obrazloženje suprotnoga glasa po naravi stvari predstavlja suprotno mišljenje u odnosu na izreku (u značenju engleskog izraza *dissenting opinion*), razlozi se ne moraju obrazložiti na sjednici niti je sudac obvezan izraditi pisano obrazloženje. Međutim, ako sudac želi iznijeti razloge suprotnoga glasovanja i želi da se njegovo obrazloženje objavi, može to učiniti u pisanoj formi. U tom smislu ne samo da između izdvojenoga suprotnog mišljenja i obrazloženja suprotnoga glasovanja nema nikakve sadržajne razlike, osim u različitim nazivima nema niti formalne razlike.

Pritom se u odnosu na suprotno glasovanje otvara pitanje (ne)obveznosti izrade pisanog obrazloženja suprotnoga glasovanja. Kad se sudac ne slaže s većinskom odlukom u tolikoj mjeri da glasuje protiv njezina usvajanja, ne bi li bila njegova obveza prema sudionicima postupka, kolegama sucima kao i prema javnosti objasniti svoje razloge za takav postupak? Biti protiv, a ne obrazložiti zbog čega, nego razloge zadržati samo za sebe, s aspekta sudačke dužnosti jednostavno izgleda kao nedovršen posao, a opravdano može pobuditi i sumnju u pristranost.¹⁰⁷

UZUS i Poslovnik USUD-a dakle omogućavaju sucima izdvajanje mišljenja i obrazloženje suprotnoga glasovanja. Radi utvrđivanja u kojem opsegu su se suci Ustavnog suda koristili tim mogućnostima u praksi, autor je proveo istraživanje pregledom elektroničke baze podataka i neposrednim uvidom u spise pismohrane Ustavnog suda. Istraživanjem je obuhvaćeno razdoblje od početka djelovanja Ustavnog suda u samostalnoj i neovisnoj Republici Hrvatskoj 1991. godine do kraja 2015. godine.

U razmatranom razdoblju Ustavni sud riješio je ukupno 87.738 predmeta. Pritom je u istom razdoblju izdvojeno ukupno 71 mišljenje u odnosu na 58 odluka¹⁰⁸, odnosno u 83 predmeta.¹⁰⁹ (Vidi Tablicu 1.)

106 Vidi supra u poglavlju 2.

107 Usp. mišljenje suca Brennana, supra u poglavlju 4.

108 U pojedinim predmetima u odnosu na donesenu odluku izjavljeno je više različitih izdvojenih mišljenja.

109 U 11 slučajeva bilo je spojeno više istovrsnih ustavnosudskih predmeta za koje je donesena jedna zajednička odluka.

Tablica 1. *Izdvojena mišljenja po godinama*

Godina	1996.	1997.	1998.	2000.	2002.	2003.	2004.	2005.	2006.	2007.	2008.	2009.	2011.	2012.	2013.
Broj izdvojenih mišljenja	3	1	3	3	2	5	9	5	14	10	9	2	2	1	2

Od ukupnoga broja izdvojenih mišljenja, u deset slučajeva riječ je o podudarnim mišljenjima, a u 61 slučaju riječ je o suprotnim mišljenjima, od čega su 42 pojedinačna i 19 skupnih izdvojenih mišljenja više sudaca. U tih 19 skupnih izdvojenih mišljenja zbrojeno je sudjelovalo ukupno 54 sudaca.

Pritom su osobito zanimljiva dva predmeta u kojima su se suci izrazito podijelili, tako da je Ustavni sud donio odluku s minimalnim brojem potrebnih glasova uz razmjerno veliki broj suprotnih i podudarnih izdvojenih mišljenja. Riječ je o odlukama U-III-59/06 od 22. studenoga 2006. i U-III-4584/05 od 14. studenoga 2007.¹¹⁰ Oba predmeta odnosila su se na zaštitnu mjeru oduzimanja plovila kao sredstva kojim je počinjen prekršaj, izrečenu na temelju Pomorskog zakonika u prekršajnom postupku zbog nedopuštenog prijevoza osoba između hrvatskih luka uz naplatu bez odobrenja nadležnog tijela (tzv. „crnog čartera“). U oba predmeta Ustavni sud je odbio ustavnu tužbu s obrazloženjem da Ustav dopušta ograničavanje ustavnih prava (u konkretnom slučaju vlasništva) te da je izrečena zaštitna mjera propisana zakonom kao obvezatna za tu vrstu prekršaja. U prvom predmetu šestero sudaca zajednički je izdvojilo skupno suprotno mišljenje, a jedan je sudac izdvojio potvrđujuće mišljenje. U drugom predmetu petero sudaca zajednički je izdvojilo skupno suprotno mišljenje (isti kao i u prethodnom predmetu, osim jedne sutkinje koja nije bila nazočna na sjednici), a dvoje sudaca pojedinačno je izdvojilo potvrđujuće mišljenje. U oba predmeta suprotno mišljenje obrazloženo je stajalištem da u konkretnim slučajevima postoji izrazito velika i neprihvatljiva nerazmjernost između težine počinjenog prekršaja i ostvarene nedozvoljene zarade sa zaštitnom mjerom oduzimanja vlasništva jahti, te da je podnositeljima ustavne tužbe oduzeto pravo vlasništva jahti u okolnostima koje su nerazmjerne potrebi za ograničenjem prava vlasništva.¹¹¹ S obzirom na snagu argumenata u suprotnim izdvojenim mišljenjima i broju sudaca koji su ih potpisali, može se priličnom vjerojatnošću pretpostaviti da bi u budućnosti ta mišljenja mogla prerasti u većinska i izmijeniti

¹¹⁰ NN, br. 132/2006 i 122/2007.

¹¹¹ Detaljnije o odluci U-III-59/2006, vidi u Skorupan Wolff, Vesna, Zaštitna mjera oduzimanja plovnog objekta kojim je učinjen prekršaj, *Poredbeno pomorsko pravo*, god. 46, br. 161, 2007., str. 297-308. Predmet U-III-4584/2005 dobio je nastavak na Europskom sudu za ljudska prava u predmetu *Merot i Storitve protiv Hrvatske* pokrenutim povodom zahtjeva vlasnika oduzetih jahti koje su bili dali prekršitelju u čarter. Slučaj je međutim završio već u fazi ispitivanja dopuštenosti u kojem su prigovori ocijenjeni nedopuštenim i zahtjevi odbačeni pa do ispitivanja merituma nije ni došlo. Europski sud za ljudska prava, odluka u predmetu *Merot d.o.o. i Storitve TIR d.o.o.*, zahtjevi br. 29426/08 i 29737/08, <<https://uredzastupnika.gov.hr/sudska-praksa...>>, 15. ožujka 2016.

ustavnosudsku praksu te dokazati vrijednost tog instituta za razvitak prava na što ukazuju njegovi pobornici.¹¹²

U odnosu na vrstu ustavnosudskog postupka, najviše je izdvojenih mišljenja u postupcima povodom ustavnih tužbi za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom (predmeti signatura U-III i U-IIIA) koji su i inače daleko najbrojniji u radu Ustavnog suda, a nakon njih u postupcima za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom (predmeti signatura U-I) i drugih propisa s Ustavom i zakonom (predmeti signatura U-II) te u postupcima rješavanja izbornih sporova (predmeti signatura U-VIIA), postupcima privremene obustave izvršenja pojedinačnih akata ili radnji koji se poduzimaju na osnovi zakona ili drugog propisa čija se ustavnost ili zakonitost ocjenjuje (predmeti signatura U-VIII) i postupcima u povodu žalbi protiv odluka Državnog sudbenog vijeća o stegovnoj odgovornosti sudaca (predmeti signatura U-IXA), dok u drugim ustavnosudskim postupcima izdvojenih mišljenja nije bilo. (Vidi tablicu 2.)

Tablica 2. *Izdvojena mišljenja po pojedinim ustavnosudskim postupcima*

Vrsta postupka (signatura)	U-I	U-II	U-III	U-IIIA	U-VIIA	U-VIII	U-IXA
Broj izdvojenih mišljenja	16	7	41	4	1	1	1

U razmatranom razdoblju dužnost suca Ustavnog suda obavljale su 33 osobe. Od toga broja 25 sudaca koristili su pravo na izdvajanje mišljenja, a osmero sudaca (četvrtina) tijekom osmogodišnjeg mandata ni u jednom predmetu nisu izdvojili svoje mišljenje, bilo pojedinačno ili zajedno s drugim sucima. Najveći broj izdvojenih mišljenja po pojedinom sucu iznosi ukupno 18 (dva pojedinačna podržavajuća, osam pojedinačnih suprotnih i osam skupnih suprotnih). (Vidi tablicu 3.)

Tablica 3. *Ustavni suci prema broju izdvojenih mišljenja*

Broj sudaca	1	1	1	2	1	1	1	1	2	4	10	8
Broj izdvojenih mišljenja	18	11	10	9	8	7	6	4	3	2	1	0

Sva skupna izdvojena mišljenja koje je izjavilo dvoje ili više sudaca jesu suprotna mišljenja i u njima je ukupno zastupljeno 54 sudaca. (Vidi tablicu 4.)

Tablica 4. *Skupna izdvojena mišljenja prema broju sudaca*

Broj sudaca	2	3	4	5	6
Broj skupnih izdvojenih mišljenja	11	3	3	1	1

¹¹² Vidi supra u poglavlju 4.

Izdvojena mišljenja sudaca u pravilu se objavljuju zajedno s odlukom Ustavnog suda i to u Narodnim novinama i na mrežnoj (internetskoj) stranici Ustavnog suda (www.usud.hr). No ta praksa nije sasvim dosljedna. Naime, od ukupno 58 odluka uz koje postoji i izdvojeno mišljenje, u Narodnim novinama nisu objavljene tri odluke pa tako ni izdvojena mišljenja, a u jednom predmetu objavljena je samo odluka bez izdvojenog mišljenja. Na mrežnoj stranici Ustavnog suda u rubrici Praksa Ustavnog suda objavljene su 43 odluke i uz njih izdvojena mišljenja.

U odnosu na pisano obrazloženje suprotnog glasovanja i njegovu objavu tu je mogućnost koristilo samo sedmero sudaca i to u odnosu na šest odluka odnosno 21 predmet¹¹³: u tri slučaja ocjene suglasnosti zakona s Ustavom, dva slučaja ocjene suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom te u jednom slučaju u postupku povodom ustavne tužbe za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom. U pet slučajeva bila je riječ o pojedinačnom obrazloženju suprotnog glasovanja, a u jednom slučaju u zajedničkom obrazloženju troje sudaca (vidi Tablicu 5.). Sve su te odluke donesene u razdoblju od 2000. do 2007. godine. Pet odluka objavljeno je zajedno s obrazloženjem suprotnoga glasovanja u Narodnim novinama, a jedna od njih i na mrežnoj stranici Ustavnog suda, dok jedna nije objavljena.

Tablica 5. *Ustavni suci prema broju obrazloženja suprotnoga glasovanja*

Broj sudaca	1	2	1
Broj obrazloženja suprotnoga glasovanja	3 (pojedinačna)	2 (po 1 pojedinačno i 1 zajedničko)	1 (zajedničko)

Kad se zbroje izdvojena mišljenja i obrazloženja suprotnoga glasovanja (koja u biti nisu ništa drugo nego suprotna izdvojena mišljenja) dolazi se do rezultata od ukupno 77 pisanih očitovanja sudaca o razlozima njihova neslaganja s većinom, a koja se odnose na 64 odluke odnosno 104 predmeta¹¹⁴, što čini tek 0,1 % riješenih predmeta (87.738).

Osim toga, Ustavni sud je u posljednje dvije godine donio odluke u 12.906 predmeta, od čega u 23 predmeta odluke nisu donesene jednoglasno već većinom glasova sudaca, ali pritom nije bilo ni jednog izdvojenog mišljenja niti obrazloženja suprotnoga glasa.

Iz navedenih podataka proizlazi da se u praksi Ustavnog suda mogućnost izdvajanja mišljenja u odnosu na donesenu odluku suda iznimno malo koristi, iako mjerodavni propisi to izričito dopuštaju. To osobito vrijedi za razdoblje od 2009. godine do danas.

Naime, pregled po godinama pokazuje da je posljednji relativno veći broj izdvojenih mišljenja bio 2008. godine, od kada njihov broj tijekom četiri naredne

¹¹³ Za objašnjenje vidi bilješke 107 i 108.

¹¹⁴ Ibid.

godine ne prelazi dva izdvojena mišljenja godišnje, a posljednje dvije godine ih uopće nema. Ti podatci, kao i podatci o tomu da je u posljednjih četiri godine Ustavni sud riješio ukupno 28.577 predmeta, od kojih u samo 49 slučajeva (72 predmeta, odnosno 0,25 %) odluka nije donesena jednoglasno, upućuju na zaključak da je Ustavni sud u svom postupanju prihvatio politiku nastojanja postizanja jednoglasnosti u donošenju odluka.

U kojoj mjeri takvo postupanje pridonosi jačanju autoriteta suda te razumijevanju, uvjerljivosti i prihvaćanju njegovih odluka teško je procijeniti. Činjenica je da broj podnesaka za pokretanje ustavnosudskih postupaka koje Ustavni sud zaprima ne opada, što znači da građani ne gube povjerenje u njega. S druge strane, pojedine institucije, mediji i pojedinci nerijetko su izrazito loše ocjenjivali rad Ustavnog suda i pojedine njegove odluke. Stručna javnost također ne ocjenjuje pozitivno izostanak izdvojenih mišljenja u ustavnosudskoj praksi.¹¹⁵ Osim toga, činjenica je da je na kraju 2015. godine na Ustavnom sudu bilo 530 neriješenih predmeta starijih od tri godine. Premda se taj zaostatak vjerojatno može opravdati složenošću predmeta, moguće je da je on u određenom dijelu nastao i kao posljedica utroška vremena i energije u nastojanju i upornosti da se odluke donesu jednoglasno.

Iako zasigurno postoje snažni razlozi za nastojanje da se u donošenju odluka postigne jednoglasnost, oni bi se teško mogli opravdati ako to ima negativan utjecaj na brzinu rješavanja predmeta i time na djelotvornost ustavnosudske zaštite. Osim toga, jasno je da jednoglasnost nužno ne znači i stvarnu potpunu podudarnost razmišljanja sudaca. Nedvojbeno je da u određenom broju predmeta, osobito onih složenih, jednoglasno donesena odluka zapravo predstavlja kompromis u kojem dolazi do odustajanja od određenih pojedinačnih osobnih stajališta i uvjerenja. U tom smislu može se špekulirati o tomu bi li ugled Ustavnog suda u cjelini i ustavnih sudaca pojedinačno možda bio snažniji kad bi u njegovoj praksi bilo više izdvojenih mišljenja.

¹¹⁵ Primjerice Smerdel smatra da: „*Takvim pristupom Ustavni sud šalje pogrešnu poruku pravničkoj javnosti! Bit je te poruke »budite oprezni, na području ustavnog prava različitost je (još uvijek) nepoželjna i opasna«.*“, Smerdel, B., O sudskoj..., cit., str. 3. Barić se pita kako je moguće da Ustavni sud kontinuirano donosi odluke jednoglasno bez izdvojenih mišljenja i: „*smatra da bi ustavni suci morali imati stručne kvalifikacije i kredibilitet koji bi im bio podloga da s osobnim stavom koji nije podudaran s većinom istupe i pod svojim imenom navedu da razmišljaju drugačije o nekom pitanju.*“ Barić, S. u članku Ivanke Toma „*Može li Hrvatska bez Ustavnog suda?*“, objavljenog u Jutarnjem listu od 7. studenoga 2015.

7. ZAKLJUČAK

Mogućnost izdvajanja mišljenja suca koji se u cijelosti ili djelomično ne slaže s odlukom većine sudaca i njegova objava zajedno sa sudskom odlukom tradicionalno predstavljaju obilježje *common law* sustava. Međutim, u novije vrijeme ono se dopušta i u sve većem broju država sa sustavom civilnog prava, osobito u postupcima ustavnoga nadzora.

Izdvojeno mišljenje suca, osobito ono suprotno izreci sudske odluke (*dissent*), nesporno utječe na uvjerljivost i vjerodostojnost konkretne odluke kao i na pravnu sigurnost općenito. S aspekta održavanja vanjskog autoriteta suda i dobrih međusobnih odnosa unutar njega poželjno je da se odluke donose konsenzusom sudaca ili barem da se eventualna nepomirljiva neslaganja ne objavljuju izvan profesionalnoga kruga.

S druge strane, jednako je tako nedvojbeno da nedopuštanje izdvajanja mišljenja predstavlja bitno ograničenje slobode izražavanja mišljenja suca i njegove neovisnosti, što slabi njegovu motiviranost i samopoštovanje te ga onemogućava u nastojanju da utječe na budući razvoj i promjene u sferi pravnog razmišljanja i primjene prava.

U tom smislu institut izdvojenog mišljenja zapravo u sebi nosi suprotnost, jer ovisno o dosegnutoj razni razvoja konkretnog društva i povjerenja u njegove institucije objektivno može potkopati ili ojačati autoritet suda i prihvaćanje njegovih odluka.

Premda se argumenti protiv instituta izdvojenog mišljenja ne mogu poreći, u ocjeni njegove vrijednosti i opravdanosti ipak prevladavaju razlozi koji mu govore u prilog: jačanje osobnog integriteta i neovisnosti suca, a time i suda, poboljšanje kvalitete sudskih odluka, pridonošenje transparentnosti sudskoga postupka i stvaranje podloge za budući razvitak prava. Pritom bi taj institut trebalo koristiti ograničeno i to samo u predmetima koji zbog svog načelnog interesa to zaslužuju.

Iako je u postupcima pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske izdvajanje mišljenja i obrazlaganje suprotnoga glasovanja, kao i njihovo objavljivanje izričito dopušteno, praksa pokazuje priličnu suzdržanost ustavnih sudaca u korištenju te mogućnosti. Za buduće postupanje Ustavnog suda bilo bi korisno istražiti je li to i u kojoj mjeri utjecalo na njegov ugled u javnosti.

Summary

SEPARATE OPINION IN JUDICIAL PROCEEDINGS AND CROATIAN CONSTITUTIONAL COURT'S EXPERIENCE

The topic of this paper is the legal institute of separate (dissenting and concurring) opinion of a judge who disagrees with the majority decision of a court chamber. Even though this institute has traditionally been considered a common law feature, most civil law countries recognise it, especially in constitutional matters. The paper deals with this institute not only from historical and comparative perspectives, but also from the legal and theoretical one. The author points to the reasons in favour of separate opinions such as freedom of speech and judicial independence, as well as to the reasons against it, e.g., legal certainty, clarity and persuasiveness of court judgements and also to their impact on integrity and reputation of courts. In the Croatian legal system separate opinions are in principle allowed at the level of regular courts, but it is not permitted to make them public. At the Constitutional Court of the Republic of Croatia separate opinions and presentation of the reasons for voting contrary to the majority as well as their publication are fully permitted. However, the Constitutional Court's practice shows considerable reluctance of Constitutional Court judges to use these institutes.

Key words: *court decision, separate opinion, dissent, Constitutional court.*

Zusammensetzung

SONDERGUTACHTEN VON RICHTERVERFAHREN UND PRAKTIKEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTES DER REPUBLIK KROATIEN

Der Gegenstand dieses Artikels ist das rechtliche Institut des Sondergutachtens des Richters, der nicht mit dem Beschluss einig ist, für den die Mehrheit der Richter des kollegialen Rechtskörpers abgestimmt hat, und zwar weder mit seinem Urteilsspruch noch mit dessen Begründung. Obwohl die Möglichkeit des Sondergutachtens traditionell als Eigenschaft der Staaten des *commom law* Systems betrachtet wird, existiert sie heutzutage auch in der Mehrheit der Staaten des Kontinentalystems, besonders bei Bundesverfassungsgerichten. Das Sondergutachten wird aus dem historisch-komparativen und rechtlich-theoretischen Aspekt betrachtet.

Es wird auf Gründe zugunsten der Gestattung des Sondergutachtens angewiesen, wie Meinungsfreiheiten und Richterselbstständigkeit aber auf Gründe die dagegen sind, wie zum Beispiel Rechtssicherheit, Klarheit und Glaubwürdigkeit

der Richterentscheidungen und Einfluss auf die Integrität und Autorität des Gerichtes. Im kroatischen Rechtswesen sind Sondergutachten in der ordentlichen Jurisdiktion in der Regel erlaubt aber nicht ihre Veröffentlichung, während beim Bundesverfassungsgericht das Sondergutachten explizite erlaubt ist, sowohl die Begründung der entgegengesetzten Abstimmung als auch deren Veröffentlichung. Die Praxis des Bundesverfassungsgerichtes zeigt jedoch ziemliche Zurückhaltung der Richter der Bundesverfassungsgerichte bei der Benützung dieser Möglichkeit.

Schlüsselwörter: Gerichtsbeschluss, Sondergutachten, entgegengesetzte Abstimmung, Bundesverfassungsgericht.

Riassunto

OPINIONE DISSENZIENTE NEI PROCEDIMENTI GIUDIZIALI E PRASSI DELLA CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

Oggetto di questo articolo è l'istituto giuridico dell'opinione dissenziente del giudice che non è d'accordo con la decisione votata dalla maggioranza dei giudici dell'organo collegiale, sia che si tratti del suo dispositivo, che della motivazione. Sebbene la possibilità di esprimere opinione dissenziente venga tradizionalmente considerata una caratteristica dei paesi di common law, essa oggi esiste nella maggiore parte dei paesi di diritto continentale, in ispecie nelle corti costituzionali. L'opinione dissenziente viene esaminata sotto il profilo storico-comparato e sotto il profilo giuridico-teorico. Si indicano le ragioni a favore dell'ammissibilità delle opinioni dissenzienti, quali sono la libertà di manifestazione del pensiero e l'autonomia giudiziaria, ma anche quelle contrarie come, ad esempio, la certezza del diritto, la chiarezza e la persuasività delle sentenze, come pure l'influenza sull'integrità e sulla reputazione della corte. Nel sistema giuridico croato nel contenzioso ordinario di regola le opinioni dissenzienti sono ammesse, ma non altresì la loro pubblicazione; mentre nei giudizi della Corte costituzionale è espressamente consentita l'opinione dissenziente e la motivazione della votazione contraria, così come la loro pubblicazione. La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, mostra un atteggiamento sostenuto dei giudici costituzionali nell'utilizzo di tale opportunità.

Parole chiave: decisione giudiziale, opinione dissenziente, voto contrario, corte costituzionale.

FRANCUSKI DRŽAVNI SAVJET I PRAVNI POREDAK EUROPSKE UNIJE

Dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK 342.53(44)
34::061.1EU
Ur.: 3. svibnja 2016.
Pr: 24. lipnja 2016.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se istražuje približavanje između Francuskog pravnog poretka i pravnog poretka Europske unije. Ukazuje se na najznačajnije elemente približavanja sudskih praksi: prvenstvo i specifičnost europskog prava; izravni učinak europskih direktiva; tumačenje europskog prava; recepcija načela pravne sigurnosti u nacionalnom pravu. Nadalje, se ukazuje na različitosti koje opstaju između europskog pravnog poretka i nacionalnog pravnog poretka, te odgovornosti države članice (Francuske) za kršenje europskog prava. Pritom se skreće pozornost na odluke Državnog savjeta u savjetodavnom smislu.

Ključne riječi: Državni savjet, europski pravni poredak.

1. UVOD

Francuski sustav karakterizira koegzistencija dva, tzv. sudska poretka. Jedan poredak čine redovni sudovi, a drugi upravni sudovi. Struktura upravnog sudstva pretpostavlja: *Državni savjet, upravne sudove, prizivne upravne sudove te specijalizirane upravne sudove*. Kao vrhovni upravni sud, Državni je savjet prema tome „posljednji sudac“ u francuskom upravnom sudovanju. On, isto tako, skrbi nad jedinstvenom pravnom praksom i osigurava normalno upravljanje upravnim sudovima i prizivnim upravnim sudovima.¹

U posljednjih nekoliko desetljeća primjećujemo sve veće približavanje između francuskog pravnog poretka i pravnog poretka Europske unije što ukazuje na kvalitativni i konstantni napredak suradnje sudaca. Ipak, iako francuski suci nastoje pomiriti najbolje što mogu u dva pravna poretka, razilaženja postoje. Ona su, ponajprije, povezana s hijerarhijom koja postoji, u sudskoj praksi, između

1 Više o Državnom savjetu vidi: Sauvé, Jean-Marc, *Rad i utjecaj francuskog Državnog savjeta*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj. 1/08, Split, 2008., str. 1-9.

francuskoga upravnog prava i europskog prava te s rizikom hijerarhizacije između sudskih tijela (nacionalnih i europskih).²

2. RASTUĆA PRIBLIŽAVANJA IZMEĐU FRANCUSKOG I EUROPSKOG PRAVNOG PORETKA

Četiri su najznačajnija elementa približavanja sudskih praksi francuskog i europskog pravnog poretka. To je: prvenstvo i specifičnost europskog prava; izravni učinak europskih direktiva; tumačenje europskog prava i recepcija načela pravne sigurnosti u nacionalnom pravu. Oni su povezani s recipročnim uklapanjem nacionalnog i europskoga pravnog poretka, te s ovlastima nacionalnih sudaca u njihovoj zadaći tumačenja i primjene prava.

2.1. Priznanje prvenstva europskog prava

Sud Europske unije temelji prvenstvo europskog prava temelji na ideji autonomije europskog pravnog poretka onako kako je ona potvrđena u presudi *Van gend en Loos*. U ključnoj presudi *Costa protiv E.N.E.L.*, Sud je svečano potvrdio prvenstvo europskog prava nad nacionalnim pravom država članica nakon promišljanja kojim je istaknuo specifičnu prirodu Europske unije i oslanjajući se na tri komplementarna argumenta: 1. učinkovitost trenutne i izravne primjenjivosti europskog prava, 2. dodjela nadležnosti Europskoj uniji³ i 3. nužno jedinstvo primjene europskog prava. Štoviše, europska konstrukcija zahtijeva jedinstvo primjene europskih pravila te njezino prvenstvo nad svim normama nacionalnog prava bez koje bi sâmo njezino postojanje bilo ugroženo.

Sud Europske unije dao je tako opći, apsolutni i bezuvjetni doseg sveukupnom europskom pravu nad sveukupnim nacionalnim pravom.⁴ Prvenstvo vrijedi nad svim granama nacionalnog prava. Ono je ravnodušno prema kronologiji normi koje se sudaraju, ne zanima ga jesu li nastale prije ili poslije.⁵ „Izvršna snaga europskog prava ne može varirati od jedne do druge države po volji nacionalnog

2 Više o tome Biancarelli, Jacques, *Juges nationaux et juges européens*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 2/14, 2014., str. 257-274.

3 Čime se ograničavaju suverena prava država i jedinstvo europskog pravnoga poretka.

4 Vidi Sud Europske unije, 14. prosinca 1971., *Politi*, Aff. 43/71, 8. ožujka 1979, *Salumificio di Cormuda*, 7. srpnja 1981., *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*.

Međunarodne obveze Unije: Sud Europske unije, 19. studenog 1975., *Nederlandse Spoorwegen*.

Opća načela europskog prava uživaju prvenstvo u odnosu na cjelokupno nacionalno pravo bez obzira na izvor nacionalnih normi, to jest bez obzira na to je li im izvor ustav, parlament, vlada, uprava ili pak nacionalni sudac, pa čak i odredbe privatnoga karaktera kao što su ugovori.

Vidi Sud Europske unije, 13. srpnja 1989., *Wachauf*. Sud Europske unije, 8. travnja 1976., *Defrenne*.

5 Sud Europske unije, 21. travnja 1978., *Pigs Marketing Board c/ Redmond*.

zakonodavstva nastalog naknadno a da ne dovede u opasnost ostvarivanje ciljeva ugovora“.⁶ Bezuvjetni karakter prvenstva u pogledu sudske prakse ima dvije značajke. Prvo; da u okviru prethodnog pitanja Sud Europske unije nije obavezan odgoditi donošenje presude u očekivanju da nacionalni ustavni sud presudi o, navodnoj, neustavnosti nekih odredbi ugovora.⁷ Drugo; da se u okviru tužbe zbog povrede, države članice ne mogu izuzeti od svojih institucionalnih struktura. Spomenuto vrijedi i ako je riječ o institucijama koje su ustavno neovisne, kao što su primjerice u Francuskoj, Parlament ili Kasacijski sud.⁸

Prvenstvo europskog prava čini svaku nespojivu nacionalnu normu neprijemljivom. Ono „znači da je nadležnim nacionalnim vlastima u potpunosti zabranjeno primijeniti nacionalnu odredbu koja je nespojiva s ugovorom te, ako je potrebno, da imaju obvezu poduzeti sve mjere kako bi olakšale potpuno ostvarivanje europskog prava“.⁹ Obrćući se nacionalnim sudovima, Sud Europske unije sâm definira, kada je to potrebno, minimalne ovlasti koje oni moraju obnašati čak i ako sudbeno i ustavno nacionalno ustrojstvo to ne predviđa.¹⁰

Suočeni s ovom neuvijrenom potvrdom prvenstva europskog prava nad svim normama nacionalnog prava, pa bile one i na ustavnoj razini, nacionalni su suci morali nanovo razmotriti rješenja iz vlastite sudske prakse. Iako su francuski suci u početku nerado prihvaćali prvenstvo europskog prava, pokazalo se da je to prihvaćanje bilo predmetom prave suradnje sudaca. U Francuskoj je taj pokret pokrenulo Ustavno vijeće koje je u svojoj sudskoj praksi *IVG*¹¹ odbilo kontrolirati konvencionalnost zakona, na temelju članka 55. Ustava,¹² a potom i sukladnost zakona s ugovorima Unije. Tako je Ustavno vijeće implicitno dodijelilo tu zadaću običnim sudovima. Konflikti između ugovora i prethodno donesenog zakona nikad nisu predstavljali problem jer je sudac pribjegavao klasičnoj primjeni pravila *lex posterior*, ali kad je riječ o zakonima koji su doneseni nakon nekog ugovora, on je najprije odbacio prvenstvo europskog prava nad njima primjenjujući doktrinu *Matter*. Ali kao odraz sudske prakse *IVG*, tu je doktrinu prvi odbacio sudac opće nadležnosti u presudi *Jacques Vabre* priznajući potpuno prvenstvo europskom pravu

6 Sud Europske unije, *Costa c/ ENEL*.

7 Sud Europske unije, 22. lipnja 1965., *San Michele*.

8 Sud Europske unije, 5. svibnja 1970., *Commission c/ Belgique*, 9. prosinca 2003., *Commission c/ Italie*.

9 Sud Europske unije, 13. srpnja 1972., *Commission c/ Italie*.

10 Sud Europske unije, 19. lipnja 1990., *Factortame*.

Tako u dobro poznatoj presudi *Simmenthal* stoji kako: „nacionalni sudac koji je u okviru svojih ovlasti zadužen za primjenu odredbi europskog prava ima obvezu osigurati potpuno učinkovitost tih normi i, ako je potrebno, oslanjajući se na vlastiti autoritet, odbaciti primjenu svih suprotnih odredbi nacionalnog zakonodavstva, čak i ako je ono nastalo naknadno, a da pritom ne mora zahtijevati ili čekati prethodno uklanjanje istih zakonodavnim putem ili putem bilo koje druge ustavne procedure.“

Sud Europske unije, 9. ožujka 1978., *Simmenthal*.

11 Ustavno vijeće, 15. siječnja 1975., *IVG*.

12 Ustav Republike Francuske, članak 55.

nad zakonima, čak i onima koji su nastali kasnije.¹³ No upravni je sudac pokazao više otpora. Unatoč sudskoj praksi *IVG*, Državni je savjet dugo vremena priznavao prvenstvo međunarodnih ugovora, posebice ugovora Europske unije, samo nad zakonima koji su doneseni ranije.¹⁴ Najzad, nakon odluke Ustavnog vijeća *Elections du Val d'Oise* i priklanjajući se zaključcima javnog izvjestitelja *Frydmana*, Državni je savjet napravio preokret u sudskoj praksi s presudom *Nicolo*¹⁵ priznajući prvenstvo ugovorima Europske unije, kao i klasičnim međunarodnim ugovorima, čak i nad zakonima koji su doneseni poslije njih. Štoviše, za razliku od rješenja Kasacijskog suda, obrazloženje odluke Državnog savjeta zanemaruje argument o specifičnosti europskoga ustavnog poretka i poziva se samo na članak 55. Ustava ne izjašnjavajući se o klauzuli recipročnosti. Potom je upravni sudac priznao prvenstvo europskih akata sekundarnog prava, tj: uredbi,¹⁶ direktiva,¹⁷ te općih načela europskog prava.¹⁸ Državni je savjet zatim izvukao sve posljedice tog preokreta smatrajući kako uprava ne treba poduzimati mjere za primjenu zakona koji je nespojiv s ciljevima direktive.¹⁹ Čak se i od predsjednika vlade može očekivati da pokrene postupak delegalizacije predmetnih zakonskih odredbi kako bi ih doveo u skladnost s europskim pravom.²⁰ Osim toga, uprava mora provesti ciljeve neke direktive u slučaju „šutnje zakona“²¹ ili kada je zakon nespojiv s europskim pravom.²²

2.1.1. Priznavanje specifičnosti europskoga pravnog poretka od Ustavnog vijeća

Članak 88. stavak 1. Ustava Republike Francuske koji je unesen pri donošenja Ugovora iz Maastrichta navodi kako je „Republika članica Europske unije sastavljena od država koje su svojom voljom odlučile, na temelju ugovora koji su ih osnovali, obnašati zajednički neke od svojih nadležnosti.“ Unatoč prividnom deklaratornom karakteru, Ustavno je vijeće dalo tom članku obvezujuću pravnu snagu. Iz njega proizlazi ustavna obveza primjene europskog prava u nacionalnom pravnom poretku uz poštovanje načela svojstvenih europskom pravnom poretku.

Članak 88. stavak 1. ima ulogu ustavnog odobrenja ili opće iznimke u odnosu na druge odredbe Ustava. Štoviše, zamjenjujući člankom 88. stavkom 1. članak 55. Ustava, Vijeće priznaje *in fine* originalnost europskoga pravnog poretka kojemu je

13 Kasacijski sud.

14 Državni savjet, 1. ožujka 1968., *Syndicat général des fabricants de semoules*.

15 Državni savjet, 20. listopada 1989., *Nicolo*.

16 Državni savjet, 4. rujna 1990., *Boisdet*.

17 Državni savjet, 28. veljače 1992., *Rothmans et Philip Morris*.

18 Državni savjet, 3. prosinca 2001., *SNIP*.

19 Državni savjet, 24. veljače 1999., *Association de patients de la médecine anthroposophique*.

20 Državni savjet, 3. prosinca 1999., *Association ornithologique et mammologique de Saône et Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*.

21 Državni savjet, 6. veljače 1998., *Tête*.

22 Državni savjet, 3. prosinca 1999., *AOMSL et association France nature environnement*.

već priznalo jedinstveni karakter, ali iz toga nije izvuklo sve posljedice. Članak 88. stavak 1. je fleksibilniji i izravno priznaje prvenstvo sekundarnog europskoga prava koje je prije bilo tek neizravno priznato putem članka 55. koji je zahtijevao da se do toga dođe zaobilazno preko ugovora. Na tragu Ustavnog vijeća, i Državni se savjet otad oslanja na isti članak u ocjeni sukladnosti neke nacionalne odredbe europskim pravom.²³

Odlukom od 10. lipnja 2004.,²⁴ Ustavno je vijeće odbilo kontrolirati sukladnost direktiva s primarnim europskim pravom. Tako Ustavno vijeće Sudu Europske unije priznaje isključivu nadležnost kontrole sekundarnoga europskog prava u odnosu na primarno europsko pravo, osobito kad je riječ o poštovanju temeljnih prava zajamčenih člankom 6. Ugovora o Europskoj uniji. Tako je Ustavno vijeće pokazalo svoje povjerenje u razinu zaštite temeljnih prava koju jamči Sud Europske unije. Osim toga, prema vrlo strogom tumačenju svoje nadležnosti iz članka 61. stavka 2. Ustava, Vijeće nema zadaću odlučivati o sukladnosti direktive s Ustavom.²⁵ Zakon kojim se prenosi direktiva ima za cilj osigurati provedbu direktive čiji je izvor izvan nacionalnoga pravnog poretka i koja izmiče kontroli ustavnosti zbog „ustavnog imuniteta“ sekundarnoga konvencionalnog prava. Isto vrijedi za zakon koji se prenosi, *a fortiori*, kad potonji materijalno preuzima prenesenu direktivu. Izniman doprinos odluke od 20. lipnja 2004. je u tomu što njome Ustavno vijeće osigurava da nacionalni zakoni, kojim se prenosi direktiva, trebaju biti sukladni prenesenoj direktivi. Štoviše, budući da članak 88. stavak 1. Ustava²⁶ daje ustavnu vrijednost članku 288. Ugovora o Europskoj uniji, Francuska otad ima ustavnu obvezu, a ne samo europsku, da „korigira“ svoju politiku prijenosa europskih direktiva. Prije je Ustavno vijeće odbijalo svaku kontrolu sukladnosti zakonskih odredbi s europskim pravom. Ipak, bilo bi pretjerano zaključiti kako će se Ustavno vijeće vratiti na sudsku praksu *IVG*. Tu je više riječ o načinu određivanja granica njegove nadležnosti razlikovanjem zakona koji izmiču njegovoj kontroli jer osiguravaju prijenos direktive i materijalno su joj sličniji, od onih koji potpadaju pod njegovu kontrolu jer se njihov sadržaj na ovaj ili onaj način udaljava od direktive. Ta kontrola sukladnosti ili kompatibilnosti zakona kojim se prenosi direktiva, sa samom direktivom, odraz je nove koncepcije mjesta koje zauzima europsko sekundarno pravo u nacionalnom pravnom sustavu.²⁷

23 Boucher, J., Bourgeois-Machureau, B., *Le droit international, le droit communautaire, le droit interne et ... le juge administratif*, AJDA, Paris, 2008.

24 Ustavno vijeće, 10. lipnja 2004., *Loi sur l'économie numérique*.

25 Ibid.

26 Prijenos europske direktive u interno pravo rezultat je ustavnog zahtjeva.

27 Lichè, F., Potvin-Solis, L., Raynouard, A., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

2.1.2. Priznavanje izravnog učinka europskih direktiva od nacionalnog pravnog poretka

Nacionalni sudovi u Francuskoj čija je zadaća štiti prava koja pojedinci uživaju na temelju dovoljno jasne, precizne i bezuvjetne europske direktive različito su reagirali na tu obvezu. S jedne je strane Kasacijski sud, kao čuvar osobnih sloboda, čini se, vrlo brzo usvojio zahtjeve Suda Europske unije. Tako Kasacijski sud pristaje, bez problema, osigurati mogućnost pozivanja na direktive radi njihove primjene kad one nisu prenesene ili kad nisu pravilno prenesene.²⁸

S druge strane, Državni savjet, kao sudsko tijelo kojeg se posebno tiče spor vezan uz izravni učinak europske direktive, dugo se opirao priznavanju izravnog učinka direktive. Unatoč tomu, prilagodio je svoju sudsku praksu tako da danas, pod nekim uvjetima, priznaje izravni učinak nekih direktiva. Njegova se sudska praksa danas oslanja na *distinguo* vezan uz prirodu norme protiv koje se stranka poziva na direktivu. Tek je dobro poznatom odlukom *SA Rothmans International France i SA Philip Morris France* od 28. veljače 1992. pristao dati prednost ciljevima direktive pred zakonom koji je usvojen nakon direktive, šireći tako sudsku praksu *Nicolo* na slučaj europskih direktiva koju nisu ili su loše prenesene.

Kad je riječ o općim aktima, Državni savjet smatra da se tužitelj može pozvati na direktivu protiv regulatornih mjera koje su donesene u svrhu njezina prenošenja²⁹ ili protiv kasnijih regulatornih mjera.³⁰ Također je prihvatio da se nacionalni propis može osporiti ukoliko nije predvidio mjeru koju je propisala direktiva.³¹ Osim toga, Državni savjet osuđuje odbijanje javnopravnog tijela da poništi propis koji je nespojiv s ciljevima neke direktive.³²

Kad je riječ o pojedinačnoj odluci, Državni je savjet odbio izravno kontrolirati sukladnost pojedinačnog akta s direktivom (tzv. teorija „uredbe-paravana“). Ta je sudska praksa, tzv. *Cohn-Bendit*,³³ još uvijek na snazi, ali je njezin doseg bitno umanjen tako da se danas tužitelj protiv neke pojedinačne odluke može pozvati na nezakonitost općeg akta koji je nespojiv s ciljevima neke direktive. Tužitelj dakle ima pravo pozvati se na neusklađenost regulatornih mjera s direktivom koju bi te mjere trebale prenijeti³⁴ ili protiv svih kasnijih regulatornih mjera.³⁵ Isto vrijedi i kad je pravilo koje stoji između direktive i pojedinačne odluke neki nespojivi zakon, opće pravno pravilo,³⁶ ili što je vrhunac ove sudske prakse, ako pravilo uopće ne

28 Izvješće 2006., *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, Documentation française, str. 131-133.

29 Državni savjet, 28. rujna 1984., *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française et autres*.

30 Državni savjet, 7. prosinca 1984., *Fédération des sociétés de protection de la nature*.

31 Državni savjet, 30. listopada 1996., *SA cabinet Revert et Badelon*.

32 Državni savjet, 3. veljače 1989., *Alitalia*.

33 Državni savjet, 22. prosinca 1978., *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*.

34 Državni savjet, 28. rujna 1984., *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française et autres*.

35 Državni savjet, 7. prosinca 1984., *Fédération des sociétés de protection de la nature*.

36 Državni savjet, 6. veljače 1998., *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*.

postoji.³⁷ Tako je u nizu odluka, od 5. prosinca 2005., 22. veljače 2006., 27. veljače 2006. i 10. ožujka 2006., Državni savjet poništio odluke Komisije za izjednačavanje diploma za pristup službi u lokalnoj samoupravi koje su donesene na temelju uredbe nespojive s ciljevima direktive o sustavu priznavanja profesionalnih kvalifikacija čiji je rok prenošenja istekao. Proširenje ove vrste pozivanja na nespojivost nacionalnog prava uklapa se u logiku Državnog savjeta kojom on pokazuje volju da europskom pravu dodijeli punopravno mjesto u hijerarhiji francuskih normi pritom pomirujući specifičnosti francuskoga upravnog prava.

Najzad, Državni je savjet stao uz sudsku praksu Suda Europske unije³⁸ prema kojoj sve do isteka roka za prenošenje direktive, država članica ne može zakonito usvajati zakonske ili regulatorne odredbe koje su očito suprotne ciljevima direktive i koje bi mogle dovesti u pitanje njezinu pravilnu primjenu.³⁹ Ipak, Državni savjet smatra „da nijedna odredba ugovora kojim se osniva Europska unija kao niti jedno opće načelo europskog prava ne nameće državama članicama takvu obvezu dok je prijedlog direktive još uvijek u izradi pa čak ni ako su različite institucije Europske unije dale svoje načelno odobrenje u vezi sa sadržajem“.⁴⁰

2.1.3. Isključiva nadležnost Suda Europske unije u tumačenju europskog prava i odgoda izvršenja

Nedavno je Državni savjet potvrdio isključivu nadležnost Suda Europske unije u pogledu tumačenja ili procjene valjanosti akta sekundarnog prava s obzirom na primarno europsko pravo. U svojoj odluci *Conseil National des Barreaux* Državni je savjet bio po prvi put primoran definirati vlastite načine kontrole konvencionalnosti direktive s obzirom na članke 6. i 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Državni savjet, slijedeći preporuke javnog izvjestitelja, umjesto da preuzme logiku Europskog suda za zaštitu ljudskih prava prema kojoj sekundarno europsko pravo uživa osporivu pretpostavku sukladnosti s Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava, obnaša kontrolu u okviru sudske prakse *Foto-Frost*. Drugim riječima, ako se netko pozove na nevaljanost nekog akta sekundarnog prava, Državni savjet provjerava poštuje li potonji prava koja proizlaze iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i čim se pojavi ozbiljna sumnja, Sudu Europske unije prepušta odlučivanje o eventualnoj nevaljanosti predmetnog akta. Budući da u ovom predmetu to nije bio slučaj, Državni je savjet mogao primijeniti, tzv. teoriju *acte clairea*.⁴¹

Europski je sudac preuzeo teoriju *acte clairea* koja dolazi iz francuskog upravnog prava, a kasnije ju je prihvatio i sudac opće nadležnosti. Prema teoriji *acte clairea* koja proizlazi iz francuske upravno-sudske prakse, a koju je preuzeo i Sud

37 Državni savjet, 20. svibnja 1998., *Communauté de communes du Piémont-de-Barr, Service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin*.

38 Sud Europske unije, 18. prosinca 1997., *Inter-Environnement Wallonie*.

39 Državni savjet, 29. listopada 2004., *M. Sueur*.

40 Državni savjet, 24. ožujka 2006., *Sté KPMG et autres*.

41 Gaudment, Y., Stirn, B., *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, Paris, 2008., str. 116.

Europske unije u presudi *CILFIT*, nacionalni je sudac oslobođen obveze upućivanja prethodnog pitanja ako je „*ispravna primjena europskog prava toliko jasna da ne ostavlja mjesto nikakvoj opravdanoj sumnji o načinu rješavanja postavljenog pitanja*“.⁴² Činjenica da nacionalni sudac, čak i ako odlučuje u posljednjem stupnju, može biti izuzet od obveze upućivanja prethodnog pitanja, s jedne strane ublažava na izvjestan način obvezu drugostupanjskih sudova da upućuju prethodno pitanje Sudu Europske unije, a s druge ukazuje na sve veće povjerenje između europskih i nacionalnih sudova u primjeni europskog prava. Ipak, od presude *Köbler*, Sud je Europske unije strogo ograničio to povjerenje na slučajeve zlouporabe teorije *acte clairea*. Odnosno, u slučaju povrede obveze nekog vrhovnog suda da uputi prethodno pitanje, na odgovornost se može pozvati država, a moguće su također i novčane kazne.

Osim toga, danas Kasacijski sud i Državni savjet puno spontanije pribjegavaju mogućnosti prethodnog pitanja nego prije. Odluka *Arcelor* od 8. veljače 2007. kojom Državni savjet postavlja prethodno pitanje Sudu Europske unije u vezi s jednim ključnim pravom, dobro odražava duh u kojem se danas odvija suradnja između nacionalnih sudova i Suda Europske unije. Što se tiče Kasacijskog suda, ni on ne oklijeva primijeniti presudu *Cilfit* objašnjavajući da, ili „*odgovor na pitanje tumačenja, kakav god bio, neće utjecati na rješenje spora*“, ili je sam u stanju protumačiti predmetno europsko pravo unatoč svojoj europskoj sudskoj praksi koja se odnosi na sporni element.⁴³

Potaknut željom da europskom pravu osigura puni učinak, Sud Europske unije dopustio je odlučivanje *ultra petita* kad to zahtijeva interes europskog prava. U presudi *Roquette*⁴⁴ iz 1980., Sud navodi kako „*su u okviru podjele funkcija između nacionalnih sudova i Suda u svrhu primjene članka 280. Ugovora o Europskoj uniji nacionalni sudovi zaduženi odlučiti o relevantnosti postavljenih pitanja, no Sud si zadržava pravo da iz elemenata koje dostavlja nacionalni sud izvuče one elemente europskog prava koji, s obzirom na predmet spora, zahtijevaju tumačenje ili ocjenu valjanosti.*“

U početku je Državni savjet odbacivao pravomoćnost odluka Suda Europske unije koje su donesene u vezi s prethodnim pitanjem ako je Sud odlučivao *ultra petita* proširujući iz vlastite inicijative područje odlučivanja. Taj je stav potvrdila sudska praksa *ONIC*⁴⁵ Državnog savjeta: „*Smatrajući, s druge strane, da ako je Sud dodao odgovoru na pitanje koje mu je upućeno napomenu o tome kako utvrđena „nevaljanost“ ne bi trebala imati učinak na ubiranje ili plaćanje kompenzacijskih iznosa od strane nacionalnih vlasti za razdoblje koje je prethodilo datumu presude, takva ocjena, koja izlazi iz okvira pitanja koje je postavio nacionalni sudac, ne može se tom sucu nametnuti kao pravomoćna.*“

42 Sud Europske unije, 6. listopada 1982., *CILFIT*.

43 Gaudment, Y., Stirn, B., str. 126.

44 Sud Europske unije, 15. listopada 1980., *Roquette*.

45 Državni savjet, 26. srpnja 1985., *ONIC*.

Unatoč tomu, Državni je savjet promijenio svoj stav odlukom plenarnog sastava za sporove od 11. prosinca 2006. u tzv. predmetu „luk“⁴⁶ : „čak i ako nije bilo predmetom prethodnog pitanja, svako tumačenje ugovora i europskih akata za koje je Sud ovlašten na temelju točke a) i b) članka 280. Ugovora o Europskoj uniji odsad se nameće Državnom savjetu.“

2.1.4. Nevoljkost Državnog savjeta da prihvati načelo legitimnog povjerenja

Državni savjet održava stalnu sudsku praksu prema kojoj se na načelo legitimnog povjerenja, kao temeljnog načela europskog prava, moguće pozvati samo u području primjene europskog prava.⁴⁷ Izvan europskog prava, to je načelo nevažeće. Upravni sud u Strasbourgu pokušao ga je unijeti u nacionalno pravo presudom od 8. prosinca 1994., ali su ga potom Prizivni upravni sud u Nancyju, a onda i Državni savjet odlučili odbaciti,⁴⁸ zacijelo zbog „suviše subjektivnoga karaktera“ toga pojma koji je „francuskoj tradiciji stran“.⁴⁹

2.2. Prihvatanje načela pravne sigurnosti u nacionalnom pravnom poretku

Državni je savjet svečano prihvatio načelo pravne sigurnosti u presudi *KPMG et autres* plenarnoga sastava za sporove od 26. ožujka 2006. Cilj je tog načela zaštititi pojedince od izmjena pravnih normi koje su, iako zakonite, toliko surove da su njihove posljedice neizbježno šokantne. Stoga Državni savjet, u ime pravne sigurnosti, obvezuje regulatornu vlast na donošenje prijelaznih mjera uz novi propis vodeći se mišljenjem svog javnog izvjestitelja koji je ustvrdio kako se „obveza donošenja prijelaznih mehanizama u nekim slučajevima čini razumnim zahtjevom koji je odraz i zdravog razuma i dobre uprave“.⁵⁰

Ovo je načelo bilo naveliko primjenjivano u sudskoj praksi Državnog savjeta, ali sve do tada nije eksplicitno potvrđeno. Načelo neretroaktivnosti upravnih akata, pravila povlačenja odluka koje stvaraju pravo, modulacija vremenskih učinaka spornih poništenja bili su, kao primjer, odraz zahtjeva za pravnom sigurnošću. Također, upravni odjeli Državnog savjeta redovito su podsjećali upravu kako joj je zadaća, kad to okolnosti zahtijevaju, predvidjeti prijelazne mjere.

Iako su je Sud Europske unije i Europski sud za zaštitu ljudskih prava odavno podigli na razinu načela, pravna je sigurnost napokon dobila isti tretman na nacionalnoj razini. No u nastavku promišljanja iznesenima u njegovu izvješću o radu za 2006. posvećenom temi pravne sigurnosti, Državni savjet donosi

46 Državni savjet, 11. prosinca 2006., *Société de Groot En Slot Allium B.V. et Société Bejo Zaden B.V.*

47 Državni savjet, 11. srpnja 2001., *FNSEA*.

48 Prizivni upravni sud Nancy, 17. lipnja 1999., *Min de l'Environnement c/ Transports Freymuth*.

Državni savjet, 9. ožujka 2001., *Entreprise de transports Freymuth*.

49 Yann Aguila, zaključak *KPMG et autres* od 24. ožujka 2006., str. 16.

50 Zaključak *Aguila*, osim *KPMG*.

samostalno načelo pravne sigurnosti u svojoj presudi *KPMG*. Najprije je oponašao Sud Europske unije, a potom se Državni savjet pokazao otvorenijim prema potrebi prijelaznih mjera nego što je to sama europska sudska praksa.⁵¹

Kada je riječ o području primjene zahtjeva za prijelaznim mjerama, on bi se trebao primjenjivati na pitanje situacija koje su u tijeku, ne ograničavajući se samo na slučaj ugovornih situacija. A kada je riječ o njegovu doseg, Državni će savjet vrlo vjerojatno tražiti ravnotežu između, s jedne strane, trenutne primjene, s obzirom na prirodu i svrhu predmetnog pravila i, s druge, prirode prava koja su dovedena u pitanje, stupnja poremećaja ili praktičnih prepreka provedbi novoga pravila. Uzimanje u obzir prirode predmetnih prava u skladu je s promišljanjem Ustavnog vijeća koje povezuje zahtjeve za kvalitetom zakona i pravnom sigurnošću s nužnim „jamstvom prava“ koje proizlazi iz članka 16. Deklaracije iz 1789.⁵² Odsad će regulatorna vlast, ali samo kad razlozi pravne sigurnosti to opravdavaju, moći i bez ovlaštenja odgoditi primjenu zakona. No to rješenje neće biti u potpunosti novo jer je odlukom od 9. srpnja 1993. *Association « Collectif pour la défense du droit et des libertés »* Državni savjet već ocijenio da regulatorne vlasti mogu pomaknuti za šest mjeseci stupanje na snagu neke uredbe zbog „nužne odgode provedbe“ novih propisa. Ipak, regulatorna je vlast obvezna donijeti prijelazne mjere, baš kao što je to slučaj sa svakim općim načelom koje donosi upravni sudac, osim ako ne postoje zakonske odredbe koje se tomu protive.⁵³

Državnom je savjetu dakle draže objektivno načelo pravne sigurnosti od subjektivnog načela legitimnog povjerenja. No činjenica je da službeno priznavanje važnosti načela pravne sigurnosti oslikava recipročne utjecaje nacionalnih pravnih poredaka, pravnih poredaka Unije i europskih pravnih poredaka, a sve s ciljem osnaživanja zahtjeva pravne države.

2.3. Modulacija vremenskih učinaka odluka o poništenju zbog povrede europskog prava

Odbacivanje zahtjeva za poništenjem dekreta kojim se prenosi europska direktiva čija je valjanost dovedena u pitanje, ali koju je potom potvrdio Sud Europske unije, okončava odgađanje provedbe pobijanog dekreta koja je izrečena u okviru zahtjeva za odgodom. Unatoč tomu, tijekom razdoblja odgode, rok za prenošenje direktive nastavlja teći iako je valjanost direktive dovedena u pitanje. Samim time, stranke kojih se tiču direktiva i dekret koji ju prenosi ne mogu učinkovito profitirati od razdoblja prenošenja kako bi se prilagodili novim propisima. Dakle ili preuzimaju rizik prilagođavajući se direktivi koja bi mogla biti proglašena nevaljanom ili pak čekaju odluku Suda Europske unije što ih izlaže mogućnosti da se naglo nađu u situaciji nepoštovanja direktive ako je proglašena valjanom, a rok prenošenja je u međuvremenu istekao. Ovo je vrlo konkretan

51 Vidi o tome Chaltiel, F., *Le juge administratif, juge européen*, AJDA, Paris, 2008.

52 Ustavno vijeće, odluka 2005-530 DC od 29. prosinac 2005., temelji se na Zakonu o porezima.

53 Ibid.

problem poduzeća koja moraju prilagoditi svoju proizvodnju novim pravilima upravljajući istovremeno svojim zalihama. Nagla primjena novoga propisa bez prijelaznog razdoblja dovela bi do toga da proizvodi na tržištu koji još nisu prodani postanu neusklađeni i samim time postaje ih nemoguće prodati.

I tako, kako bi jamčio učinkovitost roka za prenošenje direktive, kombinirajući načelo pravne sigurnosti koje je potvrdio u svojoj presudi *KPMG* od 24. ožujka 2006. i ovlast moduliranja učinaka odluke o poništenju potvrđenu presudom *Association AC!*, Državni savjet sebi priznaje ovlast da tijekom određenog razdoblja zadrži odgodu provedbe dekreta kojim se prenosi direktiva odgađajući učinke odluke o odbacivanju zahtjeva za poništenjem dekreta:

„Smatrajući da odbacivanje zahtjeva za poništenjem akta čije je izvršenje odgodio upravni sudac koji je odlučivao u hitnom postupku ima kao rezultat da taj akt bude primijenjen ili ponovno primijenjen čim ta sudska odluka bude izrečena; no ako se čini kako je taj učinak takve prirode da, s obzirom na poteškoće svih vrsta koje iz ovog mogu proizići i koje uprava nije u stanju trenutno sama riješiti, ugrožava načelo pravne sigurnosti kada je, kao što je ovdje slučaj, odgoda izrečena prije početka provedbe akta koji predviđa prijelazni period, a čiji je rok otad istekao, na upravnom je sucu da, ako treba i po službenoj dužnosti, procijeni, uzimajući u obzir i gore navedene poteškoće i javni interes koji se vezuje za stupanje na snagu novih odredbi, i ako treba odluči da će njegova odluka o odbacivanju koja okončava prethodno izrečenu odgodu stupiti na snagu na neki kasniji datum koji će on odrediti te je također na njemu da propiše objavu svoje odluke u Službenom glasilu Francuske Republike.“⁵⁴

3. RAZLIČITOSTI KOJE OPSTAJU IZMEĐU EUROPSKOGA PRAVNOG PORETKA I NACIONALNOGA PRAVNOG PORETKA

Unatoč polaganom približavanju europskoga i nacionalnoga pravnog poretka, neke „marginalne“ razlike ipak ostaju. One su vezane uz mjesto koje europsko pravo i ustav zauzimaju u hijerarhiji normi, a to je pitanje apsolutnog prvenstva europskog prava i poštivanja nacionalnog identiteta; te odvojenost vlasti i hijerarhiju sudova, a to su pitanja koja se odnose na odgovornost države članice za povredu europskog prava.

3.1. Pitanje apsolutnog dosega prvenstva europskoga prava i poštovanja nacionalnog identiteta

Prvenstvo europskog prava nad nacionalnim normama svakako je priznato, ali ono ostaje strogo ograničeno ogradama koje predstavlja ustavnost. Drugim riječima, nacionalni sudovi priznaju prvenstvo europskog prava, ali ono nema isti apsolutni

⁵⁴ Državni savjet, 27. listopada 2006., *Sté TECHNIA S.A.. et autres.*

karakter koji mu pridaje Sud Europske unije. Nedavno se pojavilo i pitanje poštovanja nacionalnog identiteta.

3.1.1. Nemogućnost nacionalnoga pravnog poretka da prizna opći doseg prvenstvu europskog prava

Rizici sukoba između europskog prava i ustavnog prava prešli su s marginalnog pitanja na stvarni problem u odnosima pravnih sustava; na proširenje područja europskog prava koje je inicirao Sud Europske unije, posebice u pogledu temeljnih prava. Nacionalni su suci uzvratili pojačanom kontrolom ustavnosti.

Članak 54. Ustava iz 1958. predviđa *a priori* sustav kontrole ustavnosti ugovora. Kada se dogodi da je ugovor suprotan ustavu, ratifikaciji ugovora mora prethoditi ustavna revizija. Kada je riječ o europskim aktima sekundarnog prava, oni ne mogu biti podvrgnuti kontroli iz članka 54., pa tako uživaju ustavni imunitet. Što se tiče kontrole ustavnosti ugovora, Ustavno vijeće, nakon što je napustilo distinkciju koju je najavilo u svojoj odluci *IVG* između ograničenja i prijenosa nadležnosti, najzad priznaje zakonitost ugovora pod uvjetom da ne ugrožavaju „temeljne uvjete obnašanja nacionalnog suvereniteta“. Vijeće donosi tri glavna elementa ovoga kriterija: poštivanje institucija Republike, kontinuitet života nacije te jamčenje prava i sloboda građana. Nakon proglašenja neustavnosti ugovora iz Maastrichta, francuski je ustavotvorac unio u Ustav Glavu XIV. (koja je postala XV.) u kojoj se eksplicitno poziva na Europsku uniju. Međutim prilagodba Ustava europskom pravnom poretku odvija se kroz revizije koje se provode po potrebi, ugovor po ugovor, a ne prema metodi opće klauzule prijenosa kao što je to slučaj u Njemačkoj ili Nizozemskoj. Francuski ustavotvorac tako zadržava „ustavna ograničenja integracije“.⁵⁵

U nedostatku preciznih pravila u tekstovima koja bi dala odgovor na pitanje eventualne neosporive pretpostavke valjanosti europskih ugovora i nakon što je francuski sustav iza sebe ostavio kontrolu ustavnosti iz članka 54. ili monopol Ustavnog vijeća na tu vrstu kontrole, redovni je sud prvi dao odgovor na pitanje odnosa između europskog prava i Ustava potvrđujući neumanjivu nadmoć francuskoga Ustava.

U početku je Državni savjet u svojoj presudi *Koné*, a poslije osobito u presudi *Sarran*, naglašavao nadmoć Ustava nad međunarodnim obvezama negirajući svaku specifičnost europskom pravnom poretku i zadržavajući svoj stav iz presude *SNIP*. Prema Državnom savjetu, međunarodni ugovori, uključujući i europske, imaju samo infraustavnu i supra-zakonodavnu vrijednost. Kasacijski je sud isto učinio u svojoj presudi *Fraisie* nastavljajući time svoju sudsku praksu *Jacques Vabre* koja se temelji na specifičnosti europskoga pravnog poretka.

⁵⁵ Vidi o tome Genevois, B., *La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: complémentarité ou concurrence?*, RFDA, Paris, 2012.

Stav nacionalnih sudova će se mijenjati od odluke Ustavnog vijeća donesene 10. lipnja 2004., ali ipak neće ići do priznanja apsolutne i bezuvjetne superiornosti europskog prava nad ustavom. Ustavno je vijeće u sporu iz ljeta 2004. zadržalo *in fine* neumanjivu nadmoć Ustava, no odbacilo je kao temelj članak 55. Ustava kako bi se pozvalo na članak 88. stavak 1. Ustava te priznaje, s jedne strane, isključivu nadležnost europskog suca u ocjenjivanju valjanosti europskih akata, a s druge, ustavni zahtjev prenošenja direktiva. Ipak, Ustavno vijeće previđa mogućnost ograde ustavnosti: „*prenošenje europske direktive u nacionalno pravo rezultat je ustavnog zahtjeva kojemu ne može biti zapreke osim ako ne postoji odredba izričito suprotna Ustavu*“. Odluka od 19. studenog 2004. o Ugovoru o ustavu za Europu potvrđuje taj stav i bez uvijanja učvršćuje Ustav na vrhu francuskoga pravnog poretka. Naziv Ugovora o ustavu za Europu „*ne utječe na postojanje francuskog Ustava ni na njegovo mjesto na vrhu pravnog poretka.*“ Priznavanje specifičnosti europskoga pravnog poretka od strane Vijeća proizlazi iz nacionalnoga pravnog poretka na čijem vrhu caruje Ustav. Potom je Ustavno vijeće preciziralo pojam „*izričitih odredbi Ustava*“. U svojoj odluci od 27. srpnja 2006. te odluci od 30. studenog 2006., Ustavno vijeće koristi izraz: „*suprotno pravilu ili načelu svojstvenom francuskom ustavnom identitetu, osim ako ustavotvorac nije na to pristao.*“ Osim toga, Ustavno vijeće osigurava samo kontrolu očitih pogrešaka u prenošenju direktiva: „*...kada mora odlučivati prije objave zakona u roku predviđenom člankom 61. Ustava, Ustavno vijeće ne može uputiti Sudu Europske unije prethodno pitanje predviđeno člankom čl. 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije; posljedično tome, Ustavno vijeće može proglasiti nesukladnom temeljem članka 88. stavkom 1. Ustava samo zakonsku odredbu koja je očito nespojiva s direktivom koju treba prenijeti; u svakom slučaju, na nacionalnim je sudbenim vlastima da, ako je potrebno, upute prethodno pitanje Sudu Europske unije*“.

Pravila i načela svojstvena ustavnom identitetu Francuske odgovaraju odredbama Ustava koje su specifične za nacionalni pravni poredak i ne može ih se naći u europskom pravnom poretku. Tako je, na primjer, francuski koncept laičnosti dio tog skupa ustavnih normi koje su tako intimno vezane uz identitet Francuske da se na njega ne može primijeniti prvenstvo europskog prava.

