

ISSN 1330-349X

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 38

BROJ 2

RIJEKA, 2017.

SADRŽAJ

Članci:*Ana Horvat Vuković,*

- Vladavina prava i ekonomska nužda u «post-demokratskom izvršnom federalizmu»: neka ustavna pitanja Euro-krize
(izvorni znanstveni rad) 693

Ivan Kosnica,

- Pravni položaj Roma u Hrvatskoj i Slavoniji od 1868. do 1918.
(izvorni znanstveni rad) 729

Krešimir Petković,

- Transfer kaznene politike: slučaj Engleske i Walesa
(izvorni znanstveni rad) 745

Tomislav Nedić,

- Primjenjivost nužne obrane kod kaznenog djela mučenja ili ubijanja
životinje (izvorni znanstveni rad) 779

Lidija Šimunović,

- Procesnopravni razlozi ništivosti odluka skupštine društva s ograničenom
odgovornošću - *de lege lata* vs. *de lege ferenda*
(izvorni znanstveni rad) 799

Elisabeth Hoffberger,

- Nesmrtonosno oružje: načelo razmjernosti u oružanom sukobu i pravo
na zdravlje u policijskim postupanjima
(izvorni znanstveni rad) 831

László Heka,

- Analiza Austro-ugarske i Hrvatsko-ugarske nagodbe
(u povodu 150. obljetnice Austro-ugarske nagodbe)
(prethodno priopćenje) 855

Iva Bjelinski Radić,

- Novi oblici rada kao suvremeni izazov za radno pravo – slučaj Uber
(prethodno priopćenje) 881

Maria Federica Merotto,

- Prestito vitalizio ipotecario* i *mandatum post mortem*: dva primjera
valjanih ugovora o nasljeđivanju između prošlosti i sadašnjosti
(pregledni znanstveni rad) 907

TABLE OF CONTENTS

Articles:

Ana Horvat Vuković,

Rule of Law and Economic Exigency in “Post-Democratic Executive Federalism”: Some Constitutional Issues of the Euro Crisis 693

Ivan Kosnica,

Legal Status of Roma in Croatia-Slavonia from 1868 to 1918 729

Krešimir Petković,

Penal Policy Transfer: The Case of England and Wales 745

Tomislav Nedić,

Applying the Legal Concept of Self-Defense in the Criminal Offense of Cruelty to Animals 779

Lidija Šimunović,

Procedural Reasons for Invalidity of Decisions Made by the Assembly in Limited Liability Company - *de lege lata vs. de lege ferenda* 799

Elisabeth Hoffberger,

Non-Lethal Weapons: The Principle of Proportionality in Armed Conflict and the Right to Health in Law Enforcement 831

László Heka,

Analysis of the Austro-Hungarian and the Croatian-Hungarian Compromise (On the Occasion of the 150 Anniversary of the Austro-Hungarian Compromise) 855

Iva Bjelinski Radić,

New Forms of Employment as Contemporary Challenge for Labour Law – The Case of Uber 881

Maria Federica Merotto,

Prestito vitalizio ipotecario and mandatam post mortem: Two Examples of Valid Agreements as to Succession Between the Present and the Past 907

INHALT

Beiträge:

Ana Horvat Vuković,

Rechtsstaatlichkeit und wirtschaftliche Dringlichkeit im
postdemokratischen Exekutiv-Föderalismus: einige
verfassungsrechtliche Fragen der Euro-Krise 693

Ivan Kosnica,

Rechtsstellung von Roma in Kroatien und Slawonien von 1868 bis 1918 ... 729

Krešimir Petković,

Strafpolitiktransfer: Der Fall von England und Wales 745

Tomislav Nedić,

Anwendbarkeit der Notwehr bei der als Tierquälerei oder Tiertötung
klassifizierten Straftat 779

Lidija Šimunović,

Prozessuale Gründe für die Nichtigkeit von Beschlüssen der GmbH-
Gesellschafterversammlung - *de lege lata vs. de lege ferenda* 799

Elisabeth Hoffberger,

Nicht tödliche Waffen: Proportionalitätsgrundsatz im bewaffneten Konflikt
und Recht auf Gesundheit bei der Rechtsdurchsetzung 831

László Heka,

Analyse des Österreichisch-Ungarischen Und Kroatisch-Ungarischen
Ausgleichs (anlässlich des 150. Jubiläums des Österreichisch-Ungarischen
Ausgleichs) 855

Iva Bjelinski Radić,

Neue Arbeitsformen als aktuelle Herausforderung für das Arbeitsrecht
– der Fall Uber 881

Maria Federica Merotto,

Prestitio vitalizio ipotecario und *mandatum post mortem*: zwei Beispiele
Gültiger Erbverträge in Vergangenheit und Gegenwart 907

INDICE

Articoli:

Ana Horvat Vuković,

Lo stato di diritto ed il bisogno economico nel „federalismo esecutivo post-democratico“: alcune questioni costituzionali della crisi dell’Euro 693

Ivan Kosnica,

La posizione giuridica dei Rom in Croazia ed in Slavonia dal 1868 al 1918 729

Krešimir Petković,

La trasposizione della politica penale: il caso dell’Inghilterra e del Galles 745

Tomislav Nedić,

L’applicabilità della legittima difesa nel caso di reato di tortura o uccisione di animale 779

Lidija Šimunović,

Le cause di nullità procedurali delle delibere assembleari della società a responsabilità limitata - *de lege lata vs. de lege ferenda* 799

Elisabeth Hoffberger,

Armi non letali: il principio di proporzionalità nei conflitti armati ed il diritto alla salute nell’uso delle forze dell’ordine 831

László Heka,

L’analisi dei Patti austro-ungarico e croato-ungarico (in occasione del cento cinquantenario del Patto austro-ungarico) 855

Iva Bjelinski Radić,

Nuove forme di lavoro quali sfide attuali per il diritto del lavoro – il caso Uber 881

Maria Federica Merotto,

Prestito vitalizio ipotecario e *mandatum post mortem*: due esempi di patti successori validi tra presente e passato 907

Članci
(Articles, Beiträge, Articoli)

RULE OF LAW AND ECONOMIC EXIGENCY IN “POST-DEMOCRATIC EXECUTIVE FEDERALISM”¹: SOME CONSTITUTIONAL ISSUES OF THE EURO CRISIS²

Doc. dr. sc. Ana Horvat Vuković*

UDK: 342.24

Ur.: 17. ožujka 2017.

Pr.: 26. svibnja 2017.

Izvorni znanstveni rad

Summary

The author analyzes EU's response to the ongoing economic crisis, focusing on the problem of legislative and institutional fragmentation. She argues that the authoritarian crisis management – fueled by “crisis” discourse – subverted democratic accountability by its reliance on executive discretion and intergovernmentalism. Through an analysis of European Court of Justice's case law as well as a close look at the exact workings and implications of European Central Bank's ultra vires actions, she shows how Lisbon Treaty was sacrificed to the exigency of creating an Ersatz Union law more pliable to the immediate concerns of reforming the EMU. She holds that the intergovernmental instruments not only “unconstitutionally” requisitioned the involvement of EU institutions, but also established a political administration unresponsive to democratic accountability, damaging the legitimacy of the Union. The resulting subjugation of the political and social constitution to economic conditions threatens an abdication of law and undermines the integrity of the Union legal order.

Keywords: EU, economic crisis, rule of law, executive federalism, intergovernmentalism.

* Ana Horvat Vuković, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb; ana.horvat.vukovic@gmail.com

1 Jürgen Habermas's appraisal of the mode of governance in the euro crisis which stresses the central role of the heads of states and government of the EU Member States, convened in the European Council or other inter-governmental settings: “in order to ensure the political implementation of all goals agreed upon with their colleagues in Brussels, the heads of government would organize majorities in their respective national parliaments under threat of sanctions. This kind of executive federalism of a self-authorizing European Council of the seventeen [now nineteen – A.H.V.] would provide the template for a post-democratic exercise of democratic authority” – *The Crisis of the European Union: A Response* (translated by Ciaran P. Cronin), Polity, 2012, p. viii.

2 This paper has been completed through the Zagreb Faculty of Law's 2016 research program titled „New Croatian legal system“.

1. INTRODUCTION

The economic crisis brought change to EU's constitutional balance, primarily in the field of the euro-zone. Emergency-driven economic governance in the Union pushed for strong deference by the courts reviewing the legal instruments involved. The European Central Bank (ECB) has become a governing body with limited accountability in the institutionally and legislatively fragmented³ Europe of a "new form of law"⁴ that reformed the Economic and Monetary Union (EMU) with the approval of an unduly deferential Court of Justice (ECJ), who is blessing the engagement of EU institutions outside of the Treaty's constitutional matrix. National courts have attempted to clarify the boundaries of the involved EU institutions' competences, invoking the *ultra vires* doctrine against ECB's Outright Monetary Transactions (OMT) program (the *Gauweiler* saga) and citing constitutional identity concerns (Portuguese Constitutional Tribunal).

Some of the most important issues of these developments in the European economic constitution are: the legality of the "esoteric"⁵ crisis management tools reshaping the EMU; sustainability of the "emergency" discourse fueling them; accommodation of the double role of EU institutions in intergovernmental arrangements (amalgamating decision-making on policies that differ in democratic input legitimacy requirements); reconsideration of ECB's accountability in a no longer rule-, but policy-based EMU; and the need for deference to technical economic choices of a (permanent?) crisis to be replaced by strict(er) judicial review.

2. EARLY CRISIS-MANAGEMENT TOOLS

It would be an oversimplification to consider the effects of the crisis as contained to EU's economic constitution. This *constitutional* crisis also saw a fundamental shift in political and social dimensions, affecting democracy and social rights.⁶ The root of the problem lies in "the Maastricht asymmetry"⁷, *i.e.* a combination of transnational monetary policy and fragmented national fiscal policies. The EMU centralized monetary policy for the euro-area⁸, entrusting the

3 Tuori, K., *The European Financial Crisis – Constitutional Aspects and Implications*, European University Institute, EUI Working Paper - Law 2012/28, 2012, p. 1.

4 Peers, S., *Towards a New Form of EU Law? The use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, 2013, p. 37.

5 Fahey, E.; Bardutzky, S., *Judicial Review of Eurozone Law: The Adjudication of Postnational Norms in the EU Courts, Plural*, *Michigan Journal of International Law*, vol. 1, 2013, p. 102.

6 Tuori, K., *The European...*, *cit.*, p. 2.

7 *Ibid.*, p. 5. It's a "decisive birth defect" – Sauer, H., *Doubtful it Stood...: Competence and Power in European Monetary and Constitutional Law in the Aftermath of the CJEU's OMT Judgment*, *German Law Journal*, vol. 16, 4/2015, p. 973.

8 Art. 3(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFEU), [2012] OJ C326, pp. 47-390.

achievement of its *telos* (price stability⁹) to a technocratic and independent ECB and the national central banks.¹⁰ Member States still remained sovereign in the field of fiscal policy, limited only by a coordinating role of the Union¹¹ and the primacy of exclusively “European” monetary policy.¹² Their fiscal responsibility was insured by the interest rates’ dependence on the soundness of a State’s finances. In lieu of auxiliary precautions, the Treaty precluded a bailout in case of default (Art. 125(1) TFEU) as well as central-bank financing of government spending (Art. 123(1) TFEU); it also blocked privileged access to financial institutions by the public sector (Art. 124 TFEU) and forbade excessive budget deficit and government debt (Art. 126 TFEU). The national fiscal policies are coordinated through the Stability and Growth Pact¹³, while Protocol No. 14 annexed to the Treaties on the Euro Group “constitutionalizes” the euro-area-only rendition of the ECOFIN Council.¹⁴

Belying adequacy of these precautions, the sovereign debt crisis caught the EU unprepared. Dealing with the crisis necessitated a coordinated effort on two planes: 1) palliative – focusing on financial stabilization through emergency assistance (European Financial Stabilisation Mechanism (EFSM)¹⁵, European Financial Stability Facility (EFSF)¹⁶ and ESM) and regaining the trust of the financial markets

9 Arts. 119(2) and 127(1) TFEU.

10 Art. 130 TFEU. ECB and national central banks form the European System of Central Banks (hereinafter: ESCB) – Art. 282 TFEU.

11 Arts. 120 and 121 TFEU.

12 Art. 119 TFEU.

13 Concluded in 1997 and encompassing Council Regulations 1466/97 and 1467/97 (hereinafter: SGP). Regulation 1466/97 (amended by Council Regulation 1175/2011) is the “preventive arm” based on Art. 121 TFEU, assessing the consistency of national economic policies with broad economic guidelines. For the euro-zone states, the information necessary for multilateral surveillance is contained in their “Stability programmes”, stating the medium-term objective (hereinafter: MTO) for the budgetary position of close to balance or in surplus and the adjustment path towards this objective. The “corrective arm” (Regulation 1467/97, amended by Council Regulation 1177/2011) is grounded in Art. 126 TFEU and regulates the excessive deficit procedure. The SGP was expanded in 2011 with three more Regulations (1173/2011, 1174/2011 and 1176/2011) and a Directive (2011/85/EU), and was renamed as the “Six-pack”. In 2013, another two Regulations (472/2013 and 473/2013 - the “Two-pack”) joined the fold.

14 The Economic and Financial Affairs Council (ECOFIN) consists of the economics and finance Ministers of the Member States. It is responsible for economic policy, taxation matters, financial markets and capital movements, and prepares the EU’s annual budget. Monthly meetings of the informal Euro Group take place on the eve of the ECOFIN meetings, with the participation of the President of the ECB and of the Commissioner for economic and financial affairs, with the task of discussing questions related to the „specific responsibilities they share with regard to the single currency“ – Protocol No. 14.

15 Council Regulation (EU) No. 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European financial stabilisation mechanism [2010] OJ L 118/1.

16 An intergovernmental Special Purpose Vehicle incorporated as an LLC under Luxembourg law on 7 June 2010, and funded by the euro-area States in accordance with their share in the paid-up capital of the ECB - Bertocchi, M. and others, *Euro Bonds: Markets, Infrastructure and Trends*, World Scientific Series in Finance, vol. 7, Singapore, World Scientific, 2014, p. 30. The representatives of all the EU Member States adopted a decision allowing the

(Asset Purchases Programmes (APPs) and OMT), and 2) strategic – strengthening economic governance against shocks (“Six-pack”, “Two-pack”, and the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (TSCG) with its “Fiscal Compact”¹⁷). The palliative efforts were objects of improvisation¹⁸: the first Greek rescue package in 2010 used intergovernmental agreements outside of the Treaty framework, while the adjustment program was detailed in a memorandum¹⁹ between Greece and the Commission, the ECB and the IMF. The intergovernmental method was again used with the EFSF, achieving an unprincipled merger which later served as a template for the ESM: the Treaty was sidestepped and the EU institutions’ personal and technical expertise outsourced²⁰ for the negotiation, completion and enforcement of EFSF activities. Most unsettlingly, “conditionality...[was] ensured by including the essential contents of MoUs in Council Decisions...[so] that actually the MoUs determine and constrain the contents of the Council decisions and not *vice versa*!”²¹

3. EUROPEAN STABILITY MECHANISM (ESM)

3.1. Establishment

As the crisis deepened, the European Council agreed in December 2010 on the need for euro-area states to establish a permanent stability mechanism that would assume EFSF/EFSM’s tasks. While the EFSM was (shakily) established on

Commission’s involvement in the EFSF - Extraordinary ECOFIN meeting, Brussels, 9/10 May 2010, Press release 9596/10. The euro-area States then concluded a Framework Agreement with it, making the overall legal nature of the Vehicle “difficult to define” – Tuori, K., *The European...*, cit., p. 13. Following the by then established precedent, the Agreement postulated a strict conditionality of assistance - Recital 2 of the Preamble of the EFSF Framework Agreement, available on the ESM’s website at <https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20111019_efs_f_framework_agreement_en.pdf>. Throughout the paper, 14 March 2017 is to be considered date of access to any and all cited Internet resources.

17 Signed on 2 March 2012 by all the Heads of State or Government of the EU Member States with the exception of the Czech Republic, the United Kingdom and Republic of Croatia. It entered into force on 1 January 2013 – Fiscal Compact Treaty: Scorecard for 2015, European Parliament Research Service, PE 581,403, June 2016, p. 7.

18 Tuori, K., *The European...*, cit., p. 12.

19 The Memorandum of Understanding (hereinafter: MoU) on Specific Economic Policy Conditionality, The Economic Adjustment Programme for Greece, Occasional Papers No. 61, 3 May 2010, pp. 59-84.

20 Sester, P., *The role of ECB in relation to the modified EFSF and the future ESM*, <https://www2.uni-hamburg.de/fachbereiche-einrichtungen/handelsrecht/ECFR/_Sester.pdf>, p. 27. All of the websites referenced in this paper have been accessed on 8 March 2017.

21 Tuori, K.; Tuori, K., *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, 2014, p. 155. With the adoption of the “Two-pack’s” provisions on macroeconomic adjustment programs, however, the beneficiary Member States first have to prepare such programs, which then have to be complied with by a *subsequently* concluded MoU – *ibid.*, p. 157.

the emergency-relief provision in Art. 122 TFEU, it couldn't have served as the fundament of a permanent mechanism. So on 25 March 2011, the European Council adopted a Decision²² amending Art. 136 TFEU by a simplified revision procedure²³, enabling the euro-states to establish the ESM if it should prove "indispensable to safeguard the stability of the euro area as a whole" (new par.3). Furthermore, "The granting of any required financial assistance under the mechanism will be made subject to strict conditionality". The ESM Treaty was signed by all euro-area States on 2 February 2012, and became operational on 8 October 2012. However, the "legitimizing" amendment of Art. 136 entered into force only on 1 May 2013. This prompted doubts as to the legality of the ESM, established as it (seemingly) was without a Treaty basis.

Moreover, the legality of the amendment itself (*whenever* it entered into force) was questioned, since the simplified revision procedure precludes the expansion of Union competences. Misgivings were compounded by a repeat recourse to the intergovernmental method that shirked the Treaty-based options of enhanced cooperation or use of Article 352 TFEU (see *infra*), and shielded the ESM participants from adherence to provisions of the Treaty and its Charter of Fundamental Rights (CFR). Such willingness to circumvent options of housing the ESM within the EU constitutional architecture led to the question of legality of EU institutions' involvement in implementing an international agreement concluded outside the EU framework.²⁴

3.2. *The Pringle case*

These doubts were addressed by the ECJ in *Pringle*.²⁵ The Court concluded that the ability of the Member States to enter into a separate agreement removed from the EU framework is not contingent upon a special authorization in the Treaties (par. 68 and 72)²⁶, since the activities of the ESM do not fall within the

22 Decision 2011/199 amending Article 136 TFEU with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is the euro [2011] OJ L91/1.

23 Art. 48(6) of the Treaty on European Union (TEU - [2012] OJ C326, pp. 13-46) provides for a simplified revision procedure regarding the provisions of Part Three of the TFEU relating to the internal policies and action of the Union. In such cases, TFEU is amended by a unanimous decision of the European Council, after consulting the European Parliament and the Commission (and the ECB in case of institutional changes of the monetary area). The decision enters into force upon approval by the Member States. The „rub“ lies in the 3rd subparagraph: „The decision...shall not increase the competences conferred on the Union in the Treaties“.

24 De Witte, B., *Using International Law in the Euro Crisis: Causes and Consequences*, Oslo, Centre for European Studies, Working Paper No. 4, June 2013, p. 18.

25 Case C-370/12 *Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, 27 November 2012.

26 Even if a stability mechanism could've been established on the basis of Article 352 TFEU (as suggested by the European Parliament in its Resolution of 13 March 2014 on the enquiry on the role and operations of the Troika with regard to the euro area program countries

realm of monetary policy (exclusive competence of the Union – par.95), but constitute “only” an economic policy measure. As there is no field pre-emption in the field of economic policy, states are free to conclude agreements under private and international law - if the principles of supremacy and sincere cooperation are honored and there is no contradiction to EU primary or secondary legislation²⁷ (*cf. Pringle*, paras.109 and 148). Subjection of ESM programs to strict conditionality (*per* amended Art. 136 TFEU) provides insurance against their non-compliance with EU law (par. 72).

This is an analysis we consider to be piecemeal and lacking an overarching perspective. According to the Court, the purpose of the ESM is “not to maintain price stability” (a monetary policy concern and EU’s exclusive competence), but “to meet the financing requirements of the ESM Members...if indispensable to safeguard the financial stability of the euro area as a whole” (par. 96). The activities of the ESM might well influence the rate of inflation, but “only [as an] indirect consequence” (par. 97). The levity of negating the obvious is strongest where ECJ holds that “Even though the stability of the euro area may have repercussions on the stability of the currency used, an economic policy measure cannot be treated as equivalent to a monetary policy measure for the sole [even if very substantial – AHV] reason that it may have indirect effects on the stability of the euro” (par. 56).²⁸ Confusing the nominal with the substantive²⁹, the Court glosses over the fact that the stability of the euro area as the *purpose* of the ESM is inseparable from the stability of the euro itself³⁰. The two terms are virtually synonymous, motivating the

(2013/2277(INI), p. 108)). Its Resolution of 24 June 2015 (on the review of the economic governance framework: stocktaking and challenges (2014/2145(INI)) qualifies the ESM as a „setback to the political integration of the Union“ and calls for the ESM to be fully integrated into the community framework so it could finally be made accountable to the Parliament (par. 51). There is a good case against the Commission’s participation in the ESM, as “where the contracting states have not used enhanced cooperation [where it was available] this should incline the EU institution against participation...[This position] should be regarded as especially strong if the states have not even considered in good faith...[such] enhanced cooperation” – Craig, P., *Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, Oxford, Oxford Legal Studies Research Paper No. 96/2013, 9 September 2013, p. 17.

- 27 Tuori, K.; Tuori, K., *op. cit.*, p. 155. This is „the most powerful format of federal pre-emption: any national legislation within the occupied field is prohibited. The reason for the total exclusion lies in the perceived fear that *any* supplementary national action may endanger or interfere with the strict uniformity of Union law“ –Schütze, R., *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 135.
- 28 Therefore, measures taken with a view to protecting the stability of the euro area „as a whole“ (Article 136(3) TFEU) *may* have repercussions on the stability of the currency used within that area (monetary policy concern), but such indirect effects do not alter its economic policy character – paras. 56 and 96.
- 29 „This is, with respect, legal formalism“ – Craig, P., *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, Maastricht, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 20, 1/2013, p. 5.
- 30 These two concepts have „complementary functions“ – de Lhoneux, E.; Vassilopoulos, C., *The European Stability Mechanism before the Court of Justice of the European Union:*

Member States to action by fear of the domino effect linking one State's default/financing difficulties with defaults/business difficulties of its creditors (mostly large banks), which would in turn spell difficulties for the rest of the euro area.³¹ Given that the member states are individually responsible for the rescue of their (for some states mammoth) banking systems the fiscal consequences of rescuing banks are very large, spilling the stress in the banking system over to the sovereigns.³² ECB's Quantitative Easing (QE – see *infra* 4.3.2.) program, while pumping liquidity into the system in an effort to achieve the target inflation of 2%, shields banks from such exposure to default and uses them as intermediaries in circumventing the primary financing prohibition, ridding them of (risky) government bonds assets. The interconnectedness of QE (*purportedly* designed to raise inflation) and the ESM (see *infra* 4.3.2.) all but disqualifies the ECJ's conclusion of the ESM's "indirect" and tangential connection to the monetary policy.

3.3. *Strict conditionality and MoUs' congruence with EU law*

The Court has deservedly attracted criticism for its conclusion that strict conditionality of ESM's programs ensures compliance with EU law in general as well as with the TFEU's "no bail-out" provision (*Pringle*, paras. 69 and 111).

Regarding the latter, financial rescue efforts run the obvious risk of causing moral hazard problems³³ for the borrowing countries, who might not be induced to fiscal consolidation if anticipating a "safety net". Addressing this issue of ESM's credibility, the Court interpreted Art. 125 TFEU as not prohibiting mutual financial assistance between Member States but rather as barring the *imposition* of liability for the commitments of one upon others (par.130). The goal is to ensure sound budgetary policy and discipline, and States' subjection to market logic when entering into debt (par.135) - strict conditionality assures that such sound policy wouldn't be *dis-incentivized* (paras.135-136; *cf.* par.111). Also assuring congruence with Art. 125 TFEU, assistance is activated only by a peril to financial stability of the whole euro area (paras.136-137) – this particular *provisio* is hard to explain, since it recognizes the existence of an overarching aim over Art. 125.

Comments on the *Pringle* Case, Springer, 2013, p. 25. It is "not clear how there could be price stability in relation to the euro, given the serious instability of the euro area as a whole" – Craig, P., *Pringle: Legal Reasoning*, cit., p. 5.

31 Fabbrini, F.; Hirsch Ballin, E.; Somsen, H., *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, Bloomsbury Publishing, 2015, p. 198.

32 Merler, S.; Pisani-Ferry, J., *Hazardous tango*, Bruegel, <<http://bruegel.org/2012/04/hazardous-tango-sovereign-bank-interdependence-and-financial-stability-in-the-euro-area/>>, 15 April 2012. If robbed of access to their primary lenders, states (especially high-deficit ones on the periphery of the Union) would either default or (more likely) turn to their central banks - who would be pressured into raising the volume of money in circulation, leading to price instability

33 Badinger, H.; Nitsch, V., *Routledge Handbook of the Economic of European Integration*, Routledge, 2015, p. 146.

Tuoris' concern is that this "higher-order *telos*" could be "used broadly to derogate from the bailout prohibition" and increase the risk of financial instability that it aims to prevent.³⁴ Such significant changes to the constitutional foundations of the EMU should not be introduced, or rubberstamped, by a court³⁵, as it moves the EMU from a rule- to a policy-based union - with important consequences for its democratic legitimacy. Joerges find that such a move ushers in managerialism and policy-making³⁶, and that the new economic constitution is being implemented by a "political administration" insulated from democratic legitimation and accountability demanded by the rule of law.³⁷ Its core concepts cannot be precisely defined, making them non-justiciable and suspending the legal protection requirements³⁸ - instead of a reasoned framework for new economic governance, the Court merely "parrot[s] the orthodoxy of 'conditionality' as a justification".³⁹

The ESM Treaty also places procedural safeguards against incongruence of a MoU and EU law. An ESM Member's request for stability support is assessed by the Commission in liaison with the ECB⁴⁰, and followed by a decision of the Board of Governors⁴¹ to grant stability support. That Board then entrusts the Commission (again in liaison with the ECB and the IMF) with negotiating a MoU detailing the conditionality that is then annexed to the Financial Assistance Facility Agreement between the Member State and the ESM. The MoU must be "fully consistent" with measures of economic policy coordination, in particular with any act of European

34 Tuori, K.; Tuori, K., op. cit., p. 130.

35 Dawson, M.; Enderlein, H.; Joerges, C., *Beyond the Crisis: The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 117. Scicluna's view is that "the euro crisis has expedited the ECJ's transformation from vanguard of European integration to laggard" – Scicluna, N., *European Union Constitutionalism in Crisis*, Routledge, 2015, p. 133. It's her opinion that the euro rescue has left the Court deposed – loc. cit.

36 *ibid.*, p. 117.

37 Everson, M.; Joerges, C., *Who is the Guardian for Constitutionalism in Europe after the Financial Crisis?*, LSE "Europe in Question" Discussion Paper Series, Paper No. 63/2013, June 2013, p. 13.

38 *ibid.*, pp. 13-14. Evaluation of Member States' performance is "highly discretionary". Economist Andrew Watt's analysis of the Commission's review of 13 EU countries considered to have macroeconomic imbalances characterized the Commission's language as opaque „gobbledygook“ – *EU Commission Makes a Mockery of Imbalance Procedure*, Social Europe, <<https://www.socialeurope.eu/2013/04/eu-commission-makes-a-mockery-of-imbalance-procedure/>>, 11 April 2013.

39 Everson, M.; Joerges, C., op. cit., p. 21.

40 This assessment includes the existence of a risk to the financial stability of the euro area as a whole or of its Member States, the sustainability of public debt, and the actual or potential financing needs of the ESM Member concerned – Art. 13(1) of the ESM Treaty (hereinafter: ESMT, available at the official website of <<https://www.esm.europa.eu/legal-documents/esm-treaty/>>).

41 Each ESM Member appoints one Governor, who is that State's minister of finance (Article 5 ESMT). The Board of Governors is tasked with providing stability support by the ESM, including the economic policy conditionality as stated in the MoU, and establishing the choice of instruments and financial terms and conditions (Art. 5(6(f)) ESMT).

Union law (Art.13(3) ESMT). Under Art. 16 ESMT, where financial assistance is given in the form of a loan⁴², the MoU has to detail a macro-economic adjustment program (MEAP), which is a creature of the “Two-pack” Regulation 472/2013/EU. Article 7 of that Regulation provides that a draft MEAP is prepared in agreement with the Troika; the Council, on a proposal from the Commission, shall approve the MEAP, while the Commission shall ensure its strict observance in the MoU signed by the Commission on behalf of the ESM. Such signature is given after the MoU’s approval by the Board of Governors (effectively the Euro Group, as per their identical composition - Art.13(4) ESMT). The engagement of the Troika doesn’t end there, as they are also tasked with monitoring compliance with the conditionality (Art. 13(7) ESMT).

The economic strictness of financial assistance conditionality has grown since 2010.⁴³ As a corollary of fiscal discipline and consolidation, MEAPs mandate structural reforms of public sector core activities and make EFSF/ESM MoUs’ reliance on austerity measures suspect due to their impact on the equilibrium between the economic and social dimension of the EU.⁴⁴ The conditionality in assistance programs for Greece, Ireland and Portugal clashed with their visions of a welfare state in a way that went beyond the limits imposed by the Treaties.⁴⁵ Developments of this kind force national actors into defensive positions, shielding the uncompromising features of their national constitutional systems from untenable re-definition.

In the paradigmatic Portuguese case, on 5 July 2012 the Constitutional Tribunal declared a 2012 budget provision suspending payment of the 13th and 14th monthly salary for public sector employees unconstitutional. While acknowledging that the budget was adopted pursuant to the MoU (as a condition for loans), the Tribunal found that it still violated the constitutional right to equality and proportionality.⁴⁶ On 5 April 2013, it struck down several provisions of the budget law for 2013.⁴⁷ On

42 *I.e.* not in the form of one of the other assistance facilities envisaged by the ESMT– purchase of bonds in the primary and secondary markets, precautionary program and recapitalization of financial institutions (banks) through loans to governments (Arts. 14-18 ESMT). ESM’s initial lending volume (consolidated with that of the EFSF) is €500 billion (Art. 39 ESMT).

43 Ioannidis, M., *How strict is „strict conditionality“? The new Eurozone agreement on Greece*, European Law Blog, < <http://europeanlawblog.eu/2015/03/19/how-strict-is-strict-conditionality-the-new-eurozone-agreement-on-greece/>>, 19 March 2015.

44 Costamagna, F., *Saving Europe „under strict conditionality“: A threat for EU social dimension?*, Torino, Centro Luigi Einaudi, Working Paper No. 7, 2012, p. 12.

45 *ibid.*, p. 15.

46 The Constitution „prevents economic and social objectives from prevailing, without limits, on the principles...which the Constitution defends“ – Acórdao No. 353/2012, par. 6, translated in Fabbrini, F., *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 87.

47 Acórdao No. 187/2013 - the Court only dealt with the „international arm“ of the rescue package (the MoU and Financial and Assistance Programme with the EFSF), while neglecting the „EU side“ of the assistance (the EFSM). The MoU was treated as legally binding and providing for direct legal constraints upon the Portuguese constitutional system – Fasone, C., *Constitutional Courts Facing the Euro Crisis: Italy, Portugal and Spain in a Comparative*

19 December 2013 it pruned parts of the budget law for 2014 that reduced pensions of public sector workers and infringed the principle of legitimate expectations.⁴⁸ This should be recognized as an implicit invocation of the constitutional identity narrative, highlighting the significance of social rights and equality in the Portuguese constitutional tradition.⁴⁹ Gaining momentum, on 14 August 2014 the Tribunal fully unveiled its stance toward EU crisis law, finding Council's recommendation to be binding only in its objectives and not the national means employed.⁵⁰ Approximation of national legislation to the EU standard cannot release it from its obligation of fidelity to the Constitution: "domestic norms necessarily have to comply with the Constitution".⁵¹

As of 1 March 2013, assistance from the ESM is also conditioned upon ratification of the ("complementary"⁵²) intergovernmental TSCG and compliance with the requirements of its Title III ("Fiscal Compact") Article 3. Most of what the TSCG contains in terms of economic governance could have been adopted by EU legislation⁵³, but the German government (a perennial EU agenda setter) considered the new balanced budget commitment to be more permanent if "constitutionalized" in the TFEU.⁵⁴ After the UK government refused to agree on this amendment in December 2011, a separate treaty became the agreed venue for circumvention of the veto. In taking the "risk of engaging in this new and unpredictable treaty game", time was not taken "to consider whether...the wisest course might have been to adopt EU legislation through enhanced cooperation"⁵⁵. Article 3 of the TSCG stipulates that the Contracting Parties' budgetary positions be balanced or in surplus, and that this obligation be enforced by way of "provisions of binding force and permanent character, preferably constitutional, or otherwise guaranteed to be fully respected and adhered to throughout the national budgetary processes" (par. 2).

This means that the annual structural balance of the general government should be at its country-specific MTO - tethering the ESM to the "Six-pack" in the same way the strict conditionality element ties it to the "Two-pack". Integration of intergovernmental agreements and EU secondary legislation is therefore complete, intertwining the instruments in an organic way that defies the jurisdictional/

Perspective, Florence, European University Institute, Max Weber Programme 2014/25, p. 48. In comparison, the Greek Council of State considered the MoUs as declaratory political plans, not binding instruments – see Decision 668/2012 [28], cited by Hinarejos, A., *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 146.

48 Fasone, C., *ibid.*, pp. 28 and 48.

49 *ibid.*, p. 48.

50 *ibid.*, p. 49.

51 *loc. cit.* Unsurprisingly, the Commission's reaction to the Tribunal's decisions treated the Tribunal's verdict "as a hindrance that could not be allowed" – Scicluna, N., *op. cit.*, p. 135.

52 Recital 5 ESMT.

53 De Witte, B., *op. cit.*, p. 8, and Curtin, D., *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, *Modern Law Review*, vol. 77, 1/2014, p. 10.

54 De Witte, B., *loc. cit.*

55 *ibid.*, p. 9.

organizational disparities between them. Reinforcing the synergism of the new economic governance, this interconnectedness also highlights the willingness to sacrifice legality to efficiency. The ECJ is tasked with overseeing adherence to the balanced budget rule, even imposing a lump-sum or penalty payments not exceeding 0.1% of the State's GDP.⁵⁶ The TSCG limits the "structural deficit" to 0,5% of the GDP (par.2(b)) without mentioning *how* to operationalize this structural deficit concept, which presupposes the elimination of cyclical effects *i.e.* a determination of an economy's normal capacity. Theoretically, structural deficit represents a gap between a country's actual and potential output, *i.e.* output it would have if all of its resources were actively employed.⁵⁷ The part of the deficit caused by business cycle fluctuations ("cyclical deficit") is, therefore, not taken into account. The problem is, "the way the potential output [of an economy] is established provides a significant entry point for discretionary choices... [T]he concept of 'structural balance' is 'not observable', and...depends on estimations, which 'implies difficulties, uncertainties and controversies'.⁵⁸ It follows that enshrining such a malleable and controversial concept "preferably" in constitutional provisions demonstrates ignorance or even contempt of the role national constitutions play in codifying social morality.

4. ROLE OF EU BODIES IN THE NEW ECONOMIC GOVERNANCE

4.1. "Emergency" discourse

While there are a number of earlier international treaties concluded between discreet groups of Member States (*e.g.* the Schengen regime), such practice has declined in the course of the evolution of European integration.⁵⁹ "Coalitions of the willing" supplementing the Treaty framework should be a matter of last resort, since even if they do not contradict EU norms their existence implies the breakdown of the regular decision-making process and the bond of mutual trust between States.⁶⁰ This is especially salient in the present context, imbued with an understanding that compliance with the letter of the law would cause more harm than its breach.⁶¹

The most recent crisis resulted in a proliferation of decision-taking by

56 Article 8(2) TSCG. Damian Chalmers objects to making the ECJ „an active agent of EU executive government. The Court is now so enmeshed with the regular policy-making of the EU as to lose much of its original purpose“ – *The European Court of Justice is not little more than a rubber stamp for the EU*, LSE blog, <<http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2012/03/08/ecj-rubber-stamp-replacement/>>, 8 March 2012.

57 Darvas, Z., *Mind the gap! And the way structural budget balances are calculated*, Bruegel, <<http://bruegel.org/2013/10/mind-the-gap-and-the-way-structural-budget-balances-are-calculated/>>, 18 October 2013.

58 *loc. cit.*

59 De Witte, B., *op. cit.*, p. 2.

60 White, J., *Authority After Emergency Rule*, *Modern Law Review*, vol. 78, 4/2015, p. 601.

61 Everson, M.; Joerges, C., *op. cit.*, p. 23.

supranational and national executives.⁶² A troubling feature of this rise of intergovernmentalism is the centrality of emergency discourse that legitimizes a shift of governance from a normative type to one “clearly and explicitly exercising hands-on executive power even in such sensitive fields as national budgets and macro-economic decisions”.⁶³ A mere citing of crisis conditions seems to be enough of a justification for executive discretion - “[e]xceptionalism and improvisation have been widespread” as necessary responses to an urgent situation.⁶⁴ Such emergency rule poses a number of problems, such as the danger that the temporary, urgently scrambled-together measures acquire lasting legitimacy⁶⁵, and also that its casualties could include fundamental principles and the institutional patterns that channel them.⁶⁶ One of those principles, equality of states, is pressured by the “Six-pack’s” introduction of the reverse qualified majority voting (RQMV) whereby the Commission’s recommendation of sanctions proceeds *unless* blocked by a qualified majority of Member States in the Council. Sanctions can thus proceed only upon approval by the large “core” countries (France and Germany), and the Commission’s powers of initiation are increased.⁶⁷ Also infringed is state sovereignty, pressured by the use of conditionality that compromises the nationalized nature of decision-making on taxation and welfare spending. Democratic control is also skirted on the level of the EU proper, where the role of the European Parliament is informational and consultative at best under the ESM and TSCG.⁶⁸

62 Curtin, D., op. cit., p. 2.

63 *ibid.*, p. 6, noticing a shift from „economic governance“ (rules-based normative system) towards „economic government“ (discretionary executive decisions).

64 White, J., op. cit., p. 586.

65 *loc. cit.*

66 *ibid.*, p. 587. The use of crisis to rewrite the terms of the political order (*ibid.*, p. 604) is criticized by a number of national political movements.

67 The automatism described puts „power totally in the hands of the experts“ – Christine Lagarde’s 2010 remarks (as the then French Finance Minister) in *France, Germany clash over austerity measures*, Sydney Morning Herald, <<http://www.smh.com.au/world/france-germany-clash-over-austerity-measures-20100928-15vrx.html?deviceType=text>>, 29 September 2010.

68 In general, see Fasone, C., *European Economic Governance and the Parliamentary Representation: What Place for the European Parliament?*, *European Law Journal*, vol. 20, 2/2014, p. 164: „the risk within EU economic governance is that fiscal austerity is put in place and pursued...by an authority which is lacking in representative credentials according to democratic standards” and by “marginalising the institutions which directly represent the citizens affected by these policies, to wit the EP and the national parliaments“ (p. 185). National parliaments are structurally outsiders in these processes. Secret meetings behind closed doors, with no public debate, make effective parliamentary input and control difficult (Curtin, D., op. cit., p. 17), and the role of parliaments may be thus eviscerated (*ibid.*, p. 24).

4.2. Participation in the enforcement of crisis-fueled intergovernmental agreements

4.2.1. The role of the Charter of Fundamental Rights

The conclusion that Member States are free to make intergovernmental agreements under private and international law that are calibrated towards crisis resolution has another worrying consequence – it largely shields their operation from the scope of the Charter. Regardless of the necessity of congruence of ESM-Member State agreements with EU law, the *telos* of Article 125's imposition of strict conditionality is tied only to the *economic* dimension, that of policing an incentive to sound budgetary policy. Inasmuch as the Charter's provisions are binding on Member States only when "implementing EU law" (Article 51(1) CFR), and as the set-up of the ESM is not *mandated* by a rule of EU law (or specifically stipulated as the Union's competence), MoUs adopted within the ESM framework are immune against the Charter's application (*Pringle*, paras.178-180).⁶⁹ It is still formally applicable to the participating EU institutions⁷⁰ - however, "assigning blame" to an EU institution may prove particularly problematic, seeing as it may not be the formal decision-maker, and/or the responsibility may be shared with Member States.⁷¹

The question is: will the ECJ hold EU institutions to Charter's standards? So far, it has declined to address this issue in the small number of cases it was seized with.⁷² It has also abdicated jurisdiction to review *national* measures adopted pursuant to an EFSF/EFSM MoU⁷³, citing a lack of link to EU law despite the existence of a Council Decision that implemented the contents of the MoU. It held that "it should be recalled that...the provisions [of the Charter] are addressed to 'the Member States only when they are implementing Union law' [and]...there is no specific evidence to consider that the law [in question, implementing the MoU]

69 „For similar reasons it could be argued that the conclusion of the TSCG did not infringe the Charter“ –Barnard, C., *The Charter, The Court – and the Crisis*, Cambridge, University of Cambridge Research Paper 18/2013, August 2013, p. 12. „However, the TSCG is different from the ESM because...the content of the fiscal compact part of the TSCG largely overlaps with the content of the 'six pack' rules...Further, the link with the EU Treaties is much stronger (especially bearing in mind the commitment in Article 16 of incorporating the substance of the TSCG into the legal framework of the Union)“ – loc. cit. This suggests that acts taken under the TSCG need to be read subject to the Charter – „which they would be if they were taken under the six pack which is part of EU law“ – loc. cit.

70 *Pringle*, Opinion of AG Kokott, par.176.

71 Craig, P., *Pringle and Use...*, cit., p. 28.

72 Hinarejos, A., *The Euro Area...*, cit., p. 133.

73 The following references for preliminary ruling were all made by the Portuguese courts (Labor Tribunals of Porto and Lisbon): C-128/12 *Sindicato dos Bancários do Norte and Others v BPN - Banco Português de Negócios SA* of 7 March 2013, C-264/12 *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins v Fidelidade Mundial — Companhia de Seguros SA* of 26 June 2014, and C-665/13 *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins v Via Directa - Companhia de Seguros SA* od 21 October 2014.

aims to implement the EU law”.⁷⁴ The reforms which a Member States undertakes as a condition for financial assistance are considered to be voluntary, since they are not tied to a binding obligation mandated by EU law.⁷⁵ This “suggests a twin-track approach: on the one hand the Charter will be applied with vigor to non-crisis situations; on the other, the Charter will not be applied to rules arising out of the EU’s response to the financial and economic crisis”.⁷⁶ Such an approach is “not legally, politically or practically sustainable”⁷⁷, avoiding a contextualization of its role along with a (necessarily!) synthetic reading of the totality of euro-crisis law. The Court’s actions are inconsistent, given its willingness to extensively interpret the scope of EU law when it should prove favorable for the Union.⁷⁸ While the cited case-law relates specifically to the EFSM/EFSF conditionality, the link with EU law is even more apparent regarding the ESM and the application of the “Two-pack”, where such emergency-discourse hastened eschewing of judicial responsibility cannot be sufficient.⁷⁹ The draft MEAP approved by the Council and then inserted in the MoU, synthetically linking ESM’s activities with those of the EU, *should have* to comply with provisions of the Charter.

ESM conditionality was most recently taken to court in Cypriot bank-bailout appeal cases in 2016, where the applicants challenged the validity of a MoU. In *Ledra Advertising*⁸⁰ and *Mallis*⁸¹, the ECJ reiterated that ESM acts fall outside the scope of EU law (*Ledra Advertising*, paras.53-54). But, the involvement of the Commission and the ECB in the adoption of the MoU may be unlawful and give rise to EU’s non-contractual liability for damages (par.55) if the breach of rule of

74 *Sindicato dos Bancários do Norte*, paras. 11-12. The Court did not distinguish its reasoning in this case, where the Council Decision implementing the MoU was adopted *after* the specific national measures at stake, and the one in cases C-264/12 and C-665/13 (which were different in that regard).

75 Hinarejos, A., *The Euro Area...*, cit., p. 134.

76 Barnard, C., *op. cit.*, p. 2.

77 *loc. cit.*

78 Hinarejos, A., *The Euro Area...*, cit., p. 135, referring to the case C-617/10 *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson* of 26 February 2013, where the Court re-interpreted Article 51 of the Charter as mandating its application where Member States act „in the scope of Union law“, rather than when „implementing“ it (paras. 19-22).

79 Hinarejos, A., *loc. cit.* – while the link between MoUs and EU law was that essential contents of MoUs were mostly adopted within Council Decisions under Arts. 126 and 136 TFEU, the “Two-pack” made it more explicit. It created an obligation for the Member State asking for financial assistance to adopt a MEAP in agreement with the Commission, which is then adopted by the Council. The Commission, furthermore, ensures that the MoU is *fully consistent* with the MEAP.

80 Joined cases C-8/15 P to C-10/15 P (*Ledra Advertising, Andreas Eleftheriou, Eleni Eleftheriou, Lilia Papachristofi, Christos Theophilou and Eleni Theophilou v. European Commission and ECB*), of 20 September 2016.

81 Joined cases C-105/15 P to C-109/15 P (*Konstantinos Mallis, Elli Konstantinou Malli, Tameio Pronoias Prosopikou Trapezis Kyprou, Petros Chatzithoma, Elenitsa Chatzithoma, Lella Chatziioannou and Marinos Nikolaou v. European Commission and ECB*), of 20 September 2016.

law (unlawfulness of the act in question) is sufficiently serious (par.65).⁸² As the Commission is the “guardian of the Treaties”, it cannot support/sign an act that doesn’t conform to EU law.⁸³ At least some Charter provisions within the ESM framework could potentially give rise to damages liability – social security and many welfare claims fall within the scope of the right to property according to the case-law of the European Court of Human Rights.⁸⁴ This is of particular interest, as the adjustment programs rest “upon draconian austerity measures...[that entail] drastic reductions to social expenditure”.⁸⁵

4.2.2. “Loaning” EU institutions

The governance system of the ESM forms a “curious hybrid”⁸⁶: decision-making powers are entrusted to organs composed of representatives of the Members, who happen to be the same persons who represent their country in the EU’s Euro Group and its Working Group. EU institutions like the Commission and the ECB are given a prominent role in preparing and implementing those (intergovernmental) decisions⁸⁷, while disputes concerning the interpretation and application of the (intergovernmental) ESM Treaty are submitted to the ECJ (as authorized by Article 273 TFEU, recital 16). Representatives of the European Commission, President of the ECB and the President of the Euro Group may participate in the meetings of the Board of Governors of the ESM as observers (Article 5). The Board of Governors tasks the Commission with negotiating, in liaison with the ECB, the economic policy conditionality attached to financial assistance (Art. 5(6(g))). It is clear that the Commission and the ECB play the role of agents of the ESM, preparing its operations and overseeing their implementation.

While tasking the ECJ finds an explicit base in the TFEU, rationalization regarding the Commission and the ECB is not so linear. In *Pringle* the ECJ confirmed that the Member States are clearly entitled to “entrust tasks to the institutions, outside the framework of the Union”, provided that those tasks do not alter the “essential character of the powers conferred on those institutions” by the TEU/TFEU (par.158). This formulation carries a number of problems from a constitutionalist standpoint. The first is a case of a failed analogy – such loaning of EU institutions was originally allowed in cases of non-exclusive Union competence

82 This much welcome addition to the Court’s case-law was prematurely hailed as „the end of impunity“ –Dermine, P., *ESM and Protection of Fundamental Rights*, *Verfassungsblog*, <<http://verfassungsblog.de/tag/ledra-advertising/>>, 21 September 2016.

83 This is compounded by – but not limited to! – the fact that the ESMT explicitly obliges the Commission to ensure that the MoUs concluded by the ESM are consistent with EU law – *Ledra Advertising*, par. 58.

84 Hinarejos, A., *Bailouts, Borrowed Institutions, and Judicial Review: Ledra Advertising*, *EU Law Analysis*, <<http://eulawanalysis.blogspot.hr/2016/09/bailouts-borrowed-institutions-and.html>>, 25 September 2016.

85 Costamagna, F., op. cit., p. 5.

86 De Witte, B., op. cit., p. 7.

87 loc. cit.

where Member States decided to act outside the framework of the Treaties, because the “foundational imperative was that Member States acted in their field of competence, but found it useful to ask the Commission for help”.⁸⁸ However, with the ESM Treaty is “the implicit legal metaphor...is governance and survival: the EU institutions had to be involved”.⁸⁹ The second problem is that the “differentiated integration” treaty must only *not entrust* tasks which alter the essential character of powers conferred on the Commission and ECB by the Treaties. There are *no formal legal requirements* regarding this process – no obligation of adopting a reasoned justification for action, no particular form of the institution’s decision, no mandatory consultation with other actors or agreement of other institutions.⁹⁰ We can observe an unsettling shift in allegiances – when the Commission “invests heavily” in an external treaty, this makes for a very strong influence on the way it designs subsequent proposals for EU legislation.⁹¹ Whether the new tasks alter the essential powers of the institution or not will also depend on the degree of broadness with which that character would be judicially construed⁹² (*cf. Pringle*, par.163).

The initial assumption might have been that ECB’s technical expertise serves as a complement to that of the Commission, and that it could support it in negotiating and monitoring the implementation of various EU/IMF programs. Virtually all financial assistance facilities since the start of the crisis has set out a role for the ECB.⁹³ However, ECB’s participation in this regard is not clearly defined, hiding behind an oblique “in liaison with” formula. Indeed, “Reasons for European authorities to request ECB participation in the Troika are not spelled out, and there is no straightforward rationale for this involvement”.⁹⁴ In the ordoliberal conception of the EMU, monetary policy is a non-political field pursued by independent experts unconcerned by issues of democratic legitimacy.⁹⁵ Fiscal

88 Craig, P., *Pringle and Use...*, cit., pp. 7-8.

89 *ibid.*, p. 8.

90 *ibid.*, p. 10. Decisions on the part of „loaned“ EU institutions to participate in an asymmetrically-concluded treaty may not be binding on the Union, but they’re still integral to the EU as a whole – 12. As to the issue of authorization by non-participating Member States, on 20 June 2011 the representatives of the 27 governments authorized the Contracting Parties of the ESMT to request the Commission and ECB to perform the tasks provided for in that Treaty – De Witte, B., *op. cit.*, p. 19. Tuori notes the legal insignificance of this: “EU legislative procedures aim not only at guaranteeing the influence of all Member States but also the democratic input of the European Parliament and, after Lisbon, national parliaments as well” – Tuori, K., *The European...*, cit., pp. 36-37.

91 Craig, P., *Pringle and Use...*, cit., pp. 15-16.

92 *ibid.*, p. 22.

93 Athanassiou, P., *The ECB’s Discretionary Powers and Role in the Sovereign Debt Crisis: An Overview*, London, King’s College, 11 March 2016, p. 9 (presentation available at <<https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/Binder1---all-papers.pdf>>, starting at p. 48).

94 Pisani-Ferry, J.; Sapir, A.; Wolff, G., *EU-IMF assistance to euro-area countries: an early assessment*, Bruegel, <<http://bruegel.org/2013/06/eu-imf-assistance-to-euro-area-countries-an-early-assessment/>>, 16 June 2013, p. 24.