Prateći sudsku praksu Ustavnog vijeća i Državni je savjet potom omekšao svoju sudsku praksu u presudi *Sarran* iz 1998. U odluci *Arcelor* (8. veljače 2007.) svog plenarnog sastava za sporove, Državni savjet odbija kontrolirati ustavnost europskih direktiva, ali osigurava kontrolu ispravnog prenošenja direktive u nacionalno pravo sukladno zahtjevima iz članka 88. stavka 1. Ustava: „*Uzimajući u obzir da se, na temelju članka 55. Ustava, „ugovori ili sporazumi koji su redovno ratificirani ili odobreni imaju od svoje objave viši autoritet od zakona pod uvjetom, za svaki sporazum ili ugovor, da ih primjenjuje druga strana*“, prvenstvo na taj način dodijeljeno međunarodnim obvezama ne može se u nacionalnom poretku nametnuti načelima i odredbama ustavne vrijednosti; uzimajući u obzir da se temeljem odredbi članka 88. stavka 1. Ustava prema kojem „*Republika sudjeluje u Europskoj uniji sastavljenima od država koje su svojevoljno, na temelju osnivačkih*

ugovora, pristale obnašati zajednički neke od svojih nadležnosti“ iz čega proizlazi ustavna obveza prenošenja direktiva, kontrola ustavnosti općih akata koji izravno osiguravaju prijenos provodi na poseban način kad su prenesene precizne i bezuvjetne odredbe.“

Baš kao i Ustavno vijeće, Državni se savjet više ne oslanja na članak 55. Ustava, nego na članak 88. stavak 1. priznajući tako specifičnost europskoga pravnog poretka i ustavni zahtjev za jamstvom prvenstva europskog prava nad nacionalnim pravom. Državni savjet provodi kontrolu ustavnosti temeljem članka 88. stavka 1. Ustava, koje odsad upravni sudac mora primjenjivati na općim aktima, kojima se prenose bezuvjetne i precizne odredbe neke europske direktive. Upravni će sudac u europskom pravnom poretku morati potražiti pravila ili načela Europske unije slična ustavnim pravilima ili načelima na koje se stranka poziva u pobijanju nekog općeg akta prenošenja: „na upravnom je sucu da, kada mu je podnesen pravni argument o zanemarivanju neke odredbe ili načela ustavne vrijednosti, potraži postoji li pravilo ili opće načelo europskog prava koje, s obzirom na svoju prirodu, svoj doseg i način na koje je protumačeno u trenutačnom stanju sudske prakse europskog suca, jamči svojom primjenom učinkovitost poštovanja navedene odredbe ili ustavnog načela; u slučaju da je odgovor potvrđan, na ustavnom je sucu da potraži, kako bi bio siguran u ustavnost dekreta, je li direktiva koju ta dekret prenosi sukladna tom pravilu ili općem načelu europskog prava.“

Ako pronade slična europska pravila ili načela, upravni sudac kontrolira sukladnost općeg akta kojim se prenosi direktiva s tim pravilima i načelima dajući tako europskom pravu potvrdu o sukladnosti u području zaštite temeljnih prava. Materijalno gledano, Državni savjet kontrolira sukladnost direktive, akta sekundarnog prava, ugovoru koji je akt primarnog europskog prava. Prema sudskoj praksi *Foto-Frost*, samo Sud Europske unije ima nadležnost proglasiti neki akt sekundarnoga europskog prava nevaljanim. U tom će slučaju Državni savjet morati uputiti prethodno pitanje. S druge strane, ako ne postoji veća poteškoća, Državni savjet primjenjuje „teoriju *acte claire*“: „na njemu je da, u nedostatku ozbiljnije poteškoće, odbaci navedeni pravni razlog ili, u suprotnom slučaju, uputi Sudu Europske unije prethodno pitanje u uvjetima predviđenim člankom 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije“. Zanimljivo je da u ovom slučaju, Državni savjet odabire uputiti prethodno pitanje Sudu Europske unije. Njegov postupak u potpunosti se uklapa u sudsku suradnju. Mogućnost Državnog savjeta da uputi prethodna pitanja Sudu Europske unije nadoknađuje nemogućnost Ustavnog vijeća da učini isto to.⁵⁶

Državni savjet ipak previđa granice te kontrole u slučaju da pravilo ili načelo ustavne vrijednosti na koje se stranka poziva u osporavanju općeg akta kojim se prenosi direktiva nema svog parnjaka u europskom pravu. Državni se savjet ipak kloni od preuzimanja pojma ograde ustavnosti pravila i načela svojstvenim ustavnim identitetu Francuske koje je donijelo Ustavno vijeće. Ne želi se uputiti

56 Vidi o tome Pertek, Jacques, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE, Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

na taj teren na kojem je Ustavno vijeće bez sumnje u stanju bolje manevrirati. Državni je savjet skloniji pragmatičnijoj analizi učinkovitosti jamčenja prava i sloboda: „*naprotiv, ako ne postoji pravilo ili opće načelo europskog prava koje jamči učinkovitost poštovanja navedene odredbe ili ustavnog načela, zadaća je upravnog suca da izravno ispita ustavnost pobijanih regulatornih odredbi.*“⁵⁷

Ali svakako nalazimo na ideju pravila ili načela svojstvenih ustavnom identitetu Francuske, tj. prema J-E Schoettlu, „specifičnih“ za nacionalni pravni poredak. Odluka *Arcelor* nesumnjivo predstavlja korak naprijed u delikatnim odnosima između ustavnog prava i europskog prava. Stav koji je usvojio Državni savjet je stav koji je odraz suradnje sudaca.

4. ODGOVORNOST DRŽAVE ČLANICE ZA KRŠENJE EUROPSKOG PRAVA

Oslanjajući se na obvezu jamčenja „*potpune učinkovitosti europskih normi*“, kao i na obvezu „*uklanjanja nezakonitih posljedica kršenja europskog prava*“ koje proizlazi iz članka 10. Ugovora o ustavu za Europu, Sud Europske unije je postavio načelo prema kojem su države članice dužne ispraviti štetu koju su pojedincima uzrokovala kršenja europskog prava, a koja se mogu pripisati državama članicama, uključujući i štetu koja je nastala djelovanjem ili nedjelovanjem nacionalnog zakonodavca.⁵⁸

Državni savjet ga je pratio u toj logici zaključujući u svojoj presudi *S. A. Rothmans International France i S.A. Philip Morris France* od 28. veljače 1992. da se država može pozvati na odgovornost zbog nezakonitosti regulatornih odluka koje su donesene na temelju nacionalnog propisa koji je nespojiv s ciljevima neke europske direktive. Ako je ova odluka zaslužna za prekid sa sudskom praksom od 23. ožujka 1984. (presuda *Alivar*) u kojoj se država pozivala na odgovornost samo u slučaju odgovornosti bez počinjenja pogreške, ipak je činjenica da si ta sudska praksa dopušta izvjesnu slobodu u odnosu na ortodoksiju Unije: pogreška se ne pripisuje zakonodavcu, nego regulatornoj vlasti.

Presuda *Ceccaldi* od 10. ožujka 2006. potvrđuje tu sudsku praksu prihvaćajući pravni argument o nezakonitosti presude koja je nespojiva s načelom jednakosti plaća iz Ugovora o osnivanju Europske zajednice iako, u ovom konkretnom slučaju, tužitelj u konačnici nije mogao dobiti naknadu štete koja je proizišla iz te pogreške jer šteta nije bila „izravna i sigurna“. Spor zbog odgovornosti države zbog zanemarivanja europskog prava je, s druge strane, na Kasacijskom sudu, gotovo nepostojeći.

Dok je Sud Europske unije produbio svoju teoriju o odgovornosti države zbog kršenja europskog prava u svojoj načelnoj presudi *Brasserie du Pêcheur – Factortame III* od 5. ožujka 1996., francuski je upravni sudac ne tako davno bio

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Odluka *Francovich et Bonifaci* od 19. rujna 1991.

nesklon priznati pravo na naknadu štete koja je nastala uslijed povrede europskog prava od strane zakonodavca. Ta nesklonost koja je rezultat koncepcije zakona kao neosporivog i nepogrešivog akta, dovela je suca do toga da je uzrok štete pripisivao nekom drugom, kao što o tomu svjedoči odluka *Rothmans International i SA Philip Morris France* od 28. veljače 1992. Francuska je država mogla biti predmetom tužbe zbog povrede pred Sudom Europske unije, no čini se da je tužba koja dovodi u pitanje odgovornost države zbog zakona koji je nespojiv s europskim pravom bila nemoguća pred nacionalnim sudovima prije nego što je ta procedura bila dovršena.

Prvi se pokušaj promjene dogodio pred upravnom sudu u Clermont-Ferrandu koji je načelo odgovornosti zbog pogreške države zakonodavca u slučaju nepoštovanja europskog prava izvukao iz čl. 55. Ustava. Šteta je što se upravni sud nije nadahnuo odlukom *Société Gillot* koju je donio plenarni sastav za sporove Državnog savjeta 12. svibnja 2004. Državni je savjet smatrao da je europski propis izravno primjenjiv u nacionalnom pravnom poretku te da ne dopušta nacionalnim vlastima nikakvu diskrecijsku ovlast u provedbi pravila koje donosi. Primjena donesenih pravila „na nacionalne vlasti“ bez ikakva drugog pojašnjenja može se savršeno tumačiti kao mogućnost da se dovede u pitanje odgovornost bilo koje nacionalne vlasti, kakva god ona bila, uključujući i zakonodavca, u slučaju nanošenja štete uslijed kršenja europskog prava ako je ta vlast raspolagala diskrecijskim ovlastima u donošenju pobijanih mjera.

Odlukom *Gardedieu* od 8. veljače 2008. plenarnog sastava za sporove, Državni savjet priznaje odgovornost države ukoliko zakonodavac zanemari međunarodnu obvezu Francuske. Iako se u ovom slučaju radi o kršenju članka 6. stavka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava, i dalje stoji da ova načelna sudska praksa teži tomu da se primjenjuje i na europsko pravo. Iako nije izričito naveo režim odgovornosti, čini se kako je Državni savjet prihvatio objektivni režim odgovornosti bez pogreške slijedeći svoju sudsku praksu *Sté La Fleurette* iz 1938., no ne preuzimajući uvjet za tešku i posebnu štetu. Naravno, pozivanje države na odgovornost zbog toga što je zakonodavac zanemario neku međunarodnu obvezu Republike Francuske zahtijeva postojanje izravne i sigurne veze između suprotnosti zakona s međunarodnom konvencijom i štete koju je pretrpio tužitelj. Jasno je da takva izravna veza često neće postojati. Zapravo, situacija u kojoj je nastala šteta rezultat je upravnog akta koji je donesen radi provedbe zakona što spor smješta u područje sudske prakse *Sté Arizona Tobacco Products*. Tu izravnu vezu može prekinuti pogreška koju je počinio sudac tumačeći zakon u odnosu na međunarodne konvencije. Pa se tako čini da sudska praksa *Gardedieu* poziva na ponovno ispitivanje sudske prakse *Darmont* u vezi s odgovornošću države zbog djelovanja nacionalnog suda.⁵⁹

Konstrukcija odgovornosti države u europskom pravu kakva je nastala u sudskoj praksi obogatila se novim etapama u svom razvoju u vezi s povredom europskog prava koje proizlazi iz sudskih odluka. U presudi *Köbler* od 30. rujna

⁵⁹ Gaudement, Yves et Stirn, Bernard, str. 179.

2003., Sud Europske unije ustvrdio je kako je sudska praksa *Francovich* također primjenjiva na odluke najviših sudova, „u iznimnom slučaju kad je sudac na očit način zanemario pravo koje je na snazi“. Dvije se primjedbe moraju iznijeti o utemeljenosti takve koncepcije odgovornosti država članica u obnašanju sudbene vlasti. Prvo; načelo poštovanja pravomoćnosti moglo bi se destabilizirati. Drugo; hijerarhija nacionalnih sudova trebala bi nestati u ovom području. U presudi *Traghetti* od 13. lipnja 2006., Sud Europske unije potvrdio je tu sudsku praksu ne navodeći precizno što podrazumijeva pod „očito zanemarivanje“ europskog prava. Ovom je presudom sudska praksa *Köbler* postala primjenjiva u slučaju pogrešnoga tumačenja europskog prava od strane najvišeg suda. Presuda *Traghetti* mogla je biti dobra prilika da se razjasne načela koja su u temelju presude *Köbler*. Jesu li svi rizici koje podrazumijeva ta sudska praksa dovoljno uzeti u obzir? Čini se da je Sud stao na pola puta ustvrdivši kako dolazi do očite povrede europskog prava kada tumačenje suca „ima očito pogrešan doseg, osobito s obzirom na relevantnu sudsku praksu Suda u tom području“. Ne bi li takva sudska praksa kod prvostupanjskih upravnih sudova koji odlučuju o tužbi koja dovodi u pitanje odgovornost države mogla izazvati refleks prethodnog pitanja zbog razloga koji sami sebe objašnjavaju? Tako da bi si Sud, *de facto*, ako se na to ne pripazi, mogao pripisati, opet *de facto*, kvazikasacijsku ulogu u odnosu na sve vrhovne sudove država članica. A upravo se to pokušavalo izbjeći od stupanja na snagu Rimskog ugovora. Kako god bilo, Državni se savjet u svojoj se presudi *GESTAS* od 18. lipnja 2008. priklonio toj sudskoj praksi zaključivši:

Uzimajući u obzir da na temelju općih načela koja uređuju odgovornost javne vlasti teška pogreška koju upravni sud načini u obnašanju sudbenih vlasti može otvoriti pravo na naknadu štete; da ukoliko se tijelo koje se drži presude suprotstavlja dovođenju te odgovornosti u pitanje u slučajevima kada je navodna teška pogreška rezultat samog sadržaja sudske odluke i kada je ta odluka postala pravomoćna, odgovornost države se ipak može dovesti u pitanje u slučaju da sadržaj sudske odluke očito krši europsko pravo čiji je cilj osigurati prava pojedincima...“

ZAKLJUČAK

Tijekom posljednjih pedeset godina, nacionalni sudovi u Francuskoj bili su suočeni s nekoliko velikih promjena, među kojima se nalazi uključenje u pravni poredak zajednice.

Državni je savjet, posebice posljednjih godine prisvojio metode u tumačenju i razmišljanju Suda Europske unije u više važnijih odluka: vidi posebice *KPMG* (Plenarni sastanak od 24. ožujka 2006.), *Sté de Groot* (11. prosinca 2006.), *Arcelor* (Plenarni sastanak, 8. veljače 2007.), *Gardedieu* (Plenarni sastanak, 8. veljače 2007.), *Nacionalno vijeće Odvjetničkih komora Francuske* (Odjel, 10. travnja 2008.), *Gestas* (18. lipnja 2008.).

Ovdje se radi samo o sudskoj ulozi Državnog savjeta, odnosno donošenja odluka u upravnom sporu. No, podrazumijeva se da Državni savjet donosi i odluke

u savjetodavnom smislu. Šest upravnih odjela Državnog savjeta svakodnevno pri svom razmišljanju uzima u obzir cjelokupnu sudsku praksu europskog suda. Uzimanje u obzir presuda dovelo je do toga se ponovno napišu cijeli kosturi francuskih zakonika, posebice onih koji se odnose na poreze, financije, na sustav kažnjavanja ili na pretrage kućanstava..., itd. Kada se radi o Odsjeku za izvješća i studije, u tri godine, taj je odsjek najvišim vlastima u Francuskoj državi predao godišnje izvješće i studiju u potpunosti posvećenu pravu Unije.

K tomu, kada se radi o njegovoj organizaciji, o sastavu sudskih vijeća, o samom imenovanju njegova povjerenika vlade koji je postao javni izvjestitelj, Državni je savjet u nizu presuda *Kress*, *Procola*, osmislio četiri nacrtu dekreta, od kojih je potonji objavljen početkom 2010., i zakon koji se usklađuje s „europskim normama“.

Zapravo, iz unakrsnih i komplementarnih sudskih praksi proizlazi da je svaka sudska praksa bitan protagonist svakodnevnih interakcija koje proizlaze iz sukoba ili mirenja ideja. Bogatstvo tih razmjena je neupitno. Sud Europske unije, a zatim Državni savjet, donijeli su vrlo važne presude, u predmetu *Arcelor* kada su dva suda samostalno i u svjetlu svojih vlastitih pravnih ideja ocjenjivali bitna načela kao što je načelo jednakosti, zaštite poslovne tajne, „jednakosti oružja“ između stranaka, poštovanja saslušanja obje stranke te objektivne nepristranosti svakog suda.

Ako se može i činiti da postoji ponekad mala razlika u smislu jednog ili drugog načela ili u stajalištu, međutim ostaje činjenica da je utjecaj europske sudske prakse omogućio da se na nacionalnoj razini, Francuske, postavi pitanje o promjenama do kojih treba doći u načelima jednakosti, pravne sigurnosti, odnosno čak i legitimnoga povjerenja. U tom smislu, primjer primjećujemo u sudskoj praksi Državnog savjeta koja omogućuje da se uključi stroga odgovornost Države koja nesumnjivo predstavlja jednu od pozitivnih posljedica sudskih praksi Suda Europske unije (8. veljače 2007., *Gardedieu*).

Naravno, kako je na sve navedeno u bitnome utjecalo određene osobine Državnog savjeta. U tom smislu važno je istaknuti kako je najvažnija osobina Državnog Savjeta nezavisnost njegovih članova. Izvan razdoblja jake krize niti jedna državna vlast nije pokušavala utjecati na smisao odluka Državnog Savjeta vršeći pritisak na njegove članove, pa i dovoditi u pitanju njihovu nesmjernost, koja ipak nije bila nigdje zapisana u zakonu. Interna pravila Savjeta, koja su u potpunosti običajna, kao što su promaknuće u viši stupanj (zvanje), uloge kojima su im povjerene najvažnije funkcije u sporovima, uzrokuje da nitko danas, osim možda nekoliko nesretnih žalitelja, ne osporava nezavisnost upravne jurisdikcije.⁶⁰

Drugi je aspekt da zbog te nezavisnosti, ali također zbog blizine s upravom, upravna jurisdikcija predstavlja dokaz velike smjelosti u svojoj kontroli upravnog djelovanja. To vrijedi i za prekoračenje ovlasti, gdje, osobito danas zbog korištenja hitnog postupka, upravni sudac ponekad donosi spektakularne odluke.

60 Prije svega govorimo o Državnom savjetu, ali također možemo reći isto i za sudove i tribunale čije djelovanje osigurava sam Državni savjet.

Treći je aspekt iznimna lakoća pristupa upravnoj jurisdikciji. Postupak je besplatan, tužitelj čak ne mora niti imati odvjetnika osim u točno zadanim situacijama te može djelovati samo kako bi tražio poništenje bilo koje upravne odluke.

Konačno, četvrti je aspekt da upravni sudac podcjenjuje potrebu za upravnim djelovanjem i obrane općeg interesa naspram pojedinačnih interesa, nego da ide preko uravnoteživanja ta dva različita stajališta. To se zove teorija bilance koju je uvela odluka od 28. svibnja 1971. godine *Ville nouvelle Est*, kako bi se procijenila javna korist velikih građevina kojom se može dovesti u pitanje vrlo teške i skupe projekte, ali koja se primjenjuje krajnje obazrivo.

I da na kraju citiramo Marceaua Longa: „Politički potezi vlade imaju nebrojene političke i upravne implikacije. Naša je funkcija da ih odvagamo i da damo savjete. To je francuski izum koji je možda opstao kao jedno od obilježja genijalnosti naše institucionalne tradicije. Uključivanje jednog korpusa državnih službenika u izradu pravnih pravila dok ona nastaju i poprimaju oblik i njihovo uključivanje u donošenje odluka podrazumijeva da je riječ o nastojanju da se uspostavi i zajamči sklad i učinkovitost od trenutka kada se pravila koncipiraju do njihove provedbe.”⁶¹

Kao i Jean Rivera: „Dakako, postoje presude o kojima se može diskutirati i one koje su diskutabilne; ali se ne smije dogoditi da se od stabala ne vidi šuma; rad Državnog savjeta, zamišljen na dugi rok, predstavlja izniman povijesni uspjeh. Kakav god bio, uklopio se u naše poimanje Države; riječ je o iskustvenoj činjenici; totalitarni režimi koji su nastali u zemljama gdje je postojala kontrola upravnog suca nad izvršnom vlasti, smjesta su se oslobodili tog cenzora; a ponovno se pojavio kada bi potonuli ili počeli propadati. Na taj način, neovisno o vlastitoj vrijednosti, institucija poprima neku vrst simbola; postaje jednom od glavnih sastavnica liberalne države. Svaki napad na njezinu neovisnost i ovlasti ne bi se mogao protumačiti drugačije nego kao virtualna prijetnja usmjerena protiv načela koje utjelovljuje. Slobodno i otvoreno prihvaćanje njegovih odluka je pak obilježje vlasti koja je dovoljno sigurna u sebe da se nema čega bojati, niti od pravnog poretka niti od sudaca.”⁶²

61 Ulomak iz govora potpredsjednika, Marceaua Longa, održanog na glavnoj skupštini Državnog savjeta 1990.

62 Riviero, Jean, *Uloga Državnog savjeta u francuskoj tradiciji*, *Le Monde*, 31. listopada 1962.

Summary

CONSEIL D'ETAT AND EU LEGAL ORDER

This paper investigates approaching between the French legal order and the legal order of the European Union. Pointing to the most important elements convergence of judicial practice: the priority and specific quality of European law; direct effect of European directives; interpretation of European law; Reception of the principle of legal certainty in national law. Furthermore, it was point to the differences which exist between the European legal order and the national legal order, and the responsibility of the EU Member State (France) for violating European law. In doing so, it draws attention to the decision of the Conseil d'Etat in an advisory meaning.

Keywords: *Conseil d'Etat, european legal order.*

Zusammenfassung

FRANZÖSISCHER STAATSRAT UND RECHTSORDNUNG DER EUROPÄISCHEN UNION

In dieser Arbeit wird die Annäherung zwischen der Französisch Rechtsordnung und der Rechtsordnung der Europäischen Union untersucht. Es wird auf die wichtigsten Elemente der Annäherung der Gerichtspraxis hingewiesen: den Primat und die Besonderheit des Europäischen Rechts; die unmittelbare Wirkung der EU-Richtlinien; die Auslegung des Europäischen Rechts; die Umsetzung des Grundsatzes der Rechtssicherheit ins nationale Recht. Darüber hinaus wird auf die Unterschiede hingewiesen, die zwischen der Europäischen Rechtsordnung und der nationalen Rechtsordnung bestehen aber auch auf die Verantwortung des Mitgliedstaates (Frankreich), wenn es zur Verletzung des Europäischen Rechts kommt. Dabei verweist man im Beratungssinne auf die Entscheidung des Staatsrates.

Schlüsselwörter: *Staatsrat, Europäische Rechtsordnung.*

RIASSUNTO

IL CONSIGLIO DI STATO FRANCESE E L'ORDINAMENTO GIURIDICO DELL'UNIONE EUROPEA

Nel lavoro s'indaga circa l'avvicinamento tra l'ordinamento giuridico europeo e quello dell'Unione europea. Si evidenziano gli elementi di avvicinamento più significativi nella giurisprudenza: il primato e la peculiarità del diritto europeo; l'efficacia diretta delle direttive europee; l'interpretazione del diritto europeo; la recezione del principio di certezza giuridica nel diritto nazionale. Ancora, si pongono in rilievo le diversità che permangono tra l'ordinamento giuridico europeo e l'ordinamento giuridico nazionale, come anche la responsabilità dello Stato membro (Francia) per la violazione del diritto europeo. Inoltre, si presta attenzione alle decisioni del Consiglio di Stato in funzione consultiva.

Parole chiave: Consiglio di Stato, ordinamento giuridico europeo.

OBJECTIVES AND EFFECTS DISCREPANCY OF TAX POLICY IN THE TOBACCO PRODUCTS TAXATION¹

Dr. sc. Sonja Cindori, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Tajana Petrović, dipl. oec.
Porezna uprava Koprivnica

UDK: 336.223:663.97
Ur.: 4. veljače 2016.
Pr.: 15. svibnja 2016.
Pregledni znanstveni rad

RASKORAK CILJEVA I UČINAKA POREZNE POLITIKE U OKVIRU OPOREZIVANJA DUHANSKIH PRERAĐEVINA²

Sažetak

Određivanje komponenata izračuna trošarina na duhanske prerađevine ponekad rezultira neskladom ciljeva i učinaka fiskalne politike, a osobito kontradikcijom u odnosu prema politici zaštite zdravlja. Iako se povećanjem trošarina nastoji prikupiti što više sredstava u državni proračun, visina trošarina utječe na smanjivanje baze korisnika zbog štetnih utjecaja konzumacije takvih proizvoda. Posebice se ističe značaj prevencije bolesti uzrokovanih konzumacijom duhanskih prerađevina i njihovih supstituta, kao i biljnih proizvoda za pušenje.

Iako se Republika Hrvatska uskladila sa zakonodavstvom Europske unije u okviru direktiva koje reguliraju predmetno područje, neusklađenost stopa još se uvijek ističe kao problem. Novim je zemljama članicama Europske unije, pa tako i Republici Hrvatskoj omogućeno prijelazno razdoblje u kojem se stope moraju približiti propisanim. Učinak dosad poduzetih mjera trošarinske politike očituje se povećanom konzumacijom duhanskih prerađevina oporezivanih nižim stopama, ali i porastom ilegalne trgovine, što inicira potrebu za intervencijom države pooštrenim preventivnim i represivnim mjerama fiskalne, kaznene i ekonomske politike.

Ključne riječi: porez, trošarina, duhan, evazija, pušenje.

-
- 1 The work is based on research within the project the Faculty of Law, University of Zagreb, entitled "New Croatian legal system".
 - 2 Rad je temeljen na istraživanju u okviru projekta Pravnog fakulteta, Sveučilišta u Zagrebu, pod nazivom "Novi hrvatski pravni sustav".

1. INTRODUCTION

Common characteristics of specific taxes favor the fact that those are products for which there is a relatively high demand, regardless the price, and the effect is usually contrary to the basic postulates of health of the individual.

Excise duties are introduced to the fiscal system usually to achieve certain objectives of fiscal policy. One of the goals is to introduce progressivity in the tax system, as well as the situation in which, for administrative reasons, is difficult to apply complicated tax forms, especially when the goal is to discourage the consumption of certain product. The introduction of excise duty has very clear goals in eco policy, mitigation of pollution. In this way, the excise duties are being used as a convenient tool to correct the inefficient use of resources.³

The system of specific tax and excise of the Republic of Croatia includes the full range of products with different characteristics, but similar effects on the individual and the state. Specific tax on motor vehicles, specific tax on coffee and soft drinks, a specific tax on insurance premiums for automobile liability and Casco insurance of motor vehicles are considered as specific taxes. On the other hand, although it is a same time of taxation, excise duty usually occurs on alcohol and alcoholic beverages, excise duties on tobacco products, and excise duties on energy products and electricity.

For a discussion on the impact of changes in each element of excise duty on fiscal and non-fiscal objectives of tax policy, particularly interesting category are cigarettes, which occupies a significant share in the market of tobacco products. It is especially important to note the determination of the structure of excise rates on cigarettes *ad valorem* and specific duties because of frequent increases in demand of fine cut tobacco with the consequences of the increase in illegal trade, informal economy and the consequent drop in revenues from excise.

From the perspective of legislative changes and harmonization with the *acquis communautaire*, the subject of the work will relate to the analysis of fiscal elements of excise policy and their impact on the growth of tax evasion during the period 2010-2015, with a focus on 2013 which testifies to the first results of adjustment. The certainty of the effects of tax evasion will be deducted by historical-legal and descriptive method and the method of comparative analysis.

The paper is divided into five chapters. In addition to the first, introductory chapter, the second chapter gives a brief overview of the historical development of excise duties. In the third chapter, the authors touch upon the issues of harmonization with the *acquis communautaire*, in the fourth chapter emphasis is on case analysis of the effects of taxation of tobacco products, with reference to the importance of electronic cigarettes, while in the fifth chapter concluding observations are presented.

3 Kesner-Škreb, M., Excise duties (*Trošarine*), Zagreb, Financial practice, vol. 23, 6/1999, p. 765-767.

2. BRIEF HISTORICAL DEVELOPMENT

Excise or specific consumption taxes are a form of consumption tax, by which is taxed turnover of only one or several of the same product.⁴ They represent one of the oldest forms of taxation, and for the first time appear in Athens at the end of the fifth century BC.⁵ The consumption tax occurs in the Middle Age in the form of excise duty or excise⁶ that was charged to the individual goods and services. They were first introduced in the Netherlands, and later Germany, Spain, England and her colonies, as well as other European countries. Growing role of excise duties can be attributed to the fact that the excise duty belongs to the group of indirect taxes⁷ for which the ruler did not need the approval of aristocratic assembly in the form of a contract, but they were introduced arbitrarily. In the seventeenth and eighteenth centuries, their sharp rise was recorded, while in the nineteenth and twentieth centuries, general consumption tax had the growing importance, and in particular value added tax, so special consumption taxes took a secondary role.⁸

Even at the time of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes various kinds of excise were levied: on the meat, wine, mineral oils, beer, yeast, sugar, spirit and city excise of Ljubljana and other major cities. In Dalmatian cities the excise duty on salt, flour, candles, rice, cheese, beans, peas, fish, etc., was levied, based on regulations from 1830 and 1875, the Interim Act (*Privremeni zakon*) on state excise, fees and charges from the 1921 attempted to create a uniformed regulation of the subject matter so the difference in the number and type of excise duty, as well as the manner of their collection in the components of the new state, was abolished. This law regulated the payment of excise duty to the following products: sugar, sweets, chocolate, candied fruit and other objects made of sugar, coffee, coffee substitute, rice, all kinds of edible oil, beer, fine wines, liquor, rum, brandy, essences for drinking, fish, fish, crabs, snails, shells, candles, electric lighting, calcium carbide, tropical fruit, figs, dates, raisins, timber, glass for windows and storefronts, beams, steel and iron pillars, cement and hydraulic lime.⁹

4 Similar in Jelčić, B., Jelčić, Bo., *Tax System and Tax Policy (Porezni sustav i porezna politika)*, Zagreb, Informant, 1998, p. 337.

5 Cindori, S., Pilipović, O., Kalčić, R., *VAT in Theory and Practice (Porez na dodanu vrijednost u teoriji i praksi)*, Split, Web Bookstore, 2015, p. 29.

6 In the sixteenth century, alcoholic beverages, beer, sugar and salt in the Netherlands were taxed by specific tax that was called *excijzen*, whose name derives from the old French word *assize*. See further in Kuliš, D., *op. cit.*, p. 5.

7 Indirect taxes are taxes paid before spending income, a direct are paid during its spending. See further in Jelčić, B., Lončarić Horvat, O., Šimović, J., Arbutina, H., *Financial Law and Financial Science (Financijsko pravo i financijska znanost)*, Zagreb, Official Gazette, 2008, p. 102-108.

8 Similar in Cindori, S., Barišić, M., *Legal Framework for Taxation of Tobacco Products in the Excise System of the Republic of Croatia in Terms of Sustainable Economic Development (Pravna regulativa oporezivanja duhanskih preradevina u trošarinskom sustavu Republike Hrvatske u funkciji održivog ekonomskog razvoja)*, Beograd, ERAZ 2015 Sustainable Economic Development – Modern and Multi-disciplinary Approaches, 2015, p. 236-237.

9 See further in Jelčić, B., Bejaković, P., *Development and Perspective of Taxation in Croatia (Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj)*, Zagreb, Croatian Academy of Arts and

This taxation system was not present after the World War II or in the first years of independence of the Republic of Croatia (hereinafter: Croatia). As part of a comprehensive tax reform, excise duties were first introduced in 1993 by then Excise Duty Act on Coffee (*Zakon o posebnom porezu na kavu*),¹⁰ followed by the adoption of other laws on excise duties: the Excise Duty Act on Tobacco Products (*Zakon o posebnom porezu na duhanske proizvode*),¹¹ the Excise Duty Act on Alcohol (*Zakon o posebnom porezu na alkohol*),¹² the Excise Duty Act on Soft Drinks (*Zakon o posebnom porezu na bezalkoholna pića*),¹³ the Excise Duty Act on Beer (*Zakon o posebnom porezu na pivo*),¹⁴ the Excise Duty Act on Oil Derivatives (*Zakon o posebnom porezu na naftne derivate*)¹⁵ and the Excise Duty Act on Car Import (*Zakon o posebnom porezu na uvoz automobila*).¹⁶

Excise duties are an essential part of modern tax system. Although the primary objects of taxation are considered to be alcohol, tobacco and energy-generating products, the circle of their reach is resilient and present an image of the time in which they are applied. Their basic features are ease of collection and a small number of taxpayers, and also the plentiful source of fiscal revenue.¹⁷

Historical development and changes in tax structures indicate certain tendencies in the development of the excise duty which can be subdivided into the following:

- increasing the number of objects of taxation, with the support on changes in consumption (standards increase initiates taxation of luxury goods due to financial and social impacts)
- the tendency of narrowing the circle of taxable objects (the reason is the tax-technical and fiscal establishment, but an important role is played by economic and social reasons - high incomes are correlated with the taxation of mass consumption, but not by taxing luxury goods)
- efforts to establish a taxation in which there is closer relationship between the amount of the tax burden and the amount of the actual cost, meaning that is striked the tax force intensified when buying goods.¹⁸

Science, 2012, p. 22.

- 10 Excise Duty Act on Coffee, Official Gazette No. 66/93. (*Zakon o posebnom porezu na kavu, NN br. 66/93.*)
- 11 Excise Duty Act on Tobacco Products, Official Gazette No. 51/94. (*Zakon o posebnom porezu na duhanske prerađevine, NN br. 51/94.*)
- 12 Excise Duty Act on Alcohol, Official Gazette No. 51/94. (*Zakon o posebnom porezu na alkohol, NN br. 51/94.*)
- 13 Excise Duty Act on Soft Drinks, Official Gazette No. 51/94 (*Zakon o posebnom porezu na bezalkoholna pića, NN No. 51/94.*)
- 14 Excise Duty Act on Beer, Official Gazette No. 51/94. (*Zakon o posebnom porezu na pivo, NN br. 51/94.*)
- 15 Excise Duty Act on Oil Derivatives, Official Gazette No.51/94. (*Zakon o posebnom porezu na naftne derivate, NN br. 51/94.*)
- 16 Excise Duty Act on Car Import, Official Gazette No 51/94. (*Zakon o posebnom porezu na uvoz automobile, NN br. 51/94.*)
- 17 Kuliš, D., *Do We Pay European Excise Duties (Plaćamo li europske trošarine)*, Zagreb, Public Finances Institue, 2005, p. 5.
- 18 See further in Jelčić, B, *Taxes (Porezi)*, Zagreb, Libertas Business College, 2011, p. 240 - 241.

The recent advances in the understanding of the excise policy, encouraged by the harmonization with the European Union *acquis* (hereinafter: EU), compiled in the Excise Duty Act (*Zakon o trošarinama*),¹⁹ which regulates the excise tax system on tobacco products manufactured in Croatia entered from the other Member States of EU or imported into the EU. Implementing provisions governing treatment in the application of the Excise Duty Act (*Zakon o trošarinama*) are contained in the Regulation on Excise Duties (*Pravilnik o trošarinama*).²⁰

The negative impact of tobacco products on human health initiates the need for harsher legal regulations. It is given the growing importance on prevention of smoking, and it is carried out by fiscal policy and health protection measures. Despite all the efforts of powerful preventive and repressive policy tobacco industry still finds its ways to users by improving existing or placement of new products, such as electronic cigarettes.

3. LEGAL FRAMEWORK OF EUROPEAN UNION

Erasing the borders between EU member states and emerging free movement of goods, services, people and capital, and the functioning of the single market imposed the requirement for compliance tax regulations, among others. The diversity of tax systems significantly hindered its implementation. A hint of alignment and basic conditions of harmonization are result of the so-called. White Paper, adopted in 1985. The first guidelines aimed at harmonizing excise duties relating tobacco products, alcohol and alcoholic beverages and mineral oils.²¹ Other products that are also subject of excise tax Member States regulate without the obligation of harmonization, in a way that allows free and unimpeded trade between them, "conditioned by the existence of excise warehouses and relevant documents that accompany these products in cross-border transactions".²²

Further harmonization process has characterized the adoption of systemic and structural directives. System Directive 2008/118/EC presents general rules for energy-generating products and electricity, alcohol and alcoholic beverages and manufactured tobacco, while the structural directives regulate level and structure of taxation. Directive 95/59/EC is the first directive that regulated the area of tobacco products, and other significant directives are Directive 2010/12/EC, Directive 2011/64/EC and Directive 2014/40/EU.²³

19 Excise Duty Act, Official Gazette No. 22/13., 32/13., 81/13. (*Zakon o trošarinama*, NN br. 22/13., 32/13., 81/13).

20 Regulation on Excise Duties, Official Gazette No. 64/13., 129/13., 11/14., 70/14., 157/14., 8/15. (*Pravilnik o trošarinama*, NN br. 64/13., 129/13., 11/14., 70/14., 157/14., 8/15.)

21 Similar in Cindori, S., Barišić, M., *op. cit.*, p. 239.

22 Taken from Šimović, J., Šimović, H., *op. cit.*, p. 205.

23 Silmilar Cindori, S., Barišić, M., *op. cit.*, p. 239-240.

3.1. Council Directive 2011/64/EU

The Union's fiscal legislation on tobacco products needs to ensure the proper functioning of the internal market and, at the same time, a high level of health protection. As regards manufactured tobacco, achievement of this aim presupposes that the application in the Member States of taxes affecting the consumption of products in this sector does not distort conditions of competition and does not impede their free movement within the Union. As far as excise duties are concerned, harmonisation of structures must, in particular, result in competition in the different categories of manufactured tobacco belonging to the same group not being distorted by the effects of the charging of the tax and, consequently, in the opening of the national markets of the Member States.²⁴

3.1.1. *The problem of determining the excise duty base for cigarettes*

Directive 2011/64/EU is focused on the financial aspect, the structure and rates of excise duty applied to manufactured tobacco, and the availability and demand for such products. In this regard, there are several types of manufactured tobacco: cigarettes,²⁵ cigars and cigarillos, and smoking tobacco (fine-cut tobacco for rolling cigarettes and other smoking tobacco). Products that wholly or partly contain substances other than tobacco, but meet the basic features of cigarettes and smoking tobacco, are also considered such products. However, products that do not contain tobacco and used exclusively for medical purposes, are not considered tobacco products.

Cigarettes manufactured in the EU and cigarettes imported from third countries are subject to an *ad valorem* excise duty calculated on the basis of the maximum retail price, including customs duties and also specific excise computed per unit of the product.²⁶ The percentage of *ad valorem* excise duty and the rate of the specific excise duty must be the same for all cigarettes.

The percentage of the specific component of excise duty in the rate of the total tax burden on cigarettes shall be established by reference to the weighted average retail selling price. The weighted average retail selling price shall be calculated by reference to the total value of all cigarettes released for consumption, based on the retail selling price including all taxes, divided by the total quantity of cigarettes released for consumption. It shall be determined by 1 March at the latest of each year on the basis of data relating to all such releases for consumption made in the preceding calendar year.²⁷

In addition to general determinants the definition of tobacco products and ways of determining the excise tax, Directive 2011/64/EU provides that the overall excise

24 See further in introductory point 2, 3 and 9 of Directive 2011/64/EU.

25 Term „cigarette“, see in Article 3 and 4 of Directive 2011/64/EU.

26 Member States may exempt the customs duties on the basis of calculating the *ad valorem* excise duty on cigarettes. Taken from Article 7 Paragraph 1 and 2 of Directive 2011/64/EU.

27 Taken from Article 8 Paragraph 2 of Directive 2011/64/EU.

duty on cigarettes from 1 January 2014 should be at least 60% of the weighted average retail selling price of cigarettes (excise duty shall not be less than 90 euros for 1 000 pieces of cigarettes, regardless of the weighted retail price). However, Member States which levy excise duty of at least EUR 115 per 1 000 cigarettes on the basis of the weighted average retail selling price need not comply with the 60% requirement, as already mentioned above.²⁸

3.1.2. *Legislative treatment of other tobacco products*

When it comes to cigars, cigarillos, fine-cut tobacco for rolling cigarettes and other smoking tobacco Member States shall apply an excise duty which may be: an *ad valorem* duty calculated on the basis of the maximum retail price of each product, then the specific duty expressed as an amount per kilogram alternatively for given numbers of items (in case of cigars and cigarillos), or a mixture of both, which contains an *ad valorem* element and specific element.²⁹

The overall excise duty (specific duty and/or *ad valorem* duty excluding VAT), expressed as a percentage, as an amount per kilogram or for a given number of items, shall be at least equivalent to the rates or minimum amounts laid down for:

- a) cigars or cigarillos: 5% of the retail selling price inclusive of all taxes or EUR 12 per 1 000 items or per kilogram
- b) fine-cut smoking tobacco intended for the rolling of cigarettes: 40% of the weighted average retail selling price of fine-cut smoking tobacco intended for the rolling of cigarettes released for consumption, or EUR 40 per kilogram³⁰
- c) other smoking tobaccos: 20% of the retail selling price inclusive of all taxes, or EUR 22 per kilogram.

3.1.3. *Determination of retail selling price*

Manufacturers, their representatives or authorized agents in the EU and importers of tobacco from third countries are free to determine the maximum retail selling price for each of their products for each Member State in which the products are placed in consumption. However, this must not interfere the implementation of national legislative systems regarding the control over price levels or compliance with the prescribed prices, provided that they comply with EU legislation.

²⁸ Determining the amount of excise duties depends on the change of the weighted average retail selling price of cigarettes, and thus to reducing the overall excise duty below the specified percentage, as well as increasing the rate of VAT on cigarettes. See more in Article 11 Paragraph 1 and 2 of Directive 2011/64/EU and Article 1 of Directive 2010/12/EU.

²⁹ Taken from Article 13 and 14 of Directive 2011/64/EU.

³⁰ The weighted average retail selling price is calculated based on the total value of fine-cut tobacco for smoking for cigarette rolling placed in the consumption, based on retail price, including all taxes, divided by the total quantity of fine-cut tobacco for smoking cigarette rolling placed on the consumption. Shall be determined by 1 March each year on the basis of data on the total of such tobacco placed under consumption during the previous calendar year. Taken from Article 14 Paragraph 2 of Directive 2011/64/EU.

In order to facilitate the introduction of excise duty, Member States may, for each group of tobacco products, determine the scale of retail prices, as long as each scale has sufficient scope and variety and matches the diversity of products originating in the EU. Each scale is valid for all products belonging to the group of tobacco products to which it relates, without distinction on the basis of quality, appearance, origin of the product or the materials used the characteristics of the company or any other criteria.

The rules on the excise duty levy shall be adjusted at the latest in the final stage of harmonization of excise duties. In the previous phase, excise is generally charged by state markers. If Member States levy excise duty by state markers, they are obliged to make them available to manufacturers and dealers in other Member States. In the case of charging excise on any other way, Member States shall ensure that any obstacle, either administrative or technical, does not affect the conditions of trade.

3.2. Council Directive 2014/40/EU

In order to ensure the proper functioning of the internal market, while the high level of health protection, the EU encourages the implementation of a number of reforms in the fiscal legislation and health care policy at EU and Member State level. Legislation at the Member State level influences the formation of neutral conditions of competition for manufacturers, but also to ensure a high level of human health protection. The level of taxation has proved to be a major factor in the price of tobacco products, which affects the smoking habits of consumers. Attention should be paid to the fact that fraud and smuggling lower price levels caused by taxes, especially cigarettes and fine-cut tobacco intended for rolling cigarettes, which ultimately affects the effectiveness of controls on trade of tobacco and health protection objectives.

3.2.1. Content scope of Directive 2014/40/EU

In addition to the need for establishing maximum limits for emission levels of tar, nicotine and carbon monoxide in cigarettes,³¹ of importance is the implementation of the information on ingredients and emissions of tobacco products to every user of tobacco products, in order to have the opportunity to assess the attractiveness, addictiveness and insight into the toxicity of tobacco products, as well as human health risks associated with the consumption of such products.

In terms of additives that are included in the priority list, it is insisted on toughening additional reporting obligations in order to assess their toxicity, addictiveness and carcinogenic, mutagenic or reproductive-toxic properties (“CMR properties”), including the combusted form.³²

31 Emission levels in cigarettes marketed or manufactured in the Member States (“the maximum level of emissions”) shall not be greater than 10 mg of tar per cigarette, 1 mg of nicotine per cigarette, 10 mg of carbon monoxide per cigarette.

32 See further in introductory points 11 and 13 of Directive 2014/40/EU.

3.2.2. Health protection as a side effect of the fiscal norms

The objective of this Directive is to approximate the laws, regulations and administrative provisions of the Member States, in order to facilitate the smooth functioning of the internal market for tobacco and related products, taking as a base a high level of protection of human health, especially for young people, and to meet the obligations of the Union under the WHO Framework Convention for Tobacco Control (“FCTC”), concerning:

- a) the ingredients and emissions of tobacco products and related reporting obligations, including the maximum emission levels for tar, nicotine and carbon monoxide for cigarettes
- b) certain aspects of the labelling and packaging of tobacco products including the health warnings to appear on unit packets of tobacco products and any outside packaging as well as traceability and security features that are applied to tobacco products to ensure their compliance with this Directive
- c) the prohibition on the placing on the market of tobacco for oral use
- d) cross-border distance sales of tobacco products
- e) the obligation to submit a notification of novel tobacco products
- f) the placing on the market and the labelling of certain products, which are related to tobacco products, namely electronic cigarettes and refill containers, and herbal products for smoking.³³

Emissions of tar, nicotine and carbon monoxide in cigarettes are measured on the basis of ISO standard 4387 for tar, ISO standard 10315 for nicotine and ISO standard 8454 for carbon monoxide. The accuracy of measurements of tar, nicotine and carbon monoxide shall be determined in accordance with ISO standard 8243. These measurements are checked by laboratories approved and supervised by the competent authorities of the Member States, which may not be owned by the tobacco industry nor those they may directly or indirectly manage.

On the other hand, Member States shall require manufacturers and importers of cigarettes and roll-your-own tobacco containing an additive that is included in the priority list³⁴ to carry out comprehensive studies, which shall examine for each additive whether it contributes to the toxicity or addictiveness of the products concerned and whether this has the effect of increasing the toxicity or addictiveness of any of the products concerned to a significant or measurable degree, results in characterising flavour, facilitates inhalation or nicotine uptake and leads to the formation of substances that have CMR properties, the quantities thereof, and whether this has the effect of increasing the CMR properties in any of the products concerned to a significant or measurable degree.

Those studies shall take into account the intended use of the products concerned and examine in particular the emissions resulting from the combustion

³³ Taken from Article 1 of Directive 2014/40/EU.

³⁴ The first list of additives shall be adopted by 20 May 2016 and must contain at least 15 additives. Taken from Article 6 Paragraph 2 of Directive 2014/40/EU.

process involving the additive concerned. The studies shall also examine the interaction of that additive with other ingredients contained in the products concerned. Manufacturers or importers using the same additive in their tobacco products may carry out a joint study when using that additive in a comparable product composition and shall establish a report on the results of these studies.³⁵

3.2.2.1. Prohibition and health warnings

In order to protect the health of consumers it is prohibited to place on the market tobacco products containing additives such as vitamins and other additives that create the impression that a tobacco product has health benefits or is less dangerous to health, caffeine and taurine and other additives and stimulant compounds that are associated with the energy and vitality, then additives having colouring properties for emissions, and in tobacco products for smoking additives that facilitate inhalation or uptake of nicotine and additives that have the CMR properties in the unburnt form.

It is prohibited placing on the market those tobacco products containing flavourings in any of their components such as filters, papers, packages, capsules or any technical features allowing modification of the smell or taste of the tobacco products concerned or their smoke intensity. Filters, papers and capsules shall not contain tobacco or nicotine.³⁶

Health protection goes in the direction of the visual effect for the consumer when consuming the product, as well. For that reason Council Directive 2014/40/EU enacts that each unit packet and any outside packaging of tobacco products for smoking shall carry health warnings³⁷ on official language or languages of Member State in which the product is placed on a market. Warnings must cover the entire surface of the unit or the outer packaging that is intended for them and must not in any way comment on, to paraphrase nor shall refer to them.

The labelling of unit packets and any outside packaging and the tobacco product itself shall not include any element or feature that promotes a tobacco product or encourages its consumption by creating an erroneous impression about its characteristics, health effects, risks or emissions, labels shall not include any information about the nicotine, tar or carbon monoxide content of the tobacco product, suggests that a particular tobacco product is less harmful than others or aims to reduce the effect of some harmful components of smoke or has vitalising, energetic, healing, rejuvenating, natural, organic properties or has other health or lifestyle benefit, refers to taste, smell, any flavourings or other additives or the absence thereof, resembles a food or a cosmetic product, suggests that a certain

35 Taken from Article 6 Paragraph 3 and 4 of Directive 2014/40/EU.

36 Taken from Article 7 Paragraph 6 of Directive 2014/40/EU.

37 Each unit packaging and all external packaging of tobacco products for smoking must contain one of the following general warning: "Smoking kills - immediately stop" or "Smoking kills", as well as an informative message "Tobacco smoke contains more than 70 substances that cause cancer". Taken from Article 9 Paragraph 1 and 2 of Directive 2014/40/EU.

tobacco product has improved biodegradability or other environmental advantages. The unit packets and any outside packaging shall not suggest economic advantages by including printed vouchers, offering discounts, free distribution, two-for-one or other similar offers.³⁸

3.2.3. *The impact of consumption of tobacco products on human health*

It is evident that the efforts of Directive 2014/40/EC aim to protect health and reduce smoking because of which in 2011 in the world, died about 6 million people due to the consequences of diseases caused by smoking³⁹, and it is estimated that in Croatia, in the same year, due to the consequences of smoking died around 28% of men and 8% of women.⁴⁰

Measures to prevent the consumption of tobacco products in Croatia are focused primarily on prohibiting the promotion of tobacco products, a steady rise in prices, warning labels on products, education campaigns, and treatments with the aim of stopping smoking and restrictions on smoking in workplaces and public areas. Rules on advertising and prohibition of smoking in all indoor public spaces are tight. Restriction of the use of tobacco products requires that each pack of cigarettes must have a clear warning about the dangers of smoking, prohibits sponsoring the event, activity or individuals with the aim of direct or indirect advertising of tobacco products or tobacco use, obliges institutions that provide care and education to promote the understanding of the harmfulness of the use of tobacco products, all with the aim of preventing their consumption.

Table 1. *Population in Croatia, Slovenia, Serbia and Bosnia and Herzegovina which consumed tobacco products during 2013.*

STATE	ADULTS ≥ 15 godina (%)		ADOLESCENTS 13-15 godina (%)	
	MEN	WOMEN	BOYS	GIRLS
Croatia	36	30	23	26
Slovenia	30	22	17	24
Serbia	38	27	11	10
B&H	47	36	16	11

Source: analysis of the author based on the data of the World Health Organization⁴¹

38 See further in Article 13 of Directive 2014/40/EU.

39 Source: <http://www.tobaccoatlas.org/harm/deaths/text/>, accessed 7 December 2015.

40 Source: http://www.tobaccoatlas.org/harm/deaths/female_deaths/, accessed 7 December 2015.

41 See further on http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/EN_WHS2013_Part3.pdf?ua=1, accessed 13 January 2016.

Analysis of the data on consumption of tobacco products includes men, women, boys and girls (adolescents) in Croatia, Slovenia, Serbia and Bosnia and Herzegovina during period of 2013. Although the most consumption of tobacco products is recorded among men and women in Bosnia and Herzegovina, the consumption of tobacco products in adolescents leads in Croatia.

In the consumption of tobacco products in all countries the men stand out, while the percentage of adolescents is disturbingly high, especially in Croatia. Number of adolescents - consumers of tobacco products is the lowest in Serbia, while only in Bosnia and Herzegovina, the percentage of boys who consume tobacco products is more significant than the one registered in girls.

It is interesting to note that some studies suggest that the elasticity of demand for cigarettes among young people does not depend only on their income, but also on the prices of other goods consumed. Analysis of trends in cigarette consumption among young people in the United States at the time of strong growth in prices of automotive fuel indicates a visible link between the fall in consumption of cigarettes and fuel prices. The above shows that young people, in a situation where they are forced to choose between two products in favour of their preferences, as well as luxury goods, before elected expenses in purchase of fuel than buying cigarettes.⁴²

Table 2. *The average consumption of cigarettes per capita, the price of the selected type of high quality cigarettes and GDP per capita in Croatia, Slovenia, Serbia and Bosnia and Herzegovina during 2013*

STATE	Consumption of cigarettes per capita	Cigarette price (in euros)	GDP per capita (in dollars)
Croatia	1 709	3.9	13 575.0
Slovenia	2 637	3.3	23 144.1
Serbia	1 643	1.91	6 353.8
B&H	2 233	1.87	4 666.2

Source: analysis of the author based on the Tobaccoatlas

From the standpoint of the average consumption of cigarettes per capita in Croatia, Slovenia, Serbia and Bosnia and Herzegovina during 2013, the most consumers were recorded in Slovenia, while the least in Serbia. The average consumption of cigarettes in Croatia does not differ too much from those observed in Serbia, while the consumption of cigarettes in Bosnia and Herzegovina is somewhere in the middle of value in the above mentioned countries. Taking into account that the box of one of the selected type of high quality cigarettes is priced highest in Slovenia (3.9 euros), followed by Croatia (3.3 euros), and almost equal

⁴² See further in Antić, D., *Implications of the taxation of tobacco in the European Union in the period 2005-2014*, Zagreb, Financial Theory & Practice, 2015, p. 4.

in Serbia (1.91 euros) and Bosnia and Herzegovina (1.87 euros), it is interesting to point out that the price of a product has not influenced on the consumption of cigarettes speaking on average *per capita* observed countries of which some have and some have not harmonized its legislation with EU legislation.

In the wake of the conclusion of the weak links between cigarette prices and their consumption in the elderly, but also young population, especially comparing data with the purchasing power of citizens, it can be assumed that the citizens of Croatia (partly due to the specific position and long borders to countries that offer cheaper tobacco products) resort to buying cigarettes in Bosnia and Serbia. The greater the difference between the price of cigarettes in Croatia and neighbouring countries, the higher is the cost-effectiveness of the citizens of Croatia for their purchase on the other side of the state border. When this price difference is added to perennial decline in gross domestic product in Croatia, underemployment and increasing the excise duty, it is expected that the state budget of Croatia will suffer loss in that category, with the primary failure in prevention and health goals.

In favour of the previous statements are actions of Ministry of the Interior, as well. In 2012, police in Croatia seized 2.5 million cigarettes and a slightly less than 11 tons of tobacco, which represents around 1.8% of the illegal market. In order to prevent further smuggling, on 1 September, 2013 was launched operational action to increase seizures of tobacco products. Although the campaign was launched in September and carried out only during the last quarter of 2013, there was an evident increase in the rate of seizures of tobacco products by 1.82% in 2012 to 6.04% in 2013, which is roughly the European average. During 2013, 4.8 million cigarettes and nearly 40 tons of tobacco were seized, with a note that those are only the police results.⁴³

3.2.4. The effectiveness of restrictive measures

The illegal sale and smuggling of tobacco products violate customs procedures. The customs law treats them as a customs offence, and customs officers address minor offences warrant as an effective and cost-effective solution for minor offence cases. However, when the defendant does not deny committing the offence, but objects to the amount of the imposed, the competent Minor offences court decides on an objection.⁴⁴

The effectiveness of the mentioned ways to combat illegal trade of tobacco products can be proved by comparing two verdicts of the Minor Offences Court in Zagreb with minimal penalties imposed. In both judgments defendants were found guilty of offences under Art. 102, paragraph 1, subparagraph 17 of the Excise Duty Act.⁴⁵ For the offence committed the same Act prescribes a fine of 5 000 to 100

43 See further on <http://www.mup.hr/179089/40.aspx>, accessed 5 January 2016.

44 Minor Offences Act, Official Gazette No. 107/07, 39/13., 157/13., 110/15. (*Prekršajni zakon, NN br. 107/07., 39/13., 157/13., 110/15.*)

45 Excise Duty Act, Official Gazette No. 22/13., 32/13., 81/13. (*Zakon o trošarinama, NN br. 22/13., 32/13., 81/13.*)

000 HRK. First verdict⁴⁶ confirmed misdemeanour sanction imposed in the issued minor offence warrant in the amount of 2 000 HRK, flat rate expenses in the amount of 100 HRK and seizure of excise objects (cigarettes). Second judgment⁴⁷ imposed a misdemeanour sanction in the amount of 4 000 HRK and flat rate expenses in the amount of 100 HRK, and based on mitigating circumstances⁴⁸ has reduced the amount on 2 100 HRK with the exemption from flat rate expenses.⁴⁹ If to all the foregoing is added the option to pay only two-thirds the fine imposed (if it is paid within 15 days), the penalty may amount to final 1 400 HRK.

It is an undeniable that larger fines and faster processing of these violations affect on reducing the attractiveness of illicit trade of tobacco products. However, the positive development in budget revenues, which should result in a reduction in the scale of loss of tax revenue due to illegal activities, can be achieved by better and more effective control, more effective methods of tax and customs services and involvement in the European system of monitoring traffic and goods that are taxed by excise.⁵⁰

According to estimates made by the Ministry of Interior, the damage to the state budget due to the illegal trade in tobacco products per year is between 800 and 900 million. In addition to the financial damage to the state budget, the losses are suffered by all entities involved in the production, distribution and sale of tobacco products. Also, due to the sale and consumption of tobacco products, which does not comply with regulations and standards, is further emphasized the possibility of harming the human health.⁵¹ The importance and the need to combat illegal trade in tobacco products is also visible within the framework of EU content of the Protocol to the Eliminate of illicit trade in tobacco products within the competence of the World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control.⁵²

3.3. *The alignment with the EU acquis communautaire*

The Excise Duty Act represents a unified system of excise taxation of alcohol and alcoholic beverages, tobacco products and energy generating products and

46 Minor Offences Court in Zagreb, case PpGž-892/14 12 November 2014 from Mataga, D. Minor Offence Proceeding: Objection to the Minor Offences Warrant upon a Decision on Misdemeanour Sanction - fine, Zagreb, Customs Journal No. 4/2015 p.85-57. (*Prekršajni sud u Zagrebu, PpGž-892/14 od 12. studenoga 2014. iz Mataga, D., Prekršajni postupak: prigovor na prekršajni nalog zbog odluke o prekršajnojpravnoj sankciji – novčanoj kazni, Zagreb, Carinski vjesnik br. 4/2015, p. 85-87.*)

47 Minor Offences Court in Zg PpGž-37/15, 11 February 2015., *ibid.*

48 See further in Article 37 Prekršajnog zakona, NN br. 107/07., 39/13., 157/13., 110/15.

49 See further in Mataga, D., *loc. cit.* p. 85-87.

50 Similar in Kuliš, D., *op. cit.*, p. 14.

51 See further: <http://www.mup.hr/179089/40.aspx>, accessed 5 January 2016.

52 World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control, Official Gazette IC No. 3/08. (*Okvirna konvencija Svjetske zdravstvene organizacije o nadzoru nad duhanom, NN MU br. 3/08.*)

electricity,⁵³ according to the postulates of the EU *acquis* in the field of excise policy harmonization. In addition to the excise duty mentioned above, and accordance with the provisions of Directive 2008/118/EC, in the tax system Croatia kept the taxation of coffee, soft drinks,⁵⁴ motor vehicles,⁵⁵ a specific tax on insurance premiums for automobile liability and Casco insurance of motor vehicles.⁵⁶

When harmonizing excise duty with EU requirements in relation to tobacco products, Croatia has been granted a transitional period until 31 December 2017 for the gradual achievement of the minimum excise duty which is caused by timely proportional harmonizing growth of total excise. This will ensure that the 1 January 2014, it cannot be lower than minimum of 77 euros per 1 000 cigarettes,⁵⁷ regardless of the weighted average retail selling price of cigarettes released for sale and timely proportional harmonizing growth of total excise until reaching the minimum share of the total excise duty of 60% weighted average retail selling price of cigarettes released for consumption and the minimum amount of EUR 90 per 1 000 cigarettes irrespective of the weighted average retail selling price of cigarettes released for consumption on 31 December, 2017.⁵⁸ Further increase of the tax burden of other types of tobacco for smoking, which is equally harmful and is currently taxed at a lower tax rate, both in Croatia and in other EU states, is expected.⁵⁹

Paying differences of excise duty on cigarettes released for consumption is prescribed as an obligation to other authorized persons⁶⁰ that hold the cigarette in order to sell them to end consumers and excise taxpayers on tobacco products, as one of the fiscal measures applicable from 1 July 2013. In addition to preventing

53 With the Excise Duty Act entering into force next shall be repealed Excise Duty Act on Beer (*Zakon o posebnom porezu na pivo*) Official Gazette No. 136/02., Excise Duty Act on Alcohol (*Zakon o posebnom porezu na alkohol*) Official Gazette No. 136/02., 107/07., Excise duty Act on Tobacco Products (*Zakon o posebnom porezu na duhanske proizvode*) Official Gazette No. 136/02., 95/04., 152/08., 38/09. and Excise Duty Act on Oil Derivatives (*Zakon o posebnom porezu na naftne derivate*), Official Gazette No. 136/02., 123/03., 179/03.

54 Excise Duty Act on Coffee and Soft Drinks, Official Gazette No. 72/13. (*Zakon o posebnom porezu na kavu i bezalkoholna pića, NN br. 72/13.*)

55 Excise Duty Act on Motor Vehicles, Official Gazette No. 15/13., 108/13. (*Zakon o posebnom porezu na motorna vozila, NN br. 15/13., 108/13.*)

56 Tax Act on Insurance Premiums for Automobile Liability and Casco Insurance of Motor Vehicles, Official Gazette No. 150/02. (*Zakon o porezu na premije osiguranja od automobilske odgovornosti i premije kasko osiguranja cestovnih vozila, NN br. 150/02.*)

57 According to "Regulation on the Excise Duty on Cigarettes, Fine Cut Tobacco and Other Smoking Tobacco" (*Uredba o visini trošarine na cigarete, sitno rezani duhan i ostali duhan za pušenje*), Official Gazette No. 43/15., excise duty rate on cigarettes is: a specific duty of 230 per 1 000 pieces of cigarettes proportional excise duty 38% off the retail price.

58 Similar in Marinović, Ž., Calculation of Differences of Excise Duty on Cigarette Stocks (*Obračun razlike trošarine na zalihe cigareta*), Zagreb, Customs Journal, No. 9/2013, p. 53.

59 Taken from Cindori, S., Barišić, M., *op. cit.* p. 241.

60 The person who holds the excise products outside excise suspension system in which the excise duty has not been paid. See more in Article 21 Paragraph 2 Subparagraph 1 of Excise Duty Act (*Zakon o trošarinama*), Official Gazette No. 22/13., 32/13., 81/13., 100/15.

manufacturers in the creation of speculative stocks,⁶¹ it aims to increase budget revenues from excise by stricter control of excise stamps. These payers are required to calculate and pay the difference of excise duty on all cigarettes that are on the stocks traded on the territory of Croatia at the time of increasing the rate of the excise duty and / or increase in retail prices, which have been released for consumption in Croatia.⁶² The exception refers to the fine-cut tobacco, other smoking tobacco, cigars and cigarillos.

Stocks of cigarettes that are not affected by obligation to calculate and pay excise tax differences due to the increase in retail prices, are related to cigarettes that the increase in the retail price is reported and minimal excise duty should be already calculated. The exception includes the stocks of cigarettes that were first time placed on the market in Croatia and stocks of cigarettes with already registered brand of cigarettes and change in the number of cigarettes in a packet. If the taxpayer does not have cigarettes in stock, mentioned obligation does not exist.⁶³

Table 3. *Comparison of the average monthly revenue from excise duties on tobacco products with the rate of excise duty on cigarettes in the period 2010 - 2015.*

Year	Average monthly income of the excise duty on tobacco products (in 000 HRK)	Excise duty rate on cigarettes
2010	274	until October - 30% + 180 HRK/1 000 pieces since October - 33% + 180 HRK/1 000 pieces
2011	289	33% + 180 HRK/1 000 pieces
2012	326	until December - 33% + 180 HRK/1 000 pieces since December - 36% + 180 HRK/ 1 000 pieces
2013	301	36 % + 180 HRK/1 000 pieces
2014	323	until March - 36% + 180 HRK/1 000 pieces since March - 37% + 210 HRK/1 000 pieces
2015	349	since April - 38% + 230 HRK/1 000 pieces

Source: analysis of the author based on the Ministry of Finance data

61 Speculative stocks are goods in the warehouse collected with the intent to sell when prices increase significantly, as can be intentionally cause by certain speculative actions. Taken from Šamanović, J., Sales, Distribution, Logistics, Theory and Practice (*Prodaja, distribucija, logistika, teorija i praksa*), Split, Faculty of Economics Split, 2009, p. 208.