95 „Not only has monetary policy no need of continuously produced democratic legitimacy but subordinating the ECB to the whims of democratic politics would be disastrous“ – Tuori, K., *The European...*, cit., p. 8.

policy, on the other hand, rests on a particular redistributive justice paradigm, and must receive democratic input legitimacy provided by national political fora.⁹⁶ Involvement of an expert and technocratic body such as the ECB in the implementation of extra-Treaty intergovernmental frameworks runs the risk of conflating the two policies in a hard-to-distinguish manner. As an institution relying on output legitimacy⁹⁷, the ECB is „politically and socially ‘disembedded’“, operating in a political and social vacuum.⁹⁸ It doesn’t interact with a (non-existent) European government or public opinion. Different democratic countries have found different solutions for this problem, but they all include a crucial role for public opinion and communication between such non-majoritarian, and democratically legitimated institutions. *National* central banks do not operate in vacuum, and are embedded in national debates which make them at least somewhat accountable to public opinion.⁹⁹ But in the case of the ECB, the lack of democratic control does nothing to encourage self-restraint¹⁰⁰. In his Opinion in *Gauweiler*¹⁰¹, AG Villalón agrees with the claim that the ECB’s dual role in the never-activated OMT program (see *infra*) compromises its limitations under the Treaty (paras.142 and 151). Seeing as the Treaties do not provide for criteria for the delimitation between monetary and economic policy, ECB’s competences should be narrowly interpreted due to democratic problem inherent in the ECB’s independent status.¹⁰² That means that in no scenario should it be possible for ECB officials to blackmail a President into

96 Tuori notices that the non-political character of monetary policy suffered a severe blow during the crisis, as the relationship between the monetary and national fiscal policy shifted: the needs of the latter now determine the former – Tuori, K., *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 196. On the other hand, “a contrary tendency of *de-politicization* is perceivable in fiscal – and even macro-economic policy.” – id., *The European...*, cit., p. 45. Efforts to tighten fiscal discipline have diminished Member States’ fiscal policy sovereignty, as they were forced (through various provisions of the TSCG, “Six-pack” and “Two-pack”) to conform their national budget procedures to European requirements. Constitutionalized balanced budget requirement, excessive deficit and imbalance procedures, annual budget planning overseen by the Commission within the European Semester etc., fly in the face of the need for democratic legitimacy of fiscal policy – loc. cit.

97 ‘Input’ considerations relate to the democratic character of the decision procedure, and in particular the right of all citizens to participate on an equal basis in political decision-making. By contrast, ‘output’ considerations relate to the degree to which the substance of the decision may be said to promote collective interests in a manner compatible with the democratic goals of equal concern and respect” – Bellamy, R., *Democracy without democracy? Can the EU’s democratic “outputs” be separated from the democratic “inputs” provided by competitive parties and majority rule?*, *Journal of European Public Policy*, vol. 17, 1/2012, p. 3.

98 Majone, G., *Rethinking European Integration After the Debt Crisis*, London, University College, European Institute, Working Paper No. 3/2012, June 2012, p. 14

99 Bellamy, R., op. cit., p. 11.

100 Majone, G., op. cit., p. 17.

101 Case C-62/14 *Peter Gauweiler and others v. Deutscher Bundestag*, opinion delivered on 14 January 2015.

102 Schmidt, R., *Die entfesselte EZB*, *Juristenzeitung*, vol. 70, 2015, as referred to (disapprovingly) by Sauer, H., op. cit., p. 976.

resigning¹⁰³, or to explicitly threaten a sovereign state with default should it not comply with its instructions.¹⁰⁴

4.3. ECB to the rescue – creative monetary policy, or ultra vires actions?

After the lid was blown on the severe situation in Greece in October 2009, doubts grew over the stability of public finances in some euro area countries and the spreads between government bond yields across the Continent rose sharply. Sovereign markets became highly fragmented, fueled by (nervous) market perceptions about the viability of some countries' fiscal balances, and the monetary policy transmission mechanism was impaired.¹⁰⁵ ECB had to try to resolve these problems, preserving price stability through (euphemistically called) “unconventional monetary policies”.¹⁰⁶ Joining the bandwagon of conditionality-legitimizing-actions-beyond-the-meaning-and-scope-of-the-Treaty, it quoted “strict and effective conditionality” (attached to an EFSF/ESM program) of its (never implemented) OMT program¹⁰⁷ and its later Quantitative Easing (QE) policy.¹⁰⁸

4.3.1. OMT and Gauweiler – continuation of monetary policy by other means

The ECB has certainly resorted to highly unusual instruments of monetary policy anent the euro-crisis. Conventional monetary policy has not been able to “mop up” in the aftermath of the financial crisis and stimulate the economy into

103 Land, C., *The Eurozone Crisis and the European Central Bank's Lost Independence*, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 25, 2/2016, p. 507, citing accounts by Lorenzo Bini Smaghi (former member of the ECB Executive Board) and Timothy Geithner (former U.S. Secretary of the Treasury).

104 *ibid.*, p. 509.

105 *The Determinants of Euro Area Sovereign Bond Yield Spreads During the Crisis*, ECB Monthly Bulletin, May 2014, p. 67.

106 *loc. cit.* The ECB had to intervene in order to reduce the bond yield spreads, whose acute divergence between „peripheral“ euro countries and Germany made it not only increasingly difficult for the former to finance their public deficits, but also triggered a flight of investors to safety, namely the latter. The ensuing unavailability of funds (or their prohibitively high cost) would (in the long run) cause possible pressures on their national central banks to increase liquidity by entering into a primary emission. In the short run, the high cost of borrowing meant that countries with high budget deficits entered into a vicious circle where they issued more bonds (at high cost) just to cover repayment of the older ones. Such unproductive use of funds – which are not being used to stimulate production via investments etc. – inevitably causes inflation, pressuring price stability and the uniform transmission of the ECB's monetary policy.

107 See *Technical features of Outright Monetary Transactions (OMT)*, ECB press release, 6 September 2012.

108 *Decision (EU) 2015/774 of the ECB on a secondary markets public sector asset purchase programme*, ECB/2015/10, 4 March 2015.

recovery.¹⁰⁹ Colloquially called “Draghi’s bazooka”¹¹⁰, the OMT was designed to remedy central shortcomings of the Securities Markets Programme (SMP) – namely, its limited size.¹¹¹ In a speech given on 26 July 2012 in London, the President of the ECB Mario Draghi announced it “is ready to do whatever it takes to preserve the euro”, adding “believe me, it will be enough”.¹¹² On 6 September 2012, the Governing Council of the ECB announced its decision on a number of technical features of the OMT¹¹³: purchase of euro-zone countries’ short-term bonds (with maturity between 1 and 3 years) in the secondary market, conditioned by the existence of a EFSF/ESM program or macroeconomic adjustment program unrelated to those institutions, *without any ex ante quantitative limits*. The excess liquidity would be “fully sterilised”, perpetuating the template introduced with the SMP.

Even if it was never activated, the OMT program triggered a major challenge to the “constitutionality” (*vis-à-vis* the Lisbon Treaty) of ECB’s actions. ECJ’s OMT decision in the *Gauweiler* case is considered to be “the most important decision on the role of the ECB”¹¹⁴ in the governing of the euro-crisis – not least

109 Joyce, M. and others, Quantitative Easing and Unconventional Monetary Policy – an Introduction, *The Economic Journal*, vol. 122, 2012, p. 272.

110 Steen, M.; Fontanella-Khan, J.; Stothard, M., *ECB signals resolve to save euro*, *The Financial Times*, <<https://www.ft.com/content/b70ff9a8-f84c-11e1-b0e1-00144feabdc0>>, 6 September 2012.

111 On 10 May 2010, the central banks of the Eurosystem started purchasing securities in the context of the SMP – a program to purchase bonds (especially sovereign bonds) on the secondary markets. Its aim was to counteract disruptions in the monetary policy transmission mechanism, and at its peak its (overall – from 2010 to 2012) volume totaled around €210 billion (Blackstone, B., *Bundesbank would favor end of ECB sterilization* – Source, Dow Jones Newsletters, <<http://new.dowjones.com/newsletter/bundesbank-favor-end-ecb-sterilization-source/>>, 31 January 2014). Following a Governing Council decision on 6 September 2012 to initiate the OMT, the SMP was terminated. The existing securities in the SMP portfolio were to be held to maturity. Sterilization (re-absorbing of liquidity provided by the SMP *via* weekly operations that include offers of interest-bearing deposits to banks in the amount corresponding to liquidity injected) was suspended by the ECB’s decision of 5 June 2014 (the last operation was allotted on 10 June 2014) - <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/index.en.html>. This date coincides with the ECB’s introduction of the *negative interest rate on the deposit facility* at -0.1% on 11 June 2014 (the last update of this key interest rate was on 16 March 2016, setting it at a historical low of -0.4% - <https://www.ecb.europa.eu/stats/monetary/rates/html/index.en.html>). 2014 also saw increased discussions about the extent to which there is a risk of deflation in the euro area, given that the overall annual inflation in that area has declined from 3% in November 2011 to just 0.5% in May 2014. On that basis, the IMF estimated the risk of deflation in the euro area by the end of 2014 to be at 20% - *Economic and Monetary Developments*, ECB Monthly Bulletin, June 2014, p. 65.

112 Speech made at the Global Investment Conference in London, <<https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>>.

113 See *supra*, note 107.

114 Goldoni, M., *The Limits of Legal Accountability of the European Central Bank*, University of Glasgow, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712240>, 7 January 2016, p. 9.

due to its origin in the first ever reference for a preliminary ruling by the German Federal Constitutional Court.¹¹⁵ The interaction of the ECJ and BVerfGE in that case underlined the profound constitutional nature of the dispute, with the latter court questioning: (1) whether the ECB's OMT Decision exceeds the Bank's monetary policy mandate¹¹⁶ regarding its conditionality¹¹⁷, selectivity (purchase of bonds only of selected States), parallelism (with programs of the EFSF/ESM) and bypassing of the EFSF/ESM's programs' conditions and terms; and (2) whether it is incompatible with the prohibition of monetary financing, seeing as it doesn't provide for quantitative limits or a time lag between the bonds' emission and purchase through OMTs (influencing pricing), allows for bonds to be held to maturity, and contains no requirements for the credit rating of the bonds purchased (default risk). The BVerfGE drew upon its case-law enabling it to review acts of European institutions and agencies that are based on *manifest* transgressions of powers (*ultra vires* acts and the "Honeywell doctrine"¹¹⁸) or affect an area of constitutional identity¹¹⁹ (regarding the principle of the overall budgetary responsibility of the Bundestag – par. 28).¹²⁰

115 Order of the Second Senate, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/2013, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 and 2 BvE 13/13 of 14 January 2013, suspending proceedings and referring two questions for a preliminary ruling pursuant to Art. 367 TFEU.

116 Interfering with the responsibility of the Member States for economic policy – par. 39. The Union's competences in that area are limited to a coordination of Member States' economic policies. The ECB may only *support* their general economic policies, not pursue its own (*ibid.*).

117 Linking the OMT to assistance measures of significant financial scope and general political implication that belong to the core aspects of the Member States' economic policy responsibilities (par. 40). Tying the purchase of government bonds of selected Member States to full compliance with the requirements of the assistance programs of the EFSF/ESM, the ECB makes the purchase an instrument of economic policy. This is confirmed by the fact that OMTs would not be carried out unless the program conditionality is fully respected (par. 77). OMTs then become functional equivalents to an assistance measure of those institutions, without parliamentary legitimation and monitoring (par. 78).

118 BVerfGE, 126, 286: „*Ultra vires* review may only be exercised in a manner which is friendly towards European law...The Union...is in particular bound by the principle of conferral and by fundamental rights, and it respects the constitutional identity of Member States...[T]he Federal Constitutional Court must in principle comply with the rulings of the Court of Justice" which is "to be afforded the opportunity to interpret the Treaties, as well as to rule on the validity and interpretation of the legal acts in question, in the context of preliminary ruling proceedings". *Ultra vires* review may be considered only if the transgression of powers is (a) manifest; (b) specifically violating the principle of conferral; making the breach of powers (c) sufficiently qualified and (d) highly significant for the allocation of powers between the Member States and the Union (paras. 303-304).

119 Review cannot be waived with regard to the „eternity clause“ of Art. 79(3) of the Grundgesetz. Germany is one of the „masters of the Treaties“, making the primacy/priority of Union law non-comprehensive in this regard (*Gauweiler* order, 26).

120 „*Bundestag* may not consent to an automatism of bonds or benefits that are agreed upon intergovernmentally or supranationally and that is not subject to strict specifications and whose effects are not limited, and which – once it has been set in motion – is removed from the *Bundestag*'s control and influence“ (citing BVerfGE 129, 124). The OMT decision could violate the constitutional identity of Germany if it created a mechanism which would amount

Moreover, it stressed the incompatibility of this protection of German constitutional identity (which is *not* subject to balancing in the matrix of proportionality analysis) with the guarantee of “national identity” in Article 4(2) TEU (which is). There is no legitimate aim capable of compromising the “inviolable core content” of the Grundgesetz (paras. 27 and 29). The reference is framed in conclusive terms, stating that the “applications would probably be successful”, unless the OMT Decision were interpreted “in conformity with primary law” (55).¹²¹ Where there is a blurring of the lines between monetary policy (competence of the ECB) and “just” economic policy (a province of the States), it is the duty of the ECJ to delineate these two, and determine the scope and content of the ECB’s mandate - the Court’s inaptness in economic sciences notwithstanding (par.60). While the Court in *Pringle* stressed the objectives of a policy, it is important to review the instruments used, as well as their *link to other provisions* (paras.64-65).

In our view, it is this last feature of a program which is most indicative of its nature, as it illuminates the *ratio* behind its nominal objectives. The BVerfGE states that “references...to other provisions and the embedding of an act in an overall regulation that consists of several individual measures can indicate its adherence either to the economic or monetary policy” (par.66). We must “pierce the veil” in the sense of reviewing the *amalgamated* picture of *individually legal* instruments, reassessing their constitutionality in this synoptic view of mutually intertwined mechanisms. In doing so, we must notice the convenient parallelism between *Pringle* and *Gauweiler*, with the first confirming ESM’s constitutionality on the grounds that it was a measure of economic policy with *tangential* monetary policy implications, and the latter approved the OMT as a program within the ECB’s monetary policy mandate with *tangential* economic policy implications (52).¹²² As the OMT’s conditionality tethers it firmly to ESM’s activities, one cannot but conclude that it represents an extension of economic policy cloaked by monetary policy justifications, transgressing the ECB’s mandate under the Treaties. It’s a pity

to an assumption of liability for decisions of third parties which entail consequences that are difficult to calculate (par.102).

121 The reference is „not formulated in terms of a dialogue between Courts, each respecting the other’s distinctive powers. Instead, the BVerfG...asks the CJEU essentially to confirm“ its interpretation, with a „thinly veiled threat“ to unilaterally hold an act of an EU institution to be invalid within Germany – Hofmann, H., *Gauweiler* and OMT: Lessons for EU Public Law and the European Economic and Monetary Union, University of Luxembourg, Working Paper, 19 June 2015, p. 1.

122 “The delimitation of monetary...and economic policy...is viewed by the CJEU in *Gauweiler* as a question of primary versus secondary effects of a measure. In reality, the distinction mirrors older case law of the CJEU on the so called ‘*centre of gravity*’ rule which was applied in situations where a measure could have several competing legal basis each proposing a different decision making procedure. The Court informs that the fact that a measure in the field of the Union’s monetary policy might incidentally also have secondary effects ‘on the stability of the euro area’, which is a matter of economic policy, does not call that assessment into question” – *ibid.*, p. 13.

that the ECJ did not address AG Villalón's opinion¹²³ on the untenable character of the ECB's dual role of (a) holder of a claim the basis for which is a government bond issued by a State, and (b) supervisor and negotiator of a financial assistance program applied to the same State. AG Villalón held that, in the event that the OMT program be activated, the ECB would be prevented from direct involvement in the financial assistance programs of the ESM or EFSF applied to the State concerned – if the OMT were to stay regarded as a monetary policy measure (paras.142 and 150-151).¹²⁴

The ECJ's response on 16 June 2015 took upon face value ECB's claim that the OMT is targeted (just) at "appropriate monetary policy transmission and the singleness of monetary policy" (par. 47 - an expansive and undefined objective, if there ever was one).¹²⁵ From the economic-technical viewpoint, the decision is surprisingly devoid of a closer scrutiny of ECB's claims and arguments. While acknowledging the ECJ's judges' lack of expertise in this regard, as well as the limited scope of the judiciary's mandate (rulings on points of law, instead of technical, discretionary choices)¹²⁶, we do believe that an assessment of legality of independent regulators' activities necessitates a degree of examination stricter than mere rubberstamping. The Court reiterates its previous case-law where it held that an EU institution that enjoys broad discretion must give an "adequate" statement of reasons for its decision (par. 69), even if it needn't go into every relevant point of fact and law (par. 70). In this case ECB's information "doesn't appear" to be vitiated by a "manifest error of assessment" (par. 74). The "least restrictive means" step of proportionality analysis is thus restated as "not manifestly unnecessary" means (par. 81)¹²⁷ – in this regard, we cite the BVerfGE's belief that "the independence

123 Case C-62/14 *Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag*, opinion delivered on 14 January 2015.

124 Where a state is the recipient of substantial assistance from the ECB on the secondary government bond market, putting the ECB *simultaneously* in a position where it oversees the implementation of a financial assistance program that its OMTs are conditional upon compromises its purely monetary policy agenda (paras. 150-151). The Court, inversely, viewed adherence to program conditionality positively, as a means through which to avoid the risk of the launch of OMTs lessening the incentives of beneficiary Member States to follow a sound budgetary policy (Case C-62/14 *Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag*, 16 June 2015, par. 120).

125 „[T]he Court of Justice accepts the assertion that the OMT programme pursues a monetary policy objective without questioning or at least discussing and individually reviewing the soundness of the underlying factual assumptions, and without testing these assumptions with regard to the indications that evidently argue against a character of monetary policy“ – BVerfGE's *Gauweiler* judgment on 21 June 2016, Press release (in English) No. 34/2016 of 21 June 2016.

126 "This type of highly technical, very complex and information intensive activity is...very difficult to monitor through 'traditional' legal means of a framework of powers and judicial review" – Hofmann, H., op. cit., p. 16.

127 „Interestingly, the CJEU decides actively to reduce its level of review as compared to the AG who in par. 177 of his opinion refers to more onerous second-leg proportionality test by looking for whether 'the means used may none the less be excessive if compared with the other options that would have been available to the ECB.'“ – *ibid.*, p. 19.

granted to the European Central Bank leads to a noticeable reduction in the level of democratic legitimation of its actions and should therefore give rise to restrictive interpretation and to particularly strict judicial review of the mandate of the European Central Bank”.¹²⁸

The ECJ does, however, concede that ESCB’s intervention “could, in practice, have an effect equivalent” to monetary financing “if the potential purchasers of government bonds on the primary market know for certain that the ESCB was going to purchase...within a certain period and under conditions allowing those market operators to act, de facto, as intermediaries for the ESCB for the direct purchase of those bonds” (par.104). Having the benefit of hindsight, we can conclude that the ECB’s activities since OMT’s announcement (with the introduction of an unsterilized PSPP and especially principal reinvestment policy – see *infra*) reduce this margin of uncertainty to a degree compromising ECJ’s conclusion. However, cornered by the *Honeywell* doctrine and its request of a manifest transgression of competences¹²⁹, on 21 June 2016 the BVerfGE confirmed (with some conditions – par. 206) its legality¹³⁰.

4.3.2. “What’s in a name” – QE as primary financing in disguise

As a program entailing full sterilization of excess liquidity it created, the OMT was (just like the SMP) not amenable to being used as a price stabilization tool. The most high-profile form of unconventional monetary policy thus became QE. Under Art. 18(1) of the Statute of the ESCB and of the ECB, the ECB and national central banks of euro-states may operate in the financial markets by buying and selling marketable instruments outright. On 22 January 2015, the Governing Council of the ECB decided that its existing Asset Purchases Programmes (APPs)¹³¹ be expanded

128 loc. cit.

129 The BVerfGE found that the ECJ’s interpretation „barely passed muster“ – Lindseth, P., *Meanwhile, in Germany...the OMT ruling of the German Constitutional Court*, EUTopia Law, <<https://eutopialaw.com/2016/06/23/meanwhile-in-germany-the-omt-ruling-of-the-german-constitutional-court/>>, 23 June 2016.

130 Judgment of the Second Senate of 21 June 2016, 2 BvR 2728/13.

131 Consisting of a covered bond purchase programme (already in its third generation at the time of launch of QE in 2015 – hence termed CBPP3) and an asset-backed securities purchase programme (ABSPP), and aimed at „further enhancing the transmission of monetary policy, facilitating credit provision to the euro area economy, easing borrowing conditions of households and firms and contributing to returning inflation rates“ to about 2% - Decision (EU) 2015/774 of the ECB on a secondary markets public sector asset purchase programme (ECB/2015/10, 4 March 2015), 3rd recital. Aimed at debt securities issued by financial institutions (i.e. banks), CBPP was originally (CBPP1) launched by a Decision of the ECB of 2 July 2009 (ECB/2009/16), encouraging credit institutions to maintain and expand their lending to clients and improve market liquidity – Beirne, J. and others, *The impact of the Eurosystem’s Covered Bond Purchase Programme on the Primary and Secondary Markets*, ECB Occasional Paper Series, No. 122, January 2011, p. 5. The then President of the Governing Council of the ECB Trichet expressly denied that the CBPP was quantitative easing, as the excess liquidity created by APPs before PSPP and 2015 was sterilized –

to include secondary markets *public sector* debt securities, in order to mitigate the risk of developments jeopardizing maintenance of price stability (Public Sector Purchases Programme - PSPP).¹³² The purchasing program began on 2 April 2015, totaling €60 billion per month until March 2016. On 10 March 2016, the ECB announced that it would increase this amount to €80 billion until at least March 2017 or until it sees inflation hit the target rate of 2% over the medium term.¹³³ It also expanded the eligible assets to include “euro-denominated bonds issued by non-bank corporations established in the euro area”, thus adding the Corporate Sector Purchase Programme (CSPP) to the pre-existing APPs and PSPP.¹³⁴ The figures for October 2016 show that, at the end of the month, Eurosystem holdings of marketable debt instruments came at €1391 billion (almost €1.4 trillion) of liquidity injected into the banking system.¹³⁵ In January 2017, they already passed the €1.5 trillion mark by €117 billion.¹³⁶

Is this elaborate scheme constitutional, i.e. within the mandate of the TFEU? We posit that it is not, and that it shows “a willingness of the monetary authority [i.e. ECB] to selectively violate the Treaty provisions when it [is] ideologically consistent to do so”.¹³⁷ The ECB has turned itself into a lender of last resort

ECB Market Intervention: Covered Bond Purchasing Programme, Place du Luxembourg, <<https://placeduluxembourg.wordpress.com/2012/02/22/ecb-market-intervention-covered-bond-purchasing-programme-cbpp/>>, 22 February 2012. Sterilization of those purchases (in order to limit their inflationary effects) was achieved by auctioning fixed term deposits on a weekly basis. This means that the immediate effect of the policy was calibrated only towards narrowing the bond yield spreads among euro-zone states, and not increasing market liquidity. This second aspect was introduced with the PSPP in 2015, ushering the “big QE” era as a natural extension of the “mini QE” represented by its decision in 2014 to stop sterilizing its purchases under the SMP – Mattich, A., *5 takeaways from the ECB’s moves on rates*, The Wall Street Journal, <<http://blogs.wsj.com/briefly/2014/06/05/5-takeaways-from-the-ecbs-moves-on-rates/>>, 5 June 2014.

132 Decision (EU) 2015/774 of the ECB of 4 March 2015 on a secondary markets public sector asset purchase programme (ECB/2015/10). Eligible for purchases are euro-denominated marketable debt securities issued by central governments of Member States whose currency is the euro, recognized agencies located in the euro area, and international organizations and multilateral development banks located in the euro area (Art. 3). Article 5 stipulates an aggregate purchase limit of 33% of an issuer’s outstanding securities (par.3). However, the number rises to 50% in case where the issuer is an eligible international organization or multilateral development bank – Decision (EU) 2016/702 of the ECB of 18 April 2016 amending Decision (EU) 2015/774 (ECB/2016/8).

133 The annual euro-zone inflation rate has been continuously below 0.5% since September 2014, even diving below zero in January 2015.

134 Decision (EU) 2016/948 of the ECB on the implementation of the corporate sector purchase programme (ECB/2016/16 of 1 June 2016). Such an Expanded Asset Purchases Programme will be temporarily paused between 22 December and 30 December 2016, in anticipation of lower market liquidity during this period. Purchases will resume on 2 January 2017 - <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/index.en.html>.

135 Table showing Eurosystem holdings under the expanded asset purchase programme, <<https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/index.en.html>>.

136 loc. cit.

137 Mitchell, B., *ECB – every which way but to the point*, Bill Mitchell – billy blog, <<http://bilbo.economicoutlook.net/blog/?p=34706>>, 2 November 2016.

against an explicit TFEU prohibition.¹³⁸ Art. 123 TFEU constricts the ECB in the possibility of utilizing “helicopter money”¹³⁹, i.e. in using monetary financing. This is due to historical inflation traumas of a number of Member States¹⁴⁰, and bars it from purchasing government bonds in the primary market and thus increasing the monetary base.¹⁴¹ But, as the ECJ’s ruling in the OMT case has shown, there is considerable leeway since the ECB can purchase government bonds in the secondary markets, “ensur[ing] that there is a real opportunity... for a market price to form in respect of the government bonds concerned, in such a way that there continues to be a real difference between a purchase of bonds on the primary... and...secondary market”.¹⁴²

The drawing of this line proves to be difficult, not least due to a stunning variability of ECB’s activities that defy the Treaty prohibition of monetary financing in non-orthodox ways. The PSPP proved very efficient in going *praeter* the monetary financing prohibition, allowing the ECB and national central banks to finance Member States’ government debt virtually interest-free. Article 6 of the Decision on the PSPP stipulates that “The NBCs’ share of the total market value of purchases of marketable debt securities eligible under PSPP shall be 90%, and the remaining 10% shall be purchased by the ECB. The distribution of purchases across jurisdictions shall be according to the key for subscription of the ECB’s capital”. Germany holds the greatest capital key of 17.9973%. France and Italy are following with 14.1792% and 12.3108%, with Spain at 8.8%. However, the data shows that the NBCs have been buying significantly more than is allowed – between March 2015 and April 2016, Germany made 23.4%, France 18.6%, Italy 16.1% and Spain 11.5% total purchases.¹⁴³ The effects of such a policy are clear, given that the NBCs prevalently invest in bonds issued by their own home governments¹⁴⁴: driving up demand lowers the yields (interest rates) on the bonds. Private bond investors – stimulated by a near-certainty of offloading the bonds to the ECB and NBCs – buy

138 Natali, D.; Vanhercke, B., *Social policy in the European Union: state of play*, Brussels, European Trade Union Institute, 2015, p. 44.

139 Friedman, M., *The Optimum Quantity of Money*, Transaction Publishers, 2005, pp. 4-5 („the money from the sky seems like a bonanza, a true windfall gain“ – *ibid.*, p. 14).

140 Helicopters 101: your guide to monetary financing, Deutsche Bank Research, Special Report, 15 April 2016, p. 7.

141 „‘Monetary finance’ is defined as running a fiscal deficit (or a higher deficit than would otherwise be the case) which is not financed by the issue of interest-bearing debt, but by an increase in the monetary base – i.e. of the irredeemable fiat non-interest-bearing monetary liabilities of the government/central bank“ – Turner, A., *The Case for Monetary Finance – An Essentially Political Issue*, 16th Jacques Polak Annual Research Conference, IMF, Washington, 5-6 November 2015, p. 2.

142 Opinion of Advocate General Cruz Villalón in *Gauweiler*, par. 225.

143 Mitchell, B., *ECB’s expanded asset purchase programme – more smoke and mirrors*, Bill Mitchell – billy blog, <<http://bilbo.economicoutlook.net/blog/?p=33643>>, 30 May 2016.

144 Ewing, J., *Quiet Start to Central Bank Bond-Buying Program for the Eurozone*, *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2015/03/10/business/international/ecb-bond-buying-program-quantitative-easing.html?_r=0>, 9 March 2015.

up the debt, at prices that reflect the rate expected to be acceptable to the ECB.¹⁴⁵ However, traditional Keynesian theory warns us that excess liquidity in itself cannot act as a counter-cyclical stimulus if uncoupled with an expansionary fiscal policy, stimulating demand and expanding production. The asset swap (bonds for increased reserves) does not automatically translate to bank lending, since it's not the reserve (un)availability that keeps banks from lending – it's the credit untrustworthiness of potential borrowers. At the same time, in conditions of high unemployment and general uncertainty borrowers are not stimulated by a mere drop in interest rates – unless it's not accompanied with an increase of their borrowing power (through lowered income taxes and VAT, raised non-taxable minimum income, highly progressive tax system etc.). It is unsurprising that a senior economist at the ECB stated in October 2016 that “Despite this stimulus [*i.e.* QE], the euro area's low level of investment might well appear disappointing”.¹⁴⁶ Regarding the real impact of the QE, it hasn't delivered on its promise to trigger inflation by inundating the markets with increased liquidity – even if there have been some positive changes in the inflation rate, recovering from a -0.6% in January 2015 to +1.1% in December 2016.¹⁴⁷

Interestingly, listed as one of the international organizations whose marketable debt instruments are purchasable through the PSPP is the European Stability Mechanism. It is difficult to belie the clear manipulation of the Treaty: 1) the ESCB may not legally engage in monetary financing, but it *can* 2) finance (through a purchase of bonds) an international organization (ESM) established in order to circumvent the Treaty, which can then 3) use such funds for facilities that may take the form of 4) purchase of a Member States' bonds on the primary market. In addition, in December 2015 the ECB announced plans to *reinvest* payments on the securities purchased under the expanded APP as they mature, “*for as long as necessary*”.¹⁴⁸ That means that the ECB intends to “maintain the degree of monetary

145 Mitchell, B., ECB's..., cit.

146 Vermeulen, P., *The recovery of investment in the euro area in the aftermath of the great recession: how does it compare historically?*, ECB, Research Bulletin No. 28, <<http://www.ecb.europa.eu/pub/economic-research/resbull/2016/html/rb161028.en.html>>, 28 October 2016.

147 Overall inflation rate by month (1996-2016), at: <<https://www.ecb.europa.eu/stats/prices/hicp/html/inflation.en.html>>. The main cause is to be found in its fundamentally flawed presumption that banks aren't lending (and consumers aren't taking out loans) because of a shortage of money. There is no straightforward answer to the question of why this “cheap” money isn't converted into investments, due to the opaqueness of the transmission mechanism. Some proposals call for a switch to strategic QE that targets investments directly to the real economy, sidestepping the intermediaries (*i.e.* commercial banks). E.g., Varoufakis proposes that EIB's bonds be the *single* asset the ECB is buying in the secondary markets, and that the EIB simultaneously embarks upon a large-scale, pan-euro-zone investment-led recovery program – Varoufakis, Y., *A QE proposal for Europe's crisis (Economists' roundtable on the euro zone)*, The Economist, <<http://www.economist.com/blogs/freexchange/2014/11/economists-roundtable-euro-zone-3>>, 7 November 2014.

148 Introductory statement to the press conference, Mario Draghi (President of the ECB) and Vitor Constâncio (Vice-President of the ECB), Frankfurt, 3 December 2015.

accommodation...for a longer horizon” and that “conditions of quite abundant liquidity...will continue for a long, long time”.¹⁴⁹ Coupled with a strong commitment to continue the PSPP until March 2017 and “further if necessary” (this “necessity” being all but a certainty at this point, and the semblance of restraint mere lip service to the cautious observers), this measure comes as close to monetary financing as it can without explicitly admitting to it.¹⁵⁰ Namely, “acquisition of over a trillion euros of government bonds...is not strictly direct financing”, since it doesn’t *per se* raise the monetary base (as they are bought on secondary markets).¹⁵¹ However, a commitment to a principal reinvestment program intending to systematically keep investing in public-sector bonds distorts the market and effectively monetizes the debt “for the foreseeable future, which is exactly what monetary financing is”.¹⁵² Extending Kipling’s famous adage to the present situation, it must be said that: if it looks and feels like monetary financing, and has the *effect* of monetary financing, it must be recognized as monetary financing. The Treaty prohibitions cannot be circumvented by functionally equivalent measures, their *mimesis* of constitutionality notwithstanding.

5. FINAL REMARKS

The most recent global financial crisis seriously damaged the financial stability of Member States, forcing a number of them to seek financial assistance. Its provision – both within and outside the Union – imposed strict conditionality on states receiving the aid and tight fiscal discipline rules on the rest of them. Austerity policies further deepened the crisis, transforming it from a sovereign debt problem to an ongoing recession on the EU level.¹⁵³

The choice of legal instruments designed to combat the crisis entailed a decision-making pattern that skirted the need for their democratic approval.¹⁵⁴ Adoption of an international treaty such as the ESM circumvented the EU Treaty-

149 *ibid.*

150 Paul, J., *The ECB’s Covers Monetary Financing is Risky Business*, Bloomberg View, <<http://origin-www.bloombergvew.com/articles/2015-12-04/the-ecb-s-new-policy-sets-a-dangerous-precedent>>, 4 December 2015.

151 *loc. cit.*

152 *loc. cit.* Lurking in the background is also the problem of “unwinding” QE: selling the bonds would push down their prices and push up interest rates (bringing the problem back to square one). The European Parliament is among the many worrying about the timing and cost of such an endeavor – Delivorias, A., *The ECB’s Quantitative Easing: Early results and possible risks*, European Parliamentary Research Service, December 2015, pp. 5-6.

153 „[T]he imposition of austerity...was...to maintain the ideological hegemony of an intrinsically neo-liberal European Commission. The recession that followed was created by the austerity“ – Mitchell, B., *ECB...*, *cit.*

154 Armstrong, K., *Responding to the Economic Crisis: Public Law in a Post-Lisbon Age*, EUtopia Law, <<https://eutopialaw.com/2012/02/21/responding-to-the-economic-crisis-public-law-in-a-post-lisbon-age/>>, 21 February 2012.

amending process. This preference for *ad hoc* arrangements may have been legal in form, but did not produce a comprehensive – or a substantively “constitutional” – legal framework. The abundance of options for rule-making had the effect of reinforcing executive discretion, and allowing frameworks to be sidestepped when they became inconvenient.¹⁵⁵ The “*Ersatzunionsrecht*” – substitute EU law¹⁵⁶ – facilitated a particular form of authoritarian crisis management¹⁵⁷, establishing a political administration outside the realm of a democratic politics and the form of accountability which the rule of law demands.¹⁵⁸ Intergovernmental stability mechanisms remain outside the scope of application of both Treaty provisions on the principle of transparency and complementary secondary legislation. Such an institutional development makes any control by the European parliament or national parliaments, not to mention civil society and the citizenry, extremely difficult.¹⁵⁹ Moreover, the Charter has “yet to bite in the most sensitive area of all – the consequences of the financial crisis. This failure is damaging to the long term legitimacy of the Union and undermines the Court’s oft-expressed commitment to human rights”.¹⁶⁰ The Fiscal Compact is deeply problematic¹⁶¹ from a national constitutional perspective, constraining budgetary process and national parliaments’ discretion in this matter, as well as mandating constitutional amendments. Therefore, the new economic and fiscal governance instruments have faced widespread criticism for evading democratic control and accountability.¹⁶² We are witnessing a re-dedication of the EU federalist structure, this time to (in democratic terms more primitive) intergovernmentalism supported by epistocratic reliance on expertise-based institutions such as the Commission and the ECB.¹⁶³ This has rightly been termed executive federalism.¹⁶⁴

155 White, J., op. cit., 597.

156 „*Ersatz law*“ being an oxymoron which indicates that instruments thus generated are not „law“ as we know it – de Búrca, G.; Kilpatrick, C.; Scott, J., *Critical Legal Perspectives on Global Governance: Liber Amicorum David M. Trubek*, Bloomsbury Publishing, 2013, p. 313.

157 Everson, M.; Joerges, C., op. cit., p. 11.

158 *ibid.*, p. 13.

159 Tuori, K., *The European...*, cit., p. 47.

160 Barnard, C., op. cit., p. 16.

161 *loc. cit.*

162 Rittberger, B., *Integration without Representation? The European Parliament and the Reform of Economic Governance in the EU*, *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, 6/2014, p. 1174.

163 Epistocracy is a political regime that asks citizens to surrender their standards of judgment in favor of experts who are better placed than they to address the policy questions that affect their lives – Isiksel, T., *Europe’s Functional Constitution: A Theory of Constitutionalism Beyond the State*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 221.

164 Tuori, K., *The European...*, cit., p. 46. Incrementalist reactions to the fiscal crisis produces a plethora of new official, semi-official and unofficial bodies – some with formal decision-making powers, other without formal competence but still exercising considerable influence. The institutional and legal fragmentation hampers supervision by the European and national parliaments, as well as by civil society and the citizenry – *loc. cit.*

Despite serving as the leitmotiv of the European response to the economic crisis, conditionality still represents a controversial instrument, whose legal nature has yet to be clearly defined.¹⁶⁵ Not only is the economic constitution dictating the political agenda, it is also subordinating the social constitution. The temptation to rubberstamp this new austere economic paradigm due to fears of uncertainty of taking a different route must be resisted. Asking what would've happened if *Pringle* hadn't confirmed ESM's legality or if the banks were allowed to go bankrupt cannot authorize the courts to obediently approve the measures adopted. Pure citing of exigent circumstances implies an abdication of law. The goal must be to search for alternatives to a "devastating" legal default¹⁶⁶, in line with European shared commitment to common values of democracy and rule of law. Even in exceptional circumstances, adoption of measures inconsistent with such values undermines the integrity of the Union legal order as a whole.¹⁶⁷ We support the view that "'more Europe' had come to mean more intergovernmental collaboration under Franco-German hegemony...The Union has reverted to...elitist decision making"¹⁶⁸ that puts considerable strain on its democratic legitimacy. (Austerity) orders barked from Olympian heights of executive politics exacerbate already weak growth and rising unemployment, and unwisely allow popular resentment to metastasize into populist movements across the Continent, feeding on citizens' frustrations. De-fragmentation, abandonment of the "multi-speed Europe" idea¹⁶⁹ (which is abortive to the European commitment to unity), a return to the foundational European federalist principles; these (intertwined with a dedication to continent-wide solidarity and social welfare) seem to be necessary steps if the EU is to avoid compromising a shared dream irrevocably.

BIBLIOGRAPHY

a) Books and articles:

- books:

1. Badinger, Harald; Nitsch, Volker, *Routledge Handbook of the Economic of European Integration*, Routledge, 2015, p. 146
2. Bertocchi, Marida and others, *Euro Bonds: Markets, Infrastructure and Trends*, World Scientific Series in Finance, vol. 7, Singapore, World Scientific, 2014, p. 30
3. Dawson, Mark; Enderlein, Henrik; Joerges, Christian, *Beyond the Crisis: The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 117

165 Baraggia, A., *Conditionality through the lens of the CJEU: a „blurry“ view*, *Verfassungsblog*, <<http://verfassungsblog.de/conditionality-through-the-lens-of-the-cjeu-a-blurry-view/>>, 30 January 2016.

166 Everson, M.; Joerges, C., *op. cit.*, p. 20.

167 Tomkin, J., *Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State of European Democracy*, *German Law Journal*, vol. 14, 2013, p. 189.

168 Scicluna, N., *op. cit.*, p. 131.

169 Represented in the „Those who want more do more“ scenario #3 of the Commission's „White Paper on the Future of Europe“ (COM(2017)2025, 1 March 2017, at p. 20 *et seq.*).

4. de Búrca, Gráinne; Kilpatrick, Claire; Scott, Joanne, *Critical Legal Perspectives on Global Governance: Liber Amicorum David M. Trubek*, Bloomsbury Publishing, 2013, p. 313
 5. de Lhoneux, Etienne; Vassilopoulos, Christos, *The European Stability Mechanism before the Court of Justice of the European Union: Comments on the Pringle Case*, Springer, 2013, p. 25
 6. Fabbrini, Federico, *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 87
 7. Fabbrini, Federico; Hirsch Ballin, Ernst; Somsen, Han, *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, Bloomsbury Publishing, 2015, p. 198
 8. Friedman, Milton, *The Optimum Quantity of Money*, Transaction Publishers, 2005, pp. 4-5
 9. Habermas, Jürgen, *The Crisis of the European Union: A Response*, Polity, 2012, p. viii
 10. Hinarejos, Alicia, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 146
 11. Isiksel, Turkuler, *Europe's Functional Constitution: A Theory of Constitutionalism Beyond the State*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 221
 12. Natali, David; Vanhercke, Bart, *Social policy in the European Union: state of play*, Brussels, European Trade Union Institute, 2015, p. 44
 13. Schütze, Robert, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 135
 14. Scicluna, Nicole, *European Union Constitutionalism in Crisis*, Routledge, 2015, p. 133
 15. Tuori, Kaarlo, *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 196
 16. Tuori, Kaarlo; Tuori, Klaus, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, 2014, p. 155
- articles:
1. Barnard, Catherine, *The Charter, The Court – and the Crisis*, Cambridge, University of Cambridge Research Paper 18/2013, August 2013, p. 12
 2. Bellamy, Richard, *Democracy without democracy? Can the EU's democratic "outputs" be separated from the democratic "inputs" provided by competitive parties and majority rule?*, *Journal of European Public Policy*, vol. 17, 1/2012, p. 3
 3. Costamagna, Francesco, *Saving Europe „under strict conditionality“: A threat for EU social dimension?*, Torino, Centro Luigi Einaudi, Working Paper No. 7, 2012, p. 12
 4. Craig, Paul, *Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, Oxford, Oxford Legal Studies Research Paper No. 96/2013, 9 September 2013, p. 17
 5. Craig, Paul, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, Maastricht, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 20, 1/2013, p. 5
 6. Curtin, Deirdre, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, *Modern Law Review*, vol. 77, 1/2014, p. 10
 7. De Witte, Bruno, *Using International Law in the Euro Crisis: Causes and Consequences*, Oslo, Centre for European Studies, Working Paper No. 4, June 2013, p. 18
 8. Delivorias, Angelos, *The ECB's Quantitative Easing: Early results and possible risks*, European Parliamentary Research Service, December 2015, pp. 5-6
 9. Everson, Michelle; Joerges, Christian, *Who is the Guardian for Constitutionalism in Europe after the Financial Crisis?*, LSE "Europe in Question" Discussion Paper Series, Paper No. 63/2013, June 2013, p. 13
 10. Fahey, Elaine; Bardutzky, Samo, *Judicial Review of Eurozone Law: The Adjudication of Postnational Norms in the EU Courts*, *Plural*, Michigan Journal of International Law, vol. 1, 2013, p. 102

11. Fasone, Cristina, *Constitutional Courts Facing the Euro Crisis: Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective*, Florence, European University Institute, Max Weber Programme 2014/25, p. 48
 12. Fasone, Cristina, *European Economic Governance and the Parliamentary Representation: What Place for the European Parliament?*, *European Law Journal*, vol. 20, 2/2014, p. 164
 13. Hofmann, Herwig, Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and the European Economic and Monetary Union, University of Luxembourg, Working Paper, 19 June 2015, p. 1
 14. Joyce, Michael and others, *Quantitative Easing and Unconventional Monetary Policy – an Introduction*, *The Economic Journal*, vol. 122, 2012, p. 272
 15. Land, Chris, *The Eurozone Crisis and the European Central Bank's Lost Independence*, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 25, 2/2016, p. 507
 16. Majone, Giandomenico, *Rethinking European Integration After the Debt Crisis*, London, University College, European Institute, Working Paper No. 3/2012, June 2012, p. 14
 17. Peers, Steve, *Towards a New Form of EU Law? The use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, 2013, p. 37
 18. Rittberger, Berthold, *Integration without Representation? The European Parliament and the Reform of Economic Governance in the EU*, *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, 6/2014, p. 1174
 19. Sauer, Heiko, *Doubtful it Stood...: Competence and Power in European Monetary and Constitutional Law in the Aftermath of the CJEU's OMT Judgment*, *German Law Journal*, vol. 16, 4/2015, p. 973
 20. Tomkin, Jonathan, *Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State of European Democracy*, *German Law Journal*, vol. 14, 2013, p. 189
 21. Tuori, Kaarlo, *The European Financial Crisis – Constitutional Aspects and Implications*, European University Institute, EUI Working Paper - Law 2012/28, 2012, p. 1
 22. Turner, Adair, *The Case for Monetary Finance – An Essentially Political Issue*, 16th Jacques Polak Annual Research Conference, IMF, Washington, 5-6 November 2015, p. 2
 23. White, Jonathan, *Authority After Emergency Rule*, *Modern Law Review*, vol. 78, 4/2015, p. 601
- b) Internet resources:
1. Armstrong, Kenneth, *Responding to the Economic Crisis: Public Law in a Post-Lisbon Age*, EUtopia Law, <<https://eutopialaw.com/2012/02/21/responding-to-the-economic-crisis-public-law-in-a-post-lisbon-age/>>, 21 February 2012
 2. Baraggia, Antonia, *Conditionality through the lens of the CJEU: a „blurry“ view*, *Verfassungsblog*, <<http://verfassungsblog.de/conditionality-through-the-lens-of-the-cjeu-a-blurry-view/>>, 30 January 2016
 3. Blackstone, Brian, *Bundesbank would favor end of ECB sterilization – Source*, Dow Jones Newsletters, <<http://new.dowjones.com/newsletter/bundesbank-favor-end-ecb-sterilization-source/>>, 31 January 2014
 4. Chalmers, Damian, *The European Court of Justice is not little more than a rubber stamp for the EU*, LSE blog, <<http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2012/03/08/ecj-rubber-stamp-replacement/>>, 8 March 2012
 5. Darvas, Zsolt, *Mind the gap! And the way structural budget balances are calculated*, Bruegel, <<http://bruegel.org/2013/10/mind-the-gap-and-the-way-structural-budget-balances-are-calculated/>>, 18 October 2013
 6. Dermine, Paul, *ESM and Protection of Fundamental Rights*, *Verfassungsblog*, <<http://verfassungsblog.de/tag/ledra-advertising/>>, 21 September 2016

7. *European Financial Stabilisation Mechanism (EFSF) Framework Agreement*, 7 June 2010, <https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20111019_efs_f_framework_agreement_en.pdf>
8. Ewing, Jack, *Quiet Start to Central Bank Bond-Buying Program for the Eurozone*, The New York Times, <https://www.nytimes.com/2015/03/10/business/international/ecb-bond-buying-program-quantitative-easing.html?_r=0>, 9 March 2015
9. Goldoni, Marco, *The Limits of Legal Accountability of the European Central Bank*, University of Glasgow, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712240>, 7 January 2016, p. 9
10. Lindseth, Peter, *Meanwhile, in Germany...the OMT ruling of the German Constitutional Court*, EUtopia Law, <<https://eutopialaw.com/2016/06/23/meanwhile-in-germany-the-omt-ruling-of-the-german-constitutional-court/>>, 23 June 2016
11. Hinarejos, Alicia, *Bailouts, Borrowed Institutions, and Judicial Review: Ledra Advertising*, EU Law Analysis, <<http://eulawanalysis.blogspot.hr/2016/09/bailouts-borrowed-institutions-and.html>>, 25 September 2016
12. Ioannidis, Michael, *How strict is „strict conditionality“? The new Eurozone agreement on Greece*, European Law Blog, <<http://europeanlawblog.eu/2015/03/19/how-strict-is-strict-conditionality-the-new-eurozone-agreement-on-greece/>>, 19 March 2015
13. Mattich, Alen, *5 takeaways from the ECB's moves on rates*, The Wall Street Journal, <<http://blogs.wsj.com/briefly/2014/06/05/5-takeaways-from-the-ecbs-moves-on-rates/>>, 5 June 2014
14. Merler, Silvia; Pisani-Ferry, Jean, *Hazardous tango*, Bruegel, <<http://bruegel.org/2012/04/hazardous-tango-sovereign-bank-interdependence-and-financial-stability-in-the-euro-area/>>, 15 April 2012
15. Mitchell, Bill, *ECB – every which way but to the point*, Bill Mitchell – billy blog, <<http://bilbo.economicoutlook.net/blog/?p=34706>>, 2 November 2016
16. Paul, Jean-Michel, *The ECB's Covers Monetary Financing is Risky Business*, Bloomberg View, <<http://origin-www.bloombergvew.com/articles/2015-12-04/the-ecb-s-new-policy-sets-a-dangerous-precedent/>>, 4 December 2015
17. Pisani-Ferry, Jean; Sapir, André; Wolff, Guntram, *EU-IMF assistance to euro-area countries: an early assessment*, Bruegel, <<http://bruegel.org/2013/06/eu-imf-assistance-to-euro-area-countries-an-early-assessment/>>, 16 June 2013, p. 24
18. Sester, Peter, *The role of ECB in relation to the modified EFSF and the future ESM*, <https://www2.uni-hamburg.de/fachbereiche-einrichtungen/handelsrecht/ECFR/_Sester.pdf>, p. 27
19. Steen, Michael; Fontanella-Khan, James; Stothard, Michael, *ECB signals resolve to save euro*, The Financial Times, <<https://www.ft.com/content/b70ff9a8-f84c-11e1-b0e1-00144feabdc0>>, 6 September 2012
20. *Treaty establishing the European Stability Mechanism*, 2 February 2012, <<https://www.esm.europa.eu/legal-documents/esm-treaty>>
21. *Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (TSCG)*, 2 March 2012, <<http://www.consilium.europa.eu/european-council/pdf/Treaty-on-Stability-Coordination-and-Governance-TSCG/>>
22. Varoufakis, Yanis, *A QE proposal for Europe's crisis (Economists' roundtable on the euro zone)*, The Economist, <<http://www.economist.com/blogs/freexchange/2014/11/economists-roundtable-euro-zone-3>>, 7 November 2014
23. Vermeulen, Philip, *The recovery of investment in the euro area in the aftermath of the great recession: how does it compare historically?*, ECB, Research Bulletin No. 28, <<http://www.ecb.europa.eu/pub/economic-research/resbull/2016/html/rb161028.en.html>>, 28 October 2016
24. Watt, Andrew, *EU Commission Makes a Mockery of Imbalance Procedure*, Social Europe, <<https://www.social-europe.eu/2013/04/eu-commission-makes-a-mockery-of-imbalance-procedure/>>, 11 April 2013

c) Legal acts:

- European Union:

1. Council Regulation (EU) No. 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European financial stabilisation mechanism [2010] OJ L 118/1
2. Decision (EU) 2015/774 of the ECB on a secondary markets public sector asset purchase programme, ECB/2015/10, 4 March 2015
3. Decision (EU) 2016/948 of the ECB on the implementation of the corporate sector purchase programme, ECB/2016/16, 1 June 2016
4. Decision 2011/199 amending Article 136 TFEU with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is the euro [2011] OJ L91/1
5. European Commission (EU), White Paper on the Future of Europe, COM(2017)2025, 1 March 2017
6. The Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality, The Economic Adjustment Programme for Greece, Occasional Papers No. 61, 3 May 2010, pp. 59-84
7. Treaty on European Union [2012] OJ C326, pp. 13-46
8. Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C326, pp. 47-390

d) Case law:

1. BVerfGE, Second Senate (Germany), Gauweiler, judgment 2 BvR 2728/13, 2 BvE 13/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2729/13, 21 June 2016
2. BVerfGE, Second Senate (Germany), Gauweiler, order 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/2013, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 and 2 BvE 13/13, 14 January 2013
3. BVerfGE, Second Senate (Germany), Honeywell, order BvR 2661/06, 6 July 2010
4. Court of Justice (EU), Case C-128/12 Sindicato dos Bancários do Norte and Others v. BPN - Banco Português de Negócios SA, 7 March 2013
5. Court of Justice (EU), Case C-264/12 Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins v. Fidelidade Mundial — Companhia de Seguros SA, 26 June 2014
6. Court of Justice (EU), Case C-370/12 Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland and the Attorney General, 27 November 2012
7. Court of Justice (EU), Case C-62/14 Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag, 16 June 2015
8. Court of Justice (EU), Case C-665/13 Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins v. Via Directa - Companhia de Seguros SA, 21 October 2014
9. Court of Justice (EU), joined cases C-105/15 P to C-109/15 P (Konstantinos Mallis, Elli Konstantinou Malli, Tameio Pronoias Prosopikou Trapezis Kyprou, Petros Chatzithoma, Elenitsa Chatzithoma, Lella Chatziioannou and Marinos Nikolaou v. European Commission and ECB), of 20 September 2016
10. Court of Justice (EU), joined cases C-8/15 P to C-10/15 P (Ledra Advertising, Andreas Eleftheriou, Eleni Eleftheriou, Lilia Papachristofi, Christos Theophilou and Eleni Theophilou v. European Commission and ECB), 20 September 2016.