62 Similar in Marinović, Ž., Calculation and Payment of Differences of Excise Duty on Cigarettes Released for Consumption (*Obračun i plaćanje razlike trošarine na cigarete puštene u potrošnju*), Zagreb, Customs Journal No. 4/2014, p. 31.

63 See further in Marinović, Ž., Calculation of Differences of Excise Duty on Cigarette Stocks (*Obračun razlike trošarine na zalihe cigareta*), *cit.*, p. 60-62.

Table 3 shows the movement of the average monthly revenue from excise taxes on tobacco products in the period 2010 - 2015 in relation to the legislative changes of proportional and specific excise duties. During the period 2010 - 2014 (March), only proportional excise duty rate on cigarettes was increased from 30% to 36% of the retail price, while in the same period in 2014 (March) - 2015, it was increased by two percentage points. However, in the same period (March 2014 - 2015) the rate of the specific excise duty was increased from 180 HRK to 210 HRK (2014), *apropos* 230 HRK (2015) to 1 000 cigarettes.

The observation period of five years recorded a total increase of the proportional excise duty on cigarettes for eight percentage points (30% - 38%), and the specific excise duty rate for 50 HRK per 1 000 cigarettes. The analysis of average monthly revenue from excise taxes on tobacco products (in the same period) showed evident changes in the movements in budget revenue of this kind. Namely, in the period 2010 - 2012 there was an increase in revenues from excise duty, in accordance with the growth of the proportional excise duty by six percentage points. The jump in revenue growth recorded 2012 is especially high. Although there have not been any legislative changes in 2013, the budget recorded a smaller amount in collected excise duties on tobacco products in comparison to the previous year. In subsequent years (2014 and 2015) the tax rate on behalf of excise duty is growing again. Analysis of the data indicates that the significant increase in revenues from excise taxes on tobacco products in 2012 is the result of the signal tax activity, among other things.⁶⁴

Accession to the EU, constant media pressure and announcements about the price increase of cigarettes and other tobacco products in order to comply with EU legislation, have prompted consumers to buy stocks. Increasing the price of cigarettes in 2013 certainly had an impact on the strengthening the underground economy, illegal purchase, cigarette smuggling across the border with non-EU countries, and in some individuals possibly smoking cessation.

Although the tobacco industry has undertaken a part of the price increase burden and thus tried to depreciate the aforementioned negative effects, the first steps of harmonization of national legislation with the EU *acquis* gave negative results on the revenue side of the budget.

3.4. The impact of taxation of tobacco products on the budget of Croatia

Taxation of tobacco products is realizing the intention of Wagner principles of buoyancy and directing resources from private hands into state treasury, from which will settle public expenditure. Taxes have multiple macro and micro-economic effects which may result in greater or lesser odds with the aim that wanted to be achieved by introducing them.⁶⁵

64 See further about the term "signal tax activity" in Jelčić, B., Lončarić Horvat, O., Šimović, J., Arbutina, H., *op. cit.*, p. 239.

65 See further in Jelčić, B., Lončarić Horvat, O., Šimović, J., Arbutina, H., *op. cit.*, p. 237.

Contradiction of taxation purposes of tobacco products is reflected in its role of fiscal and non-fiscal instrument at the same time. By increasing the amount of excise duty, a significant share of the state budget in the context of excise taxation is expected, and on the other hand, the effect of this procedure is expected to be decreasing of the customer base which acts as a strong element of health protection. Such an effect interferes the existence of close substitutes, as well as addiction seeking alternative ways of its realization. Various measures have synergistic effects, and rely on the fact that the comprehensive measures, priced and not the priced, are the most effective in order to reduce tobacco consumption.⁶⁶ Justification or listed contradictions lies in the fact that a single tax can achieve more objectives and the same objective can be achieved by applying different tax and the same objective can be achieved not only through taxation, but using the other measures which the government has.⁶⁷

Table 4. Overview of budget revenue from tobacco products, excise duty and the total budget revenues (in HRK) in the period 2010-2015

YEAR	TOBACCO PRODUCTS	EXCISE DUTY - total	REVENUE - total
2010	3 292 993	11 972 326	110 831 567
2011	3 473 375	11 215 054	110 406 122
2012	3 915 174	11 206 489	112 883 471
2013	3 616 934	11 682 936	112 051 132
2014	3 875 598	12 846 449	114 044 485
2015	4 187 218	13 921 809	107 480 867
TOTAL	22 361 292	72 845 063	667 697 644

Source: Ministry of Finance

Table 4 shows the budget revenue from tobacco products, revenue budgets of all excise duties in the excise system of Croatia, comparing them with total revenues of the budget. Tobacco products are involved in budget revenues from excise duties in the observed period (2010 - 2014.) with 30.7%, which is relatively high, given the fact that Croatian excise system has a number of different types of products that are subjected to excise duty. On the other hand, the share of excise duties in total budget revenues is amounted to 10.9% in the same period. Reviewing revenues

66 Similar in Zelenka, I., *Tax Policy Impact on the Tobacco Products Consumption in the Republic of Croatia (Utjecaj porezne politike na potrošnju duhanskih proizvoda u Hrvatskoj)*, Zagreb, *Financial Theory & Practice*, vol. 33, 4/2009., p. 480.

67 See further in Jelčić, B., Lončarić Horvat, O., Šimović, J., Arbutina, H., (2008.), *op. cit.*, p. 205-206.

in particular years, compared to the time before and after the harmonization of Croatian legislation with EU legislation, it is evident that the reduction of the total amount collected from excises on tobacco products, while total revenue from all excise duty is progressing.

Analysis of mentioned data indicated that budget revenues from excise taxes on tobacco products did not increase in accordance with the intensity of increase in excise taxes, and in the year following the period of harmonization with the EU *acquis* (2013) even decreased. Since there is no significant progress in reducing the number of smokers in Croatia, it can be assumed that tax evasion most likely caused the reduction of budget revenues of this type.

4. THE EFFECTS OF TAXATION OF TOBACCO PRODUCTS

The enforcement of the tax liability in the correlation with the decrease in economic strength of taxpayers which causes resistance to taxation, a taxpayer seeks to eliminate the negative effects of taxation. This is why finding an acceptable response of the object and purpose of paying taxes is partly aimed at changing negative attitudes of citizens towards the ideology of taxation. Depending on the economic environment in which it is situated, the state intervenes with the restrictive measures of tax policy, which can sometimes lead to the opposite effects than expected, according to Laffer's curve.⁶⁸

Compared to the recent development trends of excise duty directly related to the selection of sources and forms of taxation, the tax liability rate and the scope of taxpayers, the intention of avoiding payment of taxes in greater or lesser extent could be expected. A study made by KPMG (2012) to Philip Morris International, the European Commission and 27 EU member states indicates to the tendency of the illegal trade in the EU, which has in the last six years continued to grow and 2012 reached 11.1%, or 65.5 billion cigarettes. In this way the budgets of EU countries were damaged by 12.5 billion euros.⁶⁹ One should not ignore the fact that revenues from the illegal trade in tobacco products are one of the sources "of funding much more dangerous activities such as the financing of terrorism and organized crime".⁷⁰

It is evident that the selection of the excise policy depends on the level of taxation of tobacco products *ad valorem*, specific excise duty or mixture of both. High rates of *ad valorem* duties do not encourage manufacturers to invest in

68 Kesner-Škreb, M., Laffer's curve (*Lafferova krivulja*, Zagreb), Financial Practice, vol. 20, 5-6/1996, p. 585-587.

69 Similar in Adamović, Z., Excise Duty on Cigarettes Structure, Affordability and Connection with Illicit Trade of Tobacco Products (*Trošarina na cigarete struktura, prihvatljivost i povezanost s nezakonitom trgovinom duhanskih preradjevina*), Zagreb, Customs Journal, No. 9/2013., p. 32.

70 See further in Javor, I., Suppression of Illicit Tobacco and Tobacco Products Trade (*Suzbijanje nezakonite trgovine duhanom i duhanskim proizvodima*), Zagreb, Customs Journal No. 10/2015, p. 46.

innovation and use of better quality tobacco. Taxation policy by applying *ad valorem* taxes leads to a differentiation of price so increment of the excise duty has no significant effect on reducing consumption, because consumers switch to cheaper cigarettes. The logical consequence of the policy of high rate *ad valorem* excise duty is the lower level of revenues from excise duties.⁷¹

Cigarette market recorded a continuous decrease caused by lower purchasing power of citizens and increment of taxes on cigarettes. The result is a significant increase in demand for other types of tobacco products such as cut tobacco, which results in disturbances in the tobacco market and strengthening the black market.

Complex measures against smoking focus tobacco industry on alternative ways of compensating the drop in demand for traditional tobacco products. Electronic cigarettes, whose demand is rapidly increasing, encourages the importance of regulation and control of similar products that could be considered substitutes of tobacco products, with an emphasis on the necessity of determining their harmfulness to human health.

4.1. Electronic cigarette

Electronic cigarettes (hereinafter: e-cigarette) is an electronic device that represents substitute for conventional cigarettes, although is undeniably harmful, as it contains nicotine. In support of the consumption of such products may be mentioned that it is less harmful to health and the possibly intention of giving up smoking, but undeniable is the fact that its consumption still favours continuing the consumption or increasing addiction.

As the tobacco industry, because of the powerful struggle against smoking, is finding alternative ways of compensating the drop in demand for traditional tobacco products, regulation and control of production becomes more important, as well as sales and identification of new tobacco products which, in the near future, could overcome the market.

In terms of regulating the matter of cigarettes and refilling containers, as well as marketing of e-cigarettes and herbal products for smoking, Directive 2014/40/EU is relevant. The information about the products that they intend to put on the market, in order to protect the health, manufacturers and importers of e-cigarettes and refilling containers submit to the competent authorities of the Member States in the form of notification.

The notice contains all the information on the manufacturer; the list of ingredients contained in the product and emissions resulting from use of the product (brand, type and quantity); toxicological data on products regarding the ingredients and emissions that are particularly relevant to effects on health when inhaled, and all the effects of creating addiction; information on the dose and intake of nicotine when consumption under normal or reasonably foreseeable conditions and a

71 Taken from Antić, D., *op. cit.*, p. 3.

description of the components of products, production processes and a statement that the manufacturer and the importer will be fully responsible for the quantity and product safety when putting on the marketing and using in ordinary circumstances or relatively predictable conditions.⁷²

Permanent protection of consumers still refers to the prohibition of commercial communication in the press and other printed publications with the aim of direct or indirect impact on the promotion of e-cigarettes and refill containers, with exception in publications intended exclusively for professionals involved in the trade of e-cigarettes or refill containers and publications printed and published in third countries where such publications are not intended primarily for the EU market.

The ban applies to commercial publications on the radio with the aim of direct or indirect impact on the promotion of e-cigarettes and refilling container, and to any form of public or private contributions to radio programs with the aim of direct or indirect promotion of e-cigarette and refilling container. In the same way is treated any other form of public or private contribution to any event, activity or individual person with the purpose of direct or indirect promotion of e-cigarette and refill container, and audio-visual commercial communication to which the Directive 2010/13/EU applies.⁷³

If any of these economic entities considers, whether there is reason to believe, that e-cigarettes or containers for refill (which are in their possession and are intended for placing on the market or are placed on the market) are not sure or are not of good quality or otherwise not in accordance with Directive 2010/13/EU, the economic operator must immediately take corrective measures necessary to bring that product into line with the Directive, that would be withdrawn or revoked, if necessary. In such cases, the economic operator shall immediately inform the authorities responsible for market surveillance of EU Member States in which the product is available or it is intended to make available and provide information, particularly about the risk to the health and safety of people and the corrective measures taken and their results.⁷⁴

5. CONCLUSION

Legislative regime and harmonization of excise with EU legislation was carried out in order to achieve a fiscal impact, but also the impact of human health protection. While Croatia aligned with EU legislation in the context of the directives that regulate the area in question, the ultimate impact on its budget revenue from excise duty on tobacco products is not in line with the expectations. The increase in *ad valorem* excise duty and specific excise duty has not resulted in a parallel increase in budget revenues. Regarding the question of the effectiveness of the

72 See further in Article 20 Paragraph 2 of Directive 2014/40/EU.

73 Audiovisual Media Service Directive 2010/13/EU.

74 See further in Article 20 Paragraph 9 of Directive 2014/40/EU.

existing excise system and the effect of the increase in use of fine-cut tobacco or tobacco substitutes such as e-cigarettes and herbal products for smoking the problem of tax evasion is emphasized.

Analysis of cigarette consumption *per capita* in the observed criteria of gender and age of consumers, the average consumption *per capita*, cigarette prices, GDP *per capita*, the average monthly revenue from excise duties on tobacco products, excise duties on cigarettes and budget revenues from tobacco products, excise and total revenue budget, is indicating the obvious discrepancy in objectives and effects of taxation, in particular on perceived tax evasion. Number of consumers in Croatia is significant, the excise duty rate and consequently the price of cigarettes is increased in accordance with international standards, the mortality of smokers is concerning, while the consequently budget revenue from tobacco products is variable, with a slight tendency to increase. In support of an obvious increase in tax evasion contribute more frequent seizures of tobacco products, in particular on the state border with the countries whose excise policy still requires lower excise duty burden.

Frequent use of substitute tobacco products like e-cigarettes cannot be considered as non- fiscal objective and the desired effect of preventive health policy, because the degree of their harmfulness is still the subject of research, and the consequences of their use will be visible over a long time. One of the biggest threats and challenges of health care policy stems from the alarming statistics which show increasing consumption of tobacco products among young people, which has an impact not only on their health and relationship to their own body, but also the awareness of the harmful effects on the passive smokers as well as the environment.

Summary

OBJECTIVES AND EFFECTS DISCREPANCY OF TAX POLICY IN THE TOBACCO PRODUCTS TAXATION

Determination of the components of calculating excise value for tobacco products may result in mismatch of goals and fiscal policy effects, and in particular contradiction relating to health protection. Although an increase in excise value seeks to raise as much money as possible into national budget, excise value affects the reduction of customer base due to harmful effects of consumption such products. Importance of prevention diseases caused by the consumption of tobacco products and substitutes, as well as herbal products intended for smoking, is highlighted.

Though Republic of Croatia has harmonised legislation within the framework directive of European Union regarding regulating the subject area, non-compliance rates still stand out as a problem. To new European Union member states, including Croatia, transitional period is granted, during which the rates must be brought closer to the assigned ones. The result of the excise policy measures taken so far is reflected in the increased consumption of tobacco products taxed lower rates, but also increase in illegal trade, which raises the need for state intervention strengthening preventive and repressive measures, fiscal, criminal and economic policy.

Key words: tax, excise value, tobacco, evasion, smoking.

Zusammenfassung

DIE ZWIELSPALTIGKEIT DER ZIELE UND LEISTUNGEN DER STEUERPOLITIK IM RAHMEN DER VERSTEUERUNG DER TABAKERZEUGNISSE

Die Bestandteilbestimmung der Verbrauchssteuerberechnung von Tabakerzeugnissen resultiert manchmal mit der Diskrepanz der Ziele und Leistungen der Fiskalisierungspolitik und besonders mit der Kontraindikation im Verhältnis zur Gesundheitsschutzpolitik. Obwohl man mit den Verbrauchssteuern so viel Mitteln wie möglich ins Staatshaushalt einsammeln möchte, beeinflusst die Verbrauchssteuerhöhe die Verringerung der Nutzerbasis wegen der schädlichen Einflüssen der Konsumierung solcher Produkte. Die Wichtigkeit der Prävention der Krankheiten wird besonders betont, die durch die Verwendung der Tabakerzeugnisse, deren Nebenprodukte und pflanzlichen Rauchprodukten entstanden sind.

Obwohl sich Republik Kroatien mit den Gesetzgebungen der Europäischen Union im Rahmen der Direktiven, die den gegenständlichen Bereich regulieren,

abgeglichen hat, wird noch immer die Unstimmigkeit der Steuersätze als ein Problem hervorgehoben.

Den neuen Mitgliedsländern der Europäischen Union, wie auch der Republik Kroatien, wurde eine Übergangsperiode ermöglicht, in der sich die Steuersätze den vorgeschriebenen annähern sollten. Die Auswirkung der bisher initiierten Maßnahmen der Verbrauchssteuerpolitik hat sich durch vergrößerte Konsumation der Tabakerzeugnissen geäußert, die mit niedrigeren Steuersätzen versteuert werden, aber auch durch den Wachstum des illegalen Handelns, was zu Intervenieren des Staates durch verschärfte präventive und repressive Maßnahmen der Fiskalisierungs-, Straf- und Wirtschaftspolitik führt.

Schlüsselwörter: Steuer, Verbrauchssteuer, Tabak, Steuerevasion, rauchen.

Riassunto

DISCREPANZA DEGLI OBIETTIVI E DEGLI EFFETTI DELLA POLITICA FISCALE NELL'AMBITO DELLA TASSAZIONE DEI PRODOTTI DEL TABACCO

La determinazione delle componenti per il calcolo delle accise sui prodotti del tabacco alcune volte risulta con il disaccordo degli obiettivi e degli effetti della politica fiscale, ed in particolare con la contraddizione rispetto alla politica di tutela della salute. Sebbene con l'aumento delle accise si cerchi di raccogliere quante più entrate nell'erario, l'importo dell'accisa influisce sulla diminuzione della base di consumatori a causa delle conseguenze dannose del consumo di tali prodotti. In particolare si evidenzia il significato della prevenzione delle malattie cagionate dal consumo dei prodotti del tabacco e dei loro sostituti, come pure dei prodotti vegetali per il fumo.

Sebbene la Repubblica di Croazia si sia conformata alla legislazione dell'Unione europea nell'ambito delle direttive che regolano la materia in oggetto, la difformità delle aliquote continua a rappresentare un problema. Ai nuovi stati membri dell'Unione europea, e dunque anche alla Repubblica di Croazia, è reso possibile un periodo di transizione nell'arco del quale le aliquote debbono avvicinarsi a quelli regolamentati. L'effetto delle misure adottate sino ad ora nel contesto della politica delle accise si riflette in un aumento del consumo dei prodotti del tabacco tassati con aliquote più basse, ma anche nella crescita del mercato illegale, il che solleva il problema dell'intervento dello stato con misure più severe sia preventive, che repressive nell'ambito della politica fiscale, penale ed economica.

Parole chiave: tributo, accisa, tabacco, evasione, fumo.

PRAVO NA PRISTUP INFORMACIJAMA KAO PRAVO ZAŠTIĆENO EUROPSKOM KONVENCIJOM I DRUGIM MEĐUNARODNIM UGOVORIMA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA

Dr. sc. Lana Ofak, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Zagreb

UDK: 342.738(4)
Ur.: 13. prosinca 2015.
Pr.: 5. travnja 2016.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se prikazuje način na koji je pravo na pristup informacijama zaštićeno u međunarodnim ugovorima za zaštitu ljudskih prava - Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima te Američkom konvencijom za zaštitu ljudskih prava. Analizira se praksa Odbora za ljudska prava Ujedinjenih naroda te Međuameričkog suda za ljudska prava. Zatim se prikazuje razvoj pristupa Europskog suda za ljudska prava zaštiti prava na pristup informacijama prema članku 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Usporedba presuda Europskog suda s odlukama Odbora za ljudska prava te Međuameričkog suda dovodi do zaključka da postoje dodirne točke u načinu pružanja zaštite prava na pristup informacijama, ali i da je praksa Europskog suda u određenim pitanjima različita od Odbora za ljudska prava i Međuameričkog suda. Na kraju rada istražuje se praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske u vezi s postupcima po Zakonu o pravu na pristup informacijama koji su prethodili ustavnosudskom postupku te se provodi analiza 49 odluka i rješenja Ustavnog suda donesenih u razdoblju od srpnja 2008. do srpnja 2014. Rad završava s određenim zaključcima o razlici uvjeta zaštite prava na pristup informacijama prema Ustavu Republike Hrvatske i Europskoj konvenciji te razini zaštite toga prava koja bi se trebala pružiti.

Ključne riječi: *pravo na pristup informacijama, sloboda izražavanja, Odbor za ljudska prava Ujedinjenih naroda, Međuamerički sud za ljudska prava, Europski sud za ljudska prava, Ustavni sud Republike Hrvatske.*

1. UVOD

Pravo na pristup informacijama prepoznato je u demokratskim zemljama kao preduvjet transparentnosti i odgovornosti vlasti koji štiti građane od lošeg upravljanja i korupcije vlasti. Nakon Drugog svjetskog rata međunarodni dokumenti za zaštitu ljudskih prava uključuju pravo na pristup informacijama kao osnovu demokratskih društava.¹ Premda oni izrijeком ne propisuju pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti, razvija se konsenzus da je to pravo obuhvaćeno pravom na slobodu izražavanja,² što će biti predmet analize u narednim poglavljima ovoga rada.

Od 2001. godine na snazi je Konvencija Gospodarske komisije Ujedinjenih naroda za Europu o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša.³ Međutim, ta Konvencija pravo na pristup informacijama uređuje samo u odnosu na informacije o okolišu. Stoga se prvim međunarodnim ugovorom kojim se eksplicite štiti pravo na pristup informacijama smatra Konvencija Vijeća Europe o pristupu službenim dokumentima⁴ iz 2009. godine.⁵ Na razini Europske unije pravo na pristup dokumentima jedno je od temeljnih prava izričito uključenih u Povelju o temeljnim pravima Europske unije, ali odnosi se samo na dokumente institucija, tijela, ureda i agencija Unije, no ništa se ne spominje u toj odredbi o dokumentima tijela javne vlasti država članica.⁶

Pod pravom na pristup informacijama, za potrebe ovoga rada, podrazumijevat će se to pravo prema definiciji propisanoj u Zakonu o pravu na pristup informacijama⁷ (dalje: ZPPI). Pravo na pristup informacijama obuhvaća pravo

1 Musa, A., *Transparentnost - zašto i kako?* u: Musa, A. (ur.), 5. Forum za javnu upravu - Transparentnost u javnom upravljanju, Zagreb, Friedrich Ebert Stiftung, ured za Hrvatsku i Institut za javnu upravu, 2013., str. 14.

2 Coppel, P., *Information rights: Law and practice*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2014., str. 83.

3 Konvencija je stupila na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku 2007. godine (NN – MU, br. 1/2007).

4 Republika Hrvatska nije potpisnica Konvencije. Da bi stupila na snagu potrebno je da je ratificiraju još tri zemlje (potrebno je najmanje deset zemalja). V. <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=205&CM=&DF=&CL=ENG>> (pristup: 18. rujna 2015.).

5 V.: Musa, A., op. cit., str. 14-15.; McDonagh, M., *The Right to Information in International Human Rights Law*, *Human Rights Law Review* 13(1), 2013., str. 28.; Gardašević, Đ., *Transparentnost javne vlasti na lokalnoj i područnoj (regionalnoj) razini*, u: Kregar, J. i dr., *Decentralizacija*, Zagreb, Centar Miko Tripalo, 2011., str. 148-149.

6 Članak 42. Povelje o temeljnim pravima Europske unije glasi: „Svaki građanin Unije i svaka fizička ili pravna osoba s boravištem ili sjedištem u nekoj državi članici ima pravo pristupa dokumentima institucija, tijela, ureda i agencija Unije neovisno o njihovoj mediju.“ V. i članak 15. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (bivši članak 255. Ugovora o Europskoj zajednici). Pravo pristupa dokumentima institucija, tijela, ureda i agencija Unije zasebno je uređeno, tj. odvojeno je od prava svake osobe na pristup svojem dosjeu (uz poštovanje zakonitih interesa povjerljivosti te profesionalne i poslovne tajne), koje je zaštićeno člankom 41. stavkom 2. točkom (b) Povelje u okviru jamstva prava na dobru upravu.

7 NN, br. 25/2013 i 85/2015.

korisnika na traženje i dobivanje informacije kao i obvezu tijela javne vlasti da omogući pristup zatraženoj informaciji, odnosno da objavljuje informacije neovisno o postavljenom zahtjevu kada takvo objavljivanje proizlazi iz obveze određene zakonom ili drugim propisom (članak 5., točka 5. ZPPI-a).

U hrvatskoj znanstvenoj i stručnoj literaturi tema prava na pristup informacijama vrlo je kvalitetno zastupljena.⁸ Radi se o dinamičnoj problematici koja je u neprekidnom procesu razvoja – i s aspekta regulacije i s aspekta prakse tijela koja su ovlaštena provoditi nadzor nad ostvarivanjem prava na pristup informacijama. U tom vidu, u ovom će se radu pojasniti recentni pristup Europskog suda za ljudska prava (dalje i: Europski sud) zaštiti prava na pristup informacijama (v. poglavlje 3. ovog rada). Taj će se pristup sagledavati u okviru članka 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁹ (dalje: Europska konvencija ili Konvencija) koji jamči slobodu izražavanja. Međutim, za bolje razumijevanje prakse Europskog suda prethodno je potrebno prikazati način na koji je pravo na pristup informacijama zaštićeno u drugim međunarodnim ugovorima za zaštitu ljudskih prava (v. poglavlje 2. ovoga rada), jer se iz prakse različitih međunarodnih tijela nadležnih za razmatranje povreda ljudskih prava može razabrati smjer i razvoj njihove zaštite.

Prikaz razvoja prakse Europskog suda i drugih međunarodnih tijela za zaštitu ljudskih prava provest će se kako bi se utvrdilo u čemu su uvjeti zaštite prava na pristup informacijama različiti prema Ustavu Republike Hrvatske¹⁰ (dalje i: Ustav) u usporedbi sa zaštitom koja je zajamčena Europskom konvencijom. S tim u vezi, analizirat će se praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske u vezi s postupcima ostvarivanja prava na pristup informacijama od 2008. do 2014. godine (v. poglavlje

8 V. primjerice (kronološki od novijih članaka): Podolnjak, R.; Gardašević, Đ., *Great Expectations: The New Croatian Freedom of Information Act*, *Iustinianus Primus Law Review* 6(10), 2014., str. 1-26.; Rajko, A., *Novi Zakon o pravu na pristup informacijama – geneza i otvorena pitanja*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 51(2), 2014., str. 415-427.; Rajko, A., *Antinomije u hrvatskom zakonodavstvu na području informacijskog upravnog prava*, u: Koprić, Ivan (ur.), *Europeizacija hrvatske javne uprave*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta, Studijski centar za javnu upravu i javne financije, 2014., str. 609-638.; Musa, A., op. cit., str. 7-26.; Šprajc, I., *Obveze tijela javne vlasti prema hrvatskom Zakonu o pravu na pristup informacijama*, *Sveske za javno pravo* 4(13), 2013., str. 21-31.; Gardašević, Đ., *Transparentnost javne vlasti na lokalnoj i područnoj (regionalnoj) razini*, u: Kregar, J. i dr., *Decentralizacija*, Zagreb, Centar Miko Tripalo, 2011., str. 135-158.; Đerđa, D.; Popovski, A., *Postupak ostvarivanja prava na pristup informacijama kao posebni upravni postupak*, *Hrvatska pravna revija* 11(1), 2011., str. 25-30.; Rajko, A., *Implikacije uvrštavanja prava na pristup informacijama javnog sektora u Ustav Republike Hrvatske*, *Hrvatska javna uprava* 10(3), 2010., str. 629-649.; Smerdel, B., *Ustavna osnova prava javnosti na informaciju*, *Informator* 55(5527), 2007., str. 1-2.; Smerdel, B.; Gardašević, Đ., *The Notion of Security and Free Access to Information: Creation and Development of the Right of the Public to Know in European and Croatian Jurisprudence*, *Politics in Central Europe, The Journal of the Central European Political Science Association* 2(2), 2007., str. 24-37.

9 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokoli broj 1, 4, 6, 7 i 11, NN – MU, br. 18/1997, 6/1999 – pročišćeni tekst, 8/1999 – ispravak.

10 NN, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010 i 5/2014.

4. ovoga rada).¹¹ Rad će završiti s određenim stajalištima o dosadašnjoj praksi Ustavnog suda i Europskog suda te razini zaštite prava na pristup informacijama koja bi se trebala pružiti.

1.1. Osnovne karakteristike prava na pristup informacijama

Za potrebe ovoga istraživanja, kao temeljne karakteristike prava na pristup informacijama, koje će se kroz praksu različitih tijela za zaštitu ljudskih prava sagledavati u narednim poglavljima, uzet će se sljedeća četiri obilježja.¹² Kao prvo, pravo na pristup informacijama zasebno je ljudsko pravo, što znači da ima svoju intrinzičnu vrijednost kao ljudsko pravo, a ne samo instrumentalnu u smislu da služi ostvarenju drugih ljudskih prava. U Hrvatskoj je Promjenama Ustava iz 2010.¹³ pravo na pristup informacijama postalo izričito ustavno pravo, a zajamčeno je u dijelu Ustava koji se odnosi na osobne i političke slobode i prava.¹⁴ Do tada je jamstvo pristupa informacijama bilo izričito dano samo novinarima (članak 38. stavak 3.) radi jačanja njihova položaja kao posrednika u obavještavanju javnosti, međutim to ne znači da ostale osobe to pravo nisu imale i prije Promjena Ustava.¹⁵

Kao drugo, pravo na pristup informacijama pripada svakoj osobi bez diskriminacije. Ustav propisuje pravo na pristup informacijama bez definiranja adresata toga prava, što je u skladu s člankom 2. stavkom 1. Konvencije o pristupu službenim dokumentima koji propisuje da se pravo jamči svakome, bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi. To je zatim razrađeno u ZPPI-u koji korisnika prava na pristup informacijama definira kao svaku domaću ili stranu fizičku i pravnu osobu (članak 5. točka 1.).¹⁶ Sukladno načelu javnosti i slobodnog pristupa, informacije su

11 Autorica se zahvaljuje Sanji Trgovac, voditeljici Centra za evidenciju i dokumentaciju Ustavnog suda Republike Hrvatske na svesrdnoj pomoći u pronalaženju i prikupljanju relevantne prakse Ustavnog suda.

12 U literaturi se često navodi više temeljnih karakteristika (v. primjerice načela zakonodavstva o pristupu informacijama: Musa, A., op. cit., str. 13.). Međutim, sagledavanje svih njih znatno bi prekoračilo opseg ovoga rada. McDonagh (op. cit., str. 45.) navodi četiri karakteristike kroz koje razmatra opseg prava na pristup informacijama u međunarodnom pravu: kontekst u kojem se to pravo može koristiti, kategorije korisnika toga prava, narav informacije koja se može tražiti te svrha zbog koje se traži pristup.

13 NN, br. 76/2010.

14 Članak 38. stavak 4. Ustava glasi: „Jamči se pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti. Ograničenja prava na pristup informacijama moraju biti razmjerna naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju te nužna u slobodnom i demokratskom društvu, a propisuju se zakonom.“ O posljedicama uvrštavanja prava na pristup informacijama u Ustav, v. Rajko, A., Implikacije..., op. cit.

15 Smerdel (op. cit., str. 1-2.) te Smerdel i Gardašević (op. cit., str. 29-34.) pojašnjavaju da teleološko tumačenje, povijesna metoda i komparativna metoda, polazeći od cjeline ustavnog koncepta, osobito od temeljnih vrednota vladavine prava i demokratskog višestranačkog sustava, ukazuju da je pravo javnosti na pristup informacijama bilo sadržano u nizu relevantnih odredaba Ustava Republike Hrvatske i prije Promjene Ustava 2010. godine.

16 Budući da pravo na ponovnu uporabu informacija neće biti predmet ovog rada, iz pojedinih odredaba ZPPI-a izostavit će se dijelovi koji se odnose na ponovnu uporabu informacija.

dostupne svakoj domaćoj ili stranoj fizičkoj i pravnoj osobi u skladu s uvjetima i ograničenjima ZPPI-a (članak 6.). Prema načelu jednakosti pravo na pristup informacijama pripada svim korisnicima na jednak način i pod jednakim uvjetima te su korisnici ravnopravni u njegovu ostvarivanju (članak 8. stavak 1.). Dodatno je propisano da tijela javne vlasti ne smiju staviti korisnike u neravnopravan položaj, a osobito na način da se pojedinim korisnicima informacija pruža prije nego ostalima ili na način kojim im se posebno pogoduje (članak 8. stavak 2.).

Kao treću karakteristiku bitno je istaknuti da ne postoje ograničenja u vezi s naravi (kategorije, karaktera, vrste) informacije koja se traži.¹⁷ Konvencija o pristupu službenim dokumentima pod službenim dokumentima podrazumijeva sve informacije snimljene u bilo kojem obliku, pripremljene ili primljene i u posjedu tijela javne vlasti (članak 1. stavak 2.b). Ustav ništa ne propisuje o kakvim se informacijama radi, već samo da ih posjeduju tijela javne vlasti. Međutim, u vezi s pitanjem karaktera informacije došlo je do izmjena i dopuna ZPPI-a u srpnju 2015.¹⁸ Prema mišljenju predlagatelja izmjena i dopuna ZPPI-a dosadašnja definicija informacije bila je previše široka jer je zahtijevala samo da se radi o materijaliziranoj informaciji (dokument, zapis, dosje, registar), dok svrha nastanka nije bila relevantna.¹⁹ Također je napomenuto da za razliku od zakona drugih država, u definiranju pojma „informacija“ dosadašnji zakon nije koristio riječ „javna“ ili „službena“ informacija kako bi označio karakter informacije. Sukladno novoj definiciji informacija je svaki podatak koji posjeduje tijelo javne vlasti u obliku dokumenta, zapisa, dosjea, registra, neovisno o načinu na koji je prikazan (napisani, nacrtani, tiskani, snimljeni, magnetni, optički, elektronički ili neki drugi zapis), koji je tijelo izradilo samo ili u suradnji s drugim tijelima ili dobilo od druge osobe, a nastao je u okviru djelokruga ili u vezi s organizacijom i radom tijela javne vlasti (članak 3. točka 3.).²⁰ U objašnjenju pojedinih odredaba Zakona o izmjenama i dopunama ZPPI-a navedeno je da prijašnja definicija ne razlikuje i ne izuzima informacije javnopravnog tijela nastale u obavljanju komercijalnog dijela posla, kao što bi to bila, npr. trgovačka društva u većinskom vlasništvu države, a koja ujedno u dijelu svoje aktivnosti djeluju na tržištu kao i drugi privatnopravni subjekti.²¹ Naime, zbog široko postavljene definicije tijela javne vlasti, u taj pojam mogu potpadati i pravne osobe koje obavljaju javne poslove u odnosu na jedan dio svojih djelatnosti, a da je drugi dio njihovih djelatnosti privatne naravi. Stoga se novom definicijom

17 McDonagh, M., op. cit., str. 47.

18 NN, br. 85/2015.

19 Vlada Republike Hrvatske, Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o pravu na pristup informacijama (P.Z.E. br. 832), 2015., str. 18.

20 U Objedinjenim pristiglim primjedbama i očitovanjima s obrazloženjima o njihovu (ne) prihvaćanju navedeno je da predložena izmjena ne predstavlja sužavanje definicije „informacije“ već njezino preciziranje vodeći se dosadašnjom praksom (v. <<https://uprava.gov.hr/pristup-informacijama/savjetovanje-sa-zainteresiranom-javnoscu/okoncana-savjetovanja/nacrt-prijedloga-zakona-o-izmjenama-i-dopunama-zakona-o-pravuna-pristup-informacijama/14065>> (pristup: 18. rujna 2015.)).

21 Vlada Republike Hrvatske, loc. cit.

preciziralo da se jamstvo prava na pristup informacijama primjenjuje samo na one informacije koje su nastale u okviru djelokruga ili u vezi s organizacijom i radom u onom dijelu aktivnosti zbog kojih se neko tijelo smatra tijelom javne vlasti.

U pogledu naravi informacije potrebno je istaknuti još jednu osobitost hrvatskog pravnog uređenja. Naime, hrvatski zakonodavac jasno razlikuje pripada li korisniku pravo na pristup prema nekom drugom pravnom temelju. Bez obzira na izričitu odredbu ZPPI-a da se njegove odredbe ne primjenjuju na stranke u sudskim, upravnim i drugim na zakonu utemeljenim postupcima, kojima je dostupnost informacija iz tih postupaka utvrđena propisom (članak 1. stavak 3.), u praksi su se često javljali slučajevi podnošenja zahtjeva za pristup informacijama kojima se tražilo, primjerice, uvid u cjelokupni spis nekog predmeta u kojem je podnositelj stranka pred nekim tijelom javne vlasti, zatim uvid u vlastite podatke, davanje pojašnjenja ili uputa vezanih uz ostvarivanje nekog prava ili ispunjenje neke obveze te tumačenje nekog propisa.²² Budući da se navedena prava mogu ostvariti u drugim uređenim postupcima (npr. uvid u spis) ili se odnose na druge obveze tijela javne vlasti (npr. pružanje informacija o načinu ostvarivanja prava), u zakonske odredbe ugradila se i negativna definicija zahtjeva za pristup informacijama.²³ Sukladno novoj negativnoj definiciji, ne smatra se zahtjevom za pristup informacijama traženje uvida u cjelokupni spis predmeta, objašnjenja ili uputa vezanih uz ostvarivanje nekog prava ili izvršavanje obveze, izrade analize ili tumačenja nekog propisa, kao ni stvaranje nove informacije (članak 18. stavak 5.). Kad obavještava korisnika da se podnesak ne smatra zahtjevom u smislu članka 18. stavka 5. ZPPI-a tijelo javne vlasti ne donosi rješenje o zahtjevu, ali je dužno uputiti korisnika na način ostvarivanja njegova traženja (članak 23. stavak 1. točka 6.).

I naposljetku, kao četvrta karakteristika prava na pristup informacijama koja će se razmatrati u ovom radu jest nepostojanje obveze korisnika da navede razlog zbog kojeg traži pristup informacijama. Sukladno članku 4. stavku 1. Konvencije o pristupu službenim dokumentima, podnositelj zahtjeva za pristup službenom dokumentu nije obavezan navesti razloge za pristup tom službenom dokumentu. Jednako tako, prema članku 18. stavku 4. ZPPI-a podnositelj zahtjeva nije obavezan navesti razloge zbog kojih traži pristup informaciji, niti je obavezan pozvati se na primjenu ZPPI-a.

Navedene karakteristike prava na pristup informacijama ne smiju se shvatiti tako da sugeriraju da bi to pravo trebalo biti apsolutno.²⁴ Već i sam Ustav (druga rečenica članka 38. stavka 4.) predviđa mogućnost ograničenja toga prava, s time da se moraju poštovati određeni uvjeti; ograničenje mora biti: (a) propisano zakonom, (b) razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju te (c) nužno u slobodnom i demokratskom društvu. I prema članku 3. Konvencije o pristupu službenim dokumentima moguća su ograničenja tog pristupa.

22 Povjerenica za informiranje, Što donose izmjene i dopune Zakona o pravu na pristup informacijama, <<http://www.pristupinfo.hr/wp-content/uploads/2015/08/%C5%A0to-donose-izmjene-ZPPI-85-2015.docx>> (pristup: 9. listopada 2015.).

23 Ibid.; Vlada Republike Hrvatske, op. cit., str. 21.

24 McDonagh, M., op. cit., str. 45.

U narednom poglavlju ovoga rada analizirat će se opseg zaštite prava na pristup informacijama u praksi Odbora za ljudska prava Ujedinjenih naroda te Međuameričkog suda za ljudska prava sa stajališta prethodno navedenih temeljnih karakteristika toga prava.

2. MEĐUNARODNI UGOVORI ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I PRAVO NA PRISTUP INFORMACIJAMA

Opća deklaracija o pravima čovjeka,²⁵ koju je donijela Opća skupština Ujedinjenih naroda (dalje: UN) 1948. godine, poslužila je kao uzor za buduće pravno obvezujuće međunarodne ugovore za zaštitu ljudskih prava. Ona proglašava načela koja su kasnije detaljnije utvrđena u dvjema konvencijama (dva pakta) o pravima čovjeka.²⁶

Opća deklaracija u svom članku 19. propisuje da svatko ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja. To pravo uključuje slobodu zadržavanja mišljenja bez uplitanja i slobodu traženja, primanja i širenja informacija i ideja putem bilo kojeg medija i bez obzira na granice. Nakon usvajanja Opće deklaracije pristupilo se izradi međunarodnog ugovora koji bi njezine opće odredbe pretvorio u obvezujuće dužnosti.²⁷ Prema odredbi članka 19. Opće deklaracije, oblikovan je članak 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima²⁸ koji pod pravom na slobodu izražavanja isto navodi slobodu traženja, primanja i širenja informacija.²⁹ Države koje su ratificirale ili pristupile Prvom fakultativnom protokolu uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (stupio na snagu 1976.)³⁰ prihvatile su da osobe pod njihovom jurisdikcijom mogu podnositi Odboru za ljudska prava UN-a pritužbe (priopćenja) o povredi odredaba toga Pakta.

Sloboda izražavanja i sloboda informiranja već se dugo povezuju u međunarodnim dokumentima vezanim uz zaštitu ljudskih prava. Na prvom

25 NN – MU, br. 143/2009.

26 Andrassy, J.; Bakotić, B.; Seršić, M.; Vukas, B., *Međunarodno pravo 1*, Zagreb, Školska knjiga, 2010., str. 372.

27 *Ibid.*, str. 373.

28 NN – MU, br. 12/1993.

29 Članak 19. glasi:

„1. Svatko ima pravo zadržati svoja uvjerenja bez miješanja sa strane.

2. Svatko ima pravo na slobodu izražavanja. To pravo obuhvaća slobodu traženja, primanja i širenja informacija i ideja svake vrste, usmeno, pismeno, tiskom ili umjetničkim oblikom, ili kojim drugim sredstvom prema svom osobnom izboru i bez obzira na granice.

3. Ostvarenje prava predviđenih stavkom 2. ovoga članka nosi sa sobom posebne dužnosti i odgovornosti. Stoga se ono može podvrgnuti određenim ograničenjima, ali samo takvima koja su predviđena zakonom i koja su prijeko potrebna radi:

a) poštivanja prava i ugleda drugih;

b) zaštite državne sigurnosti, javnog reda, zdravlja ili morala.“

30 Republika Hrvatska stranka je Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima od 8. listopada 1991. godine na temelju notifikacije o sukcesiji (NN – MU, br. 12/1993) te Prvog fakultativnog Protokola od 1995. godine (NN – MU, br. 7/1995).

zasjedanju 1946. godine Opća skupština UN-a usvojila je brojne rezolucije,³¹ među kojima i Rezoluciju 59(I) kojom poziva na međunarodnu konferenciju o slobodi informiranja.³² U Rezoluciji se navodi da je sloboda informiranja temeljno ljudsko pravo i osnova svih sloboda kojima se UN posvećuje, a pod slobodom informiranja podrazumijeva se pravo na prikupljanje, prenošenje i objavljivanje vijesti bilo gdje bez sputavanja. Konferencija o slobodi informiranja koja se održala 1948. u Ženevi imala je zadatak pripremiti Konvenciju o slobodi informiranja koja se uglavnom odnosila na slobodu protoka informacija preko granica, a ne na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti.³³ Konferencija se osobito bavila problematikom ratne propagande te netočnih i iskrivljenih informacija. Pripremljena su tri nacrt konvencija: (1) tzv. Konvencija Sjedinjenih Američkih Država o prikupljanju i međunarodnom prijenosu vijesti, (2) tzv. Francuska konvencija o međunarodnom pravu na ispravak te (3) tzv. Britanska konvencija o općim načelima slobode informiranja.³⁴ Godine 1949., kao rezultat spajanja prva dva nacrt, usvojen je Nacrt Konvencije o međunarodnom prijenosu vijesti i pravu na ispravak.³⁵ No on nije stupio na snagu, već je 1953. usvojena Konvencija o međunarodnom pravu na ispravak.³⁶ Ta je Konvencija stupila na snagu 1962., a ima samo 17 stranaka. Što se tiče trećeg nacrt o načelima slobode informiranja, proces usvajanja Nacrta Konvencije o slobodi informiranja nikada nije bio završen.³⁷

Komisija za ljudska prava UN-a, koja je od 1946. do 2006. djelovala kao glavni mehanizam UN-a za promicanje i zaštitu ljudskih prava,³⁸ 1993. godine uspostavila je mandat Posebnog izvjestitelja za promicanje i zaštitu slobode mišljenja i izražavanja. U njegovim izvješćima zauzima se stajalište da članak 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima o slobodi traženja, primanja i širenja informacija nameće pozitivnu obvezu državama da osiguraju pristup informacijama, osobito u odnosu na informacije koje posjeduje Vlada³⁹ te

31 V. General Assembly Resolutions 1st Session, <<http://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>> (pristup: 9. listopada 2015.)

32 General Assembly, Resolution 59 (I) Calling of an International Conference on Freedom of Information, 14 December 1946.

33 Bishop, C. A., *Internationalizing the Right to Know: Conceptualizations of Access to Information in Human Rights Law*, Dissertation, University of North Carolina at Chapel Hill, 2009., str. 5.

34 Whitton, J. B., *The United Nations Conference on Freedom of Information and the Movement Against International Propaganda*. *American Journal of International Law* 43(1), 1949., str. 74.

35 V. Resolutions and Decisions adopted by the General Assembly during its 3rd session, A/RES/277(III) A-C, <<http://www.un.org/documents/ga/res/3/ares3.htm>> (pristup: 9. listopada 2015.).

36 *Convention on the International Right of Correction*, New York, 31 March 1953 (United Nations, Treaty Series, vol. 435, p. 191).

37 Bishop, C. A., loc. cit.

38 Godine 2006. Komisija je zamijenjena Vijećem za ljudska prava.

39 V. Report of the Special Rapporteur on the right to seek and receive information, the media in countries of transition and in elections, the impact of new information technologies, national security, and women and freedom of expression, E/CN.4/1998/40, 28 January 1998, točka 14., str. 4.

da se pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti može lako deducirati iz članka 19. Međunarodnoga pakta.⁴⁰

Za razliku od izvješća Posebnog izvjestitelja koji se već u drugoj polovini 90-tih godina počeo zalagati za pravo na pristup informacijama, praksa Odbora za ljudska prava UN-a postupno se razvijala u smjeru tumačenja prava na pristup informacija pod okriljem slobode izražavanja. Godine 2009. u predmetu *S. B. protiv Kirgistana*⁴¹ Odbor za ljudska prava u svojoj odluci o dopuštenosti priopćenja „napominje da podnositelj nije obrazložio zašto baš on, osobno, treba informacije u pitanju; umjesto toga, on je tvrdio da je to stvar javnog interesa. Pod tim okolnostima, a u nedostatku bilo koje druge relevantne informacije, Odbor smatra da predmetno priopćenje predstavlja *actio popularis*, te da je stoga nedopušteno na temelju članka 1. Fakultativnog protokola.“⁴² O vrlo sličnom predmetu Odbor je ponovo odlučivao 2011. godine (*Toktakunov protiv Kirgistana*).⁴³ Odbor je utvrdio da „pravo tražiti i primiti informacije kako je sadržano u članku 19. stavku 2. Pakta, uključuje i pravo pojedinca da primi informacije koje posjeduje Država, uz iznimke dopuštene ograničenjima koja su utvrđena u Paktu. Odbor napominje da informacije moraju biti dostupne bez potrebe dokazivanja izravnog interesa ili osobne uključenosti za njihovo primanje, osim ako se primjenjuje legitimno ograničenje. Odbor također podsjeća na svoje stajalište u odnosu na tisak i medije koje uključuje pravo sudionika u medijima na pristup informacijama o javnim poslovima i pravo javnosti da dobije podatke od medija. Nadalje primjećuje da su među funkcijama tiska i medija stvaranje foruma za javnu raspravu i formiranje javnog ili, u tu svrhu, individualnog mišljenja o pitanjima od legitimnog javnog interesa, poput primjene smrtno kazne. Odbor smatra da ostvarenje tih funkcija nije ograničeno na medije ili profesionalne novinare te da ih također mogu ostvarivati, primjerice, javne udruge ili pojedinci.“⁴⁴ Odbor je također objasnio zašto smatra da se ovaj predmet

40 V. Report of the Special Rapporteur on implementing the right of access to information and protection and security of media professionals, E/CN.4/2005/64, 17 December 2004, točka 39., str. 10.

41 U ovom predmetu radilo se o aktivistu za ljudska prava koji je zatražio informacije od Ministarstva pravosuđa u vezi s primjenom smrtno kazne u Kirgistanu. Naime, zanimao ga je broj osoba koje su osuđene na smrtnu kaznu nakon što je novim Ustavom ukinuta smrtna kazna.

42 Human Rights Committee, CCPR/C/96/D/1877/2009, 25 August 2009, Communication No. 1877/2009, *S. B. v. Kyrgyzstan*, par. 4.2.

43 Youth Human Rights Group (YHRG), udruga za koju podnositelj priopćenja radi kao pravni savjetnik, zatražila je od Ministarstva pravosuđa da joj se pruže informacije o broju osoba osuđenih na smrt u Kirgistanu na dan 31. prosinca 2003. godine, kao i broj osoba osuđenih na smrt, a koje se trenutno nalaze u zatvorskom sustavu. Ovaj zahtjev za informacijom podnesen je u skladu s člankom 17.8 Dokumenta sa sastanka Konferencije o sigurnosti i suradnji u Europi u Kopenhagenu o ljudskoj dimenziji (29. lipnja 1990.) (Dokument iz Kopenhagena), prema kojem su države članice pristale javnosti staviti na raspolaganje informacije o primjeni smrtno kazne. Ministarstvo pravosuđa odbilo je dati ove informacije, zbog klasifikacije kao „povjerljivo“ i „vrlo tajno“ sukladno propisima u Kirgistanu.

44 Human Rights Committee, CCPR/C/101/D/1470/2006, 21 April 2011, Communication No. 1470/2006, *Toktakunov v. Kyrgyzstan*, par. 6.3.

razlikuje od *S. B. protiv Kirgistan*. Podnositelj priopćenja je pravni savjetnik u udruzi za zaštitu ljudskih prava te „kao takav može se smatrati da ima posebnu funkciju „čuvara“ o pitanjima od javnog interesa“.⁴⁵ Stoga je Odbor zaključio da je podnositelj potkrijepio, u svrhu odlučivanja o dopuštenosti njegova priopćenja, „da je on kao pojedini pripadnik javnosti, izravno pogođen odbijanjem tijela vlasti države stranke da mu pruži, na zahtjev, informacije o primjeni smrtne kazne.“⁴⁶

Vezano uz razmatranje merituma, Odbor je napomenuo sljedeće: „Kada, u ostvarivanju funkcija „čuvara“ o pitanjima od legitimnog javnog interesa, udruge ili privatni pojedinci trebaju pristupiti informacijama koje posjeduje država, kao u ovom slučaju, takvi zahtjevi za informacije nalažu sličnu zaštitu Pakta kao što se pruža novinarima. Davanje informacija pojedincu može, pak, omogućiti da cirkuliraju u društvu, tako da se društvo može upoznati s informacijama, imati pristup njima, i procjenjivati ih. Na taj način, pravo na slobodu mišljenja i izražavanja obuhvaća zaštitu prava na pristup informacijama koje posjeduje država, što također jasno uključuje dvije dimenzije prava na slobodu mišljenja i izražavanja, individualnu i društvenu, koje istodobno moraju biti zajamčene od strane države. U tim okolnostima, Odbor smatra da je država stranka imala obvezu ili pružiti podnositelju tražene informacije ili opravdati bilo koja ograničenja prava na primanje informacija koje posjeduje država prema članku 19. stavku 3. Pakta.“⁴⁷ Iduće je pitanje jesu li u tom predmetu ograničenja prava na pristup informacijama bila opravdana temeljem članka 19. stavka 3. Pakta prema kojemu ona moraju biti propisana zakonom i nužna zbog: (a) zaštite prava i ugleda drugih i (b) zaštite državne sigurnosti, javnog reda, javnog zdravlja ili morala. U tom pogledu Odbor „ponavlja stav naveden u Rezoluciji Komisije za ljudska prava br. 2003/67 i 2004/60 te Dokumentu iz Kopenhagena (...) da javnost ima legitimni interes za pristup informacijama o primjeni smrtne kazne i zaključuje da se, u nedostatku bilo kakvih relevantnih objašnjenja od države stranke, ograničenja na ostvarivanje prava podnositelja na pristup informacijama o primjeni smrtne kazne koje posjedu tijela javne vlasti ne mogu smatrati nužnim radi zaštite nacionalne sigurnosti ili javnog poretka, javnog zdravlja ili morala ili radi poštivanja prava i ugleda drugih.“⁴⁸ Stoga je Odbor zaključio da su podnositeljeva prava iz članka 19. stavka 2. Pakta bila povrijeđena u ovom slučaju.⁴⁹ Nakon tog predmeta nije bilo više slučajeva pred Odborom za ljudska prava u vezi s povredom prava na pristup informacijama, osim jednog slučaja koji se odnosio na odbijanje akreditacije novinarke za Nacionalnu

45 Ibid. Međutim McDonagh (op. cit., str. 32) smatra da je Odbor za ljudska prava jednako mogao zaključiti i o *S. B.*-u koji je također bio aktivist za ljudska prava. Zasigurno je na promjenu stajališta Odbora utjecala presuda Europskog suda za ljudska prava u predmetu *Társaság A Szabadságjogokért protiv Mađarske* (v. poglavlje 3. ovog rada), kao i praksa Međumeričkog suda za ljudska prava (v. dolje). Dio obrazloženja odluke Odbora za ljudska prava doslovice je kopirano iz presude u predmetu *Claude Reyes i drugi protiv Čilea*.

46 Ibid.

47 Ibid., par. 7.4.

48 Ibid., par. 7.7.

49 Ibid., par. 7.8.

skupštinu.⁵⁰ Ostali predmeti koje je Odbor do početka rujna 2015. godine razmatrao u okviru slobode informiranja odnosili su se uglavnom na zabranu javnih izlaganja, okupljanja, mirnih prosvjeda, zapljene brošura, uhićivanja zbog mirnog okupljanja te kažnjavanja za dijeljenje letaka.

Na regionalnoj razini, o zaštiti prava na pristup informacijama raspravljalo se i pod okriljem Američke konvencije o ljudskim pravima koja je 1969. godine usvojena u okviru Organizacije američkih država. Američka konvencija o ljudskim pravima stupila je na snagu 1978. te trenutno ima 23 stranke od ukupno 35 američkih država koje su članice Organizacije američkih država.⁵¹ Njezin članak 13. jamči slobodu mišljenja i izražavanja.⁵² Usporedbom navedenoga članka te članka 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima uočavaju se sličnosti. U oba međunarodna ugovora sloboda traženja informacija uključena je uz slobodu primanja i širenja informacija. I ograničenja su slično oblikovana. Razlika je u tomu što Američka konvencija sadrži izričitu odredbu kojom se isključuje mogućnost prethodne cenzure te dodatne stavke o zabrani neizravnih metoda i sredstava ograničavanja prava na izražavanje i u iznimnim slučajevima kada prethodna cenzura može biti dopuštena.

Godine 1959. osnovana je Međuamerička komisija za ljudska prava kao nezavisno tijelo Organizacije američkih država za promicanje i zaštitu ljudskih prava. Ona može primati i razmatrati pojedinačne pritužbe zbog povrede ljudskih

50 Human Rights Committee, CCPR/C/111/D/1985/2010, 26 August 2014, Communication No. 1985/2010, *Koktish v. Belarus*. Za pregled prakse Odbora za ljudska prava korišteno je pretraživanje baze UN Treaty Body Database, <<http://tbinternet.ohchr.org/SitePages/Home.aspx>> (pristup: 9. listopada 2015.).

51 Trinidad i Tobago (1998.) te Venezuela (2012.) otkazali su Američku konvenciju. V. <http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm> (pristup: 9. listopada 2015.).

52 Članak 13. Američke konvencije o ljudskim pravima glasi:
„1. Svatko ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja. To pravo uključuje slobodu traženja, primanja i širenja informacija i ideja svake vrste, bez obzira na granice, usmeno, pismeno, tiskom, umjetničkom obliku ili bilo kojim drugim sredstvom prema vlastitom izboru.
2. Ostvarivanje prava predviđenog u prethodnom stavku ne može se podvrgnuti prethodnoj cenzuri, ali može se podvrgnuti naknadnom nametanju odgovornosti, koje se izrijeckom ustanovljuje zakonom u mjeri potrebnoj da se osigura:
a. poštovanje prava ili ugleda drugih; ili
b. zaštita nacionalne sigurnosti, javnog reda ili javnog zdravlja ili morala.
3. Pravo izražavanja ne može se ograničiti neizravnim metodama i sredstvima, kao što su zloupotrebe vladine ili privatne kontrole nad tiskom, frekvencijama emitiranja ili opremi koja se koristi u širenju informacija, ili bilo kojim drugim sredstvima kojima se nastoji priječiti komunikacija i cirkulacija ideja i mišljenja.
4. Neovisno o odredbama stavka 2. ovoga članka, javna zabava može temeljem zakona biti podvrgnuta prethodnoj cenzuri isključivo u svrhu reguliranja njihovog pristupa radi moralne zaštite djece i adolescenata.
5. Svako poticanje na rat i bilo koje zagovaranje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje koji čine poticanje na nezakonito nasilje ili na bilo koje druge slične radnje protiv bilo koje osobe ili skupine osoba na bilo kojoj osnovi, uključujući i rasu, boju kože, religiju, jezik ili nacionalno podrijetlo, smatrat će se djelom kažnjivom po zakonu.“

prava. Ako država ne ispuni njezine preporuke, Međuamerička komisija ima ovlast podnijeti predmet Međuameričkom sudu za ljudska prava (uspostavljen 1979., dalje: Međuamerički sud). Za međunarodni razvoj prava na pristup informacijama iznimno je važna presuda Međuameričkog suda iz 2006. godine u predmetu *Claude Reyes i drugi protiv Čilea*.⁵³ Međuamerički sud zaključio je da „izričitim propisivanjem prava „traženja” i „primanja” „informacije”, članak 13. Konvencije štiti pravo svakog pojedinca da zatraži pristup informacijama koje posjeduje država, uz iznimke dopuštene ograničenjima utvrđenima u Konvenciji. Prema tome, ovaj članak štiti pravo pojedinca primati takve informacije i pozitivnu obvezu države da ih pruži, tako da pojedinac može imati pristup takvim informacijama ili dobiti odgovor koji uključuje obrazloženje kada je, iz bilo kojeg razloga koji je dopušten Konvencijom, državi dopušteno ograničiti pristup informacijama u konkretnom slučaju.”⁵⁴ Budući da je presuda Međuameričkog suda prva presuda u kojoj je jedno međunarodno tijelo utvrdilo da je pravo na pristup informacijama koje posjeduje država sadržano u jamstvu slobode izražavanja, jasno se može zaključiti o njezinu utjecaju na druge međunarodne forume.⁵⁵

Vezano uz pitanje opravdanosti ograničenja prava na pristup informacijama u tom konkretnom slučaju, Međuamerički sud je utvrdio da „država nije dokazala da je ograničenje odgovaralo svrsi koja je dopuštena Američkom konvencijom, niti da je to bilo nužno u demokratskom društvu, budući da tijelo nadležno odgovoriti na zahtjev za informacijama nije donijelo obrazloženu odluku u pisanom obliku kojom bi priopćilo razloge za ograničavanje pristupa tim informacijama u konkretnom slučaju.”⁵⁶ U tom pogledu, Sud smatra da se uspostavljanjem ograničenja prava na pristup informacijama putem prakse tijela javne vlasti, a pritom ne poštujući odredbe Konvencije, stvara plodno tlo za diskrecijsko i proizvoljno postupanje države u klasificiranju informacija kao tajnih ili povjerljivih te dovodi do pravne nesigurnosti u vezi s ostvarivanjem tog prava i ovlasti države da ga ograničava.⁵⁷ Dodatno, Međuamerički sud je iz istog razloga što nije donesena obrazložena odluka u pisanom obliku presudio i povredu članka 8. stavka 1. Američke konvencije kojom

53 Slučaj se odnosio na zahtjev za pristup informacijama o projektu krčenja šuma podnesenom čileanskom Odboru za strana ulaganja. Zatražene informacije odnosile su se na ugovor o stranim ulaganjima sklopljen između države, dva strana društva te jednog čileanskog društva za provedbu projekta eksploatacije šume koji je izazvao znatnu javnu raspravu zbog svoga mogućeg štetnog utjecaja na okoliš. Čileanski Odbor za strana ulaganja pružio je određene informacije, a u vezi s odbijanjem preostalog dijela nije donio pisanu odluku kojom bi obrazložio razloge ograničavanja pristupa preostalome dijelu informacija. Pravna sredstva koja su podnositelji podnijeli pred domaćim sudovima bila su odbačena kao nedopuštena.

54 Inter-American Court of Human Rights, *Claude-Reyes et al. v. Chile*, Judgment of September 19, 2006., par. 77.

55 Preostali dio paragrafa 77. presude identičan je pojedinim dijelovima već citiranog obrazloženja iz odluke Odbora za ljudska prava u predmetu *Toktakunov protiv Kirgistan* (2011.).

56 *Claude-Reyes et al. v. Chile*, op. cit., par. 95.

57 *Ibid.*, par. 98.

se jamči pravo na pošteno suđenje.⁵⁸ Takva odluka morala bi pružiti informacije o razlozima i pravnim normama na kojima se temelji odluka da se u konkretnom slučaju uskratiti dio informacija te kojima bi se utvrdilo je li to ograničenje sukladno uvjetima koji su propisani u Konvenciji. Stoga je Međuamerički sud zaključio da je odluka tijela javne vlasti bila arbitrarna te da nije bila sukladna članku 8. stavka 1. Američke konvencije koji štiti jamstvo da ona mora biti obrazložena.⁵⁹

Nakon presude u predmetu *Claude Reyes i drugi protiv Čilea*, Međuamerički sud odlučivao je o još jednom bitnom slučaju – *Gomes Lund i drugi protiv Brazila* – vezanom uz pristup informacijama o arbitrarnom pritvaranju, mučenju i nestanku 70 osoba.⁶⁰ Međuamerički sud ponovio je svoje stajalište da najbliža obitelj ima pravo znati istinu o žrtvama, a dužnost istrage je mjera reparacije, s obzirom na potrebu da se popravi šteta povrede prava znati istinu. U tom predmetu, pravo znati istinu povezano je s pravom traženja i primanja informacija zajamčenom u članku 13. Američke konvencije.⁶¹ S tim u vezi Međuamerički sud izrazio je sljedeće stajalište: „Prema mišljenju ovog suda, država ne može tražiti zaštitu tvrdeći da ne postoje traženi dokumenti, već, naprotiv, mora utvrditi razlog za uskraćivanje pružanja tih informacija, pokazujući da je usvojila sve mjere temeljem svojih ovlasti kako bi dokazala da, u stvari, zatražene informacije ne postoje. Bitno je da, kako bi se zajamčilo pravo na informacije, tijela javne vlasti postupaju u dobroj vjeri i marljivo obavljaju potrebne radnje za osiguranje učinkovitosti tog prava, posebno kad se radi o pravu na istinu o tome što se dogodilo u slučajevima teških povreda ljudskih prava, kao što su to prisilni nestanci i izvansudska pogubljenja u ovom predmetu. Tvrđiti u sudskom postupku, kao što je to učinjeno u ovom slučaju, da nedostaju dokazi o postojanju određenih informacija, bez da se u najmanju ruku istakne koji su postupci provedeni kako bi se potvrdilo nepostojanje tih informacija, omogućuje diskrecijsko i arbitrarno postupanje države u pružanju tih informacija, čime se stvara pravna nesigurnost u pogledu ostvarivanja tog prava.“⁶² Na temelju navedenog obrazloženja, Međuamerički sud je zaključio da je država povrijedila pravo traženja i primanja informacija zajamčeno u članku 13. Američke konvencije u vezi s člankom 1. stavkom 1. (obveza poštovanja prava), člankom 8. stavkom 1. (pravo na pošteno suđenje) i člankom 25. (pravo na sudsku zaštitu).⁶³

58 Članak 8. stavak 1. glasi: “Svaka osoba ima pravo na saslušanje, uz dužna jamstva i u razumnom roku, od strane nadležnog, nezavisnog i nepristranog suda (engl. *tribunal*), prethodno ustanovljenog zakonom, u ispitivanju bilo kakve optužbe kažnjive naravi protiv njega ili radi utvrđivanja njegovih prava i obveza građanske, radne, fiskalne ili bilo kakve druge naravi.“

59 *Claude-Reyes et al. v. Chile*, op. cit., par. 122-123.

60 Slučaj se odnosio na postupanje brazilske vojske između 1972. i 1975. sa svrhom likvidacije, tzv. *Araguaia gerile*. Propisi o pomilovanju zabranjivali su procesuiranje mučenja i ubijanja koja su se dogodila tijekom vojne diktature u Brazilu 1970-tih godina. Slučaj se, također odnosio na povredu prava članova obitelji žrtava na pristup informacijama.

61 Inter-American Court of Human Rights, *Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil*, Judgment of November 24, 2010, par. 201.

62 Ibid., par. 211.

63 Ibid., par. 212.

Ako usporedimo stajališta Odbora za ljudska prava UN-a te Međuameričkog suda za ljudska prava u predmetima koja su se odnosila na pravo na pristup informacijama s osnovnim karakteristikama toga prava izloženima u poglavlju 1.1. ovoga rada dolazimo do sljedećih zaključaka. Kao prvo, navedena međunarodna tijela smatraju da izričito propisivanje prava tražiti i primiti informacije štiti pravo tražiti informacije koje posjeduje država, uz iznimke koje su dopuštene putem ograničenja koja su utvrđena u Paktu i u Američkoj konvenciji. To znači da nije potrebno da se osoba pozove na povredu nekoga drugog prava zaštićenog Paktom ili Američkom konvencijom (primjerice, na pravo na poštovanje privatnog života ili pravo na život), da bi se njezin predmet podveo pod zaštitu tih međunarodnih ugovora. U tom smislu, pravo na pristup informacijama samostalno je ljudsko pravo, a zaštićeno je člankom 19. Pakta odnosno člankom 13. Američke konvencije.

Kao drugo, ne bi trebala postojati ograničenja u tomu kome to pravo pripada. Naime, i članak 19. Pakta i članak 13. Američke konvencije propisuju da svatko ima pravo na slobodu izražavanja. Međutim, u predmetu *Toktakunov protiv Kirgistan* Odbor za ljudska prava istaknuo je funkciju podnositelja kao „čuvara“ o pitanjima od javnog interesa te je naveo da je podnositelj, kao pravni savjetnik u udruzi, dostatno potkrijepio okolnost da je on kao pojedini pripadnik javnosti izravno pogođen odbijanjem tijela javne vlasti da mu pruži zatražene informacije. Ono što je pozitivno jest da je Odbor za ljudska prava jasno istaknuo da funkciju „čuvara“ ne ispunjavaju samo udruge, već da to mogu činiti i „privatni pojedinci“.⁶⁴ Za razliku od toga, Međuamerički sud naveo je da članak 13. Konvencije „štiti pravo svake osobe da zatraži informaciju pod kontrolom države, uz uvjete koji su dopušteni pod režimom ograničenja Konvencije“.⁶⁵ Drugim riječima, za Međuamerički sud nije bitno tko je podnositelj zahtjeva da bi primijenio članak 13., dok je za Odbor za ljudska prava – barem prema dosadašnjoj praksi – potrebno potkrijepiti zašto je pripadnik javnosti kojemu je uskraćen pristup informacijama izravno pogođen time. U protivnom bi se priopćenje podnositelja proglasilo nedopuštenim jer bi se smatralo da predstavlja *actio popularis*. U tom smislu vidljivo je da Međuamerički sud pruža širu zaštitu tj. većem krugu osoba, koji ne moraju dokazivati svoju funkciju „čuvara“ (ili zbog nekog drugog razloga) da bi se na njih primijenila zaštita koju pruža članak 13. Američke konvencije.

Kao treća karakteristika prava na pristup informacijama⁶⁶ navedena je irelevantnost naravi informacije, tj. važno je da je riječ o informaciji koju posjeduju tijela javne vlasti, a nebitno je kakva je informacija. Pitanje koje se ovdje postavlja je mora li biti riječ o informaciji koja zadovoljava određenu kvalitetu javnog interesa da bi se mogla primijeniti zaštita koju pruža članak 19. Međunarodnog pakta odnosno članak 13. Američke konvencije? U predmetu *Toktakunov protiv Kirgistan*, Odbor za ljudska prava napomenuo je da je bila riječ o uskrati pristupa

64 *Toktakunov v. Kyrgyzstan*, op. cit., par. 7.4.

65 *Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil*, op. cit., par. 197.

66 V. poglavlje 1.1. ovoga rada.

informacijama od javnog interesa.⁶⁷ Dodatno, u dijelu svoje odluke koji se odnosio na razmatranje dopuštenosti priopćenja Odbor je utvrdio da se informacije koje je podnositelj zatražio (broj osoba koje su osuđene na smrtnu kaznu u Kirgistanu) smatraju od javnog interesa prema Rezolucijama br. 2003/67 i 2004/60 Komisije za ljudska prava te Dokumentu iz Kopenhagena koji je potpisao Kirgistan.⁶⁸ Dakle, Odbor se prvo bavio pitanjem naravi informacija te je utvrdio da mora biti riječ o informacijama od javnog interesa da bi uopće priopćenje proglasio dopuštenim i nastavio razmatrati meritum predmeta.

Što se tiče stajališta Međuameričkog suda, u predmetu *Claude Reyes i drugi protiv Čilea* napomenuo je da mora biti riječ o informaciji od javnog interesa.⁶⁹ Međutim, na drugom mjestu u toj presudi,⁷⁰ kao i u presudi u predmetu *Gomes Lund i drugi protiv Brazila*, ističe da članak 13. Američke konvencije jamči pravo na pristup informacijama koje posjeduje država ili koje su pod kontrolom države, bez da spominje da se mora raditi o informacijama od javnog interesa. Mišljenje autorice jest da prosuđivanje je li neka informacija od javnog interesa ne smije biti primarni uvjet za omogućavanje pristupa informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti. Pitanje koliko je neka informacija od javnog interesa postaje bitno tek ako će primijeniti neki od dopuštenih razloga za ograničenje pristupa informacijama. Za razliku od Odbora za ljudska prava, čini se da Međuamerički sud ima takvo stajalište. U predmetu *Gomes Lund i drugi protiv Brazila*, javni interes se spominje jedino u vezi s postavljanjem ograničenja pristupa informacijama koja moraju biti nužna u demokratskom društvu te orijentirana prema zadovoljavanju prevladavajućega javnog interesa (pri čemu se navode razlozi iz članka 13. stavka 2. Američke konvencije: poštovanje prava i ugleda drugih, zaštita državne sigurnosti, javnog reda, zdravlja ili morala).⁷¹

I na kraju, četvrta karakteristika prava na pristup informacijama jest nepostojanje obveze korisnika da navede razlog zbog kojeg traži pristup informacijama. U tom pogledu ne postoji nikakva razlika u stajalištima Odbora za ljudska prava i Međuameričkog suda. Oba međunarodna tijela navode da se zatražene informacije moraju pružiti bez potrebe dokazivanja izravnog interesa za primanje tih informacija, osim ako se primjenjuju legitimna ograničenja.

Iz navedene analize može se zaključiti da, prema sadašnjem stanju prakse, Međuamerički sud glede pitanja kome pripada pravo na pristup informacijama te kakva je narav zatražene informacije pruža širu zaštitu prava na pristup informacijama nego što to čini Odbor za ljudska prava UN-a, premda se radi o gotovo identičnim odredbama međunarodnih ugovora kojima se štiti to pravo.

67 *Toktakunov v. Kyrgyzstan*, op. cit., par. 6.5.

68 *Ibid.*, par. 6.3.

69 *Claude-Reyes et al. v. Chile*, op. cit., par. 73.

70 *Ibid.*, par. 77.

71 *Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil*, op. cit., par. 229.

3. PRISTUP EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA ZAŠTITI PRAVA NA PRISTUP INFORMACIJAMA

Europska konvencija ne propisuje izrijekom pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti, a njezin članak 10. kojim se jamči pravo na slobodu izražavanja⁷² oblikovan je u jednom dijelu uže od članka 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim slobodama te članka 13. Američke konvencije. Naime, za razliku od tih međunarodnih ugovora koji pod pravom na slobodu izražavanja navode slobodu traženja, primanja i širenja informacija, članak 10. Europske konvencije ne sadrži slobodu traženja, već samo slobodu primanja i širenja informacija. Krajem 1970-tih godina raspravljalo se o nacrtu dodatnoga protokola uz Europsku konvenciju kojim bi se pravo na slobodu izražavanju izričito proširilo na način da uključi i slobodu tražiti informaciju (*freedom to seek information*). Međutim, nacrt protokola nije dobio široku potporu te se od njega odustalo.⁷³

Pitanje koje se pojavilo u predmetima koji su se pokrenuli pred Europskim sudom jest na što se točno odnosi odredba članka 10., tj. pokriva li ona pozitivnu obvezu države da pruža zatražene informacije. Kad se pogleda formulacija članka 10., moglo bi se smatrati da je on oblikovan kao pravo negativnog statusa koje obuhvaća pravnu situaciju pojedinca u koju država ne smije dirati.⁷⁴ Naime, članak 10. jamči slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja vlasti. Dakle, ta se odredba može shvatiti na način da propisuje da država nije ovlaštena spriječiti pojedinca da primi informaciju koju mu netko drugi želi priopćiti, ali da to ne mora značiti i da država ima pozitivnu obvezu pružiti informaciju koju posjeduje kada ju zatraži pojedinac.⁷⁵

U početku svoje prakse Europski sud je upravo zauzeo takvo stajalište. Smatrao je da ne postoji pozitivna obveza države da osigura pravo na pristup informacijama u okviru prava na slobodu izražavanja zajamčenog člankom 10. Europske konvencije. Predmet koji se s tim u vezi ističe u literaturi je *Leander protiv Švedske* (1987.). U tom predmetu bitna je okolnost da se radilo o zahtjevu pojedinca

72 Članak 10. Europske konvencije glasi:

„1. Svatko ima pravo na slobodu izražavanja. To pravo obuhvaća slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ovaj članak ne sprječava države da podvrgnu režimu dozvola ustanove koje obavljaju djelatnosti radija ili televizije te kinematografsku djelatnost.

2. Kako ostvarivanje tih sloboda obuhvaća dužnosti i odgovornosti, ono može biti podvrgnuto formalnostima, uvjetima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom, koji su u demokratskom društvu nužni radi interesa državne sigurnosti, teritorijalne cjelovitosti ili javnog reda i mira, radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala, radi zaštite ugleda ili prava drugih, radi sprječavanja odavanja povjerljivih informacija ili radi očuvanja autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti.“

73 Coppel, P., op. cit., str. 83.

74 Borković, I., op. cit., str. 252-253.

75 Knight, C. J. S., Article 10 and a right of access to information, Public Law, July 2013, str. 469.

za pristup informacijama koje se odnose na njega (osobne informacije).⁷⁶ Europski sud je utvrdio sljedeće: “Sud primjećuje da pravo na slobodu primanja informacija u osnovi zabranjuje Vladi da ograničava osobu da primi informacije koje joj drugi žele ili su spremni dati. Članak 10. ne dodjeljuje pojedincu, u okolnostima poput onih u ovom predmetu, pravo pristupa registru koji sadrže informacije o njegovu osobnom položaju, niti utjelovljuje obvezu Vlade da mu takvu informaciju daju.”⁷⁷ Europski sud je taj predmet sagledavao i s aspekta jamstva prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života (članak 8.), ali miješanje u to pravo je smatrao opravdanim zbog zaštite nacionalne sigurnosti.⁷⁸ Stoga se pristup Europskog suda može objasniti tako da se razlikuju osobne informacije (informacije koje se odnose na neku osobu) i informacije koje nisu osobne, te se povreda prava na pristup osobnim informacijama razmatra temeljem članka 8. kojim se jamči pravo na poštovanje privatnog života i doma.⁷⁹

Što se tiče članka 10., za njega je Europski sud dugo smatrao da ne pokriva pozitivnu obvezu države da osigura pravo na pristup informacijama.⁸⁰ Tako je u predmetima *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1989.),⁸¹ *Guerra i drugi protiv Italije* (1998.)⁸² te *Roche protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (2005.)⁸³ Europski sud citirao svoje stajalište iz presude u predmetu *Leander protiv Švedske* da članak 10. ne utjelovljuje pozitivnu obvezu države da pruža informacije pojedincu.⁸⁴ Međutim, ipak su ti predmeti bili presuđeni u korist podnositelja jer je Europski sud utvrdio da je došlo do povrede prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života.

76 Ukratko, radilo se o gospodinu Leanderu koji je zatražio pristup informacijama koje su se odnosile na sigurnosnu provjeru, ali mu je uskraćen pristup.

77 *Leander v. Sweden*, Application no. 9248/81, 26 March 1987, par. 74.

78 Smerdel, B.; Gardašević, Đ., op. cit., str. 27-28.

79 Coppel, P., op. cit., str. 83.

80 Knight, C. J. S., op. cit. str. 469.

81 Graham Gaskin je kao beba završio u domu za nezbrinutu djecu gdje je proveo cijelo djetinjstvo do punoljetnosti. Gaskin je tvrdio da je bio zlostavljan za vrijeme koje je proveo pod skrbi te je zatražio pristup svom spisu od socijalne službe u Liverpoolu. Međutim, uvid mu je samo djelomično omogućen, jer su nadležna tijela uključujući i nacionalni sud smatrali da bi se omogućavanjem uvida ugrozila prava doušnika koji dostavljaju informacije socijalnoj službi.

82 U predmetu *Guerra i drugi protiv Italije* radilo se o talijanskim državljanima koji su živjeli otprilike jedan kilometar od kemijske tvornice koja je predstavljala visoki rizik za okoliš, a talijanska tijela javne vlasti nisu im priopćila relevantne informacije o opasnostima iz te tvornice niti o predviđenom postupku u slučaju nesreće.

83 U predmetu *Roche* radilo se o vojniku koju je bio izložen kemijskim testiranjima, tj. sudjelovao je u testiranju kemijskog oružja (nervnog plina), od čega je obolio te je tražio pristup informacijama o tim testovima.

84 *Gaskin v. The United Kingdom*, Application no. 10454/83, 07 July 1989, par. 52.; *Guerra and others v. Italy*, Application No. 14967/89, 19 February 1998, par. 53.; *Roche v. The United Kingdom*, Application no. 32555/96, 19 October 2005, par. 172. Važno je napomenuti je da postoji određena razlika između predmeta *Gaskin*, s jedne strane, te *Guerra i Roche*, s druge. U predmetu *Gaskin* radilo se o zatraženom pristupu osobnim podacima, a u predmetima *Guerra i Roche*, Europski sud istaknuo je da se članak 10. ne može tumačiti da nameće državi pozitivne obveze prikupljati i širiti informacija na vlastitu inicijativu.

Može li Europski sud promijeniti svoj pristup zaštiti nekog prava? Odgovor na to pitanje je zasigurno potvrđan. S tim u vezi može se citirati dio iz presude velikog vijeća u predmetu *Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (2002.): “Iako Sud nije formalno vezan slijediti svoje prethodne presude, u interesu je pravne sigurnosti, predvidljivosti i jednakosti pred zakonom da ne odstupa, bez opravdanog razloga, od presedana utvrđenih u prethodnim slučajevima (...). Međutim, budući da je Konvencija prije svega sustav za zaštitu ljudskih prava, Sud mora uzeti u obzir promjenjive uvjete unutar tužene države i unutar država ugovornica općenito i odgovoriti, na primjer, na bilo koji razvoj međusobnog približavanja standardima koje treba postići (...). Od presudne je važnosti da se Konvencija tumači i primjenjuje na način koji čini njezina prava praktičnima i djelotvornima, a ne teorijskima i iluzornima. Propust Suda da zadrži dinamičan i evolucijski pristup bi doista riskirao da ga učini preprekom reformiranju i poboljšanju.”⁸⁵

Prvi bitan predmet koji je ukazivao na promjenu pristupa Europskog suda u primjeni članka 10. jest *Sdruženi Jihočeske matky protiv Češke* (2006.). Slučaj se odnosio na udrugu za zaštitu okoliša koja je tražila pristup dokumentima koji su se odnosili na jednu nuklearnu elektranu. Pristup je bio odbijen. Iako je Europski sud u ovom predmetu presudio da nije bilo povrede članka 10., ipak je po prvi put izričito utvrdio da je odbijanje pristupa od strane čeških vlasti značilo miješanje u pravo primiti informacije.⁸⁶ Europski sud objasnio je promjenu svog pristupa na sljedeći način: „U ovom slučaju, podnositeljica zahtjeva je zatražila dopuštenje da se konzultira s administrativnim dokumentima koji su bili na raspolaganju tijelima javne vlasti i kojima je bio moguć pristup pod uvjetima propisanim člankom 133. Zakona o gradnji koji je podnositeljica osporavala. Pod tim okolnostima, Sud priznaje da je odbijanje tog zahtjeva predstavljalo miješanje u pravo podnositeljice zahtjeva na primanje informacija.”⁸⁷ Podnositeljica zahtjeva ipak nije uspjela pred Europskim sudom, jer je Europski sud odlučio da su u konkretnom slučaju bili ispunjeni uvjeti iz stavka 2. članak 10. koji se odnose na ograničavanje prava. Europski sud je smatrao da je obrazloženje odbijanja pristupa dokumentima bilo opravdano zbog zaštite poslovne tajne (zaštita prava drugih) te je postojao rizik za nacionalnu sigurnost zbog opasnosti od terorističkih napada. Relevantni dio presude glasi: „Sud primjećuje da su odluke koje su češka tijela javne vlasti donijela u potpunosti opravdane i ne mogu se smatrati arbitrarnima. On napominje da se okolnosti ovog slučaja jasno razlikuju od onih slučajeva koji se odnose na ograničenja slobode tiska, u kojem je više puta potvrdio postojanje prava javnosti da primi informacije. Međutim, ovaj slučaj u pitanju odnosi se na pristup informacijama vezanim uz nuklearnu elektranu, koja je objekt visoke složenosti koji

85 *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, Application no. 28957/95, 11 July 2002, par. 74.

86 Hins, W.; Voorhoof, D., Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights, *European Constitutional Law Review* 3(1), 2007., str. 123.

87 *Décision sur la recevabilité de la requête no 19101/03 présentée par Sdruženi Jihočeské matky contre la République tchèque*, 10 juillet 2006, En droit, par. 1.1.

zahtijeva vrlo visok stupanj sigurnosti. Sud smatra da se članak 10. Konvencije ne može tumačiti kao da jamči apsolutno pravo pristupa svim tehničkim pojedinostima izgradnje elektrane, jer, za razliku od podataka o utjecaju na okoliš, takvi podaci ne ispunjavaju javni interes.⁸⁸ No, neovisno o tomu što je Europski sud taj slučaj proglasio nedopuštenim, ipak je predmet iznimno važan jer je došlo da primjene članka 10. Europske konvencije na odbijanje pristupa informacijama.

Prvi put je presuđeno da je povrijeđen članak 10. u predmetu *Társaság a Szabadságjogokért* (dalje: *Társaság*) protiv Mađarske (2009.).⁸⁹ Podnositeljica zahtjeva bila je udruga koja je aktivna na području politike o drogama. U ožujku 2004., član parlamenta (zastupnik) i drugi pojedinci podnijeli su Ustavnom sudu zahtjev za apstraktnu ocjenu ustavnosti nekih izmjena i dopuna Kaznenog zakonika koje su se ticale određenih kaznenih djela povezanih s drogama. Udruga *Társaság* zatražila je pristup tom zahtjevu koji je podnesen pred Ustavnim sudu, ali je pristup bio odbijen jer se radi o osobnim podatcima kojima se ne može pristupiti bez odobrenja autora toga zahtjeva. U obrazloženju presude Europski sud je istaknuo da je u nedavno vrijeme napredovao prema širem tumačenju pojma „sloboda primanja informacija“ (u predmetu *Sdruženi Jihočeske matky protiv Češke*) i, time, prema priznavanju prava na pristup informacijama.⁹⁰ Međutim, zaključio je da se ovaj predmet odnosio na upletanje – putem cenzorskih ovlasti informacijskog monopola – u ostvarivanje funkcija „društvenog čuvara“, a ne na uskratno općeg prava na pristup službenim dokumentima.⁹¹ Važnost presude je u tomu što je Europski sud proširio tradicionalnu zaštitu medija kao „javnih čuvara“ i na nevladine organizacije koje naziva „društvenim čuvarima“. ⁹² U presudi je utvrđena obveza države ne sprječavati protok informacija potrebnih za javnu raspravu o pitanjima od javnog značenja: „Sud smatra da prepreke stvorene kako bi spriječile pristup informacijama od javnog interesa mogu odvratiti one koji rade u medijima ili povezanim područjima od bavljenja tim stvarima. Kao posljedica toga može se dogoditi da oni više nisu u mogućnosti igrati vitalnu ulogu „javnih čuvara“, a njihova sposobnost pružanja točnih i pouzdanih informacija može biti izložena negativnom djelovanju (...). Navedena razmatranja dovela su Sud do zaključka da se upletanje u slobodu izražavanja podnositeljice u ovom slučaju ne može smatrati nužnim u demokratskom društvu. Iz toga slijedi da je došlo do povrede članka 10. Konvencije.“⁹³

Nakon predmeta *Társaság* slijedio je niz presuda u kojima je Europski sud presudio da je također došlo do povrede članka 10. Konvencije: *Kenedi protiv*

88 Ibid.

89 *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, Application no. 37374/05, 14 April 2009; za prijevod presude v.: Staničić i Ofak, 2009: 527-536.

90 Ibid., par. 35.

91 Ibid., par. 36.

92 Ibid., par. 27.

93 Ibid., par. 38-39.

Mađarske (2009.),⁹⁴ *Inicijativa mladih za ljudska prava protiv Srbije* (2013.),⁹⁵ *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes* (dalje: ÖVESSG) *protiv Austrije* (2013.)⁹⁶ te *Guseva protiv Bugarske* (2015.)⁹⁷

Usporedba presuda Europskog suda s odlukama Odbora za ljudska prava UN-a te Međuameričkog suda za ljudska prava dovodi nas do zaključka da postoje dodirne točke u načinu pružanja zaštite prava na pristup informacijama, ali i da je praksa Europskog suda u određenim pitanjima različita od Odbora za ljudska prava i Međuameričkog suda. Sličnosti i razlike su sljedeće. Kao prvo, i Odbor i

94 *Kenedi v. Hungary*, Application no. 31475/05, 26 May 2009. Podnositelj zahtjeva je u svrhu povijesnog istraživanja zatražio od Ministarstva unutarnjih poslova da mu se omogući pristup određenim dokumentima koji se odnose na djelatnosti mađarske Službe za nacionalnu sigurnost 1960.-tih godina. Njegov zahtjev odbijen je s obrazloženjem da su dokumenti klasificirani kao državna tajna do 2048. Nakon što je podnositelj zahtjeva dobio sudsku presudu kojom je odobren pristup dokumentima, Ministarstvo je osporavalo opseg pristupa. Uvjetovalo je pristup potpisivanjem obveze povjerljivosti te je zabranilo podnositelju zahtjeva da objavi podatke u mjeri u kojoj su u pitanju "državne tajne". Zatim su, u skladu s izvornom sudskom presudom, domaći sudovi presudili u korist podnositelja u naknadnim postupcima za izvršenje presude te su odredili novčanu kaznu Ministarstvu. Unatoč tomu, podnositelj zahtjeva nije ostvario neograničen pristup jednom od dokumenata.

95 *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, Application no. 48135/06, 25 June 2013. Inicijativa mladih za ljudska prava (udruga) zatražila je od Sigurnosno-obavještajne agencije pristup informacijama o tomu koliko je ljudi bilo pod elektroničkim nadzorom te agencije u 2005. Agencija je prvo odbila zahtjev, pozivajući se na zakonske odredbe koje se primjenjuje na državnu, službenu ili drugu tajnu. Temeljem žalbe Inicijative, Povjerenik za informacije donio je odluku da je agencija povrijedila odredbe Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja i naredio agenciji da omogući žaliteljici pristup traženim informacijama. Agencija je naposljetku obavijestila Inicijativu da ne posjeduje tražene informacije.

96 *ÖVESSG v. Austria*, Application no. 39534/07, 28 November 2013. ÖVESSG je udruga koja ima za cilj proučavanje prijenosa vlasništva poljoprivrednog i šumskog zemljišta radi procjene utjecaja takvih prijenosa na društvo. Udruga je zatražila od Tirolske komisije za promet nekretnina da joj omogući pristup, poštom, svim odlukama koje je donijela od 1. siječnja 2000. godine. Udruga je bila spremna nadoknaditi troškove slanja odluka. Međutim, Komisija je odbila pristup traženim informacijama, tvrdeći da anonimizirane odluke ne predstavljaju podatke u smislu članka 1. stavka 2. Zakona o pristupu informacijama. Komisija je i tvrdila da bi pružanje informacija (anonimiziranje odluka i njihovo dostavljanje) zahtijevalo toliko resursa da bi to utjecalo na obavljanje javnih ovlasti Komisije. Upravni sud odbacio je tužbu s obrazloženjem da nije nadležan za predmetnu tužbu protiv odluke Komisije, a Ustavni sud potvrdio je odluku Komisije.

97 *Guseva v. Bulgaria*, Application no. 6987/07, 17 February 2015. Podnositeljica zahtjeva članica je odbora Društva za zaštitu životinja u Vidinu, Bugarskoj. Između travnja 2002. i lipnja 2003. godine podnijela je tri zahtjeva gradonačelniku Vidina za pristup informacijama vezanim uz liječenje i postupanje sa životinjama lualicama. Gradonačelnik je odbio dati tražene informacije, s obrazloženjem da društvo s kojim je sklopljen ugovor nije dalo svoj pristanak za objavu informacija te da se dio informacija odnosio na postupak javne nabave. Podnositeljica je na kraju ishodila tri presude od Vrhovnog upravnog suda u svoju korist. Međutim, budući da usprkos presudama nije dobila zatražene informacije, podnijela je zahtjev Europskom sudu.

Međuamerički sud smatraju da je pravo tražiti informacije koje posjeduje država zajamčeno člancima Pakta odnosno Američke konvencije koji se odnose na slobodu izražavanja. S druge strane, u najnovijoj presudi *Guseva protiv Bugarske*, Europski sud „primjećuje da se članak 10. ne može tumačiti kao da jamči opće pravo na pristup informacijama.“⁹⁸ No, to ne znači da taj članak nije primjenjiv na slučajeve koji se odnose na uskratu pristupa informacijama, kao što je vidljivo iz presuda Europskog suda u gore spomenutim predmetima: „Istovremeno, Sud je dosljedno naglašavao da članak 10. ne jamči samo pravo na priopćavanje informacija, već i pravo javnosti da ih primi ... S tim u vezi je smatrao da se moraju pružiti osobito jaki razlozi za svaku mjeru koja ograničava pristup informacijama koje javnost ima pravo primiti ...“.⁹⁹

Kao drugo, iako ne bi trebala postojati ograničenja u tomu kome pravo na pristup informacijama pripada, jer to pravo pripada svakome, uočene su razlike u praksi Odbora za ljudska prava i Europskog suda s jedne strane, te Međuameričkog suda s druge. Za Međuamerički sud nije bitno tko je podnositelj zahtjeva da bi primijenio članak 13. o slobodi izražavanja, za razliku od Odbora za ljudska prava te Europskog suda koji razmatraju okolnosti vezane uz podnositelja zahtjeva kojemu je uskraćen pristup informacijama. Tako je Europski sud u prethodno spomenutim predmetima prvo utvrdio da se radi o nevladinim organizacijama koje su uključene u pitanja od javnog interesa, pri čemu ostvaruju svoju ulogu javnog odnosno društvenog čuvara (*Társaság, Inicijativa mladih za ljudska prava te ÖVESSG*), o povjesničaru koji želi objaviti istraživanje (*Kenedi*) te fizičkoj osobi, članici udruge, koja želi informacije potrebne da ostvari svoju ulogu informiranja javnosti o pitanjima općeg interesa i doprinosa javnoj debati (*Guseva*). Tek nakon što je utvrdio o kome se radi, zaključio je da je došlo do miješanja u pravo podnositelja zahtjeva, a zatim je odlučivao je li takvo miješanje bilo opravdano. U tom pogledu, Europski sud te Odbor za ljudska prava UN-a imaju isto stajalište da je pravo na pristup informacijama koje proizlazi iz slobode izražavanja povezano s ostvarenjem određenih uloga koje tražitelji informacija imaju u društvu.¹⁰⁰ Isto se može zaključiti i u vezi s naravi informacija koje se traže – one za Europski sud i za Odbor za ljudska prava moraju ispunjavati određenu kvalitetu javnog (općeg) interesa. Tu okolnost Europski sud napominje u svojim predmetima: „Sud dosljedno priznaje da javnost ima pravo dobiti informacije od općeg interesa.“¹⁰¹ Dakle, Europski sud prvo utvrđuje da se radilo o traženju informacija od javnog interesa,¹⁰² da bi zaključio da je došlo do miješanja u pravo na primanje i širenje informacija zajamčeno člankom 10.

98 Ibid., par. 36.

99 Ibid.

100 Usp. McDonagh, M., op. cit., str. 47.

101 *ÖVESSG v. Austria*, op. cit., par. 33.

102 Primjerice, *ibid.*, par. 36.; *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, op. cit., par. 24; *Guseva v. Bulgaria*, op. cit., par. 55.

I naposljetku, i Odbor za ljudska prava i Međuamerički sud smatraju da se zatražene informacije moraju pružiti bez potrebe da se dokaže izravni interes za primanje tih informacija. Europski sud o tomu dosad ništa nije rekao, budući da nije još ni potvrdio da se zaista člankom 10. Europske konvencije jamči opće pravo na pristup informacijama.

4. PRAKSA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE POVODOM USTAVNIH TUŽBI

U svrhu istraživanja prakse Ustavnog suda u vezi s postupcima po Zakonu o pravu na pristup informacijama koji su prethodili ustavnosudskom postupku provedena je analiza 49 odluka i rješenja Ustavnog suda donesenih u razdoblju od srpnja 2008. do srpnja 2014.¹⁰³ Od toga je 71,43 % ustavnih tužbi odbačeno, 28,57 % odbijeno, a nijedna ustavna tužba nije bila usvojena.

Analizom je utvrđeno da se u svim slučajevima u kojima je Ustavni sud donio rješenje o odbacivanju (ukupno 35 rješenja) radilo o ustavnim tužbama koje su odbačene jer nisu postojale pretpostavke za odlučivanje o ustavnopravnoj biti stvari. Naime, Ustavni sud je u prosincu 2009. započeo s restriktivnijim odlučivanjem o pretpostavkama za podnošenje ustavnih tužbi.¹⁰⁴ Osnova za odbacivanje je članak 32. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske¹⁰⁵ (dalje: Ustavni zakon), koji propisuje da će Ustavni sud rješenjem odbaciti ustavnu tužbu u drugim slučajevima kad ne postoje pretpostavke za odlučivanje o biti stvari. Pod „odlučivanjem o biti stvari“ u smislu toga članka razumijeva se odlučivanje o ustavnopravnoj biti stvari. Takav je zaključak povezan s člankom 71. stavku 2. Ustavnog zakona, sukladno kojem se ustavna tužba neće uzeti u razmatranje u slučaju kad se ne radi o povredi ustavnog prava. Rješenje o odbacivanju donosi vijeće za rješavanje pretpostavki za odlučivanje o ustavnim tužbama, u sastavu od tri suca od kojih je jedan predsjednik vijeća.¹⁰⁶ U svim svojim rješenjima o odbacivanju ustavnih tužbi Ustavni sud navodi sljedeće obrazloženje:

„Ustavna tužba nije redovni ili izvanredni pravni lijek u sustavu domaćih pravnih lijekova. Ona je posebno ustavnopravno sredstvo zaštite ustavnih prava u pojedinačnim slučajevima. Stoga nije dostatno pozvati se u ustavnoj tužbi na povrede koje su rezultat navodnih nezakonitosti što ih je počinilo nadležno tijelo ili sud u sudskom postupku. Protiv takvih nezakonitosti pravnu zaštitu pružaju redovni i specijalizirani sudovi u postupcima ustrojenim u više stupnjeva sudske zaštite.

¹⁰³ Ovaj period analize temelji se na rješenjima i odlukama Ustavnog suda čiji je pristup autorici omogućila voditeljica Centra za evidenciju i dokumentaciju Ustavnog suda Republike Hrvatske.

¹⁰⁴ V. rješenje broj: U-III-1747/2009 od 10. studenoga 2009.

¹⁰⁵ NN, br. 99/1999, 29/2002 i 49/2002.

¹⁰⁶ Sukladno članku 68. stavku 2. Ustavnog zakona, Vijeće sastavljeno od troje sudaca odlučuje o ustavnim tužbama kada ne postoje postupovne pretpostavke za odlučivanje (nepravodobnost, neovlaštenost na podnošenje ustavne tužbe, nedopuštenost i dr.).

One iznimno mogu biti i predmet ispitivanja pred Ustavnim sudom, ali samo ako i u mjeri u kojoj mogu povrijediti ljudska prava i temeljne slobode zaštićene Ustavom.

U ustavnoj tužbi također nije dostatno ponoviti razloge koji su već istaknuti u žalbenim ili revizijskim postupcima pred sudom niti je dostatno samo navesti ustavna prava koja se smatraju povrijeđenima. Ustavna tužba mora sadržavati konkretne i obrazložene razloge eventualne povrede određenog ustavnog prava.

Konačno, kad je riječ o ustavnom jamstvu jednakosti pred zakonom, vlastiti slučaj valja dovesti, kad god je to moguće, u vezu s ostalim sličnim slučajevima i obrazložiti u čemu je on ustavnopravno specifičan da bi morao biti ispitan pred Ustavnim sudom.¹⁰⁷

Ustavni sud zatim navodi i o čemu se u konkretnim slučajevima radilo te se svi predmeti u kojima je ustavna tužba bila odbačena mogu svrstati u pet kategorija:

(a) u 34.3 % predmeta dostupnost informacije za podnositelja je moguća primjenom drugih propisa (Prekršajnog zakona, Zakona o parničnom postupku, Zakona o općem upravnom postupku, Zakona o kaznenom postupku itd.),

(b) u 31.4 % predmeta utvrđeno je da je Upravni sud pravilno primijenio Zakon o zaštiti osobnih podataka ili drugi mjerodavni zakon koji propisuje koji su podatci službena tajna ili se radilo o uskrati informacija koje su se ticali kaznenog ili predkaznenog postupka koji je u tijeku odnosno informacije su bile uskraćene zbog zaštite učinkovitog vođenja upravnog postupka;

(c) u 25.7 % predmeta utvrđeno je da je stranci omogućen pristup informacijama odnosno dostavljena tražena informacija;

(d) u 5.7 % predmeta tužba u upravnom sporu bila je ispravno odbačena jer nije bio iscrpljen redovni pravni lijek (žalba u upravnom postupku) ili je tužba bila preuranjena;

(e) u 2.9 % predmeta radilo se o tomu da je zahtjev za pristup informacijama bio ustupljen nadležnom tijelom, a podnositelj je izjavljivao pravne lijekove (sredstva) protiv tog ustupanja.

Svoja rješenja Ustavni sud završava na sljedeći način (s međusobno vrlo sličnim varijacijama): „Ustavni sud utvrđuje da se osporavajući razlozi sadržani u ustavnoj tužbi iscrpljuju u žalbenim odnosno razlozima tužbe kojom je pokrenut upravni spor, a na koje su nadležna tijela, te Upravni sud u osporenim odlukama već odgovorila, dok se navodno postojanje povreda istaknutih ustavnih prava ne obrazlaže.“¹⁰⁸ „Podnositelj u ustavnoj tužbi nije pokazao da Visoki upravni sud Republike Hrvatske u svojem postupanju ili pri donošenju presude nije poštovao odredbe Ustava o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, odnosno da je proizvoljno protumačio mjerodavne odredbe zakona ili drugih propisa. Ustavni sud stoga ocjenjuje da konkretan slučaj ne otvara pitanje ostvarenja ustavnih prava

107 Rješenje broj: U-III-5427/2008 od 25. ožujka 2010.

108 Rješenje broj: U-III-2807/2008 od 14. travnja 2011. Napomena: radilo se o postupku koji se vodio po Zakonu o pravu na pristup informacijama iz 2013. (NN, br. 172/2003), a sudska zaštita tada je bila osigurana pred Upravnim sudom Republike Hrvatske (sada: Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske).

podnositeljice. Stoga ne postoji ustavnopravna bit stvari o kojoj bi Ustavni sud odlučivao.¹⁰⁹

Kada se sagleda tko su podnositelji ustavnih tužba, gotovo uvijek se radi fizičkim osobama, a samo u dva predmeta radilo se o pravnim osobama (jedan predmet – trgovačka društva te jedan predmet – vjerska zajednica).

Nadalje, zanimljivo je i sagledati na povredu kojih prava su se pozivali podnositelji ustavnih tužbi, a uzimajući u obzir da je Promjenom Ustava 2010. pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti uvršteno u glavu Ustava koja se odnosi na ljudska prava i temeljne slobode. Od tada je nadležnost Ustavnog suda u tom segmentu izravna.¹¹⁰ U analiziranim ustavnim tužbama (ukupan broj: 17) koje su podnesene protiv presuda ili rješenja Upravnog suda Republike Hrvatske odnosno Visokog upravnog suda Republike Hrvatske donesenih nakon Promjene Ustava 2010. godine, podnositelji su navodili da su im osporenim pojedinačnim aktom povrijeđena sljedeća ustavna prava:¹¹¹

- (a) pravo na pristup informacijama (članak 38. stavak 4.) u 53 % predmeta;
 - (b) pravo na pravično suđenje (članak 29. stavak 1.) u 53 % predmeta;
 - (c) jamstvo sudske kontrole zakonitosti pojedinačnih akata javnopravnih tijela (članak 19. stavak 2.) u 41 % predmeta;
 - (d) jednakost svih pred zakonom (članak 14. stavak 2.) u 35 % predmeta.
- U vrlo neznatnom broju predmeta podnositelji su se pozivali i na povredu:
- (a) najviših vrednota ustavnog poretka (članak 3.) jedan predmet;
 - (b) načela razmjernosti (članak 16. stavak 2.) dva predmeta;
 - (c) prava na žalbu protiv pojedinačnih prvostupanjskih pravnih akata (članak 18. stavak 1.) tri predmeta;
 - (d) jednakost državljana Republike Hrvatske i stranaca pred javnopravnim tijelima (članak 26.) dva predmeta;
 - (e) prava na slanje predstavki, pritužbi i prijedloga (članak 46.) jedan predmet;
 - (f) prava vlasništva (članak 48. stavak 1.) jedan predmet;
 - (g) poduzetničkih i tržišnih sloboda te jednakosti pravnog položaja poduzetnika (članak 49.) jedan predmet;
 - (h) prava na zdrav život i osiguranja uvjeta za zdrav okoliš (članak 69. stavci 1. i 2.) jedan predmet.

U samo 23,5 % predmeta podnositelji su smatrali da su osporenim aktima povrijeđene odredbe Europske konvencije. Međutim, nitko od podnositelja nije se pozvao na povredu prava na slobodu izražavanja već na povredu prava na pošteno suđenje (članak 6. stavak 1.) četiri predmeta te prava na djelotvoran pravni lijek (članak 13.) jedan predmet.

Prije Promjene Ustava 2010. (ukupan broj ustavnih tužbi: 32) dominantni razlozi za podnošenje ustavnih tužbi odnosno povrede na koje su se podnositelji pozivali bili su:

109 Rješenje broj: U-III-432/2014. od 20. ožujka 2014.

110 Gardašević, Đ., op. cit., str. 157.

111 Napomena: u pravilu se podnositelji pozivaju na nekoliko povreda, odnosno iznimno rijetko se pozivaju na povredu samo jednoga ustavnog prava.

- (a) pravo na pravično suđenje (članak 29. stavak 1.) – u 53 % predmeta;
- (b) jamstvo sudske kontrole zakonitosti pojedinačnih akata javnopravnih tijela (članak 19. stavak 2.) – u 47 % predmeta;
- (c) jednakost svih pred zakonom (članak 14. stavak 2.) – u 47% predmeta;
- (d) jednakost državljana Republike Hrvatske i stranaca pred javnopravnim tijelima (članak 26.) – 34 % predmeta.

Ostali razlozi (u manjem broju predmeta) odnosili su se na: pravo na slanje predstavki, pritužbi i prijedloga, pravo vlasništva, pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata, načelo zakonitosti pojedinačnih akata javnopravnih tijela (članak 19. stavak 1.), zabrana diskriminacije (članak 14. stavak 1.), pravo nasljeđivanja (članak 48. stavak 4.), najviše vrednote ustavnog poretka te načelo razmjernosti. Ni u jednom predmetu nije bilo navoda o povredi Europske konvencije.

Od prosinca 2009., kada je počeo restriktivnije odlučivati o pretpostavkama za podnošenje ustavnih tužbi, pa do srpnja 2014. Ustavni sud donio je šest odluka o odbijanju ustavnih tužbi. Konkretno se radilo o sljedećim slučajevima:

(a) na predmet se uopće nije primjenjivao Zakon o pravu na pristup informacijama jer je podnositelj u zahtjevu tražio od tijela javne vlasti određena očitovanja i mišljenja, a ne informaciju u smislu toga Zakona (jedan predmet) odnosno radilo se o primjeni Zakona o javnom bilježništvu na što je podnositelj bio upućen, ali je svejedno podnio ustavnu tužbu (jedan predmet);

(b) nisu bile ispunjene procesne pretpostavke za vođenje upravnog spora temeljem članka 26. Zakona o upravnim sporovima (NN, br. 53/1991, 9/1992 i 77/1992) prema kojima je tužitelj bio dužan požuriti rješavanje svoje žalbe kod drugostupanjskog tijela, što nije učinio;¹¹²

(c) davanje traženih informacija u konkretnom bi slučaju moglo onemogućiti rad tijela koja vrše nadzor zakonitosti;

(d) zahtjev je bio ustupljen nadležnom tijelu, ali tužba u upravnom sporu svejedno je bila podnesena protiv tijela javne vlasti koje ne posjeduje informaciju i koje je ustupilo zahtjev nadležnom tijelu te obavijestilo podnositelja o tomu;

(e) tražene informacije su uskraćene zbog zaštite tajnosti izvora podataka sigurnosno-obavještajne agencije.

U navedenim predmetima Ustavni sud sagledavao je povredu najviših vrednota ustavnog poretka, jednakosti pred zakonom, prava na žalbu, jednakosti hrvatskih državljana i stranaca pred javnopravnim tijelima, prava na pravično suđenje, prava na pristup informacijama te prava vlasništva.

U odlukama u kojima je ustavnu tužbu ocjenjivao s aspekta povrede ustavnog prava na pristup informacijama, odluke ne sadrže nikakvo obrazloženje vezano uz članak 38. stavak 4. Ustava, već Ustavni sud u jednoj rečenici samo zaključuje da navedeno ustavno pravo nije povrijeđeno.¹¹³

112 Napomena: procesna pretpostavka požurivanja rješavanja žalbe nije više propisana u novom Zakonu o upravnim sporovima (NN, br. 20/2010, 143/2012 i 152/2014).

113 Odluke broj: U-III-3969/2011 od 24. listopada 2013., U-III-921/2012 od travnja 2012. te U-III-5250/2012 od 6. veljače 2014.

5. ZAKLJUČAK

Jedan od glavnih ciljeva ovoga rada bio je da se utvrdi po čemu se uvjeti zaštite prava na pristup informacijama razlikuju prema Ustavu u usporedbi sa zaštitom koja je zajamčena Europskom konvencijom. Najuočljivije je da, za razliku od Europske konvencije koja izrijeком ne sadrži pravo na pristup informacija koje posjeduju tijela javne vlasti, to je pravo zajamčeno hrvatskim Ustavom. Stoga, Ustavnom sudu nije potrebno da to pravo „pronalazi“ u drugim odredbama Ustava, već se fizičke i pravne osobe mogu izravno pozvati na povredu tog ustavnog prava zajamčenog člankom 38. stavkom 4. Ustava. S druge strane, Europski sud još uvijek je u fazi napredovanja prema priznavanju općega prava na pristup informacijama (v. predmet *Guseva protiv Bugarske*). Baš zbog toga što u hrvatskom Ustavu postoji izričito jamstvo prava na pristup informacijama te je ono tako zakonski uređeno da korisnik nije obavezan navesti razloge zašto traži pristup informaciji (članak 18. stavak 4. ZPPI-a), autorica smatra da Ustavni sud ne bi trebao primjenjivati praksu Europskog suda prema kojoj se, da bi uopće zaključio da je došlo do miješanja u pravo, mora raditi o pojedincima i nevladinim organizacijama koji su uključeni u pitanja od javnog interesa i žele o tomu informirati javnost, sudjelovati u raspravama ili ostvarivati svoju ulogu javnog (društvenog) čuvara. Ovo stajalište dodatno potkrjepljuje time što su jamstva sadržana u Europskoj konvenciji samo minimalni standard zaštite prava. Stranke Konvencije ne smiju pružiti razinu zaštite ljudskih prava koja bi bila niža od one koja se zahtijeva Konvencijom, ali su slobodne prijeći tu granicu i pružiti širu, tj. bolju zaštitu. Naime, članak 53. Europske konvencije propisuje da se ništa u ovoj Konvenciji neće tumačiti kao da ograničava ili ukida bilo koje ljudsko pravo i temeljnu slobodu koji su priznati zakonima neke visoke ugovorne stranke ili bilo kojim drugim sporazumom kojega je ona stranka. U državi u kojoj je priznato opće pravo na pristup informacijama u domaćem zakonodavstvu sudovi mogu na temelju tih odredaba riješiti sporove koji nastanu, te ne moraju „izmišljati“ rješenja primjenom članka 10. Europske konvencije.¹¹⁴ To ne znači da presude Europskog suda nisu relevantne, jer sudovi moraju paziti da se pravo na pristup informacijama ostvaruje u skladu s člankom 10., odnosno da se to pravo ne ograničava na način koji bi bio protivan zajamčenom pravu na slobodu izražavanja. Dakle, praksa Europskog suda je relevantna i za Ustavni sud s aspekta da se razina zaštite prava ne smije spustiti ispod razine zajamčene Europskom konvencijom. Međutim, s obzirom na članak 38. stavak 4. Ustava te ZPPI, autorica smatra da je Ustavni sud dužan pružiti širu zaštitu pravu na pristup informacijama od one razine koja je, prema trenutnoj praksi Europskog suda, zajamčena člankom 10. Europske konvencije (o čemu je bilo riječi u poglavlju 3. ovoga rada).

Imajući u vidu analizirane odluke i rješenja Ustavnog suda u prethodnom poglavlju, može li se zaključiti da on u praksi doista pruža širu zaštitu od one koju pruža Europski sud? Kao što je prikazano u poglavlju 4., u najvećem broju slučajeva

114 Knight, C. J. S., op. cit., str. 474.

ustavna tužba bila je odbačena jer nisu postojale pretpostavke za odlučivanje o ustavnopravnoj biti stvari. U onom neznatnom broju slučajeva u kojima je došlo do meritornog odlučivanja o povredi ustavnog prava zajamčenog člankom 38. stavkom 4. (samo tri predmeta), Ustavni sud nije razmatrao tko traži informaciju, kakva je informacija i zašto mu ona treba, za razliku od Europskog suda kada odlučuje o povredi članka 10. Europske konvencije. Stoga bi se moglo zaključiti da za Ustavni sud nije bilo bitno treba li korisniku ta informacija zbog toga što o njoj želi informirati javnost, sudjelovati u raspravi ili ostvarivati svoju ulogu „društvenog čuvara“ te da pruža širu zaštitu, tj. širem krugu korisnika koji nisu obvezni imati neki opravdan razlog zbog kojeg traže pristup nekoj informaciji. Međutim, ipak postoji jedna bitna okolnost koja onemogućava donošenje definitivnih zaključaka o pristupu Ustavnog suda zaštititi prava na pristup informacija. Naime, u svojim odlukama Ustavni sud u samo jednoj šturoj rečenici navodi da ocjenjuje da u slučaju podnositelja ustavne tužbe navedeno pravo nije povrijeđeno.¹¹⁵ To nikako ne znači da je Ustavni sud pogriješio u svojoj ocjeni, ali bi neki minimum obrazloženja takve ocjene trebao dati imajući u vidu da članak 27. stavak 3. Ustavnog zakona propisuje da odluke i rješenja Ustavnog suda moraju biti obrazloženi. Ovako sami trebamo zaključiti zašto je (vjerojatno) Ustavni sud odlučio na način na koji je odlučio: jer je tužba u upravnom sporu bila podnesena protiv tijela koje ne posjeduje traženu informaciju i koje je zahtjev ustupilo nadležnom tijelu i o tomu obavijestilo podnositelja (predmet: U-III-3969/2011), jer se uopće nije radilo o primjeni ZPPI-a već Zakona o javnom bilježništvu (predmet: U-III-5250/2012), te jer se radilo o informaciji klasificiranoj stupnjem tajnosti sukladno zakonu (predmet: U-III-921/2012). U tom potonjem slučaju, baš zbog toga što je u pitanju bila primjena ograničenja prava na pristup informacijama iz ZPPI-a autorica smatra da je Ustavni sud trebao navesti da je ograničenje bilo u skladu sa ZPPI-om, razmjerno naravi potrebe za ograničenjem te nužno u slobodnom i demokratskom društvu ili je bar mogao konstatirati da su nadležna tijela (tada: Agencija za zaštitu osobnih podataka i Upravni sud Republike Hrvatske) pravilno primijenila test razmjernosti i javnog interesa. O takvim slučajevima Ustavni sud će imati priliku odlučivati u, nadamo se, skorju budućnosti.¹¹⁶

I naposljetku, zašto bi bilo značajno da Europski sud postupi kao Međuamerički sud i prizna opće pravo na pristup informacijama? Dosadašnja praksa Europskog suda, kako je to istaknuo sudac Wojtyczek u svom izdvojenom mišljenju u presudi *Guseva protiv Bugarske*, zapravo dovodi do diskriminacije: “Sve to vodi do implicitnog priznanja dvaju krugova pravnih subjekata: povlaštena elita s posebnim pravom pristupa informacijama, i “obični puk”, podvrgnut općem režimu koji omogućava veća ograničenja. ... Mi smo svi društveni čuvari koji nadziru djelovanje javne vlasti. Demokratsko društvo je – između ostalog –

115 Odluke broj: U-III-3969/2011 od 24. listopada 2013., U-III-921/2012 od 4. travnja 2012. te U-III-5250/2012 od 6. veljače 2014.

116 V. primjerice, ustavna tužba GONG-a iz veljače 2015. - <http://www.gong.hr/media/uploads/ustavna_tuzba_patton_boggs_2015_final.pdf> (pristup: 9. listopada 2015.)

zajednica društvenih čuvara. Stara razlika između novinara i drugih građana je danas opsoletna. ... Pristup informacijama ne bi trebao ovisiti o statusu osobe koja traži informacije. Pod pretpostavkom da je pravo zahtijevati pristup informacijama zaštićeno na temelju članka 10., razlika koja je učinjena u obrazloženju (presude Europskog suda u predmetu *Guseva protiv Bugarske*, op. a.) nespojiva je sa zabranom diskriminacije zajamčenom člankom 14. Konvencije.¹¹⁷

Pravo na pristup informacijama u današnje vrijeme nije kontroverzno pravo jer je široko prihvaćeno u pravnim sustavima zemalja diljem svijeta. Uvažavajući razvoj koji se zbiva na međunarodnoj razini (osobito u praksi Međuameričkog suda), te u zakonodavstvima stranaka Europske konvencije, činjenica da se u članku 10. Europske konvencije izrijeком ne spominje pravo traženja informacije ne bi se trebala tumačiti tako da pravo na pristup informacijama prema članku 10. ne pripada svima. Bit će zanimljivo pratiti hoće li se praksa Europskog suda razvijati u smjeru priznavanja općeg prava na pristup informacijama, jer – kao što je i sam Europski sud napomenuo – propuštanjem da zadrži dinamičan i evolucijski pristup riskirao bi da postane prepreka reformiranju i poboljšanju.

117 *Guseva v. Bulgaria*, op. cit., Dissenting opinion of Judge Wojtyczek, par. 7.

Summary

THE RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION AS A RIGHT PROTECTED BY THE EUROPEAN CONVENTION AND OTHER INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES

The paper presents the manner in which the right of access to information is protected by international treaties for the protection of human rights - the International Covenant on Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights. It analyses the case law of the United Nations Human Rights Committee and the Inter-American Court of Human Rights. Furthermore, it shows the development of the approach of the European Court of Human Rights to protecting the right of access to information under Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The comparison of the case law of the European Court with the decisions of the Human Rights Committee and the Inter-American Court leads to the conclusion that there is a common ground in the way of providing protection of the right of access to information, but also that the case law of the European Court in certain issues is different from the case law of the Human Rights Committee and the Inter-American Court. Finally, the paper explores the practice of the Croatian Constitutional Court in proceedings under the Croatian Right of Access to Information Act. The analysis of 49 decisions and rulings of the Constitutional Court adopted in the period from July 2008 to July 2014 is carried out. The paper ends with certain conclusions about the difference of conditions in protecting the right of access to information according to the Croatian Constitution and the European Convention and the level of protection of the rights that should be provided.

Keywords: *access to information, freedom of expression, United Nations Human Rights Committee, Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights, Constitutional Court of the Republic of Croatia.*

Zusammenfassung

RECHT AUF INFORMATIONSZUGANG ALS RECHT GESCHÜTZT DURCH DIE EUROPÄISCHE KONVENTION UND ANDEREN VERTRÄGEN FÜR MENSCHENRECHTSSCHUTZ

In der Arbeit wird gezeigt auf welche Weise das Recht auf Informationszugang in den internationalen Verträgen für Menschenrechtsschutz, im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte und in der Amerikanischen Menschenrechtskonvention, geschützt ist. Es wird die Praxis des UN-Menschenrechtsausschusses und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte analysiert. Danach wird die Beitrittsentwicklung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Schutz der Rechte auf Informationszugang laut Artikel 10. der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten aufgezeigt. Der Vergleich der Rechtssprüche des Europäischen Gerichtshofs mit den Urteilen des Menschenrechtsausschusses und den Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte lässt andeuten, dass es Berührungspunkte in der Weise der Schutzrechteanbietung auf Informationszugang gibt aber dass die Praxis des Europäischen Gerichtshofs in bestimmten Fragen unterschiedlich vom Menschenrechtsausschuss und dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte ist. Am Ende wird die Praxis des Bundesverfassungsgerichtes der Republik Kroatien in der Beziehung mit den Handlungsweisen laut dem Gesetz vom Recht auf Informationszugang, die einem verfassungsrechtlichen Verfahren vorangegangen sind, untersucht und es werden 49 Beschlüsse und Rechtssprüche des Bundesverfassungsgerichtes, die in der Zeitspanne vom Juli 2008 bis Juli 2014 gebracht wurden, analysiert. Die Arbeit endet mit bestimmten Schlussergebnissen des Unterschieds der Bedingungen des Schutzrechts auf Informationszugang laut dem Grundgesetz der Republik Kroatien und der Europäischen Konvention und der Schutzebene dieses Rechts, die gebeten werden sollte.

Schlüsselwörter: *Recht auf Informationszugang, Meinungsfreiheit, UN-Menschenrechtsausschuss, Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte, Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Bundesverfassungsgerichtes der Republik Kroatien.*

Riassunto

DIRITTO ALL'ACCESSO ALLE INFORMAZIONI QUALE DIRITTO TUTELA DALLA CONVENZIONE EUROPEA E DAGLI ALTRI ACCORDI INTERNAZIONALI PER LA TUTELA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Nel lavoro si illustra il modo in cui il diritto all'accesso alle informazioni è tutelato negli accordi internazionali per la tutela dei diritti fondamentali – Patto internazionale sui diritti civili e politici e la Convenzione americana sui diritti dell'uomo. Si analizza la prassi del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite e della Corte interamericana per i diritti umani. Successivamente si espone l'evolversi dell'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo alla tutela del diritto all'accesso alle informazioni secondo l'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il raffronto tra le sentenze della Corte europea e le decisioni del Consiglio per i diritti umani e della Corte interamericana conduce alla conclusione che esistano punti di raccordo nelle modalità di tutela del diritto all'accesso alle informazioni, ma anche alla conclusione che la giurisprudenza della Corte europea in determinate questioni sia diversa rispetto al Consiglio per i diritti umani ed alla Corte interamericana. Nella parte finale del contributo si esamina la giurisprudenza della Corte costituzionale della Repubblica di Croazia con riferimento ai procedimenti in forza della legge sul diritto all'accesso alle informazioni, i quali hanno preceduto il procedimento costituzionale e si analizzano le quarantanove decisioni e provvedimenti della Corte costituzionale adottate dal luglio del 2008 al luglio del 2014. Il contributo termina con determinate conclusioni circa le differenze delle condizioni di tutela del diritto all'accesso alle informazioni secondo la Costituzione della Repubblica di Croazia e la Convenzione europea e con riguardo al grado di tutela che tale diritto dovrebbe vedersi garantito.

Parole chiave: *diritto all'accesso alle informazioni, libertà di espressione, Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, Corte Interamericana dei diritti umani, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale della Repubblica di Croazia.*

DOMETI I GRANICE UTJECAJA PRAVA EU-A NA OPĆI DIO NACIONALNIH KAZNENIH PRAVA

Dr. sc. Igor Vuletić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 343.2::061.1EU
Ur.: 4. ožujka 2016.
Pr.: 20. travnja 2016.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U ovom radu autor raspravlja o pitanju je li moguć, odnosno u kojoj mjeri je moguć utjecaj kaznenog prava Europske unije na nacionalna kaznena prava kada je u pitanju opći dio. Naime, tradicionalni instituti općeg dijela do sada su rijetko bili predmetom intervencija EU-a jer je osnovni cilj kaznenog prava EU-a postići ujednačeno inkriminiranje određenih kaznenih djela, što je materija posebnog dijela. Ipak, u dosadašnjim instrumentima i praksi europskih institucija zamjetni su fragmenti općeg dijela. Autor analizira dosadašnju europsku pravnu stečevinu u ovom području i prepoznaje te fragmente te ih nastoji uobličiti u jedinstvenu cjelinu. Na kraju iznosi svoje mišljenje o tome je li harmonizacija općega dijela realna mogućnost te u kojem će smjeru teći daljnje formiranje supranacionalnog općeg dijela kaznenog prava.

Ključne riječi: *sankcije, nečinjenje, stadiji kaznenog djela, direktiva, okvirna odluka, harmonizacija, suverenost.*

1. UVOD

Po svojoj pravnoj naravi, kazneno pravo predstavlja važan izraz državne suverenosti. Kao takvo, ono je uvijek prilagođeno socijalno-političkim uvjetima određene države pa stoga ne čudi da između različitih država postoje značajne razlike u kaznenopravnim sustavima. Primjerice, dok će neke države strogo braniti prostitutiju i predviđati ju kao kazneno djelo, druge će ju dekriminalizirati i regulirati kao dopuštenu djelatnost. Isto vrijedi i kada je u pitanju uporaba lakih druga i sl. Navedeno se može primijeniti i na područje Europske unije, unutar koje egzistira dvadeset i osam različitih kaznenopravnih sustava.

Imajući u vidu različitost kaznenopravnih tradicija tih dvadeset i osam država članica EU-a, tvorcima europskih pravila stavili su težište na uspostavljanje instrumentarija kojim će se postići harmonizacija kao konačan cilj EU-a kad

je u pitanju kaznenopravna materija. Pritom je naglasak stavljen na specifične probleme posebnog dijela, poput subvencijskih prijevara, zaštite okoliša, suzbijanja organiziranog kriminala i sl.

No, čini se da je pitanje harmonizacije općeg dijela u dosadašnjem razvoju kaznenog prava EU-a ostalo uglavnom zanemareno. To ne treba čuditi jer opći dio u najvećoj mjeri odražava posebnosti svakoga pojedinog nacionalnog sustava. Ipak, upitno je može li se materija općeg dijela samo tako zanemariti, odnosno je li moguća učinkovita harmonizacija posebnog dijela, a da se pritom ne zadire i u opći dio. Naime, u literaturi je jasno izraženo stajalište da je važno unificirati i opći dio jer će se time postići trostruki učinak: olakšat će se provedba kaznenog prava EU-a, ostvarit će se učinkovitija borba protiv kriminala i omogućit će se jednak tretman okrivljenika u različitim državama.¹

Ovaj rad bit će posvećen problemu harmonizacije općeg dijela. Taj je problem u hrvatskoj literaturi potpuno zapostavljen i znanstvene rasprave su uglavnom koncentrirane na različita pitanja iz područja europskoga kaznenog procesnog prava. U poredbenoj se literaturi, međutim, mogu naći mnoge rasprave o harmonizaciji općeg dijela kaznenog prava. Stoga ćemo u nastavku razraditi pitanje harmonizacije općeg dijela kao cjeline. Najprije ćemo ukratko prikazati normativni okvir harmonizacije prije i nakon Lisabonskog ugovora. Potom ćemo upozoriti na temeljnu razliku u poimanju pojma kaznenog djela između anglosaksonskog i kontinentalnog prava i pokušati ocijeniti predstavlja li ta razlika nepremostivu prepreku učinkovitoj harmonizaciji i unifikaciji. Nakon toga, prikazat ćemo dosadašnji utjecaj kaznenog prava EU-a na opći dio nacionalnih kaznenih prava. Zaključno, dat ćemo našu ocjenu o tome u kojem bi smjeru trebao ići budući razvoj ove problematike.

2. *NORMATIVNI OKVIR – PRIJE I NAKON LISABONA*

Nastojanja za povezivanjem radi učinkovite borbe protiv međunarodnog kriminala na prostoru koji danas nazivamo Europskom unijom datiraju još od 1975. godine. Tada je uspostavljen forum ministara pravosuđa i unutarnjih poslova poznat pod nazivom «TREVI» (engl. *Terrorism, Radicalism, Extremism, Violence International*), čija je zadaća bila unaprijediti pravosudnu suradnju u kaznenim stvarima te tako uzdići borbu protiv najopasnijih oblika kriminala na višu razinu. TREVI je označio početak višegodišnjeg razvoja nadnacionalnog mehanizma međunarodne pravne pomoći.

Prvi značajniji korak u pravnom normiranju ovakve suradnje učinjen je 1993. godine, kada je na snagu stupio Ugovor iz Maastrichta. Taj Ugovor ima povijesni značaj jer je njime uspostavljena Europska unija kao nadnacionalna organizacija s trostupnom strukturom. U kontekstu naših izlaganja važan je treći stup u koji

¹ Usp. Klip, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union* u Klip (ur.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, 2011., str. 16 – 19.

je pripadalo i područje kaznenog prava u širem smislu.² Dok je u prva dva stupa intencija miješanja Unije u nacionalne sustave već tada bila otvorenije izražena, trećem stupu se, kao «posljednjoj brani državnog suvereniteta»³, pristupalo s izvjesnom dozom rezerve. Regulatorni instrumenti koje je predviđao Ugovor iz Maastrichta bili su sljedeći: zajednička stajališta, zajedničke akcije i konvencije. Ovi instrumenti vrijedili su za sva tri stupa. Sva tri instrumenta su se u praksi pokazala nedostatnima, prvenstveno jer su bili prespori. Primjerice, konvencije su pokrile dobar dio kaznenopravne materije i nametale su obvezu državama potpisnicama da usklade svoja zakonodavstva, ali su istodobno zahtijevale i dugotrajan proces ratifikacije i implementacije.

Zbog toga je Ugovor iz Amsterdama 1999. godine otišao korak dalje te je uveo novi instrument pravne regulacije – okvirne odluke. Okvirne odluke bile su namijenjene harmonizaciji nacionalnih prava i bile su primjenjive i na treći stup. One su uredile mnoga pravna pitanja. Na ovom mjestu možemo spomenuti okvirnu odluku o europskom uhidbenom nalogu, kao možda i najznačajniju iz ovoga područja. Isto tako, bilo je i različitih okvirnih odluka koje su regulirale pojedina kaznena djela (pranje novca, trgovinu ljudima i sl.). Ipak, i okvirne odluke su imale ograničen domet jer, jednako kao i prethodni instrumenti, nisu mogle imati izravni učinak na nacionalne sustave ni u kaznenopravnom ni u drugim pravnim područjima.