Ana Horvat Vuković*

Sažetak

VLADAVINA PRAVA I EKONOMSKA NUŽDA U “POST-DEMOKRATSKOM IZVRŠNOM FEDERALIZMU”: NEKA USTAVNA PITANJA EURO-KRIZE

Autorica analizira odgovor Europske unije na još uvijek aktualnu ekonomsku krizu, usredotočujući se na problem zakonodavne i institucionalne fragmentacije. Tvrdi da autoritarno upravljanje krizom – poticano rječnikom „stanja nužde“ – podriva demokratsku odgovornost svojim oslanjanjem na izvršnu diskreciju i intergovernmentalizam. Kroz analizu jurisprudencije Suda Europske unije i uz pogled izbliza na točno funkcioniranje i implikacije *ultra vires* djelovanja Europske središnje banke, pokazuje kako je Lisabonski ugovor žrtvovan u ime nužde stvaranja Ersatz prava Unije, koje bolje odgovara neposrednim potrebama reformiranja Ekonomske i monetarne unije. Drži da su intergovernmentalni instrumenti ne samo “protuustavno” rekvirirali sudjelovanje institucija EU, već i da su naštetili legitimitetu Unije uspostavivši političku upravu netaknutu zahtjevima demokratske odgovornosti. Posljedično podčinjavanje političkog i socijalnog ustava onom ekonomskom dovodi do abdikacije prava i podriivanja integriteta pravnog poretka Unije.

Ključne riječi: EU, ekonomska kriza, vladavina prava, izvršni federalizam, intergovernmentalizam.

Zusammenfassung

RECHTSSTAATLICHKEIT UND WIRTSCHAFTLICHE DRINGLICHKEIT IM POSTDEMOKRATISCHEN EXEKUTIV-FÖDERALISMUS: EINIGE VERFASSUNGSRECHTLICHE FRAGEN DER EURO-KRISE

Die Autorin analysiert die Antwort der Europäischen Union auf die noch immer aktuelle wirtschaftliche Krise, indem sie sich in der Arbeit auf das Problem der gesetzgebenden und institutionellen Fragmentierung fokussiert. Sie behauptet, dass das autoritäre Krisenmanagement, betrieben durch Notstand, die demokratische Verantwortlichkeit untergräbt, indem es sich auf den Ermessensspielraum der Exekutive und die Zwischenstaatlichkeit verlässt. Durch die Analyse der

* Dr. sc. Ana Horvat Vuković, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu; ana.horvat.vukovic@gmail.com

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und genauere Betrachtung der Funktionierung und Implikationen von *ultra vires* Handlungen der Europäischen Zentralbank weist die Arbeit auf die Tatsache hin, dass der Vertrag von Lissabon für den Notstand der Herstellung des EU-Ersatzrechtes geopfert wurde, welches für sofortige Bedürfnisse der Reformierung von Wirtschafts- und Währungsunion geeignet ist. Die Autorin ist der Meinung, dass zwischenstaatliche Instrumente nicht nur „verfassungswidrig“ die Teilnahme von EU-Institutionen requiriert, sondern auch die Legitimität der Union geschädigt haben, indem sie die politische Verwaltung unempfänglich für Forderungen der demokratischen Verantwortlichkeit gemacht haben. Solche Unterwerfung der politischen und sozialen Verfassung unter die wirtschaftlichen Umstände führt zur Rechtsniederlegung und Untergrabung der Integrität der EU-Rechtsordnung.

Schlüsselwörter: *die EU, wirtschaftliche Krise, Rechtsstaatlichkeit, Exekutiv-Föderalismus, Zwischenstaatlichkeit.*

Riassunto

LO STATO DI DIRITTO ED IL BISOGNO ECONOMICO NEL „FEDERALISMO ESECUTIVO POST-DEMOCRATICO“: ALCUNE QUESTIONI COSTITUZIONALI DELLA CRISI DELL'EURO

L'autrice analizza la risposta dell'Unione europea alla ancora attuale crisi economica, concentrandosi sulla questione della frammentazione legislativa ed istituzionale. Ritene che la gestione autoritaria della crisi – stimolata dall'uso di termini quale „lo stato di bisogno“ – pregiudichi la responsabilità democratica, appoggiandosi sulla discrezione esecutiva e sull'intergovernalismo. Attraverso l'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ed osservando da vicino l'esatto funzionamento, ma anche l'operare *ultra vires*, della Banca Centrale europea, mostra come il Trattato di Lisbona sia stato sacrificato nel nome del bisogno di creare un diritto dell'Unione „Ersatz“, il quale risponde meglio alle esigenze immediate della riforma dell'Unione economica e monetaria. Ritene che gli strumenti intergovernativi abbiano non soltanto „incostituzionalmente“ requisito l'operato delle istituzioni dell'UE, bensì abbiano anche recato danno alla legittimità dell'Unione, costituendo un'amministrazione politica estranea alle esigenze della responsabilità democratica. La sottomissione della costituzione politica e sociale a quella economica conduce alla rinuncia del diritto ed al soggiogamento dell'integrità dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

Parole chiave: *UE, crisi economica, stato di diritto, federalismo esecutivo, intergovernalismo.*

PRAVNI POLOŽAJ ROMA U HRVATSKOJ I SLAVONIJI OD 1868. DO 1918.

Doc. dr. sc. Ivan Kosnica*

UDK: 34(497.5=214.58)''1868/1918''

Ur.: 1. ožujka 2017.

Pr.: 24. ožujka 2017.

Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Cilj rada je analizirati pravni položaj Roma u Hrvatskoj i Slavoniji u nagodbenom razdoblju. Osnovna je teza da je hrvatsko-slavonska pripadnost bila bitna odrednica javnopravnog statusa Roma u Hrvatskoj i Slavoniji, dok se to ne može reći za ugarsko-hrvatsko državljanstvo. U tom smislu u radu se izlaže politika razlikovanja domaćih hrvatsko-slavonskih Roma od stranih Roma u koje su uvrštavani i Romi iz Ugarske. U radu se također analiziraju posebni propisi, ponajviše naredbe Zemaljske vlade, kojima su vlasti provodile politiku prema domaćim Romima. U ovom dijelu rada autor ističe da su hrvatsko-slavonske vlasti provodile uključujuću politiku prema hrvatsko-slavonskim Romima koji su se ponašali sukladno propisima, dok su primjenjivale represivne mjere prema hrvatsko-slavonskim Romima skitnicama. U zadnjem dijelu rada se analiziraju praktični problemi i rješenja prilikom utvrđivanja strane pripadnosti Roma te odnos vlasti prema stranim Romima kroz politiku njihova protjerivanja. Rad se temelji na odgovarajućoj literaturi, zakonima i naredbama te na arhivskom gradivu dostupnom u Hrvatskom državnom arhivu, fondu Unutrašnjeg odjela Zemaljske vlade.

Ključne riječi: *pravni položaj, Romi, državljanstvo, hrvatsko-slavonska pripadnost, Hrvatska i Slavonija.*

1. UVOD

Razdoblje od sklapanja Hrvatsko-ugarske nagodbe 1868. godine do raspada Austro-Ugarske Monarhije 1918. godine, tzv. nagodbeno razdoblje predstavlja formativno razdoblje izgradnje modernih institucija i građanskog društva u Hrvatskoj i Slavoniji. U navedenom razdoblju je nizom reformi hrvatsko društvo

* Dr. sc. Ivan Kosnica, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu;
ikosnica@gmail.com

preobraženo iz feudalnog u moderno, građansko društvo. Najznačajnije reforme provedene su u periodu vladavine bana Ivana Mažuranića od 1873. do 1880. Reforme su se temeljile na liberalnim vrijednostima, a provođene su velikim dijelom preuzimanjem i prilagodbom austrijskih propisa.¹ U promatranom razdoblju regulirani su instituti javnopravne pripadnosti, državljanstvo i zavičajnost te su regulirana građanska, politička te neka socijalna prava.

Cilj je ovog rada rasvijetliti pravni položaj Roma u nagodbenom razdoblju. Drugim riječima, ukazati na pravne specifičnosti, specifična pravna riješenja i praktične probleme pravnog položaja Roma. Polazišnu osnovu za analizu predstavlja niz specijalnih naredbi koje su se odnosile na Rome, a koje je donosila Zemaljska vlada za Hrvatsku i Slavoniju od sedamdesetih godina 19. stoljeća nadalje. Takva specijalna regulativa koja je sadržavala posebne odredbe koje su se odnosile na Rome, ukazuje i na određeni, poseban javnopravni status Roma te daje dobru osnovu za širu analizu njihova pravnog položaja u Hrvatskoj i Slavoniji. Osim analize naredbi, cilj je rada temeljem arhivskoga gradiva dostupnog u Hrvatskom državnom arhivu, fondu Unutarnjeg odjela Zemaljske vlade, sagledati i realitet pravnog položaja Roma.

Rad započinje poglavljem o državljanstvu, hrvatsko-slavonskoj pripadnosti i pravima građana u Hrvatskoj i Slavoniji od 1868. do 1918. godine. U ovom dijelu rada se u kratkim crtama daju osnovne napomene o konceptima ugarsko-hrvatskog državljanstva i hrvatsko-slavonske pripadnosti te njihovoj važnosti za uživanje građanskih, političkih i socijalnih prava u Hrvatskoj i Slavoniji. Nakon toga slijedi središnji dio rada u kojem se analizira pravni položaj Roma u Hrvatskoj i Slavoniji. Razmatranje pravnog položaja Roma započinje analizom problema njihove javnopravne pripadnosti. Ovdje analiziramo razvoj i uspostavu jasnih kriterija razlikovanja domaćih i stranih Roma. Nadalje, analizira se i problematika uspostave evidencija domaćih Roma te se analiziraju praktični problemi utvrđivanja njihove hrvatsko-slavonske pripadnosti. Dalje se u radu analiziraju specijalni propisi kojima su regulirana neka prava hrvatsko-slavonskih Roma. U zadnjem dijelu rada analizira se politika protjerivanja stranih Roma.

2. NAPOMENE O DRŽAVLJANSTVU, HRVATSKO-SLAVONSKOJ PRIPADNOSTI I PRAVIMA GRAĐANA U HRVATSKOJ I SLAVONIJI OD 1868. DO 1918.

Ustavno-pravni položaj Hrvatske i Slavonije od 1868. do 1918. godine definiran je Austro-ugarskom i Hrvatsko-ugarskom nagodbom.² Temeljem navedenih

1 Čepulo, D., Building of the modern legal system in Croatia 1848-1918 in the centre-periphery perspective, u: Giaro, T. (ur.), *Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, 2006., str. 70-80.

2 O Austro-ugarskoj i Hrvatsko-ugarskoj nagodbi vidi više u: Gross, M. i. Szabo, A., *Prema hrvatskome građanskom društvu: Društveni razvoj u civilnoj Hrvatskoj i Slavoniji šezdesetih i sedamdesetih godina 19. stoljeća*, Globus, Zagreb, 1992., str. 213-238.

akata Hrvatska i Slavonija bila je zemlja u sklopu ugarskog dijela Monarhije s autonomijom u unutarnjoj upravi, obrazovanju, bogoštovlju i pravosuđu s autonomnom organizacijom vlasti.³ Model javnopravne pripadnosti osoba bio je složen s obzirom na autonoman položaj Hrvatske i Slavonije u sklopu zemalja ugarske krune te se sastojao od ugarsko-hrvatskog državljanstva i hrvatsko-slavonske pripadnosti kao ključnih odrednica javnopravnog statusa hrvatsko-slavonskog stanovništva.⁴

Državljanstvo je od 1868. do 1918. godine bilo zajedničko za sve zemlje ugarske krune. Ono je u Hrvatskoj i Slavoniji nazivano ugarsko-hrvatskim državljanstvom. Propisi o stjecanju i gubitku ugarsko-hrvatskog državljanstva nisu odmah doneseni te su stoga u prvim godinama nakon sklapanja Hrvatsko-ugarske nagodbe stjecanje i gubitak državljanstva regulirani propisima koji su i ranije bili na snazi.⁵ Materija stjecanja i gubitka državljanstva jedinstveno je regulirana za sve zemlje ugarske krune tek Zakonom o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva iz 1879. godine koji je donio zajednički ugarsko-hrvatski sabor.⁶ Zakon o stjecanju i gubitku državljanstva regulirao je pretpostavke za stjecanje i gubitak ugarsko-hrvatskog državljanstva, dok prava državljanstva nisu uređena. Temeljno načelo stjecanja državljanstva bilo je načelo krvne veze (*ius sanguinis*), a hrvatsko-slavonskom banu dana je autonomija u pogledu redovnih naturalizacija.⁷ S obzirom na potrebu određenja tzv. početnog stanja u državljanstvu pravo praktično vrlo važna bila je odredba o presumiranju ugarsko-hrvatskog državljanstva svih rođenih odnosno nađenih na teritoriju zemalja ugarske krune, ako te osobe nisu strani državljani (§ 19.).

Pored ugarsko-hrvatskog državljanstva, javnopravni status stanovništva u Hrvatskoj i Slavoniji bio je određen i hrvatsko-slavonskom pripadnošću. Koncept hrvatsko-slavonske pripadnosti imao je osnovu u zakonima i praksama uspostavljenim u Hrvatskoj i Slavoniji u vremenu do sklapanja Hrvatsko-ugarske nagodbe te u Hrvatsko-ugarskoj nagodbi koja je sadržavala neke po tom pitanju ključne odredbe.⁸ Ipak, poseban zakon o hrvatsko-slavonskoj pripadnosti nikad

3 Čepulo, D., *Building...*, *cit.*, str. 64-67.

4 Kosnica, I., *Das Problem der Staatsbürgerschaft in Kroatien und Slawonien im Ausgleichszeitraum (1868–1918)*, u: Máthé, Gábor i Mezey, Barna (ur.). *Kroatisch-ungarische öffentlich-rechtliche Verhältnisse zur Zeit der Doppelmonarchie*, Eötvös University Press, Budapest, 2015., str. 208-217.

5 Kosnica, I., *Državljanstvo i Opći građanski zakonik u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji od 1853. do 1879.*, Zagreb, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 63, 5-6/2013., str. 1156-1159.; Kosnica, I., *Gubitak državljanstva u Hrvatskoj i Slavoniji od Bachovog apsolutizma do raspada Monarhije*, *Pravni vjesnik*, vol. 13, 3-4/2013., str. 66-67.

6 Zakonski članak L.: 1879. zajedničkoga hrvatsko-ugarskoga sabora o stečenju i gubitku ugarskoga državljanstva, *Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju* (U nastavku: *Sbornik...*), komad VII, 1880.

7 Kosnica, I., *Das Problem...*, *cit.*, str. 211.

8 Kosnica, I., *Hrvatsko-slavonska pripadnost u Hrvatskoj i Slavoniji u nagodbenom razdoblju*, *Hrvatska i komparativna javna uprava – Croatian and Comparative Public Administration*, vol. 14., 2/2014., str. 466-472.

nije donesen. U praksi je stoga kao ključan propis za utvrđivanje korpusa hrvatsko-slavonskih pripadnika korišten autonoman Zakon o uređenju zavičajnih odnosa iz 1880. godine.⁹ Prema tom rješenju kao hrvatsko-slavonski pripadnici smatrani su svi zavičajnici hrvatsko-slavonskih općina.¹⁰

Činjenica da je osoba bila ugarsko-hrvatski državljanin odnosno hrvatsko-slavonski pripadnik davala joj je osnovu za uživanje određenih prava. Bitna prava vezana za ugarsko-hrvatsko državljanstvo, odnosno zajedničku pripadnost zemljama ugarske krune, bila su građanska prava, poput slobode kretanja, slobode nastana, prava na obavljanje obrta itd.¹¹ Hrvatsko-slavonska pripadnost davala je osobama određena politička i socijalna prava u Hrvatskoj i Slavoniji, a svakako najznačajnije političko pravo bilo je biračko pravo na izborima za Hrvatsko-slavonski sabor.¹² Prava hrvatsko-slavonskih pripadnika proizlazila su iz autonomnog hrvatsko-slavonskog zakonodavstva koje je donosio Hrvatsko-slavonski sabor s kraljem te iz naredaba koje je donosila Zemaljska vlada. Usporedno s definiranjem građanskih, političkih pa i nekih socijalnih prava, u promatranom razdoblju provedeno je načelo jednakosti državljana brisanjem razlika s obzirom na vjersku pripadnost. Tako je sukladno širim trendovima u Monarhiji u Hrvatskoj i Slavoniji 1873. godine donesen zakon o ravnopravnosti Židova kojim se Židovima priznaje ravnopravno uživanje svih građanskih i političkih prava kao i ostalim hrvatsko-slavonskim pripadnicima.¹³ Od tada je i za Židove državljanstvo odnosno hrvatsko-slavonska pripadnost postala ključna za uživanje građanskih i političkih prava dok je vjerska pripadnost židovskoj zajednici prestala biti formalni razlog isključivanja.

S obzirom na navedeno možemo sumarno reći da je ugarsko-hrvatsko državljanstvo bilo središnja okosnica za uživanje građanskih prava u zemljama

9 Zakon o uređenju zavičajnih odnosa u kraljevinama Hrvatskoj i Slavoniji, *Sbornik...*, komad IX, 1880.

10 Kosnica, I., *Hrvatsko-slavonska pripadnost...*, *cit.*, str. 473.

11 Usporedbu zajedničke ugarsko-hrvatske državljanske pripadnosti i pripadnosti Švedskoj i Norveškoj te Njemačkom carstvu vidi u: Krišković, V., *Upravna nauka i ug.-hrv. upravno pravo*, po predavanjima prof. dr. Kriškovića, Zagreb, god. 1909.-1910., str. 93-97; Vidi također i: Polić, L., *Nacrt Hrv.-ugarskog državnog prava (skripta)*, Popravljen i dopunjen izdanje po dru Poliću, Zagreb, 1912., str. 116.

12 O hrvatsko-slavonskoj pripadnosti kao osnovi političkih i socijalnih prava vidi više u: Kosnica, I., *Hrvatsko-slavonska pripadnost...*, *cit.*, str. 480-485; O vezi političkih prava i hrvatsko-slavonske pripadnosti vidi i: Krišković, *op. cit.*, str. 82-86, 90-91; Čepulo, D., Pravo hrvatske zavičajnosti i pitanje hrvatskog i ugarskog državljanstva 1868-1918 – pravni i politički vidovi i poredbena motrišta, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 49, 6/1999., str. 804; Čepulo, D., *Prava građana i moderne institucije: europska i hrvatska pravna tradicija*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 78; Polić, *op. cit.*, str. 119.

13 Usp. Zakonski članak od 21. listopada 1873. godine Hrvatsko-slavonskog sabora kojim se ustanovljuje ravnopravnost Izraelićana sa sljedbenicima ostalih u kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji zakonom priznatih vjerozakona, *Sbornik...*, komad XXI, 1873.; O Zakonskom članku od 21. listopada 1873. o ravnopravnosti Židova vidi i: Žigrović-Pretočki, I., *Upravno pravo Kraljevina Hrvatske i Slavonije s obzirom na ustav*, Vlastita naklada, Bjelovar, 1911., str. 619; Saborski dnevnik Kraljevina Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, godina 1872-1875, svezak I, Tiskara "Narodnih novinah", Zagreb, 1875., str. 401-402, 641; Gross, Szabo, *op. cit.*, str. 419.

ugarske krune, dok je za uživanje političkih prava te za uživanje nekih povlastica u pogledu socijalnih prava u Hrvatskoj i Slavoniji ključna bila hrvatsko-slavonska pripadnost osobe.

3. O JAVNOPRAVNOJ PRIPADNOSTI ROMA U HRVATSKOJ I SLAVONIJI OD 1868. DO 1918.

Prethodno izložena shema ugarsko-hrvatskog državljanstva i hrvatsko-slavonske pripadnosti kao bitnih odrednica javnopravnog statusa osoba u Hrvatskoj i Slavoniji nije bila potpuno odgovarajuća u slučaju Roma. Naime, kod Roma hrvatsko-slavonske vlasti nisu primjenjivale takvu složenu diferencijaciju, nego su razlikovale samo domaće hrvatsko-slavonske i strane Rome u koje su ubrajale i Rome iz Ugarske.

Ovakvo razlikovanje Roma uvedeno je postupno tijekom 19. stoljeća. Naime, još u prvoj polovici 19. stoljeća izraz strani Rom mogao je označavati i ponekad je označavao Roma iz druge hrvatsko-slavonske županije. Vidimo to na primjeru naredbe Požeške županije iz 1813. godine koja definira kao strane, one Rome koji nisu iz Požeške županije.¹⁴ Ipak, takvo razlikovanje s vremenom je sve više gubilo na važnosti, a u praksu su uvođeni kriteriji pripadnosti Hrvatskoj i Slavoniji kao odlučni za razlikovanje domaćih i stranih Roma. U tom smislu jednu od prvih takvih naredaba, koja je razlikovala ove dvije grupe Roma na temelju pripadnosti Hrvatskoj i Slavoniji, donijela je Zemaljska vlada za vrijeme banovanja Ivana Mažuranića 21. lipnja 1874. godine. Ta je naredba jasno definirala domaće i strane Rome na temelju pripadnosti Hrvatskoj i Slavoniji. Prema naredbi domaći Romi bili su oni koji su popisani kao domaći na popisu stanovništva ili drugim riječima, svi koji su imali zavičajnost u jednoj od općina u Hrvatskoj i Slavoniji.¹⁵ Strani Romi su bili oni koji nisu imali zavičajnost u nekoj od hrvatsko-slavonskih općina, uključujući i Rome koji su bili zavičajni u Ugarskoj. Zemaljska vlada je taj stav ponovila i u naredbi donesenoj 1878. godine.¹⁶ Ovakva politika Zemaljske vlade bila je u skladu sa širim nastojanjima razlikovanja hrvatsko-slavonskih pripadnika od ostalih stanovnika u koje su ubrajani i pripadnici Ugarske.

Politiku razlikovanja domaćih i stranih Roma Zemaljska vlada je nastavila i kasnije pa je tako u vrlo ospežnoj naredbi iz 1893. godine ponovljen stav o nužnosti

14 Vidi naredbu u: Vojak, D., *U predvečerje rata: Romi u Hrvatskoj 1918.-1941.*, Romsko nacionalno vijeće, Udruga za promicanje obrazovanja Roma u Republici Hrvatskoj "Kali Sara", Zagreb, 2013., str. 29.

15 *Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove, donesena 21. lipnja 1874.*, broj 9625, u: Smrekar, M., *Priručnik za političku upravnu službu u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji*, knjiga III, Tiskom i nakladom Ignjata Granitzta, Zagreb, 1902., str. 324.

16 *Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove, donesena 31. siječnja 1878.*, broj 21615/1877, u: Smrekar, *op. cit.*, str. 325.

razlikovanja domaćih hrvatsko-slavonskih Roma i stranih Roma u koje su ubrajani i Romi iz Ugarske.¹⁷

Prethodne napomene pokazuju da je Zemaljska vlada uspostavila jasno razlikovanje domaćih i stranih Roma na temelju hrvatsko-slavonske pripadnosti. Ovdje treba napomenuti da je takvo razlikovanje bilo odraz sličnih politika koje su u Europi provodile države u to vrijeme, a koje su smjerale k jasnom razlikovanju domaćih i stranih Roma, te koje su se u osnovi svodile na evidentiranje domaćih Roma, sprječavanje skitnje domaćih Roma te na protjerivanje stranih Roma.¹⁸ Iz hrvatske perspektive gledano, provođenje relativno autonomne politike prema Romima koja je uključivala razlikovanje domaćih i stranih Roma na temelju pripadnosti Hrvatskoj i Slavoniji ukazivalo je na širi značaj hrvatsko-slavonske autonomije u sklopu zemalja ugarske krune.

4. UTVRĐIVANJE HRVATSKO-SLAVONSKE PRIPADNOSTI ROMA

Problematiku utvrđivanja hrvatsko-slavonske pripadnosti Roma treba sagledavati u sklopu širih nastojanja hrvatsko-slavonskih vlasti koja su bila usmjerena utvrđivanju korpusa hrvatsko-slavonskih pripadnika i ugarsko-hrvatskih državljana u Hrvatskoj i Slavoniji. Temeljno pravno pravilo koje je predstavljalo polazišnu osnovu bilo je sadržano u autonomnom zakonu o zavičajnim odnosima iz 1880. godine prema kojem je svaka općina trebala voditi evidenciju zavičajnika (§ 42). Zbog bliskosti zavičajnosti i državljanstva temeljenoj na pravilu da svaki državljanin mora biti zavičajnik jedne od općina i obratno te su evidencije u praksi služile i kao evidencije državljana.

Činjenica je, međutim, da u praksi u velikom broju općina takve evidencije nisu postojale.¹⁹ Zbog toga je Zemaljska vlada tijekom osamdesetih i devedesetih godina 19. stoljeća izdala naredbe s ciljem formiranja i točnog vođenja evidencija zavičajnika.²⁰ Ipak, i usprkos naredbama Zemaljske vlade činjenica je da i pred kraj razdoblja, 1913. godine veliki broj evidencija zavičajnika nije odražavao stvarno stanje.²¹

17 *Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove, donesena 27. lipnja 1893., broj 12681, u: Smrekar, op. cit., str. 327.*

18 O tome vidi više u: Vojak, D., *U predvečerje rata...*, cit., str. 17, 19; Lucassen, L. i Willems, W., *The Weakness of Well-Ordered Societies: Gypsies in Western Europe, the Ottoman Empire, and India, 1400-1914, Review (Fernand Braudel Center)*, vol. 26, 3/2003., str. 303-304; Za razvoj u Saskoj tijekom 19. stoljeća i početkom 20. stoljeća vidi: Simon, C., *Particularities of Persecution. The Policing of Gypsies in Saxony 1871-1914, Immigrants and Minorities*, vol. 32, 1/2014., str. 39-40.

19 Zavičajni odnošaji I, *Obćinar: tjednik za upravu i javnu sigurnost*, broj 3, svibanj, Zagreb, 1883., str. 137-138.

20 Smrekar, *op. cit.*, str. 63-64.

21 Vidi izvještaj grada Varaždina broj 2518/II-1913 od 7. svibnja 1913. *HR Hrvatski državni arhiv, fond 79-Unutarnji odjel Zemaljske vlade za kraljevine Hrvatsku, Slavoniju i Dalmaciju* (u nastavku: HR HDA 79-UOZV), kutija 4060, 4-1 29541/1915.

Prethodne napomene o neurednom vođenju evidencija zavičajnika još su više dolazile do izražaja kod Roma. Romi zbog selidbenog načina života često nisu bili evidentirani niti u jednoj od općina kao općinski pripadnici te su stoga mogli biti okarakterizirani i kao osobe bez općinske pripadnosti, a samim tim mogla je biti dvojbena i njihova hrvatsko-slavonska pripadnost. Činjenica pak da osoba nije imala jasno utvrđenu pripadnost rezultirala je brojnim problemima u praksi. Neki od problema bili su da takve osobe u vremenu do utvrđivanja pripadnosti nisu mogle pribaviti odgovarajuće dokumente poput domovnica, putovnica te su također posljedično mogle imati poteškoća u ostvarivanju niza prava, poput pomoći za uzdržavanje u slučaju siromaštva itd. Zbog toga, ali i zbog različitih politika provedenih prema domaćim hrvatsko-slavonskim te prema stranim Romima, utvrđivanje pripadnosti Roma bilo je vrlo važno za Zemaljsku vladu. Možemo reći da je popisivanje domaćih Roma predstavljalo nužnu polazišnu točku u provođenju svake politike prema Romima.

Pri utvrđivanju pripadnosti zemaljski organi koristili su opće propise o zavičajnosti. Iako su ponekad niža tijela imala dvojbe o relevantnim propisima u slučaju Roma, Zemaljska vlada je 1878. godine zauzela jasan stav koji je kroz čitavo razdoblje primjenjivan da zavičajnost Roma treba prosuđivati na temelju općih propisa.²² Isprva su također Romi upisivani u opće evidencije zavičajnika, no to je promijenjeno naredbom od 27. lipnja 1893. kojom je Zemaljska vlada propisala obveznu uspostavu posebnih evidencija domaćih Roma koju je trebala voditi svaka općina. Pritom su prije upisa u evidenciju lokalne vlasti trebale utvrditi zavičajnost tih osoba. Vlada je također obvezala općine da evidencije ažuriraju svake godine.²³

Brojni postupci vođeni o zavičajnosti Roma u tom razdoblju pokazuju to da općine u načelu nisu bile zainteresirane priznavati zavičajnost siromašnima, skitnicama, a tako i Romima. Glavni razlog za takvo postupanje općina možemo tražiti u činjenici da je općinska pripadnost (zavičajnost) ujedno ovlašćivala osobu na pomoć za uzdržavanje od općine. Drugim riječima, to je značilo da su općine bile supsidijarno obvezatne podupirati svoje zavičajnike u slučaju siromaštva, a takvo uzdržavanje je nužno teretilo općinski proračun. Suprotno tome, Zemaljska vlada i županije su djelovale uključujuće. Kao vrhovne vlasti one su u mnogim slučajevima priznale zavičajnost Romima čija se domaća pripadnost presumirala te su time potpomogli uspostavu evidencija domaćih Roma. Kao tipičan slučaj spomenut ćemo onaj iz 1879. godine u kojem je utvrđivana zavičajnost presumiranog domaćeg Roma Vasilija Šajna. U tom slučaju općina Uljanik odbila je Vasiliju Šajnu priznati zavičajnost. Ipak, i usprkos tome, nadređena Požeška županija priznala ga je zavičajnikom navedene općine. Nakon toga općina se žalila Zemaljskoj vladi, no Zemaljska vlada je potvrdila rješenje Požeške županije ustvrdivši da je Vasilije rođen na općinskom teritoriju te da je s obzirom na to da nema drugih podataka

22 HR HDA 79-UOZV, kutija 311, 4-1 1339/1878.

23 *Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove, donesena 27. lipnja 1893., broj 12681.*

relevantnih za utvrđivanje zavičajnosti on zavičajan u navedenoj općini.²⁴ U prethodnom slučaju osoba je bila upisana u općinsku evidenciju te je nakon toga mogla dokazivati svoju zavičajnost potvrdom o zavičajnosti (domovnicom). Ta je osoba na taj način ujedno priznata i za hrvatsko-slavonskog pripadnika. Iako je u konkretnom slučaju spor o zavičajnosti riješen tako da je osobi priznata zavičajnost te je ona upisana u evidenciju, činjenica je da su i pred sam kraj razdoblja 1915. godine evidencije domaćih Roma postojale samo iznimno u nekim općinama.²⁵ Tako su mnogi Romi i dalje imali problema u pribavljanju dokumenata te u ostvarivanju prava, a mogla je biti dvojbeni i njihova hrvatsko-slavonska pripadnost.

5. PRAVA HRVATSKO-SLAVONSKIH ROMA

Pravni položaj domaćih hrvatsko-slavonskih Roma bio je uređen i općim propisima koji su se odnosili na sve hrvatsko-slavonske pripadnike i ugarsko-hrvatske državljane i nekim posebnim propisima (*leges speciales*) koji su se odnosili posebno na Rome, a koje je donosila Zemaljska vlada u formi naredbi. Ti posebni propisi o Romima doneseni u nagodbenom razdoblju dijelom se nastavljaju na tradiciju donošenja posebnih propisa o Romima koja vuče korijene iz ranijeg razdoblja počevši od 16. stoljeća. Tada je Hrvatsko-slavonski sabor, slijedeći sličan razvoj u drugim dijelovima srednje Europe, donio zakone kojima je Romima ograničio prava. Nadalje, posebne propise donosili su i prosvijećeni apsolutisti Marija Terezija i Josip II radi sprječavanja skitnje te prisiljavanja Roma na sjedilački način života.²⁶

U osnovi, odnos Zemaljske vlade prema domaćim hrvatsko-slavonskim Romima može biti okarakteriziran kao uključujući. U tom smislu, Zemaljska vlada je već naredbom donesenom 1874. godine dopustila hrvatsko-slavonskim Romima pohađanje sajмова uz pretpostavku da imaju putovnice te su u tim slučajevima oni trebali biti tretirani kao i ostali hrvatsko-slavonski pripadnici. Pri tome je u naredbi za označavanje hrvatsko-slavonskih pripadnika korišten naziv ostalo *tuzemno stanovništvo*.²⁷ Naredbom izdanom 1878. godine Zemaljska vlada je ponovila stav da se prema domaćim Romima treba odnositi kao i prema drugim hrvatsko-slavonskim pripadnicima (*tuzemcima*).²⁸

24 HR HDA 79-UOZV, kutija 1787, 4-5 24871/1897.

25 HR HDA 79-UOZV, kutija 4060, 4-1 29541/1915 (57913/1913), *Résumé*.

26 Vojak, D., Iz povijesti Roma u 18. stoljeću: Nikola Škrlec Lomnički o Romima u spisima *Status actualis, Projectum i Descriptio*. Zbornik Odsjeka za povijesne znanosti Zavoda za povijesne i društvene znanosti Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, vol. 31, 2013., str. 197-199.

27 *Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove*, donesena 21. lipnja 1874., broj 9625.

28 *Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove*, donesena 31. siječnja 1878., broj 21615/1877.

Egalitarna politika Zemaljske vlade prema Romima ipak je imala određena ograničenja. Ona su bila rezultat napora Zemaljske vlade da ograniči njihovu skitnju i da ih prisili na sjedilački način života. Tako je Zemaljska vlada naredbom od 5. srpnja 1873. godine propisala obveznu deportaciju Roma luralica u zavičajnu općinu.²⁹ Zemaljska vlada je u provođenju te politike zahtijevala od podređenih jurisdikcija da svi Romi skitnice, pa tako i domaći hrvatsko-slavonski Romi, budu deportirani neovisno o činjenici imaju li putovnicu.³⁰ Kako bi obeshrabrila skitnju, Zemaljska vlada je naredbom donesenom 1879. godine zabranila podređenim jurisdikcijama da izdaju putovnice domaćim Romima ako postoji sumnja da će oni te putovnice koristiti za skitnju.³¹ Također, suprotno općem pravilu koje je dopuštalo domaćim Romima pohađati sajmove, neke lokalne vlasti, uz odobrenje Zemaljske vlade, zabranile su to pojedinim grupama Roma. Ovdje možemo spomenuti slučaj Bjelovarske podžupanije koja je 1879. godine zabranila domaćim i stranim Romima Kolomparima da pohađaju sajmove u njenom području.³² Podžupanija je takvu zabranu argumentirala brojnim krađama konja koje su se događale tijekom održavanja sajмова te je za to okrivila tu grupu Roma.³³ Iako su Romi Marko Jovanović i Stefan Gjurgjević prosjedovali protiv takve odluke podžupanije te su se žalili Zemaljskoj vladi, Vlada je potvrdila tu odluku.³⁴

Posebne naredbe koje su se odnosile na Rome, a donesene su tijekom sedamdesetih godina 19. stoljeća, nisu dokinule skitnju pojedinih grupa Roma. Zbog toga je Zemaljska vlada 23. srpnja 1888. godine na inicijativu Hrvatsko-slavonskog gospodarskog društva pokrenula javnu raspravu o romskom pitanju.³⁵ Kao rezultat debate Zemaljska vlada je 1893. godine izdala novu vrlo opsežnu naredbu u kojoj je ponovila prethodno donesena pravila o prisilnoj deportaciji svih domaćih Roma skitnica u zavičajnu općinu, neovisno o tome imaju li putovnicu. Naredba je također dopustila boravak domaćim Romima u drugoj hrvatsko-slavonskoj općini ako su

29 *Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove*, donesena 5. srpnja 1873., broj 8936, u: Smrekar, *op. cit.*, str. 323-324.

30 *Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove*, donesena 20. rujna 1873., broj. 12712, u: Smrekar, *op. cit.*, str. 324; *Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove*, donesena 31. siječnja 1878., broj 21615/1877; HR HDA 79-UOZV, kutija 460, sv. 13-16 7523/1879.

31 Takav stav Zemaljska vlada je zauzela 17. siječnja 1879. godine povodom upita osječke podžupanije od 30. studenoga 1878. godine o izdavanju putovnica domaćim Romima koji te putovnice koriste za skitnju. HR HDA 79-UOZV, kutija 460, 13-16 4838/1878 (24459/878).

32 Romi *Kolompari* su se bavili popravljanjem kotlova, trgovinom konjima i prosjačenjem. Vojak, D., Inicijativa Hrvatsko-slavonskog gospodarskog društva za reguliranje "Čiganskoga pitanja" u Hrvatskoj i Slavoniji potkraj XIX. stoljeća, *Društvena istraživanja*, vol. 18, 6/2009., str. 1157.

33 Izvještaj bjelovarske podžupanije od 31. ožujka 1880. HR HDA 79-UOZV, kutija 290, 3-4 14945/1879 (7042/1880)

34 HR HDA 79-UOZV, kutija 460, 13-16 17151/1879 (19243/1879). U idućem godišnjem izvješću podžupanija je izvjestila o padu broja krađa konja te je to pripisala primjeni naredbe o zabrani pohađanja sajмова. HR HDA 79-UOZV, kutija 290, 3-4 14945/1879 (7365/1880).

35 Vojak, *Inicijativa..., cit.*, str. 1165-1166.

se bavili legalnim poslom, ako su imali važeću internu putovnicu i ako je njihovo vladanje bilo dobro.³⁶

Spomenute naredbe i prakse ukazuju na dvojaku politiku Zemaljske vlade prema domaćim Romima. Možemo reći da su zemaljske vlasti poduzimale napore kako bi ih izjednačile s ostalim hrvatsko-slavonskim pripadnicima, dopuštajući im nastan u novom mjestu kako bi se bavili legalnim poslom ako su imali valjanu internu putovnicu i ako su se dobro vladali. Usporedno s time, pojedinim naredbama Zemaljska vlada je naređivala obveznu deportaciju Roma skitnica u zavičajnu općinu pokušavajući time dokinuti skitnju Roma te ih primorati na sjedilački način života.

6. POLITIKA PROTJERIVANJA STRANIH ROMA

Usporedno s provođenjem politike razlikovanja Roma na temelju hrvatsko-slavonske pripadnosti, Zemaljska vlada je od sedamdesetih godina 19. stoljeća zabranila stranim Romima ulazak u Hrvatsku i Slavoniju.³⁷ Na tom temelju, podređene jurisdikcije provodile su protjerivanja stranih Roma uključujući i Rome iz Ugarske.³⁸ Ova politika naslanjala se na usporedan razvoj razlikovanja domaćih i stranih Roma i u drugim dijelovima Europe te po tome nije posebna.³⁹ Ono što međutim jest bitno je to da su hrvatsko-slavonske vlasti u praksi kao strane Rome klasificirale i Rome iz Ugarske te je time između Hrvatske i Slavonije i Ugarske u tom pitanju postojala jasna razlika između tuzemstva i inozemstva.

Činjenica da je Zemaljska vlada provodila politiku protjerivanja stranih Roma nije u potpunosti sprječavala strane Rome da ilegalno uđu u Hrvatsku i Slavoniju, da se u njoj zadržavaju i to ne samo u pograničnim područjima nego ponekad i duboko u unutrašnjosti zemlje.⁴⁰

Vlasti su se suočavale s brojnim problemima u postupcima protjerivanja stranih Roma. Najvidljiviji je bio problem utvrđivanja njihova stranog podrijetla. Ovdje u načelu problema nije bilo ako su Romi imali dokumente. Ako je postojala sumnja glede dokumenata vlasti su pokrenule postupak utvrđivanja zavičajnosti. Kao tipičan slučaj možemo spomenuti slučaj *Vase Stankovića i drugova*. Vaso Stanković i njegova grupa bili su Romi medvedari te su bili skitnice koje su se skitale teritorijem Hrvatske i Slavonije te Ugarske. Slučaj je nastao 1878. godine

36 *Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove, donesena 27. lipnja 1893., broj 12681.*

37 *Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove, donesena 21. lipnja 1874., broj 9625; Naredba kr. hrvatsko-slavonsko-dalmatinske zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove, donesena 27. lipnja 1893., broj 12681.*

38 Vidi izvještaj Varaždinske podžupanije od 24. veljače 1878. HR HDA 79-UOZV, kutija 460, 13-16 4838/878.

39 Vidi Lucassen, *op. cit.*, str. 303-304.

40 Vidi slučaj ugarskih Roma skitnica koji su počinili krađe u Petrinji 1884. godine. HR HDA 79-UOZV, kutija 704, 13-1 25094/1882 (24255/1884).

i to onda kad su ih uhitile županijske vlasti u jednoj ugarskoj županiji. Temeljem indicija, ugarska županija kontaktirala je hrvatsko-slavonske podžupanije radi utvrđivanja pripadnosti tih osoba. Nakon istrage i na temelju putovnice đakovačka podžupanija je utvrdila pripadnost Vase Stankovića i drugova Bosni i Hercegovini.⁴¹

Do problema je također dolazilo ako Romi nisu imali dokumente odnosno kad su ih skrivali kako bi spriječili protjerivanje. Kada nije bilo dokumenata, vlasti su gledale na druga obilježja tih migranata koja su mogla ukazati na strano porijeklo. Najvažniji od njih bio je jezik. Ukoliko Romi nisu poznavali hrvatski to je moglo ukazivati na njihovo strano podrijetlo. Vidimo to na primjeru izvješća Varaždinske podžupanije Zemaljskoj vladi iz 1878. godine u kojem je podžupanija utvrdila da su Romi iz austrijskog dijela Monarhije, iz Štajerske, budući da govore štajerski.⁴² Drugi primjer je slučaj Roma iz Ugarske zadržanih u Brdovcu pokraj Zagreba. Uhićeni Romi tvrdili su da su domaći, no nisu mogli dokazati zavičajnost u Hrvatskoj i Slavoniji. Žandarmerija je u navedenom slučaju zaključila da su stranci budući da ne govore hrvatski.⁴³ Druga indikacija stranog podrijetla mogla je biti odjeća. Kao primjer možemo spomenuti slučaj protjerivanja grupe Roma iz Zagreba u kojem je zagrebačka kotarska vlast obrazložila protjerivanje u Štajersku budući da su Romi bili obučeni kao štajerski Romi.⁴⁴ Ponekad je oružništvo u prosuđivanju kombiniralo kriterije jezika i odjeće.⁴⁵

Ako se utvrdilo strano podrijetlo slijedilo je protjerivanje. Ipak, ovdje treba reći da pravilo o obveznom protjerivanju nije bilo u potpunosti primjenjivano u praksi. Jedan od razloga slabe provedbe tog pravila bila je slaba kontrola unutarnjih granica Monarhije što je rezultiralo relativno lakim ulaskom većeg broja stranih Roma u Hrvatsku i Slavoniju. Drugi razlog bilo je djelovanje odnosno nedjelovanje lokalnih civilnih vlasti koje nisu bile zainteresirane protjerivati strane Rome, posebno ako su imali valjane dokumente, ako su se dobro ponašali ili ako su bili imućni. Kao primjer možemo spomenuti slučaj stranih Roma iz Amerike, izvorno hrvatsko-slavonskog podrijetla, koji su došli u Slavoniju 1898. godine kako bi dogovorili brak. U tom slučaju organi osiječke županije dopustili su im zadržavanje u Hrvatskoj i Slavoniji neko vrijeme.⁴⁶ Drugi primjer toleriranja stranih Roma slučaj je Vase Stankovića i drugova. Izvješća u navedenom slučaju ukazuju na su ti Romi, iako stranci, tolerirani u Hrvatskoj i Slavoniji dugi niz godina. Razlog za to može biti činjenica da su imali valjane dokumente i da su se dobro ponašali.⁴⁷

U tipičnom slučaju žandarmerija je identificirala strane Rome, utvrdila njihovu stranu pripadnost i izručila ih civilnim lokalnim vlastima, u pravilu općinama,

41 HR HDA 79-UOZV, kutija 290, 3-4 4828/1879.

42 Izvještaj Varaždinske podžupanije od 24. veljače 1878. u: HR HDA 79-UOZV, kutija 460, 13-16 4838/1878.

43 HR HDA 79-UOZV, kutija 1955, 13-16 izvještaj postaje u Brdovcu od 24. veljače 1897.

44 HR HDA 79-UOZV, kutija 1955, 13-16 22734/1897.

45 HR HDA 79-UOZV, kutija 1955, 13-16 20373/1897.

46 HR HDA 79-UOZV, kutija 3043, 13 143/1898 45531, broj 7373/ž.o. = 1898.

47 HR HDA 79-UOZV, kutija 290, 3-4 4828/1879 (12867/1879), broj 3486.

a ponekad i izravno kotarevima, kako bi ih deportirale.⁴⁸ Ipak, često se događalo da su civilne lokalne vlasti te Rome puštale na slobodu. Kao primjer neučinkovitog protjerivanja možemo spomenuti slučaj glazbenika, austrijskih Roma, koji su došli u Desinić u Hrvatskom zagorju. Izvješća pokazuju da su kotarska oblast u Pregradi i općina Desinić, suprotno pravilu protjerivanja stranih Roma, dopustile tim Romima boravak u njihovom području dva dana. Oružništvo je uhitilo te Rome i izručilo ih civilnim lokalnim vlastima u Desiniću, kako bi ih protjerali preko granice. Međutim, civilne lokalne vlasti deportirale su te Rome do granice općine te su ih nakon toga pustile pa su se ti Romi i dalje zadržali u Hrvatskoj i Slavoniji.⁴⁹

Oružništvo je prosvjedovalo protiv takve prakse te je Zemaljska vlada stoga više puta odaslala pravila o obveznom protjerivanju stranih Roma.⁵⁰ Također, u pojedinim slučajevima županijske vlasti i Zemaljska vlada otpustile su neke službenike iz službe.⁵¹ Ipak, izvori ukazuju da je politika protjerivanja stranih Roma iz Hrvatske i Slavonije bila samo djelomično uspješna.

Praksa protjerivanja stranih Roma koja je uključivala i protjerivanje Roma iz Ugarske izravno je utjecala na pravni status te grupe tako da im nije omogućena sloboda kretanja u Hrvatskoj i Slavoniji. To je značilo da su Romi iz Ugarske, iako ugarsko-hrvatski državljani, onemogućeni u korištenju jednog od bitnih prava ugarsko-hrvatskih državljana. Nadalje, činjenica da je njihov boravak na teritoriju Hrvatske i Slavonije bio ilegalan imala je za posljedicu i to da nisu mogli ostvariti pristup niti drugim pravima ugarsko-hrvatskih državljana na teritoriju Hrvatske i Slavonije poput prava na obavljanje obrta. Nadalje, oni nisu mogli niti steći zavičajnost u Hrvatskoj i Slavoniji budući da im je pravno onemogućen dolazak na teritorij Hrvatske i Slavonije, a to je ujedno značilo da nisu mogli postati hrvatsko-slavonski pripadnici.

48 Vidi uhićenja Roma koja je obavilo oružništvo te je te Rome izručilo općinama: HR HDA 79-UOZV, kutija 1955, 13-16 10530/1897; HR HDA 79-UOZV, kutija 1955, 13-16 63374/1897; HR HDA 79-UOZV, kutija 1955, sv. 13-16 64805/1897; HR HDA 79-UOZV, kutija 3043, 13 143/1898 35384.

49 HR HDA 79-UOZV, kutija 1955, 13-16 45983/1897; drugi je primjer stranih Roma pokraj Karlovca. U tom slučaju oružništvo je uhitilo Rome, izručilo ih civilnim lokalnim vlastima, no te su vlasti pustile Rome na slobodu. HR HDA 79-UOZV, kutija 1955, 13-16 20373/1897.

50 Vidi ponovno slanje naredbe od 19. siječnja 1874. broj 16658 koja zabranjuje dolazak stranim Romima u Hrvatsku i Slavoniju. HR HDA 79-UOZV, kutija 704, 13-1 25094/1882 (24255/1884). Vidi ponovno slanje naredbe od 27. lipnja 1893. u Zagrebačkoj županiji tijekom 1897. godine. HR HDA 79-UOZV, kutija 1955, 13-16 22734/1897; Ponovno slanje naredbe od 27. lipnja 1893. u Srijemskoj županiji tijekom 1898. godine. HR HDA 79-UOZV, kutija 3043, 13 143/1898 12000, broj 17698/1897.

51 Vidi otpust dva gradska službenika čija je krivica utvrđena jer su strani ugarski Romi došli u istočnu Hrvatsku i Slavoniju. HR HDA 79-UOZV, kutija 3043, 13 143/1898 12000, broj 17698/1897.

7. ZAKLJUČAK

Pravni položaj Roma u Hrvatskoj i Slavoniji je od 1870-ih godina uvelike definirala činjenica njihove pripadnosti Hrvatskoj i Slavoniji. Hrvatsko-slavonskim Romima smatrani su oni koji su bili zavičajnici neke od hrvatsko-slavonskih općina. *A contrario*, u strane Rome ubrajani su svi ostali, uključujući i Rome iz Ugarske. S obzirom na to, možemo reći da je hrvatsko-slavonska pripadnost bila ključna odrednica javnopravnog statusa Roma dok ugarsko-hrvatsko državljanstvo Romima nije jamčilo prava kao i ostalim ugarsko-hrvatskim državljanima. Tako ugarski Romi, iako ugarsko-hrvatski državljanima, u Hrvatskoj i Slavoniji nisu imali pravo slobode kretanja, slobodu nastana, a također niti pravo obavljanja obrta. Navedena činjenica stavljala je te Rome u kategoriju državljana drugog reda.

U analiziranom razdoblju Zemaljska vlada je poduzimala značajne mjere koje su se odrazile na status Roma. Vlada je propisala obvezu vođenja registara domaćih Roma te je u mnogim slučajevima priznala zavičajnost domaćim Romima. Također je promovirala sjedilački način života te je zabranjivala skitnju. Politike Zemaljske vlade mogu stoga biti okarakterizirane kao uključujuće u slučaju onih Roma koji su se ponašali na „odgovarajući“ način dok su bile represivne u slučaju Roma skitnica.

Politike prema stranim Romima u načelu mogu biti opisane kako isključujuće. Zemaljska vlada je, naime od sedamdesetih godina 19. stoljeća donijela pravila koja su zabranjivala stranim Romima ulazak u Hrvatsku i Slavoniju. Ipak, izvori ukazuju na to da su pojedine općine tolerirale pojedine grupe Roma ako su imali valjane dokumete te ako je njihovo ponašanje bilo dobro. Iako je oružništvo uhićivalo strane Rome te ih predavalo kotarevima i općinama radi protjerivanja, ponekad općine nisu provele protjerivanje sukladno zakonu. Možemo stoga zaključiti da sustav protjerivanja stranih Roma nije bio u potpunosti učinkovit.

LITERATURA

- a) Knjige i članci
1. Čepulo, Dalibor, Building of the modern legal system in Croatia 1848-1918 in the centre-periphery perspective, u: Giaro, Tomasz (ur.), *Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, 2006., str. 47-91.
2. Čepulo, Dalibor, *Prava građana i moderne institucije: europska i hrvatska pravna tradicija*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2003.
3. Čepulo, Dalibor, Pravo hrvatske zavičajnosti i pitanje hrvatskog i ugarskog državljanstva 1868-1918 – pravni i politički vidovi i poredbena motrišta, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 49, 6/1999., str. 795-825.
4. Gross, Mirjana i Szabo, Agneza, *Prema hrvatskome građanskom društvu: Društveni razvoj u civilnoj Hrvatskoj i Slavoniji šezdesetih i sedamdesetih godina 19. stoljeća*, Globus, Zagreb, 1992.
5. Kosnica, Ivan, Das Problem der Staatsbürgerschaft in Kroatien und Slawonien im Ausgleichszeitraum (1868–1918), u: Máthé, Gábor i Mezey, Barna (ur.). *Kroatisch-ungarische öffentlich-rechtliche Verhältnisse zur Zeit der Doppelmonarchie*, Eötvös University Press, Budapest, 2015., str. 187-219.
6. Kosnica, Ivan, Državljanstvo i Opći građanski zakonik u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji od 1853. do 1879., Zagreb, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 63, 5-6/2013., str. 1143-1164.

7. Kosnica, Ivan, Gubitak državljanstva u Hrvatskoj i Slavoniji od Bachovog apsolutizma do raspada Monarhije, *Pravni vjesnik*, vol. 13, 3-4/2013., str. 61-79.
 8. Kosnica, Ivan, Hrvatsko-slavonska pripadnost u Hrvatskoj i Slavoniji u nagodbenom razdoblju, *Hrvatska i komparativna javna uprava – Croatian and Comparative Public Administration*, vol. 14, 2/2014., str. 465-492.
 9. Krišković, Vinko, *Upravna nauka i ug.-hrv. upravno pravo*, Po predavanjima prof. dr. Kriškovića, Zagreb, god. 1909.-1910.
 10. Lucassen, Leo i Willems, Wim, The Weakness of Well-Ordered Societies: Gypsies in Western Europe, the Ottoman Empire, and India, 1400-1914, *Review (Fernand Braudel Center)*, vol. 26., 3/2003., str. 283-313.
 11. Polić, Ladislav, *Nacrt Hrv.-ugarskog državnog prava (skripta)*, Popravljen i dopunjen izdanje po dru Poliću, Zagreb, 1912.
 12. Simon, Constantine, Particularities of Persecution. The Policing of Gypsies in Saxony 1871-1914, *Immigrants and Minorities*, vol. 32., 1/2014., str. 38-61.
 13. Smrekar, Milan, *Priručnik za političku upravnu službu u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji*, knjiga III, Tiskom i nakladom Ignjata Granitza, Zagreb, 1902.
 14. Vojak, Danijel, Inicijativa Hrvatsko-slavonskog gospodarskog društva za reguliranje "Ciganskoga pitanja" u Hrvatskoj i Slavoniji potkraj XIX. stoljeća, *Društvena istraživanja*, vol. 18., 6/2009., str. 1153-1171.
 15. Vojak, Danijel, Iz povijesti Roma u 18. stoljeću: Nikola Škrlec Lomnički o Romima u spisima *Status actualis, Projectum i Descriptio*, *Zbornik Odsjeka za povijesne znanosti Zavoda za povijesne i društvene znanosti Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti*, vol. 31., 2013., str. 197-215.
 16. Vojak, Danijel, *U predvečerje rata: Romi u Hrvatskoj 1918.-1941.*, Romsko nacionalno vijeće, Udruga za promicanje obrazovanja Roma u Republici Hrvatskoj "Kali Sara", Zagreb, 2013.
 17. Žigrović-Pretočki, Ivan, *Upravno pravo Kraljevina Hrvatske i Slavonije s obzirom na ustav*, Vlastita naklada, Bjelovar, 1911.
- b) Pravni izvori i upravna praksa
1. *HR Hrvatski državni arhiv, fond 79-Unutarnji odjel Zemaljske vlade za kraljevine Hrvatsku, Slavoniju i Dalmaciju*
 2. Saborski dnevnik Kraljevina Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, godina 1872.-1875., svezak I, Tiskara "Narodnih novina", Zagreb, 1875.
 3. Zakonski članak od 21. listopada 1873. godine Hrvatsko-slavonskog sabora kojim se ustanovljuje ravnopravnost Izraelićana sa sljedbenicima ostalih u kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji zakonom priznatih vjerozakona, *Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju*, komad XXI, 1873.
 4. Zakonski članak L.:1879. zajedničkoga hrvatsko-ugarskoga sabora o stečenju i gubitku ugarskoga državljanstva, *Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju*, komad VII, 1880.
 5. Zakon o uređenju zavičajnih odnosa u kraljevinama Hrvatskoj i Slavoniji, *Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju*, komad IX, 1880.
 6. Zavičajni odnošaji I, *Obćinar: tjednik za upravu i javnu sigurnost*, broj 3., svibanj, Zagreb, 1883., str. 137-138.

Ivan Kosnica*

Summary

LEGAL STATUS OF ROMA IN CROATIA-SLAVONIA FROM 1868 TO 1918

The aim of the paper is analysis of legal status of Roma in Croatia-Slavonia in the period after reaching Croatian-Hungarian Compromise in 1868 until dissolution of the Austro-Hungarian Monarchy in 1918. The basic thesis elaborated in the paper is that Croatian-Slavonian public affiliation was fundamental determinant of public status of Roma in Croatia-Slavonia while this cannot be said for Hungarian-Croatian national citizenship. Following this approach, the author analyses politics of differentiation of domestic, so called Croatian-Slavonian Roma, and other foreign Roma in which Roma from Hungary were also included. In the paper the author points out that the Croatian-Slavonian authorities implemented inclusive policy towards domestic Roma who acted in accordance with the law while applied repressive measures towards vagrant domestic Roma. In the last part of the paper the author analyses practical problems and solutions in cases when foreign belonging of Roma had to be determined. In addition, the author analyses policy of deportation of foreign Roma. The research is based on relevant literature, laws, regulations and archival sources available in Croatian State Archive, the materials of Internal Department of the Provincial Government.

Keywords: *legal status, Roma, citizenship, Croatian-Slavonian affiliation, Croatia-Slavonia.*

Zusammenfassung

RECHTSSTELLUNG VON ROMA IN KROATIEN UND SLAWONIEN VON 1868 BIS 1918

Ziel dieser Arbeit ist es, die Rechtsstellung von Roma in Kroatien und Slawonien zu der Zeit des Ausgleichs zu analysieren. In der vorliegenden Arbeit soll von der Hypothese ausgegangen werden, dass die kroatisch-slawnische Angehörigkeit die öffentliche Rechtsstellung von Roma in Kroatien und Slawonien wesentlich bestimmte, während dasselbe bezüglich der ungarisch-kroatischen Staatsangehörigkeit nicht geltend gemacht werden kann. In diesem Sinne wird in der Arbeit die Politik dargestellt, durch welche die Unterscheidung zwischen den

* Ivan Kosnica, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb;
ikosnica@gmail.com

kroatisch-slawnischen Roma und den fremden Roma, einschließlich der Roma aus Ungarn, gemacht wurde. Nachfolgend werden auch die Vorschriften analysiert, insbesondere die Befehle der Landesregierung, durch welche die Behörden ihre Politik gegenüber den heimischen Roma ausübten. In diesem Teil der Arbeit wird betont, dass die kroatisch-slawnischen Behörden eine inklusive Politik gegenüber den die Vorschriften einhaltenden kroatisch-slawnischen Roma ausübten, während sie andererseits repressive Maßnahmen gegenüber den obdachlosen kroatisch-slawnischen Roma durchführten. Abschließend werden praktische Probleme und Beschlüsse bei der Feststellung fremder Angehörigkeit von Roma und die Beziehung der Behörden gegenüber den fremden Roma durch die Vertreibungspolitik analysiert. Die Arbeit basiert auf die entsprechende Literatur, Gesetze und Befehle sowie auf das Archivmaterial des Kroatischen Staatsarchivs, Bestand der Inneren Abteilung der Landesregierung.

Schlüsselwörter: Rechtsstellung, Roma, Staatsangehörigkeit, kroatisch-slawnische Angehörigkeit, Kroatien und Slawonien.

Riassunto

LA POSIZIONE GIURIDICA DEI ROM IN CROAZIA ED IN SLAVONIA DAL 1868 AL 1918

Lo scopo del lavoro è quello di analizzare la posizione giuridica dei Rom in Croazia ed in Slavonia nel periodo in questione. La tesi di base è che l'appartenenza croato-slavona fosse un importante indicatore dello status giuridico pubblico dei Rom in Croazia e Slavonia, mentre altrettanto non può essere detto per la cittadinanza ungaro-croata. In tale senso nel lavoro si espone la politica di distinzione dei Rom domestici croato-slavoni rispetto ai Rom stranieri tra i quali si annoverano anche i Rom ungheresi. Nel lavoro si disaminano altresì le leggi speciali, in particolare le disposizioni del Governo della Croazia e Slavonia, mediante le quali le autorità gestivano la politica nei confronti dei Rom domestici. In questa parte del lavoro l'autore evidenzia che le autorità locali portavano avanti politiche di inclusione nei confronti dei Rom croato-slavoni che si comportavano nel rispetto delle leggi; mentre venivano adottate misure di carattere repressivo nei confronti dei Rom vagabondi croato-slavoni. Nell'ultima parte del lavoro si analizzano i problemi pratici e le soluzioni in occasione dell'accertamento dell'appartenenza dei Rom, come pure la relazione delle autorità nei confronti dei Rom stranieri attraverso la politica della loro deportazione. Il lavoro si basa sulla corrispondente letteratura, sulle leggi e sugli ordini, come pure sul materiale di archivio disponibile nell'Archivio di stato croato nella collezione della sezione interna del Governo della Croazia e Slavonia.

Parole chiave: posizione giuridica, Rom, cittadinanza, appartenenza croato-slavona, Croazia e Slavonia.

TRANSFER KAZNE NE POLITIKE: SLUČAJ ENGL ESKE I WALESA

Doc. dr. sc. Krešimir Petković*

UDK: 343.97(420)

Ur.: 29. siječnja 2017.

Pr.: 23. ožujka 2017.

Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se prikazuje razvoj kaznene politike u Engleskoj i Walesu, kao posebnoj kaznenopolitičkoj jedinici unutar Ujedinjenog Kraljevstva. Koristi se politologijski koncept transfera javnih politika koji opisuje mehanizme prijenosa javnih politika između različitih političkih sustava. Rad nastoji pokazati kako se reforme kaznene politike devedesetih godina 20. stoljeća u Ujedinjenom Kraljevstvu mogu u određenoj mjeri objasniti kao slučaj ideologijski motiviranog uvoza kaznene politike iz SAD-a. Analizom slučaja nastoji se ukazati na širu pojavu putovanja različitih kaznenih tehnologija, retoričkih obrazaca i javnopolitičkih rješenja koja obilježavaju suvremeno stvaranje kaznene politike – važnu s obzirom na i dalje postojeće ambicije harmonizacije javnih politika u okvirima europskih integracija.

Ključne riječi: *Engleska i Wales, kaznena politika, transfer javnih politika, zatvor, probacija.*

1. UVOD

U radu se prikazuje povijesni razvoj kaznene politike Engleske i Walesa od osamdesetih godina 20. stoljeća naovamo, s posebnim naglaskom na maloljetničko pravosuđe i problemska žarišta nasilja mladih, huliganskog nasilja i privatizacije kaznenih institucija.¹ Institucionalna žarišta rada opravdana su predmetnim

* Dr. sc. Krešimir Petković, docent Fakulteta političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu; petkovic.kresimir@gmail.com

1 U radu se koristi širok pojam kaznene politike koji podrazumijeva niz aktera, institucija i diskursa koji su usmjereni na oblikovanje i primjenu kažnjavanja u nekom društvu. Koristeći uobičajene engleske pojmove koji o tom smislu zahvaćaju djelovanje kaznenog pravosuđa, nije riječ samo o *penal policy* nego o *criminal justice policy making*, ali i *criminal justice politics* (usp. npr. Welsh, Wayne, Harris, Philip, *Criminal Justice Policy and Planning*, 4. izd, Waltham, MA, Anderson, 2012.). U pogledu različitih sintagma koje uključuju na hrvatski

interesom za nasilje i kaznena djela protiv života i tijela, a privatizacija kao ideološki zasićena i globalno relevantna tema u području kaznene politike. Autor se posebno bavi transferom odnosno prijenosom kaznene politike iz Sjedinjenih Američkih Država koji se realizirao devedesetih godina 20. stoljeća i kojim se nastoji objasniti tzv. kazneni zaokret odnosno usvajanje, proliferacija i implementacija strožih kaznenih rješenja te posljedičan porast kaznene populacije koji Englesku i Wales prati do danas. Iduća tri dijela rada redom prikazuju kazneni zaokret (2), maloljetničko pravosuđe i politiku prema huliganskom nasilju (3) te problematiku privatizacije zatvora i probacijske službe (4). Nakon toga se pojašnjava politološki pojam transfera javnih politika, zanimljiv u istraživanju komparativnog kažnjavanja, te se ispituje je li i na koji način i u kojem razdoblju, došlo do transfera kaznene politike između Sjedinjenih Američkih Država i Ujedinjenog Kraljevstva (5). Završava se s kratkim problemski i normativno orijentiranim razmišljanjima o implikacijama analize (6).

Deskriptivna funkcija prikaza jednog slučaja kaznene politike u okvirima povijesnog institucionalizma, koji prikazuje razvoj politike s obzirom na interese i pozicije aktera i diskurse u vezi s transformacijom institucija neke politike, znači da rad nastoji dati komparativni prinos ispitivanju kaznene politike. Jednako tako, s obzirom na pravoznanstvo usmjereno na javne politike koje se povezuje s projektom znanosti javnih politika Harolda Lasswella i njihove primjene u području prava koju je utemeljio Myres McDougal,² teorijska svrha rada u okvirima domaćih društvenih znanosti jest ispitati i primijeniti istraživački koncept transfera javnih politika u području kaznene politike što dosad nije poduzeto u domaćoj kaznenopravnoj literaturi o kaznenoj politici, niti u politologijskom istraživanju posebnih javnih politika, koje je primjerice dalo prinose u području obrazovne politike i politike financiranja stranaka.³ Konačno, koncept je još uvijek zanimljiv u hrvatskoj perspektivi europskog integriranja koja ne podrazumijeva samo pojačanu razinu horizontalnog transfera javnih politika, nego i centralizirano kolektivno upravljanje komunitarnim javnim politikama koje, uz općenitu globalizacijsku difuziju partikularnih javnih politika i izravne političke kontakte kao medije transfera javnih politika usmjerava još uvijek djelatno europsko usklađivanje javnih politika.

ponekad teško prevedivu riječ *policy* (*policy transfer, policy learning, policy sciences policy entrepreneurs*, itd.), autor se odlučio za kroatizaciju s „javnim politikama“ u posvojnom genitivu čime se dobiva semantička razlika u odnosu na politiku kao *politics* (pridjev „politički“), a dodatak „javnoga“ opravdan je upotrebom pojma *policy* u privatnopravnom kontekstu (primjerice politika zapošljavanja neke tvrtke mora biti u okvirima javnog prava, ali nije po sebi javna politika). Usp. Petek, Ana, Petković, Krešimir (ur.). *Pojmovnik javnih politika*, Zagreb, Fakultet političkih znanosti, 2014.

2 Padjen, Ivan, *Metodologija pravne znanosti: pravo i susjedne discipline*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2015.

3 Žiljak, Tihomir, *Europski konvergencijski procesi i zamke nepripremljenih transfera obrazovnih politika, Političko obrazovanje*, vol. 2., 3-4/2006. Mataković, Hrvoje, *Transfer javnih politika u politici financiranja političkih stranaka: usporedba Njemačke, Nizozemske i Hrvatske, Anali Hrvatskog politološkog društva*, vol. 8, 1/2012.

Poznato je da Europska unija malo koje područje vođenja politikâ ne ostavlja netaknutim. Ona zadire u područja državnog suvereniteta, podrazumijevajući harmoniziranje ili barem suradnju u području šire shvaćene kaznene politike, a svakako nekih njezinih segmenata.⁴ Takva, europskim političkim okvirima pojačana javnopolitička difuzija i „harmonizacija“, koja često ne podliježe demokratskoj kontroli i stvaranju javnih politika uz uključenost građana, u fundamentalnom području kaznenopolitičkog upravljanja subjektima otvara normativne i legitimacijske dvojbe. Reflektiraju li domaći poduzetnici javnih politika smješteni u upravi, akademskom miljeu i političkim strankama – u našem predmetnom kontekstu, oni su svojevrsni „poduzetnici kažnjavanja“⁵ – ozbiljno o promjenama politike kažnjavanja što ih pokreću? Ili vođeni ideologijskom općinjenošću ili proračunskim pragmatizmom uvoze kaznene tehnologije s posljedicama kojih se kasnije mora nositi pomalo iznenađena politička zajednica?

2. KAZNENI ZAOKRET U UJEDINJENOM KRALJEVSTVU: PROLIFERACIJA KAZNENIH MJERA

Ujedinjeno Kraljevstvo složena je država u kojoj se pojedine sastavnice kaznenopravno i kaznenopolitički razlikuju, no uvodna ocjena da ju je općenito zahvatio kazneni zaokret nije dvojbena.⁶ Ponajprije Engleska i Wales, ali i Škotska, doživjeli su ekspanziju kaznene politike od osamdesetih do danas. Stopa zatvaranja od početka devedesetih godina 20. stoljeća naovamo u Engleskoj se i Walesu udvostručila. Engleska i Wales bilježile su porast zatvorske populacije od

4 V. primjerice Herschinger, Eva, Jachtenfuchs, Markus, Kraft-Kasack, Christiane, *Scratching the heart of the artichoke? How international institutions and the European Union constrain the state monopoly of force*, *European Political Science Review*, vol. 3., 3/2011.

5 Feeley, Malcolm, *Entrepreneurs of punishment: The legacy of privatization*, *Punishment & Society*, vol. 4, 3/2002.

6 Engleska i Wales imaju zajedničku kaznenu jurisdikciju, administraciju i kaznenu politiku unutar Ujedinjenog Kraljevstva. Ujedinjeno Kraljevstvo se ponekad kolokvijalno izjednačava s Engleskom što je razumljivo s obzirom na dominantan povijesni status engleske nacije u politički složenoj zajednici no cijelu je državu etnokulturalno, identitetski, povijesno i institucionalno pogrešno izjednačavati s Engleskom, kao i pojmove britanski i engleski (v. Kumar, Krishan, *Nation and empire: English and British national identity in comparative perspective*, *Theory and Society*, vol. 29., 5/2000.). Intrigantan slučaj Sjeverne Irske, kao političke jedinice u sklopu Ujedinjenog Kraljevstva u kojoj je „sustav kaznenoga pravosuđa oblikovan... dugom poviješću političkog sukoba“ (O'Donnell, Ian, *Crime and Justice in the Republic of Ireland*, *European Journal of Criminology*, vol. 2, 1/2005., str. 99), u radu se ostavlja po strani jer njegove specifičnosti podijeljenog društva i učinka koje ono ima na institucije kaznenog pravosuđa nisu relevantne za naraciju o kaznenom zaokretu i transferu javnih politika koju razvijam. Škotska je politički i upravljački autonomna što uključuje formalne i sadržajne aspekte vođenja kaznene politike i empirijski gledano zasebnu tradiciju kaznenog pravosuđa (Croall, Hazel, *Criminal justice in post-devolutionary Scotland*, *Critical Social Policy*, vol. 26., 3/2006; McAra, Lesley, *Crime, Criminology and Criminal Justice in Scotland*, *European Journal of Criminology*, vol. 5., 4/2008.) te se kazneni zaokret u njoj nije manifestirao isto kao u Engleskoj i Walesu.

oko 45.000 iz 1992. na gotovo 84.000 u 2012., odnosno prosječne stope od 149 zatvorenika na 100.000 stanovnika, da bi taj broj ostao više-manje konstantan, pa posljednji službeni podatci s kraja 2016. na ukupnu populaciju od 58,6 milijuna stanovnika i 84.857 zatvorenika daju zatvorsku stopu od 145.⁷ U posljednjih pet godina može se govoriti o zadržavanju kaznene populacije na razmjerno visokoj razini, za razliku od Škotske gdje se ona posljednjih godina smanjila, što i dalje čini zanimljivim raspravu o kaznenom zaokretu čije se posljedice još uvijek osjećaju.

Razvoj strože kaznene politike, koja podrazumijeva dulje zatvorske kazne i diskurzivno okretanje prema retribuciji i kontroli rizika umjesto rehabilitacije počinitelja, ali i pokušaji ekonomizacije kaznene politike kroz sustav probacije uz elektronički nadzor i privatizaciju zatvora, u Europi su najjače zahvatili upravo Ujedinjeno Kraljevstvo, a u njegovim okvirima ponajviše Englesku i Wales. Skeptici⁸ su istaknuli kako David Garland koji je u naraciji o kulturi kontrole u kasnoj modernosti povukao argumentirane paralele između Ujedinjenog Kraljevstva i SAD-a,⁹ ističući spomenute elemente, „zanemaruje ključne razlike... u SAD-u razlika između jurisdikcija za mlade i odrasle postala je znatno zamućenija nego u Ujedinjenom Kraljevstvu, uvedene su naglašeno okrutne mjere u jurisdikcije za odrasle i mlade, a ustavne su zaštite uništene“.¹⁰ Ako Garland prelazi preko nekih segmentarnih razlika kako bi održao svoju utjecajnu tezu, vrijedi i to da je Pitts u prethodnom dramatičnom citatu pretjerao u pogledu SAD-a, kako bi naglasio razlike među kaznenim sustavima koje su u komparativnoj politici očekivana pojava.

Naime, kada se u obzir uzmu različite kontekstualne i kulturološke razlike, odstupanja u pojedinim segmentima kaznene politike, ali i ogoljena kvantiteta kaznene populacije prema kojoj je SAD „priča za sebe“, usporedba Ujedinjenog Kraljevstva, a napose Engleske i Walesa, sa SAD-om iz niza se razloga doista nameće kao usporedba najsličnijih slučajeva koje ima smisla povezati u naraciji o transferu kaznene politike. Kao u SAD-u, povećana je kaznenost zahvatila cjelinu ideologijskog spektra: kao što je i Clintonova (demokratska) administracija u SAD-u zastupala strožu kaznenu politiku, preuzetu od prethodnih (republikanskih) administracija Reagana i Busha starijeg, tako su i britanski laburisti predvođeni Tonyjem Blairom (i njegovim ministrom unutarnjih poslova Jackom Strawom) nastavili i ojačali kazneni zaokret konzervativaca, Margaret Thatcher i Johna Majora koji je, zajedno sa svojim ministrom unutarnjih poslova Michaelom Howardom, pitanja nasilnih zločina i sigurnosti sredinom devedesetih stavio u žarište vladine politike. Naime, kako je još u šoku tadašnjeg trenutka konstatirala jedna istaknuta kaznena pravica, kriminologinja i stručnjakinja za kazneno

7 *World Prison Brief*, United Kingdom: England and Wales, London, Institute for Criminal Policy Research, <http://www.prisonstudies.org/country/united-kingdom-england-wales> (pristupljeno 25. 1. 2017.).

8 Usp. Tonry, Michael, Determinants of Penal Policies, *Crime and Justice*, vol. 36, 1/2007.

9 Garland, David, *The Culture of Control: Crime and Social Control in Contemporary Society*, Chicago, Chicago University Press, 2001.

10 Pitts, John, What Do We Want? The ‘SHAPE’ Campaign and the Reform of Youth Justice, *Youth Justice*, vol. 3, 3/2003, str. 148.

pravosuđe s Oksfordskog sveučilišta, sredinom devedesetih, dakle u vrijeme jačanja kaznene klime u Britaniji, „Laburistička stranka deklarirala se kao ‘čvrsta prema zločinu i čvrsta prema uzrocima zločina’. Iako slogan aludira na socijalne okolnosti koje potiču prijestupe, deklaracija se čini kao podrška bez presedana kaznenim politikama od jedne stranke ljevice u Britaniji“.¹¹ Zedner je još tada mogla opisati i to kako se „ta promjena u diskurzivnom pristupu preko cijeloga političkog spektra manifestirala u nizu konkretnih posljedica“: sudovi su počeli dosuđivati dulje zatvorske kazne i pojedincima propisivati strože izvanzatsvorske sankcijske režime, zatvorska populacija sigurno je rasla, a laburisti, premda su tada još uvijek bili u opoziciji, podržali su strožu kaznenu politiku, primjerice Zakon o kaznenom pravosuđu i javnom redu iz 1994.,¹² koji je povećao broj inkriminacija, predviđevši nove sankcije za nove zločine i propisao strože kazne za one već postojeće. Kako je gotovo desetljeće kasnije situaciju, uz nešto pretjerivanja, ali u duhu vremena, sažeo jedan autor, posljedica svega toga bila je ta da se kazneni „sustav“ doista „proširio daleko izvan normi Zapadne Europe“.¹³

Prvo što upada u oči promatraču kaznene politike u Ujedinjenom Kraljevstvu jest proliferacija različitih zakona, normi i mjera koji su ujedno „obogatili“ i postrožili okvire kaznene politike. Promjenu formalnih okvira kaznene politike pratila je i uočljiva promjena diskursa. Kao i u SAD-u, „zlatno doba“ kaznene politike nastupilo je za mandata tradicionalno lijeve stranke od koje bi se očekivala snažna socijalna politika povezana s kaznenom blagošću. U potrazi za *catch all* izbornim pobjedama, britanski su laburisti iznevjerili kaznenopolitička očekivanja tradicionalne ljevice. Nakon što su još u prvoj polovici devedesetih najavili čvrst stav prema zločinu, brzo po dolasku na vlast u proljeće 1997., laburisti su objavili program reforme maloljetničkog pravosuđa pod nazivom „Nema više isprika“ (*No More Excuses*). Ubrzo su doneseni Zakon o zločinu i neredu 1998.¹⁴ i Zakon o maloljetničkom pravosuđu i kaznenim dokazima 1999.¹⁵ Već Zakon o zločinu i neredu sadržavao je većinu zahtjeva iz najavljenog programa i u cijelosti je implementiran do 2000. godine. Jedan autor ga je povezoao s „mikropolitikom društvene kontrole“, upućujući također na „cvjetajuću mašineriju maloljetničkog pravosuđa“,¹⁶ koje predstavlja važno područje kojemu ćemo posvetiti posebnu pažnju. Zasad vrijedi primijetiti da su promjene u tom segmentu samo dio znatno

11 Zedner, Lucia, In Pursuit of the Vernacular: Comparing Law and Order Discourse in Britain and Germany, *Social & Legal Studies*, vol. 4, 4/1995, str. 527.

12 *Criminal Justice and Public Order Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents> (pristupljeno 30. 6. 2012.).

13 Carrabine, Eamonn, England and Wales, *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*, London, Sage, 2004. http://www.sage-ereference.com/prisons/Article_n112.html (pristupljeno 17. 11. 2008.).

14 *Crime and Disorder Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/contents> (pristupljeno 15. 4. 2011.).

15 *Youth Justice and Criminal Evidence Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/23/contents> (pristupljeno 15. 4. 2011.).

16 Smith, Roger, Foucault's Law: The Crime and Disorder Act 1998, *Youth Justice*, vol. 1., 2/2001., str. 17-29.

šire palete regulacija, mjera i programa, od kojih su spomenuta dva zakona popraćena novom političkom retorikom bila tek početak grozničave zakonodavne i političke aktivnosti koja je možda i najdrastičnije učinke imala u području maloljetničkog pravosuđa. Naime, tvrdi se da je „formiranje politike maloljetničkog pravosuđa bilo pretjerano politizirano. Tri vlade Novih laburista primijenile su ‘oluju inicijativa, energičnih akcija i meta’ i ‘postroženje svakog aspekta sustava kaznenog pravosuđa’, uvedeno kroz bezbrojne izjave o politici i u konačnici uneseno u zakone... U konačnici... ono što nepogrešivo definira suvremeno maloljetničko pravosuđe u Engleskoj i Walesu jest ‘nova kaznenost’, koju obilježava stopa zatvaranja djece koja značajno nadmašuje one u većini drugih industrijaliziranih demokratskih zemalja u svijetu.“¹⁷

Populistička retorika koja je u to vrijeme popratila reforme Novih laburista vezuje se ponajprije uz nastupe ministra unutarnjih poslova Jacka Strawa. On je kritizirao liberalne elite koje su iz „svoje komotne socijalne pozicije“ lako mogle zagovarati humane kaznene politike, za razliku od običnog, malog čovjeka koji najviše pati i izravno osjeća porast kriminala.¹⁸ Neki promatrači pokušali su to tumačiti kao taktičku smicalicu nove ljevice, tzv. *gateway strategy*, u kojoj se šalje „poruka koja zvuči čvrsto, koju prihvaćaju osobe koje su politički dalje na desnici, kako bi se stekao prostor za ‘progresivnu’ socijalnu i ekonomsku agendu“.¹⁹ No kritičari su uočili da „kriminalizacija socijalne politike što je uslijedila pokazuje jasan pomak u prioritetima“.²⁰ „Kaznena renesansa“ devedesetih navela je Pittsa da kaznenopolitičke reforme ocijeni kao „korekcijske karaoke“: „pokušaj da se kolportira simplicistička, ali politički prihvatljiva rješenja za iznimno složene društvene, ekonomske i kulturalne probleme“, s tim da se, prema njegovu mišljenju, sve skupa pretvorilo u „puno zloćudniji retributivni rep“.²¹ Doista, „diskurs opasnosti“ na kraju je doveo do zatvora kao najčešćega rješenja.²² Za razliku od SAD-a, gdje su demokrati preuzeli strogu kaznenu politiku republikanaca, u Britaniji su laburisti gotovo postali „papskiji od pape“, slijedeći trend povećane kaznenosti. Oni su nadmašili konzervativce koji su, u želji da uštede i smanje državu, ipak donekle nastojali preusmjeriti slučajeve iz sustava pravosuđa i zatvora kao konačne stanice u mekše i proračunski jeftinije instance društvene kontrole. Međutim, ni laburisti nisu gajili animozitet prema privatizaciji – pragmatični

17 Goldson, Barry, Muncie, John, Rethinking Youth Justice: Comparative Analysis, *International Human Rights and Research Evidence*, *Youth Justice*, vol. 6., 2/2006., str. 92.

18 Johnstone, Gerry, Penal Policy Making: Elitist, Populist, or Participatory?, *Punishment & Society*, vol. 2., 2/2000., str. 162.

19 Rutherford, Andrew, Youth Justice and Social Inclusion, *Youth Justice*, vol. 2., 2/2002., str. 106.

20 Squires, Peter, New Labour and the politics of antisocial behaviour, *Critical Social Policy*, vol. 26., 1/2006., str. 154.

21 Pitts, John, Korrektional Karaoke: New Labour and the Zombification of Youth Justice, *Youth Justice*, vol. 1., 2/2001., str. 13 i 14.

22 Mason, Paul, Lies, distortion and what doesn't work: Monitoring prison stories in the British media, *Crime Media Culture*, vol. 2, 3/2006.

„menadžerizam“ i „aktuarna pravednost“ nedvojbeno su obilježja kaznene politike laburista,²³ što dodatno otežava ideološku distinkciju između dviju velikih stranaka kad je riječ o kaznenoj politici – ali ni prema snažnoj kaznenoj državi, ni prema čvrstom kažnjavanju. No jesu li doista bili čvrsti i prema uzrocima zločina na koje je trebalo djelovati socijalnom, ekonomskom, obrazovnom i drugim politikama?

Socijalna komponenta kaznene politike bila je nominalno uključena u politiku Novih laburista. Uz odgovornost, u dokumentima su se naglašavali i socijalni ciljevi – restoracija i reintegracija (tzv. „tri R“ – *Responsibilization, Restoration, Reintegration*).²⁴ No od dvije naglašavane komponente – čvrstog djelovanja prema zločinu i prema uzrocima zločina – u politici laburista jasno je zaživjela tek ona prva. Čak i različiti programi koji se bave antisocijalnim ponašanjem (*anti-social behavior, ASB*), jednim od fokusa Novih laburista, bili su bliži teorijama razbijenih prozora i bihevioralističkoj kontroli „protu-socijalnog“ ponašanja.²⁵ Laburisti jednostavno nisu ponudili učinkovit paket politika koji bi izbrisao ili reducirao uzroke zločina i jasno se očitovao u području kaznene politike. U tom smislu od Torijevaca koji su preuzeli vlast 2010. nije imalo smisla previše očekivati. To što su laburisti u području kaznene politike skrenuli u desno, ne znači da su konzervativci skrenuli u lijevo. Nakon što su preuzeli vlast u proljeće 2010. bilo je naznaka da će u suočavanju s rastućim zatvorskim sustavom i visokim troškovima pravosuđa nad strogim i skupim kažnjavanjem prevagnuti neoliberalna logika štednje u javnom sektoru.

Te je nade personalizirao Kenneth Clarke, konzervativni ministar pravosuđa, ali njegov prijedlog reformi koji naglašavao smanjenje kazni, posebno za one koji se nagode s tužiteljstvom, i druge mjere koje su trebale reducirati glomaznost kaznenog pravosuđa i zatvorskog sustava, odbacio je sam premijer Cameron jer je, prema ocjenama kritičara, podlegao populističkom pritisku koji stvaraju utjecajni tabloidi.²⁶ Theresa May koja je stupila na premijersko mjesto nakon Camerona

23 Stahlkopf, Christina, Political, Structural, and Cultural Influences on England's Youth Offending Team Practices, *International Criminal Justice Review*, vol. 18., 4/2008., str. 456.

24 Etiologija i ciljevi politike iz lijevoga spektra bili prisutni i u dokumentima Konzervativaca: spominjalo se „osam ključnih faktora rizika“: roditeljstvo, izostanak iz škole, zloraba droga, nedostatak smještaja, beskućništvo, nezaposlenost, nizak dohodak i ekonomska recesija (Pitts, op. cit., 2001., str. 9).

25 Squires, op. cit.

26 Kako je pisao Simon Jenkins prva šansa za reformu kaznenog pravosuđa koju su, paradoksalno, mogli donijeti konzervativci, nakon što su se „laburistički ministri pravosuđa godinama tresli pred silama zla“ da bi „uveli 50 kaznenopravosudnih mjera i zatvorili više ljudi nego bilo gdje u Europi“, propala je nakon što je Cameron sasjekao „60 posto Clarkeove Zelene knjige“: „Cameron je inzistirao na povratku ‘glupom pravosuđu’ s obveznim zatvaranjem za dva zločina (*two-strikes mandatory sentencing*), automatskim zatvorom za zločine počinjene nožem i posebnim ‘tresni lopova’ (*bash the burglar*) zakonom.“ *The Sun* je pozdravio Cameronov „čelični“ stav, a Clarkea slikovito nazvao „prošvikalim Kenom, kompićem pedofila“ („Cameron mugging Clarke was about fear of tabloids, not consultation“, *The Guardian*, mrežno izdanje, 23. 6. 2011. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2011/jun/23/penal-reform-tabloid-hysteria>, pristupljeno 26. 1. 2017). Usp. i komentar Iana Loadera, profesora kriminologije na Oxfordu, koji je na blogu na stranicama

2016., bila je još u vrijeme Clarkeovih reformi mišljenja da je zatvor učinkovit,²⁷ a njezina ministrica pravosuđa, ujedno i prva žena na položaju Lorda kancelara (*Lord Chancellor*) u gotovo tisućugodišnjoj povijesti te odnedavno reformirane institucije,²⁸ u Bijeloj je knjizi najavila veće ulaganje u sigurnost zatvora i ipak zapošljavanje smanjenog zatvorskog osoblja kako bi se riješio problem povećanja nasilja u prenapučenim zatvorima.²⁹ Nasuprot Liberalnim demokratima kojima je popularnost potkraj promatranog razdoblja bila u opadanju, a koji su bili skloniji kaznenoj blagosti i redukciji upotrebe zatvora kao krajnje mjere kaznene politike, konzervativci su se, uz naglašavanje zaštite prava žrtava, diskurzivno posvetili tehnologijskim reformama koje povećavaju nadzor unutar samog sustava, poput primjene tehnologija za blokiranje mobitela i tjelesnih skenera, dok se općenito, „povratkom prve većinski konzervativne vlade u... dvadeset godina“ može govoriti o tome kako je „spremna pozornica za pet godina Torijejske politike zakona i reda“.³⁰

3. NAVIJAČKO NASILJE I MALOLJETNIČKO PRAVOSUĐE: KAZNENA STROGOST

U pogledu pojedinih segmenata engleske (i velške) kaznene politike, često se kao kazneni uzor ističe politika nulte tolerancije prema huliganskom nasilju koja datira još s kraja osamdesetih, a u Hrvatskoj je barem na razini pravnog nacrtu uvedena u zakonodavstvo u Zakonu o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima koji je doživio nekoliko promjena, postajući progresivno strožim od 2003. do 2011.³¹ Nakon što je problem navijačkog nasilja kulminirao sredinom osamdesetih, na unutarnjem planu i u međunarodnim natjecanjima koja su pohodili engleski navijači torijejska je vlada reagirala represijom. Okidač je bio niz nasilnih obračuna s fatalnim posljedicama. U proljeće 1985., na stadionu St. Andrews,

The New Statesman upozorio na pooštrenje kaznene klime („Penal policy takes a regressive turn: Politics 1, Coherent policy 0“, 22. 6. 2011., <http://www.newstatesman.com/blogs/the-staggers/2011/06/penal-policy-prison-justice>, pristupljeno 26. 1. 2017.).

27 „Prison works, says Theresa May“, *The Guardian*, mrežno izdanje, 14. 12. 2010. <https://www.theguardian.com/politics/2010/dec/14/prison-works-says-theresa-may> (pristupljeno 26. 1. 2017.).

28 Reformom ustavnog poretka iz 2005. položaj je lišen tradicionalnih sudbenih funkcija, a od 2007. obnaša se zajedno s dužnošću ministra pravosuđa.

29 Usp. „I’m glad I went to prison when I did – Theresa May’s policies are making them more deadly every day“, *The Independent*, mrežno izdanje, 25. 12. 2016. <http://www.independent.co.uk/voices/im-glad-i-went-to-prison-when-i-did-the-latest-tory-policies-are-making-them-more-deadly-every-day-a7495241.html> (pristupljeno 26. 1. 2017.).

30 Garside, Richard, Ford, Matt. *UK Justice Policy Review: Volume 5 (6 May 2014 to 5 May 2015)*, London, Centre for Crime and Justice Studies, 2015., str. 15.

31 Primorac, Damir et al., Kaznena djela u Zakonu o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima s osvrtnom na mjere opreza prema Zakonu o kaznenom postupku, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 48, 4/2011.

na utakmici Birmingham Cityja i Leeds Uniteda, uslijed nereda se srušio zid i ubio jednog dječaka. Oliver Popplewell, sudac na čelu istražnog povjerenstva zaduženoga za slučaj, opisao je događaje sličnijima Bitci kod Agincourta, iz francusko-engleskog Stogodišnjeg rata, nego nogometnoj utakmici.³² Istovremeno su na stadionu Heysel u Bruxellesu, na finalu tadašnjeg Europskoga kupa prvaka, navijači Liverpoola probili policijski kordon i napali navijače Juventusa (po predaji uglavnom starije navijače i obiteljske ljude: ekvivalentni talijanski huligani bili su na drugoj strani stadiona), na koje se u bijegu srušio zid i ubio njih 39. Posljedica „Hejselske katastrofe“ bila je zabrana natjecanja svim engleskim nogometnim klubovima u Europi koja je potrajala do 1990. Najveća se katastrofa ipak desila u samoj Engleskoj krajem osamdesetih godina. Na stadionu Hillsborough 1989., na polufinalu kupa između Liverpoola i Nottingham Foresta, u naguravanju i stampeđu od gušenja je poginulo 96-ero ljudi. Premda je istraga masovnu pogibiju pripisala lošoj organizaciji i arhitekturi engleskih stadiona općenito, a ne nasilničkom ponašanju navijača po sebi, uslijedila je nova stroga regulacija – poznati Zakon o navijačima iz 1989³³ – za koju se poslovično drži da je redefinirala britanski nogomet i u bitnom reducirala stadionsko nasilje iz sedamdesetih i osamdesetih godina.

„Rat protiv huligana“ koji je Margaret Thatcher vodila osamdesetih završio je njezinom pobjedom. Uz policijsku kontrolu evidentiranih izgrednika i strogu penalizaciju nasilnih navijača, kroz već proverbijalne brze i oštre presude, sa stadiona su uklonjene žičane ograde (epohalno zamijenjene s panoptikonom nadzornih kamera). Uvedena su obvezna sjedeća mjesta, uklonjen je razmak između publike i terena, a stadioni su, uglavnom uspješno, redefinirani kao mjesto sigurne obiteljske zabave. Kvaziratne sukobe skupina depriviranih mladića iz radničke klase, na stadionima i oko njih, zamijenila je nenasilna atmosfera uz sociološki ocjene o „buržuizaciji“ sporta, potkrijepljene skupljim kartama, prodajom pravâ prijenosa i transferima međunarodnih nogometnih zvijezda. Međutim, vjerojatno je preciznije reći da kultura navijačkog nasilja nije time dokinuta nego kontrolirana i izmještena, a katkad joj znaju podilaziti spomenuti tabloidi koji će sotonizirati huliganske vođe i dati senzacionalistički prikaz incidenata, ali će jednako tako, barem kad je riječ o inozemnim sukobima i „izvozu“ nasilja, dvosmisleno podržati herojstvo „naših dečki“.³⁴

32 „Never forget the victims of the Bradford Fire“, *The Mirror*, mrežno izdanje, 10. 5. 2010. <http://www.mirrorfootball.co.uk/news/Bradford-fire-anniversary-We-must-never-forget-the-victims-of-the-Valley-Parade-tragedy-article421769.html> (pristupljeno 26. 6. 2012.).

33 *Football Spectators Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/37/contents> (pristupljeno 15. 4. 2011.).

34 Primjerice, na utakmici Engleske protiv Tunisa u Marseillesu na nogometnom prvenstvu u Francuskoj 1998. došlo je do nasilnog sukoba s arapskim navijačima, koje je *The Sun* na naslovnici proslavio s pokličem „Two Nil“, upućujući, čini se, ne samo na pobjedu Engleske 2-0, nego na svojevrsnu dvostruku pobjedu – jednu na terenu, a drugu izvan njega. Naslov su popratile i dvije fotografije, „trijumfirajućeg kapetana Engleske Alana Shearera i prkosnog engleskog huligana“ (Garland, Jon, Rowe, Michael, *The ‘English Disease’ – Cured or in*

Od problema navijačkog nasilja vezanog uz nogomet, koji nema svoju istinsku paralelu u SAD-u, ideologijski i politički znatno su zanimljivije promjene u politici maloljetničkog pravosuđa (*youth justice*). Nakon prikaza promjena u tom segmentu kaznene politike, bit će riječi o elektroničkom nadzoru i sustavu probacije te o problematici politike privatizacije zatvora u Engleskoj i Walesu. Uz kratak zaključak o politici kažnjavanja u Ujedinjenom Kraljevstvu u usporedbi sa SAD-om time su stvorene sve pretpostavke za analizu transfera kaznene politike između te dvije složene države.

Komparativno gledajući, u usporedbi s drugim zemljama Zapadne Europe, suvremeno je englesko maloljetničko pravosuđe kazneno nastrojeno, pretpostavljajući prakse kažnjavanja prijestupnika normativizmu socijalnoga rada i edukacije.³⁵ Djeca u Engleskoj danas mogu kazneno odgovarati već od 10. godine života, tj. nisu, pravno gledajući, nesposobni za krivnju i zločin (*doli incapax*) do 14. godine kao u Hrvatskoj. Gotovo viktorijanska rekriminalizacija djece od koje laburisti devedesetih nisu bježali nije se uspješno povezala s deklariranom socijalnom politikom koja bi uklonila uzroke zločina. Naglašenija je bila politika prema kojoj „nema više isprika“ i prema kojoj i mladi prijestupnik treba „platiti svoj dug društvu“. Nema spora da je „kaznena orijentacija sustava maloljetničkog pravosuđa“ bila temeljna odrednica laburističke vlasti u devedesetima i kasnije.³⁶ Jesu li oni u tom pogledu nastavili politiku konzervativaca? Razvoj iz razdoblja manje kaznenosti države blagostanja prema povećanoj kaznenosti u području maloljetničkog pravosuđa nije bio ujednačen. U vrijeme premijerskog mandata Margaret Thatcher osamdesetih, u području maloljetničkog pravosuđa ipak je prevladala filozofija „kaznene štedljivosti“.³⁷ Niz mjera trebao je dovesti do preusmjeravanja mladih prijestupnika iz kaznenog sustava u mekše aranžmane društvene kontrole, odnosno u konačnici ih zadržati podalje od zatvora koji za državu nikako nije jeftina kaznena mjera: primjerice, povećanje dobi u kojoj je dopušten postupak pred sudom za maloljetnike (17 na 18 godina) i ukidanje smještanja u domove zatvorenog tipa za 14-godišnjake. Promjenu politike u devedesetima Allen ne pripisuje linearnom povećanju kaznenosti u populaciji i odgovoru politike na te zahtjeve. „Štedljivija“ kaznena politika 1980-ih pripisuje se „entuzijazmu praktičara“ koji su mogli nametnuti svoju agendu jer javnost nije bila posebno zainteresirana za to pitanje: „Samo je u određenoj mjeri opravdano tumačiti promjenu kao kretanje od *manje kaznenosti* prema *većoj kaznenosti*. Prije se čini da su kazneni stavovi u osamdesetima i ranim devedesetima bili u stanju mirovanja. Uistinu, zamah politike koja preusmjerava iz kaznenog sustava nije razvijen na valu

Remission? An Analysis of Police Responses to Football Hooliganism in the 1990s, *Crime Prevention and Community Safety*, vol. 1, 4/1999., str. 41).

35 O modelima politike maloljetničkog pravosuđa v. u: Hoge, Robert, *Advances in the Assessment and Treatment of Juvenile Offenders, Kriminologija i socijalna integracija*, vol. 17., 2/2009., str. 49-51.

36 Allen, Rob, 'There Must be Some Way of Dealing with Kids': Young Offenders, Public Attitudes and Policy Change, *Youth Justice*, vol. 2., 1/2002.

37 *Ibid.*, str. 4.

narodne podrške, nego u kontekstu indiferentnosti javnosti i snažnog entuzijazma praktičara“.³⁸

Pitts takvu politiku konzervativaca naziva „paradoksom Margaret Thatcher“. On piše kako se diskurzivne tirade Margaret Thatcher o maloljetnim huliganima, ustvari, nisu pretočile u „drakonske politike“: „Torijevci su usvojili prilično jednostavnu strategiju prepuštanja upravljanjem sustava maloljetničkog pravosuđa birokratima Ministarstva unutarnjih poslova,³⁹ dok im je, s druge strane, bilo strašno važno da uspije njihov križarski rat za slobodno tržište i to da poraze Argentinu, sovjetski komunizam i sindikate“.⁴⁰ Vrijedi prenijeti Pittsov opis ishoda takve politike, ali i naslijeđenih kontradikcija iz vremena rehabilitacijskog i odgojnog pristupa britanske države blagostanja šezdesetih, koji je prethodio reformama konzervativaca u osamdesetima: „Između 1981. i 1990. broj maloljetnika osuđenih na neku vrstu zatvora pao je s 7.700 na 1.900 godišnje... No, iza scene, bilo je jasno da je sustav maloljetničkog pravosuđa koji je naslijedila vlada Margaret Thatcher bio u neredu. To je bila nekoherentna mješavina socijalno orijentiranih mjera uvedenih Zakonom o djeci i mladeži iz 1969. i dnevnih centara, popravnih domova i borstala⁴¹ prethodnoga razdoblja.“⁴²

Diskurzivne konstrukcije ovog tipa treba uzeti s određenom rezervom. One ne moraju značiti blagost ili toleranciju prema mladim prijestupnicima. „Društvena autoritarnost“⁴³ koja se opravdano vezuje uz konzervativce, značila je ujedno i druge načine kontrole i represije: ako kazne nisu bile drakonske, u mediju skupoga zatvorskog smještaja, to ne znači da nije bilo drugih oblika kontrole, koje prethode zatvoru u kao „totalnome obliku kontrole ponašanja“: rutinskih provjera, obveznih javljanja u centre za procjenu, programa usmjeravanja ponašanja i boravka u institucijama poluotvorenog tipa.⁴⁴ Jednako tako, smanjenje na strani sudskih statistika treba staviti u kontekst povećanja onih policijskih i upravnih, a izjave o broju slučajeva treba staviti i u kontekst promjene dobne strukture populacije: manje mladih u populaciji znači i manje zločina mladih u apsolutnim razmjerima.⁴⁵ A kako, konačno, napominje Pitts, koji je politici konzervativaca uz štedljivost

38 Ibid., str. 5.

39 U izvorniku *Home Office*. Ministar na čelu Home Officea bio je zadužen za kaznenu politiku, a široko koncipirano Ministarstvo unutarnjih poslova bilo je zaduženo za pitanja pravosuđa do 2007., kada je oformljeno posebno Ministarstvo pravosuđa (*Ministry of Justice*) koje je preuzelo i objedinilo funkcije ranije disperzirane po različitim resorima.

40 Pitts, op. cit. 2003., str. 142.

41 U Velikoj Britaniji i Irskoj „borstal“ je naziv za odgojnu ustanovu zatvorenog tipa za mlade prijestupnike, najčešće izdvojenu negdje u ruralnom krajoliku. Naziv je dobila po mjestu Borstal, kod Rochestera u grofoviji Kent, romantičnome „Vrtu Engleske“, gdje je početkom 20. stoljeća u pogon pušten prvi takav zatvor. Izraz se koristi i u širem smislu, za bilo koju zatvorenu kaznenu ustanovu.

42 Pitts, op. cit. 2003., str. 142.

43 Pratt, John, Crime, time, youth and punishment, *Contemporary Crises*, vol. 13., 3/1990., str. 220.

44 Ibid., str. 237-238.

45 Pitts, op. cit. 2003., str. 144.

pripisao i humanost, cijeli je sustav institucija koje tretiraju maloljetne delinkvente preuzet iz prošlog razdoblja što znači da on ima svoju institucionalnu inerciju mimo političkih proklamacija i programa političke elite na vlasti.

Ako postoje dvojbe u interpretaciji nasljeđa politike maloljetničkog pravosuđa u doba vladavine konzervativaca osamdesetih, iduća faza⁴⁶ u razvoju maloljetničkog pravosuđa donijela je „porast – bez premeditacije i naizgled nezaustavljiv – u nadzornom i sigurnosnom lišavanju slobode prijestupnika dječjeg i adolescentskog uzrasta u Engleskoj i Walesu, kroz devedesete i u 21. stoljeće: porast koji je dobio oštar uzlet pod Novim laburistima“.⁴⁷ Akademski ljevičari stoga nisu propustili istaknuti „atipičnost“ Engleske i SAD-a „u njihovu odgovoru na prijestupe maloljetnika“,⁴⁸ suprotstavivši im pomalo romantizirane prikaze maloljetničkog pravosuđa u drugim europskim zemljama, često više iz prošlosti nego iz sadašnjosti: „rehabilitaciju i kulturu tolerancije“ u Nizozemskoj, posebne policijske jedinice za mlade u Belgiji, u kojima policajci često imaju diplomu socijalnoga rada i sudska pomilovanja i politiku „liberta controllata“ u Italiji.⁴⁹ Uz naknadno nabranje priličnog broja iznimki, Muncie je ustvrdio: „Nigdje u Europi, osim u Engleskoj, Walesu i Irskoj, ne može se roditelje izložiti mjerama kaznenog nadzora koje su dio regulacija iz područja maloljetničkog pravosuđa. Nigdje u Europi, osim u Engleskoj i Walesu nisu zabrane kretanja, elektronički nadzor i kućni pritvor tako entuzijastično usvojeni kao vjerodostojna sredstva za bavljenje s mladima“.⁵⁰ Muncie također spominje „političku radijaciju od ubojstva Jamesa Bulgera 1993.“, uspoređujući s njim slučaj ubojstva petogodišnje djevojčice u Trondheimu koju su ubila dva šestogodišnjaka, ističući različiti pristup slučajju, no bez previše detalja

46 Rutherford razlikuje osamdesete i devedesete kao dvije faze razvoja maloljetničkog pravosuđa u Engleskoj i Walesu. Osamdesete karakterizira diverzija i dekarceracija, odnosno preusmjeravanje iz sudstva i redukcija zatvorske populacije. Broj slučajeva koji su razmatrani na sudu pao je, za mladiće, s oko 80.000 na 20.000, a broj mladića osuđenih na zatvor u tom je razdoblju pao s 7.500 na 1.500: „Drugim riječima, mjesto odlučivanja namjerno je prebačeno sa sudova na policiju“ (Rutherford, op. cit., str. 100). Konzervativci su se pozivali na „prirodne sile obitelji i društva“, a broj registriranih prijestupa pao je s oko 175.000 na oko 110.000, odnosno „ako se mjeri prema poznatim počiniteljima, maloljetnički kriminal osjetno je pao za vrijeme 1980-ih“ (ibid., 100). Zanimljivo broj počinitelja u 1990-ima i dalje je padao, ali se kaznenost promijenila. Zakon iz 1998. predvidio je i smještanje djece od 12 godina u institucije zatvorenog tipa: samo godine 2000. oko 700 počinitelja mladih od 15 godina bilo je institucionalizirano, a broj maloljetnika od 15 do 17 godina, lišenih slobode, povećao se s oko 4.500 početkom 1990-ih na oko 7.000 početkom 2000-ih. *Zeitgeist* prve faze Rutherford sažima u geslu konzervativaca o „minimalnoj intervenciji“, a druge u laburističkom „nema više isprika“ (ibid., 101). Noviji razvoj maloljetničkog pravosuđa priziva i slikovitu usporedbu sa „sjenom rane viktorijske Engleske kada su se ‘mali ljudi’, jedva tinejdžeri, suočavali ne samo s dugim danima i noćima u tvornicama nego i s transportom u Australiju ili čak smrtnom kaznom“ (ibid., 102).