U tom smislu, revolucionarni zaokret postignut je stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona 2009. godine. On je ukinuo trostupnu arhitekturu Europske unije i uspostavio jedinstveni pravni poredak u koji je uklopio i odredbe o policijskoj i pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima. Novi Ugovor donio je i nove instrumente utjecaja: uredbe i direktive. Pritom, uredbe otklanjaju nedostatke dosadašnjih instrumenata jer imaju izravni učinak. Direktive nemaju izravni učinak odmah, ali ga stječu ukoliko bezuspješno protekne implementacijsko razdoblje u nekoj od država članica. Opisani režim i dalje ne vrijedi za kaznenopravno područje. Zbog njihove specifičnosti i osjetljivosti, na kaznenopravna pitanja će se primjenjivati samo direktive, ali one nikada neće moći imati izravni učinak. Naime, direktiva ima izravni učinak samo onda ukoliko regulira, tzv. vertikalni odnos u smislu odnosa u kojem država ima obvezu prema pojedincu. Ako pojedinac ima obvezu prema državi, tada je odnos obrnuto vertikalni i direktiva više ne može imati izravni učinak, a nacionalni sud ne smije primjenjivati eurokomforno tumačenje. U kaznenom pravu država nameće pojedincu kako se ne smije ponašati, što znači da je u pitanju obrnuto vertikalni odnos pa stoga nije moguća izravna

2 Kazneno pravo u širem smislu sastoji se iz kaznenog materijalnog prava, kaznenog procesnog prava i kaznenog izvršnog prava. Vidi Novoselec/Bojanić, *Opći dio kaznenog prava*, 4. izmijenjeno i dopunjeno izd., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 1.

3 Satzger, *International and European Criminal Law*, C. H. Beck – Hart – Nomos, 2012., § 5, rub. br. 6.

primjenjivost direktivi.⁴ Ovo je stajalište u više odluka izrazio i Europski sud.⁵ To, drugim riječima, znači da je u kaznenom pravu i dalje moguć samo neizravni utjecaj na države-članice kroz različite vrste sankcija u slučaju njihova odbijanja implementiranja određene direktive. Time je u određenoj mjeri relativizirana važnost direktiva pa se može postaviti i pitanje predstavlja li Lisabonski ugovor u biti definitivno odustajanje Unije da uspostavi jači utjecaj u području kaznenog prava. U literaturi se na to pitanje uglavnom odgovara niječno.⁶

Na ovom mjestu nećemo se upuštati u iscrpniju analizu relevantnih odredbi Lisabonskog ugovora jer bismo time prešli zadane granice našeg rada. Spomenut ćemo tek da je materiji kaznenog materijalnog prava posvećen članak 83. Lisabonskog ugovora⁷, koji pruža pravnu osnovu donošenja direktiva u ovom području pa time i formiranja zajedničkog općeg i posebnog dijela kaznenog prava.

3. KAMEN SPOTICANJA: DVA RAZLIČITA KONCEPTA KAZNENOG DJELA

Pretpostavka svake rasprave o stvaranju supranacionalnog kaznenopravnog sustava, bilo u okviru Europske unije ili neke druge organizacije, jasno je određenje koncepta kaznenog djela na kojem će se takav supranacionalni sustav zasnivati. Dok se anglosaksonski sustav zasniva na kaznenom djelu kao jedinstvu objektivnog

4 Tako i Đurđević, Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, 2/2008, str. 1096.

5 V. npr. C-457/02 *Antonio Niselli*, para. 29; 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, para. 13; C-168/95 *Arcaro*, para. 37.

6 Usp., npr. Summers/Schwarzenegger/Ege/Young, *The Emergence of EU Criminal Law, Cyber crime and the Regulation of the Information Society*, Hart Publishing, 2014., str. 280 – 283.

7 Čl. 83.:

(1) Europski parlament i Vijeće mogu direktivama donesenim sukladno redovnom zakonodavnom postupku utvrditi minimalna pravila o definiranju kaznenih djela i sankcija u područjima osobito teških kaznenih djela s prekograničnim učincima koji proizlaze iz prirode ili učinka takvih kaznenih djela ili iz posebne potrebe njihova zajedničkog suzbijanja. Ta su područja kriminala sljedeća: terorizam, trgovanje ljudima i seksualno iskorištavanje žena i djece, nezakonita trgovina drogom, nezakonita trgovina oružjem, pranje novca, korupcija, krivotvorenje sredstava plaćanja, računalni kriminal i organizirani kriminal.

(2) Ako se pokaže da je za osiguranje učinkovite provedbe politike Unije u području koje podliježe mjerama usklađivanja bitno približavanje kaznenih zakona i propisa država članica, direktivama se mogu utvrditi minimalna pravila za definiranje kaznenih djela i sankcija na dotičnom području. Te se direktive donose istim redovnim ili posebnim zakonodavnim postupkom koji se primjenjivao za donošenje mjera za usklađivanje o kojima je riječ, ne dovodeći u pitanje čl. 76.

(3) Ako član Vijeća smatra da bi nacrt direktive mogao utjecati na temeljne elemente njegova kaznenopravnog sustava, može zatražiti da se nacrt te direktive uputi Europskom vijeću. U tom se slučaju redovni zakonodavni postupak obustavlja. Nakon rasprave i u slučaju usuglašenja, Europsko vijeće u roku od četiri mjeseca od tog prekida vraća nacrt Vijeću koje će prekinuti obustavu redovnog zakonodavnog postupka.

(*actus reus*) i subjektivnog (*mens rea*) elementa, kontinentalni sustavi uglavnom prihvaćaju mnogo kompleksniji i sofisticiraniji njemački model kaznenog djela kao jedinstva *radnje, bića, protupravnosti i krivnje* (njem. *Handlung, Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld*).⁸ Sukladno tome, i kaznenopravna dogmatika općeg dijela kaznenog prava u Njemačkoj i zemljama pod njenim utjecajem na znatno je višem stupnju razvoja od ostatka Europe. Osim toga, poimanje načela zakonitosti dijametralno je suprotno u anglosaksonskom i kontinentalnom pravu. Anglosaksonski pristup priznaje sudskim odlukama odgovarajuće razine snagu presedana koji tvore korpus pravnih pravila. Za razliku od toga, u kontinentalnim sustavima sudske odluke nisu formalan izvor prava i na njima se ne može temeljiti odluka suda u nekom drugom predmetu. Naposljetku, anglosaksonska legislativna tradicija favorizira kazuističku metodu reguliranja, zbog koje je kazneno pravo fragmentarizirano kroz više posebnih zakona. Naprotiv, na kontinentu je uobičajeno da je kaznenopravna materija u cijelosti obuhvaćena jedinstvenim kaznenim zakonima.⁹

Da spomenute razlike predstavljaju vrlo veliki problem moglo se jasno vidjeti u okolnostima nastanka Rimskog statuta Stalnog međunarodnog kaznenog suda. Tijekom diplomatske konferencije u Rimu 1998. godine raspravljalo se o tome hoće li se propisivanju kaznenih djela iz nadležnosti Suda pristupiti kazuističkom ili apstraktnom metodom. Na kraju je, pod utjecajem angloameričkih država prevladala kazuistička metoda. Jednako tako, mnoga rješenja nisu prihvaćena jer su delegati pojedinih država tvrdili da su protivna temeljnim načelima koja vrijede u njihovom pravu. Najspornija područja odnosila su se na materiju sudionništva, zabluda, nužne obrane i krajnje nužde, sankcija i sl.¹⁰

Nespojive razlike angloameričkog i kontinentalnog poimanja kaznenog materijalnog prava dolaze do izražaja najviše kroz opći dio. U kontinentalnim kaznenim zakonima općim dijelom dominiraju načelo zakonitosti i krivnje, uz jasno uspostavljen sustav temeljnih kaznenopravnih instituta. Za razliku od toga, angloamerički sustavi često će zanemariti spomenuta načela pa će odgovornost temeljiti na presedanima i hodati po rubu načela krivnje. Kao najbolji primjer za to može poslužiti angloamerički institut *conspiracy*, kod kojeg se odgovara i za one doprinose pojedinih sudionika koji bi u kontinentalnom poimanju predstavljali

8 Na ovom mjestu ipak valja upozoriti kako određeni broj hrvatskih autora ne prepoznaje biće kaznenog djela kao zaseban element pa govori o kaznenom djelu kao jedinstvu radnje, protupravnosti, krivnje i kažnjivosti. Usp. npr. Bačić, *Kazneno pravo, opći dio*, 5. izd., Informator, 1998., str. 108. Za kritiku ovoga stajališta, v. poblize Novoselec/Bojanić, *Opći dio kaznenog prava*, 4., izmijenjeno i dopunjeno izd., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 117.

9 Ove razlike prvenstveno proizlaze iz različitog konceptiranja Ustava u ovim dvama sustavima te, općenito, iz različitoga shvaćanja pojma i uloge države. Dok se u kontinentalnoj Europi autoritet države shvaća kao jedini izvor prava, u angloameričkom konceptu prava su ljudima dana od Boga, a država je tu samo kao njihov regulator. Za više v. Fleiner, *Common Law and Continental Law: Two Legal Systems* (online), Fribourg, 2005., str. 5 – 7.

10 Iscrpnije v. Josipović u: Josipović/Krapac/Novoselec, *Stalni međunarodni kazneni sud*, Narodne novine, 2001., str. 67 i dalje.

ekscses. Da takvo rješenje nije prihvatljivo kontinentalnoj dogmatici, jasno je pokazala i bogata primjena vrlo spornog instituta zajedničkog zločinačkog pothvata u praksi Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju. Potonja figura proizašla je upravo iz angloameričkog instituta *conspiracy*.

Imajući sve rečeno u vidu, možemo zaključiti da bi inzistiranje na potpunoj unifikaciji općeg dijela kaznenog prava bio neostvariv ideal. Europsko kazneno pravo na trenutnom stupnju razvoja ne može se shvaćati u tradicionalnom smislu, kao skup pravnih pravila kojima se utvrđuju pretpostavke kažnjivosti i primjena sankcija počiniteljima kaznenih djela. Postoje prevelike razlike između pojedinih sustava, kao i jako izražena težnja svakog sustava da očuva svoj kaznenopravni identitet. Stoga razvijanje jedinstvenog (nacionalnog) koncepta kaznenog djela i kazne niti nije u srži europskog kaznenog prava. Naprotiv, ono se za sada sastoji iz fragmenata koje je Unija prepoznala kao najvažnije za opstanak i zajedničku sigurnost. Ti su fragmenti, kroz dosadašnje pravne instrumente Unije i praksu Europskog suda, uobličeni u svojevrstan supranacionalni pravni okvir te predstavljaju korpus europskog kaznenog prava.¹¹ U tom ćemo smislu u nastavku raspravljati o dijelovima europske pravne stečevine za koje držimo da se u ovom trenutku mogu karakterizirati kao fragmenti općega dijela europskog kaznenog prava.¹²

4. FRAGMENTI HARMONIZACIJE OPĆEGA DIJELA U DOSADAŠNJEM RAZVOJU

Fragmenti općega dijela o kojima ćemo govoriti u nastavku ovoga teksta plod su višegodišnjeg rada normativnih tijela Europske unije, koja su kroz različite okvirne odluke i direktive uspostavila određen korpus pravila. Jednako tako, ovi fragmenti proizlaze i iz mnogobrojnih odluka Europskog suda, koji je uspio stvoriti relevantnu praksu u ovom području. Dakako, i ta je praksa djelomična i ograničena samo na određena (najvažnija) područja općeg dijela.¹³

Prvi i daleko najrazrađeniji institut općega dijela kaznenog prava koji se navodi u spomenutim aktima je načelo zakonitosti. Ovim se načelom Europski sud bavio u nizu svojih odluka. Kao primjer možemo navesti odluku u predmetu *Antonio Niselli*. Tamo je Sud jasno naveo kako direktiva ne može sama po sebi i

11 Usp. Nuotio, *European Criminal Law* u Dubber/Hörnle, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, 2014., str. 1120.

12 Zanimljivo je, međutim, spomenuti kako u literaturi postoje zagovornici stvaranja projekta *European Model Penal Code* po uzoru na *American Model Penal Code*. Usp. Dubber, *The American Law Institute's Model Penal Code and European Criminal Law* u Klip (ur.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, 2011., str. 209 – 226.

13 Za više o mogućnostima stvaranja općeg dijela europskog kaznenog prava kroz praksu Europskog suda v. npr. Löhmus, *European Criminal Law: Can a general part be developed through case law?* u: Klip (ur.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, 2011., str. 199 – 207.

bez implementacije u nacionalno zakonodavstvo biti temelj kaznene odgovornosti pojedinca.¹⁴ Još jasnije je to stajalište izraženo u odluci *Kolpinghuis Nijmegen*. Tamo se Sud pozvao na načela određenosti i zabrane retroaktiviteta, kao konkretizacijske parametre načela zakonitosti.¹⁵ Ova se načela ne smiju kršiti niti eurokonformnim tumačenjem, kojim su inače nacionalni sudovi u pravilu vezani.¹⁶ U nekim drugim odlukama, Sud se pozvao na načelo obvezne primjene blažeg kaznenog zakona.¹⁷ Općenito je ovo načelo prihvaćeno u više sudskih odluka kao opće načelo prava Europske unije.¹⁸

Kao najsporniji aspekt ovoga načela u literaturi se ističe zahtjev za određenošću pravnih normi (*nullum crimen sine lege certa*). Postoji različitost u tumačenju ovoga načela u zemljama europskog kontinentalnog kaznenopravnog kruga, spram anglosaksonskih zemalja. Na kontinentu je ovo načelo, kao podoblik načela zakonitosti, naslovljeno na zakonodavca. Ono od njega traži da norme kaznenog prava kojima utvrđuje opise kaznenih djela propisuje što jasnije i preciznije. Isto vrijedi i za sankcije. S druge strane, u Engleskoj se Parlament smatra najvišim mogućim autoritetom koji ne treba biti ograničen ničim pa ni fundamentalnim načelima. Stoga se određenost odnosi prvenstveno na sudsku praksu i stvaranje presedanskih pravila kroz *common law*. Kada se govori o kaznenom pravu Unije, upozorava se da direktive nisu predviđene kao instrument koji je adresiran na pojedince. Naprotiv, one predstavljaju harmonizacijski instrument upućen zakonodavcima radi ujednačavanja minimalnih pravila na pravnom prostoru Unije. One stoga ne mogu imati isti onaj stupanj određenosti koji se očekuje od kaznenih zakona u državama članicama. Iz tog razloga, načelo određenosti u europskom kaznenom pravu podrazumijeva podjelu poslova između europskog i nacionalnih zakonodavaca na način da su potonji dužni implementirati direktivu s višim stupnjem određenosti.¹⁹ Ipak, možemo primijetiti da će tako shvaćeno načelo određenosti neminovno dovesti do različitih pretpostavki kaznene odgovornosti u pojedinim državama i time do nejednakog položaja okrivljenika u kaznenom postupku.

14 C-457/02 *Antonio Niselli*, para. 29:

«...a directive cannot, of itself and independently of a national rule of law adopted by a Member State for its implementation, have the effect of determining or aggravating the liability in criminal law of persons who act in contravention of the provisions of that directive.»

15 Case 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, para. 13:

«However, that obligation of the State is limited by the general principles of law which form part of Community law and in particular the principles of legal certainty and non-retroactivity. Therefore a directive cannot, of itself and independently of a national law adopted by a Member State for its implementation, have the effect of determining or aggravating the liability in criminal law...»

16 V. npr. spojene slučajeve C-74/95 i C-129/95, *criminal proceedings against X*, para. 24.

17 Npr. vidi C-387/02, C-391/02 i C403/02, *criminal proceedings against Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcelo Dell'Utri i dr.*, para. 68.

18 Sud ovo stajalište jasno izražava, npr. u predmetu C-308/06, *Intertanko and Others*, para. 69.

19 Peristeridou, *The principle of lex certa in national law and European perspectives* u Klip (ur.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, 2011. str. 85 – 88.

Nadalje, pravni instrumenti Unije uređuju pitanje primjene kaznenog zakona na situacije s obilježjem inozemnosti. Većina instrumenata utvrdila je teritorijalno načelo kao rukovodno u određivanju kaznene vlasti pojedine države članice.²⁰ No, spominju se i ostala načela, poput načela zastave broda²¹, aktivnog personaliteta²², pasivnog personaliteta²³ i slično.

Neki instrumenti bave se pitanjem oblika krivnje. Tako se uglavnom upućuje države da propišu kažnjivost namjernih oblika kaznenih djela.²⁴ Nekada se traži propisivanje i nehajnih oblika, što i ne čudi s obzirom na to da su predmet interesa Unije samo najteža i najopasnija kaznena djela.²⁵ Postojanje različitih oblika krivnje u kontinentalnom i engleskom pravu može predstavljati značajan problem u implementaciji te (opet) može dovesti do nejednakog tretmana okrivljenika na području Unije. Taj je problem već prepoznat u poredbenoj literaturi pa se mogu naći i konkretni prijedlozi za njegovo rješavanje. Tako *Blomsma* tvrdi da bi trebalo uspostaviti jedinstveni supranacionalni sustav u kojem bi postojala tri oblika krivnje: *dolus*, koji bi obuhvaćao sve oblike namjere, zatim *recklessnes*, koji bi sadržajno odgovarao hrvatskom svjesnom nehaju, i *negligence* ili *culpa*, koji bi sadržajno odgovarao hrvatskom nesvjesnom nehaju.²⁶

Kazneno pravo Europske unije bavi se i sudjelovanjem više osoba u počinjenju kaznenog djela. Čini se da se pravo Unije priklanja dualističkom modelu jer, uz počiniteljstvo, spominje i druge oblike sudioništva poput poticanja, pomaganja i slično.²⁷ Potreba za ujednačenom regulacijom materije sudioništva ističe se i u doktrinarnim raspravama kao jedan od prioriteta u bližoj budućnosti. Upozorava se da novi pojavni oblici kriminaliteta zahtijevaju promjenu pristupa kada je u pitanju sudjelovanje više osoba. Potrebno je razvijati koncepte koji će spriječiti da najodgovorniji izbjegnu kaznenu odgovornost. Zagovara se kažnjavanje «suštinske» odgovornosti (engl. *substantial responsibility*) za kazneno djelo.²⁸ Mi smatramo da jedno moguće rješenje ovog problema treba tražiti u *Roxinovoj* teoriji o posrednom počiniteljstvu korištenjem organiziranog aparata moći. *Roxin* je svoju tezu o počinitelju za pisaćim stolom (njem. *Schreibtischtäter*) izvorno zamislio kao instrument pravednog sankcioniranja naredbodavaca ubojstava prebjega iz bivšeg DDR-a. Takav počinitelj upravlja tzv. «aparatom moći» (njem. *Machtapparat*) - dobro uhodanom organizacijom koja funkcionira po strogo hijerarhijskom načelu,

20 Npr. čl. 8. Okvirne odluke o trgovini drogom 2004/757/PUP, čl. 4. Zajedničkog stajališta 98/733/JHA o inkriminiranju sudjelovanja u zločinačkim organizacijama itd.

21 Čl. 9. st. 1. Okvirne odluke 2002/475 o suzbijanju terorizma.

22 Čl. 8. Okvirne odluke o trgovini drogom 2004/757/PUP.

23 Čl. 10. st. 2. Direktive 2011/36 o suzbijanju trgovanja ljudima.

24 Tako npr. Okvirna odluka 2008/841 o borbi protiv organiziranog kriminala govori o htijenju i znanju (engl. *intent and knowledge*).

25 Nehaj se navodi, primjerice, u Direktivi 2008/99 o kaznenopravnoj zaštiti okoliša.

26 *Blomsma*, *Fault elements in EU criminal law: the case for recklessness* u *Klip* (ur.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, 2011., str. 139 – 159.

27 Usp. npr. čl. 3. Okvirne odluke o trgovini drogom 2004/757/PUP.

28 *Keiler*, *Towards a European Concept of participation in crime* u *Klip* (ur.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, 2011., str. 196.

pa je počinitelj siguran da će njegovi nalozi biti bespogovorno izvršeni. Stoga njegov doprinos ne treba kvalificirati kao poticateljski jer on u biti ima «vlast» nad neposrednim počiniteljima.²⁹ Iako se *Roxin*, kao tvorac ovoga koncepta, načelno protivi njegovoj primjeni na slučajeve gospodarskog kriminala³⁰, u suvremenoj njemačkoj literaturi postoje i drukčija stajališta.³¹

Nadalje, europska pravila spominju i još neke od klasičnih instituta općega dijela. Članak A (a) II. Zajedničkog stajališta 97/154 o sprječavanju trgovine ljudima i članak 5. st. 3. Okvirne odluke 2005/222 o napadima na informacijske sustave govore o pokušaju kaznenog djela. Europski sud je u jednoj svojoj odluci³² izričito naveo da se stranka mora izrijeком distancirati od kriminalne radnje i prijaviti je nadležnim vlastima. U suprotnom se ima smatrati sudionikom. Iz toga su vidljiva dva instituta općega dijela: supočiniteljstvo nečinjenjem i dobrovoljni odustanak od takvog supočiniteljstva aktivnom radnjom sprječavanja dovršenja kaznenog djela.

Konačno, različiti europski dokumenti spominju i neke vrste sankcija. Tu najčešće nije riječ o kaznenopravnim sankcijama, nego o sankcijama iz nekih drugih pravnih područja poput zaštite tržišnog natjecanja i slično. Sve sankcije koje se navode mogu se svesti na tri osnovne vrste, a to su globe, druge financijske mjere te mjere koje se sastoje u gubitku ili ograničavanju određenih prava. Pritom, nije uvijek jasna pravna priroda tih sankcija pa je državi ostavljeno da odluči hoće li ih regulirati kroz kazneno pravo ili će, poštujući načelo supsidijarnosti kaznenog prava, posegnuti za nekom drugom blažom pravnom granom. Prema vladajućem stajalištu u literaturi, one sankcije koje imaju kaznenopravni karakter nikada se ne mogu izravno primjenjivati pa čak ni onda kad je riječ o zaštiti pravnih dobara Unije koja su već pokrivena odgovarajućim bićima kaznenih djela u nacionalnim pravima.³³

Svi prikazani pravni akti Europske unije jasno govore o postojanju fragmenata općeg dijela na supranacionalnoj razini. Ovo, dakako, nisu jedini primjeri. Razne druge okvirne odluke, zajednička stajališta i, u novije vrijeme, direktive sadrže pozivanje na tradicionalne institute općeg dijela. Još više takvih fragmenata može se naći u praksi Europskog suda. Na ovom mjestu se ipak nećemo upuštati u daljnju analizu tih akata jer bismo time prešli granice našeg rada. Do sada izneseni primjeri jasno ilustriraju začetke materije općega dijela u pravnim aktima Europske unije.

29 Za više v. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Verlag C. H. Beck, München, 2003., § 25, rub. br. 105 - 112

30 On drži da se kod gospodarskog kriminala ne može raditi o organizacijama koje su «otudene od pravnog sustava», kao i da u tim situacijama neposredni počinitelji nisu jednostavno zamjenjivi. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, (München: Verlag C. H. Beck, 2003.), § 25, 129 – 138.

31 V. npr. Brammsen/Apel, *Anstiftung oder Täterschaft? «Organisationsherrschaft» in Wirtschaftsunternehmen*, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 3/2008, str. 257 – 258.

32 Spojeni slučajevi C-189/02 P, C-202/02 P, C 205/02 P, C208/02 P i C 213/02 P, *Dansk Rorindustri and Others v. Commission*, para. 143.

33 Za više usp. Vogel u Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (ur.), *Europäisches Strafrecht*, C. H. Beck – Nomos, 2011., § 5, 3. Kapitel, rub. br. 2 – 3.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA: KAMO IDE BUDUĆI RAZVOJ?

Na prethodnim stranicama raspravljali smo o pitanju dometa i granica utjecaja europskog kaznenog prava na opći dio kaznenog prava država članica. Smatramo da je to pitanje vrlo važno, posebice nakon lisabonske reforme koja je ukinula podjelu Unije na tri stupa te tako uspostavila supranacionalne nadležnosti i na područje kaznenog prava. Usprkos važnosti ove teme, ona do sada u hrvatskoj literaturi nije bila sustavno raspravljana.

Na temelju iznesenih izlaganja, možemo zaključiti da unijsko pravo naglasak za sada stavlja na posebni dio kaznenog prava. To proizlazi i iz odredbi samog Lisabonskog ugovora – koji nabroja kaznena djela čija je inkriminacija od interesa za čitavo područje Europske unije – i iz sad već sadržaja mnogobrojnih direktivi koje su usmjerene na propisivanje i harmonizaciju određenih kaznenih djela. Isto vrijedi i za ranije instrumente, prvenstveno za okvirne odluke. No, jednako tako, iz ranije rasprave jasno proizlazi i zaključak da harmonizacija posebnoga dijela nije moguća bez ujednačavanja temeljnih načela općega dijela. Štoviše, učinkovita zaštita od najopasnijih oblika kriminala na području Unije nije zamisliva bez ujednačenog definiranja važnih instituta poput, primjerice, sudioništva, oblika krivnje, pokušaja kaznenog djela, zastare kaznenog progona, nečinjenja i slično. Opći i posebni dio se stalno isprepliću i predstavljaju jednu nerazdruživu cjelinu zbog čega ih je potrebno pravno tretirati na jedinstven način. Zbog toga smatramo da se utjecaj Unije na ujednačavanje općeg dijela u budućnosti mora pojačavati kako bi se smanjile razlike u sustavima. Time će se postići dvostruki učinak: smanjit će se prostor počiniteljima da izbjegnu kaznenu odgovornost, ali će se ujedno i poboljšati položaj okrivljenika u kaznenom postupku, jer će im se u svakoj državi članici suditi pod približno istim pretpostavkama kaznene odgovornosti.

Sljedeće važno pitanje je kako ostvariti takvo ujednačavanje. Naime, među pojedinim državama postoje velike razlike u načinu reguliranja općega dijela kaznenog prava. Temeljni instituti općega dijela tvore kaznenopravnu tradiciju pojedine zemlje pa će svaka država članica pružati otpor bilo kakvim promjenama koje nisu u skladu s njenom pravnom tradicijom. To posebno dolazi do izražaja kroz (nepremostivu) razliku između anglosaksonskog sustava kaznenog prava, kakav postoji u Engleskoj, i kontinentalnog sustava, koji egzistira u većini država članica Europske unije. No, i unutar kontinentalnog sustava postoje značajne razlike u pravnoj tradiciji. Stoga se na prvi pogled čini da je harmonizacija općeg dijela nastojanje koje je unaprijed osuđeno na propast. Mi smatramo da to ne mora biti tako ukoliko se odabere pravi pristup. Inzistiranje na stvaranju jedinstvenog supranacionalnog kaznenog zakona, po uzoru na poznati projekt *Corpus Juris* ili na američki *Model Penal Code*, odnosno na Rimski statut Međunarodnog kaznenog suda bilo bi promašeno. Države članice će uvijek pokazivati otpor prema objedinjavanju nacionalnih kaznenih sustava pod okrilje supranacionalnog jer se kazneno pravo smatra posljednjom branom državnog suvereniteta. Svaki pokušaj uspostavljanja nekog «nadzakona» u ovom području neminovno će biti tumačen kao

pokušaj oduzimanja spomenutog suvereniteta. Iz tog razloga, put posrednog utjecaja putem obvezujućih direktiva, koji je odabrao Lisabonski ugovor, je jedini pravi i realno ostvarivi put. Ono na čemu još treba raditi je produblјivanje materije općeg dijela u direktivama, odnosno posvećivanje veće pažnje tradicionalnim institutima općeg dijela u kontekstu konkretnih kaznenih djela na koje se pojedina direktiva odnosi. Dosadašnji rezultati su još uvijek suviše fragmentarni i nepovezani. Kao dobar primjer za ono što predložimo možemo spomenuti načelo zakonitosti. Kako smo ranije ilustrirali, mnogi europski akti i praksa Europskog suda inzistiraju na tom načelu. Time ono postaje neupitni dio jedinstvenih europskih pravnih načela. Takvu praksu treba uspostaviti i kod drugih važnih instituta, prvenstveno načela krivnje te sudioništva, jer su ti problemi najvažniji za učinkovitu primjenu kaznenog prava na raznolikom području Europske unije.

Naposlijetku, moramo osobito naglasiti i vrlo važnu ulogu Europskog suda. Sud je u poziciji da autoritetom svojih odluka, također doprinosi formiranju i harmoniziranju općeg dijela. Prikazali smo više odluka u kojima su raspravljana pitanja koja po svojoj pravnoj naravi pripadaju u opći dio. Smatramo da bi se u budućnosti Sud još više trebao usredotočiti na takva pitanja.

Na kraju, možemo reći da europsko kazeno pravo na današnjem stupnju razvoja ima i opći dio. Taj je opći dio obilježen dvjema značajkama. S jedne strane, on je djelomičan jer regulira samo pojedine (najvažnije) institute i to samo u vrlo ograničenom opsegu. S druge strane, on je samo neizravno primjenjiv jer uvijek zahtijeva implementaciju u nacionalne sustave. Stoga je opći dio europskog kaznenog prava za sada još uvijek vrlo rudimentaran. Bez obzira na to, njegovo nedvojbeno postojanje i njegova nerazdruživa povezanost s posebnim dijelom kaznenog prava predstavljaju značajan čimbenik u razvoju europskog kaznenog prava prema dogmatski uobličenom sustavu pravnih pravila. Stoga harmonizaciju općega dijela, zajedno s harmonizacijom posebnoga dijela, u godinama koje dolaze treba intenzivirati.

Summary

SCOPE AND LIMITS OF THE IMPACT OF EU LAW ON THE GENERAL PART OF NATIONAL CRIMINAL LAWS

In this paper, the author discusses the question of possibility of the impact of EU law on national criminal laws when it comes to general part. The traditional institutes of the general part have so far rarely been the subject of intervention by the EU because the main goal of EU criminal law is to achieve uniform criminalization of certain offenses, which is primarily the matter of a special part. However, in previous instruments and practices of the European institutions one can notice certain fragments of the general part. The author analyzes the current European *acquis* in this area and recognizes these fragments, and he tries to shape it into a unified whole. He gives his opinion whether harmonization of the general part is realistic possibility and in which direction will further formation of supranational general part of criminal law go.

Key words: *sanctions, omissions, inchoate crimes, directive, framework decision, harmonization, sovereignty.*

Zusammenfassung

REICHWEITE UND GRENZEN DER EU-EINFLUSSRECHTE AUF DEN GEMEINTEIL DER NATIONALEN STRAFRECHTE

In dieser Arbeit beschäftigt sich der Autor mit der Frage ob bzw. in welchem Maße der Einfluss des Strafrechtes der Europäischen Union auf nationale Strafrechte möglich ist, wenn es sich um den Gemeinteil handelt. Nämlich, die traditionellen Institute des Gemeinteils waren bisher selten der Gegenstand der Intervention seitens der EU, da der Grundziel des EU-Strafrechts einheitliches Inkriminieren der bestimmten Straftaten ist, was auch die Materie des besonderen Teils ist. Dennoch, sind in bisherigen Instrumenten und der Praxis der europäischen Institutionen die Fragmente des Gemeinteils ersichtlich. Der Autor analysiert den bisherige europäische Besitzstand in diesem Bereich, erkennt diese Fragmente und versucht sie in eine gleichförmige Einheit zu gestalten. Am Ende gibt er seine Meinung darüber, ob die Harmonisierung des Gemeinteils eine reale Möglichkeit ist und in welcher Richtung die weitere Formierung des zwischenstaatlichen Gemeinteils des Strafrechts gehen wird.

Schlüsselwörter: *Sanktionen, Nichtstun, Straftatstadium, Direktive, Rahmenentscheidung, Harmonisierung, Souveränität.*

Riassunto

**PORTATA E LIMITI DELL'INFLUENZA DEL DIRITTO
DELL'UE SULLA PARTE GENERALE DEI DIRITTI PENALI
NAZIONALI**

Nel presente lavoro l'autore tratta della questione se sia possibile, ossia in quale misura sia possibile, l'influenza del diritto penale dell'Unione europea sui diritti penali nazionali allorquando si tratta della parte generale. Vale a dire, gli istituti tradizionali della parte generale fino ad ora raramente sono stati oggetto di interventi da parte dell'UE, poiché lo scopo principale del diritto penale dell'UE è quello di raggiungere un'incriminazione omogenea di determinati reati, il che costituisce materia della parte speciale del diritto penale. Tuttavia, negli strumenti e nella prassi delle istituzioni europee sono stati rilevati frammenti relativi alla parte generale. L'autore analizza l'*acquis* europeo in tale ambito e riconosce tali frammenti, cercando di forgiarli in un unico insieme. Alla fine espone il proprio pensiero circa il fatto se l'armonizzazione della parte generale sia una possibilità reale ed in che direzione andrà la futura creazione della parte generale sovranazionale del diritto penale.

Parole chiave: *sanzioni, omissioni, fase del reato, direttiva, decisione di massima, armonizzazione, sovranità.*

PRANJE NOVCA KAO EKONOMSKA DIMENZIJA TERORIZMA¹

Mr. sc. Jelena Dinić,
Fakultet za inženjerski menadžment
Univerzitet Union - Nikola Tesla
Beograd
Srbija

UDK: 343.359
Ur.: 23. veljače 2016.
Pr.: 1. lipnja 2016.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se prezentuje ekonomska dimenzija terorizma kroz analizu potreba terorističkih organizacija za finansijskim sredstvima, moduli finansiranja terorizma i veza sa pranjem novca. Finansijska sredstva predstavljaju jedan od najvažnijih preduslova za održavanje infrastrukture terorističkih organizacija i izvođenje terorističkih aktivnosti. Sredstva stečena legalnim i ilegalnim putem pripadnici terorističkih organizacija tehnikama pranja novca sprovode kroz finansijske sisteme, prikrivajući svrhu novca namenjenju za organizovanje terorističkih napada. Zbog globalne prirode problema pranja novca i finansiranja terorizma, preventivni mehanizmi obuhvataju saradnju finansijskih, obaveštajnih službi i međunarodnih organizacija uz jačanje nacionalnih institucija koje se bave navedenim problemom. Brojne smernice, konvencije i preporuke novijeg datuma (u okviru EU, OUN, FATF) skreću pažnju na potrebu detekcije terorističkih aktivnosti u pripremnoj fazi poput putovanja (tranzita) terorista, finansiranja logističke podrške terorističkih aktivnosti i nabavke naoružanja (eksplozivnih materija) potrebnih za izvođenje napada.

Ključne reči: terorizam, finansiranje, pranje novca, prevencija.

1. UVOD

Savremeni terorizam postao je jedna od najozbiljnijih pretnji koje ugrožavaju globalnu bezbednost. Odabir mete terorističkog napada zavisi od terorističke grupe, odnosno od cilja koji se želi postići uništenjem izabrane mete i gubitkom života neđužnih civila. Formiranje, održavanje i širenje terorističke mreže zahteva velika

1 Ovaj rad je finansirala Hrvatska zaklada za znanost projektom UIP-2014-09-5933 „Pravna i ekonomska analiza sustava prevencije pranja novca i financiranja terorizma“

finansijska sredstva dok su troškovi potrebni za izvođenje terorističkog napada simbolični u odnosu na pričinjenu štetu i gubitak ljudskih života.

Terorizam u međunarodnom poretku i nacionalnim zakonodavstvima pojedinačnih država ima karakter krivičnog dela pa sredstva potrebna za pripremu i izvođenje terorističkih aktivnosti moraju biti dopremana do krajnjih korisnika (terorista) tajnim kanalima. Konvencije novijeg datuma usvojene pri međunarodnim organizacijama² proširuju odredbe koje predstavljaju terorizam kao međunarodno krivično delo, apelujući na države da spreče putovanja stranih terorističkih boraca i njihovo finansiranje, pojačaju međudržavnu saradnju, naročito u oblasti detekcije regrutovanja terorista putem društvenih mreža i plasiranja propagandnih materijala terorističkih organizacija u elektronskoj formi. Održavanje terorističkih mreža, vrbovanje novih članova i propaganda finansiraju se iz velikog broja legalnih i ilegalnih izvora. Teroristi koriste širok spektar finansijskih izvora i organizacija za svoje aktivnosti, uključujući humanitarne organizacije, alternativne kanale transfera novca (*Hawala*), sredstva stečena različitim vidovima organizovanog kriminala poput trgovine oružjem, naftom, narkoticima i ljudima. Rezolucija OUN usvojena krajem 2015. godine³ ukazuje na finansiranje terorističke organizacije ISIL (Islamska država Iraka i Levanta) kroz trgovinu naftom, iznudama, kidnapovanjima uz zahtev za otkup pojedinaca, prodajom dragocenih predmeta kulturnog nasleđa nekih država i sl.

Pranje novca i finansiranje terorizma imaju isti metodološki okvir, ali različite motive. Pripadnici organizovanih kriminalnih grupa žele da zadrže novac stečen kriminalnim radnjama, prikrivajući poreklo finansijskih sredstava, dok teroristi žele da sakriju svrhu novca, odnosno teroristički napad koji planiraju da izvedu. Specifična priroda terorizma čini detekciju sumnjivih transfera novca izazovnim poslom za finansijske i obaveštajne službe čija je delatnost primarno preventivne prirode.

Presecanje kanala finansiranja terorizma predstavlja ključnu stavku u borbi protiv terorizma jer finansijska sredstva predstavljaju nužnu komponentu svakog segmenta terorističkih aktivnosti, od formiranja terorističkih mreža, diseminacije njihovog uticaja do izvođenja terorističkog napada. Preventivna delatnost obaveštajnih službi i finansijskih institucija pojedinačnih država igra veliku ulogu u sprečavanju terorističkih napada koji rezultiraju materijalnim razaranjem, stradanjem civilnih žrtava i narušenim kredibilitetom države u kojoj se dogodio teroristički napad.

2 *Implementation of Security Council resolution 2178 (2014) by States affected by foreign terrorist fighters* http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1527297_EN.pdf (12/05/2016)

3 *Unanimously Adopting Resolution 2253 (2015), Security Council Expands Sanctions Framework to Include Islamic State in Iraq and Levant* <http://www.un.org/press/en/2015/sc12168.doc.htm> (12/05/2016)

2. FINANSIJSKI ASPEKTI TERORIZMA

Poslednjih decenija, nakon niza spektakularnih, za javnost i zastrašujućih terorističkih napada, terorizam je postao izuzetno atraktivna tema brojnih rasprava, publikacija i (kvazi)naučnih objašnjenja. Kamen spoticanja u pokušaju razvijanja jedinstvene definicije terorizma oličen je u ideološkoj obojenosti spomenutih radova, odsustvu objektivnosti i slobode mišljenja čak i u eksplicitno demokratskim zemljama, kao i primeni dvostrukih standarda koji služe kao pokriće za političke aktivnosti i strategije vladajućih elita. Takođe, u akademskim krugovima koji se bave navedenom tematikom ne postoji saglasnost u vezi definicije državnog terorizma (*state terrorism*).

S obzirom na činjenicu da je problem objektivnosti oduvek bio prisutan u društvenim naukama i da je svaki pojedinac "ukalupljen" vrednostima kolektiva u kome živi, izjava jednog od istaknutih pristalica kritičkih teorija bezbednosti Roberta Koksa (*Robert Cox*) da je "teorija uvek za nekoga i u nečije svrhe" dobija svoj puni smisao. Kolizija političkih interesa neretko dovodi do toga da se definicije terorizma politički instrumentalizuju i koriste kao sredstvo za borbu protiv neistomišljenika, naglašavajući time veliku istinu da je moral rastegljiva kategorija u međunarodnim odnosima.

Prema Simeunoviću, razlozi koji koče definisanje terorizma leže u činjenici da se terorističke aktivnosti pripremaju u tajnosti zbog čega je nemoguće teoretski obraditi ovaj oblik političkog nasilja uz pomoć kompletnih podataka. Takođe, isti autor navodi semantički problem u definisanju terorizma koji se javlja kao posledica različitih pristupa i perspektiva zauzetih od strane brojnih društvenih nauka okrenutih izučavanju ovog fenomena. Važno je spomenuti i da "emocionalna primesa u određenju terorizma nije tek izraz odbojnosti prema pojavi već itekako ima i upotrebnu političku funkciju, pre svega na mobilizacionom planu".⁴

Da bi određena definicija nosila epitet naučne, neophodno je prihvatiti važno metodološko pravilo da definicija mora biti pozitivna i iskazana u obliku tvrdnje.⁵ "Da bismo znali protiv čega se borimo i kako da se protiv nečega borimo", smatra Simeunović, "moramo prvo znati šta je to"⁶, odnosno utvrditi koji su integralni elementi date pojave. Kao što je već spomenuto, u stručnoj javnosti ne postoji jedinstven stav u vezi definicije terorizma. Određen nivo saglasnosti postoji kada se govori o gradivnim elementima svakog terorističkog akta, bez obzira na javni oblik ovog bezbednosnog problema. Značajan broj definicija terorizma koji cirkuliše u akademskim i krugovima šire javnosti sadrži neke zajedničke elemente koje su brojni autori pokušali da klasifikuju na osnovu različitih kriterijuma. Tako je Aleks Šmid (*Alex Schmid*) napravio tzv. *konsensualnu definiciju*, koja na univerzalan način uključuje sve činioce jednog terorističkog akta: primena sile i nasilja; politički

4 Simeunović, D., *Terorizam*, Beograd, Pravni fakultet, 2009., str. 20.

5 Radosavljević, I., Milosavljević, S., *Osnovi metodologije političkih nauka*, Beograd, Službeni glasnik, 2000, str. 167.

6 Simeunović, D., *Terorizam*, Beograd, Pravni fakultet, 2009., str. 17.

motivisana aktivnost; izazivanje straha; psihološki efekti kao posledica straha i pretnje; publicitet; organizovana, namerna, sistematska akcija; civilne žrtve kao posledica odsustva selektivnosti; kršenje pravila i nehumanost; ucena, prinuda i nepredvidivost.⁷

Politička motivisanost je esencijalna odlika svakog vida političkog nasilja koji se određuje kao terorizam. Političke promene i ostvarivanje političkog cilja su neizostavne kockice u mozaiku zvani terorizam, baš kao i primena nasilja bez koga terorizam ne bi imao tako zastrašujuću dimenziju. Visok stepen organizovanosti i sistematsko ostvarivanje ciljeva uz kontinuiranu pretnju silom radi održavanja konstantnog osećaja straha i ugroženosti, takođe krasi sve oblike političkog nasilja koji pretenduju da nose etiketu terorizma.

Dinamika i priroda terorističkih aktivnosti uključuje primenu ekstremnih metoda i sredstava usmerenih na destrukciju simbolično odabranih meta uz stradanje civilnih žrtava i javnu osudu zbog počinjenog nasilja nad nedužnim žrtvama. Kako smatra Simeunović, “imitiranje strahovlade činjenjem terora je ujedno i glavni metod terorizma”.⁸ Nepredvidivost i faktor iznenađenja svakako su bitni i neizostavni konstitutivni elementi koji u velikoj meri daju zamah efektu zastrašivanja. Najkraće, konstitutivni elementi terorizma su oličeni u namernoj primeni nasilja uz primese političkih, etničkih ili verskih motiva sa ciljem slanja jasne političke poruke i izazivanjem straha, uz primenu brutalnih metoda usmerenih na civilne žrtve čije stradanje stvara veliki publicitet i odjek u javnosti.

Konačno, da bi se terorizam što preciznije definisao neophodno je uzeti u obzir i sledeće: 1/ terorista vrši nasilje ili preti nasiljem, on je neizbežno politički motivisan (*animos terrorandi*) i pripada nekoj organizaciji, 2/ akcije terorista su usmerene ka dalekosežnim psihološkim posledicama (teroristi nije važna sama meta napada koliko politički odjek akcije), 3/ terorizam je pretežno tajna aktivnost, smrtonosan je, ubitačan i tehnološki modernizovan i razarajući; 4/ zahtevi terorista nikada nisu realni i na zakonu zasnovani, oni su uvek nezakoniti, 5/ terorističke akcije su detaljno isplanirane, usmerene su na tzv. meke mete (nedužni civili) i izvode su u vreme kada će postići najveće efekte, itd.⁹

Prema Bilandžiću, pluralizam percepcijaterorizma i nepostojanje objektivne, koherentne i konsekventne definicije omogućuje subjektivno etiketiranje nekog fenomena i ponašanja kao terorističkog. Procene pojedine države (aktera na političkoj sceni) bazirane na vlastitim interesima, bile su, jesu i biće temeljni okvir za određenje šta terorizam jeste, a šta nije. Dok su za jedne teroristi zaista teroristi, za druge su oni istovremeno borci za slobodu i nacionalni oslobodoci.¹⁰

Izvođenje svakog terorističkog čina podrazumeva logističku pripremu i pribavljanje određene svote finansijskih sredstava za izvođenje istog. Cilj svakog

7 Schmid, A. *Political terrorism*, Amsterdam, North Holland, 1983, p. 76.

8 Simeunović, D., *Terorizam*, Beograd, Pravni fakultet, 2009, str. 70.

9 Schmid, A., *Political terrorism*, Amsterdam, North Holland, 1983, p. 86-94.

10 Bilandžić, M., *Sjeme zla: uvod u studije terorizma*, Zagreb, Despot Infinitus, 2014., str. 89-90.

terorističkog napada je privlačenje medijske pažnje i izazivanje straha. Teroristi pažljivo biraju simboličke mete čije uništenje, uz što veći broj civilnih žrtava, izaziva strah i paranoju. Sve veća dostupnost sredstava za izvršenje terorističkog čina dovela je do demokratizacije nasilja¹¹ i otvaranja debata na temu količine finansijskih sredstava potrebnih za izvođenje terorističkog napada. Troškovi terorističkih aktivnosti determinisani su metom napada i efektima koje teroristi žele postići u smislu spektakularnosti napada.

Tabela 1: Procenjeni troškovi za izvođenje terorističkih napada u periodu od 1998-2005. godine¹²

Meta napada	Datum	Procenjeni troškovi za izvođenje napada
London Underground/Bus	7 July 2005	8,000 GBP
Madrid Railway	11 March 2004	100,000 EURO
Istanbul	15 & 20 November 2003	40,000 US \$
Marriot Hotel Jakarta	5 August 2003	30,000 US \$
Bali Bombings	12 October 2002	50,000 US \$
New York Twin Towers	11 September 2001	400,000-500,000 US \$
USS Cole, Aden	12 October 2000	10,000 US \$
US Embassies in Kenya and Tanzania	7 August 1998	50,000 US \$

Analize terorističkih napada u Parizu 2015.godine i Briselu 2016. godine ukazuju da je za njihovo izvođenje bilo potrebno svega 10 000 USD¹³, dok je suma potrebna za pripreme radnje višestruko veća.

Novac je "kiseonik za terorizam"¹⁴ i neophodan je za realizaciju pripremnih aktivnosti kao i za izvođenje terorističkog napada. Uspostavljanje terorističke infrastrukture zahteva raspolaganje finansijskim sredstvima pribavljenim putem legalnih ili ilegalnih aktivnosti. Teroristička organizacija može biti finansirana od strane država (*state sponsored terrorism*) i organizacija ili kroz direktno

- 11 Friedman, T., *The Lexus and the Olive Tree : Understanding globalization*, New York, Farrar, 1999., p.17.
- 12 Freeman, Michael, Ruehsen, Moyara, *Terrorism financing methods: an overview*, Perspectives on Terrorism, Journal of the Terrorism Research Initiative and the Center for Terrorism and Security Studies, vol. 7, no 4, 2013. <http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/113/html> (01/02/2016)
- 13 *Terror on a Shoestring: Paris Attacks Likely Cost \$10,000 or Less* <http://www.nbcnews.com/storyline/paris-terror-attacks/terror-shoestring-paris-attacks-likely-cost-10-000-or-less-n465711> (12/05/2016)
- 14 Sandić, K. ,Fenomen finansiranja terorizma putem pranja novca i uspostavljanje delotvornog sistema kontra mera, Beograd, Vojno delo, br. 1 /2012, str. 380-400.

obezbeđivanje sredstava putem različitih formi organizovanog kriminala. Mišljenja autora koji se bave navedenom tematikom su podeljena u pogledu definisanja državnog terorizma i mišljenja da li navedeni oblik političkog nasilja treba da bude određen kao terorizam ili sredstvo borbe za slobodu.¹⁵ Najveći deo finansijskih sredstava teroristi izdvajaju za diseminaciju ideologije, održavanje mreže terorističkih ćelija i pridobijanje novih članova.

Kupovina oružja, vozila i eksplozivnih materijala predstavlja samo “vrh ledenog brega” u odnosu na novac koji teroristi daju za održavanje tzv. ćelija spavača. Navedene organizacione jedinice terorističke mreže zahtevaju novac za izdržavanje pripadnika terorističke organizacije tokom perioda “spavanja” koji može potrajati i godinama, u zavisnosti od planirane mete napada. Takođe, značajna finansijska sredstva potrebna su za tajne kanale komunikacije, regrutaciju, obučavanje novih pripadnika terorističke grupe, kao i putne troškove i pribavljanje falsifikovanih putnih isprava.

Jedan od najspektakularnijih i po broju žrtava najsmrtonosniji teroristički napad u istoriji izveden u SAD u septembru 2001. godine postao je predmet izučavanja brojnih eksperata iz oblasti bezbednosti i finansijskog kriminala. Na osnovu zvaničnih procena američke službe FBI, troškovi izvođenja napada iznosili su oko 400 000 USD¹⁶, dok je u sklopu finansijske istrage nakon napada utvrđeno da je u finansiranje navedenog terorističkog čina na direktan ili indirektan način bilo uključeno 448 fizičkih lica, 19 pravnih lica i 6 udruženja. U toku istrage o finansijskoj podršci napada, na osnovu indicija o sumnjivim transakcijama koje su bili u relaciji sa osumnjičenim licima za napad, pretraženo je 452 računa i više desetina računa kreditnih kartica.¹⁷

Podaci o sumnjivim transakcijama koje su ukazivale na potencijalno pranje novca i finansiranje terorizma dobijeni su u saradnji sa finansijskim institucijama širom sveta. Procenjena imovina terorističke organizacije Al Qaeda iznosi 5 milijardi američkih dolara sa godišnjim prihodima od više desetina milijardi dolara, dok su procene u vezi imovine i prihoda Islamske države Iraka i Levanta još uvek u toku zbog velikog broja (nepoznatih) izvora iz kojih se navedena organizacija finansira.¹⁸ Brojni izveštaji međunarodnih organizacija koje se aktivno bave formulisanjem izvora finansiranja terorizma i donošenjem normativnih okvira za prevenciju istog¹⁹ ukazuju da se teroristička organizacija Islamska država Iraka i Levanta (ISIL) finansira nelegalnim prisvajanjem kapitala u formi trgovine narkoticima, ljudima, oružjem, kontrolom naftnih polja i rezervoara gasa, uzimanjem provizija od banaka

15 Bayman, D., The changing nature of state sponsored terrorism http://www.brookings.edu/~media/research/files/papers/2008/5/terrorism-byman/05_terrorism_byman.pdf 16/05/2016

16 Kersten, U., Međunarodniterorizam, doprinos policije u suzbijanju globalnog fenomena, Beograd, časopis Pogledi, 2/2003, Policijska akademija, 2003, str. 6.

17 Ibid, str. 7.

18 Shatz, H., *To Defeat the Islamic State, Follow the Money* <http://www.rand.org/blog/2014/09/to-defeat-the-islamic-state-follow-the-money.html> (06/02/2016).

19 *FATF Group recommendations* http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf (03/02/2016)

u državnom vlasništvu, trgovinom ukradenih antikviteta, prikupljanjem sredstava putem društvenih mreža itd.

Važno je naglasiti činjenicu da se za finansiranje terorizma često koriste velika finansijska tržišta sa centrima u najrazvijenijim državama sveta jer pružaju mogućnost klijentima (teroristima) širok spektar usluga kroz napredan sistem platnog prometa.²⁰

Terorističke grupe su, zbog tajnosti pripremanja i izvođenja napada, veoma fleksibilne u pogledu prilagođavanja brojnim metodama za transfer novca, koristeći pravne neusaglašenosti različitih država za dopremanje finansijskih sredstava ćelijama kojima je novac potreban za pripremu i izvršenje napada.

3. MEĐUNARODNI REGULATORNI OKVIR ZA SPREČAVANJE PRANJA NOVCA I FINANSIRANJA TERORIZMA

Terorizam i pranje novca kao globalni fenomeni predstavljaju krivična dela i vršenje navedenih aktivnosti povlači sa sobom pravne sankcije. Nacionalna zakonodavstva i međunarodne organizacije sa različitih aspekata obrađuju navedena krivična dela, pokušavajući da uspostave adekvatne pravne okvire za prevenciju pranja novca od strane organizovanog kriminala i terorističkih organizacija.

Finansiranje terorizma putem pranja novca prolazi kroz etapu deponovanja novca, transformacije i integracije.²¹ Spomenute faze zaokupljaju pažnju FATF grupe (*the Financial Action Task Force*) koja je nastala u Parizu 1989. godine, kao međuvladino telo sačinjeno od 36 država i velikog broja organizacija sa statusom posmatrača. Zadatak FATF grupe je da uspostavi standard te promoviše implementaciju pravnih i operativnih mera za prevenciju i suzbijanje pranja novca i finansiranje terorizma.²² Preporuke FATF grupe predstavljaju pravni okvir koji je komplementaran sa konvencijama različitih međunarodnih organizacija koje se bave borbom protiv terorizma i pranja novca. Nakon terorističkih napada na SAD 2001. godine, FATF grupa donela je osam specijalnih preporuka²³ koje ističu da finansiranje terorizma ima status krivičnog dela, kao i neophodnost zamrzavanja imovine terorista. Kao glavni kanali distribucije ilegalno stečenog kapitala FATF grupa navodi alternativne sisteme transfera novca (*Hawala*), elektronske transakcije i nevladine organizacije uglavnom humanitarnog karaktera.²⁴

Fokus rada FATF grupe usmeren je na četiri glavne oblasti: definisanje standarda za formiranje nacionalnih strategija za borbu protiv terorizma i pranja

20 Sandić, K. Fenomen finansiranja terorizma putem pranja novca i uspostavljanje delotvornog sistema kontramera, Beograd, Vojnodeo, br. 1 /2012, str. 380-400

21 Bolta, D., Sprječavanje finansiranja terorizma, Zagreb, Policija i sigurnost, vol 19. no. 4, 2011, str.424

22 *FATF Group recommendations* http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf (03/02/2016)

23 Ibid.

24 Ibid.

novca, monitoring nad državama koje su se obavezale da će implementirati preporuke u svoja zakonodavstva, kontinuirano praćenje inovacija u oblasti pranja novca i finansiranja terorizma i nadgledanje alternativnih sistema za transfer novca.²⁵

U skladu sa važećim preporukama, svaka država članica ima obavezu da izvrši identifikaciju i procenu rizika, kao i da uspostavi efikasne mehanizme nadzora nad implementacijom prihvaćenih standarda za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma. Međunarodni standardi FATF grupe ističu važnost preventivnog delovanja kroz normativnu delatnost pojedinačnih država. Posebno osetljivu oblast predstavljaju zakoni koji regulišu oblast čuvanja poslovnih tajni i poslovanja finansijskih institucija.²⁶

Države članice FATF grupe moraju obratiti posebnu pažnju na nacionalne normativne propise koji regulišu način praćenja sumnjivih transakcija u okviru finansijskih institucija i uočavanje sumnjivih identiteta klijenata. Na osnovu preporuka, države članice FATF grupe u obavezi su da donesu zakon koji finansijskim institucijama daje obavezu da pet godina čuvaju dokumentaciju vezanu za transakcije, kao i da preduzimaju posebne mere u slučaju ako je klijent "politički eksponirano lice", radi obavljanja pojačanog nadzora nad poslovanjem navedenog lica. Pored pojačane kontrole nad politički eksponiranim licima, preporuke ističu potrebu da finansijske institucije u državama članicama FATF grupe, sa ciljem borbe protiv pranja novca i finansiranja terorizma, obrate posebnu pažnju i na korespondentsko bankarstvo, usluge prenosa novca i vrednosnih pošiljki, nove tehnologije i elektronske transfere.²⁷

Finansijske institucije država članica Grupe imaju obavezu implementacije programa za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma. U preporukama se eksplicitno navode samostalne profesije čiji rad može biti pod posebnim merama nadzora, poput vlasnika kockarnica, agenata za promet nekretnina, trgovaca plemenitim metalima i dragim kamenjem, advokata i lica koja pružaju usluge trustova i preduzeća.²⁸

Sa normativnog aspekta, posebno važnu ulogu u prevenciji pranja novca i finansiranja terorizma imaju Direktiva 2005/60/EZ²⁹ i Direktiva 2015/849.³⁰

25 Ibid.

26 *FATF Group recommendations* http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf

27 Ibid.

28 Ibid.

29 Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing (*Official Journal of European Union, L 309, 25.11.2005, p. 15-36*).

30 Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC (*Official Journal of European Union, L 141, 5.6.2015, p. 73-117*).

Direktiva 2005/60/EZ predstavlja kamen temeljac evropskog sistema za sprečavanje pranja novca jer nalaže finansijskim i nefinansijskim institucijama da prijave nadležnim službama svaku sumnjivu transakciju. Istaknutu ulogu u sistemu sprečavanja pranja novca imaju tzv. nefinansijski čuvari sistema (*gatekeepers*) koji mogu ukazati finansijsko-obaveštajnim državnim strukturama na aktivnosti koje su indikatori krivičnog dela pranja novca i finansiranja terorizma.

Važno je istaći činjenicu da Direktiva 2005/60/EZ implementira izmenjenih četrdeset preporuka FATF grupe koje su na taj način postale sastavni deo prava EU. Direktiva 2015/849 stavlja akcenat na unapređenje procene rizika na više nivoa (nacionalnom, nacionalnom i na nivou poreskih obveznika) uz proširivanje liste osoba koje podležu važenju iste Direktive. Ovaj dokument EU koji definiše smernice nacionalnim zakonodavstvima je značajno unapredio definiciju pojma politički izložene osobe i spustio prag za gotovinska plaćanja koja podležu primeni direktive sa 15 000 € (limit koji je određivala Treća direktiva) na 10 000 €. Obe Direktive, zbog globalnog karaktera fenomena pranja novca i finansiranja terorizma, nalažu državama članicama EU inteziviranje međusobne saradnje i koordinaciju sa nadležnim organima EU. Na nacionalnom nivou neophodno je postojanje normativne usklađenosti sa navedenim Direktivama, kao i postojanje adekvatne saradnje između državnih organa koji se bave prevencijom pranja novca i finansiranja terorizma, poput finansijsko-obaveštajnih službi, nadzornih organa i sl.

U okviru Saveta Evrope 1997. godine formirano je stalno nadzorno telo MONEYVAL (*The Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism*) koje se bavi formulisanjem preventivnih mera za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma. Jedan od primarnih zadataka navedenog nadzornog tela je evaluacija normativne uređenosti pojedinačnih država članica u oblasti pranja novca i finansiranja terorizma uz davanje preporuka o mogućnostima unapređenja zakonodavnih i represivnih mehanizama, kao i formulisanje novih modaliteta pranja novca i finansiranja terorizma na globalnom nivou. Nadzorno telo MONEYVAL saraduje sa organizacijama i grupama koje se bave istom problematikom, poput FATF, Egmont grupe (asocijacije finansijsko-obaveštajnih službi), OUN, EU itd.

4. PRANJE NOVCA KAO OBLIK FINANSIJSKE PODRŠKE TERORISTIČKIM AKTIVNOSTIMA

Terorizam kao oblik političkog nasilja predstavlja ilegalnu aktivnost i samim tim, izvori finansiranja ulaze u sferu novca stečenog nezakonitim radnjama. Najveći deo novca koji teroristi koriste za pripremu i izvođenje terorističkih napada stečen je trgovinom oružjem, belim robljem, narkoticima, retkim dragim kamenjem (tzv. "*blood diamonds*"), ucenama ljudi i sličnim aktivnostima iz oblasti organizovanog kriminala. Povezanost finansiranja terorizma sa sukobima niskog intenziteta u Africi vidljiva je upravo kroz trgovinu "krvavim dijamantima"³¹ koja

31 Combating Money Laundering and Terrorist Financing, Commonwealth Secretariat, Economic Paper 70, Pall Mall London, 2006.

je poslužila za izvršenje terorističkog napada na američku ambasadu u Keniji 1998. godine. Takođe, organizacije karitativnog karaktera igraju veoma važnu ulogu u dostavljanju novca teroristima jer, pod maskom humanitarnih aktivnosti, mogu posredovati u dostavljanju novca između privatnih lica ili organizacija i terorista.

Pranje novca kao kriminalna aktivnost koja novac stečen ilegalnim aktivnostima pokušava uvući u legalne novčane tokove sakrivajući kriminalno poreklo i *terorizam* često se nalaze u simbiotičkom odnosu. Tehnike korišćene za pranje novca identične su onima koje se koriste za prikrivanje izvora finansiranja terorizma, legalne ili nelegalne prirode. Često se u literature finansiranje terorizma naziva "obrnutim procesom pranja novca" jer, za razliku od procesa pranja novca koje pokušava sakriti kriminalno poreklo novca, finansijska sredstva namenjena terorističkim organizacijama žele da zamaskiraju krajnje odredište i svrhu kojoj je taj novac namenjen. Terorističke organizacije žele da, koristeći tehnike sakrivanja novca slične onima koje se koriste za pranje novca, sakriju tragove novca koji službama bezbednosti mogu ukazati na osobe povezane sa terorističkim aktivnostima i njihove aktivnosti vezane za pripremu i izvođenje terorističkih napada. Mnogobrojne rezolucije OUN vezane za finansiranje terorizma posebnu pažnju usmeravaju navođenje ekonomskih sankcija kao oblik borbe protiv finansiranja terorističkih aktivnosti Al Kaide i Islamske države Iraka i Levanta.³²

S obzirom na činjenicu da se za finansiranje terorizma koristi "prljavi" novac, osobe uključene u terorističke aktivnosti nastoje da nelegalno stečene prihode uključe u legalne tokove protoka kapitala na globalnom finansijskom tržištu.³³ Osobe povezane sa terorističkim organizacijama ili njihovi članovi, nakon sticanja određene svote "prljavog" novca, isti ulažu u banke koje potom izdaju potvrde o depozitu koje se, uz medijaciju određenih kompanija, ulažu u račune banaka na teritoriji država "poreskog raja" (Kajmanska ostrva, Devičanska ostrva i sl.). Sledeći korak odnosi se na prenos novca u neku od banaka koja izdaje čekove i/ili naloge za plaćanje da bi se potom izvršio prenos novca na račun banke koja se nalazi na teritoriji izvršilaca terorističkog napada. Metode pranja novca kriminalnih grupa i terorista su identične, dok su motivi dijametralno suprotni. Pranje novca koje sprovode pripadnici organizovanih kriminalnih grupa je lukrativnog karaktera, dok su motivi terorističkih grupa dijametralno suprotni i određeni su političkim, a ne materijalnim ciljevima.³⁴

Još jedan od načina za pribavljanje novčanih sredstava za finansiranje terorizma je *Hawala*, neformalni sistem za transfer novca koji se često koristi u azijskim zemljama predstavlja, zbog odsustva birokratskih procedura i bankarskih formalnosti vezanih za proveru identiteta korisnika usluga, idealan kanal za prenos novčanih sredstava između privatnih i fizičkih lica. Zbog visokog stepena anonimnosti navedeni sistem transfera novca predstavlja idealan način za

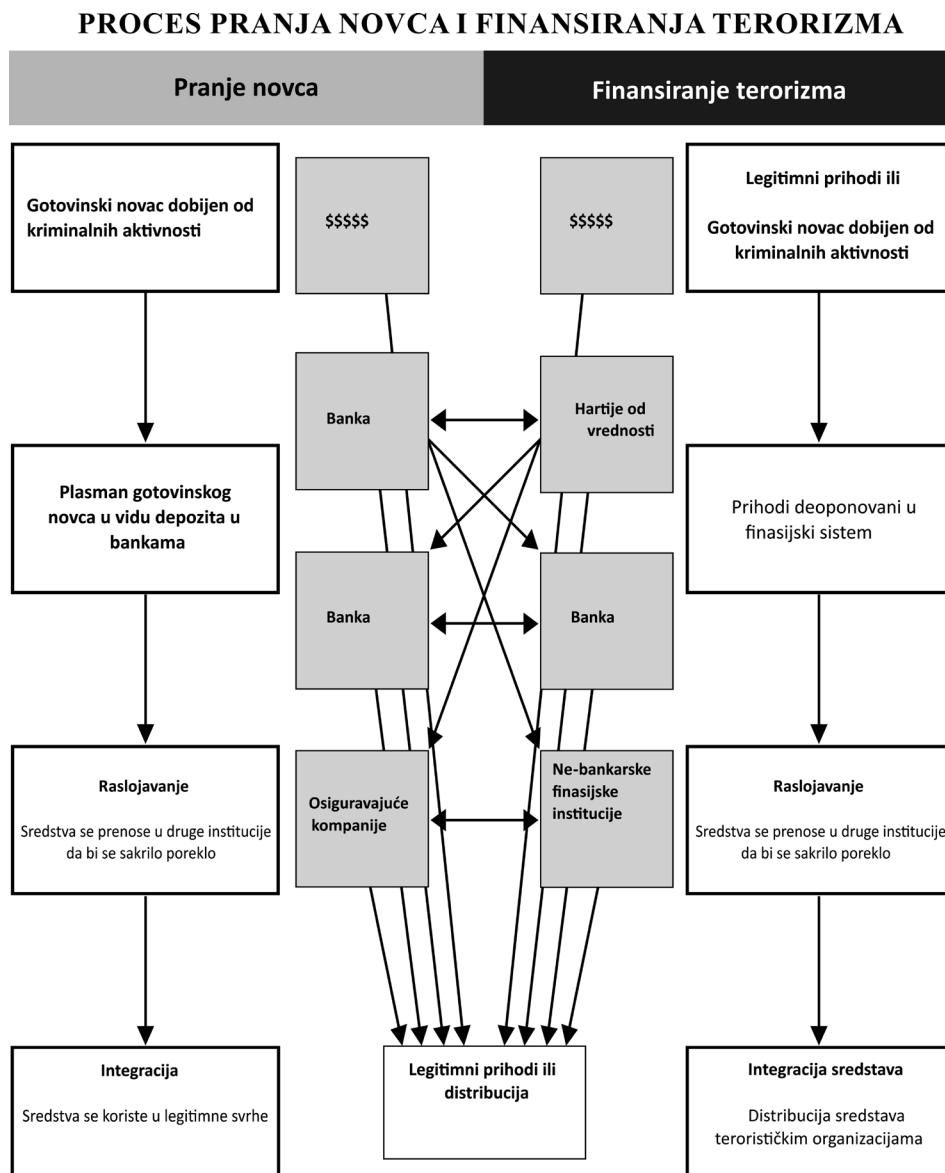
32 Unanimously Adopting Resolution 2253 (2015), Security Council Expands Sanctions Framework to Include Islamic State in Iraq and Levant <http://www.un.org/press/en/2015/sc12168.doc.htm> (12/05/2016)

33 Bolta, D., Sprječavanje finansiranja terorizma, Zagreb, Policijaisigurnost, vol 19. No. 4, 2011, str.423.

34 Taseva, S., Pranje novca i terorizam, Sarajevo, Pravni savjetnik, 10/II, 2004., str. 102.

dostavljanje finansijskih sredstava ćelijama spavača ili aktivnim pripadnicima terorističke organizacije. Visok stepen poverenja koji vlada između posrednika u transferu novca i odsustvo pisanih tragova o transakcijama predstavlja problem bezbednosnim službama koje pokušavaju da detektuju sumnjive transakcije koje vode do terorističkih organizacija.

Tabela 2: Proces pranja novca i finansiranja terorizma³⁵



³⁵ *Money Laundering and Terrorist Financing: Definitions and Explanations* <http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/01-chap01-f.qxd.pdf> (02/02/2016)

5. ZAKLJUČAK

Pranje novca i finansiranje terorizma predstavljaju krivična dela koja ugrožavaju međunarodnu bezbednost. Finansiranje terorizma kao postupak obezbeđivanja sredstava ili imovine od strane fizičkih ili pravnih lica potrebnih za izvršenje terorističkih napada odvija se u nekoliko faza. Prva faza oličena je u prikupljanju sredstava iz različitih izvora kroz zakonito poslovanje kompanija, donacije pojedinaca, putem humanitarnih fondova ili kroz različite oblike organizovanog kriminala. U drugoj fazi novčana sredstva se deponuju u bankama na računima posredničkih kompanija ili pojedinaca, dok treća faza podrazumeva transfer deponovanih finansijskih sredstava do krajnjih korisnika odnosno terorista koji pripremaju i izvode teroristički napad.

Terorističke grupe i pripadnici organizovanog kriminala koriste iste postupke za pranje novca ali njihove aktivnosti imaju različite motive. Organizovane kriminalne grupe žele pranjem novca prikriti kriminalno poreklo finansijskih sredstava kako bi uvećali svoje nelegalno stečene prihode, dok terorističke organizacije "prljavi" novac sprovode kroz finansijske sisteme koristeći metode pranja novca zbog tajne i kriminalne prirode svojih delatnosti, i na taj način sprečavaju mogućnost da planirane terorističke aktivnosti budu otkrivene od strane neke finansijsko-obaveštajne službe.

Globalna dimenzija problema pranja novca i finansiranja terorizma ima poguban uticaj na ekonomske, političke i bezbednosne aspekte funkcionisanja pojedinačnih država i međunarodnog sistema. Razmena informacija o sumnjivim finansijskim transakcijama između obaveštajnih službi država koje se bore protiv terorizma i implementacija standarda i preporuka usvojenih pri međunarodnim organizacijama predstavlja put ka prevenciji pranja novca i finansiranja terorizma.

Summary

MONEY LAUNDERING AS ECONOMIC DIMENSION OF TERRORISM

This paper presents an economic dimension of terrorism through analysis of terrorist organizations needs for funding, modules of financing terrorism and links to money laundering. Financial resources are one of the most important conditions for maintaining infrastructure of terrorist organizations and carrying out terrorist activities. Assets acquired through legal and illegal channels members of the terrorist organization carry out through financial system by using techniques of money laundering in order to conceal the trace of money needed for organizing terrorist attacks. Due to the global nature of the problem of money laundering and terrorist financing, preventive mechanisms include cooperation of financial intelligence agencies and international organizations as well as strengthening of national institutions that are dealing with this problem. Numerous recently adopted guidelines, conventions and recommendations (within the EU, OUN, FATF) draw attention for detection terrorist activities in the preparatory phase, such as travel of terrorists, financing logistical support for their activities and weapons (explosives) supply required for carrying out terrorist attacks.

Key words: *terrorism, financing, money laundering, preventive.*

Zusammenfassung

GELDWÄSCHE ALS WIRTSCHAFTLICHE DIMENSION DES TERRORISMUS

In der Arbeit wird die wirtschaftliche Dimension des Terrorismus durch die Analyse des Bedarfs der terroristischen Organisationen nach Finanzmitteln, der Finanzierungsmodulen des Terrorismus und der Verbindung mit der Geldwäsche dargestellt. Die Finanzmittel stellen eine der wichtigsten Voraussetzung für die Infrastrukturerhaltung der terroristischen Organisationen und die Ausführung der terroristischen Aktivitäten dar. Die legal und illegal erlangten Mittel leiten die Mitglieder der terroristischen Organisationen mit Geldwäschetechniken durch Finanzsysteme und verheimlichen den Zweck der Mitteln, der für die Organisation der terroristischen Angriffe bestimmt wurde. Wegen der internationalen Natur des Geldwäscheproblems und der Terrorismusfinanzierung umfassen die präventiven Mechanismen die Kooperation zwischen den Finanz- und Sicherheitsbehörden und den internationalen Organisationen aber auch die Stärkung der nationalen Institutionen, die sich mit dem angeführten Problem befassen.

Schlüsselwörter: *Terrorismus, Finanzierung, Geldwäsche, Prävention.*

Riassunto

IL RICICLAGGIO DI DENARO QUALE DIMENSIONE ECONOMICA DEL TERRORISMO

Nel lavoro si illustra la dimensione economica del terrorismo mediante l'analisi dei bisogni dell'organizzazione terroristica di mezzi finanziari, modalità di finanziamento del terrorismo e del collegamento con il riciclaggio di denaro. I mezzi finanziari rappresentano uno dei fattori principali per il mantenimento dell'infrastruttura dell'organizzazione terroristica e per la realizzazione stessa dell'attività terroristica. I mezzi accantonati per vie legali ed illegali dai partecipanti alle organizzazioni terroristiche mediante diverse tecniche di riciclaggio di denaro vengono incanalati attraverso i sistemi finanziari, celando lo scopo del denaro destinato all'organizzazione di attacchi terroristici. Stante la natura globale del problema del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo, i meccanismi preventivi comprendono la collaborazione di servizi finanziari, dei servizi segreti e di organizzazioni internazionali mediante il rafforzamento delle istituzioni nazionali, che si occupano di tale problema.

***Parole chiave:** terrorismo, finanziamento, riciclaggio di denaro, prevenzione.*

LOKALNA SAMOUPRAVA U HRVATSKOJ: VELIČINA I EKONOMSKA SKALA

Josip Jambrač, univ.spec.oec. et iur.
Vrbovec

UDK: 352(497.5)
Ur.: 21. rujna 2015.
Pr.: 16. ožujka 2016.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Države članice Europske unije, znatno se razlikuju ne samo po veličini i broju stanovnika, već i po organizaciji svojih subnacionalnih vlasti. Još veće razlike države iskazuju u visini udjela javnih rashoda u BDP-u, također u udjelima subnacionalnih vlasti u javnim rashodima. Rad razmatra neke pojave teritorijalne konsolidacije u državama EU 28, kao posljedicu težnje za smanjivanjem javnih rashoda država, odnosno razmatra položaj jedinica lokalnih vlasti u javnim rashodima. U tom se kontekstu daje osvrt na rezultate brojnih studija o ekonomskoj skali subnacionalnih vlasti. Rad analizira neke elemente ekonomske skale poslovanja lokalnih jedinica u Hrvatskoj, s obzirom na udio u javnim rashodima, broju zaposlenih te visini ukupnih troškova lokalnih vlasti. Također, s obzirom na stalnu dvojbu, male ili velike jedinice, analizira se demokratski aspekt lokalnih jedinica u pogledu odziva na lokalne izbore, ali i troška reprezentativnosti. Hrvatska se prema fragmentiranosti ne razlikuje puno od EU prosjeka. Poput ostalih država u EU, i Hrvatska ima poteškoća u određivanju ciljeva teritorijalne reforme. U analizi se ne nalaze elementi ekonomske skale lokalnih jedinica. Jedino Grad Zagreb pokazuje određeni značaj u ekonomskom životu zemlje. Naime, Grad Zagreb u dvije ključne karakteristike ekonomije razmjera, broju stanovnika i ukupnim rashodima, znatno je iznad svih ostalih lokalnih jedinica, premda sudjeluje sa samo dva posto udjela u BDP-u Hrvatske.

Ključne riječi: ekonomska skala, lokalne jedinice, teritorijalna organizacija, veličina jedinica, javni rashodi.

1. UVOD

Gospodarska kriza nastala nakon financijskih poremećaja 2008. godine, u središte je političkih zadaća iznjedrila s jedne strane imperativ smanjenja javnih rashoda i s druge, postavila pitanje učinkovitosti javnog sektora. U Hrvatskoj su

rasprave ili uglavnom kritike na račun veličine države i opsega njenih funkcija, usmjerene više na organizacijsku strukturu (broj subjekata u državnom vlasništvu te veličinu državne uprave i lokalne i područne – regionalne samouprave), nego na visinu javnih rashoda. Stoga se na reformu javne uprave i podizanje njezine učinkovitosti, ponajprije gleda kroz teritorijalnu reorganizaciju zemlje, kao jednom od potencijalnih mjesta ušteda i povećanja efikasnosti.

U Hrvatskoj nisu rađene studije o ekonomskoj skali jedinica lokalne samouprave, premda Hrvatska ima određeno povijesno iskustvo velikih jedinica i visokog stupnja decentralizacije. Promjenom društvenog i ekonomskog modela početkom 1990-ih, promijenjena je i teritorijalna struktura koja se nakon godina stalnog rasta broja jedinica, napokon nakon 2006. godine ustalila na 556 osnovnih jedinica. Iako je većina zemalja Europske unije u posljednjih dvadeset godina provodila različite mjere koje su vodile prema konsolidaciji teritorijalne strukture, u Hrvatskoj se proces ustroja teritorijalne organizacije odvijao u suprotnom smjeru.

Intenzivnija je javna rasprava o problematici teritorijalnog ustroja zemlje, zapravo, započela procesom pristupanja Hrvatske članstvu u Europskoj uniji. Prva upozoravanja europskih tijela u Hrvatskoj, bili su zahtjevi za jačanje kapaciteta javne uprave, istovremeno upozoravajući na slabosti postojeće teritorijalne strukture.¹ Posljednjih deset godina, osobito nakon ulaska Hrvatske u članstvo EU, suočavamo se s problemom nedostatnih kapaciteta javne uprave u funkcioniranju države u novim okolnostima, ne samo unutar samog sustava, već i prema tijelima Europske unije. Posebno je vidljiv problem u korištenju sredstava iz europskih fondova.

U Hrvatskoj, međutim, pristup analizi organizacije *veće je bolje* ili *veće je jeftinije*, odnosno *veće je efikasnije*, nije svojstven politici, niti je takav pristup u fokusu javnosti. Upozorenja i argumentacije o nužnosti smanjivanja broja teritorijalnih jedinica, a posljedično tome, ne samo smanjenje troškova, već ponajprije eliminacija preklapanja nadležnosti, povećanja odgovornosti, u konačnici i podizanje učinkovitosti, dolazila je većinom iz stručnih krugova.² Prijedlozima o reformi javne uprave radi smanjenja javnih rashoda i podizanja učinkovitosti, priklonila se ne tako davno stručnim krugovima i poduzetnička elita.

U radu se pristupa s pretpostavkom da je Hrvatska, brojem stanovnika premala zemlja za ovoliki broj osnovnih jedinica i da se spajanjem u jedinice određene veličine mogu smanjiti određeni troškovi, odnosno pružiti bolja usluga. Istraživanje se izvodi na temelju empirijskih pokazatelja poslovanja lokalnih jedinica za četverogodišnje razdoblje od 2010. do 2013. godine, analizom određenih rashoda u odnosu na broj stanovnika jedinice.

1 Izvješće i preporuke Kongresa lokalnih i regionalnih vlasti Vijeća Europe: Lokalna i regionalna demokracija u Hrvatskoj (prijevod), Hrvatska javna uprava, vol. 7, 4/2007., str. 913-942.

2 Koprić, I., Upravljanje decentralizacijom kao nov pristup sustavu lokalne samouprave, Hrvatska javna uprava, vol. 8, 1/2008., str. 95-133; Koprić, I., Kriteriji za prosudbu racionalnosti teritorijalne organizacije lokalne i regionalne samouprave, Riznica, 12/2010., str. 40-47.

U drugom dijelu rada postavlja se teoretski okvir koji povezuje veličinu jedinica, njihove troškove s jedne strane te učinkovitost i izvedbu s druge. U trećem dijelu rada daje se osvrt na brojne studije o postojanju ekonomske skale na subnacionalnoj razini i organizaciji lokalnih jedinica u drugim zemljama, također i neka iskustva prema mjerenjima i stajališta o ekonomskoj skali na lokalnoj razini. Četvrti dio rada posvećen je analizi pokazatelja poslovanja lokalnih jedinica u Hrvatskoj i usporedbe s nekim državama članicama Europske unije. U posljednjem dijelu, iznose se zaključci i stajališta temeljem predmetne analize pokazatelja poslovanja osnovnih jedinica.

2. TEORIJSKI OKVIR ANALIZE

Rasprave o optimalnoj veličini lokalnih jedinica, kontinuirano su na dnevnom redu političkih aktera. Države Europske unije pokazuju značajnu nejednakost u organizaciji subnacionalne razine. Prosjek država članica EU-27 skriva visoki disparitet temeljnih jedinica, njihove su osnovne jedinice različitih veličina i imaju različite funkcije odnosno stupanj decentralizacije. Stoga je pitanje definiranja *optimalne* veličine osnovnih jedinica povezano s nizom čimbenika; brojem stanovnika, modelom mjerenja izvedbe, vrednovanjem proizvoda te samom usporedbom rezultata. Zapravo, vrlo je složeno. Međutim, u znatnoj mjeri na različite pristupe i interese političkih elita prema organizaciji države, utječe povijesni razvoj. Dugotrajnost države, odnosno njezine organizacije, u jednu ruku, ključni je čimbenik u razumijevanju postojećeg modela subnacionalne organizacije, dok u drugu ruku postaje prepreka i stvara poteškoće u provedbi reformi.³

Postoji više hipoteza o optimalnoj veličini jedinica lokalnih vlasti. Jedna od njih je i hipoteza o „ekonomskoj skali.“ Pretpostavka ekonomske skale sugerira da povećanjem veličine jedinice padaju troškovi po jedinici. Smatra se da velike jedinice pružaju više usluga (veću proizvodnju), veća specijalizacija osigurava rast produktivnosti i da sve zajedno proizvodi bolje učinke. S obzirom na to da veće jedinice opslužuju veći broj stanovnika, pretpostavlja se, ostvaruju se niži fiksni troškovi po stanovniku. Spajanje jedinica može imati za posljedicu i smanjivanje preklapanja zadaća, ali i devolucije novih odgovornosti za lokalne vlasti, nove zadaće koje traže veći broj korisnika odnosno veće jedinice. S obzirom na brze promjene tehnologije obavljanja poslova s jedne strane i s druge, mogućeg znatnog pada broja stanovnika (npr. u Hrvatskoj), spajanje lokalnih jedinica može biti i iz demografskih, ili tehnoloških uzroka, ili političkih prilika. Drugim riječima, lokalne jedinice mogu danas biti znatno veće s istom sposobnošću isporuke proizvoda ili biti toliko male da su potrebe –potražnja za njihovim uslugama niskog intenziteta.

3 Swianiewicz, P., *Territorial Fragmentation As a Problem Consolidation As a Solution?* Budapest, u: ur., Swianiewicz, P., *Territorial Consolidation Reforms in Europe*, Budapest, OSI/LGI, 2010., str. 11-13.; Huntington, S. P., *American Ideals versus American Institutions*, *Political Science Quarterly*, vol. 7, 1/1982., str. 11-12.

Postoje mnoge studije o povezanosti veličine lokalnih jedinica, njezinih rashoda i nadležnosti.⁴ Mnoge pokazuju i da organizacija maloga broja velikih jedinica olakšava i snižava troškove nadzora sa središnje razine.⁵

Mnoge empirijske studije⁶ koje su posljednjih godina napravljene u Europi vode do različitih zaključaka. Ovisno o procjenama i korištenim pokazateljima u modelu, postoje studije koje dokazuju opravdanost postojanja velikih jedinica. S druge strane, Boyne⁷ daje pregled empirijskih studija u kojima postoji malo potpore pretpostavci povezanosti veličine jedinice i izvedbe, odnosno ističe mnoge čimbenike od kojih neki imaju, a neki nemaju nikakav utjecaj na izvedbu.

Gledamo li jedinice s proizvodnog stajališta, s jedne strane njihova bi veličina trebala biti tolika da minimizira prosječne troškove, a s druge trebaju imati dovoljno kapaciteta za učinkovito izvršenje određene *proizvodnje*.⁸ Stoga, troškovi proizvodnje poprimaju „U“ oblik krivulje. „U“ oblik sugerira da male jedinice imaju veće troškove po jedinici proizvoda, zatim troškovi padaju do određene veličine jedinica te se ponovno povećavaju.⁹ Teorija organizacije i upravljanja podupire veće jedinice, snažniju specijalizaciju, s njom i čvršću organizaciju, tj. hijerarhiju. Posljedično, takve su organizacije manje fleksibilne, zahtjevnije za koordinaciju, imaju ambicije proširiti područje djelovanja, a s veličinom organizacije raste i potreba formalizacije ponašanja. Dakle, takve organizacije poprimaju neke aspekte korporativne kulture.¹⁰ Proširenjem područja djelovanja rastu i troškovi. Jer, veće jedinice s većim brojem zadaća, nužno imaju veći broj zaposlenika, specijalista, složeniju organizaciju u kojoj se potrebe za zaposlenima kumuliraju, a ponekad i nisu kontrolirane. A sve kako bi mogle pružiti kvalitetne usluge svojim korisnicima.¹¹

4 Callanan, M., Murphy, R. and Quinlivan, A., The Risks of Intuition: Size, Costs and Economies of Scale in Local Government, Dublin, The Economic and Social Review, vol. 45, 3/2014., str. 371-403.

5 CLDR, Relationship Between the Size of Local and Regional Authorities and their Effectiveness and Economy of their Action, Bruxelles, Report by the CLDR to Council of Europe, 2001.

6 Matějová, L. i dr., Economies of scale – empirical evidence from the Czech Republic, Brno, Enterprise and the Competitive Environment 2014. (conference), ECE 2014., 6-7 March 2014. Brno.

7 Boyne, G. A., Sources of Public Service Improvement: A Critical Review and Research Agenda. Journal of public administration research and theory, vol. 13, 3/2003., str. 367-394.

8 Houlberg, K., Municipal Size, Economy and Democracy. Budapest, u: ur., Swianiewicz, P., Territorial Consolidation Reforms in Europe, Budapest, OSI/LGI, 2010., str. 309-331.

9 Boyne, G. A., Population Size and Economies of Scale in Local Government, Policy and Politics, vol. 23, 3/1995, str. 213-222; Houlberg, K., Municipal Size, Economy and Democracy. Budapest, u: ur., Swianiewicz, P., Territorial Consolidation Reforms in Europe, Budapest, OSI/LGI, 2010., str. 309-331.

10 Callanan, M., Murphy, R. and Quinlivan, A. The Risks of Intuition: Size, Costs and Economies of Scale in Local Government, Dublin, The Economic and Social Review, vol. 45, 3/2014., str. 375.

11 Ivanišević, S., Europska iskustva u decentralizaciji upravljanja velikim gradovima, Hrvatska javna uprava, vol. 8, 2/2008., str. 407-420; Rogić Lugarić, T., Financijski aspekti položaja velikih gradova, Hrvatska javna uprava, vol. 10, 3/2010., str. 683-708.

Vlasti u malim jedinicama s aspekta blizine i relativno velike neposrednosti mogu iskazivati tendencije *monopola* na lokalnu vlast. Naime, u malim jedinicama moguće je postići *usku* suradnju političkog, poslovnog i nevladinog sektora u izboru vlasti. U Hrvatskoj postoji veliki broj jedinica u kojima su izabrani isti čelnici na više mandata, desetke i više godina. U tim slučajevima, na neki način vrijedi pravilo „*poznato je dobro*“ ili „*ne treba ništa mijenjati*.“ To nužno ne mora utjecati na troškove, međutim, utječe na razinu političke participacije.¹² Prema Tiebout hipotezi,¹³ uska povezanost vlasti i birača mogla bi „pritisnuti“ lokalne vlasti da stvaraju povoljniju okolinu za stanovnike i poslovni sektor. Smatra se i da veličina jedinice korespondira s veličinom troškova,¹⁴ opsegom usluga te da u malim jedinicama građani plaćaju malo za ono što dobivaju.¹⁵ Sugerira se da je model funkcioniranja u malim jedinicama jednostavniji, osigurava lakši pregled i kontrolu te stoga može zadržati nisku razinu troškova i efikasnu isporuku usluga.¹⁶

Može se reći da različite aktivnosti u različitim veličinama jedinica ovisno o stupnju decentralizacije, ostvaruju posve drukčije ekonomske učinke. Naime, neke funkcije (primjerice školstva, zdravstva, komunalnih usluga i sl.) ovise o okolišnim faktorima (opsegu zadaća, broju stanovnika, broju naselja) pa spajanje jedinica može rezultirati smanjenjem troškova. Međutim, teško je temeljem toga stvoriti opći zaključak, iskazuju Holcombe i Williams,¹⁷ ali i Fox i Gurley.¹⁸

Neka su istraživanja ekonomske skale lokalnih vlasti napravljena tako da razlikuju radno intenzivne od kapitalno intenzivnih usluga.¹⁹ Prvu su skupinu intenzivnih zadaća činile aktivnosti koje zahtijevaju osobne kontakte, poput inspekcija (građevinskih, okolišnih, komunalnih). U nekim državama su osnovne

12 Koprić, I. i Klarić, M., *New Developments in Local Democracy in Croatia*, Hrvatska javna uprava, vol. 15, 2/2015., str. 475-516.

13 Callanan, M., Murphy, R. and Quinlivan, A., *The Risks of Intuition: Size, Costs and Economies of Scale in Local Government*, Dublin, *The Economic and Social Review*, vol. 45, 3/2014., str. 376.

14 Hendrick, R. M., Jimenez, B. S. i Lal, K., *Does Local Government Fragmentation Reduce Local Spending?*, *Urban Affairs Review*, vol. 47, 4/2011., str. 467-510.

15 Koprić, I., *Consolidation, Fragmentation, and Special Statuses of Local Authorities in Europe*, Hrvatska javna uprava, vol. 12, 4/2012., str. 1175-1196.

16 Callanan, M., Murphy, R. and Quinlivan, A., *The Risks of Intuition: Size, Costs and Economies of Scale in Local Government*, Dublin, *The Economic and Social Review*, vol. 45, 3/2014., str. 376.

17 *Ibid.*, str. 377.

18 Fox, W. F. i Gurley, T., *Will Consolidation Improve Sub-National Governments?*, *World Bank Policy Research Working Paper 3913*, 2006/05 (dostupno na: <http://econ.worldbank.org/>).

19 Dollery, B. i Fleming, E., *A Conceptual Note on Scale Economies, Size Economies and Scope Economies in Australian Local Government*, Working Paper, Working Paper Series in Economics, University of New England, 2005-6.; Houlberg, K., *Municipal Size, Economy and Democracy*. Budapest, u: ur., Swianiewicz, P., *Territorial Consolidation Reforms in Europe*, Budapest, OSI/LGI, 2010., str. 309-331; CLDR, *Relationship Between the Size of Local and Regional Authorities and their Effectiveness and Economy of their Action*, Bruxelles, Report by the CLDR to Council of Europe, 2001.

jedinice zadužene za sigurnost (policija, vatrogasci) ili osnovno školstvo. Druga skupina kapitalno intenzivnih aktivnosti, odnosila bi se na infrastrukturne usluga kao što su isporuka vode, odvodnja, gospodarenje otpadom, opskrba energijom, održavanje komunalne infrastrukture (cesta, kanala i sl.). Razina efikasnosti ove skupine aktivnosti ovisi o veličini jedinice, odnosno o broju i gustoći stanovnika jedinice. S jedne strane troškovi distribucije po jedinici padaju, dok s druge s obzirom na potrebnu snagu, veličinu postrojenja i opseg infrastrukture zahtijevaju veće troškove održavanja. Za obje grupe aktivnosti mogli bi također primijeniti "U" oblik raspodjele troškova odnosno učinkovitosti. Analiza pokazuje da jedinice do određene veličine za istu grupu aktivnosti bilježe niže troškove poslovanja, a potom troškovi poslovanja rastu s veličinom jedinice.

Druge studije s veličinom jedinice povezuju i porast kapaciteta (ljudske potencijale, financijske, IT usluge, poduzetništvo) kao i troškove političko-predstavničkog sustava unutar lokalnih vlasti. S jedne strane, upozoravaju da spajanje jedinica ima i svojih nedostataka, osobito na demokratskom planu: porast transakcijskih troškova, smanjivanje transparentnosti, slabljenje fleksibilnosti i veću administraciju. Autori navode i svoje procjene o padu utjecaja političkog angažmana na ukupan rezultat funkcioniranja kod većih jedinica.²⁰

S druge strane, provedeno okrupnjavanje jedinica, poput reforme 2007. godine u Danskoj, pokazuje da lokalne vlasti s većim jedinicama u državi s visokim stupnjem decentralizacije može biti ključan dio oporavka nacionalne ekonomije. Slučaj Danske pokazuje da veće jedinice u tomu nisu prepreka ekonomskom, ali niti društvenom odnosno demokratskom razvoju zemlje.

Govorimo li o ekonomiji razmjera (skali), valja naznačiti tri razine: (a) konkretan proizvod, (b) konkretne poslove i (c) konkretnu brigu.²¹ Već na prvoj razini, kod konkretnog proizvoda suočavamo se s problematikom definiranja proizvoda i organizacijom proizvodnje istih, ovisno o potražnji (veličini tržišta). U segmentu usluga, to bi značilo da njezina proizvodnja izravno ovisi o broju korisnika odnosno u najvećoj mjeri o broju stanovnika. Naime, neki *proizvodi* mogu biti dostupni ili potrebni i građanima drugih jedinica. Temeljni *proizvodi* jedinice odnose se i na područje kojeg pokriva, dakle, primarno na vlastiti broj stanovnika.

20 Andrews, R. i Boyne, G. A., *Size, Structure and Administrative Overheads: An Empirical Analysis of English Local Authorities*. *Urban Studies*, vol. 46, 4/2009., str. 739-759; Bloom-Hansen, J., *Municipal Amalgamations and Common Pool Problems: Danish Local Government Reform in 2007*. *Scandinavian Political Studies*, vol. 33, 1/2010., str. 51-73; Fox, W. F. i Gurley, T., *Will Consolidation Improve Sub-National Governments?*, World Bank Policy Research Working Paper 3913, 2006/05.; Houlberg, K., *Municipal Size, Economy and Democracy*. Budapest, u: ur., Swianiewicz, P., *Territorial Consolidation Reforms in Europe*, Budapest, OSI/LGI, 2010., str. 309-331; Swianiewicz, P., *Territorial Fragmentation As a Problem, Consolidation As a Solution?*, u: ur., Swianiewicz, P., *Territorial Consolidation Reforms in Europe*, OSI/LGI, Budapest, 2010., str. 1-23; CLDR, *Relationship Between the Size of Local and Regional Authorities and their Effectiveness and Economy of their Action*, Bruxelles, Report by the CLDR to Council of Europe, 2001.

21 Houlberg, K., *Municipal Size, Economy and Democracy*. Budapest, u: ur., Swianiewicz, P., *Territorial Consolidation Reforms in Europe*, Budapest, OSI/LGI, 2010., str. 312.

Stoga s te razine veće jedinice imaju prednost pred malim jedinicama.

Drugo, konkretne poslovne aktivnosti jedinice i njezinih subjekata usko su povezane s veličinom prostora. Naime, decentralizacijom nekih funkcija 2001. godine u Hrvatskoj, samo su 33 od 556 lokalnih jedinica, tada na temelju visine proračuna *preuzele* određene decentralizirane funkcije (poslove) na svojem ili širem prostoru. Novi konkretni poslovi u obrazovanju, zdravstvu, socijalnoj zaštiti, vatrogastvu, povećale su obujam poslovnih aktivnosti, proširile broj korisnika, vjerojatno i efikasnost, ali i broj izvršitelja. S ekonomske točke gledanja, ustanove i trgovačka društva s više korisnika ostvaruju bolje rezultate odnosno ostvaruju manje troškove po jedinici korisnika. Dakle, koncentracija korisnika (uz veći prostor i širi spektar usluga) ruši marginalne troškove jedinica. Veće jedinice su uglavnom sposobne pružiti više konkretnih poslova svojim stanovnicima.

I treće, povećanjem broja stanovnika na osnovnoj razini mijenja se struktura stanovništva, njihove potrebe i zahtjevi dobivaju sasvim drugu dimenziju negoli što su to u malim jedinicama. Zahtjevi i potrebe građana velikih jedinica nameću potrebu kreiranja i javnih politika. Veličina jedinice značajno utječe na financijsku snagu jedinice i visinu troškova, osobito s pozicije socijalne funkcije (subvencije, potpora, pomoći) lokalni vlasti. U tom smislu, veće jedinice mogu akumulirati veće prihode i osigurati značajniju raspodjelu sredstava za socijalne svrhe (npr. Grad Zagreb), tj. voditi veću *brigu* za svoje građane. Ukupno gledajući, velike jedinice podižu administrativne kapacitete, a troškovi reprezentativnosti kao i troškovi upravljanja jedinicom su niži po stanovniku, dok bi usluge trebale biti kvalitetnije. Proces urbanizacije, čiji se snažniji intenzitet u Hrvatskoj tek očekuje, nedvojbeno ide u prilog organiziranju većih jedinica.

U analizi, u daljnjem tekstu, pokazuje se da do određene razine (proizvodnje) veličine jedinice njezini troškovi nerazmjerno rastu. Naime, kod malih jedinica rastu zbog velikog udjela fiksnih troškova u ukupnim rashodima, a kod velikih jedinica, rastu uglavnom zbog pružanja širokog raspona usluga, veće i kvalitetnije administracije, specijaliziranog osoblja, ali vjerojatno i slabije iskorištenih potencijala.²² Treba spomenuti i veću ili manju sposobnost ili nesposobnost upravljanja (vodstva) jedinicama što značajno utječe na ukupan rezultat, osobito kod velikih jedinica s *velikim* administrativnim kapacitetima. U Hrvatskoj se evidentira kontinuirani rast zaposlenih u lokalnoj administraciji,²³ kao jedna od *mjera* za kojom poseže vodstvo jedinica u potrazi za kapacitetom i učinkom. Međutim, povećanje broja zaposlenih uglavnom ne rezultira povećanom produkcijom, većim obujmom poslova ili većom brigom, već povećanim fiksnim i transakcijskim troškovima. Iako

22 Boyne, G. A., Population Size and Economies of Scale in Local Government, Policy and Politics, vol. 23, 3/1995, str. 215; Jurlina Alibegović, D. i Slijepčević, S., Identifying Key Obstacles for Performance Measurement at the Sub-National Level in Croatia, Hrvatska javna uprava, vol. 12, 4/2012., str. 1117-1156.

23 Franić, J., Zapošljavanje na lokalnoj razini u Republici Hrvatskoj tijekom gospodarske krize. Zagreb, Institut za javne financije, Newsletter, br. 71/2012.; Vukšić, G., Zaposlenost i obilježja zaposlenosti tijekom aktualne krize u Hrvatskoj, Zagreb, Institut za javne financije, Newsletter 86/2014.

je iznimno teško utvrditi veličinu produkcije, model komparacije s visinom rashoda po stanovniku usporediv je pokazatelj s obzirom na nezavisnu varijablu – broj stanovnika. Premda te pokazatelje ne možemo smatrati *outputom*,²⁴ isti su izračuni korišteni i u drugim studijama, pa su mogu djelomice uspoređivati.

3. PRIKAZ VELIČINA LOKALNIH JEDINICA I NEKA ISKUSTVA TERITORIJALNIH REFORMI U EU

Europska unija, njezinih 27 država članica imale su 2011. godine 90.380 subnacionalnih jedinica. Dvije godine kasnije, ulaskom Hrvatske 2013. godine u članstvo EU, bogatstvo subnacionalnih jedinica poraslo je za 576 jedinica na ukupno gotovo 91 tisuću jedinica. Od 27 država članica EU-27, njih jedanaest ima samo jednu razinu subnacionalnih vlasti, devet dvije (općine i regije), osim Austrije s devet federalnih zemalja, dok ostatak od sedam država, među kojima su neke od najvećih zemalja, ima tri razine teritorijalnog ustroja: općine, regije i tijela druge razine (*intermediary entities*), poput provincija, departmana, županija te 16 federalnih država, Njemačka.²⁵

Od ukupnog broja temeljnih jedinica, 89.077 jedinica – općina, njih je gotovo 70 posto locirano u pet zemalja: 41 posto u Francuskoj, 13 posto u Njemačkoj, devet posto u Italiji i sedam posto u Češkoj. Valja naglasiti, kako su države s velikim brojem temeljnih jedinica redom, osim Češke, najveće države Europske unije, od 60 do više od 80 milijuna stanovnika. Općine u EU-27 su 2011. godine prosječno imale 5.630 stanovnika, smještenih na prosječnoj veličini prostora od oko 49 km². Dakako, postoje veliki dispariteti u prosječnom broju stanovnika i prostoru koje pokrivaju unutar pojedinih država (tablica 1.).

Jedinice osnovne razine s manje od 5.000 stanovnika u prosjeku, nalaze se u sedam država, a njih tri imaju prosjek po jedinica ispod 2.000 stanovnika: Češka Republika s 1.700, Francuska s 1.800 i Slovačka s 1.900 stanovnika. Na drugom kraju spektra su države i jedinice s prosječno više od 30.000 stanovnika. Takva je situacija u osam država: Irska, Litva i Portugal u skupini država s jednostupanjskom strukturom; Danska, Grčka, Nizozemska i Švedska s dvostupanjskom, te Ujedinjeno Kraljevstvo, jedino među skupinom država s trostupanjnskom strukturom. Ujedinjeno Kraljevstvo iskače s neusporedivo velikim prosjekom od 152.680 stanovnika po jedinici prve razine. Prema veličini teritorija jedinica prve razine s više od 600 km², Ujedinjenom Kraljevstvu pridružuju se Irska, Finska i Litva od država s jednostupanjskom strukturom i Švedska s dvostupanjskom strukturom te *daleko* prostorno najvećim jedinicama prve razine, s prosječno 1.552 km² (tablica 1.).²⁶ Dakle, razlike između veličina jedinica temeljne razine su značajne.

24 Houlberg, K., *Municipal Size, Economy and Democracy*. Budapest, u: ur., Swianiewicz, P., *Territorial Consolidation Reforms in Europe*, Budapest, OSI/LGI, 2010., str. 314.

25 Dexia i CEMR, *Subnational public finance in the European union – 2011.*, Bruxelles, 2012., str. 6.

26 Halásková, M. i Halásková, R., *Administrative Territorial Structures in EU Countries and their specifics*, Ostrava, VŠB-Technical University of Ostrava, University of Ostrava Fond rozvoje vysokých škol FRVŠ 239/2009/F5/, 2009., str. 66.

Usporedimo li prosječnu veličinu jedinica temeljne razine u Hrvatskoj s prosječnom veličinom temeljnih jedinica država članica EU-a, Hrvatska u prosjeku ima površinom i brojem stanovnika veće jedinice prve razine (tablica 1.). Prosječna jedinica prve razine u Hrvatskoj je veličine 102 km² i ima oko 7,7 tisuća stanovnika, u odnosu na prosjek EU-a s prosječnom veličinom od 49,5 km² i 5,6 tisuća stanovnika. Međutim, u usporedbi sa državama s jednostupanjskom strukturom, Hrvatska ima znatno fragmentiraniju teritorijalnu organizaciju. Naime, prosječna veličina jedinica prve razine skupine 11 država s jednostupanjskom organizacijom, čine jedinice sa 18,4 tisuće stanovnika i veličinom područja s nešto više od 387 četvornih kilometara. Dakle, prosječna veličina jedinica prve razine u Hrvatskoj je prostorno gotovo četiri puta manja i ima više od dvostruko manje stanovnika od prosječne veličine temeljnih jedinica članica EU-a s jednostupanjskom strukturom. Od 11 država s jednostupanjskom strukturom, njih četiri; Cipar, Luxembourg, Estonija i Malta, imaju prosječno manje stanovnika, dok su površinom manje jedinice na Malti, Cipru, Luxembourg i Sloveniji (tablica 1.).

U pregledu 34 studije koje povezuju veličinu lokalnih jedinica i troškove isporuke usluga u nekoliko zemalja nalazi se da: „29 posto istraživanja dokazuje “U“ oblik raspodjele troškova, 39 posto studija ne nalazi statističku povezanost veličine i troškova po stanovniku, osam posto nalazi dokaze o ekonomskoj skali i 24 posto ne nalazi dokaze ekonomičnosti skale.“²⁷

U pregledu rasprave o 21 europskoj zemlji u Izvještaju CDLR-a, navodi se da ekonomska skala ovisi i o administrativnoj nadgradnji. U izvješću se sugerira da troškovi mogu biti visoki i u vrlo malim jedinicama, niži u jedinicama srednje veličine, ali vrlo često ponovno rastu porastom broja stanovnika jedinica koje pokrivaju područje s više od 40 000 stanovnika. Navodi se i da je zadovoljstvo građana lokalnom vlašću u jedinica s više od 30 000 stanovnika u laganom pada.²⁸

Argumenti konsolidacije lokalnih vlasti potječu iz 1970-ih godina, financijske krize i tendencije smanjivanja opsega države odnosno njezinih troškova. U tom su se razdoblju u nekim zemljama dogodile znatne redukcije broja lokalnih jedinica (Britanija, Danska, Njemačka, Belgija, Švedska). Dvadeset godina kasnije, u 1990-im godinama, nakon pada željezne zavjese u novostvorenim je zemljama CEE (Češka Republika, Slovačka, Mađarska, Slovenija) i u Hrvatskoj, proces teritorijalne organizacije poprimio suprotan smjer. Teritorijalna struktura tih zemalja s velikim jedinicama, zamijenjena je novom strukturom s velikim brojem malih jedinica.

Problematika fragmentirane teritorijalne strukture ponovno dolazi na dnevni red nakon 2008. godine, osobito u zemljama s proračunskim deficitima i velikim javnim dugom. Dakle, gotovo dvadeset godina nakon usitnjavanja lokalnih jedinica, zemlje CEE, među kojima je i Hrvatska, suočene su s *jasnim* pitanjima održivosti postojećeg modela upravljanja zemljom. Nedavno provedene reforme teritorijalne

27 Callanan, M., Murphy, R. and Quinlivan, A., The Risks of Intuition: Size, Costs and Economies of Scale in Local Government, Dublin, The Economic and Social Review, vol. 45, 3/2014., str. 378.

28 Ibid., str. 379.

strukture smanjivanjem broja lokalnih jedinica (Danska, Finska, Britanija, Irska, procesi konsolidacije u Nizozemskoj, Francuskoj, Njemačkoj, Italiji), sugeriraju da okrupnjavanje lokalnih jedinica postaje središnje pitanje reformskih procesa. U nekim se zemljama poput Danske, proces redukcije dogodio vrlo brzo, dok su u drugima, npr. Nizozemska, Finska, odvija inkrementalno. Međutim, bez obzira na različite rezultate u studijama i praksi, zagovornike i protivnike konsolidacije lokalnih jedinica, u Europi su na djelu reforme s ciljem smanjivanja broja lokalnih jedinica odnosno vlada uvjerenje da su veće jedinice učinkovitije i mogu pružiti kvalitetnije usluge svojim građanima.²⁹

Matějová³⁰ nalazi da su mnoge studije u Europi odvojeno analizirale pojedine funkcije lokalnih jedinica (općina), npr. vodoopskrba, javni transport, bolničke usluge, predškolsko obrazovanje, javne knjižnice itd. Međutim, predmetne analize vode prema različitim zaključcima, ovisno o pokazateljima i modelima koji su korišteni u obradi rezultata. Već sam popis zadaća koje su uzete u analizu, sugerira na veliku razliku i u veličinama jedinica, posljedično i rezultatima analize odnosno stupnju decentralizacije. Spomenuti se nalazi teško mogu uspoređivati. Svaka od studija koristi drugačije modele i pokazatelje, a svaka od analiziranih zemalja odnosno njena teritorijalna struktura je drukčija, s vrlo velikim rasponom nadležnosti i financiranja, razvijala se u drugom povijesnom kontekstu i ima za građane drugu važnost. Matějová iznosi rezultat npr.³¹ analize optimalne veličine jedinica za predškolsko i osnovno obrazovanje od 233 tisuće stanovnika u Republici Češkoj. Druge analize sugeriraju (u Italiji, Norveškoj ili Danskoj) da jedinice s pet tisuća stanovnika mogu efikasno obavljati određeni opseg poslova. Drugi nalaz u Nizozemskoj i Švedskoj govori o efikasnosti jedinicama s osam i više tisuća stanovnika.³² U Hrvatskoj dio odgovornosti za funkcije osnovnog školstva nose lokalne jedinice veličine od 15 do 800 tisuća stanovnika.

Tablica 1. Stanovništvo, broj jedinica i stanovnika 1. razine u EU – 28 do 2014. godine

Zemlja	Stanovništvo (u tis.)	Stanovnika po jedinici 1. razine (u tis.)	Broj jedinica 1. razine
Bugarska	7.534	27,9	264
Cipar	804	2,1	379
Estonija	1.340	5,9	226

29 Ibid., str. 384.

30 Matějová, L. i dr., *Economies of scale – empirical evidence from the Czech Republic*, Brno, Enterprise and the Competitive Environment 2014. (conference), ECE 2014., 6-7 March 2014., Brno, str. 405.

31 Ibid., str. 408.

32 Ibid., str. 409.

Zemlja	Stanovništvo (u tis.)	Stanovnika po jedinici 1. razine (u tis.)	Broj jedinica 1. razine
Finska	5.363	16,0	336
Irska	4.558	147,0	31
Latvija	2.239	18,8	119
Litva	3.287	54,8	60
Luxemburg	506	4,8	105
Malta	416	6,1	68
Portugal	10.637	34,5	308
Slovenija	2.049	9,7	212
Austrija	8.388	3,6	2.357
Republika Češka	10.517	1,7	6.249
Hrvatska	4.285	7,7	556
Danska	5.546	56,6	98
Grčka	11.305	34,8	325
Mađarska	10.000	3,1	3.177
Nizozemska	16.612	38,6	430
Rumunjska	21.431	6,7	3.180
Slovačka	5.430	1,9	2.930
Švedska	9.378	32,3	290
Belgija	10.883	18,5	589
Francuska	64.848	1,8	36.697
Njemačka	81.757	7,1	11.553
Italija	60.468	7,5	8.094
Poljska	38.178	15,4	2.479
Španjolska	46.073	5,7	8.117
UK	61.990	152,7	406
UKUPNO EU 28	505.832	5,6	89.635

Izvor: Dexia – CEMR (2012.). CE-CLRA (2013.): *Local and regional democracy in Spain*. Državni zavod za statistiku: *Statistički ljetopis Republike Hrvatske 2014.* (Obrada – autor.)

Usporedba zemalja prema tipu organizacije subnacionalne razine pokazuje neke sličnosti, međutim, pokazuje i ogromne razlike. Razlike su velike u svim segmentima: strukturi, djelokrugu, unutarnjem ustroju,³³ stupnju decentralizacije, kao i nadzoru koji državna tijela imaju nad radom lokalne samouprave. Jednako tako, značajne su razlike u sustavima lokalne samouprave. Naime, vidljivo je da tip organizacije ovisi o posebnostima svake pojedine države i, znatnim dijelom ovisi o povijesnom kontekstu razvoja države. Stoga s toga gledišta, hrvatski sustav lokalne samouprave ne odskaače (statistički) puno od prikazanih karakteristika jedinica temeljne razine država članica EU-27 (tablica 1.). Osjetnije se razlike pojavljuju u ekonomskim funkcijama temeljne razine organizacije, tj. u stupnju decentralizacije.³⁴

Ivan Koprić, s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, kaže kad se raspravlja o teritorijalnom modelu „da teritorijalnu organizaciju treba promatrati u sklopu ukupnog rezultata države.“ Podaci prikazani u tablici 2., jasno ukazuju da uspješne zemlje, mjereno prema visini BDP-a po stanovniku u odnosu na prosjek EU 28, mjerene indeksom prosperiteta, zadovoljstvu građana, političkoj participaciji i nadasve, kvaliteti javne uprave, a brojem stanovnika približne veličini Hrvatske, imaju manji broj većih lokalnih jedinica odnosno visok stupanj decentralizacije. Skandinavske zemlje (Danska i Švedska – tablica 2.) i Finska (*velika Skandinavija*), sudjeluju u ekonomiji zemlje s najvišim udjelom javnih rashoda u BDP-u članica EU 28, iznad 50 posto. Istodobno, njihove lokalne vlasti čine četvrtinu ili trećinu ukupnih javnih rashoda. Dakle, lokalne jedinice u skandinavskim zemljama imaju znatan utjecaj na njihovu ekonomiju i pridonose ukupnom uspješnom rezultatu društva. Naime, sve tri nabrojane nalaze se u prvih deset najprosperitetnijih država od 142 rangirane na listi Legatum Instituta za 2014. godinu.³⁵

U analizi nekih pokazatelja i podataka o poslovanju i rezultatima lokalnih jedinica (općina i gradova) u Hrvatskoj, uzimaju se podatci o financijskom tijeku (*cash flow*) poslovanja, uspoređuju se ukupni rashodi, troškovi za zaposlene, transakcijski troškovi. Zatim se analiziraju podatci o ulaganjima u cestovnu infrastrukturu i predškolski odgoj te s aspekta demokracije, postotak izlaska na izbore i trošak predstavničke vlasti. S obzirom na izvore prihoda lokalnih jedinica, daje se prikaz broja zaposlenih po grupama jedinica.

33 Antić, T., Komparativni prikaz sustava lokalne samouprave u nekim europskim državama. *Politička misao*, vol. 39, 4/2002., str. 44-86; Ivanišević, S., Stupnjevanje lokalnih samoupravnih jedinica. *Hrvatska javna uprava*, vol. 9, 3/2009., str. 669-722; Koprić, I., Decentralizacija i dobro upravljanje gradovima, *Hrvatska javna uprava*, vol. 9, 1/2009., str. 69-78.; Pavić, Ž., Veličina lokalnih jedinica-europske tendencije i hrvatske nedoumice, *Hrvatska javna uprava*, vol. 10, 1/2010., str. 81-131.

34 Koprić, I., Karakteristike sustava lokalne samouprave u Hrvatskoj, *Hrvatska javna uprava*, vol. 10, 2/2010., str. 371-386.

35 2014 Legatum Prosperity Indeks, Legatum Institute, dostupno na www.prosperity.com (13. ožujak 2015.).

Tablica 2. Neki podatci o rashodima lokalnih jedinica i rezultatima poslovanja država za 2013. godinu

Zemlja	Indeks prosperiteta 2014. (rang)	Stanovnika (u tis.)	Broj jedinica 1. razine	Broj stanovnika po jedinici 1. razine (u tis.)	BDP/ EU 28 (indeks)	Udio javnih rashoda u BPP-u (%)	Udio jedinica 1. razine u javnim rashodima
Danska	4	5.546	98	56,7	124	57,2	36,5
Švedska	6	9.378	290	32,5	127	52,8	25,6
Finska	8	5.363	342	16,8	113	58,5	24,2
Slovačka	35	5.430	2.928	1,8	75	41,0	6,7
Litva	42	3.287	60	50,8	73	35,5	8,0
Hrvatska	50	4.289	556	7,7	61	46,1	12,4

Izvor: EUROSTAT: Prihodi i rashodi država EU 28. (Obrada – autor.)

Cjelokupna analiza vezana je na nezavisnu varijablu – broj stanovnika. Prema lokalne jedinice imaju *de facto* iste zadaće, jedan broj jedinica ima šire područje djelovanja (decentralizirane funkcije), dok druge imaju poseban status (BPP, PPDS, otoci, veliki gradovi, sjedišta županija), što čini značajne razlike u opsegu poslovanja i snazi jedinica. Stoga su u obzir uzete neke kategorije rashoda vezane na funkcioniranje svih jedinica.

4. PODATCI I NALAZI

Hrvatska je svoju prvu reformu teritorijalnog ustroja imala u razdoblju od 1952. do 1957. Tada je broj jedinica (općina) srezan sa 737 na 299. Desetak godina kasnije, 1970-ih, broj jedinica radikalno je smanjen na 114 (1974.).³⁶ Prosječan broj stanovnika u jedinicama u tom razdoblju sa skromnih pet tisuća porastao je na gotovo 40 tisuća stanovnika po jedinici. Dakle, 1990-ih godina, prosječna veličina osnovne jedinice (općine) u Hrvatskoj bila je nešto manja od prosječne veličine jedinice u Danskoj nakon reforme javne uprave 2007. godine.³⁷

Od 1992., pa sve do 2013. godine, broj općina u Hrvatskoj bio je u porastu. U razdoblju od 15 godina, lokalna samouprava na osnovnoj razni dosegla je brojku od 428 općina prosječne veličine ispod tri tisuće stanovnika. Do 2001., bilo je 28

36 Ako se Zagreb gleda kao administrativna cjelina, broj jedinica bio je još manji, 102.

37 Manojlović, R., Danski model novog javnog menadžmenta-može li poslužiti kao uzor Hrvatskoj, Hrvatska javna uprava, vol. 10, 4/2010., str. 961-996.

općina s manje od tisuću stanovnika i činile su gotovo sedam posto ukupnog broja općina. Do 2011., taj se broj povećao za devet općina, na 37 i udio od devet posto. Međutim, nakon 1992. godine i uspostave nove teritorijalne strukture, na osnovnoj su razini osim općina formirani i gradovi pa se ukupan broj jedinica prve razine povećao na 556 jedinica. Prosječna veličina svih jedinica prve razine od 2001. do 2011., pala je na 7.700 stanovnika, a općina na 2.957 stanovnika. Vidljiv je disparitet između općina i gradova po broju jedinica; 428 vs. 128, i po prosječnom broju stanovnika: 2.957 vs. 23.749. Jedinice osnovne razine (općine i gradovi) zadužene su za iste funkcije. Gotovo istu listu zadaća ima i dvadeset formiranih županija, kao jedinica područne (regionalne) samouprave od 2001. godine.³⁸ Nalaz parlamentarne Komisije o stanju lokalne samouprave u Danskoj iz 2003. godine, koji je bio podloga za provedbu teritorijalne reforme, u potpunosti odgovara stanju subnacionalne razine u Hrvatskoj 2015. godine.

U rashodima konsolidirane opće države (KOD) u Hrvatskoj 2013. godine, subnacionalne su jedinice sudjelovale sa simboličnih (oko) 16 posto rashoda. Od ukupnih rashoda od oko 22 mlrd. kuna, 60 posto ili oko 13,9 mlrd. kn rashoda otpada samo na lokalnu državu (naziv koji se koristi za 53 jedinice (33 grada i 20 županija koje su preuzele decentralizirane funkcije). Dakle, 40 posto ukupnih rashoda subnacionalnih jedinica, odnosno 8,3 mlrd. kn, rashodi su ostale 523 jedinice lokalne samouprave.³⁹

Udio javnih rashoda temeljnih jedinica u BDP-u država EU-27 za razdoblje od 2006. do 2012., kreće se nešto iznad 11 posto (11,5 % - 2012.), a maksimalno je iznosio 12,2 posto 2009. U istom su razdoblju javni rashodi država članica EU 27 prosječno iznosili od 46 posto 2006., do 49 posto 2012. godine. Najveći udio javnih rashoda od 50 posto BDP-a, zabilježen je 2009. godine. Istovremeno, udio javnih rashoda u BDP-u Danske 2012. godine bio je 59 posto, dok je 2013. i 2014. udio opao i iznosio nešto manje, 57 posto, ali još uvijek puno više od velike većine država članica EU-27. Od 2007. i implementacije nove strukture i novih nadležnosti, udio javnih rashoda u Danskoj raste. S obzirom na općine kao ključne točke pristupa građanima, očekivano su najveći rashodi za socijalne potrebe, slijede rashodi za opće usluge, zdravstvo, obrazovanje itd.⁴⁰

Udio rashoda lokalnih jedinica u BDP-u Hrvatske, jasno pokazuje položaj jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, odnosno njihovu gotovo *zanemarivu* ulogu u kreiranju javnih rashoda (grafikon 1.). Udio ukupnih rashoda JLP(R)S-e u BDP-u 2013. godine iznosio je oko 7 posto. Međutim, od toga udjela, 2,6 posto ostvaruju gradovi bez Grada Zagreba, a s Gradom Zagrebom 4,6 posto BDP-a. Općine, brojem jedinica, najveći su dio teritorijalne organizacije države;

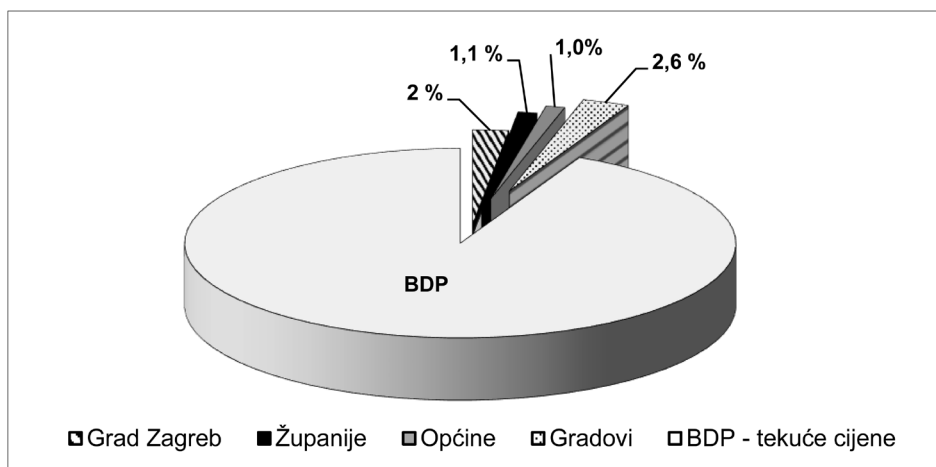
38 Jambrač, J., Ljudi, ekonomija i teritorijalni ustroj, u: Jakša Barbić, ur., *Nova upravno-teritorijalna organizacija Hrvatske*. Zagreb, HAZU, (Okrugli stol: Nova upravno-teritorijalna organizacije Hrvatske), vol. 27, 2015., str. 91-137.

39 Ministarstvo financija: *Ostvarenje proračuna JLP(R)S*, dostupno na: <http://www.mfin.hr/hr/lokalni-proracun-arhiva> (13. ožujak 2015).

40 Government revenue, expenditure and main aggregates, EUROSTAT.

428 općina ili 77 posto svih jedinica prve razine, koje smatramo prvom točkom pristupa građana javnoj upravi, a sudjeluju sa skromnim, gotovo simboličnim udjelom rashoda od svega 1 posto BDP-a. Utjecaj i učinak općina s jedan posto rashoda u BDP-u pa i područnih jedinica s 1,1 posto rashoda u BDP-u, a koje su istovremeno i izvršitelji prenesenih decentraliziranih funkcija, može se ocijeniti kao skromnim, simboličnim udjelom u ukupnim ekonomskim aktivnostima, (grafikon 2.), odnosno teško se može govoriti o ekonomiji razmjera.

Grafikon 1. Udio rashoda jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave u BDP-u za 2013. godinu



Izvor: Ministarstvo financija. (Obrada – autor.)

Gore spomenuti pokazatelji ilustriraju institucionalnu ulogu lokalnih vlasti u upravljanju u Hrvatskoj. I u tim okolnostima mogu se uspoređivati određeni rashodi između jedinica, a na temelju tih pokazatelja mogu se izvesti zaključci o ekonomskim aktivnostima, troškovima, efikasnosti, usporedivo s veličinom jedinice.

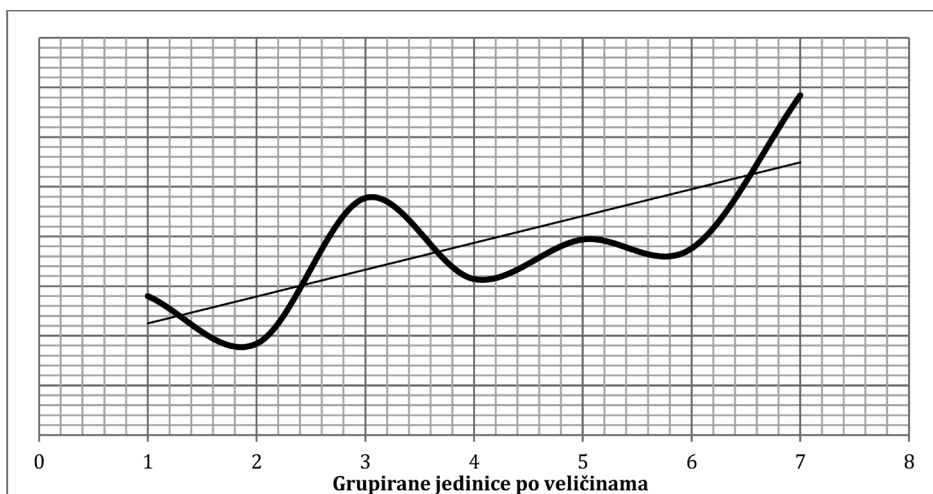
Za ovu analizu, jedinice su grupirane u grupe od G 1 do G 7 prema broju stanovnika. Grupa G 1 jedinice su do 5 000 stanovnika, a do grupe G 7 jedinice su s više od 100 000 stanovnika. U analizi se koriste financijski podaci poslovanja jedinica za četverogodišnje razdoblje, od 2010. do 2013. godine.

4.1. Nalazi

Analiza prosječnih ukupnih rashoda razdoblja po grupama jedinica pokazuje dvostruki “U” oblik rasta. Jedinice do deset tisuća stanovnika (grafikon 2.) bilježe skroman prosječni rashod po stanovniku. Tendenciju prosječnog rasta ukupnih rashoda bilježe jedinice od 14 do 26 tisuća stanovnika. Nakon njih, prosječan ukupan rashod po stanovniku opada do veličine jedinica iznad 50 000 stanovnika, gdje ukupan rashod po stanovniku raste. Paradoks *prve* “U” krivulje odnosi se

na pokazatelje prosječnog ukupnog rashoda po stanovniku jedinica do pet tisuća prema jedinicama od pet do deset tisuća stanovnika. Naime, jedinice G 1 grupe imaju 50 posto veći prosječni ukupni rashod po stanovniku od jedinica G 2 grupe. Treba spomenuti veliki utjecaj pomoći jedinicama grupe G 1 koje znatno podižu visinu prihoda, posljedično i rashoda. Dodatno, zbog manjeg broja stanovnika to se vidljivo odražava u prosječnim rashodima po stanovniku. Jedinice grupe G 3 i jedinice grupe G 7, dakle jedinice od 10 do 20 tisuća i jedinice s više od 100 tisuća stanovnika, pokazuju znatno veću razinu aktivnosti u odnosu na ostale grupe jedinica. Međutim, s obzirom na broj jedinica, iznad prosječnu aktivnost mjerenu rashodima po stanovniku, ostvarilo je 70-ak od ukupno 556 jedinica.

Grafikon 2. *Ukupni rashodi svih jedinica po grupama: prosjek razdoblja 2010.-2013.*



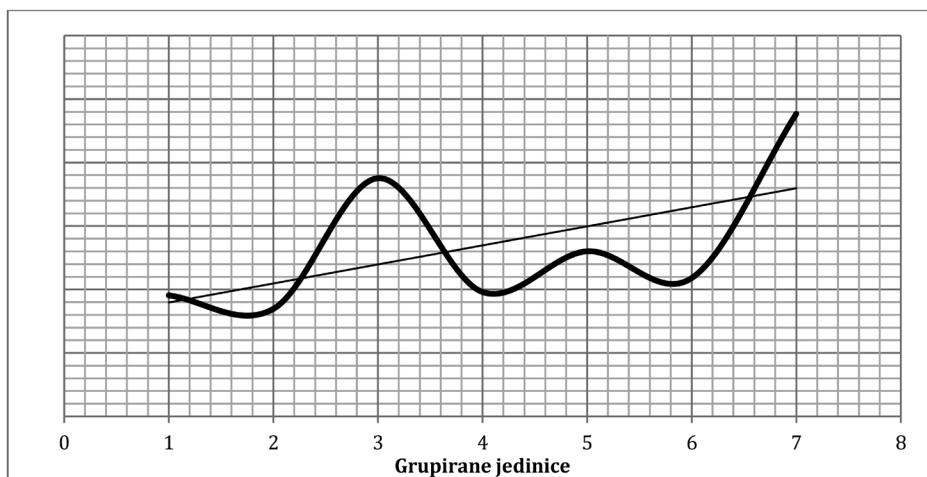
Izvor: Ministarstvo financija-Godišnja financijska izvješća. (Obrada – autor:)

Legenda: 1. – < 5.000;
2. – 5.001 - 10.000
3. – 10.001 - 20.000
4. – 20.001 - 30.000
5. – 30.001 - 50.000
6. – 50.001 - 100.000
7. > 100.000

Transakcijski troškovi (financijski rashodi poslovanja – grafikon 3.) daju gotovo identičnu sliku raspodjele po grupama jedinica kao i prosječni ukupni rashodi (grafikon 2.). Vidljiva je uska veza između ukupne aktivnosti jedinica po grupama i povezanih financijskih troškova. Međutim, krivulja pokazuje da grupe jedinica G 4 do G 6 imaju sporiji rast transakcijskih troškova u odnosu na rast ukupnih rashoda. Transakcijski troškovi malih jedinica, grupe jedinica G 1 i G 2,

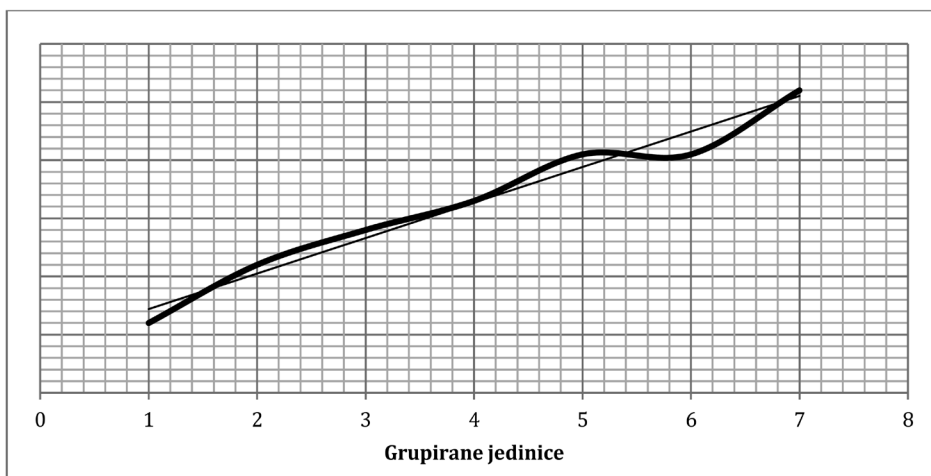
gotovo su isti s grupama jedinica G 4 do G 6, ali uz znatno niže ukupne rashode. Možemo reći komparirajući transakcijske troškove jedinica da su grupe jedinica G 4 do G 6 efikasnije u poslovanju.