47 Pitts, op. cit. 2003., str. 134.

48 Muncie, John, *Policy Transfers and ‘What Works’: Some Reflections on Comparative Youth Justice*, *Youth Justice*, vol. 1., 3/2001., str. 31.

49 O posljednjemu v. u tekstu pronicljivog kaznenog komparatista: Nelken, David, *Italian Juvenile Justice: Tolerance, Leniency or Indulgence?*, *Youth Justice*, vol. 6., 2/2006.

50 Muncie, op. cit., 32-33.

o norveškom slučaju. „U Norveškoj se to ubojstvo uvijek shvaćalo kao tragedija u kojoj lokalna zajednica dijelu kolektivnu sramotu i odgovornost. Dječake se nikad nije imenovalo. Vratili su se u školu dva tjedna nakon događaja“.⁵¹ Unatoč drukčijoj povijesti razvoja i institucionalnim putovima, politika maloljetničkog pravosuđa u Engleskoj i Walesu, nasuprot uvodno citiranim skeptičnim komparatistima, počela je donekle nalikovati onoj u SAD-u.

4. PROBACIJA I ZATVORI: PRIVATIZACIJA KAO ORUĐE UPRAVLJANJA KAZNENOM POLITIKOM

Prije zaključka prikaza kaznene politike u Engleskoj i Walesu i kratkog razmatranja o britanskoj politici sudova i kaznenoj kulturi, potrebno je, iz razloga pružanja cjelovitog konteksta za analizu transfera kaznene politike, raščlaniti društvene i tehničke inovacije u području tehnologije kažnjavanja. Riječ je o razvijanju sustavu probacije⁵² koji je popratila tehnička inovacija elektronički nadzora⁵³ i o politici privatizacije zatvora. Oba procesa imala su paralele i uzo-

51 Ibid., 31, 33. James Bulger je dječak koji nije navršio niti tri godine kada su ga mučila i ubila dva desetogodišnjaka, nakon što su ga, iskoristivši majčinu privremenu nepažnju, oteli u šoping centru na području Liverpoola. Slučaj je u literaturi, za razliku od šture norveške crtice koju nudi Muncie (o norveškom slučaju v. nešto detaljnije u: Green, David, *Feeding wolves: punitiveness and culture, European Journal of Criminology*, vol. 6, 6/2009., str. 522), detaljno i komparativno poučno uspoređen s ubojstvom Juna Hasea u Japanu, desetogodišnjaka kojemu je glavu odrubio jedan četrnaestogodišnjak koji je prethodno ubio i Ayaku Yamashitu, desetogodišnju djevojčicu. No za razliku od tog slučaja, identitet britanskih ubojica je otkriven, u suđenju nisu dominirali „psihijatrijski koncepti“, nego se sudac u znatno većoj mjeri služio moralističkim jezikom „zla, pokvarenosti i lukavštine“, a raspoloženje javnosti prema maloljetničkom pravosuđu i djeci ubojicama vjerojatno je najbolje sažeo konzervativni filozof Roger Scruton: zalažući se za uvođenje smrtne kazne, on je u jednom tabloidu počinitelje nazvao „zlim čudovištima“ i požalio se što će ih umjesto pravde „neko vrijeme maziti i dadiljati službene institucije kako bi povećale naše gađenje“ (Smith, David, Sueda, Kiyoko, *The killing of children by children as a symptom of national crisis: Reactions in Britain and Japan, Criminology & Criminal Justice*, vol. 8., 1/2008., str. 10, 13).

52 Na anegdotalnoj razini, romantični početci probacije smješteni su u sredinu 19. stoljeća: „Godine 1841., John Augustus, bostonski postolar, uvjerio je suca Petera Oxenridgea Thatchera da mu prepusti nadzor nad čovjekom koji je optužen da je obična pijanica. Nakon tri tjedna kušnje, čovjek je uvjerio suca da se promijenio pa je, umjesto zatvora, dobio samo nominalnu globu. Tako je rođen prvi probacijski službenik i početci probacije u Sjedinjenim Državama.“ Jacobson, Michael, *Probation Officers, Encyclopedia of Law Enforcement*, London, Sage, 2004., http://www.sage-ereference.com/lawenforcement/Article_n153.html (pristupljeno 16. 11. 2008.). Riječ je doista o kušnji subjekta u režimu discipline, ali u tretiranju teme autor se drži diskursa pozitivnog prava Republike Hrvatske.

53 Elektronički nadzor (*electronic monitoring*) može se koristiti u različite svrhe unutar kaznenog postupka: kao alternativa pritvoru, kao glavna, sudski izrečena sankcija, kao sankcija kojom se naknadno zamjenjuje kazna zatvora, kao oruđe kontrole otpusta iz zatvora, probacije ili uvjetne kazne (u posljednjemu slučaju, umjesto u zatvoru, posljednji se dio kazne služi kod kuće uz nadzor). Elektronički se nadzor najčešće koristio kao prateći uvjet

re u SAD-u, a svakako je – ne ponajmanje s obzirom na otvorenost sustava probacije tržišnom natjecanju ponuđača kaznenih usluga⁵⁴ – riječ o „poduzetništvu kažnjavanja“,⁵⁵ pojmu koji najbolje funkcionira u anglosaksonskim kulturnim, pravnim i političkim jedinicama, a usko je povezan s različitim dimenzijama privatizacije javnih funkcija kažnjavanja te ga vrijedi prethodno objasniti, kako bi se bolje razumjelo kontekst bujanja elektroničkog nadzora i privatizacije zatvora, kaznenopolitičkih procesa važnih u naraciji o transferu javnih politika.

Privatizacija je i dalje globalno prisutan trend vezan za proračunska ograničenja i proklamacije štednje u javnome sektoru, no postavlja se pitanje zašto je, u području kaznene politike, ona ipak najviše došla do izražaja u SAD-u i Britaniji? Feeley, koji epizodu privatizacije zatvora vidi samo kao još jednu od povijesnih epizoda u kojoj privatna inicijativa oblikuje kaznenu politiku (poput jamčevine, kaznenih kolonija i širenja zatvora u 19. stoljeću), smatra da se trendovi privatizacije u anglosaksonskim zemljama očituju, između ostaloga, zbog specifičnih institucionalnih obilježja kaznenog pravosuđa. Pozivajući se na utjecajne analize Mirjana Damaške, on piše kako „slaba“, reaktivna država zajedno s akuzatornim kaznenim procesom, koji se idealno shvaća kao sukob ravnopravnih stranaka u kojemu sudac preuzima ulogu „pasivnog arbitra“, dovodi do snažnijeg utjecaja privatne inicijative u kaznenoj politici. Anglosaksonski su politički sustavi općenito obilježeni fragmentacijom i podjelom moći. U njima nema središnje definirane instance koja je opterećena implementacijom politike, a to posebno vrijedi u području pravosuđa, što stvara potrebu za poduzetnicima kažnjavanja. Ukratko, „u angloameričkom pravnom sustavu, nitko nije glavni. Kao u teoriji tržišta, teorija sučeljavanja počiva na uvjerenju da će sudar ograničenih, stranačkih interesa proizvesti najbolje ishode. Ali, za razliku od ekonomskog tržišta, pravni je sustav zatvoren. Uloge su dobro definirane, ima malo mjesta za promjenu. To je situacija u kojoj je vjerojatno da će inovacija biti uvedena izvana“.⁵⁶

Feeley nastoji pokazati da su poduzetnici oblikovali sustav kažnjavanja u Velikoj Britaniji i SAD-u, pa i to da su oblikovali suvremeni izgled anglo-

kazne rada za opće dobro ili kućnog pritvora. Na razini tehnološki izvedbe, nadzor poprima dva osnovna oblika: emitiranje kontinuiranog signala (*continuous signaling*) ili programirani kontakt (*programmed contact*). U prvom se slučaju kontrolira signal koji se cijelo vrijeme emitira (kompjutor nadzire signale koje iz narukvice prima *receiver*), a u drugome se izvršavanje uvjeta kazne provjerava periodičnim pozivima koji trebaju utvrditi da je kažnjenik prisutan u svom domu. Ta se provjera katkad naziva elektroničkim rukovanjem (*electronic handshake*). O elektroničkom nadzoru v. pregledno u: Baker, Melissa, *Electronic Monitoring, Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*, London, Sage, 2004., http://www.sage-ereference.com/prisons/Article_n109.html (pristupljeno 17. 11. 2008.), odakle su sažete prethodne informacije (nadajući se da tehnički aspekt naracije još uvijek nije anakron). Premda se najavljivala, tehnologija elektroničkog nadzora u vezi s ustrojavanjem probacijske službe do zaključivanja ovog teksta nije zaživjela u Hrvatskoj, za razliku od Bosne i Hercegovine i Srbije.

54 Usp. Garside i Ford, op. cit.

55 Feeley, op. cit.

56 Feeley, op. cit., 324.

saksonskoga kaznenog pravosuđa u cijelosti, koje, globalno gledajući, postaje najpopularniji institucionalni model.⁵⁷ Uz niz privatnih zatvora i korekcijskih programa za mlade, koji u današnjem vremenu nastavljaju anglosaksonsku tradiciju kaznenog poduzetništva, Feeley u intrigantnom tekstu posebno ukazuje i na novi pothvat kaznenog poduzetništva, povezan s mogućim širenjem socijalne kontrole: „Foucaultova vizija samodiscipline pojačane pomažućim profesijama sada se može upotpuniti s elektroničkom pomoći“.⁵⁸ Riječ je o spomenutom nadzoru pomoću elektroničke narukvice (ili često nanogvice), tehnologijom blisko povezanom s probacijskim nadzorom koji se proširio u kaznenoj politici Ujedinjenog Kraljevstva i izazvao brojne kontroverze, pa i asocijacije na Orwellovu 1984.

Razvoj sustava probacije uz elektronički nadzor pomoću narukvica u Ujedinjenom Kraljevstvu njegovi su zagovornici prikazali kao spasonosno rješenje financijskog rasterećenja kaznene politike koje ujedno zadržava kontrolu nad prijestupnikom i zadržava dovoljnu mjeru kaznenosti. Kao sastavni do suvremenih probacijskih režima, elektronički nadzor je zanimljiv kao primjer komparativno uspješne kaznenopolitičke inovacije: „Usprkos mitskom pojavljivanju u Novome Meksiku 1983. kada je sudac Jack Love navodno bio inspiriran stripom *Spiderman*, elektronički nadzor prijestupnika sigurno je fascinantna primjer transfera javne politike. Danas se upotrebljava u zemljama kao što su Kanada, Švedska, Nizozemska, Singapur, Australija, Novi Zeland, Izrael, Finska, Škotska“; no kako, odmah zatim dodaje Mair, analizirajući britanski slučaj: „Izvrstan primjer transfera javne politike nije nužno i primjer stvaranja politike zasnovanog na dokazima“.⁵⁹

Korištenje elektroničkih narukvica za nadzor u Ujedinjenom je Kraljevstvu u promatranom razdoblju bilo „politika visokog profila“ u javnosti.⁶⁰ Mair piše kako su oni koji proizvode narukvice isticali njihove prednosti kao i poduzetnici kažnjavanja, institucionalno smješteni unutar birokracije kaznenog pravosuđa. No on ističe da, u pogledu „uštede novca, rezanja zatvorskih brojki i poboljšanja kredibilnosti probacije“, taj sustav nije imao jasne učinke. Pri uvođenju te tehnologije nije bilo presudno „stvaranje politika zasnovano na dokazima“ nego politička logika: „nije bilo uvjerljivih kriminoloških razloga za uvođenje elektroničkog nadzora. Privlačnost novine, politička ambicija i ideologija privatizacije najvjerojatnije su bili ključni čimbenici“.⁶¹ Nakon početnog ideološkog zanosa i zagovaranja, kasniji razvoj je „bio fragmentiran, pragmatičan niz političkih koraka koji su se oslanjali na tvrdnje da je stavljanje narukvice zahtjevno za prijestupnike koji trebaju disciplinu, kao i to da je ono lako dostupno kao opcija . . . koju se može primijeniti“ s bilancom da se tehnologija održala, odnosno da nije došlo do toga da se „baci u kantu za smeće propalih kaznenih inicijativa“.⁶²

57 Ibid., 326.

58 Ibid., 339.

59 Mair, George, *Electronic monitoring in England and Wales: Evidence-based or not?*, *Criminal Justice*, vol. 5., 3/2005., str. 262.

60 Ibid., str. 263.

61 Ibid., str. 265.

62 Ibid., str. 272, 273.

Privatizacija zatvora isprva je i u Britaniji bila kontroverzna tema, no privatni su zatvori ubrzo nakon osiguranja zakonskih okvira ranih devedesetih postali uhodani dio svakodnevnog funkcioniranja kaznene politike. Rani protivnici privatizacije zatvora i njezini zagovornici svoje su pozicije potkrijepili već klasičnim argumentima koje će se ukratko navesti. Isprva se govorilo kako je „dopuštati ljudima da profitiraju od kažnjavanja neprihvatljivo... na moralnim i simboličkim osnovama“; osuđivalo se i „formiranje ‘zatvorsko-industrijskog kompleksa’ koji potencijalno podriiva korekcijsku administraciju i korumpira korekcijsku politiku“, dok se s druge strane inzistiralo na „fiskalnim prednostima“ sugerirajući da su „privatni zatvori... odgovorniji“ i da se „njima... bolje upravlja od javnih zatvora“, kao i to da „privatizacija donosi prijeko potrebnu inovaciju i kompetitivni pritisak u tradicionalno neefikasnu industriju, opterećenu sindikalizmom“. ⁶³ Neki su pak tvrdili da se ništa bitno ni ne mijenja, „da privatizacija kažnjavanja nije uopće privatna, jer su ugovorne strane (ili bi to trebale biti) tako ograničene javnim obvezama da je zapravo riječ o agentima države u nešto drukčijem ruhu“. ⁶⁴ Nasuprot dovođenju u pitanje pothvata u kojemu se „tijelima s primarno komercijalnom motivacijom daje ovlasti prisile nad zatvorenicima“, isticalo se da rano protivljenje privatizaciji počiva na brkanju „alokacije kažnjavanja“, što ostaje uloga države u okviru njezinih javnih ovlasti i „administracije kažnjavanja“, što se može prenijeti na privatna tijela. Država samo povjerava pravo kažnjavanja, a „u konačnici, zatvori javnog i privatnog sektora jednako crpe svoje ovlasti iz prava“. ⁶⁵ Tim se prigovorom ipak nije riješilo pitanje iskrivljenih poticaja: korekcijska industrija profitira ili barem ostaje u poslu dok su zatvori popunjeni, a profit se u tom poslu, kao i u svakom drugom, može osigurati širenjem ili štednjom na standardu, s tim da „korisnici“ zatvorske usluge ne mogu, ako su nezadovoljni uslugom, otići drugom ponuđaču. ⁶⁶ Također, s obzirom na to da je riječ o kompanijama čije dionice fluktuiraju na tržištu, veća je vjerojatnost prikrivanja problema ili incidenta koji samom svojom pojavom u javnosti snižava vrijednost kompanije i slabi njezinu tržišnu poziciju. ⁶⁷

63 Pozen, David. Managing a Correctional Marketplace: Prison Privatization in the United States and the United Kingdom, *Journal of Law & Politics*, vol. 19., 3/2003., str. 256.

64 Robbins, Ira, *Legal Dimensions of Private Incarceration*, Washington, DC, American Bar Association, 1988. nav u: Feeley, op. cit., str. 322.

65 Genders, Elaine, Legitimacy, accountability and private prisons, *Punishment & Society*, vol. 4., 3/2002., str. 290.

66 Inspekcije su uglavnom pohvalile privatne zatvore u Britaniji, ali bilo je i loših primjera, pa i zatvoreničkih pobuna, te je izražena zabrinutost da se standardi „mogu brzo srozati“ upravo zbog imperativa štednje (v. Pozen, 2003: 275-276, 281-282). Sličan *status quo* s dobrim i lošim primjerima te povremenim incidentima (i u privatno upravljanim i javnim zatvorima) nastavio se do kraja promatranog razdoblja, kada se u Engleskoj i Walesu nalazi 14 privatnih zatvora, kojima ugovorno upravljaju privatne kompanije Sodexo, Serco i G4S (HMPS, 2017.). Ekvivalentne rasprave prate prisutnost privatnih konzorcija u sustavu probacije (usp. Garside i Ford, 2015.).

67 V. Shelden, Randall, Prisons And Jails, Economics Of, *Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives*, London, Sage, 2007, http://www.sage-ereference.com/law/Article_n545.html (pristupljeno 16. 11. 2008.).

No, s druge strane, kako problemi u zatvorskom sustavu povlače i odgovornost javnih činovnika, njihovo prikrivanje može jednako biti obilježje upravljanja u javnome sektoru.

Od sredine devedesetih 20. stoljeća ugovori za privatne zatvore u Ujedinjenom Kraljevstvu ne uključuju samo pojedine funkcije poput menadžmenta, nego cijelu shemu „dizajna, izgradnje, upravljanja i financiranja“⁶⁸, pa „nema sumnje da država sada djeluje u skladu s neoliberalnom agendom koja promovira miješanu ekonomiju pružanja sigurnosti i kontrole zločina“.⁶⁹ Po toj su shemi u devedesetima privatne tvrtke i konzorciji izgradile u cijelosti „privatne“ zatvore.⁷⁰ Britanska je politika privatizacije zatvora, kako tvrdi Genders, ukazala na važnost preciznog uglavljanja stavki ugovora i toga što se očekuje od privatnih tijela koja upravljaju zatvorima, a kao problem se pojavila i ograničena evaluacijska usmjerenost na indikatore izvedbe pri čemu se ignoriraju stvarni učinci različitih rehabilitacijskih programa u zatvorima. U konačnici, britanski slučaj privatizacije zatvora pokazao je da je filozofija privatnog poslovanja ipak izmijenila način funkcioniranja zatvora: administracija kažnjavanja nipošto nije tehničko pitanje provedbe prethodne političke odluke o alokaciji, nego politički proces cjenkanja i upravljanja u kojem različiti diskursi i tehnologije oblikuju subjekte uključene u proces.

Iz hrvatske perspektive prepoznatljiv dio javne rasprave o privatizaciji zatvora uključio je i stalno isticanje cijene zatvorenika kao tereta poreznim obveznicima. Ona je u Britaniji procijenjena na 25.000 funti godišnje po zatvoreniku (s programom reforme, recimo za seksualne prijestupnike, i do 30.000 funti), a različite varijante izvanzatvorskog nadzora koštaju, drži se, oko 2.500 godišnje po slučaju, dok u SAD-u zatvorenik košta državu 45.000 dolara godišnje.⁷¹ Te brojke postaju posebno dramatične kad je riječ o dugotrajnim kaznama. Riječima Lorda Phillipsa, bivšeg Lorda Vrhovnog suca Engleske i Walesa (*Lord Chief Justice of England and Wales*): „Ako odlučite zatvoriti čovjeka na minimalno 30 godina, vi investirate jedan milijun funti u njegovo kažnjavanje. Tim bi se iznosom moglo platiti poprilično mnogo kirurških operacija ili puno pomoćnih programa u školama gdje se osoblje muči s problemima poučavanja djece koja niti ne znaju engleski“.⁷²

68 Eng. *DCMF scheme – design, construct, manage, finance*.

69 Genders, op. cit., 286-287.

70 Usp. „Zakon o kaznenom pravosuđu iz 1991. sadržavao je odredbu koja dopušta da se upravljanje bilo kojim zatvorom . . . ugovori s bilo kojom agencijom koju bi Ministarstvo unutarnjih poslova smatralo prikladnom. U travnju 1992. *Group 4 Security* dobila je ugovor da upravlja Woldsom, novom institucijom posebno namijenjenom za pritvorenike, a drugi se zatvor, Blakenhurst, otvorio 1993. pod upravom *UK Detention Services*, povezane s *Corrections Corporation of America*. Otada se privatizacija ubrzala pa su zatvori Buckley Hall, Doncaster, Forest Bank, Lowdham Grange, Kilmarnock [u Škotskoj, v. bilj. 54, nap. K.P.], Altcourse i Parc, i popravni domovi Medway i Hassockfield, svi privatno vođeni“ (Newburn, 2002.: 170).

71 Marsh, Kevin, Fox, Chris, The benefit and cost of prison in the UK: The results of a model of lifetime re-offending, *Journal of Experimental Criminology*, vol. 4, 4/2008., str. 413.

72 Phillips, Nicholas, *Who Decides the Sentence?*, Godišnje predavanje Zaklade za obrazovanje zatvorenika (*Prisoners' Education Trust Annual Lecture*), 14. 10. 2008., <http://www.prisonerseducation.org.uk/index.php?id=211> (pristupljeno 4. 3. 2011.).

Snažno ekonomski dimenzioniranim tehnologijskim inovacijama u kažnjavanju, propitivanjem cijene zatvora, pa i zadovoljstva kažnjenika koji je danas gotovo redefiniran kao korisnik kaznene usluge, primjerice u slučaju elektroničkog nadzora,⁷³ slučaj Engleske i Walesa pokazao je kako je *homo criminalis* (po)stao *homo economicus*.

Na kraju promatranog razdoblja kazneno pravosuđe u Engleskoj i Walesu pokazuje se kao splet institucija opterećen politikom štednje i smanjenja osoblja. S obzirom na općenitu politiku štednje u javnom sektoru, redukciju socijalnih službi i njihova djelovanja, razložno je govoriti o povećanom pritisku na instrumente kaznene politike – na policiju koja je radi prostora i specifične problematike ovdje izostavljena,⁷⁴ ali napose zatvorski sustav koji su konzervativci, radi prenapučenosti, povećane stope nasilja i samoubojstava, stavili visoko na listu reformskih prioriteta pa bi se u veljači 2017. trebao otvoriti novi (muški) zatvor u Walesu, HMP Berwyn, s kapacitetom zaprimanja dvije tisuće zatvorenika što ga čini najvećim zatvorom u Ujedinjenom Kraljevstvu.⁷⁵

5. OD KAZNENE KULTURE DO KAZNENOG TRANSFERA: IDEOLOGIJA I UVOZ KAZNENE POLITIKE

Odakle takav niz promjena u različitim segmentima kaznene politike – prema strožem kažnjavanju i povećanju zatvorskih kapaciteta, koji i dalje nisu dovoljni za prihvata kažnjenih? Može li se govoriti o engleskoj kaznenoj kulturi koja bi objasnila kazneni zaokret? Za odgovor na ovo pitanje može poslužiti tekst Iana Loadera, još jednog oksfordskog profesora kriminologije, koji se založio za „kaznenu umjerenost“ koja bi se zasnivala na tri elementa: „suzdržanosti, štedljivosti i dostojanstvu“.⁷⁶ Kako u istome tekstu navodi sâm Loader, Jonathan Simon, američki kriminolog i profesor kaznenog prava na Sveučilištu Berkeley, odgovorio mu je da je kaznena umjerenost vrlo „engleska stvar“ koja će teško imati uspjeha u SAD-u. Poanta ovog navoda jest da je kazneni populizam u većoj mjeri problem ili jednostavno način djelovanja medija, posebice tabloida, dok kulturne dispozicije, kakve god one bile, nisu faktor koji može dobro objasniti proliferaciju, postroženje i brojne reforme kaznene politike. Također, unatoč presedanskom sustavu i sudbenoj doktrini *stare decisis*, u Ujedinjenom se Kraljevstvu promjena kaznene politike ne može ni parcijalno valjano opisati pomoću politike sudova. U području kaznene politike, suverenost je u rukama parlamenta, a kaznena moć u rukama izabrane egzekutive. Nema ekvivalentne institucije američkome Vrhovnom sudu – povlaštenom interpretu ustava koji, uostalom, u Ujedinjenom Kraljevstvu nije

73 V. Mair, op. cit.

74 V. Garside i Ford, op. cit.

75 Shaw, Danny, What is going wrong with the prison system? *BBC News*, 26. 1. 2017., <http://www.bbc.co.uk/news/uk-38596034> (pristupljeno 29. 1. 2017.).

76 Loader, Ian, For penal moderation: Notes towards a public philosophy of punishment, *Theoretical Criminology*, vol. 14., 3/2010.

zapisan na jednom mjestu. Ako odgovor o konvergenciji kaznene politike između Engleske i Walesa i SAD-a – koja se očituje u kaznenom populizmu i politici na razini elita koje donose strožu regulaciju i stvaraju nove klijente zatvorske sustavu te preslikama kaznenopolitičkih rješenja, tehnologijama i aranžmanima kažnjavanja poput privatizacije i elektroničkog nadzora⁷⁷ – ne leži u sličnostima kulturnih dispozicija, povećanim stopama zločina u „dekadentnom društvu i vremenu“ i institucionalnoj sličnosti (ako izuzmemo Feeleyeve argumente o otvorenosti kaznene politike za inovacije kaznenih poduzetnika na svim razinama), postavlja se pitanje što je uzrokovalo razmjernu sličnost kaznenih politika između SAD-a i UK-a, napose Engleske i Walesa? U ovom će se dijelu rada, pozivajući se na autore koji su istraživali tu problematiku, sugerirati da se barem dio odgovora može pronaći pomoću koncepta transfera javnih politika.

U studijama javnih politika već je nekoliko desetljeća prisutan snažan istraživački interes za prenošenje javnih politika između različitih političkih sustava koje je epohalno pojačano globalizacijom. Tu literaturu svakako treba uzeti u obzir pri komparativnom proučavanju kaznene politike. U teorijskom je opticaju veći broj termina poput konvergencije, izomorfizma, transfera, harmonizacije i učenja o javnim politikama. Nekad se značenjski primjenjuju bez velike strogosti, u osnovi kao niz metafora sa sličnom referencijom i ponešto ideološkog naboja. Što se tiče potonjega, primjerice, „harmonizacija“ snažno konotira nešto dobro i poželjno – često uz implicitno ili eksplicitno postuliranu pretpostavku da racionalno koncipirane vlade rješavaju javnopolitičke probleme, uče jedne od drugih i odgovaraju na slične pritiske iz okoline, pri čemu su im pripisani politička moć i autonomija, a njihovo se djelovanje ne može svesti na neke prethodne društvene ili ekonomske strukture.⁷⁸ Bez obzira na istovjetnost bitnog sadržaja o kojemu govore različiti termini, njihov ideološki naboj i dvojbene ili nedovoljno utemeljene teorijske postavke, literatura o konvergenciji javnih politika razvila je vokabular koji počiva na preciznim taksonomijama i tipologijama.⁷⁹ One opisuju slučajeve prijenosa javnih politika, operirajući s osnovnim kategorijama poput ciljeva, sredstava i okružja politika, pri čemu se može i ne mora eksplicitno razmatrati uzročne procese koji su, u krajnjoj liniji, proizveli sličnost javnih politika u različitim političkim sustavima,⁸⁰ ali se poseban fokus često stavlja na same političke mehanizme konvergencije koji, prema jednoj od klasifikacija, podrazumijevaju učenje, eksternalije, socijalizaciju i imitiranje.⁸¹

77 O SAD-u podrobno v. Petković, Krešimir, Kazna u Americi: kaznena politika u SAD-u u vrijeme kaznenog zaokreta i nakon njega, *Politička misao*, vol. 53., 3/2016., str. 111-138.

78 Holzinger, Katharina, Knill, Christoph, Causes and Conditions of Cross-national Policy Convergence, *Journal of European Public Policy*, vol. 12., 5/2005., str. 781.

79 Dolowitz, David, Marsh, David, Learning from Abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy-Making, *Governance*, vol. 13., 1/2000., str. 9.

80 Usp. Knill, Christoph, Introduction: Cross-national Policy Convergence: Concepts, Approaches and Explanatory Factors, *Journal of European Public Policy*, vol. 12., 5/2005., str. 6.

81 Torben, Heinze, Mechanism-Based Thinking on Policy Diffusion. A Review of Current Approaches in Political Science, *KFG Working Paper Series*, 34, Kolleg-Forschergruppe The Transformative Power of Europe, Freie Universität Berlin, 2011., str. 3-33.

Dok je u već klasičnom i često citiranom sažimanju ove problematike početkom devedesetih Bennett tipološki razlučio oponašanje, umrežavanje elita, harmonizaciju i „penetraciju“,⁸² možda je, u gore navedenom smislu tipologijskog opisa prijenosa politike, korisnija tipologija koju su ponudili Holzinger i Knill, ciljajući jednostavno na razvoj „heurističkog modela“ koji će pomoći „sustavnoj analizi“ konvergencije.⁸³ U pogledu mehanizama transfera odnosno konvergencije u politikama, ti autori razlikuju tri tipična politička scenarija. Prvi je *harmonizacija*, vezana uz transnacionalne režime i pravnu obvezu usvajanja politika kojima, idealno, prethodi egalitarna deliberacija, recimo pri rješavanju problema zagađivanja ili transnacionalnog kriminala. Drugi tip podrazumijeva politički *pritisak*: države ili transnacionalni akteri na različite „mekše“ ili „tvrđe“ načine koriste asimetriju u moći i drugim političkim sustavima nameću određene javne politike, recimo pristup određenim resursima i klupskim dobrima globalne politike države članice uvjetuju programom reformi koje prethodno specificiraju, ovisno o vlastitim interesima i ideologijskim preferencijama. Treći je način usklađivanja politika *difuzija*, pod čime se misli na niz prelazaka javnih politika preko granica političkih sustava bez prisile ili kolektivnog političkog konsenzusa, odnosno bez „kolektivne obveze“.⁸⁴ Ta metafora upućuje na brojne scenarije preklapanja politika u kojima ulogu igraju političke ambicije elita i njihovi samostalni politički potezi, a prijenos politika može se opisati terminima poput učenja ili, apstraktnije, komunikacije, a ponekad i mimeze, više u kategorijama politologijskog ili gotovo biologijskog biheviorizma. Pri svemu tome, dakako, u toj će se literaturi naglasiti kako s obzirom na stvarnu empirijsku konvergenciju treba razlikovati preklapanje u deklariranim ili namjeranim ishodima politika (*outputs*) i njihovim stvarnim učincima na razini implementacije (*outcomes*).

U stjecanju jasne analitičke slike o transferu kaznene politike u našem slučaju, mimo terminologijskih dosjetki i različitih skolastičkih detalja u samoj literaturi,⁸⁵

82 Bennett, Christopher, What Is Policy Convergence and What Causes It? *British Journal of Political Science*, vol. 21., 2/1991., str. 221-227.

83 Holzinger i Knill, op. cit., 862-867.

84 Ibid., 861.

85 V. primjerice temat posvećen transferu javnih politika u trećem broju *Political Studies Review* iz 2012. u kojemu „bijesne“ skolastičke rasprave o epistemologiji i ontologiji, deskripciji i heuristici, te konceptualizacijama odnosa strukture i djelovanja s obzirom na transfer javnih politika. Taj tip rasprave može donijeti korisnu konceptualnu klarifikaciju, raščišćavajući primjerice je li istraživanje transfera u konačnici bolje povezati s epistemologijom „kritičkog realizma“ ili „konstruktivističkog institucionalizma“ (Dolowitz, David, Marsh, David, The Future of Policy Transfer Research, *Political Studies Review*, vol. 10, 3/2012., str. 344), ali autorovo je mišljenje da ovaj pregled nije potrebno opterećivati epistemologijskom „teškom artiljerijom“. Naime, transfer javnih politika sasvim dobro funkcionira i kao poprilično „prizeman“ deskriptivni koncept koji empirijski opisuje i klasificira mehanizme i aktere prijenosa politike. Njih se zatim, kao što to ovaj članak nastoji učiniti, „prirodno“ smješta u više-manje zdravorazumske okvire odnosa strukture i djelovanja koji podrazumijevaju da različite društvene, ekonomske, političke i pravne strukture u određenom kulturnom kontekstu ograničavaju, ali i omogućuju djelovanje različitih aktera u sustavu. To, drugim riječima, znači da literaturu o transferu javnih politika za potrebe ovog članka autor shvaća

treba imati u vidu nekoliko momenata i pretpostavki analize.

Prvo, postoji određena strukturna, kulturna i tradicijska pozadina transfera politike koja ga, ovisno o sličnosti ili razlikama tog konteksta, olakšava ili otežava, a tome treba pribrojiti i suočavanje sa sličnim problemima unutar tih struktura. Američka i britanska kaznena politika u tom su smislu idealan slučaj za usporedbu i istraživanje transfera politike. Bez obzira na dijagnostičirane razlike u kulturnim dispozicijama, u pogledu „kulturnih veza“ i „nasljeđa javnih politika“⁸⁶ na relaciji Europa – SAD, ta je sličnost sigurno najveća između Ujedinjenog Kraljevstva i SAD-a. Treba, dakle, imati u vidu da je transfer javne politike koji podrazumijeva volju aktera na različitim razinama političkog sustava uvijek i donekle predeterminirana konvergencija uzrokovana strukturnim faktorima, koja proizlazi iz toga što se države suočavaju sa sličnim pritiscima, imaju usporediva kulturna nasljeđa, političke institucije i tradicije.

Drugo, u strukturalističkim okvirima sigurno postoji barem određena autonomija političkih elita u izboru retorike i političkih programa koju podrazumijeva koncept difuzije javnih politika pod koji treba podvesti ovdje analizirane promjene. Uloga elita i njihovih postupaka je važna i ne može se u cijelosti svesti na strukturne faktore, pa u analizi transfera kaznene politike svakako treba staviti naglasak na ulogu elita.

Treće, s obzirom na to da se stroža, diskurzivno i strukturno slična kaznena politika u SAD-u realizirala ranije,⁸⁷ smjer transfera nije upitan: on je išao iz SAD-a prema Britaniji, pa, imajući u vidu prethodnu točku, u analizi poseban fokus treba staviti na ideologiju, retoriku i politiku Novih laburista i njihovu sličnost s politikom i retorikom Clintonovih demokrata o kažnjavanju. Činjenica je da su se britanske političke elite, laburisti i konzervativci, kao i poduzetnici javnih politika u javnoj upravi i privatnom sektoru, prigrlili američke diskurse i javne politike, pri čemu je u smislu taksonomijske čistoće manje važno je li riječ o pukom „kopiranju“ ili eufemiziranoj „inspiraciji“.⁸⁸

Četvrto, konvergencija je kao pojam možda više zainteresirana za ishode, a pojam transfera više za sam proces, odnosno za „analitički odvojene klase

kao izvor različitih priručnih metafora koje osvjetljavaju različite aspekte procesa prijenosa politike (v. Stone, Diane, *Transfer and translation of policy*, *Policy Studies*, vol. 33., 6/2012.), dok, malo pretencioznije rečeno, odnos između difuzije koji naglašava strukturne faktore i samog transfera koji naglašava djelovanje aktera treba shvatiti „dijalektički“, kao i odnos između strukture i djelovanja općenito u smislu da je on „interaktivan i iterativan“ (Marsh, David, Sharman, J.C., *Policy diffusion and policy transfer*, *Policy Studies*, vol. 30., 3/2009., str 270). Pritom se pretenzija da se riješi pitanje koja je konačna kauzalna instanca koja dovodi do određenih djelovanja i ishoda (primjerice, je li sve u konačnici svedivo na političku ekonomiju, kulturu ili pak „institucije“) i kojim epistemologijskim vokabularom opisati transfer (pozitivističkim, kritičko-realističkim ili konstruktivističkim) može privremeno staviti u zagradu.

86 Holzinger i Knill, op. cit., 793.

87 Newburn, Tim, *Atlantic crossings: ‘Policy transfer’ and crime control in the USA and Britain*, *Punishment & Society*, vol. 4., 2/2002., str. 176.

88 Dolowitz i Marsh, op. cit., str. 9.

mehanizama koji pridonose konvergenciji“⁸⁹, ali treba analizirati jedno i drugo, bez obzira koje nazive dodijelimo našim analitičkim koncepcijama. Pitanje za analitičara jest kako je izgledao mehanizam transfera kaznene politike i koji su mu bili „konvergencijski“ ishodi? Dojam o razmjerno visokoj razini konvergencije kaznenih politika SAD-a i Ujedinjenog Kraljevstva, ponajviše Engleske i Walesa – što se ponajprije očitovalo u povećanju postojećih i uvođenju novih kazni, u emocionalnim i retributivnim političkim diskursima, u približavanju politike ljevice i desnice posebno u vezi s nasilnim zločinima, u sličnosti tehnologija i modela rada kaznenog pravosuđa i kažnjavanja – zaslužuje da se moguća konvergencija podrobnije ispita na obje razine – mehanizama transfera i ishoda, a pritom treba paziti da se razluče diskurzivna razina retorike i stvarna razina operiranja kaznene politike. U kratkom prikazu što slijedi autor će se osloniti na analize koje su dvojica britanskih znanstvenika objavili u nizu članaka⁹⁰ i saželi u interdisciplinarnoj studiji koja povezuje kriminologiju i političku znanost,⁹¹ nastojeći objasniti kako je američka kaznena politika osvojila Otok.

U pogledu prve točke, teoretičari kaznene politike ustanovili su strukturne i epohalne sličnosti. Garland je objasnio kako kompleks kasne modernosti, rastakanje diskursa i tehnologija države blagostanja i uzdrmanje poslijeratnog socijalno-liberalnog konsenzusa kaznene politike utječe na politiku kažnjavanja.⁹² Elite i poduzetnici javnih politika upućeni su na društvena kretanja i „duh“ epohe. No složen pojam javne politike podrazumijeva da se djelovanje elita ne otpiše simplicističkim strukturalizmom.⁹³ Newburn i Jones u tom smislu upućuju na samoskrivljenu „klintonizaciju“ Novih laburista, koju ipak smještaju u širu tradiciju posuđivanja iz američkih javnih politika i amerikanizaciju javnih politika u području kaznene politike. U pogledu mehanizma transfera, politički motivirane elite su odigrale ključnu ulogu, a slučaj transfera jasno se smješta u široke okvire difuzije, s naglaskom na imitaciju i mimezu. Da bi učili od demokrata, Tony Blair i Gordon Brown posjetili su SAD 1993, a zatim i 1997. godine, u kojoj su dobili izbore u Britaniji. Oni nisu bili impresionirani samo pojedinim institucijama američke kaznene politike, poput visokog povjerenika za borbu protiv droge – tzv. *Drugs Czar*, pri čemu se i retorika rata protiv droge probila na Otok⁹⁴ – nego su usvojili osnovnu pouku Clintonovih pobjeda na izborima koje su, između ostaloga, počivale

89 Holzinger i Knill, op. cit., str. 861.

90 Newburn, op. cit. Jones, Trevor, Newburn, Tim, Policy convergence and crime control in the USA and the UK: Streams of influence and levels of impact, *Criminal Justice*, vol. 2, 2/2002; Newburn, Tim, Jones, Trevor. Symbolic politics and penal populism: The long shadow of Willie Horton, *Crime, Media, Culture*, vol. 1., 1/2005. Newburn, Tim, Jones, Trevor, Symbolizing crime control: Reflections on Zero Tolerance, *Theoretical Criminology*, vol. 11., 2/2007.

91 Newburn, Tim, Jones, Trevor, *Policy Transfer and Criminal Justice: Exploring US Influence over British Crime Control Policy*, Maidenhead, Open University Press, 2007.

92 Garland, op. cit.

93 Jones i Newburn, op. cit. 2002.

94 Newburn, op. cit. 2002., str. 171.

na tome da se ostavi dojam čvrstoće i nepopustljivosti prema zločinu,⁹⁵ čemu su, kako smo vidjeli, laburisti dodali politički neispunjeni dio retoričke krilatice da treba biti i „čvrst prema uzrocima zločina“. U želji da konačno dobiju vlast, velike stranke su tavorenje u opoziciji zamijenile ideologijskim redefinicijama i *catch all* političkim strategijama koje su podrazumijevale određenu razinu strogosti kaznene politike i kaznenog populizma: «Kao ishod duge političke dominacije republikanaca u SAD-u i konzervativaca u Ujedinjenom Kraljevstvu, opozicijski političari s obje strane Atlantika uključili su se u dugotrajnu potragu za izvorom izbornog uspjeha u onome što su zasigurno bila nova vremena. Proboj je došao s pobjedom Billa Clintona 1992. Laburističko vodstvo u Ujedinjenom Kraljevstvu pomno je promatralo predsjedničke izbore 1992. Oni koji su bili bliski onome što se dogodilo s Demokratskom strankom u SAD-u htjeli su naučiti i primijeniti pouke.»⁹⁶

U vezi s drugom točkom treba primijetiti da je, uz politički stil, diskurse i tehnologije, u transferu javnih politika možda i ključan faktor bila ideologijska mapa britanske politike koju su konzervativci s Margaret Thatcher pomaknuli udesno, u smislu naglašavanja motiva strogosti i odgovornosti, ali su s tim povezali proklamirane imperativne štednje u javnom sektoru i političko idealiziranje privatnog poduzetništva i „zdrave“ privatne inicijative kao panaceje za probleme kolektivnog života. To je dovelo do toga da se uvoz kaznenopolitičkih tehnologija snažnije ideologizira nego što je to bio slučaj na njihovu izvoru. Primjerice, politika privatizacije zatvora u SAD-u i UK-u, razlikuje se po pitanju ideologijske zasićenosti i uloge ideologije kao motivacijskog faktora i medija obrazloženja politike. Politika privatizacije je u SAD-u, naime, bila „pragmatični odgovor na pravne zahtjeve u vezi prenapučenosti zatvora i poteškoće u prikupljanju dovoljno kapitala unutar javnog sektora“.⁹⁷ U Ujedinjenom Kraljevstvu u vrijeme uvođenja privatizacije nije bilo sličnog pritiska, nego su motivi za politiku u većoj mjeri bili simbolički. Ona je bila dio općeg privatizacijskog projekta i preferiranja tržišta koje su uveli konzervativci, što nije smetalo Novim laburistima. Odluka da se privatizacija uvede i u područje kaznene politike „za Margaret Thatcher... simbolizirala je njezinu neovisnost, radikalizam i uvjerenje da se njezina vlada treba percipirati kao ‘vlada sa stavom’ (*conviction government*)“.⁹⁸ Zaključak Newburna i Jonesa jest da je privatizacija zatvora bila simbol, a ne kaznenopolitička potreba, iz čega se daje iščitati da je ideologija bila važan medij transfera kaznene politike.

Na razini same konvergencije ishoda, analize Newburna i Jonesa ponovno su veoma korisne u prikazu našeg slučaja. Oni su pomno raščlanili više segmenata kaznene politike u Ujedinjenom Kraljevstvu. Izravan transfer elektroničkog nadzora kao ideologijski privlačne tehnologije koja kontrolira prijestupnike i šteti javni novac; u privatizaciji zatvora registrirali su veliku ulogu korporacija zainteresiranih za širenje tržišta, ali i interesno motiviranih privatnih instituta koji se bave

95 Newburn i Jones, op. cit. 2005.

96 Newburn, op. cit. 2002., str. 173.

97 Jones i Newburn, op. cit. 2002., str. 193.

98 Jones i Newburn, op. cit., 2002., str. 193.

ideologijskom produkcijom i poduzetništvom javnih politika, što upućuje na dodatne razine ekonomsko-političkog poduzetništva kažnjavanja i potvrđuje općenitu tezu da su „izravni materijalni interesi“ važan faktor u objašnjenju transfera politike.⁹⁹ Formalni okviri strožeg kažnjavanja i duljih kazni, stroži kaznenopolitički pritisak na pedofiliju, strože i revnije policijsko postupanje također su našli svoje uzore u SAD-u. U politici strogih kazni po spomenutom modelu *three strikes & you're out*; registriranju, praćenju i strožim kaznama za pedofile i famoznoj politici „nulte tolerancije“ koja se povezuje s metaforom „razbijenih prozora“ koju su elaborirali američki kriminolozi, tvrdeći da uspješno suzbijanje i kontroliranje manjih zločina smanjuje stopu onih većih i povećava sigurnost.¹⁰⁰

Međutim, kada se u analizu uvede razlikovanje između retorike o politici i njezinih stvarnih učinaka, Jones i Newburn znatno su skeptičniji, što se vjerojatno može povezati s razlikama u kulturnim dispozicijama građana i institucionalnoj povijesti sustava kaznenog pravosuđa. Naime, na razini retorike i političkih simbola, doista se realizirala snažna konvergencija kaznenih politika. Britanskim političkim diskursom zavladao je oštra retorika nulte tolerancije, antipedofilska histerija, radikalna čvrstoća i odlučnost u borbi protiv svih vrsta zločina, a posebno onih nasilnih i seksualnih.¹⁰¹ Kritizirala se blagost sudova i doneseni su stroži okviri politike. Ali, ti formalni okviri nisu bili tako drakonski, a što je još važnije, ni sami ishodi. Duljina kazni bila je manja,¹⁰² a „kaznena retorika bila je općenito uspješniji uvozni proizvodi od kaznene politike. U Ujedinjenom Kraljevstvu bilo je znatno više govora o ‘nultoj toleranciji’ nego što je bilo nulte tolerancije“.¹⁰³ Kada se razluče ove dvije razine, Jones i Newburn, barem u vezi s nekim segmenatima kaznene politike, idu toliko daleko da govore da je prijenosa instrumenata i praksi u smislu formalnih politika i kaznenih praksi bilo znatno manje od političke upotrebe simbola.¹⁰⁴ Kao i politici visokog obrazovanja, laburisti su ostali dobro zapamćeni po svojim političkim mantrama i angažmanu revnih spin doktora, no nema sumnje da je transfer kaznenih politika koji su poduzele ideološki i politički motivirane elite rezultirao i značajnom mjerom njihove konvergencije koju pokazuje gornja analiza,

99 Holden, Chris, Exporting public-private partnerships in healthcare: export strategy and policy transfer, *Policy Studies*, vol. 30., 3/2009., str. 329.

100 V. Wilson, James, Kelling, George, Broken Windows: Police and Neighborhood Safety, *Atlantic Monthly*, ožujak 1982. Logika te metafore otprilike je sljedeća: ako policija rastjera nametljive perače prozora i prosjake s križanja, teturajuće alkoholičare, one koji mokre po ulici, prostitutke, svodnike i sitne dilere, beskućnike, vandale, grafitere itd. onda neće doći niti do ozbiljnijeg nasilja: ako nema „razbijenih prozora“ i kvart je uredan, mogući počinitelji ozbiljnijeg prijestupa nemaju poticajan kontekst za zločin (o policijskoj politici nulte tolerancije i njezinom netransferu u Ujedinjeno Kraljevstvo, v. Jones i Newburn, 2002: 186; Newburn i Jones, 2007: 225-227, 234, 236).

101 Detaljno o transferu američkih politika prema seksualnim prijestupnicima u Britaniju v. u: McAlinden, Anne-Marie, The governance of sexual offending across Europe: Penal policies, political economies and the institutionalization of risk, *Punishment & Society*, vol. 14, 2/2012.

102 Newburn, op. cit. 2002., 169.

103 Ibid., 184.

104 Jones i Newburn, op. cit. 2002, str. 194.

a koja se ne može svesti na strukturne faktore.

Drugim riječima, do izomorfizma kaznene politike na razini diskursa, tehnologija, a donekle i ishoda, ne bi došlo da nije bilo izravnih mehanizama transfera na razini političkih elita s kojima su se povezale korporacije koje su našle interes u privatizaciji kažnjavanja i strogosti kaznene politike koja osigurava „klijentelu“ kaznenom sustavu, ali i epistemičkih zajednica, povezanih s birokracijom, akademskom zajednicom i *think-tankovima*, koje su preuzele i elaborirale kaznene diskurse iz SAD-a.¹⁰⁵ Ako na kraju kao posebno važnu ipak treba izabrati jednu u nizu etiketa iz literature koje osvjetljavaju različite aspekte procesa transfera politike, *emulacija* je termin koji vjerojatno najbolje pogađa odlučujuću ulogu koju su elite odigrale u procesu transfera kaznene politike iz SAD-a u UK. Naime, o emulaciji možemo govoriti kada „upravljačka organizacija prihvati da politika, program ili institucija iz inozemstva predstavlja najbolji standard za dizajn politike, programa ili institucije u zemlji“, a u našem je području istraživanja, „američka politika još jednom iznjedrila standard prema kojem se stvarala engleska politika kontrole zločina pod Novim laburistima“.¹⁰⁶

Nakon takve politike laburista, unatoč svim razlikama u programima,¹⁰⁷ konzervativci nisu imali previše posla s time da učine kaznenu politiku strožom. Povijesna ironija je u tome što su se time udaljili od normativnog ideala koji je u nešto manje poznatoj izjavi prije više od stotinu godina istaknuo njihov vjerojatno najpoznatiji vođa, premda konkurencija u 20. stoljeću nije mala. Izjava se danas čini dalekom i pomalo idealistički naivnom, a podsjeća na Mandelinu, poznatiju, kraću i iskustveno utemeljenu, da se zemlja najbolje poznaje po njezinim zatvorima. Winston Churchill, tada ministar unutarnjih poslova, u jednom govoru u Donjem domu 1910, u žanru etike i politike vrline gotovo s tomističkim prizvukom, istaknuo je sljedeće o kaznenoj politici: «Raspoloženje i držanje javnosti u pogledu postupanja prema zločinu i zločincima jedan je od najpouzdanijih testova za bilo koju zemlju. Staloženo neostrašćeno priznavanje prava optuženika pa čak i osuđenog zločinca spram države – stalno samopropitivanje svih koji su zaduženi zadaćom kažnjavanja – želja i poletnost da se rehabilitira u svijetu rada one koji su platili danak pod teškom kušnjom kažnjavanja; neumorni naponi prema otkrivanju procesa koji zaljećuju i obnavljaju; nepoljuljana vjera da postoji blago, ako ga se potraži, u srcu svakog čovjeka. Ti su simboli, u postupanju sa zločinom i zločincima, obilježje i mjera spremnosti nacije, znak i dokaz živuće vrline u njoj.»¹⁰⁸

105 V. Jones i Newburn, *Policy Transfer and Criminal Justice...*, 2007., str. 49-64, 86-95, 120-129.

106 Evans, Mark, Policy transfer in critical perspective, *Policy Studies*, vol. 30., 3/2009., str. 246. Drugi termin s negativnijim, biologijskim konotacijama također može doći u obzir: „Mimikrija, također poznata kao emulacija ili socijalizacija, objašnjava kopiranje stranih modela u smislu simboličkih ili normativnih faktora, radije nego iz tehničke ili racionalne brige za funkcionalnu efikasnost“ (Marsh i Sharman, op. cit., str. 272).

107 Garside i Ford, op. cit., str. 15.

108 Churchill, nav. u: Goldberg, Arthur, *Constitutional Faith and American People*, u: Simmons, Richard (ur.), *The United States Constitution: First 200 Years*, Manchester, Manchester University Press, 1989., str. 231.

6. UMJESTO ZAKLJUČKA: TRANSFER, TEHNOKRACIJA I DEMOKRACIJA U KAZNENOJ POLITICI

Što će biti s Ujedinjenim Kraljevstvom nakon referendumski sankcioniranog izlaska iz Europske unije poznatijeg kao Brexit i kako će općenito stajati „živuća vrlina“, teško je u ovom trenutku prognozirati, a kamoli što će biti s kaznenom politikom s obzirom na mehanizme njezina ujednačavanja u EU. Pravna strukovna udruženja preporučila su da se zadrže kaznenopolitički instrumenti poput europskoga uhidbenog naloga odnosno dali su njihovo pozitivno vrednovanje.¹⁰⁹ U razdoblju što dolazi, bit će zanimljivo promatrati utjecaj šire političke dinamike, u vezi s imigracijom i njezinim prelamanjem u kaznenoj politici te eventualnom daljnjom erozijom legitimnosti Europske unije, te objašnjavati eventualno povećavanje kaznenopolitičkih razlika među političkim jedinicama u Ujedinjenom Kraljevstvu, kao i u cijelom Ujedinjenom Kraljevstvu u odnosu na države zapadne Europe. Umjesto spekulacija o budućem razvoju kaznene politike, autor će zaključiti na kratkoj problemskoj i normativnoj noti u vezi sa suvremenim putovanjima kaznene politike preko granica država, posebno u europskom kontekstu.

Claudio Radaelli, autor koji piše teorijski inventivne i diskurzivno lepršave tekstove o europeizaciji javnih politika, davno je ustanovio da u Europskoj uniji mimetizam i institucionalni izomorfizam služe kao mediji tehnokratske legitimnosti nasuprot onoj demokratskoj koje, kako je poznato, nedostaje.¹¹⁰ Dok se transfer kaznene politike preko Atlantika može opisati kao slučaj politički i ideologijski motivirane difuzije, u kojoj je važnu ulogu odigrala emulacija politike na razini elita, europske integracije područje su „harmonizacije“ javnih politika koje uključuje države članice, ali i one u procesu pristupanja poput Hrvatske, gdje svakako tipološki postoje elementi pritiska. U Hrvatskoj nominalni socijaldemokrati barem u pogledu kaznene politike nisu izveli ništa toliko drastično kao britanski laburisti, a po svoj prilici nisu ni mogli jer ni hrvatska desnica nije bila povezana sa zagovaranjem ili implementacijom stroge formalne politike kažnjavanja. Ulogu reformatora kaznene politike u tim okolnostima preuzeli su pripadnici zajednica javnih politika, birokrati iz ministarstava, različiti priručni pravni stručnjaci i radne skupine koji svoje projekte predaju na sankcioniranje često nezainteresiranim i nedovoljno upućenim političkim elitama u zakonodavnoj i izvršnoj vlasti. U situaciji kada je država pristupa nadnacionalnoj političkoj integraciji koja ima svoje institucije, stilove i preferirane politike, te različite, financijski ekipirane mehanizme poticanja konvergencije i učenja o javnim politikama, ili je već dio takve formacije, poduzetnici kažnjavanja mogu se pojaviti u birokratskom sustavu i uvesti javne

109 Law Society of England and Wales, *Justice Select Committee written submission: The implications of Brexit for the justice system (Written evidence by the Law Society of England and Wales to the Justice Select Committee's inquiry on the implication of Brexit for the justice system)*, London, 2016, str. 3.

110 Radaelli, Claudio, 2000: Policy transfer in the European Union: Institutional isomorphism as a source of legitimacy, *Governance*, (13) 1, str. 37-38.

politike iz inozemstva koje mogu biti učinkovite te jačati tehnokratsku legitimaciju o kojoj piše Radaelli, ali, jednako tako, mogu biti demokratski problematične jer nemaju utemeljenje u kulturi i tradiciji populacije i njezinim kaznenim shvaćanjima, a komunikacijsko djelovanje i deliberacija koji bi legitimirali nova racionalnija rješenja izostaju.

Kao primjer transfera u tom smislu može poslužiti diskurzivna i birokratska reforma uvođenja probacije u hrvatsku kaznenu politiku,¹¹¹ birokratskog dispozitiva koji se ponajviše praktično vezao za administraciju sankcija rada za opće dobro na slobodi i uvjetnih osuda uz zaštitni nadzor. Za „uvođenje probacije“ Engleska i Wales poslužili su kao izvozna kaznena jedinica, koju su posjetili domaći pravosudni birokrati i suci, stekavši impresiju da „sve izgleda vrlo koordinirano, no ne i savršeno“.¹¹² Ona dakako nije radikalna novost: uvođenje probacije u hrvatsku kaznenu praksu dobro ilustrira tvrdnju da je transfer politike uvijek povezan s procesom prevođenja, lokalne artikulacije i evolucije sustava u lokalnim okvirima,¹¹³ pri čemu svako prevođenje politike nastaje u „složenoj mreži“ postojećih odnosa i okvira.¹¹⁴ Ovdje međutim nema prostora analizirati praksu implementacije mladog kaznenog podsustava i njegov odnos sa smanjenjem pritiska na zatvorski sustav u Hrvatskoj što je predmet za posebnu i pažljivu analizu,¹¹⁵ nego se na osnovi spomenutog primjera želi upozoriti na jedan širi problemski sklop koji se otvara kaznenim uvozom i reformama mimo demokratske rasprave bez obzira na to kako on u nekom vremenu funkcionirao.

Naime, interdisciplinarna analiza kaznene kao i drugih javnih politika, koja će povezati ne samo političku i pravnu znanost nego i druge discipline, ne samo u okvirima društvenih znanosti, na kraju se suočava s temeljnim pitanjem kako jedna politička zajednica treba stvarati kaznenu politiku? Normativni ideal može zahtijevati da se kaznena politika kao jedna od fundamentalnih javnih politika – komparativno iznimno intrigantna, predmet konvergencija i zanimljivih globalnih transfera – politizira i postane predmet istinskoga demokratskog odlučivanja hrvatskih građana. S druge strane, politizacija kaznene politike u praksi ne mora nužno ići u smjeru prosvijećenoga demokratskog odlučivanja informiranih građana, koje vrijednosni naboj riječi „istinsko“ implicira. Dapače, ona može ići u smjeru kaznenog populizma i kaznenog zaokreta u kojemu elite donose društveno skupe

111 V. Kovčo Vukadin, Irma, Rajić, Saša, Balenović, Marija, Uspostava probacijskog sustava – novi izazov za Hrvatsku?, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 16, 2/2009. Kovčo Vukadin, Irma, Rajić, Saša, Maloić, Snježana, Izazovi u izgradnji probacijskog sustava u Republici Hrvatskoj, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 18., 2/2011; Miliwojević, Lana, Tomašković, Roman, Sustav probacije u RH i alternative kazni zatvora, *Policija i sigurnost*, vol. 20., 1/2011.

112 Petö Kujundžić, Lana, Vukota, Ljiljana, Čemu nas je podučio prikaz probacijskog sustava u Engleskoj i Walesu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 16., 1/2009., str. 323.

113 Marsh, David, Evans, Mark, Policy transfer: coming of age and learning from the experience, *Policy Studies*, vol. 33., 6/2012., str. 478-479.

114 Stone, op. cit., 491.

115 Kovčo Vukadin, Irma, Špero, Jana, Hrvatski probacijski sustav: postignuća i perspektive, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 22, 2/2015.

strože zakone, često kako bi za vlastiti politički profit udovoljile „moralnoj pani-ci“ građana koju podgrijava medijski senzacionalizam. Postoje i drugi scenariji, kada se uvode novi instituti kažnjavanja i oblici nadzora i kontrole bez njihove javne legitimacije ili se pak birokratskom inercijom kaznenog pravosuđa ne osiguravaju okviri u kojima bi neka djela bila kažnjena, a sigurnost građana zajamčena. Različite partikularne ideologije kroz vrata kaznene politike koju usvoje nezainteresirane elite mogu postati javna norma s posljedicama za sve. To su izazovi za budućnost kaznene politike u Hrvatskoj, koja će morati nalaziti finu ravnotežu između tehno-kratske utemeljenosti i demokratske legitimnosti, i svladavati izazove partikularnih ideoloških projekata i uskih interesa različitih poduzetnika kažnjavanja. Kako ova mala komparativna studija slučaja nastoji pokazati, u tom je neizvjesnom procesu, međutim, jedno sigurno: u okvirima europskih političkih struktura, mehanizmi transfera politike na razini političkih elita, pravosudne birokracije, epistemičkih zajednica i različitih zainteresiranih strana, sigurno će igrati važnu ulogu pa im akademska zajednica treba posvetiti analitičku pažnju koju zaslužuju.

LITERATURA

1. Allen, Rob, 'There Must be Some Way of Dealing with Kids': Young Offenders, Public Attitudes and Policy Change, *Youth Justice*, vol. 2., 1/2002., str. 3-13.
2. Baker, Melissa, Electronic Monitoring, *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*, London, Sage, 2004, http://www.sage-ereference.com/prisons/Article_n109.html (pristupljeno 17. 11. 2008).
3. Bennett, Christopher, What Is Policy Convergence and What Causes It?, *British Journal of Political Science*, vol. 21, 2/1991., str. 215-233.
4. Carrabine, Eamonn, England and Wales, *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*, London, Sage, 2004. http://www.sage-ereference.com/prisons/Article_n112.html (pristupljeno 17. 11. 2008).
5. Croall, Hazel, Criminal justice in post-devolutionary Scotland, *Critical Social Policy*, vol. 26., 3/2006., str. 587-607.
6. Dolowitz, David, Marsh, David, Learning from Abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy-Making, *Governance*, vol. 13, 1/2000, str. 5-23.
7. Dolowitz, David, Marsh, David, The Future of Policy Transfer Research, *Political Studies Review*, vol. 10., 3/2010., str. 339-345.
8. Evans, Mark, Policy transfer in critical perspective, *Policy Studies*, vol. 30., 3/2009., str. 243-268.
9. Feeley, Malcolm, Entrepreneurs of punishment: The legacy of privatization, *Punishment & Society*, vol. 4., 3/2002., str. 321-344.
10. Garland, David, *The Culture of Control: Crime and Social Control in Contemporary Society*, Chicago, Chicago University Press, 2001.
11. Garland, Jon, Rowe, Michael, The 'English Disease'—Cured or in Remission? An Analysis of Police Responses to Football Hooliganism in the 1990s, *Crime Prevention and Community Safety*, vol. 1., 4/1999., str. 35-47.
12. Garside, Richard, Ford, Matt, *UK Justice Policy Review: Volume 5 (6 May 2014 to 5 May 2015)*, London, Centre for Crime and Justice Studies, 2015.
13. Genders, Elaine, Legitimacy, accountability and private prisons, *Punishment & Society*, vol. 4., 3/2002., str. 285-303.

14. Goldberg, Arthur, Constitutional Faith and American People, u: Simmons, Richard (ur.), *The United States Constitution: First 200 Years*, Manchester, Manchester University Press, 1989, str. 225-232.
15. Goldson, Barry, Muncie, John, Rethinking Youth Justice: Comparative Analysis, International Human Rights and Research Evidence, *Youth Justice*, vol. 6., 2/2006., str. 91-106.
16. Green, David, Feeding wolves: punitiveness and culture, *European Journal of Criminology*, vol. 6., 6/2009., str. 517-536.
17. Herschinger, Eva, Jachtenfuchs, Markus, Kraft-Kasack, Christiane, Scratching the heart of the artichoke? How international institutions and the European Union constrain the state monopoly of force, *European Political Science Review*, vol. 3., 3/2011., str. 445-468.
18. HMPS, 2017. Her Majesty Prison Service: Contracted-out prisons, *Ministry of Justice*, <https://www.justice.gov.uk/about/hmps/contracted-out>. Stranica posljednji put ažurirana 7. 1. 2014. (pristupljeno 27. 1. 2017).
19. Hoge, Robert, Advances in the Assessment and Treatment of Juvenile Offenders, *Kriminologija i socijalna integracija*, vol. 17., 2/2009., str. 49-70.
20. Holden, Chris, Exporting public-private partnerships in healthcare: export strategy and policy transfer, *Policy Studies*, vol. 30., 3/2009., str. 313-332.
21. Holzinger, Katharina, Knill, Christoph, Causes and Conditions of Cross-national Policy Convergence, *Journal of European Public Policy*, vol. 12., 5/2005., str. 775-796.
22. Jacobson, Michael, Probation Officers, *Encyclopedia of Law Enforcement*, London, Sage, 2004, http://www.sage-ereference.com/lawenforcement/Article_n153.html (pristupljeno 16. 11. 2008).
23. Johnstone, Gerry, Penal Policy Making: Elitist, Populist, or Participatory?, *Punishment & Society*, vol. 2., 2/2000., str. 161-180.
24. Jones, Trevor, Newburn, Tim, Policy convergence and crime control in the USA and the UK: Streams of influence and levels of impact, *Criminal Justice*, vol. 2., 2/2002., str. 173-203.
25. Knill, Christoph, Introduction: Cross-national Policy Convergence: Concepts, Approaches and Explanatory Factors, *Journal of European Public Policy*, vol. 12., 5/2005., str. 764-774.
26. Kovčo Vukadin, Irma, Rajić, Saša, Balenović, Marija, Uspostava probacijskog sustava – novi izazov za Hrvatsku?, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 16., 2/2009., str. 711-751.
27. Kovčo Vukadin, Irma, Rajić, Saša, Maloić, Snježana, Izazovi u izgradnji probacijskog sustava u Republici Hrvatskoj, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 18., 2/2011., str. 717-735.
28. Kovčo Vukadin, Irma, Špero, Jana, Hrvatski probacijski sustav: postignuća i perspektive, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 22., 2/2015., str. 671-715.
29. Kumar, Krishan, Nation and empire: English and British national identity in comparative perspective, *Theory and Society*, vol. 29., 5/2000., str. 575-608.
30. Law Society of England and Wales, Justice Select Committee written submission: The implications of Brexit for the justice system (Written evidence by the Law Society of England and Wales to the Justice Select Committee's inquiry on the implication of Brexit for the justice system), London, 2016.
31. Loader, Ian, For penal moderation: Notes towards a public philosophy of punishment, *Theoretical Criminology*, vol. 14., 3/2010., str. 349-367.
32. Mair, George, Electronic monitoring in England and Wales: Evidence-based or not?, *Criminal Justice*, vol. 5., 3/2005., str. 257-277.
33. Marsh, David, Evans, Mark, Policy transfer: coming of age and learning from the experience, *Policy Studies*, vol. 33., 6/2012., str. 477-481.

34. Marsh, David, Sharman, J.C., Policy diffusion and policy transfer, *Policy Studies*, vol. 30., 3/2009., str. 269-288.
35. Marsh, Kevin, Fox, Chris, The benefit and cost of prison in the UK: The results of a model of lifetime re-offending, *Journal of Experimental Criminology*, vol. 4., 4/2008., str. 403-423.
36. Mason, Paul, Lies, distortion and what doesn't work: Monitoring prison stories in the British media, *Crime Media Culture*, vol. 2., 3/2006., str. 251-267.
37. Mataković, Hrvoje, Transfer javnih politika u politici financiranja političkih stranaka: usporedba Njemačke, Nizozemske i Hrvatske, *Anali Hrvatskog politološkog društva*, vol. 8., 1/2012., str. 203-229.
38. McAlinden, Anne-Marie, The governance of sexual offending across Europe: Penal policies, political economies and the institutionalization of risk, *Punishment & Society*, vol. 14., 2/2012., str. 166-192.
39. McAra, Lesley, Crime, Criminology and Criminal Justice in Scotland, *European Journal of Criminology*, vol. 5., 4/2008., str. 481-504.
40. Milivojević, Lana, Tomašković, Roman, Sustav probacije u RH i alternative kazni zatvora, *Policija i sigurnost*, vol. 20., 1/2011., str. 47-58.
41. Muncie, John, Policy Transfers and 'What Works': Some Reflections on Comparative Youth Justice, *Youth Justice*, vol. 1., 3/2001., str. 27-35.
42. Nelken, David, Italian Juvenile Justice: Tolerance, Leniency or Indulgence?, *Youth Justice*, vol. 6., 2/2006., str. 107-128.
43. Newburn, Tim, Atlantic crossings: 'Policy transfer' and crime control in the USA and Britain, *Punishment & Society*, vol. 4., 2/2002., str. 165-194.
44. Newburn, Tim, Jones, Trevor, *Policy Transfer and Criminal Justice: Exploring US Influence over British Crime Control Policy*, Maidenhead, Open University Press, 2007.
45. Newburn, Tim, Jones, Trevor. Symbolic politics and penal populism: The long shadow of Willie Horton, *Crime, Media, Culture*, vol. 1., 1/2005., str. 72-87.
46. Newburn, Tim, Jones, Trevor, Symbolizing crime control: Reflections on Zero Tolerance, *Theoretical Criminology*, vol. 11., 2/2007., str. 221-243.
47. O'Donnell, Ian, Crime and Justice in the Republic of Ireland, *European Journal of Criminology*, vol. 2., 1/2005., str. 99-131.
48. Padjen, Ivan, *Metodologija pravne znanosti: pravo i susjedne discipline*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2015.
49. Petek, Ana, Petković, Krešimir (ur.), *Pojmovnik javnih politika*, Zagreb, Fakultet političkih znanosti, 2014.
50. Petković, Krešimir, Kazna u Americi: kaznena politika u SAD-u u vrijeme kaznenog zaokreta i nakon njega, *Politička misao*, vol. 53., 3/2016., str. 111-138.
51. Petö Kujundžić, Lana, Vukota, Ljiljana, Čemu nas je podučio prikaz probacijskog sustava u Engleskoj i Walesu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 16., 1/2009., str. 319-328.
52. Phillips, Nicholas, *Who Decides the Sentence?*, Godišnje predavanje Zaklade za obrazovanje zatvorenika (*Prisoners' Education Trust Annual Lecture*), 14. 10. 2008, <http://www.prisonerseducation.org.uk/index.php?id=211> (pristupljeno 4. 3. 2011).
53. Pitts, John, Korrekcional Karaoke: New Labour and the Zombification of Youth Justice, *Youth Justice*, vol. 1., 2/2001., str. 3-16.
54. Pitts, John, What Do We Want? The 'SHAPE' Campaign and the Reform of Youth Justice, *Youth Justice*, vol. 3., 3/2003., str. 134-151.
55. Pratt, John, Crime, time, youth and punishment, *Contemporary Crises*, vol. 13., 3/1990., str. 219-242.
56. Primorac, Damir, Konjić, Zdenko, Blaće, Katija, Kaznena djela u Zakonu o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima s osvrtnom na mjere opreza prema Zakonu o kaznenom postupku, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 48., 4/2011., str. 827-842.

57. Radaelli, Claudio, Policy transfer in the European Union: Institutional isomorphism as a source of legitimacy, *Governance*, vol. 13., 1/2000., str. 1-11.
58. Robbins, Ira, *Legal Dimensions of Private Incarceration*, Washington, DC, American Bar Association, 1988.
59. Rutherford, Andrew, Youth Justice and Social Inclusion, *Youth Justice*, vol. 2., 2/2002., str. 100-107.
60. Shaw, Danny, What is going wrong with the prison system? *BBC News*, 26. 1. 2017, <http://www.bbc.co.uk/news/uk-38596034> (pristupljeno 29. 1. 2017).
61. Shelden, Randall, Prisons And Jails, Economics Of, *Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives*, London, Sage, 2007, http://www.sage-ereference.com/law/Article_n545.html (pristupljeno 16. 11. 2008).
62. Smith, David, Sueda, Kiyoko, The killing of children by children as a symptom of national crisis: Reactions in Britain and Japan, *Criminology & Criminal Justice*, vol. 8., 1/2008., str. 5-25.
63. Smith, Roger, Foucault's Law: The Crime and Disorder Act 1998, *Youth Justice*, vol. 1., 2/2001., str. 17-29.
64. Squires, Peter, New Labour and the politics of antisocial behaviour, *Critical Social Policy*, vol. 26., 1/2006., str. 144-168.
65. Stahlkopf, Christina, Political, Structural, and Cultural Influences on England's Youth Offending Team Practices, *International Criminal Justice Review*, vol. 18., 4/2008., str. 455-472.
66. Stone, Diane, Transfer and translation of policy, *Policy Studies*, vol. 33., 6/2012., str. 483-499.
67. Tonry, Michael, Determinants of Penal Policies, *Crime and Justice*, vol. 36., 1/2007., str. 1-48.
68. Torben, Heinze, Mechanism-Based Thinking on Policy Diffusion. A Review of Current Approaches in Political Science, *KFG Working Paper Series*, 34, Kolleg-Forschergruppe The Transformative Power of Europe, Freie Universität Berlin, 2011, str. 3-33.
69. Welsh, Wayne, Harris, Philip, *Criminal Justice Policy and Planning* (4. izd.), Waltham, MA, Anderson, 2012.
70. Wilson, James, Kelling, George, Broken Windows: Police and Neighborhood Safety, *Atlantic Monthly*, ožujak 1982, str. 29-38.
71. *World Prison Brief*, United Kingdom: England and Wales, London, Institute for Criminal Policy Research, <http://www.prisonstudies.org/country/united-kingdom-england-wales> (pristupljeno 25. 1. 2017).
72. Zedner, Lucia, In Pursuit of the Vernacular: Comparing Law and Order Discourse in Britain and Germany, *Social & Legal Studies*, vol. 4., 4/1995., str. 517-534.
73. Žiljak, Tihomir, Europski konvergencijski procesi i zamke nepripremljenih transfera obrazovnih politika, *Političko obrazovanje*, vol. 2., 2006/3-4., str. 96-115.

Krešimir Petković*

Summary

PENAL POLICY TRANSFER: THE CASE OF ENGLAND AND WALES

This paper presents the development of penal policy in England and Wales, as a distinct unit of penal policy making within the United Kingdom. The paper uses the political science concept of policy transfer that describes the mechanisms of transmission of policy between different political systems. The work aims to show how the penal policy reforms of the 1990s in the United Kingdom can be explained as a case of ideologically motivated import of penal policy from the United States. Within the framework of a case study, the aim is to point to a general phenomenon of the traveling of various penal technologies, rhetorical patterns and policy solutions that characterize modern penal policy making. This is relevant given the still existing ambition of policy harmonization within the framework of European integrations.

Keywords: England and Wales, penal policy, policy transfer, prison, probation.

Zusammenfassung

STRAFPOLITIKTRANSFER: DER FALL VON ENGLAND UND WALES

In der Arbeit wird die Entwicklung der Strafpolitik in England und Wales als spezieller Einheit der Strafpolitik innerhalb des Vereinigten Königreichs dargestellt. Verwendet wird der politologische Begriff des Politiktransfers, welcher die Mechanismen des Politiktransfers zwischen unterschiedlichen politischen Systemen beschreibt. Die Arbeit versucht zu zeigen, dass die Reformen der Strafpolitik in den 90er Jahren im Vereinigten Königreich einigermaßen durch den ideologisch motivierten Einfuhr der Strafpolitik aus den USA erklärt werden können. Durch eine Fallstudie versucht die Arbeit auf das Phänomen des Reisens unterschiedlicher Straftechnologien, rhetorischer Muster und politischer Beschlüsse, welche die moderne Strafpolitik kennzeichnen, hinzuweisen. Da man weiterhin nach der Politikharmonisierung im Rahmen europäischer Integrationen strebt und da Kroatien Teil dieser Integrationen ist, kann die Wichtigkeit moderner Strafpolitik nicht bestritten werden.

Schlüsselwörter: England und Wales, Strafpolitik, Politiktransfer, Gefängnis, Bewährung.

* Krešimir Petković, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Political Science, University of Zagreb; petkovic.kresimir@gmail.com

Riassunto

LA TRASPOSIZIONE DELLA POLITICA PENALE: IL CASO DELL'INGHILTERRA E DEL GALLES

Nel lavoro si illustra lo sviluppo della politica penale in Inghilterra e nel Galles, quali distinte unità di politica penale all'interno del Regno Unito. Nel lavoro si utilizza il concetto politologico della trasposizione delle politiche pubbliche, la quale descrive i meccanismi di trasferimento delle politiche pubbliche tra sistemi politici differenti tra loro. Nel lavoro si cerca di dimostrare come le riforme della politica penale risalenti agli anni novanta nel Regno Unito si possano in parte spiegare come un'importazione ideologicamente motivata della politica penale degli USA. Il lavoro mediante l'analisi dei casi tenta di rilevare un più ampio fenomeno di circolazione di differenti tecniche penali, costruzioni retoriche e soluzioni giuspubblicistiche, che caratterizzano la creazione della politica penale contemporanea – importante in ragione delle persistenti ambizioni di armonizzazione delle politiche pubbliche nel quadro dell'integrazione europea.

Parole chiave: *Inghilterra e Galles, politica penale, trasposizione di politiche pubbliche, carcere, probatione.*

PRIMJENJIVOST NUŽNE OBRANE KOD KAZNENOG DJELA MUČENJA ILI UBIJANJA ŽIVOTINJE

Tomislav Nedić, mag. iur.*

UDK: 343.62:59

Ur.: 12. listopada 2016.

Pr.: 19. prosinca 2016.

Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autor se u radu bavi problemom primjene instituta nužne obrane kod kaznenog djela mučenja ili ubijanja životinje. Polazeći od zakonske definicije nužne obrane, postavlja pitanje njezina tumačenja u dijelu koji se odnosi na nužnu pomoć (odbijanje napada „od drugoga“). Konkretno, pokušava se razraditi središnje, ali i najkontroverznije pitanje može li se istodobni protupravni napad odbijati i od životinje, odnosno jesu li život i tjelesna cjelovitost životinje pravna dobra koja se mogu štititi nužnom obranom. Ukratko se razrađuje i problematika životinjskoga pravnog subjektiviteta i objektiviteta. Uvažavajući hrvatsku i američku sudsku praksu (u kojoj za razliku od hrvatske sudske prakse mučenje ili ubijanje životinje nije novina), autor pokušava hipotetski dočarati kakvi bi se predmeti mogli naći i pred našim pravosuđem te kako bi ih naši sudovi mogli i trebali rješavati. Također, komparativnopravno analiziraju se stavovi iz njemačke pravne literature u vezi s primjenom nužne obrane kod ovoga kaznenog djela. Krajnji je cilj stvoriti mehanizam koji neće obeshrabriti pomagače životinja da u granicama nužne obrane, odnosno nužne pomoći (bez njezina prekoračenja) spriječe njihovo mučenje ili ubijanje te da životinji, koja kao dio okoliša predstavlja Kaznenim zakonom zaštićeno pravno dobro, omogućiti ostvarivanje (načelima prirodnog prava zajamčenog) prava na život i tjelesnu cjelovitost.

Ključne riječi: nužna obrana, nužna pomoć, krajnja nužda, životinja, Kazneni zakon.

* Tomislav Nedić, mag. iur., doktorand Pravnog fakulteta u Osijeku, Sveučilište J. J. Strossmayera u Osijeku; nedict@gmail.com

1. UVODNA RAZMATRANJA I NAPOMENE

1.1. Mučenje ili ubijanje životinje kao kazneno djelo protiv okoliša

Kaznena djela protiv okoliša smještena su u glavi XX. Kaznenog zakona¹ (dalje u tekstu: KZ). Njihovo reguliranje predstavlja novinu za hrvatsko kazneno zakonodavstvo, ali i druga poredbena zakonodavstva. U njima se očituje intencija zakonodavca da ide u korak s vremenom, sprječavajući sve one radnje koje su uglavnom vezane uz eksploataciju okoliša na njegovu štetu. Vrlo se često postavlja pitanje koliko su određeni pravni instituti primjenjivi kod ovih kaznenih djela te ako i jesu u kojoj su mjeri primjenjivi.

Sukladno znatnoj opasnosti od onečišćenja okoliša i njezinom sve učestalijem ostvarivanju, ali i zbog drugih protupravnih radnji povezanih uz sam okoliš, bilo je potrebno utemeljiti novu pravnu disciplinu prava okoliša.

Definicija okoliša središnja je, ali i kontroverzna problematika prava okoliša.² Sama definicija odnosi se na gotovo svako „okruženje/okolicu“, no to je prilično relativan pojam i može se odnositi na gotovo svaki objekt u samom okruženju/okolici.³ Jedna od definicija okoliša koja se daje u stranoj literaturi jest sveopće zajedničko, fizičko okruženje koje uključuje zrak, svemir, vodu, kopno, biljni i životinjski svijet, odnosno sve one neljudski stvorene medije.⁴

U nas je pravo na zdrav okoliš regulirano pomoću nekoliko različitih pravnih akata. Nastojeći usvojiti ustavni dokument koji će biti na tragu vremena ustavotvorac je konstitucionalizirao “očuvanje prirode i čovjekova okoliša” u članku 3. Ustava kao jednu od najviših ustavnih vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske, a u članku 69. Ustava “pravo na zdrav okoliš”.⁵

Građanskopravna zaštita okoliša u RH ima dvojaku ulogu. Prvenstvena uloga bila bi preventivne prirode (načelo preventivnosti), radi sprječavanja nastanka štete u okolišu, dok je druga, podredna uloga, represivne prirode (represivna zaštita) radi saniranja posljedica nastalih onečišćavanjem okoliša.⁶

Prema Zakonu o zaštiti okoliša⁷, okoliš se definira nešto drukčije nego u stranoj literaturi, kao prirodno i svako drugo okruženje organizama i njihovih zajednica uključivo i čovjeka, koji omogućuje njihovo postojanje i njihov daljnji razvoj: zrak, more, vode, tlo, zemljina kamena kora, energija te materijalna dobra i kulturna baština kao dio okruženja koje je stvorio čovjek; svi u svojoj raznolikosti i ukupnosti uzajamnog djelovanja.

1 Kazneni zakon, NN, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15.

2 Bell, S. i dr., *Environmental Law*, Oxford University Press, 8. ed., 2013, str. 7.

3 *Loc. cit.*

4 *Loc. cit.*

5 Bačić, A., Ustavni temelji i problemi zaštite okoliša u hrvatskom i europskom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 45., 4/2008., str. 727.-743.

6 Proso, M., Građanskopravna odgovornost u području zaštite okoliša, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52., 3/2015., str. 705.- 719.

7 Zakon o zaštiti okoliša, NN, br. 80/13., 153/13., 78/15.

Razmatranjem ove definicije jasno je zašto je kazneno djelo mučenja ili zaštite životinja smješteno upravo u ovu glavu KZ-a.

Prema Ascioneu mučenje životinja definira se kao „društveno neprihvatljivo ponašanje koje uključuje namjeru nanošenja nepotrebne boli, patnje, neugode i/ili smrti životinji.“⁸ Kazneno djelo ubijanja ili mučenja životinja regulirano je člankom 205. KZ-a gdje je za temeljni oblik kaznenog djela predviđeno da će se kaznom zatvora do jedne godine kazniti ona osoba koja usmrti životinju bez opravdanog razloga ili je teško zlostavlja, nanosi joj nepotrebne boli ili je izlaže nepotrebним patnjama. Time je novi KZ ukinuo mogućnost da se za ubijanje ili mučenje životinja propisuje novčana kazna, kao što je to bilo u starom KZ-u. Kod temeljnog oblika kažnjava se za namjerno nanošenje boli, patnje, ozljeda i izlaganje strahu životinja, točnije mora se raditi o izravnoj namjeri. U literaturi još uvijek postoje dvojbe može li djelo biti počinjeno i s neizravnom namjerom. Prema Turković *et al.*, djelo mora biti počinjeno s izravnom namjerom, a ako takva namjera ne postoji, može se raditi o prekršaju iz članka 66. stavka 1. točke 1. Zakona o zaštiti životinja.⁹ Prema Pavloviću, neprihvatljivo je stajalište da djelo mora biti počinjeno s izravnom namjerom jer nije teško zamisliti situaciju u kojoj je netko svjestan da svojom radnjom može bez opravdanog razloga usmrtiti životinju ili joj nanijeti nepotrebne boli ili je izložiti nepotrebним patnjama ili je zlostavljati pa unatoč tome na to pristaje.¹⁰ Sukladno navedenom, potrebno je naglasiti kako će se u praksi kod ovog kaznenog djela uglavnom pojavljivati izravna namjera, ali time nije isključena ni mogućnost počiniteljeva postupanja s neizravnom namjerom.

Kvalificirani oblik predviđen je stavkom 2. gdje će se kazniti do dvije godine zatvora ona osoba koja kazneno djelo počini iz koristoljublja čime je kazna povećana s kazne zatvora do jedne godine na kaznu zatvora do dvije godine. Stavak treći predviđa i nehajnu odgovornost gdje će se osoba koja nehajem uskratom hrane ili vode ili na drugi način izloži životinju tegobnom stanju kroz dulje vrijeme, kazniti kaznom zatvora do šest mjeseci.

Novost je odredba iz stavka 4. da se zlostavljana životinja, koja preživi zlostavljanje, oduzima zlostavljaču čime je učinjen veliki pozitivan korak u zaštiti životinja jer se dosad, zbog nepostojanja zakonske regulative, zlostavljana životinja, nakon oporavka od ozljeda i pružene veterinarske pomoći, vraćala zlostavljaču.¹¹

Djelo je, s obzirom na počinitelja, koncipirano kao *delictum communium*, može ga počiniti svatko, neovisno o vlasništvu ili posjedu nad životinjom, a također dolazi u obzir i odgovornost pravnih osoba za ovo kazneno djelo, napose glede nehajnog oblika.¹²

8 Ascione, F. R., Children who are cruel to animals: A review of research and implications for developmental psychopathology. *Anthrozoös*, 6, 1993., str. 226-247.

9 Turković, K. i dr., Komentar Kaznenog zakona, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 278.

10 Pavlović, Š., Kazneni zakon. Zakonski tekst, komentari, sudska praksa, pravna teorija, Libertin, Rijeka, 2015., str. 919.

11 Službene stranice Ius-info, viđeno: 7.6.2016.,
URL: <http://www.iusinfo.hr/DailyContent/News.aspx?id=14566>

12 Novoselec, P. (ur.), Posebni dio kaznenog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2011., str. 285.

Zbog blanketne prirode odredbi KZ-a, ovdje dolazi u obzir primjena Zakona o zaštiti okoliša, Zakona o zaštiti životinja¹³ te Zakona o zaštiti prirode¹⁴.

1.2. Razlozi pisanja i ciljevi rada

Kao i kod drugih kaznenih djela protiv okoliša, tako se i kod kaznenog djela mučenja ili ubijanja životinje postavlja zanimljivo pitanje je li i u kojoj mjeri institut nužne obrane primjenjiv kod ovog kaznenog djela. Također, naša je sudska praksa oko kaznenog djela ubijanja ili mučenja životinje prilično oskudna, što i nije čudno jer ovo kazneno djelo nije dugo ustaljeno u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, iako broj počinitelja svakodnevno sve više raste. Situacija je drukčija u SAD-u gdje su se sudovi često našli u situaciji da institut krajnje nužde primjenjuju upravo kod ovog kaznenog djela te će se, komparativnopravno, u radu obrađivati i njihova sudska praksa. Budući da je granica između nužne obrane i krajnje nužde katkada dosta mala, američka sudska praksa u kojoj se kod ovog kaznenog djela primjenjuje krajnja nužda može uvelike biti korisna našim sudovima kako se ne bi našli u nedoumici koji od ta dva kaznenopravna instituta primijeniti. Uz to, autor komparativnopravno razrađuje i analizira stavove iz njemačke pravne literature koja tradicionalno utječe na hrvatsko kazneno pravo.

Postavljeno pitanje zahtijeva teorijsku i praktičnu razradu. Teorijski aspekt ogleda se u tome da se primjenjivost nužne obrane kod kaznenog djela mučenja ili ubijanja životinje pokuša razraditi primjenom postignuća moderne kaznenopravne dogmatike, a praktični aspekt u analizi stvarnih ili hipotetičkih postupanja sudova u vezi s navedenim problemom, jer nije teško zamisliti situaciju u kojoj bi druga osoba priskočila u pomoć napadnutoj životinji i time napadaču, u granicama nužne pomoći, nanijela određene lake ili čak teške tjelesne ozljede, radi zaštite napadnute životinje.

Sukladno navedenom, ciljevi su ovog rada:

- Teorijska razrada instituta nužne obrane kod kaznenog djela mučenja ili ubijanja životinje te odgovaranje na pitanje je li moguće i na koji način, u teorijskom smislu, iz kuta kaznenopravne dogmatike te komparativnopravno, ovaj institut primijeniti kod ovog kaznenog djela. Pokušat će se odgovoriti i na pitanje može li se termin „od drugoga“ odnositi i na životinju.
- Praktična razrada gdje će se hipotetski, korištenjem domaće i strane sudske prakse, pokušati simulirati moguće realne situacije koje bi zahtijevale primjenu krajnje nužde ili nužne obrane kao isključenja protupravnosti kaznenog djela.

13 Zakon o zaštiti životinja, NN, br. 135/06., 37/13., 125/13.

14 Zakon o zaštiti prirode, NN, br. 80/13.

2. NUŽNA OBRANA KOD KAZNENOG DJELA MUČENJA ILI UBIJANJA ŽIVOTINJE

2.1. Razlozi priznanja instituta nužne obrane kod ovog kaznenog djela

Potrebno je razlikovati situaciju u kojoj je ispunjenje bića kaznenog djela iz članka 205. KZ-a opravdano nužnom obranom (npr. ubijanje životinje koju napadač koristi kao sredstvo napada) i situaciju u kojoj se optuženik poziva na nužnu obranu jer je odbijao (sprječavao) protupravni napad na životinju („od drugoga“) koji se očitovao u pokušaju ostvarivanja bića navedenog kaznenog djela. U radu će biti razmatrana potonja situacija, odnosno pitanje može li se u slučaju napada na životinju u kontekstu kaznenog djela mučenja ili ubijanja životinje takav napad odbijati „od drugoga“.

Nužna obrana bazira se na dva temeljna načela: načelu samozaštite i načelu afirmacije prava u odnosu na nepravu.

Prema načelu samozaštite nitko nije dužan trpjeti povrede svojih pravnih dobara i ovlašten je na njih uzvratiti silom. U tom slučaju država odustaje od monopola na uporabu sile jer ne može uvijek biti prisutna kada je to potrebno.¹⁵

Međutim, jedan od glavnih razloga priznanja ovog instituta kod kaznenog djela mučenja ili ubijanja životinje leži u načelu afirmacije prava u odnosu na nepravu. Prema tom načelu osigurava se prevlast prava u odnosu na nepravu jer napadač ne ugrožava samo tuđe individualno pravo nego i niječe pravni poredak i utoliko predstavlja nepravu, dok napadnuti ne brani samo svoje ili tuđe individualno dobro nego i pravni poredak u cjelini i utoliko predstavlja pravo.¹⁶

Stoga je ispravno istaknuo VSH (I Kž- 799/76, Pregled 10, 52) da se nužnom obranom može odbijati protupravni napad na svako dobro zaštićeno kaznenim pravom, a samo kao primjere naveo je život, slobodu, imovinu i čast.¹⁷ Mučenje ili ubijanje životinje kao kazneno djelo inkriminirano je KZ-om te Zakonom o zaštiti životinja kao nužnom referencom na blanketne odredbe KZ-a. Time se štiti život i tjelesna cjelovitost životinje koja je dio okoliša.

Ako slučajni prolaznik uoči da dvije osobe zlostavljaju mačku stavljajući joj pirotehničke naprave u usta koje namjeravaju zapaliti, moguće da će htjeti reagirati da ih zaustavi u tome i da će morati upotrijebiti i određenu silu da spriječi napadače. Ovim činom slučajnog prolaznika uistinu se zaštićuje pravo u odnosu na nepravu što je jedan od temeljnih načela instituta nužne obrane. Ako bi u ovom slučaju isključili primjenu nužne obrane, tada bi eventualni počinitelj mogao odgovarati za nanošenje lakih tjelesnih ozljeda što nije sasvim ispravna kvalifikacija jer je imao za namjeru pomoći životinji koja je inferiorna napadačima i jer je istim činom za namjeru imao spriječiti počinjenje kaznenog djela.

15 Novoselec, P., Bojanić, I., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013. str. 168.

16 *Loc. cit.*

17 *Ibid.*, str. 169.

Nekoliko puta se prigovaralo da hrvatski sustav zaštite životinja nije dovoljno učinkovit.¹⁸ U tom pogledu je potrebno reagirati neposredno jer sama inkriminacija kaznenog djela ne znači da isto neće biti počinjeno, čak štoviše isto se kazneno djelo čini često i nekoliko je puta zabilježeno u praksi hrvatskoga sudstva. U hipotetski već navedenoj situaciji, ako dva napadača na ulici zlostavljaju mačku stavljajući joj pirotehničke naprave u usta koje namjeravaju zapaliti, utoliko je potrebna hitna reakcija da se spriječi sama posljedica, a to je dobrim dijelom moguće koristeći nužnu obranu. Nadalje, ovakva reakcija predstavlja možda i jedini instrument slučajnog prolaznika, jer on nije obavezan zaustavljati napadače u njihovom činu i ne može odgovarati za nečinjenje jer nije garant zlostavljanoj životinji.

Nema previše spornih situacija ako je napadnuta životinja u vlasništvu druge osobe. Tada ta osoba zasigurno ima pravo na nužnu obranu jer se nužnom obranom smije štiti i vlastita imovina, uz to da se druga osoba ne smije usmrtiti. No, postavlja se pitanje što ako slučajni prolaznik štiti životinju koja nije u ničijem vlasništvu. Tada se institut nužne obrane treba proširiti i na druga dobra, a koja proistječu i iz već spomenute odluke našeg VSRH-a koji ima takvu intenciju. Intencija postaje tim bitnija ako se potkrijepi i argumentira već navedenom činjenicom da bi se, u zakonom priznatim granicama, trebala priznati svaka zaštita onog pravog dobra koje je zaštićeno KZ-om. Život i tjelesna cjelovitost životinje jesu jedna od njih, a ono emanira upravo iz reguliranoga kaznenog djela mučenja ili ubijanja životinje. Potrebno je naglasiti da navedeno stajalište VSRH-a ponajprije proizlazi iz činjenice da zakonska odredba o nužnoj obrani ne postavlja nikakva ograničenja u pogledu pravnih dobara koja se mogu štiti nužnom obranom (za razliku od nekih drugih zakonodavstava, primjerice, austrijskoga KZ-a).

2.2. Životinja kao objekt ili čak i subjekt prava

Pojam životinjskih prava svakog se dana sve više razvija i oblikuje. Ako životinje imaju svoja prava, jesu li one onda i pravni subjekti? Ovdje dolazimo do prilično spornog pitanja koje je potrebno razjasniti za potrebe samog rada.

Do sada su se životinje bez bilo kakvih nedoumica tretirale kao pravni objekti, odnosno kao stvari. Međutim, postoji tendencija koja ide za tim da se životinji da i pravni subjektivitet. Kada bi se životinjama i dao pravni subjektivitet to ne znači da one više ne bi bile subjekti skrbištva i kontrole od ljudskih bića, nego samo to da ljudi više ne bi bili vlasnici životinja.¹⁹ Odnos između čovjeka i životinje bio bi sličniji odnosu između roditelja i djeteta ili duševno bolesne osobe i njezina zakonskog zastupnika.²⁰ Međutim, ako životinje ne mogu razlikovati između dobrog i lošeg postupanja, tada ne pripadaju istoj moralnoj zajednici kao ljudska bića pa

18 Vidi više na Službenim stranicama Ius-info, videno: 7.6.2016.

URL: <http://www.iusinfo.hr/DailyContent/News.aspx?id=15803>

19 Adams, W. A., Human subjects and animal objects: Animals as "other" in the law, *Journal of Animal Law and Ethics*, vol. 3., 2009., str. 29.-51.

20 Usp. *ibid.*

samim time i ne mogu imati pravni subjektivitet koji uključuje određena prava, ali i obveze.²¹

Unatoč raspravama, činjenica je da se životinjama, koja su živa bića poput ljudi, trebaju priznati temeljna prava, a koja se odnose na njihovu životnu opstojnost i cjelovitost, a koja emaniraju iz postavki prirodnog prava.²² Isto je prepoznao i hrvatski zakonodavac koji je u KZ-u regulirao kazneno djelo mučenja ili ubijanja životinje gdje se životinji priznaje pravo na život i tjelesnu cjelovitost. Ta ista prava nisu samo proistekla iz životinje kao nositelja prava, nego više iz suživota i odnosa s čovjekom gdje se od čovjeka traži moralnost i nenasilno ponašanje u odnosu na samu životinju koja je živo biće isto kao i čovjek. Jer, kako se pitao Visković, „kako spriječiti nepravedno upadanje prava jednih bića u prava drugih bića, tj. razornu apsolutizaciju ičijih prava?“²³ Tretirati životinju s poštovanjem nije puki izraz ljubavnosti, nego same pravde, tretiranja životinja prema njihovim svojstvenim vrijednostima.²⁴ Čovjek koji je moćan djelovati doveo je životinje u ovisnost o sebi i zbog toga je obvezan voditi računa o njihovim interesima i pravima koja iz njih proizlaze.²⁵ Autonomija čovjeka ima uzajamni odnos s odgovornošću za njegovo postupanje te bez ove odgovornosti nema ni ljudskog dostojanstva jer što je veći odnos ovisnosti životinja od moćno-djelujućeg i za individualno samoodređivanje sposobnog čovjeka, utoliko aktualnija postaje njegova odgovornost.²⁶

Prema Jakovljeviću temeljna životinjska prava jesu:²⁷

1. Pravo na život i opstanak u mjeri svojstvenih organskih funkcionalnih mogućnosti održivosti svake životinjske vrste i jedinke, na tjelesnu nepovredivost i sigurnost, tj. neugroženost.

2. Pravo na svoju nenarušenu prirodnu životnu sredinu, biosferu – kao pretpostavku za (1.) te za mogućnost nesmetanog zadovoljavanja osnovnih organskih potreba unutar te sredine.

3. Pravo na neometani i nemanipulirani, autonomno-spontani individualni i vrsni razvoj te potencijalne mutacije, uključujući, dakle, pravo na zaštitu od zahvata u njihovu genetsku supstancu kojima bi se konvencionalno, prema svojevolumnom nahođenju ljudi, mijenjao njihov genetski kod. (Posljednje posebno s obzirom na okolnost da je prema aktualnom stanju medicinske znanosti manipulacija genoma živih bića ireverzibilna.)

21 *Ibid.*

22 Vidi više u Epstein, R. A., *Animals as Objects, or Subjects, of Rights*, John M. Olin Law & Economics working paper no. 171 (2D series), The Law School, The University of Chicago, December 2, 2002.

23 Visković, N., *Kulturna zoologija, Što je životinja čovjeku i što je čovjek životinji*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2009., str. 394.-395.

24 Armstrong, S. J., Botzler, R., G., *The Animal Ethics Reader*, Routledge, 2003., str. 21.

25 Kaluderović, Ž., *Bioetički pristup životinjama, Socijalna ekologija*, Zagreb, vol. 18., br. 3-4, 2009., str. 311-322.

26 *Ibid.*

27 Jakovljević, D., *Prava za životinje*, *Filozofska istraživanja*, 129, god. 33., sv. 1., 2013., str. 167.-182.

4. Pravo na zaštitu od svih takvih zahvata u njihove živote i postupke prema njima kojima im se nanose šteta, bol i patnja. Ujedno pravo na pružanje pomoći u slučajevima narušenog zdravstvenog stanja, bolesti koje ugrožavaju njihovu tjelesno-mentalnu dobrobit, a u granicama svagdašnje praktikabilnosti takve pomoći.

5. Kod divljih životinja pravo na samosvojno življenje, bez prinudnog podčinjavanja interesima i potrebama ljudi – a, ponajprije, takvih podčinjavanja koja su u velikoj disharmoniji s onim što se može smatrati vlastitim prirodnim načinom življenja te temeljnim prirodnim potrebama samih životinja i onih koja bi uključivala povredu prava (4.) te eventualno služila određenim destruktivnim svrhama.

6. Kod domaćih životinja pravo na pružanje određenog neophodnog minimuma kvalitete življenja, tj. životnih uvjeta, uključujući ne samo smještajne uvjete, redovno prehranjivanje, nego i socijalne kontakte s pripadnicima iste vrste, ako one za time imaju potrebu. Također, pravo na zaštićenost od prekomjernog izrabljivanja u ljudske poslovne svrhe i s time povezanih psiho-fizičkih prenaprezanja. Šire uzevši: pravo na nezanemarivanje, odnosno posvećivanje minimuma pažnje domaćim životinjama i njihovim potrebama, osobito u uvjetima njihova masovnijeg uzgoja te na nesluženje destruktivnim ljudskim ciljevima.

Nadalje, Jakovljević pritom smatra²⁸ da bi iznimka od temeljnog prava (1.), i u tom slijedu i ostalih s njime povezanih i izvedenih prava kojih je ono preduvjet, bio dopustiv jedino u sljedeća četiri slučaja:

a) Kada održavanje određenih životinjskih jedinki odnosno grupa u životu predstavlja veliku opasnost za ostale vrste živih bića – npr. zbog širenja teških ili neizlječivih zaraznih bolesti, i nema drugih primjenjivih načina suzbijanja te opasnosti osim uspavljanja zaraženih jedinki.

b) U slučajevima samoobrane, tj. kada je ljude napala neka životinja, pri čemu njeno neutraliziranje putem ranjavanja ili usmrćivanja predstavlja jedino praktikabilni situacijski imperativ zaštite samih ugroženih ljudi i njihove imovine.

Ovdje se, ovisno o danjoj situaciji i određenim okolnostima, primjenjuju pravila o nužnoj obrani ili krajnjoj nuždi.

c) Ako vrijedi: neke životinje su nezamjenjiva hrana za ljude kao mesojede te ako usmrćivanje jednih predstavlja uvjet preživljavanja i opstanka, održavanja u životu drugih.

d) Unutar situacija kada su određene životinje beznadno oboljele ili teško, nepopravljivo povrijeđene, paralizirane itd., te kada, dakle, njihovo daljnje održavanje na životu predstavlja samo produljenje mučne agonije i dalje umnožavanje njihovih intenzivnih patnji. Radi se o slučajevima upućenosti na eutanaziju, prije čijeg poduzimanja bi se, međutim, brižljivo moralo procijeniti ukupno stanje svake životinjske jedinke kako bi odluka bila donesena na temelju što pouzdanijih uvida. A to znači i u uvjetima najbolje raspoložive izvjesnosti u pogledu toga

da, poduzimajući takav nepovratan korak, nismo počinili pogrešku, nego da je uspavljanje predstavljalo upravo moralno dopustivo i primjereno rješenje s obzirom na danosti objektivnoga stanja određenih životinjskih jedinki.

Iako se pojam životinjskih prava svakim danom sve više razvija, teško je zamisliti da bi hrvatski sudovi priznali pravni subjektivitet životinjama. To se općenito ne odnosi samo na hrvatske sudove, nego i na druge inozemne sudove, budući da životinja još uvijek nije subjekt prava u klasičnom smislu te riječi te je prema određenim istraživanjima sve više situacija gdje sudovi razmatraju problematiku subjektiviteta životinja.²⁹ Životinja jest objekt prava, ali ne klasični objekt prava poput neke materijalne stvari. Ono je živo biće koje ipak ima određena prava, a koja se odnose na njezin život i tjelesnu cjelovitost, a što proizlazi iz temeljnih načela prirodnog prava. Svaka životinja ima pravo na život i na uvažavanje svega onoga što ljudi uvažavaju jedni kod drugih.³⁰ Kao što je neprihvatljivo da jedan čovjek ili jedna ljudska skupina ugnjetavaju druge pojedince ili skupine temeljem rase, spolne, dobne ili bilo koje druge razlike, tako je neprihvatljivo da ljudska vrsta ugnjetava sve druge vrste.³¹

Međutim, kako je to napravio i sam zakonodavac reguliravši mučenje ili ubijanje životinje kao kazneno djelo, tada i sudovi moraju priznati temeljno pravo životinje zaštićeno KZ-om, a odnosi se život i tjelesnu cjelovitost životinje. Ovo predstavlja jak argument kod priznanja nužne obrane kod ovog kaznenog djela jer je potrebno na bilo koji način zaštititi ono dobro koje zaštićuje i sam KZ.