Grafikon 3. Financijski rashodi jedinica po grupama: prosjek razdoblja 2010.-2013.



Izvor: Ministarstvo financija. Godišnja financijska izvješća. (Obrada – autor.)

Pokazatelj udjela broja zaposlenih u stanovništvu, grafikon 4., vjerojatno najbolje ukazuje na stvarnu snagu i potencijal lokalnih jedinica. Naime, *pravac* kretanja udjela broja zaposlenih prema broju stanovnika daje najmanje dva moguća zaključka. Prvi, s obzirom na to da prihodi od poreza na dohodak čine 90 posto prihoda od poreza lokalnih jedinica odnosno više od 54 posto prihoda poslovanja lokalnih jedinica, lokalne vlasti jedinica grupe G 1 sa skromnim udjelom od 12 posto zaposlenih u ukupnom stanovništvu ne mogu prikupiti dovoljno prihoda za obavljanje svojih zakonom određenih zadaća. To je slučaj s općinama koje čine većinu lokalnih jedinica: 428 od 556, tj. čak 376 općina ima do pet tisuća stanovnika (G 1). Njihov udio prihoda od poreza na dohodak pada na oko 37 posto prihoda poslovanja. Jasno je da većina općina ne bi mogla funkcionirati bez pomoći viših razina vlasti. U 2014. godini pomoći općinama iznosile su gotovo koliko i polovica njihovih prikupljenih prihoda od poreza na dohodak.

Grafikon 4. Udio zaposlenih u stanovništvu po grupama jedinica u 2013. godini

Izvor: Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje, 2013. (Obrada – autor.)

Drugo je pitanje jačanje kapaciteta, odnosno ljudskih potencijala⁴¹ u okolini i u administraciji. Naime, s prosječno devetoro zaposlenih u tijelima u 2014. godini, općine teško mogu udovoljiti vrlo širokom spektru područja nadležnosti. Uz to, u spomenuti broj zaposlenih uračunata su i čelna mjesta (politički dužnosnici) tako da je *efektivan* broj službenika znatno manji. S obzirom na svoj financijski i fiskalni kapacitet, većina općina odnosno većina malih jedinica ne može si priuštiti veća ulaganja u administrativne kapacitete nužne za novu razvojnu ulogu lokalne samouprave.⁴² Najveći udio zaposlenih u stanovništvu u 2013. godini od oko 52 posto bilježi Grad Zagreb. Grupe jedinica od 30 do 100 tisuća stanovnika imale su prosječan udio od 41 posto. Sljedeće dvije grupe jedinica od 10 do 30 tisuća stanovnika imale su udio od 28 odnosno 33 posto zaposlenih prema broju stanovnika. Najmanje jedinice grupe G 1 i G 2, bilježe tek 12 odnosno 22 posto udjela zaposlenih u ukupnom stanovništvu. Ovakvo kontinuirano velike razlike u broju zaposlenih prema broju stanovnika koje se, nažalost povećavaju, svoje negativne efekte imaju osim na pad broja stanovnika u malim jedinicama i na kontinuirano zaostajanje u razvoju, u konačnici, na upitan *opstanak* takvih jedinica.⁴³

41 Marčetić, G., Upravljanje ljudskim potencijalima u javnoj upravi, Zagreb, Društveno veleučilište u Zagrebu, 2007., str. 235.

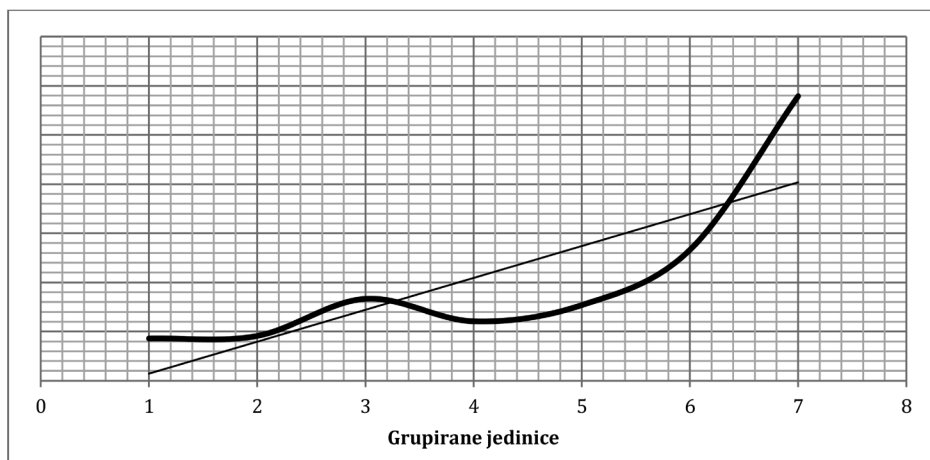
42 Koprić, I., Prijedlozi za reformu lokalne i regionalne samouprave u Hrvatskoj, Hrvatska javna uprava, vol. 10, 4/2010., str. 944-945.

43 Uredba o indeksu razvijenosti, NN br. 63/10. i 158/13.

4.1.1. Analiza nekih funkcija

U nastavku se analiziraju neke funkcije lokalnih jedinica (ulaganja u ceste i predškolski odgoj), te cijena lokalnih vlasti analizom troškova za zaposlene u lokalnoj administraciji i trošak predstavničke vlasti. Cestovni promet, stanje cestovne infrastrukture i prometna komunikacija u jedinicama, jedan je od najvažnijih čimbenika razvoja i standarda življenja. Krivulja (grafikon 5.) pokazuje trend rasta ulaganja kako raste veličina jedinice. Jedinice grupe G 1 i G 2, te jedinice grupa G 3, G 4 i G 5, imale su podjednaka ulaganja. Znatno veća ulaganja u promet imale su jedinice od 50 i više tisuća stanovnika. Dakle, urbane sredine – veći gradovi, ostvarili su u promatranom razdoblju nekoliko puta veća ulaganja u promet i cestovnu infrastrukturu. Međutim, tih devet jedinica (gradovi iznad 50 tisuća stanovnika) čini manje od 2 posto ukupnog broja lokalnih jedinica prema obuhvaćaju više od 35 posto ukupnog stanovništva Hrvatske.

Grafikon 5. Trošak ulaganja u cestovni promet po grupama: prosjek razdoblja 2010.-2013.



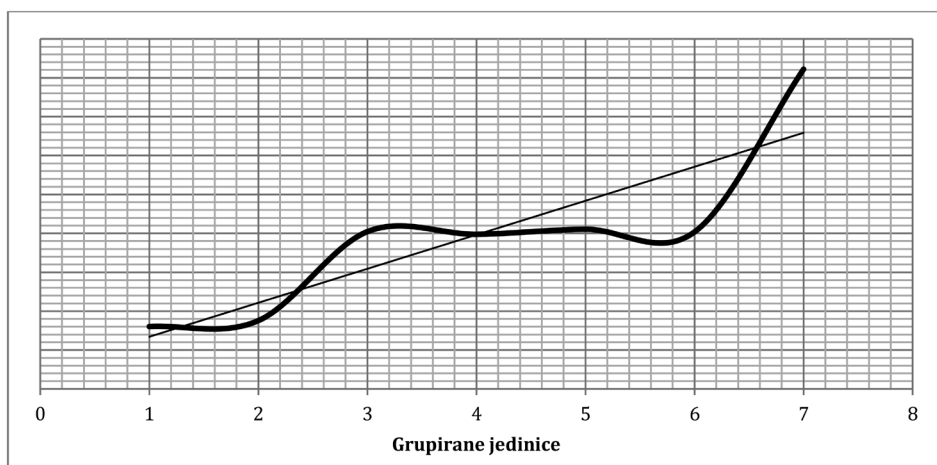
Izvor: Ministarstvo financija. Godišnja financijska izvješća. (Obrada – autor.)

Stvaranje uvjeta za predškolski odgoj, također je jedna od značajnih, ako ne i najznačajnija zadaća lokalnih jedinica. Međutim, krivulja pokazuje znatne razlike u rashodima po grupama jedinica. Značajnija ulaganja u predškolsko obrazovanje počinju tek u jedinicama grupe G 3, veličine od 10 do 20 tisuća stanovnika. Puno više u predškolski odgoj ulažu velike jedinice, s više od 50 tisuća stanovnika. Posljedično tomu, pokrivenost predškolskog odgoja znatno se razlikuje po područjima u Hrvatskoj. Naime, uključenost djece (0 – 4 godine) u predškolsko obrazovanje, kreće se od 90 posto u Gradu Zagrebu do vrlo niskih 25 posto u slabije razvijenim regionalnim područjima.⁴⁴ S gledišta jednakog pristupa obrazovanju,

⁴⁴ Regionalni indeks konkurentnosti Hrvatske 2013., Zagreb, Nacionalno vijeće za konkurentnost, 2014.

kojem je predškolski odgoj sastavni dio i temelj, ovakve razlike vjerojatno otežavaju proces poboljšanja primarnog obrazovanja. Vjerojatno je niska uključenost djece u predškolski odgoj uzrokovana ponajprije nedovoljnim kapacitetima ili ustanova s takvim uslugama nema na nekom području. Razlozi mogu biti različiti. Jedinice sa slabim financijskim kapacitetima, malim brojem potencijalnih korisnika, posljedično tomu imaju relativno visoka ili neisplativa ulaganja ili oboje istovremeno. Uzroke dijelom treba tražiti s jedne strane u nerazvijenosti područja, ekonomskim mogućnostima stanovnika i jedinice, a s druge u prioritetima i sposobnosti lokalnih vlasti da izvan proračunskih okvira odnosno javnih rashoda, ostvare ovu vrstu usluge za svoje građane.

Grafikon 6. *Rashodi za predškolski odgoj jedinica po grupama: prosjek razdoblja 2010.- 2013.*



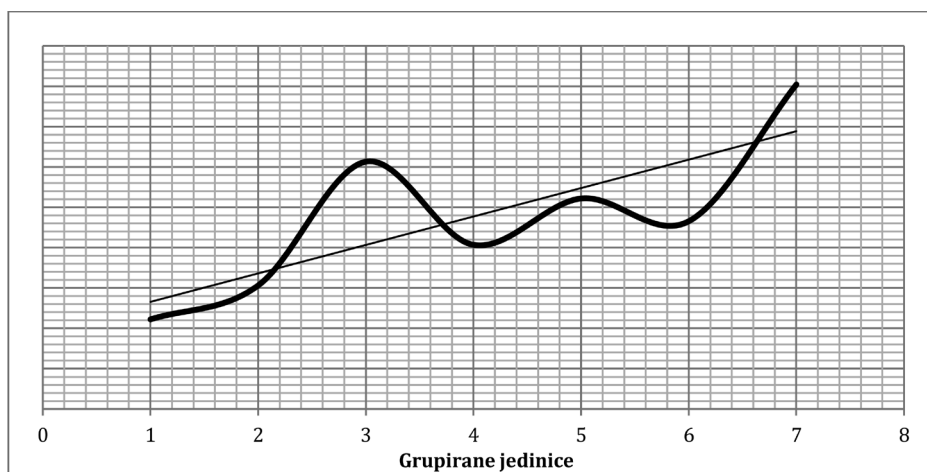
Izvor: *Ministarstvo financija. Godišnja financijska izvješća. (Obrada – autor.)*

U promatranom razdoblju najniži su rashodi za zaposlene u tijelima lokalnih jedinica u najmanjim jedinicama (grafikon 7). Čini se da optimalne usluge svojim stanovnicima iskazuju jedinice srednje veličine od 20 do 50 tisuća stanovnika, jer pokazuju i u ovoj kategoriji troškova određenu stabilnost. Naime od 2001. do 2011. godine, prema zadnja dva popisa stanovništva, 2001. i 2011.,⁴⁵ jedinice grupe G 4 i G 5 povećale su svoj udio sa 17 na 21 posto stanovništva svih gradova. Najveći dio *novih* stanovnika, njih više od 100 tisuća, doselilo je u jedinice grupe G 4 odnosno jedinice veličine od 20 do 30 tisuća stanovnika. Također, povećao se broj gradova ove grupe sa sedam na 11. Grupa jedinica G 4 ima prosječno oko 25 tisuća, a grupa jedinica G 6 prosječno oko 40 tisuća stanovnika. Ove dvije grupe jedinica u prikazanim analizama iskazuju približno istu visinu rashoda po stanovniku. Međutim, daleko važnija je činjenica da se gradovi ovih grupa jedinica s obzirom

45 Popis stanovništva 2001., Popis stanovništva 2011., Zagreb, Državni zavod za statistiku.

na rast broja stanovnika pokazuju atraktivnim za stanovanje. Iz toga bismo mogli zaključiti da lokalne vlasti u tim grupama jedinica pružaju građanima optimalnu vrijednost za novac, odnosno da bi jedinice tih veličina mogle biti "optimalne" veličine u našim uvjetima za organizaciju lokalnih poslova. Izraženo brojevima, samo je dvadeset takvih jedinica, odnosno one čine manje od 16 posto gradova ili četiri posto ukupnog broja lokalnih jedinica.

Grafikon 7. Rashodi za zaposlene u jedinica po grupama: prosjek razdoblja 2010.-2013.



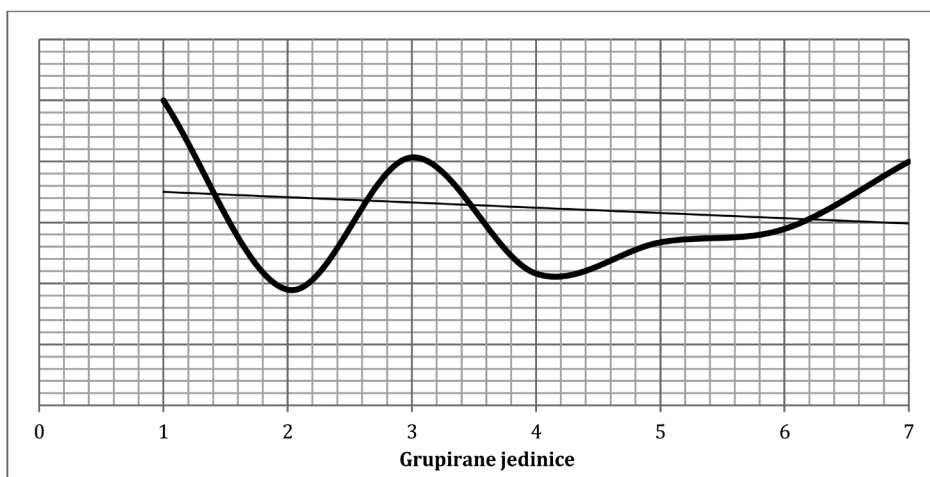
Izvor: Ministarstvo financija. Godišnja financijska izvješća. (Obrada – autor.)

Trend visine troška naknada za predstavnička tijela po stanovniku po grupama jedinica, pokazuje (grafikon 8.) da male jedinice s malim brojem stanovnika imaju relativno visoke rashode za rad predstavničke vlasti. Analiza ukazuje na defekt grupe jedinica G 3 koje u svim pokazateljima odskaču od grupa G 4 i G 5. Može se pretpostaviti da su jedinice grupe G 3 svojom veličinom i kapacitetom *negdje između*: nisu više „male“, a nisu dovoljno „velike“ da bi se analizirani čimbenici poslovanja optimizirali odnosno bili niži u odnosu na srednje velike jedinice. Analiza rashoda također ukazuje i na veliki raspon *slobode* u određivanju visine naknada za rad u predstavničkim tijelima, premda je zadaća predstavničke vlasti ista u svim jedinicama. Pad broja stanovnika dodatno pogoršava statistiku grupe jedinica G 1. Naravno, u široj analizi u kojoj bi se obuhvatio i komunalni standard (usluge), razlike između grupe jedinica G 1 do G 2 i grupe G 3 do G 6 bile bi još značajnije. Naime, većina malih jedinica do 10 tisuća stanovnika, komunalne usluge za svoje građane ostvaruje u zajedničkim komunalnim društvima *stare* jedinice iz koje su se izdvojili 1993. godine nakon promjene teritorijalnog ustroja, ali su zadržali poslovne udjele u društvima. S obzirom na to da je veći broj i drugih usluga *ostao* u matičnim jedinicama, njima je preostala uglavnom *demokratska* uloga.

Jedan od važnijih argumenata zagovornika za očuvanje malih jedinica u teritorijalnoj organizaciji lokalne samouprave, temelji se na tvrdnji da postoji snažan

interes građana za sudjelovanje na izborima na lokalnoj razini, dakle, na političkoj mobilizaciji. U ekonomskom smislu, zagovornici smatraju da neposrednost i blizina lokalnih vlasti građanima može omogućiti veću kontrolu rada vlasti, a blizina kontakata utjecati na kvalitetu usluga. Dakle, sve skupa može pridonijeti snažnijoj participaciji građana i izvan vremena izbora. Međutim, snažna mobilizacija može svugdje, a osobito u jedinicama s malim brojem stanovnika imati i negativne posljedice.⁴⁶ Prije svega, u jedinicama s malim brojem stanovnika mobilizacija se usmjerava u dva pravca interesa: pokroviteljski i rodbinski. Oba pravca djelovanja u jedinicama s malim brojem stanovnika mogu biti ključna za konačni ishod rezultata izbora. Relativno veliki broj prijevremenih izbora na lokalnoj razini⁴⁷ nakon održanih redovnih izbora 2013. godine, a osobito učestalih u istim jedinicama, ne bismo mogli nazvati djelovanjem radi zaštite javnog interesa. Sa znatno većom sigurnošću mogli bismo tvrditi da prevladava isključivo usko politički interes pokroviteljskog karaktera. Snažna mobilizacija na izborima u malim jedinicama pretvara se uglavnom u izbor za *grupu*, a ne u izbor javnih politika. Dakle, ono što bi trebala biti ključna karakteristika vlasti, da bude impersonalna zapravo se ne postiže.

Grafikon 8. *Naknade predstavničkog tijela po grupama: prosjek razdoblja 2010. – 2013.*



Izvor: Ministarstvo financija. Godišnja financijska izvješća. (Obrada – autor.)

U takvim okolnostima, nerijetko se isti čelnici u lokalnim jedinicama biraju iz mandata u mandat, a neki su na izvršnim funkcijama i dvadeset godina. S obzirom na broj stanovnika, neposrednost, blizinu vlasti i gotovo osobno poznavanje svakog

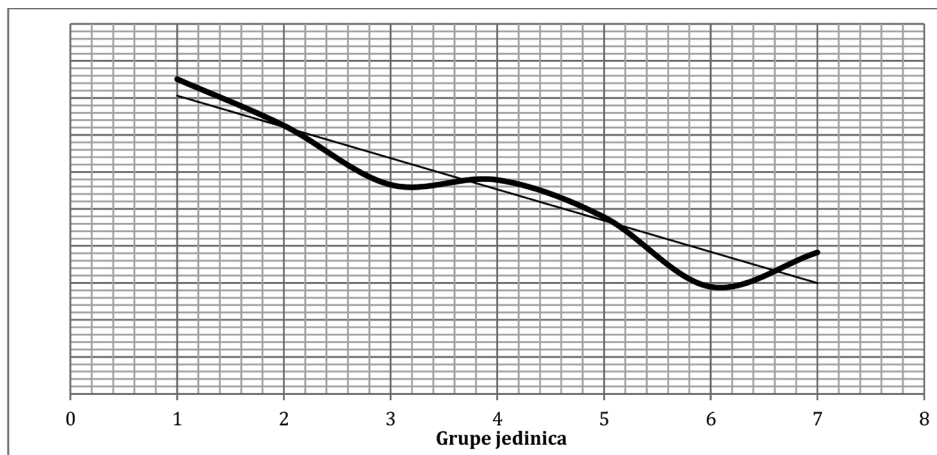
46 Huntington, S. P., *Political Development and Political Decay*, World Politics, vol. 17, 3/1965., str. 405-407.

47 Rezultati lokalnih izbora 2013., Arhiva, Zagreb, Državno izborno povjerenstvo.

birača, kontrola, kvaliteta ili javne politike sasvim sigurno nisu predmet političke mobilizacije niti su u fokusu političara. Drugim riječima, politička participacija u manjim jedinicama je rijetka pojava. U prvom planu je pokroviteljstvo odnosno interesi manjeg dijela građana. Opetovani izbor istih osoba, prije je bojazan od novog te mogućeg gubitka pozicija, nego je predmet izbora programa i želja za promjenama. Prije, „pokvarena igračka u rukama politike“.⁴⁸ Naravno, devijacije ove vrste nisu imanentne samo lokalnoj političkoj eliti, međutim, u manjim (malim) sredinama one su izrazito naglašene i dominantne. Mogu dosegnuti s obzirom na veličinu biračkog tijela, obiteljsku podjelu javnih funkcija u međusobno suprotstavljenim taborima. Stoga su u takvim uvjetima promjene odnosno reforme gotovo nemoguće.

Grafikon 9. ukazuje na pad *interesa* za lokalne izbore s rastom veličine jedinica, premda razlike nisu tako velike. Na lokalnim izborima 2013. godine, najmanje su jedinice imale izlaznost od oko 52 posto, dok su najveće imale izlaznost od oko 43 posto upisanih birača. Jedinice srednjih veličina, grupe G 3 do G 5, imale su izlaznost između 45 i 46 posto upisanih birača. Dakle, ove razlike u izlaznosti na izbore nisu toliko velike da bi se moglo govoriti o *većoj* demokraciji/participaciji u jedinicama s manjim brojem stanovnika. Prije se može govoriti o ukupno slabom interesu građana za participacijom s obzirom na životnu dob njihove jedinice odnosno *važnosti* lokalne samouprave, negoli o *slabijoj* demokratičnosti u velikim jedinicama.

Grafikon 9. Izlazak na lokalne izbore po grupama jedinica u 2013.



Izvor: Državno izborno povjerenstvo: Rezultati lokalnih izbora 2013.
(Obrada – autor.)

48 Koprić, I., Lokalna samouprava u Hrvatskoj: Pokvarena igračka u rukama politike, Zagreb, 1. Forum za javnu upravu (org. FES i IJU, svibanj 2012.), str. 16-17.

5. ZAKLJUČAK

Analiza prije svega ukazuje da je naša teritorijalna organizacija postavljena na modelu funkcioniranja države iz 19. stoljeća, dakle, na povijesnom organizacijskom konceptu koji nije oblikovan za funkcioniranje u okolnostima i potrebama građana i države u 21. stoljeću. Slabosti funkcioniranja sustava jasno su vidljive u indeksima razvijenosti pojedinih dijelova organizacije. Veći dio teritorijalne organizacije zaostaje u ukupnom razvoju. Također, velika većina jedinica ne pokazuje sposobnost kreiranja i održavanja kvalitetnog života i poslovanja – konkurentnosti. Stvarnu sposobnost konkurentnosti djelomice ima jedino Grad Zagreb. Naime, Grad Zagreb pokazuje određenu razinu ekonomije razmjera s obzirom na udio u ukupnim javnim rashodima na nacionalnoj razini i udio u ukupnim rashodima svih lokalnih jedinica. Osim Grada Zagreba, grupa jedinica G 6, tj. jedinice od 50 do 100 tisuća stanovnika mogu građanima organizirati i isporučiti veći dio javnih usluga. Jedinice grupe G 4 i G 5 pokazuju se kao *optimalna* veličina, zbog porasta broja stanovnika u posljednjih deset godina (DZS, 2011.). Jedinice grupe G 3 bi to mogle postati spajanjem s jedinicama grupe G 1 i G 2.

U većim jedinicama, grupa G 6, gradovima iznad 50 tisuća stanovnika u segmentu školstva i komunalnih usluga, možemo govoriti o određenoj razini ekonomske skale u tim jedinicama s obzirom na broj korisnika usluga i broj proizvoda koje nude. Međutim, spomenute su funkcije locirane u ustanovama ili u trgovačkim društvima u vlasništvu jedinica pa nisu predmet isporuke samih lokalnih vlasti. Dakle, s jedne strane u lokalnim jedinicama je malo *radno intenzivnih* proizvoda. S druge strane, s niskim udjelom od 17 posto ulaganja u dugotrajnu imovinu u ukupnom rashodima, jednim od važnijih proizvoda lokalnih vlasti, ne mogu znatnije utjecati na ekonomsku skalu lokalnih jedinica. Grad Zagreb odskaje od svih jedinica ne samo brojem stanovnika, već osobito prema visini budžeta i obujmu poslova koji ostvaruje. Posljedično tomu, za provođenje ekonomskih aktivnosti i drugih usluga, organizacija Grada Zagreba sadrži veći broj specijalista među zaposlenima. Dakle, Grad Zagreb kao lokalna, međutim i područna (regionalna) jedinica koja dijelom obavlja i poslove državne uprave, ima sposobnost kreiranja atraktivnog okruženja za život i poslovanje, posjeduje sve karakteristike poslovnih *subjekata* u postojećoj teritorijalnoj organizaciji države. Drugim riječima, samo velike lokalne jedinice većih kapaciteta, mogle bi primjenom iskušanih modela upravljanja u poslovnim subjektima u javnom sektoru, ostvarivati dobre rezultate, koristeći modele upravljanja u javnom sektoru poput onih u Finskoj, Danskoj ili Austriji.

Na drugom kraju teritorijalne organizacije nalaze se male jedinice s nedovoljno bogatstva (prirodnog i ljudi) da bi ih inovacijama pretvorile u prihode, a središnja država nema *viška* sredstava da bi održavala na životu tako veliku i neefikasnu organizaciju. Barem, ne duže vrijeme. Vrlo malo je argumenata da se 376 jedinica s manje od pet tisuća stanovnika *održi* u sustavu. Jer, sasvim je sigurno, one nisu danas niti će u dogledno vrijeme moći izvršavati zakonom im date zadaće, ponegdje

i unatoč izdašnoj pomoći središnje države. Dodatno, iste bilježe tendenciju značajnog pada broja stanovnika, posljedično tomu i izvore prihoda i smisao svog postojanja.

Dva su moguća scenarija. Prvi, da se izvrši teritorijalna konsolidacija prema modelu i iskustvima drugih razvijenih i uspješnih zemalja naše veličine i drugi, da teritorijalna organizacija doživi dodatnu funkcionalnu fragmentaciju, u kojoj će svaka lokalna jedinica obavljati samo one usluge za koje ima ili će joj se osigurati kapacitet. Dok prva varijanta nudi mogućnost stvaranja konkurentnih jedinica na domaćem i europskom planu, druga, zapravo traži dodatni institucionalni okvir na središnjoj razini, koji će voditi stalnu brigu o vjerojatno vrlo učestalim pojedinačnim kontaktima i promjenama u opsegu funkcija pojedine jedinice. Varijanta teritorijalnog ustroja s velikim jedinicama stvorila bi uvjete za viši stupanj fiskalne i funkcionalne decentralizacije i mogla bi imati i voditi značajniju ulogu u ekonomiji razmjera. Zadržavanje sadašnjeg modela upravljanja državom, s velikim brojem malih lokalnih jedinica ovisnih o središnjoj državi u svakom pogledu, uvjetovano je samo političkim stajalištem o *demokratskoj važnosti* lokalnih jedinica u organizaciji države. S ekonomskog stajališta, osobito u uvjetima proračunskog deficita, visokog javnog duga i imperativa smanjenja javnih rashoda te potrebe ravnomjernog razvoja, postojeća organizacija nije održiva.

Nalaz nedvojbeno pokazuje da su jedinice veličine između 20 i 30 tisuća stanovnika najpovoljnije za život. Međutim, u današnjem administrativnom ustroju temeljnih jedinica, jedinice (gradovi) ove veličine čine samo 11 jedinica. Iskustva drugih uspješnih zemalja, primjerice Skandinavskih, potvrđuju nalaz. Naime, prosječna veličina temeljnih jedinica u Danskoj jesu općine s više od 50 tisuća stanovnika, Nizozemske i Švedske iznad 30 tisuća, a Finske oko 17 tisuća stanovnika. Sve ove zemlje imaju visoku razinu decentralizacije, odnosno njihove temeljne jedinice obavljaju većinu javnih poslova i imaju visoki udio u javnim rashodima. Očito je moguće, prema iskustvima ovih zemalja, tražiti učinkovitost u modelima upravljanja i na temeljnoj teritorijalnoj razini. Ne treba izgubiti iz vida da je do nedavno Hrvatska imala visoku razinu decentralizacije i velike jedinice. Stoga, (povijesno) iskustvo postoji. Građanima bi vjerojatno bilo lakše, dok bi za državu, sve skupa trebalo biti učinkovitije.

Razvoj lokalne samouprave kroz nastavak procesa političke decentralizacije mogao bi biti važna komponenta u ekonomskom razvoju zemlje, za što imamo sjajnih primjera (npr. Danska). Odluka o nastavku procesa višeg stupnja decentralizacije, ponajprije otvara pitanje racionalnosti teritorijalnog ustroja zemlje i spremnosti donošenja odluke o reformi teritorijalnog ustroja. Promjena teritorijalnog ustroja mogla bi biti poticaj novom ekonomskom zamahu mogla bi otvoriti novu perspektivu na lokalnoj razini. Osim toga, decentralizacija bi s jedne strane stvorila uvjete za jačanje financijske autonomije i kapaciteta jedinica, veću participaciju građana te ojačala političku ulogu lokalne samouprave u odnosu prema središnjoj državi. S druge strane, znatno bi podigla razinu odgovornosti lokalnih vlasti za izvršenje svojeg djelokruga poslova prema građanima. Decentralizacija bi

stavila građane u fokus političke vlasti na lokalnoj razini. Time bi se mogli ostvariti i ekonomski i demokratski ciljevi. Naime, razvoj lokalnih sredina i zadovoljstvo građana kvalitetom vlasti postali bi presudni u izboru i napredovanju nositelja izvršnih vlasti, za razliku od današnjeg vrednovanja njihovog rada samo prema političkim procjenama središta vlastitih stranaka. Drugim riječima, decentralizacija bi s jedne strane dugoročno osnažila institucije lokalne samouprave u čijem razvoju sebe trebaju *vidjeti* i političke elite, dok bi s druge stvorila nužan okvir za mogući održivi i uravnotežen ekonomski razvoj, kao osnovni preduvjet razvoja društvenih odnosa i jačanje participacije građana.

Summary

LOCAL GOVERNMENT IN CROATIA: SIZE AND ECONOMIES OF SCALE

There are many considerably differences among EU countries, not only by size and population, but also constitute their subnational organization. As well, there are significantly differences in public expenditure stake in GDP. Furthermore, great distinctions states express about subnational stake in public expenditures. The issue becomes in present time, discussed problem of existence of economies scale in high territorial fragmentation of local units. In this context, paper respects numerous studies of economies of scale about subnational authorities, and some experience about territorial reforms in EU 28. Paper analyses some elements of economy of scale Croatian municipality activities, regard of their stake in public expenditure, employment and total municipality's expenditures. Also, regard of permanent dilemma: small or big local units, article analyses democratic aspect of local election respond, and certainly cost of local democracy. According EU average, there are not great differences between Croatian municipalities and most local authorities at the EU countries. Most territorial organizations at the EU countries still have very fragmentarily space with modest decentralization. All efforts show significant obstacles in territorial consolidation implementation reforms. Results show that Croatian local authorities have not considerable economic scale, except Zagreb City. Namely, only Zagreb City in two key facts of economy of scale: number of inhabitants and total expenditures, participated considerable more than others local units in public expenditures, although only with two percent in GDP.

Key words: *economies of scale, local units, territorial organization, size of units, public expenditures.*

Zusammenfassung

KOMMUNALE/ LOKALE SELBSTVERWALTUNG IN KROATIEN: GRÖSSE UND WIRTSCHAFTSSKALA

Unterschiedliche Staaten sind auf unterschiedliche Weisen organisiert und werden voneinander in der Größe ihrer subnationalen Regierungen und der Höhe der Anteile der öffentlichen Aufwände im Bruttoinlandsprodukt (BIP) unterschieden. Noch größere Unterschiede zeigen die Staaten in Anteilen der subnationalen Regierungen bei öffentlichen Aufwänden. Diese Arbeit befasst sich mit einigen Erscheinungen der territorialen Konsolidierung in den Ländern der EU 28, als Ergebnis der Bestrebungen nach der Minderung der öffentlichen Aufwände bei den Staaten, d.h. ich setze mich mit der Position der Einheiten der kommunalen Verwaltung bei den öffentlichen Aufwänden auseinander. In diesem Kontext wird ein Resümee der Resultate der zahlreichen Studien von der wirtschaftlichen Skala der subnationalisierten Regierungen gegeben. In der Arbeit werden auch einige Elemente der Wirtschaftshandelsskala der kommunalen Einheiten in Kroatien analysiert, in Betracht auf den Anteil bei öffentlichen Aufwänden, Angestelltenzahl und der Höhe der Gesamtkosten der kommunalen Regierung. Außerdem wird auch im Angesicht der ewigen Dilemma: kleine oder große Einheiten, der demokratische Aspekt der kommunalen Einheiten im Hinblick auf die kommunale Wahlbeteiligung aber auch der Kosten der Repräsentation analysiert. Kroatien unterscheidet sich laut der Fragmentierung nicht viel von dem EU Durchschnitt. Außerdem hat auch Kroatien, wie viele andere Staaten der EU, Schwierigkeiten in der Zielbestimmung der territorialen Reform. In der Analyse werden die Elemente der Wirtschaftsskala der kommunalen Einheiten nicht benutzt. Nur die Stadt Zagreb zeigt einen Grundzug im Wirtschaftsleben des Landes. Die Stadt Zagreb liegt nämlich in zwei Schlüsselmerkmalen der Wirtschaftsausmaß: laut dem Einwohnerzahl und Gesamtaufwänden, vielmehr außer allen anderen kommunalen Einheiten, obwohl sie mit nur zwei Prozent der BIP von Kroatien teilnimmt.

***Schlüsselwörter:** Wirtschaftsskala, kommunale Einheiten, territoriale Organisation, Einheitsgrößen, öffentliche Aufwände.*

Riassunto

L'AMMINISTRAZIONE LOCALE IN CROAZIA: DIMENSIONE E SCALA ECONOMICA

Gli stati sono differenti ed in maniera differente si organizzano, distinguendosi significativamente quanto all'ampiezza dei poteri subnazionali ed alla parte che le uscite pubbliche hanno nel PIL. Differenze ancora maggiori si evidenziano tra stati diversi rispetto alla quota delle uscite pubbliche deputate ai poteri subnazionali. Il contributo disamina alcune manifestazioni di consolidamento territoriale nell'UE a 28, quali conseguenza della tendenza di riduzione delle uscite pubbliche degli stati, ossia osserva la posizione ricoperta dai governi locali nella spesa pubblica. In tale contesto, si passano in rassegna gli esiti di numerosi studi sulla scala economica dei poteri subnazionali. Il contributo analizza alcuni elementi della scala economica nell'ambito del funzionamento delle amministrazioni locali in Croazia, con riferimento alla partecipazione nella spesa pubblica, al numero dei dipendenti ed all'altezza di tutte le spese del potere locale. Altresì, con riguardo al perdurante dilemma – unità locali piccole o grandi -, si prende in esame l'aspetto democratico delle unità locali con riferimento all'affluenza alle urne in occasione delle elezioni locali, come pure con riferimento alle spese di rappresentanza. La Croazia, quanto a frammentarietà, non si differenzia in maniera significativa dalla media dell'UE. Così come gli altri stati dell'UE, anche la Croazia incontra difficoltà nel definire i fini di una riforma territoriale. Nell'analisi non si riscontrano elementi della scala economica delle unità locali. Soltanto la città di Zagabria mostra indici significativi nella vita economica del paese. Vale a dire, la città di Zagabria in ragione di due fondamentali caratteristiche di natura economica si trova notevolmente davanti alle altre unità locali, e cioè per numero di abitanti e delle spese complessive, sebbene partecipi soltanto nella misura del due per cento nel PIL della Croazia.

Parole chiave: *scala economica, unità locali, organizzazione territoriale, grandezza delle unità, uscite pubbliche.*

O MIROVANJU PARNIČNOG POSTUPKA I (NE) OPRAVDANOSTI NJEGOVA NAPUŠTANJA*

Juraj Brozović, mag. iur., stručni suradnik
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.91/95
Ur.: 22. studenog 2015.
Pr.: 1. ožujka 2016.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Novelom Zakona o parničnom postupku iz 2013. godine zakonodavac je napustio institut mirovanja postupka kao način zaustavljanja procesnih aktivnosti u parnici. Taj se institut smatrao generatorom procesne neaktivnosti koji nepotrebno dovodi do odugovlačenja postupka, a u takvom stavu nije bio usamljen. Dio stručne javnosti čitavo desetljeće pokušava pojasniti zašto je taj institut nepotreban u hrvatskom parničnom postupku, smatrajući ga sredstvom procesnih zloupotreba koje usporava postupak te institutom koji je nespojiv s novim koncentriranim parničnim postupkom. Te je tvrdnje valjalo preispitati. Kako bi se utvrdilo jesu li spomenuti razlozi za napuštanje mirovanja bili utemeljeni, u radu se iznose relevantni statistički podatci, kao i rezultati anketnog istraživanja provedenog među odvjetnicima različitih profila. Analizira se stanje nakon reformi te daje pregled bliskih poredbenih uređenja koji mogu predstavljati moguće pravce razvoja odredbi o zaustavljanju procesnih aktivnosti u parnici i hrvatskoga parničnog postupka uopće.

Ključne riječi: *mirovanje parničnog postupka, napuštanje mirovanja.*

1. UVOD

Zaustavljanje procesnih aktivnosti u parničnom postupku na sličan je način regulirano još otkad je 1929. putem Zakona o sudskom postupku u građanskim pravnim stvarima¹ na hrvatskim prostorima *de facto* počeo važiti austrijski *Zivilprozessordnung* iz 1895. godine.² Nakon turbulentnih ratnih vremena i

* Ovaj je rad sufinancirala Hrvatska zaklada za znanost projektom Transformation of Civil Justice under the Influence of Global and Regional Integration Processes. Unity and Diversity (Projekt br. 6988).

1 Zakon o sudskom postupku u građanskim pravnim stvarima (Službene novine KJ, br. 179-LXXV).

2 *Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*

donošenja prvog poslijeratnog Zakona o parničnom postupku,³ sistematizacija načina zaustavljanja procesnih aktivnosti je zadržana,⁴ a preuzeo ju je i trenutno važeći Zakon o parničnom postupku iz 1977. godine.⁵ Do zaustavljanja procesnih aktivnosti u parnici moglo je doći na tri osnovna načina: na temelju zakona, na temelju sudske odluke te na temelju dispozicije stranaka. U prva dva slučaja radilo se o institutima prekida i zastoja, a u trećem o mirovanju postupka. Svaki od tih instituta imao je svoju specifičnu svrhu. Dok je cilj prekida bilo zaustavljanje procesnih aktivnosti u postupku sve dok se ponovo ne uspostavi procesna ravnoteža, odnosno razriješe određena proturječna pitanja,⁶ cilj zastoja bio je faktično zaustaviti postupak do nastupanja određenih zakonom propisanih stanja koja omogućuju nastavak procesnih aktivnosti.⁷ Kako su Zakonom o izmjenama i dopunama ZPP-a iz 2003. godine⁸ učinci prekida i zastoja izjednačeni,⁹ ovo je razlikovanje izgubilo svoju svrhu. Za razliku od prekida i zastoja, mirovanje je omogućavalo strankama da vlastitim izričitim ili prešutnim dispozicijama dovedu do zaustavljanja procesnih aktivnosti¹⁰ da bi mogli pregovarati o mirnom rješenju spora¹¹ ili postizati druge

(Zivilprozessordnung – ZPO) od 1. kolovoza 1895. (RGBl. Nr. 113/1895) posljednji put izmijenjen 16. prosinca 2014. (BGBl. I Nr. 92/2014); dalje: austrijski ZPO. Tekst Zakona o sudskom postupku u građanskim pravnim stvarima gotovo je u cijelosti preveden tekst austrijskoga ZPO-a *Franza Kleina* iz 1895. godine (Uzelac, Alan, Croatia: Omnipotent Judges as the Cause of Procedural Inefficiency and Impotence, u: van Rhee, Cornelis Hendrik, Yulin, Fu (ur.), *Civil Litigation in China and Europe*, Springer - Ius Gentium, Dordrecht, Heidelberg, New York, London, 2014., str. 197).

- 3 Zakon o parničnom postupku (Službeni list FNRJ, br. 4/57, 52/61; Službeni list SFRJ, br. 12/65, 1/71, 23/72 i 6/74).
- 4 Takvu sistematizaciju je uz neznatne razlike ujednačeno slijedila i tadašnja doktrina. Tako Triva, Siniša, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1964., str. 466-473. i Poznić, Borivoje, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1962., str. 300-303.
- 5 Zakon o parničnom postupku (Službeni list SFRJ, br. 4/1977, 36/1977, 36/1980, 6/1980, 69/1982, 43/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991; Narodne novine, br. 53/1991, 91/1992, 58/1993, 112/1999, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 02/2007, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 148/2011, 25/2013, 89/2014; dalje: ZPP).
- 6 Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 557.
- 7 Triva, Siniša, *Rječnik građanskog procesnog prava*, Novinsko-izdavački, štamparski i birotehnički zavod, Zagreb, 1968., str. 446.
- 8 Zakonom o izmjenama i dopunama ZPP-a (Narodne novine, br. 117/2003; dalje: *Novela/2003*).
- 9 Prema članku 215.a ZPP-a, u slučajevima u kojima dolazi do zastoja postupka *mutatis mutandis* primjenjuju se odredbe ZPP-a o prekidu postupka. Do tada zastoj nije u ZPP-u bio sustavno uređen (Triva, op. cit. u bilj., br. 7, str. 446), čime je, po stajalištu dijela stručne javnosti, uklonjena pravna praznina i povećana pravna sigurnost (Grbin, Ivo, *Prekid, zastoj, mirovanje i obustava postupka*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, vol. 11, 2004., str. 250).
- 10 Triva, Dika, op. cit. u bilj., br. 6, str. 565. Slično *Poznić* koji govori o zastoju zbog volje stranaka (Poznić, Borivoje, *Građansko procesno pravo*, 11. dopunjeno izd., Savremena administracija, Beograd, 1989., str. 332).
- 11 Triva, Dika, op. cit. u bilj., br. 6, str. 565.

zakonom predviđene svrhe. U takvom obliku, mirovanje je bilo podvrgnuto brojnim zakonskim ograničenjima. U izvornoj verziji iz 1977. godine¹² mirovanje je moglo trajati šest mjeseci, nakon čega bi u slučaju daljnje pasivnosti stranaka nužno dolazilo do presumpcije da je tužba povučena.¹³ Naknadno je taj rok skraćen na četiri mjeseca, a uvedeno je i vrlo važno pravilo da ponovno udovoljavanje uvjetima za mirovanje automatski dovodi do presumiranog povlačenja tužbe.¹⁴

Takva usustavljenost vrijedila je u gotovo neizmijenjenom obliku¹⁵ sve do 2013. godine kad je Zakonom o izmjenama i dopunama ZPP-a¹⁶ institut mirovanja u hrvatskom pravu napušten. Zaustavljanje procesnih aktivnosti sad je moguće samo kao prekid ili zastoj, pri čemu do zastoja može doći i na temelju suglasnih dispozicija stranaka.¹⁷ Zakonodavac je svoju odluku obrazložio činjenicom da se mirovanje protivi razlozima ekonomičnosti,¹⁸ čime je zapravo bez precizne analize načina primjene mirovanja i njegovih učinaka udovoljio pritiscima Europske unije¹⁹ i nekim ranije iznesenim stavovima stručne javnosti. Oni su u osnovi isticali sljedeće teze:

1. Od mirovanja nemaju praktične koristi ni stranke ni država, tako da njegovo ukidanje ne bi ugrozilo ničije opravdane interese.²⁰

12 To je uređenje bilo gotovo identično onome iz Zakona o parničnom postupku iz 1957. godine. Zakon o građanskom sudskom postupku u građanskim stvarima iz 1929. godine je, s druge strane, mirovanje uređivao na način koji je bio identičan austrijskom ZPO-u iz 1895. godine, s iznimkom § 234, prema kojem je moglo doći do mirovanja i ako izostane samo jedna stranka, uz uvjet da druga, koja je prisutna na ročištu, odbija raspravljati (Goršić, Franja, Komentar građanskog parničnog postupka sa uvodnim zakonom. Knjiga prva., Beograd, 1933., str. 559). To se rješenje razlikuje od izvornog § 170 austrijskoga ZPO-a koji spominje samo izostanak obje stranke kao uzrok mirovanja.

13 Bivši članak 217. stavak 3. ZPP-a.

14 Objе izmjene uvedene su Zakonom o izmjenama i dopunama ZPP-a (Narodne novine, br. 27/1990).

15 Osim već spomenutih revizija odredbi o zastoju i mirovanju, tijekom godina su mijenjane i odredbe o prekidu postupka. Tako prekid zbog odsječenosti stranke zbog izvanrednih okolnosti od Novele/2003 nastupa po samom zakonu, a smrt stranke automatski uzrokuje prekid postupka, bez obzira je li stranka imala punomoćnika (za razloge takvih izmjena, v. Dika, Mihajlo, Prekid, zastoj, mirovanje i obustava postupka, u Kuzmić, Marica, Hercigonja, Jasminka (ur.), Novine u parničnom postupku, Inženjerski biro, Zagreb, 2003.). Povrh ovih postoje i druge izmjene koje su bile uvjetovane revizijama drugih instituta u ZPP-a pa su s vremenom postale bespredmetne, stoga ih ovdje nećemo spominjati.

16 Zakon o izmjenama i dopunama ZPP-a (Narodne novine, br. 25/2013; dalje: Novela/2013).

17 Zakonodavac je uveo široke mogućnosti za mirno rješenje spora. Osim što stranke mogu pristati na sudsko mirenje pred sucem izmiriteljem, u kojem slučaju se ročište za glavnu raspravu odgađa i odmah zakazuje ročište za mirenje (članak 186.d ZPP-a), strankama na raspolaganju stoji i zastoj postupka zbog provođenja mirenja pred izabranim centrom za mirenjem (članak 186.f ZPP-a) te zastoj radi neformalnih pregovora (članak 186.g ZPP-a).

18 Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a, Zagreb, veljača 2013., str. 27.

19 Prema informacijama dostupnim autoru, upravo je želja zakonodavca da ulaskom Republike Hrvatske u Europsku uniju praktički „preko noći“ maksimalno ubrza postupak dovela do napuštanja instituta mirovanja. Ta se tendencija može uočiti i u samom tekstu Konačnog prijedloga (*ibid.*, str. 21-23).

20 Grbin, I., op. cit. u bilj., br. 9, str. 258.

2. Mirovanjem se samo pogoduje nesavjesnom ponašanju stranaka i suda.²¹
3. Sud je spriječen poduzimati radnje tri mjeseca zbog čega pati dinamika postupka.²²
4. Mirovanje je suvišan institut uz pojačanu koncentraciju postupka.²³

Je li odluka zakonodavca da napusti institut mirovanja bila ispravna? Dvije godine nakon stupanja na snagu Novele/2013 moguće je povući crtu i preispitati prethodno navedene teze, ali dati i opću ocjenu o uspješnosti reformi. Ipak, da bi to bilo moguće, nije dovoljno uzeti u obzir samo dostupne statističke podatke, već je potrebno detaljnije analizirati navike pojedinih sudova u pogledu upravljanja parničnim postupcima. Ispravne zaključke nije moguće donijeti ni bez uzimanja u obzir iskustava onih koji svakodnevno primjenjuju pravila ZPP-a u svojem radu. Ne smiju se zanemariti ni poredbena iskustva, posebno ona koja su bliska hrvatskom sustavu.²⁴

2. METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA

Pri evaluaciji pojedinih razloga za napuštanje mirovanja i funkcioniranja pravosuđa nakon Novele/2013 koristit će se tri metode.

Prva metoda podrazumijeva dobivanje uvida u konkretna iskustva praktičara koji su imali priliku svakodnevno primjenjivati odredbe ZPP-a o mirovanju što se postiglo anketnim istraživanjem među odvjetničkom strukom.²⁵ Ispitanici su birani metodom slučajnog odabira, a vodilo se računa o njihovom spolu,²⁶ dobi,²⁷ načinu²⁸ i mjestu obavljanja²⁹ odvjetničke djelatnosti.

- 21 *Ibid.*, str. 259. Prema *Tvrdeiću*, mirovanje su zloupotrebljavali i sami sudovi (Tvrdeić, Mladen, Mirovanje postupka i njegova zlouporaba, Hrvatska pravna revija, vol. 8, br. 7-8, str. 92).
- 22 Puljić, Joso, Treba li novelirati Zakon o parničnom postupku, 2. dio, Informator, br. 6072, 2012., str. 14. Autor se žustro okomio na institute zapitavši se koja je uopće bila intencija zakonodavca kad je mirovanje izglasavano 1977. godine. Cinično se zapitao je li svrha bila odmor za stranka i sud za vrijeme trajanja mirovanja.
- 23 Tako Bilić, Vanja, Razlozi za donošenje Novele ZPP-a i novine u dostavi, Novi informator, predavanje od 27. ožujka 2013.
- 24 To se prije svega odnosi na već spomenuti austrijski ZPO, ali i njemački *Zivilprozessordnung* (dalje: njemački ZPO) od 5. prosinca 2005. (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), posljednji put izmijenjen 8. srpnja 2014. (BGBl. I S. 890).
- 25 Ispitano je ukupno 35 odvjetnika.
- 26 Od 35 ispitanika, 19 su žene (54,3 %), a 16 muškarci (45,7 %).
- 27 Većina ispitanika, 21 (60 %) dobi su između 25 i 35 godina. Sedam ispitanika (20 %) je u dobi između 36 i 45, 4 (11,4 %) u dobi između 46 i 55 godina, a samo 3 (8,6 %) u dobi između 56 i 65 godina.
- 28 Najveći broj ispitanika (16 ili 45,7 %) odvjetničku djelatnost obavljaju kao samostalni odvjetnici, nešto manji broj (15 ili 42,9 %) u sklopu odvjetničkog društva, a samo četvero ispitanika (11,4 %) djelatnost obavljaju u okviru zajedničkog odvjetničkog ureda.
- 29 U istraživanju je ispitivano 16 odvjetnika s područja Zagreba (45,7 %), 6 s područja Splita (17,1 %), 5 s područja Rijeke (14,3 %), te po 2 odvjetnika (5,7 %) iz Osijeka, Pule, Varaždina i Zadra.

Druga metoda sastoji se u analizi rada jednog konkretnog suda, ne bi li se time izveli zaključci o iskustvima sudova u pogledu ponašanju sudova pri zakazivanju i odgađanju ročišta, u pogledu prosječne starosti postupaka,³⁰ neaktivnih predmeta i mirnog rješavanja sporova. U tu svrhu zatraženi su podatci iz sustava eSpis Trgovačkog suda u Zagrebu.³¹ Podatci su obrađivani skupno, uz načelno oslanjanje na podatke iz tablice koju ju je na zahtjev automatski generirao sustav eSpis.

Treća metoda sastoji se u obrađivanju podataka Ministarstva pravosuđa, radi prikaza učinkovitosti različitih sudova na općoj razini. Riječ je o službenim podatcima koje Ministarstvo pravosuđa svake godine objavljuje na svojim mrežnim stranicama.³²

3. EVALUACIJA RAZLOGA ZA NAPUŠTANJE MIROVANJA

3.1. O korisnosti mirovanja

Za provjeru teze da od mirovanja nemaju praktične koristi ni stranke ni država valjalo je provjeriti stajališta i iskustva ispitanika. U upitniku im je postavljeno pet pitanja, a za obrazloženje opisnih odgovora nije bilo postavljeno ograničenje broja riječi. Pitanja su nastojala istražiti:

- situacije u kojima je tužiteljima odgovaralo mirovanje
- situacije u kojima je tuženicima odgovaralo mirovanje
- situacije u kojima nijednoj od stranaka nije odgovaralo mirovanje postupka
- jesu li sud i stranke zlorabile institut mirovanja te
- je li mirovanje ubrzavalo ili usporavalo parnični postupak.

Prva tri pitanja bila su usmjerena na provjeru teze o korisnosti mirovanja.

Kao situacije u kojima je tužiteljima odgovaralo mirovanje, ispitanici su naveli situacije nepripremljenosti tužitelja, odnosno njegove nemogućnosti za pristupanje

30 Dobivene su tablice s 10 000 predmeta određene oznake, neovisno o njihovu statusu. Stoga nisu uzeti u obzir svi predmeti koji su se te godine pojavili pred Trgovačkim sudom u Zagrebu, ali je uzet njihov relativno visoki broj.

31 Bilo bi poželjno proučiti podatke nekog općinskog suda, ali oni, nažalost, u trenutku provođenja ovog istraživanja nisu bili dostupni. Činjenica da su uzeti podatci Trgovačkog suda u Zagrebu gdje nije moglo doći do mirovanja (bivši članak 499. stavak 2. ZPP-a) nije odlučna jer su od Trgovačkog suda u Zagrebu zatraženi samo podatci koji su zajednički svim sudovima, neovisno o vrsti parničnog postupka koji se provodi pred njim. Naime, cilj istraživanja bio je provjeriti navike sudaca parničnog odjela Trgovačkog suda u Zagrebu u zakazivanju i odgodi ročišta, trajanju postupaka i mirnog rješavanja spora. Ti su podatci relevantni i za druge sudove. Ne samo da su relevantni nego su i za potrebe ovog istraživanja bili dostatni. Ako sudovi u postupku koji je hitan (*arg. ex. članci 492.a – 492.c, 499. i 500. ZPP-a*) ne zakazuju dovoljno brzo ročišta, onda se to ne može očekivati niti od sudova gdje on u pravilu nije hitan.

32 Statistike su od 2006. godine dostupne na web stranici Ministarstva pravosuđa: <https://pravosudje.gov.hr/pristup-informacijama-6341/strategije-planovi-i-izvjesca/statisticki-pregled/6719> (15.06.2016.).

ročištu, situacije kad je potrebno dodatno vrijeme za planiranje strategije vođenja postupka, situacije kad je ishod spora ovisio o nekom vanjskom čimbeniku (npr. uređenju zemljišnoknjižnog stanja)³³ te situacije u kojoj je tužitelj pokušavao povući tužbu bez dužnosti snošenja troška.³⁴ Tužiteljima nije odgovaralo mirovanje kad je bila potrebna brza osuda i isplata.

Kao situacije u kojima je tuženicama odgovaralo mirenje, najveći je broj ispitanika naveo odgađajući učinak tromjesečnog, odnosno četveromjesečnog mirovanja postupka. To je posebno vrijedilo za postupke radi isplate kad je tuženicama odgovaralo odugovlačenje s isplatom. Ispitanici su istaknuli i činjenicu da svako rješenje osim usvajanja tužbenog zahtjeva za tuženike predstavlja povoljan ishod. U situacijama u kojima bi tužba, za koju se presumira da je povučena, bila podnesena pred kraj isteka zastarnog roka, ona je mogla imati i konačni učinak za razrješenje spora između stranaka. Ispitanici nisu naveli situacije u kojima tuženicama ne bi odgovaralo mirovanje.

Objema strankama mirovanje je odgovaralo za pribavljanje novih dokaza,³⁵ za dodatne konzultacije odvjetnika sa strankom te za pokušaj postizanja mirnog rješenja spora.

Na temelju iznesenih stavova mogli bismo zaključiti da je mirovanje, barem kad su stranke u pitanju, u jednakoj mjeri bilo koristan institut za obje stranke iako, to valja naglasiti, ne u istim situacijama. Rezultati nedvojbeno pokazuju da je strankama trebalo određeno vrijeme za pregovore oko mirnog rješenja spora, ali je ono korišteno i u druge svrhe za koje ih zakonodavac nije namijenio. To nas zapravo dovodi do pitanja jesu li stranke i sud zloupotrebljavale mirovanje.

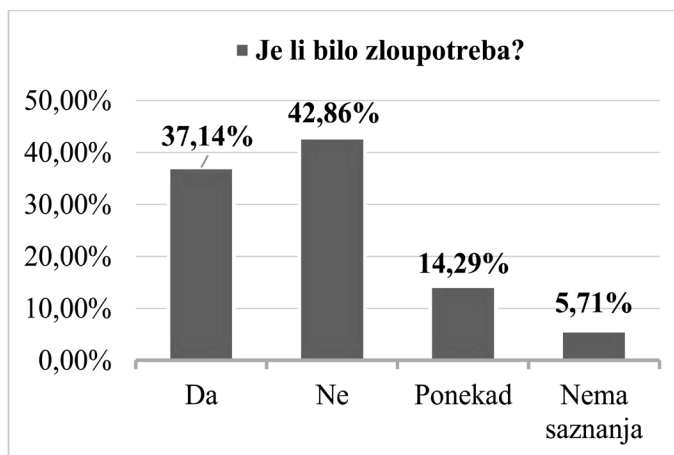
33 Jedan je ispitanik istaknuo da se tu radilo o svakom pitanju koje ne predstavlja prethodno pitanje u smislu članka 12. ZPP-a. Točno je da se ne bi smjelo raditi o takvom pitanju ako je sud prekinuo postupak dok čeka odluku o prethodnom pitanju u drugom postupku (članak 213. ZPP-a) jer u tom slučaju zbog prekida postupka niti ne može doći do mirovanja, ali ako sud nije prekinuo postupak, tužiteljima bi mirovanje moglo koristiti dok se ne donese i ta odluka.

34 Sukladno članku 158. ZPP-a, tužitelj koji povuče tužbu dužan je protivnoj stranci nadoknaditi parnične troškove. Međutim, kako u slučaju pasivnosti stranke nisu na ročištu postavile zahtjev za naknadu parničnih troškova, primijenit će se odredba prema kojoj se zahtjev za naknadu troškova mora postaviti u roku od 15 dana nakon dostave odluke o utvrđenju da je tužba povučena (članak 164. stavak 8. ZPP-a). Takvog je stava bio i, npr. Okružni sud u Zagrebu u odluci od 1.3.1983., posl. br. 9454/82 (odluka nije objavljena, sentenca se nalazi na web stranici: <http://www.ingbiro.hr>; 15.6.2016.). U svakom slučaju, ako to tuženik ne bi učinio, tužitelj bi faktički bio u situaciji da je povukao tužbu, a da nije dužan drugoj stranci naknaditi parnični trošak.

35 Nakon Novele/2013, takav je razlog postao bespredmetan zbog pojačanja načela eventualnosti. Sukladno članku 284. ZPP-a, nakon zaključenja prethodnog postupka nije moguće iznositi nove činjenice i predlagati nove dokaze, osim ako ih bez svoje krivnje nisu mogle iznijeti, odnosno predložiti u tom roku (članak 299. ZPP-a).

3.2. O zloupotrebama procesnih ovlaštenja

Četvrto od opisnih pitanja u anketi imalo je za cilj dobiti odgovor o tome jesu li stranke ili sud zloupotreblyavale mirovanje. Stavovi se mogu sumirati na sljedeći način:



Iako je postojala mogućnost, svi ispitanici nisu obrazložili svoje odgovore. Oni koji su isticali da su zloupotrebe, makar ponekad postojale, ponajprije su imali na umu već spomenuto odugovlačenje tuženika s postupkom te nedovoljnu pripremljenost tužitelja.³⁶ Posebno su zanimljivi stavovi glede zloupotreba od strane sudova. Jedan ispitanik istaknuo je svoju bojazan da bi sud mogao tuženiku, u slučaju da samo on prisustvuje ročištu, sugerirati izlazak iz sudnice, ne bi li time uzrokovali primjenu zakonske presumpcije da je tužba povučena (članak 296. ZPP), kao što je to znao činiti u primjeni odredbi ZPP-a o mirovanju (bivši članak 217. ZPP).³⁷ Slično tome, jedan ispitanik istaknuo je da se sud znao na

36 Dok nedovoljna pripremljenost tužitelja može predstavljati svojevrstu zloupotrebu procesnih prava, kod tuženika se nije moglo raditi o zloupotrebama, već naprotiv, korištenju prava koja im pripadaju na temelju odredaba ZPP-a. Tako se ne može reći da odbijanje tuženika da raspravlja predstavlja zloupotrebu prava jer tuženik ima, ako to želi, pravo braniti se šutnjom koje bi u ograničenom opsegu bilo analogno tom pravu u kaznenom postupku. Doduše, upitno je, je li se isto ponašanje trebalo dopustiti i tužitelju kao gospodaru parnice (v. *infra* 4.3. Mogući pravci razvoja).

37 Ovdje bi se moglo govoriti o zloupotrebi jer je sud dužan održati ročište s prisutnom strankom ako su obje stranke uredno obaviještene o ročištu (članak 295. stavak 1. ZPP-a). No treba skrenuti pažnju na jednu sistemsku razliku. Dok je mirovanje uvijek bilo rezultat suglasne dispozicije stranaka, presumirano povlačenje tužbe u ZPP-u nakon Novele/2013 predstavlja isključivo dispoziciju tužitelja. Njegovo se nepojavljivanje tumači kao prešutno povlačenje tužbe, a tuženikova je dispozicija ovdje irelevantna. Ipak, činjenica je da bi suci trebali poštovati autonomiju stranaka u pogledu izbora načina i vremena poduzimanja određenih procesnih radnji pa bi ovakve sugestije tuženiku trebalo izbjegavati.

druge načine „osvećivati“ za ranije procesne radnje jedne od stranaka.³⁸ Da sudovi znaju zloupotrebjavati institut istaknuto je ranije i u stručnoj javnosti, i to tako da zakazuju ročišta u vrijeme blizu blagdana,³⁹ što je kao potencijalni problem istaknuo i jedan ispitanik. Treba istaknuti da je najveći broj ispitanika ipak držao da sudovi nisu zloupotrebjavali institut, ali da im je on svakako odgovarao jer povučena tužba znači riješen predmet i lakše zadovoljenje norme.⁴⁰ Mirovanje u pravilu nisu zloupotrebjavale ni stranke. Stoga valja zaključiti da mirovanje nije zloupotrebjavano, već je korišteno u skladu sa zakonskim ovlaštenjima, no određene nelogičnosti u njegovu uređenju mogle su dovesti do situacija koje su značajne za dinamiku ili ishod spora, a prema zamislama zakonodavca nisu trebale imati takvu svrhu.