U ovom slučaju neće se razmatrati činjenica da se od sebe odbije protupravni napad, nego „od drugoga“, jer životinja još uvijek nije subjekt prava i samim time joj se ne može priznati pravo na nužnu obranu. Životinja je objekt prava i u tom ćemo smislu razmatrati daljnju razradu oko (ne)priznanja nužne obrane kod ovog kaznenog djela. Stoga u radu razlikujemo dvije situacije:

- a) životinja je u vlasništvu određene osobe i
- b) životinja nije u vlasništvu nijedne osobe.

2.3. Životinja u vlasništvu određene osobe

U praksi hrvatskih sudova najčešće se priznaje nužna obrana kada se štiti život, tjelesna cjelovitost i sloboda, dok se načelno priznaje i pravo na nužnu obranu u slučaju zaštite imovine i časti.³² Ako je napadnuta životinja u vlasništvu određene osobe, ista osoba, odnosno vlasnik ima ju pravo zaštititi na temelju činjenice da štiti svoju imovinu.

29 Vidi više u Ascione, F. R., Lockwood, R., Cruelty to animals: Changing psychological, social, and legislative perspectives. In D.J. Salem & A.N. Rowan (Eds.), *The state of the animals*, 2001., str. 39.-53., Washington, DC: Humane Society Press

30 Kovačević, B., Manifest pokreta za prava životinja: o speciesizmu ili diskriminaciji na osnovi vrste, *Revija za sociologiju*, vol. 40., br. 3., 2010., str. 337.-343.

31 *Ibid.*

32 Novoselec, P., Bojanić, I. *op. cit.* (bilj. 15.), str. 169.

Pokušajmo istu situaciju hipotetski dočarati primjerom iz naše sudske prakse u predmetu optuženika koji je psa isjekao kliještima po vratu i ostavio ga da uginu.³³

Optuženik, star 38 godina, po zanimanju tesar sa završenom srednjom građevinskom školom, uzeo je 14. ožujka 1998. psa obitelji s kojom je bio u svađi, a zatim ga u obližnjem svinjcu kliještima za žicu isjekao po vratu i ostavio da krvari. Pas je cvilio i zavijao i nakon dva dana uginuo. Prvostupanjski je sud ocijenio da je optuženik na opisani način životinju izložio nepotrebnim mukama i nanio joj nepotrebne boli te da je počinio kazneno djelo mučenja životinje iz članka 260. stavka 1. KZ-a. Za to djelo izrekao mu je kaznu zatvora u trajanju od pet mjeseci koju je objedinio s kaznom zatvora u trajanju od deset mjeseci za jedno drugo prije počinjeno kazneno djelo i osudio ga na uvjetnu osudu. Drugostupanjski je sud našao da nema uvjeta za uvjetnu osudu pa ga je osudio na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od jedanaest mjeseci. Poslije je VSRH kaznu izvanredno ublažio i ponovo izrekao uvjetnu osudu.³⁴

U ovoj je situaciji vlasnik ubijenog psa imao pravo na nužnu obranu svoje imovine kako bi od napadača odbio protupravni napad na svojeg psa, odnosno na svoju imovinu. U prilog navedenom ide i činjenica da je počinitelj u idealnom stjecaju počinio kazneno djelo mučenja životinje i kazneno djelo uništenja ili oštećenja tuđe stvari iz članka 222. stavka 1. KZ-a., budući da se zabranom mučenja životinje ne štiti i tuđe vlasništvo nad životinjom.³⁵ Ipak u ovom postupku osuda i za to kazneno djelo nije bila moguća jer se kazneni postupak za uništenje i oštećenje tuđe stvari pokreće u povodu prijedloga, a njega nije bilo.³⁶

No i ovdje je potrebno učiniti i određena ograničenja. Naime, ubojstvo radi zaštite imovine, za razliku od drugih zaštićenih pravnih dobara, nije dopušteno. To proizlazi iz Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda³⁷, točnije članka 2. stavka 2.a koji propisuje kako „lišenje života nije u suprotnosti s ovim člankom ako proizlazi iz upotrebe sile koja je apsolutno neophodna u obrani svakog pojedinca od nezakonitog nasilja.“ Kako je Republika Hrvatska članica Vijeća Europe te je samim time i ratificirala Konvenciju potrebno je u potpunosti isključiti namjerno ubojstvo kao oblik nužne obrane kod napada na imovinu te iznimno tražiti razmjernost napadnutog dobra i dobra koje se povređuje radnjom u

33 Županijski sud u Osijeku, Kž-329/02 od 28. 6. 2002. (Općinski sud u Belom Manastiru, K-61/02)

34 Predmet je u našoj kaznenopravnoj teoriji i praksi također zanimljiv po pitanju zablude u protupravnosti, posebno pođe li se od toga da je djelo počinjeno nedugo nakon stupanja na snagu Kaznenog zakona koji je prvi put predvidio mučenje životinje kao kazneno djelo. Sudovi istu činjenicu nisu uzimali u obzir pri izricanju kazne. Više o istom pitanju u Novoselec, P., *Sudska praksa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11., br. 1/2004., str. 279.-284.

35 Novoselec, P., *Sudska praksa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11., br. 1/2004., str. 279.-284.

36 *Ibid.*

37 Konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN, MU, 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.

nužnoj obrani, što inače zakon ne zahtijeva od nužne obrane, za razliku od krajnje nužde.³⁸

Upravo krajnjom nuždom u predmetu *State v. Hurd*³⁹ pravdao se pred sudom čovjek koji je ustrijelio susjedovog psa kako bi zaštitio vlastitu puricu koju je pas navodno proganjao. Isti je čovjek osuđen za okrutno postupanje prema životinji jer nije uspio dokazati da je pas bio u neposrednoj blizini purice. Ovdje je potrebno istaknuti činjenicu koja je primjenjiva i kod nužne obrane, a to je da namjera spašavanja sama za sebe nije dovoljna, već uz nju mora postojati onaj dokaz koji upućuje na to da je određeni akt spašavanja bio nužna potreba u tom trenutku, što optuženi u predmetu nije uspio dokazati jer pas nije bio u neposrednoj blizini purice, a time i nije postojala neposredna opasnost koja bi eventualno opravdala njegov čin. S obzirom na izloženo činjenično stanje dostatno je istaknuti da nije bilo neposredne (istodobne) opasnosti, tako da i nije bilo potrebno utvrđivati je li akt spašavanja bio nužno (prije) potreban.

Sukladno svemu navedenom, zaključno valja napomenuti da u situaciji kad je životinja u vlasništvu druge osobe primjena instituta nužne obrane uopće nije i ne bi trebala biti sporna.

2.4. Životinja nije u vlasništvu nijedne osobe - primjena nužne pomoći

Kod primjene nužne obrane radi zaštite životinje koja je u vlasništvu druge osobe situacija je jasna jer je imovinu kao pravno dobro dopušteno štiti nužnom obranom. Međutim, dvojbe i kontroverze javljaju se u situaciji kad životinja nije ni u čijem vlasništvu.

Kako je već zaključeno da je životinja još uvijek samo objekt prava, u ovom bi se slučaju trebalo govoriti o nužnoj pomoći kao inačici nužne obrane. Ponajprije je potrebno razmotriti osnovne postavke nužne pomoći. Nužna pomoć je nužna obrana kojom počinitelj odbija protupravni napad od drugoga, gdje je u prvom planu načelo potvrđivanja pravnog poretka.⁴⁰ Upravo zbog nužne pomoći KZ ne zove nužnu obranu „samoobranom“ jer nužna obrana obuhvaća i odbijanje protupravnog napada od drugog. Također, kod nužne pomoći ne traži se nikakav poseban odnos između napadnutog i onoga tko pružna pomoć te sukladno tom svatko ima pravo pružiti pomoć napadnutom.⁴¹

Upravo ovdje možemo primijeniti već spomenutu hipotetsku situaciju slučajnog prolaznika. Smije li slučajni prolaznik koji primijeti kako dva napadača na bilo koji način zlostavljaju životinju na ulici stati u obranu životinje? Pitanje je praktično važno jer ako prolaznik pomažući životinji napadačima nanese lake ili čak teške tjelesne ozljede, odgovarat će za njih ako mu se ne prizna nužna pomoć kao razlog isključenja protupravnosti. Činjenica je da pojedinac ne bi trebao

38 Vidi više u Novoselec, P., Bojanić, I. *op. cit.* (bilj. 15.), str. 169.

39 *Hurd v. State*, 190 Md. App. 479 (Md. Ct. App. 2010)

40 Usp. Novoselec, P., Bojanić, I. *op. cit.* (bilj. 15.), str. 180.

41 *Loc. cit.*

monopolizirati prava na fizičku prisilu u svakoj situaciji, ali je bitno istaknuti da je u navedenom slučaju nužna pomoć jedini instrument koji bi doveo do sprječavanja mučenja ili ubijanja životinje. Cilj odredbe o mučenju ili ubijanju životinje jest upravo zaštita života i tjelesnog integriteta životinje te ako slučajni prolaznik postupa u granicama nužne pomoći i s voljom spašavanja života ili tjelesne cjelovitosti životinje, protupravnost njegova ponašanja valja isključiti. To stoga jer je i sam Vrhovni sud zauzeo stajalište da se nužnom obranom može odbijati protupravni napad na svako dobro zaštićeno kaznenim pravom. Namjera slučajnog prolaznika bila je plemenite naravi te s ciljem spašavanja napadnute životinje, a ne pukog nanošenja ozljeda napadačima. U navedenoj situaciji sudovi bi vrlo vjerojatno priznali nužnu pomoć slučajnom prolazniku. Kod kaznenog djela mučenja životinje zaštićeno dobro je dobrobit životinja i onaj koji životinju brani će se uvijek moći pozvati na to (kao i kod imovine, časti, ugleda i sl.) te vlastite argumente pronalaziti u odredbama Zakona o zaštiti životinja, u već spomenutoj odluci VSH (da se nužnom obranom može odbijati protupravni napad na svako dobro zaštićeno kaznenim pravom) te u načelu afirmacije prava u odnosu na nepravo kod nužne obrane.

Najveće se kontroverze javljaju kod teorijskog aspekta ovog pitanja i situacije gdje bi se trebalo odstupati od standardnih dogmatskih okvira. Konkretno, postavlja se pitanje koje je pravilno tumačenje riječi „od drugog“, odnosno je li zakonodavac istim terminom i samom definicijom nužne obrane obuhvatio i životinju? Na ovo je pitanje vjerojatno teško i samom zakonodavcu dati konkretan odgovor, budući da vjerojatno nije mislio na ovakvu situaciju uopće i jer je termin „od drugog“ pomalo nespretan pojam, koji se ipak može različito tumačiti. Upravo stoga je u samom uvodu rečeno da ovdje ne leži sve na samim sudovima nego i na zakonodavcu. Nije neočekivano i nerealno za očekivati da bi ovaj teorijski aspekt mogao zadati određene nedoumice i samim sudovima.

Američka je sudska praksa kod ovog kaznenog djela, doduše u predmetima vezanim uz krajnju nuždu, također bila u velikoj nedoumici na koga se odnosi termin „od drugoga“ (engl. *another*). Nijedan tamošnji zakon ne donosi čisto tumačenje na koga se točno odnosi termin „od drugog“. Samim time, komparativnopravno riječ je o istoj situaciji kao i kod nas te su sudovi bili prepušteni vlastitom tumačenju istog termina. Sudovi su u tim situacijama tumačili da se termin „od drugog“ ne odnosi na životinje, nego na ljudska bića, odnosno na fizičke i pravne osobe te je krajnja nužda bili neprimjenjiva u situacijama gdje je zakon prekršen u spašavanju životinja.⁴² U predmetu *State v. Le Vasseur*,⁴³ zaposlenik istraživačkog laboratorija bio je optužen za krađu nakon što je pustio dva dupina koja su u laboratoriju držana u navodno nezakonitim uvjetima. Zaposlenik je tvrdio kako je bilo neophodno ukrasti, odnosno pustiti dupine da bi se spriječilo kršenje Zakona o skrbi nad životinjama (*Animal Welfare Act*) koji regulira tretman nad životinjama koje se koriste za istraživanja.

42 James, J., When is rescue necessary? Applying the necessity defense to the rescue of animals, *Stanford Journal of Animal Law and Policy*, vol. 7., 2014.

43 *State v. Le Vasseur*, 613 P.2d 1328, 1333-34 (1980)

Naime, zanimljivo je da su, prema određenim istraživanjima, u SAD-u propisima donekle zaštićeni kućni ljubimci od mučenja, ali istodobno su jako slabi propisi koji štite životinje od mučenja pri obavljanju industrijskih eksperimenata.⁴⁴ Sud zaposleniku, naposljetku, nije priznao krajnju nuždu, između ostalog jer termin „zaštita drugog“, koji se koristi u havajskom zakonodavstvu kod krajnje nužde, nije smatrao primjenjivim kod dupina i drugih životinja.⁴⁵

Slična je situacija i u predmetu *Brooks v. State*⁴⁶ u saveznoj državi Floridi gdje je vozač vozio u alkoholiziranom stanju, prekoračujući dopuštenu brzinu kako bi spasio umiruću mačku vozeći je veterinaru. Iako je mačka uginula tijekom prometne gužve, sud je utvrdio kako niti vozačeva obzirnost niti patnja umiruće mačke nisu dovoljno dobar argument u odnosu na jezičnu barijeru tamošnjeg zakonodavstva gdje se „zaštita drugog“ kod krajnje nužde također odnosi na ljudska bića.⁴⁷

Ove su odluke doživjele i određene kritike u tamošnjoj pravnoj literaturi koja se bavi pravima životinja gdje se smatra kako je krajnja nužda kod oba počinitelja trebala biti uskraćena na temelju drugih činjenica, a ne isključivo zbog nedostatka osobnosti kod životinja jer su istim odlukama obeshrabrene one osobe koje bi bile potencijalni pomagači životinjama u sličnim situacijama.⁴⁸ Time se naglašava važnost proširenja osobnosti i na životinje kako bi se životinje efektivnije pravno zaštitile.⁴⁹

Primjena sile radi sprječavanja mučenja životinje raspravlja se i u njemačkoj kaznenopravnoj literaturi. U poznatim komentarima njemačkog Kaznenog zakonika (StGB) zagovara se stajalište da bi takva uporaba sile mogla biti opravdana nužnom obranom jer se „ljudska samilost prema mučenoj životinji može braniti“⁵⁰. Iz navedenog proizlazi da je tu u prvom planu zaštita ljudskih osjećaja. Prema drugom shvaćanju, „drugi“ u smislu § 32 njemačkog Kaznenog zakonika može biti i životinja, tako da se počinitelj koji uporabom sile spriječi njezino mučenje može pozivati na nužnu pomoć.⁵¹ Pritom se kao važan argument navodi da „drugi“ može biti i pravna osoba ili embrij i da stoga ništa ne stoji na putu tumačenja koje i životinju smješta pod isti nazivnik (odbijanje protupravnog napada od drugoga). Takvo stajalište implicira da su život i tjelesna cjelovitost životinje zaštićena pravna dobra jer polazi od zaštite „života i zdravlja životinja“ koja se izričito ističe u §

44 Horvat, M., *Povezanost mučenja životinja s međuljudskim nasiljem, Kriminologija i socijalna integracija*, vol. 19., br. 1., 2011., str. 83.-98.

45 *State v. Le Vasseur*, *op. cit.* (bilj. 43.)

46 *Brooks v. State*, 122 So. 3d 418 (Fla, Dist. Ct. App. 2013)

47 *Ibid.*

48 James, J., *op. cit.* (bilj. 16.)

49 *Ibid.*

50 Usp. Lenckner/Perron u: Schönke, A., Schröder, H., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28., neu bearbeitete Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2010., § 32, rubni broj 8; Spindel u: Jähnke, B., Laufhütte, H. W., Odersky, W. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, Zweiter Band, §§ 32 bis 60, De Gruyter Recht, Berlin, 2003., § 32, rubni broj 189.

51 Tako Roxin, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, Verlag C.H. Beck, München, 2006., § 15, rubni broj 34.

1. njemačkoga Zakona o zaštiti životinja (*Tierschutzgesetz*). No valja istaknuti da se životinja od pravne osobe i zametka ipak razlikuje po tomu što joj u potpunosti nedostaje pravna sposobnost (uključujući i njezin izvedeni oblik). Stajalište o mogućoj primjeni nužne pomoći radi sprječavanja mučenja životinje prihvatljivo je i za hrvatsko kazneno pravo. Iako životinja nema klasični pravni subjektivitet, njezinim se pravima posvećuje sve veća pozornost. To posebno dolazi do izražaja u Zakonu o zaštiti životinja (dalje u tekstu: ZZZŽ) koji u članku 1. propisuje da se njime uređuju „odgovornost, obveze i dužnosti fizičkih i pravnih osoba radi zaštite životinja, što uključuje zaštitu njihova života, zdravlja i dobrobiti“. Prema članku 4. stavku 1. ZZZŽ-a, životinje je „zabranjeno ubijati, nanositi im bol, patnju, ozljede te ih namjerno izlagati strahu“. Iz navedenih zakonskih odredbi nedvojbeno proizlazi da su život, zdravlje i dobrobit životinja zaštićena pravna dobra. U slučaju njihove povrede ZZZŽ u dijelu o kaznenim odredbama propisuje i odgovarajuće prekršajne novčane kazne. Tako će se novčanom kaznom od 50.000,00 do 100.000,00 kuna kazniti za prekršaj pravna osoba ako „ubija životinje, nanosi im bol, patnju i ozljede ili ih namjerno izlaže strahu (članak 66. stavak 1. točka 1.). Za takve radnje prekršajno će se novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 15.000,00 kuna kazniti i odgovorna osoba u pravnoj osobi te (svaka) druga fizička osoba (članak 66. stavak 2. i 3.). Za iste kriminalne sadržaje predviđena je i kaznena odgovornost u članku 205. KZ-a, kojim se također kao pravna dobra zaštićuju život i zdravlje (uključujući i tjelesnu cjelovitost) životinje. U takvom kontekstu, a uzimajući u obzir da zakonska definicija nužne obrane ne ograničava krug pravnih dobara koja se njome mogu štiti, životinja može biti „drugi“ u smislu članka 21. stavka 2. KZ-a i njezino je ubijanje ili mučenje dopušteno sprječavati putem nužne pomoći. Shvaćanje prema kojem je nužnom obranom dopušteno braniti ljudsku samilost prema mučenoj životinji manje je uvjerljivo jer su ljudski osjećaji samo jedan od razloga koji su pokrenuli zakonodavca na pobliže uređivanje zaštite (prava) životinja. Stoga životu i zdravlju životinja kao zaštićenim pravnim dobrima valja dati prednost u odnosu na ljudski osjećaj samilosti prema njima.

2.5. Zaštita mučene životinje primjenom krajnje nužde koja isključuje protupravnost

Potrebno je jasno istaknuti da je rad tematski ponajprije namijenjen rješavanju problema primjene nužne obrane u slučaju mučenja životinje te da stajalište o primjenjivosti nužne pomoći ne isključuje i mogućnost primjene krajnje nužde koja isključuje protupravnost, što bi zasigurno mogla biti tema za posebno znanstveno istraživanje. Kako se radi o kaznenom djelu koje se nije previše pojavljivalo u našoj sudskoj praksi, sudovi bi se lako mogli naći u situaciji da ne znaju hoće li primijeniti nužnu obranu ili krajnju nuždu kod ovog kaznenog djela. Nužna obrana podvrsta je krajnje nužde i uži pojam od iste. O eventualnoj primjeni krajnje nužde moguće je govoriti samo u situaciji kada napadnuta životinja nije u vlasništvu nijedne osobe jer nije sporno da osoba koja brani svoju životinju od druge osobe postupa u nužnoj obrani gdje štiti svoju imovinu.

U našem hipotetskom slučaju sa zlostavljačima mačke autor je dao prednost primjeni nužne obrane jer se sama krajnja nužda u pravilu primjenjuje u situacijama kad osoba koja postupa u krajnjoj nuždi zadire u pravna dobra trećih nesudjelujućih osoba dok su kod nužne obrane obrambene radnje upravljene prema napadaču. Odnosno, kod krajnje nužde sama radnja mora biti upravljena prema nekoj trećoj osobi, a ne napadaču. Ako slučajni prolaznik pokušava zaustaviti zlostavljača mačke tada je radnja slučajnog prolaznika upravljena prema samom napadaču, a ne nekoj trećoj osobi. Npr. ako blagajnica u banci razbojniku koji je u nju uperio pištolj preda novac banke, kazneno djelo pronevjere, čije su pretpostavke u tom trenutku ispunjene, isključeno je zbog krajnje nužde, a ne nužne obrane jer blagajnica nije povrijedila dobro napadača, nego treće osobe (banke).⁵² Radnja napadnutog mora biti upravljena prema nekom dobrom napadaču te ako napadnuti u nužnoj obrani povrijedi dobro treće osobe, njegova se radnja ima procjenjivati prema odredbama o krajnjoj nuždi.⁵³

No, isti se slučaj može razmatrati i u okviru krajnje nužde. Naime, valja istaknuti da se u njemačkoj kaznenopravnoj literaturi razlikuju situacije agresivne i defenzivne krajnje nužde (*Agresiv- und Defensivnotstand*). Kod obrambene radnje (radnje odbijanja opasnosti) u defenzivnoj krajnjoj nuždi, koja zahvaća samo u sferu dobara onoga od koga potječe opasnost, dopuštena su kvalitativno i kvantitativno značajnija oštećivanja (u slučaju nužde čak i tjelesno ozljeđivanje osobe koja je uzrokovala opasnost) nego kod agresivne krajnje nužde koja u tešku situaciju uvlači treću nesudjelujuću osobu, tj. povredu njezinih pravnih dobara.⁵⁴ Situacijama defenzivne krajnje nužde u kojima napad (opasnost) potječe od čovjeka tek se u novije vrijeme pridaje veća pozornost jer su se one uglavnom rješavale prema načelima nužne obrane, dok je primjena krajnje nužde koja isključuje protupravnost bila rezervirana za slučajeve agresivne krajnje nužde za koje je karakteristično da počinitelj u krajnjoj nuždi zahvaća u pravno dobro treće nesudjelujuće osobe.⁵⁵ Primjena krajnje nužde može se razmatrati i u okviru nekih drugih hipotetskih primjera, npr. spašavanje psa iz automobila razbijanjem stakla na vratima kako pas kojega je vlasnik ostavio u automobilu izloženom suncu na nekoliko sati ne bi uginuo zbog neizdržive temperature; krađa susjedova psa tijekom noći kako bi se pas spasio od svakodnevnog zlostavljanja njegova vlasnika itd.

Nadalje, treba imati na umu da primjena krajnje nužde kod ovog kaznenog djela sa sobom nosi i određena skliska pitanja gdje bismo trebali razmotriti koje je počinjeno zlo uistinu teže, odnosno je li uistinu ljudski život vrjedniji od same životinje? Pozitivistički pristup navodi nas da jest, no primijenimo li načela prirodnog prava o kojima smo govorili na početku, nećemo moći reći da je ljudski život vrjedniji od onog životinjskog. Primjenom krajnje nužde mogli bismo

52 Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.* (bilj. 15.)

53 *Ibid.*

54 Usp. Wessels, Johannes; Beulke, Werner; Satzger, Helmut: *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 46., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2016., str. 143.

55 Usp. Roxin, *op. cit.* (bilj. 51.), § 16., rubna bilješka 72.

razmatrati o prilično relativnim pitanjima koji svoj odgovor ne bi mogli naći u normama pozitivnog prava.

3. ZAKLJUČAK

Kazneno djelo mučenja ili ubijanja životinje spada u kaznena djela protiv okoliša kod kojih se otvaraju mnoga sporna pitanja, među kojima i pitanje primjene nekih klasičnih instituta općeg dijela kaznenog prava, kao što je, primjerice, nužna obrana. Stoga se ovaj rad i usredotočuje na problem nužne obrane/nužne pomoći radi sprječavanja mučenja ili ubijanja životinje. U središtu pozornosti je zaštita života i zdravlja životinje kao dijela okoliša, a ne kao dijela nečije imovine (vlasništva). Život i zdravlje životinja su pravna dobra koja su posebno zaštićena odredbama Zakona o zaštiti životinja i Kaznenog zakona. Zakonska definicija nužne obrane ne ograničava krug dobara koja se mogu štiti nužnom obranom. Stoga se istodobni ili izravno predstojeći protupravni napad na životinju kojim se ugrožava njezin život ili zdravlje (tjelesna cjelovitost) može odbijati nužnom obrambenom radnjom. Budući da se tu ponajprije radi o zaštiti života i zdravlja životinje, a ne o zaštiti ljudskih osjećaja (samilosti) prema mučenoj životinji, ispravno je stajalište prema kojemu životinja može biti „drugi“ u smislu članka 21. stavka 2. KZ-a i da je, sukladno tome, dopušteno postupanje počinitelja u nužnoj pomoći. Time se istodobno oživotvoruje i načelo potvrđivanja (afirmacije) prava u odnosu na nepravo. Prihvatanjem mogućnosti nužne obrane kod kaznenog djela ubijanja ili mučenja životinje sudska praksa može pridonijeti prevenciji počinjenja tog kaznenog djela jer bi se time ohrabрили potencijalni pomagači, ali i obeshrabрили potencijalni napadači koji bi mogli postati svjesni činjenice da se njihovo protupravno ponašanje može i fizički zaustaviti u granicama nužne obrane/nužne pomoći.

LITERATURA

- a) Knjige i članci
- Knjige
1. Armstrong, Susan J., Botzler, Richard, G., *The Animal Ethics Reader*, Routledge, 2003.
 2. Bell, Stuart, McGillivray, Donald, Pedersen, Ole, *Environmental Law*, Oxford University Press, Eighth edition, 2013.
 3. Jähnke, Bernhard, Laufhütte, Heinrich Wilhelm, Odersky, Walter (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11. neu bearbeitete Aufl., Zweiter Band, §§ 32 bis 60, De Gruyter Recht, Berlin, 2003.
 4. Novoselec, Petar (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2011.
 5. Novoselec, Petar, Bojanić, Igor, *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013.
 6. Pavlović, Šime, *Kazneni zakon. Zakonski tekst, komentari, sudska praksa, pravna teorija*, Libertin, Rijeka, 2015.
 7. Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Verlag C.H. Beck, München, 2006.
 8. Schönke, Adolf, Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28., neu bearbeitete Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2010.

9. Turković, Ksenija i dr., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2013.
10. Visković, Nikola, *Kulturna zoologija, Što je životinja čovjeku i što je čovjek životinji*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2009.

Članci

1. Adams, Wendy A., *Human subjects and animal objects: Animals as "other" in the law*, *Journal of Animal Law and Ethics*, vol.3., str. 29.-51., 2009.
2. Ascione, Frank R., *Children who are cruel to animals: A review of research and implications for developmental psychopathology*, *Anthrozoös*, 6., 1993., str. 226.-247.
3. Ascione, Frank R., Lockwood, Randall (2001). *Cruelty to animals: Changing psychological, social, and legislative perspectives*. In D.J. Salem & A.N. Rowan (eds.), *The state of the animals*, 2001., str. 39.-53., Washington, DC: Humane Society Press
4. Bačić, Arsen, *Ustavni temelji i problemi zaštite okoliša u hrvatskom i europskom pravu*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 45., 4/2008., str. 727.-743.
5. Epstein, Richard A., *Animals as Objects, or Subjects, of Rights*, *John M. Olin Law & Economics working paper no. 171 (2D series)*, The Law School, The University of Chicago, December 2, 2002.
6. Horvat, Martina, *Povezanost mučenja životinja s međuljudskim nasiljem*, *Kriminologija i socijalna integracija*, vol. 19., br. 1., 2011., str. 83.-98.
7. Jakovljević, Dragan, *Prava za životinje*, *Filozofska istraživanja*, 129, god. 33., sv. 1., 2013., str. 167.-182.
8. James, J., *When is rescue necessary? Applying the necessity defense to the rescue of animals*, *Stanford Journal of Animal Law and Policy*, vol. 7, 2014.
9. Kaluđerović, Željko, *Bioetički pristup životinjama*, *Socijalna ekologija*, Zagreb, vol. 18., br. 3-4, 2009., str. 311.-322.
10. Kovačević, B., *Manifest pokreta za prava životinja: o speciesizmu ili diskriminaciji na osnovi vrste*, *Revija za sociologiju*, vol. 40., br. 3., 2010., str. 337.-343.
11. Novoselec, Petar, *Sudska praksa*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11., br. 1/2004., str. 279.-284.
12. Proso, Maja, *Gradanskopravna odgovornost u području zaštite okoliša*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52., 3/2015., str. 705.- 719.

b) Vrela s interneta

1. Službene stranice Ius-info, viđeno: 7.6.2016.
URL: <http://www.iusinfo.hr/DailyContent/News.aspx?id=14566>
2. Službene stranice Ius-info, viđeno: 7.6.2016.
URL: <http://www.iusinfo.hr/DailyContent/News.aspx?id=15803>

c) Pravni akti

Propisi

1. *Kazneni zakon*, NN, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15.
2. *Konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda*, NN, MU, 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.
3. *Zakon o zaštiti okoliša*, NN, br. 80/13., 153/13., 78/15.
4. *Zakon o zaštiti prirode*, NN, br. 80/13.
5. *Zakon o zaštiti životinja*, NN, br. 135/06., 37/13., 125/13.

Sudska praksa

1. *Brooks v. State*, 122 So. 3d 418 (Fla. Dist. Ct. App. 2013)
2. *Hurd v. State*, 190 Md. App. 479 (Md. Ct. App. 2010)
3. *State v. Le Vasseur*, 613 P.2d 1328, 1333-34 (1980)
4. VSH (I Kž- 799/76, Pregled 10, 52)
5. *Županijski sud u Osijeku*, Kž-329/02 od 28. 6. 2002. (Općinski sud u Belom Manastiru, K-61/02)

Tomislav Nedić*

Summary

APPLYING THE LEGAL CONCEPT OF SELF-DEFENSE IN THE CRIMINAL OFFENSE OF CRUELTY TO ANIMALS

In this paper, the author considers the issue of applying the legal concept of self-defense in the criminal offense of cruelty to animals. Starting from the legal definition of self-defense, the author raises the issue of its interpretation in the area referring to the defense of others (repelling an attack attempted by another). In particular, the author strives to address the central, but also the most controversial issue of whether the coinciding illicit attack can be repelled by an animal or whether life and physical integrity of an animal are legal goods that can be protected by means of self-defense. The author briefly analyzes the issue of legal subjectivity and objectivity of animals as well. Acknowledging the Croatian and the US jurisprudence (which jurisprudence, unlike the Croatian case law, does not consider cruelty to animals as a novelty), the author hypothetically evokes the issues that might occur before the Croatian judicial system, and how they could and should be resolved by Croatian courts. In terms of comparative law, the paper also examines the attitudes towards the use of self-defense in this type of criminal offense in German legal references. The ultimate goal of the paper is to develop a mechanism that will not discourage animal helpers, within the limits of self-defense, that is the defense of others, to prevent cruelty to an animal being, which animal being, as a part of the environment protected under the Croatian Criminal Code, is a protected legal good, and to enable an animal being to have the right to life and physical integrity (guaranteed in accordance with the principles of natural law).

Keywords: *self- defense, defense of others, defense of necessity, animal, Criminal Code.*

* Tomislav Nedić, mag. iur., Doctoral Student, Faculty of Law Osijek, J. J. Strossmayer University of Osijek; nedict@gmail.com

Zusammenfassung

ANWENDBARKEIT DER NOTWEHR BEI DER ALS TIERQUÄLEREI ODER TIERTÖTUNG KLASSIFIZIERTEN STRAFTAT

In der Arbeit wird das Problem der Notwehr bei der als Tierquälerei oder Tiertötung klassifizierten Straftat behandelt. Ausgehend von der Gesetzesdefinition der Notwehr wird die Frage gestellt, wie der Teil der Definition, der sich auf die Nothilfe (Abwendung vom Angriff „des Dritten“) bezieht, ausgelegt werden soll. Konkret, es wird die kontroverste und im Mittelpunkt stehende Frage bearbeitet, ob ein rechtswidriger Angriff auch von Tieren abgewendet werden kann, beziehungsweise, ob das Leben und die körperliche Unversehrtheit von Tieren die Rechtsgüter darstellen, welche durch Notwehr zu schützen sind. Kurz wird auch die Problematik der Subjektivität und Objektivität von Tieren erläutert. Unter Berücksichtigung der kroatischen und amerikanischen Rechtsprechung (in welcher im Unterschied zur kroatischen die auf Tierquälerei und Tiertötung bezogene Rechtsprechung keine Neuigkeit ist) versucht der Autor hypothetisch darauf hinzuweisen, welche Arten von Rechtsstreitigkeiten auch vor unseren Gerichten erscheinen könnten und wie sie in solchen Fällen richten sollten. Ebenfalls werden rechtsvergleichend die Rechtsstandpunkte aus der deutschen Rechtsliteratur bezüglich der Anwendbarkeit der Notwehr bei dieser Straftat analysiert. Das Endziel ist es, ein Mechanismus zu schaffen, welcher die Tierhelfer nicht entmutigen will, dass sie im Rahmen der Notwehr, beziehungsweise der Nothilfe, die Quälerei oder Tötung von Tieren verhindern und dem Tier, welches als Teil der Umgebung ein gemäß dem Strafgesetzbuch geschütztes Rechtsgut darstellt, die Gewährleistung des Rechtes auf Leben und körperliche Unversehrtheit ermöglichen (durch Grundsätze des natürlichen Rechtes gewährleistet).

Schlüsselwörter: *Notwehr, Notstand, Tier, Strafgesetzbuch, Gericht.*

Riassunto

**L'APPLICABILITÀ DELLA LEGITTIMA DIFESA NEL CASO DI
REATO DI TORTURA O UCCISIONE DI ANIMALE**

L'autore si occupa nel lavoro della questione dell'applicabilità dell'istituto della legittima difesa nel caso di reato di tortura od uccisione di animale. Partendo dalla definizione giuridica della legittima difesa, si pone la questione della sua interpretazione nella parte in cui si riferisce allo stato di necessità (rigetto dell'aggressione „dell'altro“). In concreto si cerca di analizzare la questione centrale, ed al contempo la più controversa, e cioè se sia possibile rigettare il contemporaneo attacco illecito anche nel caso di animali. In altri termini, ci si interroga se la vita e l'integrità fisica dell'animale siano beni giuridici che possano venire protetti, invocando la legittima difesa. Si analizza brevemente anche la questione della soggettività ed oggettività giuridica degli animali. Tenendo in considerazione la giurisprudenza croata ed americana (dove, a differenza della giurisprudenza croata, la tortura o l'uccisione di animali non costituisce una novità), l'autore tenta di ricostruire ipoteticamente che genere di casi potrebbero presentarsi anche dinanzi alle nostre corti, come pure di capire come tali nostre corti affronterebbero tali casi. Ancora, da un punto di vista comparato, si confrontano gli orientamenti presenti nella dottrina tedesca con riguardo alla legittima difesa nel caso di un reato di questo tipo. Il fine ultimo è quello di creare un meccanismo che non scoraggerà gli amici degli animali, affinché nei confini della legittima difesa, ovvero dello stato di necessità, sventino la loro tortura od uccisione e consentano all'animale, il quale come parte dell'ecosistema rappresenta in forza della legge penale un bene giuridico protetto, la realizzazione (nel rispetto del diritto naturale garantito) del diritto alla vita ed all'integrità fisica.

Parole chiave: *legittima difesa, stato di necessità, animale, legge penale, corte.*

PROCESNOPRAVNI RAZLOZI NIŠTETNOSTI ODLUKA SKUPŠTINE DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU - *de lege lata vs. de lege ferenda*

Lidija Šimunović, mag. iur.*

UDK: 347.724
Ur.: 7. studenoga 2016.
Pr.: 7. ožujka 2017.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Procesnopravni razlozi, za razliku od drugih razloga ništetnosti odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću (dalje: d.o.o.), u sudskoj i poslovnoj praksi otvaraju najviše pravnih pitanja. Riječ je o „greškama u koracima“ koje dovode do ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a o kojima se u domaćoj pravnoj književnosti do sada nije sustavno raspravljalo. Ishodište za razradu ove problematike temelji se na okolnosti da je u odredbi članka 448. ZTD-a propisano da se na ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a na odgovarajući način primjenjuju odredbe o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a. Kako su procesnopravne razlike djelovanja glavne skupštine d.d.-a i skupštine d.o.o.-a jedna su od temeljnih razlika ova dva tipa društava kapitala spomenuto pozitivnopravno uređenje dovodi do pravne nesigurnosti i pogrešnih tumačenja.

U prvom dijelu rada daje se kronološki pregled normativnog uređenja ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a. Potom se doktrinarno razgraničavaju ništetne odluke od drugih odluka s nedostatkom. Zatim se svaka odredba o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a testira u kontekstu d.o.o.-a i potom izrijeком formulira odredba koja vrijedi samo za d.o.o. Osim domaćeg prava analiziraju se i rješenja iz poredbenog prava (osobito njemačkog) jer se domaće pravo u velikoj mjeri preklapa s rješenjima iz poredbenih prava. U zaključku se daju smjernice za praktičnije de lege ferenda uređenje ZTD-a u pogledu ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a.

Ključne riječi: društvo s ograničenom odgovornošću, ništetnost odluka, skupština društva s ograničenom odgovornošću, procesnopravni razlozi.

* Lidija Šimunović, mag. iur., asistentica Pravnog fakulteta u Osijeku, Sveučilište J. J. Strossmayera u Osijeku; lisimun@gmail.com

1. UVOD U PROBLEMATIKU

Procesnopravni razlozi ništetnosti odluka skupštine d.o.o. otvaraju niz pravnih pitanja o kojima je Zakon o trgovačkim društvima¹ nedorečen. Posljedica utvrđenja ovih razloga dovodi do ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a koje niti domaće, niti poredbena prava ne priznaju jer takve odluke imaju teške procesnopravne nedostatke. Ishodište za razradu problematike ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a temelji se odredbi članka 448. ZTD-a koja propisuje da se na ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a na odgovarajući način primjenjuju odredbe o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a.

Ovo pozitivnopravno uređenje u praksi izaziva najviše poteškoća s obzirom na to da su procesnopravne razlike u radu glavne skupštine d.d.-a i skupštine d.o.o.-a jedna od temeljnih razlika ova dva tipa društva kapitala. Dodatan problem proizlazi i iz činjenice da u domaćoj pravnoj književnosti nitko nije zasebno i sustavno analizirao procesnopravne razloge ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a.² U dostupnim radovima se nakon sustavne obrade odredbi o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a, samo poziva da sve što vrijedi za ništetnost odluka glavne skupštine d.d.-a, vrijedi i za ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a, uz navođenje nekih iznimki koje se odnose samo na d.o.o.³ Iako se na prvi pogled čini da je

1. Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009, 111/2012, 125/2011, 68/2013, 110/2015 (dalje: ZTD).
2. U domaćoj pravnoj književnosti nalazimo samo jedno djelo akademika Barbića koje se bavi ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a. Barbić, J., Ništetnost odluka skupštine/članova društva s ograničenom odgovornošću, Zbornik 53. Susreta pravnika u Opatiji 2015., Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2015., str. 9. (dalje: Barbić, J., Ništetnost odluka skupštine/članova društva s ograničenom odgovornošću).
3. Analizom dostupnih djela iz domaće pravne književnosti proizlazi da domaći autori ne analiziraju zasebno pitanje ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a, već ovu problematiku promatraju zajedno s ništetnosti i pobožnosti odluka dioničkog društva, odnosno društava kapitala. Pritom, ili ne daju cjelovite odgovore na sva otvorena pitanja ili se fokusiraju samo na pojedina aktualna pitanja bez sagledavanja svih važnih okolnosti za sustavnu analizu ove problematike, ili se analiziraju nevažeće odredbe ZTD/1995, Narodne novine br. 111/1993, 34/1999, 121/1999 (dalje: ZTD/1995) koje su vrijedile od 1. siječnja 1995. do 1. siječnja 2004. U tom smislu za domaću pravnu književnost vidi: Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavost i pobožnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20., br. 2, 1991., str. 737. (članak se odnosi na nevažeće odredbe ZTD/1995), (dalje: Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavost i pobožnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću); Barbić, J., Ništavost i pobožnost odluka skupštine u društvima kapitala, Pravo u gospodarstvu, vol. 43., br. 6., 2004., str. 83. (dalje: Barbić, J., Ništavost i pobožnost odluka skupštine u društvima kapitala); Barbić, J., Tužba za pobijanje odluka skupštine društva odnosno članova društva s ograničenom odgovornošću, Zbornik 52. Susreta pravnika u Opatiji 2014., Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2014., str. 13. (dalje: Barbić, J., Tužba za pobijanje odluka skupštine društva odnosno članova društva s ograničenom odgovornošću); Barbić, J., Dioničko društvo, knjiga druga, svezak 1., 6. izmjenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, 2013., str. 1346.; Barbić, J., Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, svezak II. Društvo s ograničenom odgovornošću,

takva metodologija razrade ove problematike dostatna i da nema potrebe zasebno razrađivati procesnopravne razloge ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a, u praksi se pokazalo da nema odgovora na mnogobrojne situacije koje se pojave u vezi s procesnopravnim razlozima ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a.⁴

Slijedom navedenoga, tri su cilja ovoga rada. Prvi je ispitati u kojoj mjeri je moguće na odgovarajući način primijeniti procesnopravne razloge ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a na ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a. Drugi je cilj analizirati domaće pravo i sudsku praksu i rasvijetliti dvojbe oko odgovarajuće primjene procesnopravnih razloga za ništetnost odluka glavne skupštine d.d.-a na ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a. Treći je cilj ispitati trebala li ponovno usvojiti model iz ZTD/1995 gdje su razlozi ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a bili izrijekom regulirani i odvojeni od onih za d.d. ili treba podržati pozitivnopravno uređenje gdje se odredbe d.d.-a na odgovarajući način primjenjuju na ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a.⁵

Takvo postavljanje problema utjecalo je i na metodologiju ovoga rada. Najprije se daje kronološki pregled domaćeg prava u pogledu ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a i doktrinarno razgraničavaju ništetne odluke od drugih odluka s nedostatkom. Potom se svaka odredba o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a testira u kontekstu d.o.o.-a i formulira odredba koja vrijedi samo za taj tip društva. Zatim se analiziraju modaliteti konvalidacije i uklanjanje ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a. U zaključku se nakon provedene analize konstatira treba li vratiti uređenje iz ZTD/1995 u pogledu ove problematike ili je postojeće uređenje dostatno za sve izazove suvremenog pravnog prometa.

društvo za uzajamno osiguranje, kreditna unija, europsko društvo-Societas Europea (SE), 2013., str. 536. (dalje: Barbić, J., Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, svezak II.); Parać, Z., Obveza obavještanja i glavna skupština dioničkog društva, Zbornik 49. Susreta pravnika u Opatiji, Zagreb, 2011., str. 125.; Hrastinski-Jurčec, Lj., Šimundić, M., Pobjiranje odluka skupštine dioničkog društva, Računovodstvo, revizija i financije, br. 11., 2014., str. 186.; Marković, N., Ništavost odluka skupštine, Novine u zakonu o trgovačkim društvima i novi uvjeti poslovanja, Zagreb, 2004., str. 95.; Pavlović, M., Razlike između ništavnosti i poboynosti odluka: skupštne društva kapitala, 1. dio – Ništavnost i poboynost odluka glavne skupštine dioničkog društva, Hrvatska pravna revija, br. 1., 2005., str. 37.; Pavlović, M., Razlike između ništavnosti i poboynosti odluka: skupštne društva kapitala, 2. dio, Hrvatska pravna revija, br. 2., 2005., str. 25.; Čuveljak, J., Ništavnost i poboynost odluka skupštine trgovačkog društva, Financije i porezi, br. 1., 2009., str. 264.; Šimundić, M., Ništavnost i poboynost odluka glavne skupštine dioničkog društva 1. dio, Informator, 54, 2007., str. 4; Saračević Mosavac, A., Ništavnost i poboynost odluka skupštine društva, Informator, 58, 2010, str. 12.

- 4 Autorica u ovom radu osim što stavlja poseban naglasak samo na procesnopravne razloge ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a, daje prikaz doktrinarnog razlikovanja odluka s nedostatkom od ništetnih odluka te osim postojećeg *de lege lata* daje prijedlog *de lege ferenda* ZTD-a u pogledu uočene problematike.
- 5 Kapitalno djelo koja se bavilo problematikom ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a danas je djelomično neprimjenjivo jer se odnosi na odredbe ZTD/1995 koje više nisu na snazi. U tom smislu vidi: Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavnost i poboynost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 3.), str. 737. O spomenutim promjenama ZTD-a vidi više *infra ad 2*.

2. KRONOLOŠKI PREGLED IZMJENA ZTD-a

Uređenje ZTD-a u pogledu ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a mijenjalo se u proteklim desetljećima. Za razliku od današnjeg uređenja, u ZTD/1995, od 1. siječnja 1995. do 1. siječnja 2004. godine, na snazi su bile odredbe koje su izrijekom uređivale ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a. U odredbi članka 447. ZTD/1995 bilo je propisano da se na ništetnost odluke skupštine d.o.o.-a može pozivati ako skupština na kojoj je donesena odluka nije bila valjano sazvana, ako na nju nisu bili uredno pozvani svi članovi društva, ako odluka nije donesena na način i u obliku propisanima ZTD/1995 ili društvenim ugovorom.⁶ Uz spomenute procesnopravne razloge ništetnost se mogla isticati i zbog materijalnopravnih razloga, ako odluke nisu bile u skladu s biti društva ili je njihov sadržaj protivan moralu društva.⁷

Takvo uređenje napušteno je 1. siječnja 2004. godine i „pojednostavljeno“ po uzoru na njemačko pravo.⁸ Ova izmjena uz manje gramatičke izmjene vrijedi i danas i regulirana je člankom 448. ZTD-a.⁹ Kako je već ranije spomenuto, tom odredbom propisano je da se u pogledu ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a na odgovarajući način primjenjuju odredbe o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a.¹⁰

Iako se čini da je današnje uređenje jednostavnije, proizlazi da se sada mora

6 U čl. 448. ZTD/1995 bilo je propisano (kao i danas) da se tužba za utvrđenje ništetnosti odluke podiže protiv društva, a da društvo zastupa uprava. Ako tužbu podiže netko od članova uprave, onda društvo zastupa nadzorni odbor. Ako tužbu podiže netko od članova uprave i nadzornog odbora ili ako društvo nema nadzorni odbor, a društvo nema zastupnika, sud je bio dužan društvu postaviti zastupnika. Cf. čl. 448. ZTD/1995. Prema današnjim odredbama ZTD-a, ako tužbu podnosi uprava, član uprave ili nadzornog odbora zastupnika društva imenuje skupština d.o.o.-a, a ne sud. Cf. čl. 441. st. 1. t. 9. ZTD-a.

7 Uz spomenute razloge na pojedinim mjestima u ZTD/2015 izrijekom se uređivalo pitanje ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a. Kako se te odredbe nisu mijenjale i zadržane su i u današnjem ZTD-u, one se zasebno ne analiziraju na ovom mjestu u radu.

8 Za njemačko pravo cf. § 241 Aktiengesetz (dostupan na: <https://dejure.org/gesetze/AktG>, posljednji put pregledano 30. studenog 2016.; dalje: AktG) u vezi s §§ 50 GmbH-Gesetz (dostupan na: <https://dejure.org/gesetze/GmbHG>, posljednji put pregledano 30. studenog 2016.; dalje: GmbHG).

9 Ostale izmjene su se odnosile na promjenu nazivlja pa se od 1. siječnja 2004. do 30. travnja 2010. godine koristio naziv ništavost, da bi se od 1. svibnja 2010. pa do danas koristio izraz ništetnost.

10 Cf. čl. 355-359. ZTD-a. U ZTD/1995 krug ovlaštenika za podizanje tužbe bio je puno uži. Tužbu za utvrđenje ništetnosti mogao je podići svaki član društva koji je bio na skupštini i u zapisnik izjavio protivljenje donošenju odluke i svaki član društva kojemu je neopravdano bilo onemogućeno da bude na skupštini. Glede odluke koja je donesena pisanim putem tužbu je mogao podići i svaki član društva koji je glasovao protiv njezina donošenja ili je pritom bio zaobidjen. Tužbu je mogao podići i svaki član uprave i nadzornog odbora ako mu se odlukom naređuje da učini nešto zbog čega bi mogao odgovarati za štetu odnosno čime bi učinio kažnjivu radnju. Cf. čl. 447. st. 2. i st. 3. ZTD/1995. Današnje pozitivnopravno uređenje se razlikuje. U krug ovlaštenika za podizanje tužbe radi utvrđenja ništetnosti ulaze sve osobe (bez obzira na to jesu li članovi društva) koje imaju pravni interes. Cf. čl. 187. st. 2. Zakona o praničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14 (dalje: ZPP).

uložiti dodatan napor i ispitivati mogu li se sve odredbe o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a na odgovarajući način primijeniti na nišetne odluke skupštine d.o.o.-a, te ako mogu, u kojoj mjeri je to moguće. To ima za posljedicu da se u svakom pojedinom slučaju moraju uzimati u obzir osobitosti d.o.o.-a, u odnosu na d.d. Stoga se odgovarajuća primjena postiže na način da sve: ono što se odnosi na statut, kod d.o.o.-a se odnosi na društveni ugovor/izjavu o osnivanju, ono što se odnosi na dionice, kod d.o.o.-a se odnosi na poslovne udjele, ono što se odnosi na dioničara, kod d.o.o.-a se odnosi na člana d.o.o.-a¹¹, ono što se odnosi na odluke donesene na glavnoj skupštini d.d.-a, kod d.o.o.-a se odnosi na odluke koje se donesu na skupštini d.o.o.-a, kao i na odluke koje članovi d.o.o.-a donose izvan skupštine d.o.o.-a.¹² To u praksi izaziva brojne poteškoće u pogledu ispravnog tumačenja odgovarajuće primjene spomenutih odredbi. Primjerice, posebnu važnost imaju razlike u sazivanju i provođenju skupštine ova dva tipa društva kapitala.¹³ Naime, ZTD je fleksibilniji kada je riječ o sazivanju i održavanju skupštine d.o.o.-a gdje se pri vođenju skupštine d.o.o.-a ne mora držati stroge procedure kao kod d.d.-a.¹⁴ To se podredno odražava i na sužavanje razloga zbog kojih se može isticati ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a, pa se može dogoditi da isti propust u sazivanju i održavanju skupštine d.d.-a bude razlogom ništetnosti, dok bi taj propust u sazivanju i održavanju skupštine d.o.o.-a bio razlogom probojnosti takve odluke.¹⁵

3. RAZGRANIČENJE NIŠTETNIH ODLUKA SKUPŠTINE D.O.O.-A OD DRUGIH VRSTA ODLUKA S NEDOSTATAKOM

Prije analize procesnopravnih razloga ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a, nužno je razgraničiti nišetne odluke skupštine d.o.o.-a od ostalih odluka s nedostatkom. Odluka s nedostatkom širi je pravni pojam koji se osim na nišetne odluke, odnosi i na sve druge odluke koje su u procesnom i/ili materijalnom smislu

- 11 Isto shvaćanje, ali u pogledu razloga koji se tiču probojnosti odluka skupštine d.o.o.-a zastupa se u: Barbić, J., Tužba za pobijanje odluka skupštine društva odnosno članova društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 3.), str. 14.
- 12 U odnosu na specifičnosti d.o.o.-a potrebno je naglasiti da se u radu pod izrazom „odluka skupštine d.o.o.-a“ misli i na odluke članova društva. Takvo je poimanje nužno s obzirom na neformalnost d.o.o.-a o donošenju odluka gdje članovi d.o.o.-a mogu donositi odluke i izvan skupštine društva, pa se opravdano i takve odluke članova d.o.o.-a smatraju odlukama skupštine. Ako dođe do utvrđenja ništetnosti takva odluka je nišetna *ex lege* od njezina donošenja i ne proizvodi pravne učinke. O tome vidi više u: Barbić, J., Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, svezak II., str. 536.
- 13 Barbić, J., Tužba za pobijanje odluka skupštine društva odnosno članova društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 3.), str. 15.
- 14 U tom se slučaju prije samog odlučivanja o ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a kao prethodno pitanje često mora razmatrati je li sporna odluka uopće donesena.
- 15 Kako je odgovarajuća primjena procesnopravnih razloga ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a ponekad nerazumljiva i pravnicima teško vjerovati da poduzetnici kojih se ove odredbe najviše tiču uvijek mogu doći do ispravnih tumačenja pozitivnopravne regulative o ovoj problematici.

suprotne Ustavu, prisilnim propisima, pravilima morala ili društvenom ugovoru.¹⁶ U domaćoj i stranoj pravnoj književnosti razlikuju se sljedeće odluke s nedostatkom: ništetne¹⁷, pobjodne¹⁸, prividne, odluke koje treba utvrditi¹⁹, nepostojeće odluke²⁰ i nedjelotvorne odluke (pendentne odluke, odluke bez pravnog učinka).²¹

Iako domaći zakonodavac izrijeком spominje samo ništetne i pobjodne odluke, razlikovanje ovih vrsta nedostataka odluka skupštine d.o.o.-a vrlo je važno. Ovisno o vrsti nedostataka koju trpi odluka, nastupaju različite pravne posljedice ne samo u odnosu na konkretnu odluku, nego i u odnosu na članove međusobno i prema trećim osobama.²²

U pravnoj književnosti dosta se rasprava vodilo o razgraničavanju ništetnih od pobjodnih odluka skupštine d.o.o.-a. Povod za doktrinarne rasprave bili su slučajevi iz njemačke sudske prakse za koje se nije moglo sa sigurnošću utvrditi je li riječ o razlogu ništetnosti ili pobjodnosti odluka društava kapitala.²³ Prema prevladavajućem stajalištu, razgraničenje ništetnih od pobjodnih odluka skupštine d.o.o.-a temelji se na objektu koji je predmet pravne zaštite tzv. pravnozaštitnom interesu.²⁴ Riječ je o tumačenju smisla ništetnosti kao instituta obveznog prava u skladu s temeljnim načelima prava društava. Slijedom toga, izvodi se zaključak da ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a postoji kada se javni interesi i interesi vjerovnika štite prisilnopravnim odredbama (teži oblik nevaljanosti odluka), dok pobjodnost postoji

16 Tako i Barbić, J., Ništetnost odluka skupštine/članova društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 2.), str. 89.