3.3. O utjecaju mirovanja na dinamiku i ekonomičnost postupka

S obzirom na to da Republika Hrvatska ne vodi službenu evidenciju o broju i vrsti ročišta,⁴¹ za potrebe ovog istraživanja zatraženi su podatci iz sustava eSpis Trgovačkog suda u Zagrebu. Cilj je bio izračunati prosječno trajanje parničnog postupka od trenutka kad sudac preuzima predmet u rad do trenutka objave meritorne odluke⁴² i potom uzeti u obzir prosječan broj sudskih radnji u predmetu, ne bi li se time dobio prosječan razmak između pojedinih sudskih radnji (ročišta).⁴³

38 Npr. odbiti zamjениčku punomoć što je, prema riječima ispitanika, trebala biti odmazda za raniju pasivnost jedne od stranaka. Autor smatra vjerojatnijim da se radilo o neurednoj punomoći nego pokušaju „odmazde“.

39 Sudovi često zakazuju ročišta blizu blagdana, ne bi li time isprovocirali izostanak stranaka i mirovanje kao njegovu posljedicu (Tvrđić, op. cit. u bilj., br. 21, str. 92).

40 Od kada postoji eSpis, automatska dodjela obavlja se sukladno Pravilniku o radu u sustavu eSpis (Narodne novine, br. 35/2015).

41 CEPEJ Report on „European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice“, str. 141. Izvješće dostupno na mrežnim stranicama Europske komisije za efikasnost pravosuđa (CEPEJ): http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf (15.06.2016.).

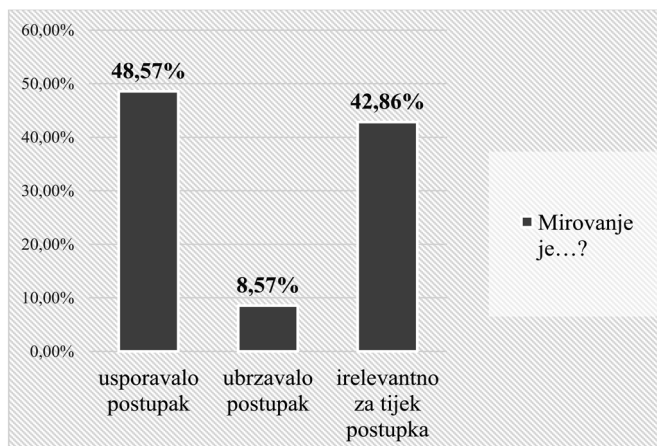
42 Sustav eSpis nudi dva podatka koja bi trebala biti relevantna za trajanje postupka: prosječna starost predmeta i prosječno vrijeme rješavanja. Dok prvi podatak predstavlja ukupno trajanje predmeta, drugi predstavlja tzv. *disposition time* kojeg za procjenu aktivnosti i efikasnosti pravosudnog sustava koristi CEPEJ. Za potrebe izračuna razmaka između ročišta nije korišten nijedan od spomenuta dva podatka, već je računato vrijeme od osnivanja spisa do ročišta za objavu odluke jer samo u tom razdoblju možemo reći da sudac odgovara za rukovođenje postupkom. Ne bi bilo ispravno uračunavati i, primjerice, vrijeme pred sudom koji se proglasio nenadležnim i ustupio predmet Trgovačkom sudu u Zagrebu kao nadležnom ili vrijeme pred višim sudom povodom pravnog lijeka koji je okončan vraćanjem prvostupanjskom sudu na novo odlučivanje. Svi se ti podatci uzimaju u obzir u izračunu tzv. prosječne starosti predmeta te je ona iz tog razloga i zanemarena.

43 Na uzorku od 10 000 predmeta u kojima je u promatranom razdoblju održano ročište prvo su izdvojeni predmeti koji su završeni meritornom odlukom. Potom je izračunato prosječno trajanje tih postupaka u danima (od trenutka kad je sudac primio predmet u rad do ročišta za objavu presude) te naposljetku prosječan broj ročišta od prvog (odnosno pripremnog) do ročišta za objavu. Prosječan razmak između ročišta izračunat je tako da je podijeljeno prosječno trajanje predmeta s prosječnim brojem ročišta u postupku.

Analizirani su samo predmeti oznake P koji su u promatranom razdoblju završeni meritornom odlukom.⁴⁴ Na taj način, dobiveni su sljedeći podatci:



Iako podatci za 2015. upućuju da je trend rasta razmaka između pojedinih sudskih radnji zaustavljen,⁴⁵ valja primijetiti kako je najniži podatak u posljednje četiri godine o prosječnom razmaku između sudskih radnji u godinama za koje postoje cjeloviti podatci iznosio 117 dana, odnosno tri mjeseca i 27 dana. To jasno pokazuje da mirovanje faktički nije moglo utjecati na dinamiku postupka. Zaustavljanje postupka na četiri mjeseca irelevantno je ako se ionako u međuvremenu u postupku ne bi poduzimale nikakve radnje. Takvo stajalište slaže se sa stavovima ispitanika iznesenim u anketi. Na pitanje je li mirovanje ubrzavalo ili usporavalo parnični postupak, odgovorili su na sljedeći način:



44 Nažalost, uzorak je varirao od godine do godine jer sustav eSpis ne može bez dopuštenja Ministarstva pravosuđa u pojedinoj tablici generirati veći broj od 10 000 predmeta. Tako je u 2012. godini iznosio 1711 predmeta, u 2013. godini 1255 predmeta, u 2014. godini 282 predmeta te u prvoj polovici 2015. godine 80 predmeta.

45 U 2015. godini razmak u prvom polugodištu gotovo je prepolovljen. Pod pretpostavkom da nije riječ o iskrivljenom rezultatu radi manjeg uzorka predmeta, riječ je o značajnom napretku kojeg treba pohvaliti.

Dok 48,57 % ispitanika smatra da je mirovanje doista usporavalo parnični postupak, većina ih je smatrala drukčije, odnosno da mirovanje ili nije utjecalo na tijek postupka (42,86 %) ili da ga je čak ubrzavalo (8,57 %). Dakako, ove rezultate nije moguće promatrati samo matematički, već je potrebno uzeti u obzir i obrazloženja ovakvih odgovora. Oni koji su smatrali da je mirovanje usporavalo parnični postupak, isticali su to jer su smatrali da je mirovanje odgovaralo tuženicima koji su tako odugovlačili s postupkom. Oni čiji je stav da ga je ubrzavalo isticali su mogućnost presumiranog povlačenja tužbe koji je tužitelje tjerao na procesnu disciplinu. Oni koji su mirovanje smatrali irelevantnim za tijek postupka isticali su ili da se radilo o prekratkom zaustavljanju procesnih aktivnosti ili da na duljinu trajanja parničnog postupka utječu drugi čimbenici, što tri mjeseca mirovanja čini nebitnim za ukupno trajanje postupka. Prikazani podatci Trgovačkog suda u Zagrebu potvrđuju potonje stajalište. Tri, odnosno četiri mjeseca mirovanja ne mogu utjecati na tijek postupka jer se u njemu ionako ništa ne bi događalo,⁴⁶ a stranke bi imale priliku pregovarati radi mirnog rješenja spora jer ništa drugo u postupku ne bi bilo moguće.

3.4. O pojačanoj koncentraciji i odnosu prema mirovanju postupka

3.4.1. Primjeri poredbenog prava

Pojačana koncentracija postupka mogla bi biti ozbiljan argument za napuštanje mirovanja kad ne bismo imali primjere austrijskog i njemačkog parničnog postupka koji se smatraju prilično koncentriranima,⁴⁷ unatoč tome što njihovi zakoni poznaju mirovanje.

U oba zakonodavstva do mirovanja može doći na dva načina: jedan je suglasan zahtjev stranaka,⁴⁸ a drugi izostanak obje stranke s ročišta za glavnu raspravu.⁴⁹ U

46 Na dan 19. lipnja 2014. pred Trgovačkim sudom u Zagrebu bilo je 962 predmeta u kojima ni stranke ni sud nisu poduzimali nikakve radnje dulje od šest mjeseci, odnosno 715 predmeta u kojima radnje nisu poduzimane dulje od jedne godine, 81 predmet u kojima radnje nisu poduzimane dulje od tri godine te čak 40 predmeta u kojima radnje nisu poduzimane dulje od pet godina. Da je u svim ovim postupcima moglo doći do mirovanja, statistika bi bila drastično drukčija. Ti podatci najbolje ukazuju koliko su kritike na račun tromjesečnog zastoja bile promašene.

47 Uzelac, Alan, *Omnipotent Judges*, op. cit. u bilj., br. 2, str. 198. Načelo koncentracije postupka jedno je od temeljnih načela austrijskoga građanskog procesnog prava (Fasching, Hans W., *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, 2. Aufl., Manzsche Verlag, Beč, 1990., str. 370-380).

48 Prema § 251 njemačkoga ZPO-a, do mirovanja u tom slučaju može doći samo kad se razumno može pretpostaviti da je mirovanje zatraženo radi pregovaranja oko nagodbe ili drugog važnog razloga. Drugi razlog, primjerice, postoji ako je vjerojatno da su u tijeku, npr. pregovori oko povlačenja tužbe ili oko pokretanja postupka mirenja (Musielak, Hans-Joachim, Voit, Wolfgang, *Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 12. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2015., § 251 para. 3). S druge strane, sa stajališta austrijskog prava, dovoljan je suglasan zahtjev stranaka bez ispunjenja dodatnih materijalnih pretpostavki (§ 168 austrijskoga ZPO-a).

49 § 169 austrijskoga ZPO-a i § 251a njemačkoga ZPO-a.

potonjem se slučaju austrijsko i njemačko pravo značajno razlikuju. U austrijskom pravu izostanak s ročišta automatski dovodi do mirovanja postupka, osim ako je ročište zakazano radi izvođenja dokaza⁵⁰ i u nekim drugim situacijama.⁵¹ Za razliku od toga, u njemačkom će pravu u slučaju izostanka stranaka do mirovanja doći samo ako sud ne može donijeti odluku na temelju stanja spisa.⁵² Smatrat će se da je to moguće ako je stranka barem jednom saslušana, a odluka se može donijeti na temelju dokaza koji su do tog trenutka izvedeni i dokumenata koji su priloženi uz podneske stranaka.⁵³ Sud zakazuje ročište za objavu presude na temelju stanja spisa najranije dva tjedna nakon ročišta s kojeg su stranke izostale. Time se stranci daje mogućnost da spriječi donošenje presude ako najkasnije sedam dana prije dana zakazanog za njezino proglašenje dokaže da je izostala s ročišta bez svoje krivnje.⁵⁴ Sud tad zakazuje novo ročište za provjeru tih navoda.⁵⁵ Ako nije moguće donijeti presudu na temelju stanja spisa, a stranke nisu uspješno opravdale svoj izostanak, nastupit će mirovanje postupka.⁵⁶

Što se tiče učinka mirovanja, on u oba poretka ne odudara od nekadašnjega hrvatskog rješenja. Mirovanje ima isti učinak kao prekid postupka, s iznimkom zakonskih rokova koji i dalje teku. Ipak, dok je u austrijskom ZPO-u takvo rješenje eksplicitno propisano,⁵⁷ u njemačkom građanskom procesnom pravu učinke prekida na mirovanje proširila je doktrina⁵⁸ jer njemački ZPO samo propisuje da

50 § 289 austrijskoga ZPO-a. Slično pravilo sadržavao je i naš bivši članak 216. stavak 3. ZPP-a prema kojem mirovanje ne bi nastupilo u situacijama kad su obje stranke izostale s ročišta za izvođenje dokaza pred predsjednikom vijeća ili zamoljenim sucem. Važna iznimka je i rješenje prema kojem izostanak tužitelja, doduše samo s pripremnog ročišta, dovodi do presude zbog ogluhe u dužnikovu korist (§ 396 stavak 1. austrijskoga ZPO-a). Unatoč izričitoj zakonskoj odredbi, sudska praksa takvu odredbu tumači kao presumirano povlačenje tužbe, a ne presudu zbog ogluhe pa je takvo tumačenje predmet kritike u austrijskoj literaturi (v. npr. Koller, Christian, Scholz, Florian, Rechtskraftwirkung des klagsabweisenden Versäumungsurteils, *Ecolex*, vol. 4/2013).

51 Iznimku bi predstavljale situacije kad se iz potreba određenih procesnih radnji ili određenih posebnih postupaka odustaje od odredbi o mirovanju (Fasching, op. cit. u bilj., br. 47, str. 322; Rechberger, Walter, Simmota, Daphne A., *Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren)*, 8. Aufl., Manz-Verlag, 2010., str. 275-276).

52 § 251a njemačkoga ZPO-a. Slično i u novom slovenskom rješenju, v. *infra* bilj., br. 112.

53 Presuda nema značaj kontumacijske presude, već kontradiktorne (Rauscher, Thomas, Krüger, Wolfgang (ur.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2013., § 251a para. 21), protiv koje je moguće podnijeti samo redovite pravne lijekove (Musielak, Voit, op. cit. u bilj., br. 48, § 251a para. 3).

54 § 251a stavak 2. njemačkoga ZPO-a.

55 *Ibid.* V. i Musielak, Voit, op. cit. u bilj., br. 48, § 251a para. 4.

56 § 251a stavak 3. njemačkoga ZPO-a.

57 § 168 austrijskoga ZPO-a. Austrijska doktrina i sudska praksa stajališta su da je tijekom mirovanja moguće poduzeti one parnične radnje koje su usmjerene na okončanje postupka, npr. povlačenje tužbe (Rechberger, Simmota, op. cit. u bilj., br. 51, str. 277). Takvo je stajalište zauzeto i u našoj doktrini (Triva, Dika, op. cit. u bilj., br. 6, str. 567).

58 Njemačka je teorija suglasna da se na mirovanje primjenjuju pravila o učinku prekida i suspenzije, s iznimkom zakonskih rokova. Tako Saenger, Ingo (ur.), *Zivilprozessordnung*, 6.

prekluzivni zakonski rokovi i dalje teku.⁵⁹ Ovdje treba skrenuti pažnju na posebnost njemačkog prava u odnosu na austrijsko i nekadašnje hrvatsko pravo. Iako njemački i austrijski ZPO-i govore o zakonskim rokovima, moglo bi se postaviti pitanje odnosi li se to samo na procesnopravne ili, također i na materijalnopravne rokove. U austrijskoj doktrini mirovanje se odnosi samo na procesnopravne rokove,⁶⁰ dok je u njemačkom pravu situacija malo složenija. Razlog su odredbe njemačkoga *Bürgerlichesgesetzbuch* (dalje: njemački BGB)⁶¹ o zastari, prema kojima podnošenje tužbe uzrokuje zastoj zastare (njem. *Hemmung*).⁶² No taj zastoj prestaje šest mjeseci od posljednje radnje stranke i suda nakon kojeg je došlo do mirovanja parničnog postupka.⁶³ To znači da bi za vrijeme mirovanja postupka mogla nastupiti i zastara, što bi dužnik dakako bio dužan dokazati.⁶⁴ Ovo na normativnoj razini odudara od austrijskog rješenja kojim tužba prekida (njem. *Unterbrechung*) parnični postupak do njegova okončanja kad zastarni rok počinje teći iznova.⁶⁵ Takvo bi rješenje odgovaralo i rješenju u našem Zakonu o obveznim odnosima.⁶⁶ Iz navedenoga

-
- Aufl., Nomos, 2015., § 251 para. 1; Rauscher, Krüger, op. cit. u bilj., br. 53, § 251 para. 13; Musielak, Voit, op. cit. u bilj., br. 48, § 251 para. 5; Rosenberg, Leo, *Zivilprozessrecht*, 13. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1981., str. 762.; Zeiss, Walter, *Zivilprozeßrecht*, 5. Auflage, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1982., str. 172. To su prije svega rokovi za ulaganje pravnih lijekova (Rauscher, Krüger, op. cit. u bilj., br. 53, § 251 para. 15).
- 59 § 251 njemačkoga ZPO-a. Taj članak zapravo upućuje na § 233 njemačkoga ZPO-a koji uređuje povrat u prijašnje stanje.
- 60 Fasching, op. cit. u bilj., br. 47, str. 285. Prema *Faschingu*, ni prekid ni mirovanje ne utječu na tijek materijalnopravnih rokova.
- 61 *Bürgerlichesgesetzbuch* od 18. kolovoza 1896. (RGBl. S. 195), zadnji put izmijenjen 29. srpnja 2015. (BGBl. I S. 1042).
- 62 § 204 stavak 1. njemačkoga ZPO-a.
- 63 § 204 stavak 2. njemačkoga ZPO-a. Potrebno je da do pasivnosti stranaka ne dođe iz opravdanih razloga, u suprotnom zastara i dalje stoji. Grothe, Helmuth, § 204, u: Säcker, Franz J., Rixecker, Roland (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 1*, C.H. Beck, 2015., para. 75.
- 64 *Ibid.*, para. 84.
- 65 § 1497 austrijskog *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* od 1. lipnja 1811. (JGS br. 946/1811), zadnji put izmijenjen 30. lipnja 2015. (BGBl. br. 87/2015). Lackner, Heinrich, *Anspruchverjährung*, Linde Verlag, Beč, 2010., str. 43-44. Istina, tužba mora biti podnesena „na odgovarajući način“. Bude li mirovanje postupka nerazumno dugo, nakon nastavka postupka dužnik može istaknuti prigovor zastare pa dolazi do slične situacije kao u njemačkom pravu (Mader, Peter, § 1451, u: Schwimann, Michael (ur.), *Praxiskommentar zum ABGB*, 2. Aufl., Orac Verlag, Wien, 1997., str. 776).
- 66 Prema članku 241. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15; dalje: ZOO), zastara se prekida podnošenjem tužbe i svakom drugom vjerovnikovom radnjom poduzetom protiv dužnika pred sudom ili drugim nadležnim tijelom radi utvrđivanja, osiguranja ili ostvarenja tražbine. Ona počinje teći iz početka od dana kad je spor okončan ili završen na neki drugi način (članak 245. stavak 3. ZOO-a). Zastara koja počinje teći iznova poslije prekida navršava se kad protekne onoliko vremena koliko je zakonom određeno za zastaru koja je prekinuta (članak 245. stavak 6. ZOO-a), osim ako je pravomoćno dovršen parnični postupak. U tom slučaju vrijedi pravilo iz članka 233. ZOO-a o desetogodišnjem roku zastare. Tako Gorenc, Vilim (ur.), *Komentar zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb, 2005., str. 333.

proizlazi da u austrijskom i nekadašnjem hrvatskom pravu mirovanje ne bi utjecalo na zastaru jer zastarni rok ne može teći za vrijeme trajanja parničnog postupka.⁶⁷

U njemačkom i austrijskom zakonodavstvu, mirovanje prestaje kad neka od stranaka preuzme postupak ili kad sud *ex officio* utvrdi da je prestao razlog za mirovanje i odredi nastavak postupka.⁶⁸ S time da u njemačkom ZPO-u više ne postoje ograničenja⁶⁹ kad stranka može preuzeti postupak, u smislu tromjesečnog roka koji je poznavalo i hrvatsko pravo⁷⁰ te koje i dalje poznaje austrijski ZPO.⁷¹ Ni njemačko ni austrijsko pravo ne poznaju presumirano povlačenje tužbe. Naprotiv, mirovanje bi u načelu moglo biti vječno.⁷²

67 Time nije isključena mogućnost da bi i u nekadašnjem hrvatskom pravu mirovanje moglo utjecati na neke druge materijalnopravne rokove. Ipak, držimo da bi se stav hrvatskoga zakonodavca o pitanju zastare mogao tumačiti u smjeru austrijskoga rješenja, a sličnog je stajališta i naša doktrina (Dika, Mihajlo, Gradansko parnično pravo – Parnične radnje, Narodne Novine, Zagreb, 2008., str. 53-54). Jasna odvojenost računanja procesnih i materijalnih rokova postoji u sva tri spomenuta zakonodavstva, a posebnost uređenja prekida i zastoja zastare u njemačkom BGB-u opravdava drukčije tretiranje mirovanja nego li u slučaju austrijskoga prava što je, po mišljenju autora, mirovanje moglo utjecati na tijek samo procesnopравnih zakonskih rokova. Osim rokova za podnošenje žalbe i podnošenje zahtjeva za povrat u prijašnje stanje, tu bi se moglo raditi, primjerice, o roku u kojem je punomoćnik nakon smrti, prestanka postojanja ili stečaja opunomoćitelja dužan obavljati određene radnje, roku od osam dana nakon čijeg se isteka smatra da je dostava preko oglasne ploče uredno obavljena, roku od šest mjeseci nakon pravomoćnosti odluke u kojem je stranka dužna obavijestiti sud o svakoj promjeni adrese, roku od trideset dana u kojem je punomoćnik za primanje pismena dužan primati ta pismena od podnošenja dokaza o otkazu punomoći i sl. (nasumično odabrani primjerično navedeni zakonski rokovi u Dika, op. cit. u bilj., br. 67, str. 55-56). Svi oni mogli su teći unatoč mirovanju, ali je svakako najvažnije bilo pravilo prema kojem se može podnijeti žalba i zahtjev za rok u prijašnje stanje. Oni su pravi *ratio* te odredbe kako je zamišljena i u poredbenim zakonodavstvima.

68 Rosenberg, Leo, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munchen, 2004., str. 879. Tako i Thomas, H., Putzo, H., *Zivilprozessordnung*. Kommentar, Verlag C.H. Beck, München, 2009., str. 401. Slično tome, § 169 austrijskoga ZPO-a propisuje da se postupak nastavlja kad jedna od stranaka zatraži zakazivanje ročišta ili kad se odredi novi sudski rok za određenu procesnu radnju koji je prestao teći zbog mirovanja.

69 Raniji § 250 njemačkoga ZPO-a poznao je tromjesečni rok u kojem stranke ne mogu poduzimati nikakve radnje, već se postupak mogao nastaviti samo odlukom suda, i to samo iz važnih razloga. V. Rosenberg, op. cit. u bilj., br. 58, str. 762. Ta je izmjena napuštena novelom iz 2001. godine (Rosenberg, op. cit. u bilj., br. 68, str. 879.). Razlog je bila činjenica da stranke ionako prije isteka dilatornog roka zahtijevaju nastavak postupka pa je ta odredba postala suvišna. Ona je omogućila i brže postupanje u postupku. V. Hess, Burkhard, Jaurnig, Othmar, *Zivilprozessrecht*, 30. Auflage, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2011., str. 328.

70 Rauscher, Krüger, op. cit. u bilj., br. 53, § 251 para. 19.

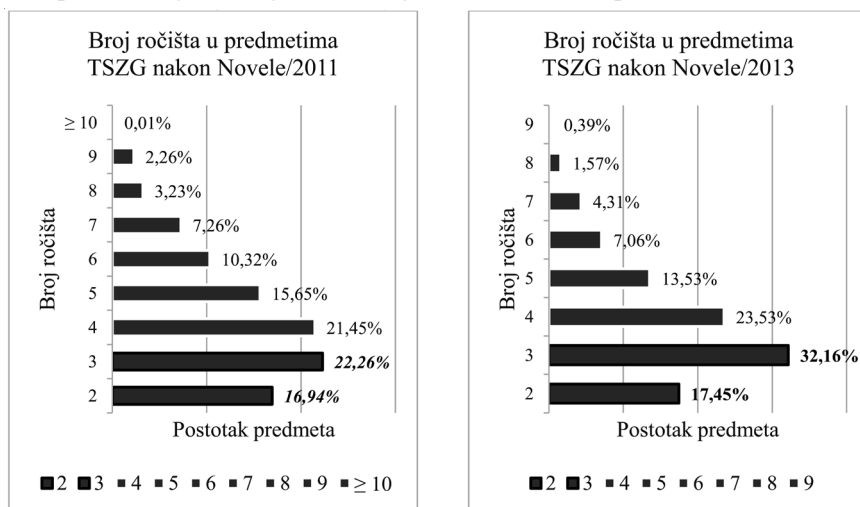
71 § 168 austrijskoga ZPO-a.

72 *Fasching* na karikiranom primjeru objašnjava da stranke mogu odrediti i da postupak miruje idućih 50 godina. Zahtjev za nastavkom postupka neće ni nakon 50 godina zastarjeti (*Fasching*, Hans W., *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, II. Band: *Einführungsgesetz zur ZPO*; §§ 1-225 ZPO, Beč, 1962., str. 323). Drukčije je stajalište doktrine u vezi s učinkom sporazuma kojim bi bilo ugovoreno vječno mirovanje (njem. *Vereinbarung „ewiges Ruhens“*). Tako prema jednima takav sporazum nema pravni učinak pa parnica i dalje teče te postupak može u svakom trenutku biti preuzet. Prema drugima, takav sporazum ima značaj povlačenja tužbe pa litispendencia prestaje teći i moguće je podnijeti novu tužbu.

Ni mogućnost vječnog mirovanja nije spriječila austrijski postupak da bude izrazito učinkovit,⁷³ što još jednom pokazuje da parnični postupak može biti koncentriran i učinkovit unatoč mirovanju postupka. Zakonodavstva zemalja u okruženju različitog su stajališta po tom pitanju.⁷⁴

3.4.2. Koncentracija postupka nakon Novele/2013

Pojačanu koncentraciju postupka zapravo trebale su omogućiti odredbe o prethodnom postupku i jačanju načela eventualnosti o mogućnosti iznošenja novina.⁷⁵ Te su odredbe unesene u redoviti parnični postupak po uzoru na uređenje sporova male vrijednosti u ranijem režimu⁷⁶ koje su sad, pak, dodatno postrožene u odnosu na ranije razdoblje.⁷⁷ Je li zakonodavac postigao željenu svrhu pokazuju sljedeći podatci Trgovačkog suda u Zagrebu iz sustava eSpis:



Treće, ujedno manjinsko stajalište, jest da je riječ o odricanju od pravosudne zaštite i da litispendencija prestaje teći. Nova tužba bi u tom slučaju bila nedopuštena radi pomanjkanja pravnog interesa (Rechberger, Simmota, op. cit. u bilj., br. 51, str. 278-279). Izgleda da je austrijska sudska praksa prihvatila prvo stajalište kojeg podržava i *Fasching* (Fasching, op. cit. u bilj., br. 72, str. 321).

73 Austrijski parnični postupak u prvom stupnju, primjerice, u prosjeku traje samo šest mjeseci, dok drugostupajski traje 12 mjeseci (v. podatci su narativno izneseni na mrežnim stranicama austrijskog Ministarstva pravosuđa: <https://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/8ab4a8a422985de30122a93207ad63cc.de.html>; 15.06.2016.).

74 Bosna i Hercegovina te Crna gora napustile su mirovanje jer su ga, poput našeg zakonodavca, smatrali institutom koji doprinosi neučinkovitosti postupka (Tironi, Ivan, Mirovanje postupka, Informator, br. 6017, 2011., str. 7). Slovenija u člancima 209.-210. Zakona o pravdnem postupku (Uradni list RS, br. 26/1999, 96/2002, 58/2003, 2/2004, 69/2005, 90/2005, 43/2006, 52/2007) i dalje poznaje mirovanje, uz određene novine bliske gore spomenutim rješenjima (v. *infra* bilj., br. 112).

75 V. *supra* bilj., br. 35.

76 Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a, Zagreb, veljača 2013., str. 21.

77 U sporovima male vrijednosti sud ne smije nakon pripremnog ročišta postupka uzeti u obzir bilo kakve dokaze, čak i ako ih stranke bez svoje krivnje nisu mogle iznijeti u odgovoru na tužbu (članak 461.a stavci 2. i 3. ZPP-a).

Cilj ovih dijagrama bio je prikazati navike sudaca Trgovačkog suda u Zagrebu o broju zakazanih ročišta u zatvorenim predmetima u dvogodišnjem razdoblju prije i nakon Novele/2013.⁷⁸ Iako gornji dijagrami prikazuju određeni napredak jer se smanjuje broj predmeta u kojima se zakazuje više od tri ročišta (s 60,08 % na 50,39 %), može se primijetiti da se u gotovo 50 % predmeta i dalje zakazuju barem četiri ročišta.⁷⁹ To znači da su suci u postupcima nastavili zakazivati približno jednak broj ročišta kao i prije Novele/2013.⁸⁰ Prema tome, koncentracija postupka nije u potpunosti postignuta što znači da se ona nije mogla koristiti kao opravdan razlog za napuštanje mirovanja.

4. OCJENA STANJA NAKON REFORMI

4.1. Ostvarenje općih ciljeva reforme

Službeni podaci Ministarstva pravosuđa mogu biti pokazatelj uspjeha Novele/2013.⁸¹ Učinkovitost se po metodologiji CEPEJ-a, između ostalog, mjeri kroz tzv. *clearance rate* (stopa rješavanja) i *disposition time* (prosječno vrijeme rješavanja).⁸² U prvom slučaju riječ je o omjeru riješenih i zaprimljenih predmeta, a drugom o procijenjenom trajanju predmeta koji u godini nisu riješeni, pod pretpostavkom da se predmeti nastave rješavati u istom tempu, uzimajući u obzir omjer riješenih i neriješenih predmeta na kraju godine. Oba pokazatelja zapravo imaju svrhu pokazati omjer zaprimljenih i riješenih predmeta.⁸³

78 Dakle, uzeti su u obzir predmeti koji su osnovani nakon 1. lipnja 2011., odnosno 1. travnja 2013. koji datumi se preklapaju s datumima stupanja na snagu Novele/2011, odnosno Novele/2013. Također, u obzir su uzeti samo riješeni predmeti u kojima je u 2013., odnosno 2015. godini, održana sudska radnja. Korištene su iste tablice iz sustava eSpis koje su korištene za računanje razmaka između ročišta.

79 Načelo koncentracije zahtijevalo bi takvo zakazivanje ročišta koje bi omogućilo razmatranje procesne građe na glavnoj raspravi, da sud na temelju rezultata usmenog, neposrednog i kontradiktornog raspravljanja stekne mogućnost za donošenje pravilne i na zakonu zasnovane odluke (Triva, Dika, op. cit. u bilj., br. 6, str. 194). Njegova je funkcija postići racionalizaciju i ekonomičnost parničnog postupka, što je bila jedna od glavnih misli vodilja *Franza Kleina* (Rechberger, Simmota, op. cit. u bilj., br. 51, str. 233).

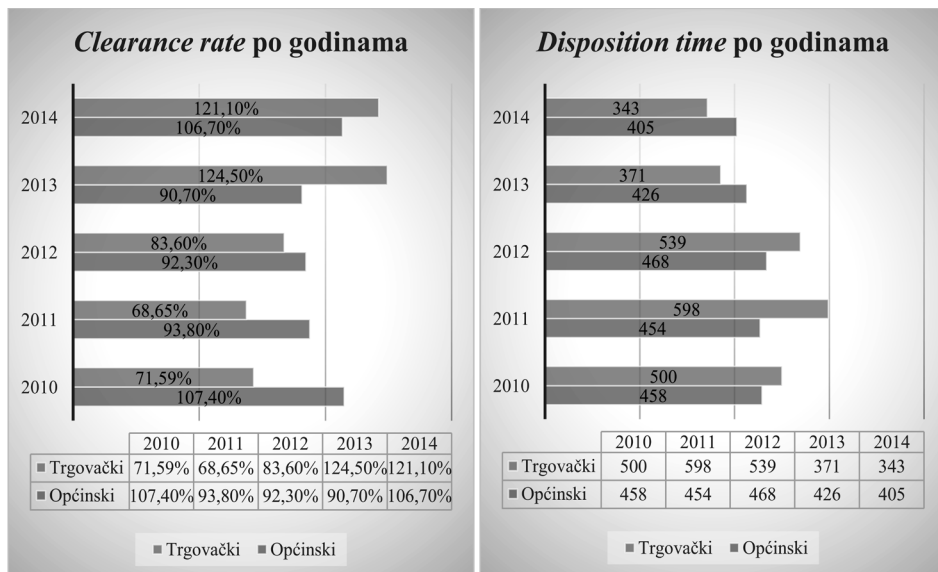
80 Da se nakon stupanja na snagu Novele/2013 ništa nije promijenilo u dinamici zakazivanja ročišta i broja ročišta u predmetu pokazuju i stavovi ispitanika u anketi (v. *infra* 4.1. Ostvarenje općih ciljeva reforme).

81 Statistike su od 2006. godine dostupne na web stranici Ministarstva pravosuđa: <https://pravosudje.gov.hr/pristup-informacijama-6341/strategije-planovi-i-izvjesca/statisticki-pregled/6719> (15.06.2016.).

82 Ministarstvo pravosuđa se u prijevodu ove CEPEJ-eve kategorije odlučilo na izraz „prosječno vrijeme rješavanja“ koji zapravo dovodi do pogrešnih zaključaka o trajanju parničnih postupaka u Hrvatskoj. Pravilnije bi bilo govoriti o „procijenjenom trajanju rješavanja neriješenih predmeta“ jer i sam CEPEJ u izvješću (v. *supra* bilj. br. 41) ističe kako je više čimbenika potrebno za određivanje trajanja postupka da bi se ono, u ovoj etapi analize, uzimalo u obzir.

83 Osim ovih kategorija, postoji i tzv. *case turnover ratio* (stopa obrtaja predmeta) koja predstavlja omjer riješenih i neriješenih predmeta. On je nužna sastavnica formule za izračun

Uočimo li službene podatke Ministarstva pravosuđa o učinkovitosti pojedine vrste sudova, možemo izvesti zaključak da su oni parnični postupci u kojima je postojalo mirovanje bili učinkovitiji od onih koji ga tradicionalno nisu imali,⁸⁴ kao što pokazuju sljedeći grafikoni:



Od 2010. do 2012. godine općinski sud učinkovitije je rješavao zaostale predmete i brže je provodio postupke.⁸⁵ Nakon Novele/2013 događa se obrat. Trgovački sudovi sad rješavaju veći broj predmeta i obećavaju brže rješenje spora. Teško je vjerovati da je razlog isključivo napuštanje instituta mirovanja, ali u odredbama o postupku u trgovačkim sporovima nije bilo izmjena koje bi same po sebi mogle opravdati ovoliki napredak u dinamici rješavanja predmeta.⁸⁶ Dakle, postoji mogućnost da je napuštanje mirovanja usporilo parnične postupke na onim sudovima pred kojima je moglo doći do mirovanja postupka.

Prema ispitanicima, Novela/2013 nije donijela značajne promjene u parničnom postupku, osim što je pojačala procesnu disciplinu stranaka.⁸⁷ Većina se

procijenjenog trajanja rješavanja neriješenih predmeta, ali sam po sebi nema samostalno i važno značenje. Više o metodologiji CEPEJ-a, v. CEPEJ smjernice o sudskoj statistici (GOJUST) od 11. prosinca 2008. koje su objavljene na njihovim mrežnim stranicama: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1389931&Site=> (15.06.2016.).

84 U postupcima pred trgovačkim sudovima mirovanje nije postojalo (bivši članak 499. stavak 2. ZPP-a).

85 Napominjemo kako su u obzir uzeti samo podatci za parnične odjele trgovačkih i općinskih sudova.

86 Postoje odredbe o elektroničkoj dostavi, ali je upitno u kolikoj mjeri se one uopće koriste.

87 S tom tvrdnjom uopće se ne slaže 5,70 % ispitanika, načelno se ne slaže 20 %, niti se slaže, niti se ne slaže 14,30 % ispitanika, načelno se slaže 45,70 % ispitanika, a u potpunosti se slaže 14,30 % ispitanika.

izjasnila da Novela/2013 nije ubrzala parnični postupak,⁸⁸ da se ne održava manji broj ročište u odnosu na ranije razdoblje,⁸⁹ da su suci nastavili jednakim tempom i u istim razmacima zakazivati ročišta⁹⁰ te da ih u jednakoj mjeri odgađaju kao i prije.⁹¹ Zanimljiv je stav prema kojem, unatoč brojnim novim mogućnostima, mirno rješenje spora danas nije učestalije,⁹² što potvrđuju i podaci Trgovačkog suda u Zagrebu u sustavu eSpis:

Broj:	2012	2013	2014	2015
<i>Povučenih tužbi</i>	3036	3350	2790	1300
<i>Sudskih nagodbi</i>	227	333	341	201
<i>Nagodbi u postupcima mirenja (oznaka Mir)</i>	10	7	4	1

4.2. Načelni kontinuitet funkcija mirovanja

Mirovanje je prije svojeg napuštanja imalo nekoliko funkcija. Pravilo prema kojem nisu mogle biti poduzimane nikakve radnje u postupku kroz zakonom propisano vrijeme od tri mjeseca imalo je svrhu, s jedne strane, dati strankama priliku da doista iskreno pregovaraju o mirnom rješenju spora (mirovna funkcija)⁹³ te, s druge da nemarnog tužitelja opomene za izostanak s ročišta u postupku, s obzirom na to da se on vodi povodom njegove tužbe (pedagoška funkcija).⁹⁴ U slučaju ponavljanja nemara, bilo da je protekao četveromjesečni rok, bilo da se dvaput udovoljilo uvjetima za mirovanje, on se kažnjavao presumiranim povlačenjem tužbe (punitivna funkcija).⁹⁵ S obzirom na svoju pedagošku i punitivnu

88 S tvrdnjom da je parnični postupak ubrzan uopće se ne slaže 17,10 % ispitanika, načelno se ne slaže 28,60 %, niti se slaže, niti se ne slaže 25,70 % ispitanika, načelno se slaže 22,90 % ispitanika, a u potpunosti se slaže 5,70 % ispitanika.

89 S tvrdnjom da se zakazuje manji broj ročišta uopće se ne slaže 14,30 % ispitanika, načelno se ne slaže 25,70 %, niti se slaže, niti se ne slaže 25,70 % ispitanika, načelno se slaže 28,60 % ispitanika, a u potpunosti se slaže 5,70 % ispitanika.

90 S tvrdnjom da se ročišta brže i ažurnije zakazuju uopće se ne slaže 31,40 % ispitanika, načelno se ne slaže 22,90 % niti se slaže, niti se ne slaže 28,60 % ispitanika, načelno se slaže 17,10 % ispitanika. Niti jedan ispitanik se u potpunosti se slaže s tom tvrdnjom.

91 S tvrdnjom da se ročišta rjeđe odgađaju uopće se ne slaže 17,10 % ispitanika, načelno se ne slaže 31,40 %, niti se slaže, niti se ne slaže 25,70 % ispitanika, načelno se slaže 20 %, a u potpunosti se slaže 5,70 % ispitanika.

92 S tvrdnjom da je mirno rješavanje spora češće uopće se ne slaže 40 % ispitanika, načelno se ne slaže 31,40 %, niti se slaže, niti se ne slaže 22,90 % ispitanika, načelno se slaže 5,70 %, a nema ispitanika koji se u potpunosti slažu s tom tvrdnjom.

93 Triva, Dika, op. cit. u bilj., br. 6, str. 565.

94 Tironi, op. cit. u bilj., br. 74., str. 7. Stranke su *domini litis* (Triva, Dika, op. cit. u bilj., br. 6, str. 4), a to se posebno odnosi na tužitelja jer je on inicijator čitavog postupka.

95 Time je zakonodavac htio utjecati na procesnu disciplinu stranaka (Triva, Dika, op. cit. u bilj., br. 6, str. 565).

funkciju, mirovanje je djelovalo akceleratorno na parnični postupak (akceleratorna funkcija).

Nakon napuštanja mirovanja, pojedine funkcije preuzeli su drugi instituti, a neka su rješenja izmijenjena iz temelja. Tako se pasivnost stranaka u vidu izostanka obje stranke⁹⁶ s glavne rasprave rješava automatskim presumiranim povlačenjem tužbe,⁹⁷ a strankama se daje mogućnost da umjesto mirovanja radi mirnog rješenja spora svojim suglasnim zahtjevom zatraže zastoj postupka. U tom pogledu su im na raspolaganju dvije mogućnosti: mogu tražiti zastoj sve dok se pred centrom za mirenje ne provede postupak mirenja⁹⁸ ili mogu pokušati spor riješiti neformalnim pregovorima, u kojem slučaju zastoj može trajati do godinu dana, a uz opravdani razlog i dulje.⁹⁹ Stranke nisu dužne preuzeti tako zaustavljeni postupak jer ga sud nastavlja po službenoj dužnosti.¹⁰⁰

Stoga bi se moglo zaključiti da u određenoj mjeri ipak postoji kontinuitet funkcija napuštenog instituta mirovanja. Ipak, one su u značajnoj mjeri oslabljene, a neke su i izostale.

Iako je punitivna funkcija mirovanja pojednostavljena presumiranim povlačenjem tužbe do kojeg dolazi čim obje stranke izostanu s ročišta,¹⁰¹ takvo presumirano povlačenje tužbe ne samo da predstavlja ishitrenu reakciju suda,¹⁰² već omogućuje nove i opasnije zloupotrebe.¹⁰³ Čini se da je pedagoška funkcija ovakvim

96 Kao što je to ranije rečeno, ostale situacije koje su do Novele/2013 uzrokovale mirovanje postupka rješavaju se održavanjem ročišta. Ako s ročišta za glavnu raspravu izostane tužitelj, ili ako na to ročište ne dođe tuženik, a uredno su pozvani, rasprava se održava s prisutnom strankom (članak 295. stavak 1. ZPP-a).

97 Članak 295. stavak 2. ZPP-a.

98 Članak 186.f ZPP-a. Postupci mirenja pred sudom iz članka 186.d i 186.e ne dovode do zastoja postupka.

99 Članak 186.g ZPP-a.

100 Članak 186.g stavak 3. ZPP-a. Iako nije izričito propisano i za zastoj zbog mirenja pred centrom za mirenje, takva bi se dužnost mogla iščitati i iz članka 186.f ZPP-a koji kaže da će centar za mirenje obavijestiti sud o neuspjelom mirenju „radi nastavka postupka“.

101 Zakonodavac se koristio pravnim standardom „neopravdano“, zbog čega bi u obrazloženju rješenja kojim se utvrđuje da je tužba povučena trebalo navesti činjenice iz kojih proizlazi da je izostanak bio neopravdan. Ako bi npr. iz podnesaka ili iz drugih sudu dostupnih izvora proizlazila opravdanost izostanka stranaka, ne bi bilo mjesta primjeni presumpcije povlačenja tužbe, već bi se ročište trebalo odgoditi primjenom članka 116. ZPP-a.

102 Čak je i *Grbin*, kao najveći kritičar instituta mirovanja, predlagao da do te posljedice dolazi tek nakon što stranke drugi put izostanu s ročišta (*Grbin*, op. cit. u bilj., br. 9, str. 259), po uzoru na uređenje koje vrijedi za postupke pred trgovačkim sudovima. Zanimljivo je primijetiti da nakon Novele/2013 izostanak stranaka u redovitom parničnom postupku gdje stranke rjeđe angažiraju odvjetnika odmah dovodi do primjene presumpcije da je tužba povučena. U trgovačkim sporovima, gdje stranke češće daju punomoć odvjetniku, do te posljedice dolazi tek nakon ponovljenog izostanka s ročišta. Upitno je, je li takvim rješenjem neadekvatno raspoređen teret između stranaka i profesionalnih punomoćnika.

103 Na to ukazuju i ranije istaknuti stavovi ispitanika. Zašto bi tuženik uopće imao interes prisustvovati ročištima? Bilo bi mu povoljnije čekati „u zasjedi“ i povući se kad vidi da tužitelj nema namjeru prisustvovati ročištu. Presumirano povlačenje tužbe do kojeg bi tada došlo povoljnije mu je rješenje nego raspravljanje u tužiteljevom odsustvu. Takvo rješenje

rješenjem izostala te da je preostao samo njezin punitivni element. Poticanje mirnog rješenja spora donekle je pojačano,¹⁰⁴ ali nažalost nauštrb ekonomičnosti postupka. Umjesto četiri mjeseca i to samo jednom u postupku dobili smo mogućnost da postupak stoji dulje od godine, a teoretski je moguće da se to dogodi više puta ne samo tijekom prvostupanjskog, već i drugostupanjskog postupka.¹⁰⁵ Stoga ne možemo govoriti niti o kontinuitetu akceleratorne funkcije.

4.3. Mogući pravci razvoja

Iako rezultati ovoga istraživanja pokazuju da je Novela/2013 gotovo u cijelosti bila promašena jer se temeljila na u većoj ili manjoj mjeri pogrešnim pretpostavkama, upitno je bi li jednostavno vraćanje na režim koji je vrijedio prije 2013. godine riješilo sve probleme koji su se tijekom godina pojavili u vezi s uređenjem zaustavljanja procesnih aktivnosti u parnici.

Najbolji primjer je uređenje zastoja postupka. Preobrazba zastoja započela je deset godina prije sporne novele. Već je Novela/2003 narušila ravnotežu i jasno razlikovanje prekida, zastoja i mirovanja koje se desetljećima gradilo u jugoslavenskoj doktrini. Zastoj je do 2003. godine jednoglasno smatran faktičnim zaustavljanjem procesnih aktivnosti koje nije utjecalo na tijek rokova te valjanost sudskih i stranačkih radnji.¹⁰⁶ Unatoč takvoj suglasnosti u literaturi, Novelom/2003 su radi izbjegavanja navodne pravne nesigurnosti¹⁰⁷ učinci zastoja izjednačeni s učincima prekida čime smo dovedeni u situaciju da u ZPP-u *de facto* imamo dva jednaka instituta.¹⁰⁸ S druge strane, faktični zastoj je kao posebna kategorija zaustavljanja procesnih aktivnosti u ZPP-u napušten. Poredbeni primjeri pokazuju

moglo bi odgovarati i sudu koji bi, za potrebe rješenja predmeta, mogao „zažmiriti na jedno oko“ i tuženiku sugerirati izostanak s ročišta ne bi li time isprovocirali primjenu presumpcije da je tužba povučena.

104 Pojačano je jer je sustavno uređeno, ali daleko od toga da nije bilo moguće i ranije. Strankama je mirovanje, ovisno o njihovim preferencijama, omogućavalo i neformalne pregovore, i pregovore pred centrom za mirenje. Naime, sukladno Zakonu o mirenju (Narodne novine, br. 18/2011), mirenje se može provoditi neovisno o tome vodi li se o predmetu spora sudski, arbitražni ili drugi postupak (članak 5. Zakona o mirenju).

105 Članak 186.g ZPP-a omogućuje da do takvog zastoja dođe i u drugostupanjskom postupku. Suprotno tome, bivši članak 216. ZPP-a omogućavao je strankama da se o mirovanju sporazume najkasnije do zaključenja glavne rasprave. Upitno je bi li u etapi žalbenog postupka stranke uopće bile volje pregovarati oko mirnog rješenja spora, ali takvu mogućnost ne treba isključiti. Nakon mirnog rješenja spora, u drugostupanjskom postupku odustanak od žalbe (članak 349. stavak ZPP-a) može imati ono značenje koje u prvostupanjskom postupku ima povlačenje tužbe.

106 Tako Triva, op. cit. u bilj., br. 7, str. 446.; Poznić, op. cit. u bilj., br. 10, str. 333.; Ude, Lojze, Civilno procesno pravo, Uradni list, Ljubljana, 2002., str. 290.

107 Grbin, op. cit. u bilj., br. 9, str. 251. Prethodna bilješka dovoljno vjerno svjedoči je li doista postojala pravna nesigurnost u pogledu pravnih učinaka zastoja.

108 *Ibid.*, str. 252. Takvo rješenje nije bilo bez doktrinarne podrške. Tako Triva već u prvom izdanju svojeg udžbenika ističe da bi učinke zastoja trebalo izjednačiti s učincima prekida (Triva, op. cit. u bilj., br. 4, str. 470).

da postoje i drukčija rješenja. Tako austrijski ZPO izričito propisuje da ročišta i rokovi ne mogu biti određeni subotom, nedjeljom i praznikom.¹⁰⁹ Također, izričito je propisana sudska stanka za vrijeme godišnjih odmora (njem. *Gerichtsferien*), u razdoblju između 15. srpnja i 17. kolovoza te 24. prosinca i 6. siječnja.¹¹⁰

Ni ranije uređenje mirovanja ne treba uzeti zdravo za gotovo. Njemački i austrijski uzori vide samo suglasni zahtjev i izostanak stranaka s ročišta kao stranačke dispozicije koje mogu dovesti do mirovanja postupka. Bivši ZPP poznavao je ponešto širi krug razloga. Do mirovanja je dolazilo i u slučaju da su stranke koje su prisutne na ročištu odbijale raspravljati kao i kad je prisutni tuženik predlagao mirovanje postupka.¹¹¹ S druge strane, nekadašnji slovenski ZPP nije predviđao mirovanje kad su prisutne stranke na ročištu odbijale raspravljati. Također, ako jedna stranka koja je uredno pozvana izostane, a druga predloži mirovanje, do mirovanja ipak nije dolazilo ako je izostala stranka prije ročišta obavijestila sud i stranku da je suglasna da se ročište održi u njezinoj odsutnosti.¹¹² Oba rješenja mogu se opravdati ako mirovanje tumačimo kao rezultat dispozicija stranaka. U prvom slučaju bi se odbijanje raspravljanja moglo po značenju izjednačiti s izostankom s ročišta. U drugom se slučaju izostanak jedne stranke s ročišta ne bi mogao tumačiti kao prešutna dispozicija kojom se zahtijeva mirovanje jer prethodna obavijest predstavlja izričitu dispoziciju suprotnog sadržaja. Međutim, promatra li se mirovanje u kontekstu eventualne (javnopravne) obveze stranaka da prisustvuju ročištu i sudjeluju u postupku, dolazimo do drukčijeg zaključka. Tuženik se može braniti šutnjom ako to želi, ali tužitelj je *dominus litis*¹¹³ kojem je uvijek u interesu raspravljati i ishoditi meritornu odluku u sporu.¹¹⁴ Raspravljanje u slučaju neopravdanog izostanka jedne od stranaka, čak i uz prethodno obznanjenu

109 § 221 austrijskoga ZPO-a.

110 § 222 austrijskoga ZPO-a. Komparativno gledano, u Hrvatskoj sudska stanka nije propisana zakonom. Dapače, nije propisana ni Sudskim poslovnikom (Narodne novine, br. 37/2014, 49/2014, 08/2015 i 35/2015). Prema članku 40. Sudskog poslovnika, godišnji odmor se, u pravilu, koristi tijekom srpnja i kolovoza tekuće godine, o čemu odlučuje predsjednik suda rješenjem o korištenju godišnjeg odmora te koji pritom uzima u obzir potrebe urednog i pravodobnog obavljanja svih poslova u sudu.

111 Bivši članak 216. ZPP-a je prije Novele/2003 poznavao još jedan dodatan razlog: kad prisutan tužitelj ne predloži donošenje presude zbog izostanka. Kako od Novele/2003 sud može presudu zbog izostanka donijeti i *ex officio* (članak 332. ZPP-a), mirovanje je u tom slučaju izgubilo svoj smisao.

112 Članak 209. staroga slovenskog ZPP-a. Novi članak 209. zadržava mirovanje samo za situacije kad se stranke o tome sporazume, dok izostanak tužitelja dovodi do presumpcije da je tužitelj povukao tužbu (članak 282. stavak 3. slovenskoga ZPP-a), slično kao u Bosni i Hercegovini, odnosno Crnoj Gori. Za Austriju, v. *supra* bilj. br. 50. Zanimljivo je da po novom slovenskom rješenju, koje očito crpi inspiraciju iz njemačkog rješenja, postoji i mogućnost donošenja presude na temelju stanja spisa u slučaju izostanka tužitelja s ročišta za glavnu raspravu, a do iste posljedice može doći ako izostane i tuženik, a tužitelj predloži donošenje presude na temelju stanja spisa (članak 282. stavak 5. slovenskoga ZPP-a).

113 Triva, Dika, op. cit. u bilj., br. 6, str. 4.

114 Tuženik također može imati interes za donošenjem meritorne odluke, ali često ga i samo otklanjanje tužbe zadovoljava. To potvrđuju i stavovi ispitanika u anketi.

suglasnost s takvim raspravljanjem, protivilo bi se *Kleinovom* konceptu lojalne kolaboracije stranaka (njem. *Kooperationsmaxime*) kojoj teži i ZPP iz 1977. godine.¹¹⁵ Čini se da naš zakonodavac upravo tako promatra ovu problematiku.¹¹⁶

Odgovor na pitanje koliko dugo zaustaviti parnicu također nije jednostavan i jednoznačan. Nekadašnje mirovanje slijedilo je austrijski primjer prema kojem se postupak zaustavlja na tri mjeseca, a *Novela/2013* je omogućila suglasni zastoj od godinu dana, s mogućnošću produljenja uz pretpostavku postojanja opravdanog razloga. Uzme li se u obzir već citirani njemački primjer u kojem tendencije s početka prošlog desetljeća idu u smjeru ukidanja dilatarnog roka,¹¹⁷ možemo primijetiti da trenutno rješenje sa suglasnim zastojem također ide u tom smjeru.¹¹⁸ Međutim, treba podsjetiti na važnu razliku: neaktivnost od godine dana u njemačkom pravu može dovesti do isteka zastarnog roka. U Republici Hrvatskoj ne postoji analogan razlog koji bi stranke potaknuo na procesnu aktivnost.

U našem sustavu, već u ZPP-u iz 1977. godine, takvu akceleratornu funkciju imalo je presumirano povlačenje tužbe. Bilo da je do njega dolazilo nakon isteka roka od četiri mjeseca od nastupa mirovanja, bilo da je do njega dolazilo nakon dvostrukog udovoljenja uvjetima za mirovanje, ono je ostalo unikatno rješenje karakteristično za područje bivše Jugoslavije. Nakon raspada Jugoslavije i osamostaljenja bivših socijalističkih republika, neke od njih krenule su u drugom smjeru. Bosna i Hercegovina mirovanje je napustila jer je procijenjeno da zbog njega postupci traju godinama.¹¹⁹ Stoga do presumiranog povlačenja tužbe dolazi samo izostankom tužitelja s pripremnog ročišta i ročišta za glavnu raspravu, dok je izostanak tuženika nebitan.¹²⁰ Crna Gora je samo za izostanak tužitelja s pripremnog ročišta predviđjela presumirano povlačenje tužbe,¹²¹ dok njegov izostanak s ročišta za glavnu raspravu do iste posljedice dovodi samo ako se tuženik nije upustio u raspravljanje.¹²² ZPP Crne Gore poznaje presumirano povlačenje tužbe i u drugim

115 Triva, Dika, op. cit. u bilj., br. 6, str. 175. i 201.

116 Zakonodavac se u *Noveli/2013* problemom stranaka koji odbijaju raspravljati pozabavio tako da i takvo ponašanje uzrokuju primjenu presumpcije da je tužba povučena (članak 295. stavak 2. ZPP-a).

117 V. *supra* bilj. br. 68.

118 Iako to ZPP izričito ne propisuje, držim da izostanak suprotne odredbe sugerira da bi stranke mogle tražiti nastavak postupka i prije isteka roka na koji su tražile zastoje. Naprotiv, to bi mogla tražiti i samo jedna stranka jer bi takav zahtjev sugerirao da nije došlo do mirnog rješenja spora čime bi čitav zastoje postao bespredmetan.

119 Medić, Duško, *Reforma parničnog postupka u Bosni i Hercegovini*, u: Medić, Duško, *Rasprave iz građanskog i poslovnog prava*, Grafomark Laktaši, Banja Luka, 2007., str. 154 i 155, cit. u Tironi, op. cit. u bilj., br. 74, str. 7.

120 Članci 84. i 94. ZPP Republike Srpske (Službeni Glasnik RS, br. 58/2003, 74/2005, 63/2007), odnosno ZPP-a Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH, br. 73/2005, 19/2006). Do ove posljedice ipak neće doći ako tuženik zatraži da se pripremno ročište održi u tužiteljevom odsustvu. Tuženikov izostanak uvijek će dovesti do raspravljanja u njegovu odsustvu.

121 Članak 293. ZPP-a Crne Gore (Službeni list RCG, br. 22/2004, 28/2005 i 76/2006).

122 Članak 298. ZPP-a Crne Gore. V. Đuričin, Biljana, *Analiza izmjena Zakona o parničnom postupku Republike Crne Gore*, Zbornik radova s okruglih stolova posvećenih novom

slučajevima.¹²³ U sporovima male vrijednosti, izostanak tužitelja s ročišta dovodi do presumpcije da se odrekao tužbenog zahtjeva pa se donosi presuda na temelju odricanja.¹²⁴ Očito je da oba zakonodavstva izostanak gledaju isključivo kao tužiteljevu dispoziciju, dok naš zakonodavac ne razlikuje izostanak tužitelja i tuženika. U oba se slučaja prema trenutnom rješenju ročište održava s prisutnom strankom.¹²⁵ Također, naše trenutno uređenje ne omogućava presumirano povlačenje tužbe kod izostanka s pripremnog ročišta. Unatoč tome, ono je vrlo blisko rješenjima susjednih država i očigledno se udaljava od uvriježenoga austrijskog modela.

5. ZAKLJUČAK

Novela/2013 imala je za cilj redefinirati i ukloniti institute koji usporavaju parnični postupak uz istodobno uvođenje novih rješenja koja će „osigurati uvjete za ostvarenje učinkovitosti parničnog postupka, uz očuvanje pravne sigurnosti i vladavine prava.“¹²⁶ Kako je dio stručne javnosti bio uvjeren da upravo mirovanje parničnog postupka predstavlja takav institut, ono je u Noveli/2013 napušteno. Međutim, statistički pokazatelji i stavovi ispitanika dvije godine nakon njezinog stupanja na snagu pokazuju da je ta odluka bila utemeljena na potpuno pogrešnim pretpostavkama. Novela/2013 rezultirala je dodatnim narušenjem ravnoteže između pojedinih oblika zaustavljanja procesnih aktivnosti u parnici koje se u Hrvatskoj razvijalo više od pedeset godina.

S druge strane, poredbena zakonodavstva u tom pogledu pokazuju šarolikost uređenja. Neka od tih zakonodavstava i dalje poznaju mirovanje, dok ga druga napuštaju. Neka od njih propuštanja stranaka tumače kao želju za budućim mirnim rješenjem spora i suglasnu dispoziciju obje stranke, dok ga druga tumače kao već mirmo riješen spor i dispoziciju kojom tužitelj okončava parnični postupak. Takve razlike jasno pokazuju da svako poredbeno zakonodavstvo ima svoju jedinstvenu viziju kako parnični postupak učiniti što ekonomičnijim, bržim i jeftinijim te da nije jednostavno bilo kojem od njih dati prednost.

Upravo takvi oprečni primjeri pokazuju pred kakvim se izazovima nalaze suvremeni zakonodavci. Pitanje tumačenja stranačkih dispozicija i presumiranog povlačenja tužbe nije samo pitanje kako ćemo tretirati propuste stranaka, već i kako ćemo konstruirati njihov položaj u parničnom postupku. Neučinkoviti, skupi i od države financirani parnični postupci više ne mogu biti poput onih u vrijeme liberalno-građanskih zakonika kad je njihova svrha bila u potpunosti biti na usluzi

Zakonu o parničnom postupku Republike Crne Gore i novom Zakonu o izvršnom postupku Republike Crne Gore, održanih u Podgorici, Budvi i Bijelom Polju, Centar za obuku sudija Republike Crne Gore, Podgorica, 2004., str. 9-22, cit. u: Tironi, op. cit. u bilj., br. 74, str. 7.

123 Npr. ako tužitelj ne položi iznos troškova za postavljenje privremenog zastupnika, u roku koji mu sud odredi, tužba će se smatrati povučenom (članak 84. ZPP Crne Gore).

124 Članak 452. ZPP-a Crne Gore.

125 Članak 295. stavak 1. ZPP-a.

126 Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a, Zagreb, veljača 2013., str. 21.

strankama i kad su oni u većoj mjeri bili podvrgnuti stranačkoj volji i inicijativi.¹²⁷ To zahtijeva redefiniranje uloge suca,¹²⁸ ali i redefiniranje uloge stranaka u postupku te njihova odnosa prema državi. Učenje zauzeto u jugoslavenskoj doktrini prema kojem stranke nemaju obveze, već samo terete¹²⁹ čini se da više ne odgovara modernim okolnostima.¹³⁰

Samo takve sustavne promjene koje uzimaju u obzir stvarne društvene potrebe i okolnosti mogu dovesti do rješenja koja će biti dugotrajna i održiva. Preostaje nadati se da će zakonodavac biti dovoljno razborit da to uzme u obzir pri donošenju odluke hoće li ponovno u izmjene i dopune ZPP-a te u određivanju njihova sadržaja.

127 Triva, Dika, op. cit. u bilj., br. 6, str. 174.

128 U Hrvatskoj se postiže primjenom načela otvorenog pravosuđenja (*ibid.*, str. 151-153).
Upravo je jačanje uloge suca jedan od primjera snažne konvergencije država *common i civil law-a* u 20. stoljeću. V. van Rhee, Cornelis Hendrik, Public Justice: Some Historical Remarks, u: Uzelac, Alan, van Rhee, Cornelis Hendrik (ed.), Public and Private Justice. Dispute Resolution in Modern Societies, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007., str. 46-48.

129 Triva, Dika, op. cit. u bilj., br. 6, str. 128.

130 Ova teza bit će predmet zasebnog istraživanja autora ovoga rada.

Summary

ABOUT STAY OF CIVIL PROCEDURE AND (UN)JUSTIFIED REASONS FOR ITS ABOLISHMENT

Stay of procedure, as a method of temporary standstill of civil proceedings, was abolished in the amendments of the Civil Procedure Act of 2013. Legislator was of opinion that the stay contributes to the procedural non-activity and unnecessary delays in the proceedings. It was not alone. A number of professional experts had for the whole decade considered the stay to be a useless institute which was used only as an abuse of process aimed at slowing down the proceedings and which was not in accordance with a new concentrated civil procedure. Those allegations required reassessment. This paper presents relevant statistics and the results of the survey conducted among lawyers of different profiles and backgrounds, in order to show if the reasons for abolishing the stay were justified. The paper demonstrates the results of the reforms, as well as comparative solutions which could represent future developments in the Croatian civil procedure and its temporary standstill methods.

Key words: stay of proceedings, abolishment of stay.

Zusammenfassung

AUSSETZUNG DES VERFAHRENS UND ABSCHAFFUNG DER AUSSETZUNG

Aussetzung eines Verfahrens, als ein vorübergehender Stillstand des Zivilverfahrens, wurde in der Änderungen der Zivilprozessordnung von 2013 abgeschafft. Der Gesetzgeber war der Meinung, dass die Aussetzung der Verfahrensinaktivität zu unnötigen Verzögerungen beiträgt. Auch eine Reihe von Experten hatte für eine ganze Dekade die Aussetzung für ein nutzloses Institut gehalten, das missbraucht wurde, um das Verfahren zu verlangsamen, was nicht im Einklang mit dem neuen konzentrierten Zivilverfahren war. Diese Behauptungen erfordern aber eine Neubewertung. In dieser Arbeit werden relevante Statistiken und Ergebnisse einer Umfrage unter Juristen unterschiedlicher Profile und Hintergründe dargestellt, um zu zeigen, ob die Gründe für die Abschaffung der Aussetzung gerechtfertigt waren. Ergebnisse der Reformen werden analysiert und eine Übersicht enger Vergleichsanordnungen wird gegeben, welche die möglichen zukünftigen Verordnungen über die Anhaltung der Zivilverfahrensaktivitäten und des kroatischen Zivilverfahrens überhaupt darstellen.

Schlüsselwörter: Aussetzung des Verfahrens, Abschaffung der Aussetzung.

Risassunto

DELLA QUIESCENZA DEL PROCEDIMENTO CIVILE E DEL (NON)GIUSTIFICATO ABBANDONO DEL MEDESIMO

Con la riforma della legge sul procedimento civile del 2013 il legislatore ha abbandonato l'istituto della quiescenza del procedimento, quale modalità di interruzione delle attività procedurali nel contenzioso. Tale istituto è stato ritenuto un generatore di inattività processuali, il quale inutilmente conduceva a lungaggini procedurali. Si trattava, del resto, di opinione diffusa al tempo. Parte della comunità professionale per un intero decennio ha tentato di chiarire le ragioni per le quali tale istituto fosse inutile nel diritto processuale civile croato, ritenendolo un mezzo di abusi processuali, che rallentava il procedimento ed altresì un istituto incompatibile con il nuovo concentrato procedimento civile. Tali considerazioni andavano rianalizzate. Al fine di accertare se le addotte motivazioni per l'abbandono della quiescenza fossero fondate, nel lavoro vengono esposti significativi dati statistici, come pure i risultati di un'indagine mediante questionario condotta tra avvocati di diversi profili. Si analizza la situazione dopo la riforma e si passano in rassegna alcuni ordinamenti comparati vicini, i quali potrebbero indicare possibili direzioni nelle quali si svilupperà la disposizione sull'interruzione di attività processuali civili, come in generale l'intero diritto processuale civile croato.

***Parole chiave:** quiescenza del procedimento civile, abbandono della quiescenza.*