17 Njem. *Nichtige Beschlüsse*.

18 Njem. *Anfechtbar*.

19 Njem. *Feststellungsbedürftige Beschlüsse*.

20 Njem. *Scheinbeschlüsse*. Riječ je o odlukama koje su donijele neovlaštene osobe i takve su odluke nevaljane. U ovu kategorizaciju spadaju i besmislene odluke kao i one koje imaju proturječnosti u pogledu svoga sadržaja. Ova vrsta odluka s nedostatkom potječe iz starije austrijske pravne književnosti, dok u starijoj njemačkoj pravnoj književnosti prevladava mišljenje da „*Scheinbeschlüsse*” ne treba izdvajati u posebnu vrstu odluka s nedostacima jer to dovodi do pravne nesigurnosti. O ovim odlukama vidi više u: Henssler, M., Strohn, L., *Gesellschaftsrecht*, Band 62., 16. izd., München, 2016., par. 21-22. (URL: https://beck-online.beck.de/Bcid/y-400-W-HensslerStrohnKoGesR_3-name-ID_7206. Pristupljeno 4. studenog 2016.); Zöllner, W., u: Baumbach, A.; Huech, A.; GmbHG-Gesetz, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kurzkomentar, 15. izd., München, 1988., str. 846.

21 Njem. *wirkungslose*. U tom smislu za domaću pravnu književnost vidi: Barbić, J., Ništetnost i pobjodnost odluka skupštine u društvima kapitala, op. cit. (bilj. 3.), str. 159.; Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavost i pobjodnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 3.) 744-745. Za njemačko pravo vidi: Schmidt, K. u: Gadow, W., Heinichen, E., *Aktiengesetz Grosskommentar, Pflichtfortsetzung*, §§ 241-255, Berlin, 4. izd., 1995., str. 202. (dalje: Schmidt, K., *Aktiengesetz Grosskommentar*).

22 Schmidt, K., *Aktiengesetz Grosskommentar*, op.cit. (bilj. 21.), str. 7, 9 i 21. Odluka može istovremeno biti i ništetna i pobjodna i prividna i nedjelotvorna, ovisno o nedostacima koje ima.

23 O tome vidi više Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavost i pobjodnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 3.), str. 745.

24 Ibid.

ako se privatnopravni interesi štite dispozitivnim odredbama, društvenim ugovorom i sl. (lakši oblik nevaljanosti odluka).²⁵

Ništetna odluka skupštine d.o.o.-a po svojoj pravnoj naravi je odluka s procesnopravnim i/ili materijalnopravnim nedostatkom koju pravni poredak ne priznaje.²⁶ Takva odluka je *ex lege* ništetna od trenutka njezina donošenja, no pod određenim pretpostavkama može konvalidirati i postati valjana.²⁷ Utvrđivanje ništetnosti može isticati svaka osoba koja dokaže svoj pravni interes ili tužbom ili na neki drugi način (npr. prigovorom).²⁸ Za razliku od poboynosti, na ništetnost se pazi po službenoj dužnosti. U kontekstu prava društva od ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a treba razlikovati i ništetnost odluka koje donesu drugi organi npr. uprava ili nadzorni odbor (ako ga društvo ima)²⁹, kao i odluke koje se donesu na temelju ništetnosti glasa danog na skupštini (npr. zloupotrebljava se pravo glasa koje dovede do pogreški u prebrojavanju glasova).³⁰ Stoga bi odluka donesena na temelju takvoga glasanja bi bila pobojna, a ne ništetna.³¹

U domaćem pravu, najveći broj razloga ništetnosti odluke skupštine d.o.o.-a propisan je ZTD-om, no isti se mogu propisati i drugim zakonima. Kako je već rečeno, ZTD nije izrijekom uredio pitanje ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a, nego je propisano da se na odgovarajući način primjenjuju odredbe koje se odnose na ništetnost odluka glavne skupštine d.d.-a.³² Riječ je analognoj primjeni odredbi o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a kojima se uređuju razlozi ništetnosti, uklanjanje ništetnosti, pravne posljedice ništetnosti, ništetnost izbora članova nadzornog, odnosno upravnog odbora i ništetnost odluka o utvrđivanju godišnjih financijskih izvješća.³³

25 Tako u domaćoj pravnoj književnosti: Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavost i poboynost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 3.), str.745-746.; Slakoper, Z., Društvo s ograničenom odgovornošću: pravni odnosi između društva i članova, doktorska disertacija, Split, 1997., str. 207. O ništetnosti odluka skupštine u društvima kapitala za njemačko pravo vidi više: Schmidt, K., Aktiengesetz Grosskommentar, op.cit. (bilj. 21.), str. 12.; Hüffer, U., Aktiengesetz, Becksche Kurzkommentare, Band 53., 5. izd., München, 2002., str. 1106.

26 Treba razlikovati ništetnost u obveznom pravu koja može biti relativna i apsolutna od ništetnosti u kontekstu prava društava. O tome vidi više: Barbić, J., Ništavost i poboynost odluka u društvima kapitala, op. cit. (bilj. 3.), str. 88.; Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavost i poboynost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 3.), str. 742-743.

27 O tome vidi više *infra ad 5*.

28 Cf. čl. 357. st. 1. ZTD-a.

29 Tako i Barbić, J., Ništetnost odluka skupštine/članova društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 2.), str. 13.

30 Barbić, J., Ništavost i poboynost odluka u društvima kapitala, op. cit. (bilj. 3.), str. 158.

31 Ovo bi bio primjer za nepostojeću odluku u domaćem pravu op. cit. (bilj. 21.).

32 Čl. 448. u vezi s čl.355.-359. ZTD-a, Narodne novine, br. 111/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009, 111/2012, 125/2011, 68/2013, dalje u tekstu: ZTD.

33 Cf. čl. 448. u vezi s čl. 355-359. ZTD-a.

Važna okolnost koja se primjenjuje samo na ništetnost odluka (a ne i na pobjojnost) je da svi razlozi ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a moraju biti taksativno nabrojani u zakonu i nije ih moguće niti proširiti, niti suziti izvan zakonske kategorizacije. Takav stav potvrđen je i u domaćoj pravnoj književnosti i sudskoj praksi gdje prevladava mišljenje da su zakonski razlozi ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a *numerus clausus* i da se u odredbama društvenog ugovora isti ne bi mogli mijenjati.³⁴ Ako se u društvenom ugovoru propiše neki dodatan razlog ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a koji ne proizlazi iz zakonskih taksativno navedenih razloga, isti bi bio razlog za isticanje pobjojnosti odluke skupštine d.o.o.-a.³⁵ U slučaju dupliciranja zakonskih razloga ništetnosti odluka skupštine u društvenom ugovoru takva odluka bila bi *ex lege* ništetna, a ne pobjojna. Tu ne bi bila riječ o odluci koja je protivna društvenom ugovoru, već o odluci skupštine d.o.o.-a koja je protivna zakonu tj. prisilnom propisu.³⁶

Pobjojne odluke su one koje nisu *ex lege* ništetne, nego se ovlaštena osoba mora pozvati na nevaljanosti takve odluke.³⁷ Sve dok se odluka ne proglasi ništetnom, takva odluka postoji i proizvodi pravne učinke. Domaće pravo kao i srodna poredbena zakonodavstva, odredbe o pobjojnosti odluka glavne skupštine d.d.-a na odgovarajući način primjenjuje i na pobjojne odluke skupštine d.o.o.-a. ZTD u tom smislu propisuje razloge, krug ovlaštenika, pravna sredstva i pravne učinke uspješnog pobijanja.³⁸

34 Takav stav u domaćoj pravnoj književnosti zastupaju Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga druga, *Društva kapitala*, svezak II, op. cit. (bilj. 3.), str. 536., Ledić, D., Čulinović-Herc, E., *Ništavost i pobjojnost odluka skupštine društva*, op. cit. (bilj. 3.), str. 747. To je potvrđeno i u domaćoj sudskoj praksi u presudi VTSRH Pž-7466/04-4 od 18. rujna 2007., dostupnoj na službenim stranicama portala IUS-INFO (URL: www.iusinfo.hr, pristupljeno: 4. studenog 2016.

35 Cf. čl. 449. u vezi s čl. 360. st.1. ZTD-a propisuje da se odluka glavne skupštine može pobijati tužbom, ako je donesena protivno zakonu ili statutu, pa *argumentum per analogiam* proizlazi da je odluka skupštine d.o.o.-a suprotna društvenom ugovoru pobjojna, a ne ništetna.

36 Tako i: Barbić, J., *Ništavost i pobjojnost odluka skupštine u društvima kapitala*, op. cit. (bilj. 3.) str. 88.; Ledić, D., Čulinović-Herc, E., *Ništavost i pobjojnost odluka skupštine društva*, op. cit. (bilj. 3.), str. 746.

37 Ovdje treba ukazati na slučaj djelomične ništetnosti. Ako su samo neki dijelovi odluke skupštine ništetni preostali dijelovi će ostati na snazi u slučaju da za njih nisu ispunjene pretpostavke za utvrđivanje ništetnosti. S obzirom na to da je odluka skupštine vrsta pravnog posla na njihovu ništetnost primjenjuju se odredbe iz Zakona o obveznim odnosima o djelomičnoj ništetnosti ugovora (odredba čl. 324. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, dalje u tekstu: ZOO-a.). Takva situacija je moguća ako je samo neki dio odluke ništetan, a preostali dio odluke valjan pod pretpostavkom da isti može opstati bez ništetnog dijela i ako taj ništetni dio nije bio uvjet niti odlučujuća pobuda za donošenje sporne odluke. Odluka je valjana i ako je njezin ništetni dio bio uvjet i odlučujuća pobuda za donošenje sporne odluke, ako je ništetnost ustanovljena ako je ništetnost ustanovljena upravo zbog toga da bi odluka bila valjana i bez te bi odredbe i vrijedila bez nje. Pritom treba ocijeniti bi li članovi društva donijeli odluku da su znali za ništetnost jednog njezinog dijela. U sumnji treba uzeti da članovi društva ne bi ni donijeli odluku. Cf. čl. 324. ZOO-a u vezi s čl. 448. ZTD-a i čl. 355-359. ZTD-a.

38 Cf. čl. 449. u vezi s čl. 360. ZTD-a.

Za razliku od ništetnosti na koju se može pozivati svatko tko dokaže svoj pravni interes bez vremenskog ograničenja, krug i rokovi za pobijanje odluke skupštine d.o.o.-a su uži i kraći. Takvo uređenje u domaćem pravu je ispravno jer institut pobjonosti štiti manje povrede pravnog poretka pa se želi ograničiti krug osoba i vrijeme u kojem može pozivati na pobjonost odluke kako bi se smanjila pravna neizvjesnosti. Uspješno pobijena odluka jednako kao i nišetna odluka ne proizvodi pravni učinak i djeluje *erga omnes*.³⁹

Treća skupina odluka s nedostacima su prividne odluke koje ne postoje, iako na prvi pogled „prividno“ egzistiraju i proizvode pravne učinke.⁴⁰ Riječ je o odlukama koje imaju procesnopravne nedostatke na temelju kojih je pogrešno proglašeno da je odluka donesena, iako do njezinog donošenja nije došlo. Prividne odluke češće su kod d.d.-a, nego kod d.o.o.-a Naime, kod d.o.o.-a nema obveze predsjedavajućeg u skupštini da utvrđuje da je donesena odluka već se propisuje obveza uprave da u knjigu odluka bez odgađanja unese svaku donesenu odluku.⁴¹ Za razliku od toga kod d.d.-a predsjednik glavne skupštine mora utvrditi za svaku odluku da je donesena. Teoretski bi se i prividna odluka mogla pojaviti kod d.o.o.-a. To bi bio slučaj kad bi predsjedavajući u skupštini d.o.o.-a pogrešno zaključio da je određena odluka donesena, te bi na temelju takvog pogrešnog zaključka uprava upisala takvu odluku u knjigu odluka pa bi društvo dalje postupalo kao da je prividna odluka zaista donesena.⁴² Kod ovih odluka je upitno na koji način bi se mogle osporavati i tko su aktivno i pasivno legitimirane osobe za takvo isticanje.⁴³ U domaćoj sudskoj praksi prevladava mišljenje da su takve odluke pobjone i da egzistiraju sve dok se ne utvrdi njihova nevaljanost.⁴⁴ Dakle, nisu nišetne *ex lege*, nego se pred sudom mora pokrenuti postupak za proglašenje njihove ništetnosti. Ovisno o uspjehu u sporu prividna odluka će se proglasiti valjanom odnosno nišetnom.

Nužno je spomenuti i odluke koje treba utvrditi, a koje se u poredbenoj pravnoj književnosti spominju kao specifičnost d.o.o.-a.⁴⁵ To bi bio slučaj kad bi uprava

39 O pobjonosti odluka skupštine d.o.o.-a vidi više: Barbić, J., Nišetnost i pobjonost odluka skupštine u društvima kapitala, op. cit. (bilj. 3.), str. 164.

40 Schmidt, K., Aktiengesetz Grosskommentar, op. cit. (bilj. 21.), str. 9.

41 Cf. 446. st. 1. ZTD-a.

42 Barbić, J., Nišetnost i pobjonost odluka skupštine u društvima kapitala, op. cit. (bilj. 3.), str. 85-86.

43 Kod prividne odluke trebalo bi podnijeti dva tužbena zahtjeva – prvi kojim se pobija da je proglašena odluka i drugome kojim se utvrđuje stvarno donesena odluka. Kod ovih se odluka ne primjenjuju rokovi koji vrijede za tužbu za utvrđivanje nišetnosti. Tako i Barbić, J., Nišetnost i pobjonost odluka skupštine u društvima kapitala, op.cit. (bilj. 2.), str. 85-87. U povodu takve odluke sud bi mogao donijeti dvije odluke. Jednu kojoj prividnu odluku proglašava nišetnom i utvrđuje stvarno donesenu odluku. Druga odluka bila bi odbijanje oba tužbena zahtjeva.

44 U tom smislu vidi presudu VTSRH Pž 4572/08 od 26. kolovoza 2008. godine dostupnu na službenim stranicama portala IUS-INFO (URL: www.iusinfo.hr, pristupljeno: 4. studenog 2016.).

45 Tako i: Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavost i pobjonost odluka skupštine društva, op. cit. (bilj. 3.), str. 744.

propustila bez odgađanja unijeti odluku skupštine d.o.o.-a u knjigu odluka. Te su situacije češće kod d.o.o.-a jer ZTD ne propisuje posebnu proceduru kontrole jesu li pojedine odluke donesene, je li glasovala propisana većina, je li glasovao član čije je pravo glasa bilo isključeno i sl. One se često pojavljuju u poslovanju d.o.o.-a jer je ono neformalno i odvija se bez javnog bilježnika pa se utvrđivanje postojanja odnosno nepostojanja pojedine odluke često može postaviti kao predmet tužbenog zahtjeva. Stoga se takva dvojba razrješava na sudu gdje se utvrđuje je li predmetna odluka uopće donesena. Presuda u povodu ovakvih odluka je konstitutivna i proizvodi pravne učinke od donošenja sudske presude. Učinak takve presude je *erga omnes*. Kod ovih je odluka neizvjesno jesu li uopće donesene, dok se kod prividnih odluka pogrešno tvrdi da odluke postoje, iako nikad nisu donesene. Domaći zakonodavac ni u pogledu ovih odluka nije jasan o načinu njihova utvrđivanja (treba li se kod njih isticati ništetnost, pobjonost ili nešto treće, tko su aktivno i pasivno legitimirane osobe za takvo isticanje).

Nedjelotvorne ili odluke bez pravnog učinka su one koje su donesene, ali da bi počele proizvoditi pravne učinke mora se ispuniti i neka dodatna pretpostavka kao što je primjerice pristanak člana d.o.o.-a, odobrenje javnog tijela i sl. Od donošenja odluke do potvrđivanja ove odluke ne proizvode pravne učinke i u tom razdoblju se zovu pendentnim odlukama.⁴⁶ Ovisno o ispunjenju dodatne pretpostavke (u za to propisanim rokovima), takve odluke mogu postati valjane, odnosno nikada ne početi proizvoditi pravne učinke.

Analizom svih odluka s nedostacima koje spominje pravna književnost proizlazi da su samo nišetne i pobjone odluke regulirane ZTD-om. Ovaj propust može se prevladati dobrim poznavanjem pravila građanskog parničnog postupka. Pravilnim određenjem tužbenog zahtjeva u slučaju prividnih odluka i odluka koje treba utvrditi mogu se postići iste pravne posljedice koje su izrijeком propisane za utvrđivanje nišetnosti i pobjonosti odluka skupštine d.o.o.-a prema ZTD-u.

4. RAZLOZI NIŠTETNOSTI ODLUKA SKUPŠTINE D.O.O.-a

U pravnoj književnosti zakonski razlozi nišetnosti odluka skupštine d.o.o.-a obično se dijele u tri skupine razloga. Riječ je nišetnosti zbog povreda procesnopravnih, materijalnopravnih i razloga koji se odnose na povrede općih klauzula. Na ovom mjestu daje se cjelovit pregled svih razloga nišetnosti odluka skupštine d.o.o.-a propisanih u ZTD-u koji se isključivo odnose na d.o.o.-a.⁴⁷ Pregled je rezultat analize u kojoj se najprije za svaku pojedinu odredbu ZTD-a

46 O nedjelotvornim odlukama u njemačkom pravu vidi više u: Lutter, M.; Hommelhoff, P.; Gmbh-Gesetz Kommentar, urednik Bayer, W., 16. izd., Koeln, 2004., str. 589. (dalje: Lutter, M.; Hommelhoff, P.; Gmbh-Gesetz Kommentar). Za domaće pravo vidi Barbić, J., Nišetnost i pobjonost odluka skupštine u društvima kapitala, op.cit. (bilj. 3.), str. 89.; Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavost i pobjonost odluka skupštine društva, op. cit. (bilj. 3.), str. 744.

47 Detaljnije o pojedinim procesnopravnim razlozima vidi u poglavljima *infra ad* 5. i 6. ovoga rada.

koja se odnosi na ništetnost odluka glavne skupštine d.d.-a⁴⁸ ispitalo može li se i s kojim pravnim učincima na odgovarajući način primijeniti na odredbe d.o.o.-a. Uz spomenute razloge na kraju ovog pregleda navode se i ostali razlozi ništetnost propisani u ZTD-u, koji su izrijeком propisani samo za ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a (a ne i ništetnost odluka glavne skupštine d.d.-a). Time se daje cjelovit pregled svih mogućih razloga ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a propisanih ZTD-om.

Slijedom navedenoga, proizlazi da će biti ništetne:

a) odluke skupštine d.o.o.-a o sudjelovanju u dobiti novih poslovnih udjela već i u poslovnoj godini koja istekne prije donošenja odluke o povećanju temeljnoga kapitala i u vezi s tim donesena odluka o upotrebi dobiti iz prethodne godine pri povećanju temeljnog kapitala iz sredstava društva, ako se ne upišu u sudski registar u roku tri mjeseca od kada su donesene⁴⁹;

b) odluke skupštine d.o.o.-a o smanjenju i povećanju temeljnoga kapitala kada se on smanjuje ispod najnižeg propisanog iznosa ako se iste ne upišu u sudski registar u roku šest mjeseci od donošenja odluke o smanjenju, odnosno o povećanju temeljnoga kapitala d.o.o.-a⁵⁰;

c) odluke skupštine d.o.o.-a donesene na skupštini d.o.o.-a koja nije sazvana sukladno pravilima o sazivanju skupštine, sadržaju poziva, načinu i vremenu sazivanja skupštine⁵¹, odnosno sukladno društvenom ugovoru ako je njime neki od spomenutih elemenata sazivanja skupštine drukčije uređen⁵²;

d) odluke skupštine d.o.o.-a koje nisu u skladu s biti društva ili ako se njihovim sadržajem čini povreda propisa kojima se isključivo ili pretežno štite interesi vjerovnika društva ili su doneseni radi zaštite javnog interesa⁵³,

48 Cf.čl. 355-359. ZTD-a.

49 Cf. čl. 355. u vezi s čl. 338. st. 2. ZTD-a. Kod povećanja temeljnoga kapitala gdje novi poslovni udjeli sudjeluju u dobiti društva već i u poslovnoj godini koja istekne prije donošenja te odluke, odluka o povećanju temeljnoga kapitala se mora donijeti prije nego što se donese odluka o upotrebi dobiti za poslovnu godinu koja je prethodila onoj u kojoj se donosi odluka o povećanju kapitala. Odluka o upotrebi dobiti iz prethodne godine postaje valjanom tek kada se poveća temeljni kapital. Stoga je logično da su navedene odluke ništetne ako se odluka o povećanju temeljnoga kapitala ne upiše u sudski registar u roku od tri mjeseca od kada je donesena. Propisivanje prekluzivnog roka od 30 dana ima svrhu zaštite pravne sigurnosti.

50 U ovoj odredbi propisano je da rok od šest mjeseci ne teče za vrijeme dok traje spor po tužbi utvrđenje ništetnosti takve odluke. Spomenute odluke i povećanje temeljnoga kapitala mogu se upisati u sudski registar samo zajedno. Cf. čl. 355. u vezi s čl. 348. st. 2. ZTD-a.

51 To bi bile odluke skupštine d.o.o.-a koju je sazvala neovlaštena osoba ili čiji poziv sadrži bitne nedostatke u pogledu sadržaja. O tumačenju ove odredbe u kontekstu d.o.o. vidi *infra ad 5*. O tim pravilima u cf. čl. 442. i 443. ZTD-a. Za njemačko pravo cf. § 121. st. 2. AktG u vezi s analognom primjenom §§ 49-51 GmbHG.

52 Cf. čl. 442. i 443. ZTD-a. U slučaju da su na skupštini sudjelovali svi članovi društva povreda spomenutih pravila neće biti razlog ništetnosti odluke skupštine. O ništetnosti odluka koja se tiču unošenja njezina sadržaja u zapisnik, manjkavosti sadržaja zapisnika, kao a ako zapisnik nije sastavio ili potpisao javni bilježnik, na d.o.o. se ne mogu na odgovarajući način primijeniti spomenute odredbe jer se u d.o.o.-u odluka smatra donesenom čim je za nju dan potreban broj glasova, a ne nakon što je sastavljena u pisanom obliku. Takva odluka skupštine d.o.o.-a bi stoga bila pobojna, a ne ništetna. Cf. Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga druga, *Društva kapitala*, svezak II, op. cit. (bilj. 3.) str. 537.

53 Cf. čl. 448. u vezi s čl. 355. st. 3. ZTD-a.

e) odluke skupštine d.o.o.-a koje su suprotne moralu⁵⁴;

f) odluke skupštine d.o.o.-a koje su pravomoćnom presudom donesenom u povodu tužbe za pobijanje odluke proglašene ništetnima.⁵⁵

U ovom popisu izostavljene su odredbe koje se ne mogu na odgovarajući način primijeniti na d.o.o. To su odredbe o ništetnosti odluka koje se odnose na uvjetno povećanje temeljnoga kapitala. One su neprimjenjive jer d.o.o. ne poznaje takav način povećanja temeljnoga kapitala.⁵⁶ Neprimjenjivo je i utvrđivanje ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a kojima se mijenja godišnje financijsko izvješće koje je već ispitao revizor, osim ako se ponovno ne podnese bezrezervno izvješće revizora u roku dva tjedna od njihova donošenja.⁵⁷ Naime, skupština d.o.o.-a uvijek sama utvrđuje godišnja financijska izvješća društva pa uprava i nadzorni odbor (ako ga d.o.o. ima) ne mogu utvrđivati takva izvješća, stoga ne može ni doći do stanja kakvo je predviđeno tom odredbom za organe d.d.-a.⁵⁸ Također kod d.o.o.-a ne bi bile ništetne niti odluke koje nisu unesene u zapisnik jer kod d.o.o.-a se ne traži da se svaka pojedina odluka unosi u zapisnik.⁵⁹

S obzirom da to je nadzorni odbor fakultativan organ kod d.o.o.-a posebnu pažnju treba posvetiti odgovarajućoj primjeni odredbi kojima se uređuje pitanje ništetnosti odluka skupštine pri izboru članova nadzornog, odnosno upravnog odbora.⁶⁰ U praksi se često događa da d.o.o. niti nema nadzorni odbor, pa tada skupština umjesto nadzornog odbora bira i opoziva članove uprave.⁶¹ Ništetne su i odluke o izboru člana uprave kad je prethodno već izabran najveći broj članova uprave određen društvenim ugovorom, od kojih niti jedan nije opozvan. U odnosu na upravni odbor neprimjenjive su odredbe o ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a jer d.o.o. ne može imati monističko uređenje organa pa se odredbe o upravnom odboru ne mogu na odgovarajući način primijeniti na d.o.o.

U odnosu na odredbe o ništetnosti izbora članova nadzornog odbora (odnosno upravnog odbora) kod d.d.-a iz članka 358. ZTD-a odgovarajućom primjenom na ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a proizlazi da su ništetne:

a) odluke skupštine d.o.o.-a o izboru članova uprave i/ili nadzornog odbora ako su donesene na skupštini koja nije sazvana sukladno pravilima o sazivanju skupštine, sadržaju poziva, načinu i vremenu sazivanja skupštine, sukladno zakonu,

54 Čl. 355. st. 4. ZTD-a.

55 Čl. 355. st. 5. ZTD-a.

56 Čl. 355. u vezi s čl. 313. st. 4. ZTD-a.

57 Cf. čl. 348. ZTD-a.

58 Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga druga, Društva kapitala, svezak II, op. cit. (bilj. 3.) str. 536.

59 Cf. čl. 355. u vezi s čl. 286. st. 1., 2. i 4. ZTD-a.

60 Čl. 358. ZTD-a.

61 Imajući to u vidu kao i okolnost da su pravila o izboru članova uprave prisilne naravi, izložena pravila o ništetnosti izbora članova nadzornog odbora na odgovarajući način treba primijeniti i na odluke skupštine d.o.o.-a o izboru, dužnostima člana uprave, osobe koje ne ispunjavaju opće uvjete za izbor, koja ne ispunjava uvjete za izbor predviđene valjanom odredbom društvenog ugovora, koja nije predložena uopće ili nije bila predložena u skladu sa ZTD-om ili društvenim ugovorom. Cf. čl. 239. st. ZTD-a.

odnosno sukladno društvenom ugovoru ako je njime neki od spomenutih elemenata sazivanja skupštine drukčije uređeno⁶²;

b) odluke skupštine d.o.o.-a o izboru člana uprave i/ili nadzornog odbora koje su pravomoćnom presudom povodom tužbe za pobijanje odluke proglašene ništetnima⁶³;

c) odluke skupštine d.o.o.-a u kojima je izbor člana nadzornog odbora i/ili uprave sastavljen protivno zakonu ili društvenom ugovoru⁶⁴;

d) odluke kojima skupština d.o.o.-a u nadzorni odbor izabere osobu koja nije bila predložena u skladu sa zakonom ili društvenim ugovorom⁶⁵;

e) odluke skupštine d.o.o.-a kojima se izabire u nadzorni odbor i/ili upravu više članova nego je to određeno zakonom ili društvenim ugovorom⁶⁶;

f) odluke skupštine kojim je izabrana osoba u vrijeme početka razdoblja za koje je izabrana ne ispunjava ZTD-om propisane uvjete za člana nadzornog odbora.⁶⁷

Ako se odredbe o ništetnost odluka glavne skupštine d.d.-a o utvrđivanju godišnjih financijskih izvješća⁶⁸ iz članka 359. ZTD-a na odgovarajući način primjene na odredbe o ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a o utvrđivanju godišnjih financijskih izvješća proizlazi da će biti ništetne:

a) odluke skupštine d.o.o.-a o utvrđivanju godišnjih financijskih izvješća čiji je sadržaj godišnjih izvješća suprotan propisima kojima se isključivo ili pretežno štite interesi vjerovnika društva⁶⁹;

b) odluke skupštine d.o.o.-a o utvrđenju godišnjih financijskih izvješća ako prethodno nije obavljena revizija godišnjih financijskih izvješća koja se obavljaju u skladu sa zakonom ili to nisu obavila za to ovlaštene osobe⁷⁰;

c) odluke skupštine d.o.o.-a o utvrđenju godišnjih financijskih izvješća ako se pri njihovoj izradi nisu poštivale odredbe zakona ili društvenog ugovora o unosu sredstava u rezerve i korištenju sredstava iz njih⁷¹;

d) sve daljnje odluke skupštine d.o.o.-a o upotrebi dobiti donesene na temelju spomenutih ništetnih odluka.⁷²

62 Cf. čl. 358. u vezi s 355. t. 1. odnosno čl. 442. i 443. ZTD-a (za d.d. cf. čl. 277. st. 2., 3. i 6. ZTD-a).

63 Cf. čl. 358. u vezi s čl. 355. t. 5. ZTD-a.

64 Cf. čl. 358. t. 1. ZTD-a.

65 Cf. čl. 358. t. 2. ZTD-a.

66 Cf. čl. 358. t. 3. ZTD-a.

67 Cf. čl. 358. t. 4. ZTD-a.

68 Čl. 359. ZTD-a.

69 Čl. 359. st. 1. t. 1. ZTD-a.

70 Čl. 359. st. 1. t. 2. ZTD-a.

71 Čl. 359. st. 1. t. 3. ZTD-a.

72 Čl. 359. st. 2. ZTD-a. Skupština i nadzorni odbor ne utvrđuju financijska izvješća kod d.o.o.-a Stoga su neprimjenjive na d.o.o. su odredbe o ništetnosti odluke skupštine iz čl. 358. st. 3. ZTD-a gdje se navodi da je odluka glavne skupštine d.d.-a ništetna ako financijska izvješća nisu prihvatile za to ovlaštene osobe, tj. uprava odnosno nadzorni odbor. Neprihvatanje financijskih izvješća od uprave, odnosno nadzornog odbora, ne bi bio razlog ništetnosti

Spomenutim razlozima treba pribrojiti i razloge iz ZTD-a kojim se izravno propisuje ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a ne pozivajući se na odgovarajuću primjenu odredbi o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a.⁷³ U njima je propisano da su ništetne:

a) odluke skupštine d.o.o.-a pri povećanju temeljnoga kapitala pretvaranjem rezervi u temeljni kapital u kojima novi poslovni udjeli ne pripadaju članovima društva u istome razmjeru kao i oni prije povećanja temeljnoga kapitala društva⁷⁴;

b) odluke skupštine d.o.o.-a o utvrđenju godišnjih financijskih izvješća ako takve odluke nisu donesene zajedno s odlukama o smanjenju temeljnoga kapitala ili ako su donesene zajedno, a odluke o smanjenju temeljnoga kapitala koje ne bi bile upisane u sudski registar u roku od tri mjeseca nakon njihova donošenja⁷⁵;

c) odluke skupštine d.o.o.-a o smanjenju i o istodobnom povećanju temeljnoga kapitala ako ih se u roku od tri mjeseca od kada su donesene ne upiše u sudski registar.⁷⁶

Nakon provedenog ispitivanja proizlazi da se na ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a ne mogu primijeniti svi razlozi ništetnosti koji se odnose na odluke glavne skupštine d.d.-a⁷⁷, već se to čini u ograničenoj mjeri uvažavajući osobitosti d.o.o.-a u odnosu na d.d.⁷⁸ U nastavku rada izdvajaju i detaljno analiziraju u kontekstu d.o.o.-a procesnopravni razlozi ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a.⁷⁹

odluke skupštine d.o.o.-a. Naime, u d.d.-u se traži davanje suglasnosti nadzornog odbora financijska izvješća i od uprave i od nadzornog odbora, a kod d.o.o.-a uprava odgovara za izradu financijskih izvješća te ih dostavlja nadzornom odboru, ako ga d.o.o. uopće ima, a ako ga nema onda izravno skupštini i svakom članu društva, a o njima odlučuje skupština. Cf. čl. 359. st. 3. ZTD-a.

73 Cf. čl. 409. st. 3., čl. 459. st. 5., čl. 465. c st. 3., i čl. 465. d st. 2. ZTD-a. Razlozi ništetnosti odluka skupštine se mogu nalaziti i u drugim propisima.

74 Cf. čl. 459. st. 5. ZTD-a.

75 Čl. 465. c st. 3.

76 Spomenuti rok ne teče za vrijeme trajanja postupka povodom tužbe kojom se traži utvrđivanje da je odluka ništetna. Odluke se mogu upisati u sudski registar samo zajedno. Cf. čl. 465. d st. 2. ZTD-a.

77 Cf. čl. 355. ZTD-a.

78 O odgovarajućoj primjeni odredbi d.d.-a na ništetost odluka skupštine d.o.o.-a u njemačkom pravu vidi Luther, T., *Beschlussmängelrecht der GmbH und die Frage der analogen Anwendung des Freigabeverfahrens Vollansicht*, Berlin, 2015., str. 21-31.

79 U radu se namjerno izostavljaju ostali razlozi ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a jer tumačenje tih razloga nije sporno s aspekta odgovarajuće primjene odredbi d.d.-a na odredbe o ništetnosti skupštine d.o.o.-a. Osim toga, analiza ostalih oblika prelazila bi opseg rada. Ostali razlozi ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a propisani ZTD-om su: odluke o ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a koje nisu u skladu biti društva, koje su protivne moralu društva, ništetnost odluka na temelju sudske odluke, ništetnost odluke o izboru članova nadzornog odbora, odluke o godišnjim financijskim izvješćima, odluke koje se tiču postupa uprave da se konzultira s radničkim vijećem prije donošenja odluke skupštine. Osim spomenutih razloga i Zakon o radu Narodne novine, br. 93/2014 (dalje: Zakon o radu) propisuje razloge ništetnosti odluka skupštine društva d.o.o.-a. Zakonom o radu propisano je da poslodavac prije donošenja odluke koje su važne za položaj radnika mora radničkom vijeću priopćiti podatke važne za donošenje takve odluke i zatražiti od radničkog vijeća sagledavanje učinka

4.1. O procesnopravnim razlozima ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a

U procesnopravne razloge ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a spadaju pogreške u vezi sa sazivanjem skupštine i pogreške učinjene pri donošenju odluke članova društva pisanim putem.⁸⁰ U ovom poglavlju se sustavno analiziraju sporna pitanja u vezi procesnopravnim razlozima ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a uz korištenje primjera iz domaće i strane sudske prakse.

4.1.1. Pogreške u sazivanju skupštine

Kako je već navedeno, pravila o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a koje se tiču pogrešaka u sazivanju glavne skupštine d.d.-a nije moguće u potpunosti primijeniti na utvrđenje ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a.⁸¹ Jednostavniji ustroj d.o.o.-a smanjuje zakonske formalnosti i dopušta znatnu autonomiju članovima društva o načinu i rokovima sazivanja skupštine d.o.o.-a. To povlači za sobom posljedicu da su nišetne odluke skupštine d.o.o.-a ako skupštinu sazove neovlaštena osoba i u slučaju utvrđenja bitnih nedostataka o sadržaju poziva na skupštinu d.o.o.-a. Za sve ostale razloge ne bi se moglo pozivati na odgovarajuću primjenu razloga ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a, nego na pobjojnost odluka skupštine d.o.o.-a.

takve odluke na položaj radnika. Primjerice, to bi bile odluke koje se odnose na donošenje pravilnika o radu, plana zapošljavanja, premještaj radnika, otkaz ugovora o radu, uvođenje nove tehnologije, promjene u organizaciji i načinu rada i sl. Zakonom o radu propisana je obveza prethodnog savjetovanja s radničkim vijećem/sindikalnim povjerenikom o očekivanim pravnim, gospodarskim i socijalnim posljedicama koje za radnika mogu proizaći ako se statusnom promjenom ili pravnim poslom na novog poslodavca prenese poduzeće ili dio poduzeća, jer se tada na njega *ex lege* prenose i svi ugovori o radu radnika koji rade u poduzeću ili dijelu poduzeća koje je predmet prenošenja. Podatci o namjeravanoj odluci moraju se dostaviti radničkom vijeću potpuno i pravodobno, tako da mu se omogući davanje primjedbi i prijedloga, kako bi rezultati rasprave stvarno mogli utjecati na donošenje odluke (cf. čl. 150. st. 4. Zakona o radu). Tu je riječ o važnim pitanjima jer se njima u odnosu na radnike mijenja poslodavac. Radničko vijeće je dužno u roku od osam dana ili u roku kako je to određeno u sporazumu s poslodavcem, a u slučaju izvanrednog otkaza u roku od pet dana, dostaviti poslodavcu svoje očitovanje o namjeravanoj odluci. Ako se radničko vijeće ne očituje u propisanom roku smatra se da nema primjedbi (čl. 150. st. 5. i 6. Zakona o radu). Propusti li uprava obaviti spomenuto savjetovanje s radničkim vijećem/sindikalnim povjerenikom prije nego se pristupi odlučivanju, pa skupština usprkos tomu donese odluku čija je posljedica prijenos ugovora o radu na drugog poslodavca, takva odluka skupštine je nišetna (cf. čl. 150. st. 10. Zakona o radu). Uz to će članovi društva i uprava odgovarati za prekršaj. Ovdje nije riječ o tome da uprava treba ishoditi suglasnost radničkog vijeća za donošenjem odluke, nego se potrebno savjetovati. Smisao savjetovanja je u tome da se članovima na skupštini predoče razlozi radničkog vijeća/sindikalnog povjerenika za i protiv odluke koja se namjerava donijeti. Skupština nije vezana tim razlozima, ali joj se u svakom slučaju moraju prikazati. Tu je riječ o važnim pitanjima jer se njima u odnosu na radnike mijenja poslodavac.

80 Ova podjela preuzeta iz Barbić, J., *Ništetnost odluka skupštine/članova društva s ograničenom odgovornošću*, op. cit. (bilj. 2.), str. 14. i 19.

81 Cf. čl. 355. ZTD-a.

Za utvrđenje pogreški u sazivanju skupštine ponajprije je mjerodavan društveni ugovor, a tek podredno odredbe ZTD-a o sazivanju, načinu i roku sazivanja skupštine.⁸²

Prvi razlog ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a je kada skupštinu sazove neovlaštena osoba. To je bitno jer ako je skupštinu sazvala neovlaštena osoba sve odluke koje se njoj donesu su *ex lege* ništetne. Prema ZTD-u, skupštinu d.o.o.-a je ovlaštena sazvati uprava (ako to pravo u društvenom ugovoru nije preneseno na drugu osobu). Uz upravu ovisno o posebnim okolnostima u ZTD-u se navodi da su ovlašteni za sazivanje skupštine i nadzorni odbor kad to zahtijeva dobrobit društva (ako ga d.o.o. ima), članovi društva koji su preuzeli poslovne udjele koji zajedno čine najmanje desetinu temeljnoga kapitala društva⁸³, likvidatori⁸⁴ i stečajni upravitelj.⁸⁵ Uz navedene osobe dodatna ovlast za sazivanje skupštine može se propisati zakonom i društvenim ugovorom.⁸⁶

U većini slučajeva skupštinu d.o.o.-a sazivaju članovi uprave i/ili uprava kao organ preporučenim pismom najmanje jednom godišnje. Skupština se saziva u slučajevima određenim ZTD-om, društvenim ugovorom, kada to zahtijevaju interesi društva i ako je društvo izgubilo polovinu temeljnoga kapitala.⁸⁷ Osobitost d.o.o.-a u odnosu na d.d. je da uprava ne donosi formalnu odluku o sazivanju skupštine, nego je dovoljna tek radnja bilo kojeg člana uprave kojom saziva skupštinu ako to pravo zakonom ili društvenim ugovorom nije preneseno na drugu osobu. Ako bi u društvenom ugovoru bilo propisano da je uprava dužna donijeti odluku o sazivanju skupštine i to se propusti napraviti to bi bio procesnopravni razlog poboynosti, a ne ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a, dok bi kod d.d.-a bila riječ o procesnopravnom razlogu ništetnosti takve odluke glavne skupštine d.d.-a.

Ovisno o okolnostima u kojima d.o.o. posluje i drugi organi d.o.o.-a i osobe mogu ovlašteno sazvati skupštinu. Primjerice, ako d.o.o. ima nadzorni odbor, on može sazvati skupštinu kad god to zahtijeva dobrobit društva.⁸⁸ Odluka nadzornog odbora o sazivanju skupštine d.o.o.-a donosi se običnom većinom glasova. Uz navedeno nema zaprjeka da nadzorni odbor ovlastiti predsjednika, jednog ili više članova nadzornog odbora ili druge osobe da sazovu skupštinu d.o.o.-a radi dobrobiti društva. U tom slučaju odluke skupštine bile bi isto valjane jer ih je

82 Skupština se saziva kako je to propisano u društvenom ugovoru, a ako o tomu nema posebnih odredbi onda preporučenim pismom upućenim svim članovima društva (cf. čl. 443. st. 1. ZTD-om). O tome vidi više: Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavost i poboynost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 3), str. 747. i čl. 442. i 443. ZTD-a.

83 Cf. čl. 442. st. 3. ZTD-a.

84 U domaćoj sudskoj praksi pogrešno je utvrđeno da likvidatori nemaju pravo sazivati skupštinu. U tom smislu vidi presudu VTSRH Pž 2783/01 od 7. veljače 2004. godine dostupnoj na službenim stranicama portala IUS-INFO (URL: www.iusinfo.hr, pristupljeno: 4. studenog 2016.).

85 Cf. čl. 88. st. 1. Stečajnog zakona, Narodne novine, br. 71/2015.

86 Cf. čl. cf. 442. st. 1. ZTD-a.

87 Cf. čl. 442. st. 2. ZTD-a.

88 Cf. čl. 439. u vezi s čl. 263. st. 4. ZTD-a.

donijela skupština koju su sazvale osobe koje je ovlastio nadzorni odbor. Ovdje je važno naglasiti da ako takvog odobrenja nema i ako bi član nadzornog odbora ili više njih koji zajedno ne čine većinu, samoinicijativno sazvati skupštinu kao članovi nadzornog odbora, a ne kao organ, odluke skupštine bi bile ništete.

Članovi društva koji su preuzeli poslovne udjele koji zajedno čine najmanje desetinu temeljnoga kapitala društva također su ovlaštene sazvati skupštinu d.o.o.-a.⁸⁹ Spomenuti članovi društva zahtjev za sazivanje skupštine upućuju upravi u pisanom obliku uz navođenje svrhe sazivanja. U tom slučaju uprava je dužna sazvati skupštinu bez odgađanja. Ako uprava ne udovolji njihovu zahtjevu za sazivanje skupštine u roku od 14 dana od dana kada je zahtjev zaprimljen ili ako takvoga organa nema, članovi koji su podnijeli zahtjev ovlaštene su uz navođenje dnevnoga reda sami sazvati skupštinu d.o.o.-a.⁹⁰ Važno je napomenuti da bi bila riječ o neovlaštenom sazivanju kad bi članovi koji su preuzeli temeljne uloge što zajedno čine desetinu temeljnoga kapitala zatražili od uprave sazivanje skupštine i prije nego su od uprave dobili očitovanje o tom zahtjevu i samoinicijativno sazvati skupštinu ne čekajući protek dilatornog roka od 14 dana.⁹¹

U slučaju likvidacije d.o.o.-a ako nije drukčije određeno članovi uprave su likvidatori *ex lege*. U tom slučaju likvidatori ne provode likvidaciju kao članovi uprave, već osobe kao članovi društva.⁹² Ako je nad društvom otvoren stečajni postupak, ono više nema upravu jer sva prava i obveze prelaze na stečajnog upravitelja. Stoga nakon otvaranja stečajnog postupka stečajni upravitelj preuzima ovlaštenje za sazivanje skupštine koje je do tada imala uprava. Ovaj zaključak proizlazi iz odredbe članka 88. Stečajnog zakona koja propisuje da stečajni upravitelj ima prava i obveze tijela dužnika pravne osobe. To bi značilo da na njega prelazi i pravo na sazivanje skupštine. Iako bi se dalo zaključiti da na stečajnog upravitelja prelaze i ovlasti donošenja odluka iz nadležnosti skupštine, ako stečajni dužnik nastavlja poslovati tijekom stečajnoga postupka, stečajni upravitelj donosi odluke i vodi samo one poslove dužnika koji se odnose na stečajnu masu i zastupa ga kao stečajnoga dužnika s ovlaštenjima zakonskoga zastupnika. Stoga bi se teoretski moglo zaključiti da za sve ostale poslove nema zapreke da se i dalje saziva skupština i da ista donosi valjane odluke.⁹³

Uz osobe koje su ovlaštene sazvati skupštinu d.o.o.-a na temelju ZTD-a, nema zapreke da se u društvenom ugovoru spomenuti krug osoba proširi i na druge osobe.⁹⁴ Primjeri za to postoje u stranoj sudskoj praksi gdje se smatra da je

89 U društvenom ugovoru je moguće propisati isti ili manji iznos od desetine temeljnoga kapitala, ali ne i veći jer bi to bila povreda načela zaštite manjine u društvu.

90 Cf. čl. 442. st. 4. ZTD-a.

91 Henze, H., *Handbuch zum GmbH-Recht:hoehstrichterliche Rechtsprechung*, 2. izd., Köln, str. 1095. i 1096., (dalje: Henze, H., *Handbuch zum GmbH-Recht*).

92 Društvenim ugovorom, odlukom društva ili suda mogu se imenovati i druge osobe kao likvidatori.

93 Cf. čl. 88. st. 4. Stečajnog zakona.

94 Ovdje treba napomenuti da se društvenim ugovorom ne bi moglo uskratiti pravo sazivanja skupštine upravi, likvidatoru članovima koji imaju desetinu udjela u temeljnom kapitalu i

skupština d.o.o.-a ovlašteno sazvana i ako ju sazove zaposlenik društva na kojeg su društvenim ugovorom delegirane tehničke pripreme sazivanja skupštine d.o.o.-a.⁹⁵

Drugi razlog ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a je utvrđivanje ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a koja nije valjano sazvana, a posebno ako na nju nisu bili uredno pozvani svi članovi društva.⁹⁶ Osobitost d.o.o.-a je da to neće biti razlog ništetnosti odluka skupštine iako skupština nije pravilno sazvana, ako su joj na kraju pristupili svi članovi društva.⁹⁷ Utvrđenje nazočnosti članova na skupštini u praksi može biti dosta teško. Primjerice postavlja se pitanje kako tretirati činjenicu da skupština nije valjano sazvana, ali su na njoj bili prisutni svi članovi društva, ali je jedan od članova društva napustio skupštinu prije donošenja odluka skupštine. To se ne bi moglo smatrati kao procesnopravni razlog ništetnosti zbog povrede pravila o sazivanju skupštine jer zakonodavac izriječno propisuje da se samo traži da svi članovi pristupe skupštini, a ne i da na njoj sudjeluju do kraja. U protivnom, član društva mogao bi skupštinu napuštati i vraćati se na nju više puta tijekom donošenja odluka, pa bi time neke odluke s iste skupštine mogle biti valjane, a neke ništete. Ništeta ne bi bila niti odluka skupštine u čijem je donošenju sudjelovala osoba koja nije imala pravo biti upisana u knjigu poslovnih udjela ili joj je pogrešno upisano više glasova nego što joj pripada, ali je u nju upisana i o njoj je obaviješten registarski sud. Iako pravo glasa pripada samo članu društva tj. osobi koja je upisana u knjigu poslovnih udjela i o čijem je članstvu u društvu obaviješten registarski sud. Ovo bi bio razlog poboynosti, a ne ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a⁹⁸. Ništeta je i odluka donesena na skupštini koju sazovu članovi društva, a da za to nisu ispunjene pretpostavke propisane ZTD-om.⁹⁹

Smatra se da su na skupštini bili svi članovi društva i onda kada na njoj nisu sudjelovali oni članovi koji su se prije donošenja odluke na njoj odrekli prava biti nazočni na skupštini. To se odnosi i na slučaj kad osoba koja za to nije ovlaštena traži od članova društva da se pisanim putem izjasne o odluci koju predlažu. Taj će se nedostatak otkloniti ako naknadno svi članovi pisanim putem izjave da se slažu s odlukom ili to učine na drugi način propisan društvenim ugovorom.¹⁰⁰

Od razloga ništetnosti odluke skupštine d.o.o.-a koji se odnose na sazivanje, valja razlikovati razloge ništetnosti koji se odnose na manjkavosti u pogledu načina i roka za sazivanje skupštine i sadržaja poziva na skupštinu.¹⁰¹ Kod spomenutih

nadzornom odboru kada je to u interesu dobrobiti društva, nego se taj krug može samo proširiti.

95 Henze, H., *Handbuch zum GmbH-Recht*, op. cit. (bilj. 91.), str. 321.

96 Tako i VTSRH u odluci Pž-3662/03 od 10. siječnja 2006. godine, dostupnoj na službenim stranicama portala IUS-INFO (URL: www.iusinfo.hr, pristupljeno: 4. studenog 2016.).

97 Tako i VTSRH u odluci Pž-1076/04 od 17. siječnja 2006. godine, dostupnoj na službenim stranicama portala IUS-INFO (URL: www.iusinfo.hr, pristupljeno: 4. studenog 2016.).

98 Cf. čl. 441. st. 1. ZTD-a. Takvo stajalište zauzeo je i VTSRH u odluci Rev-124/05 od 16. veljače 2006. godine, dostupnoj na službenim stranicama portala IUS-INFO (URL: www.iusinfo.hr, pristupljeno: 4. studenog 2016.).

99 Barbić, J., *Pravo društava društva kapitala*, knjiga druga, op. cit. (bilj. 3.), str. 537.

100 Barbić, J., *Pravo društava društva kapitala*, knjiga druga, op. cit. (bilj. 3.), str. 537.

101 Ledić, D., Čulinović-Herc, E., *Ništavost i poboynost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću*, op. cit. (bilj. 3.), str. 748.

nedostataka ne postavlja se pitanje je li nedostatak koji dovodi do ništetnosti imao za posljedicu donošenje odluke. Dovoljno je da je takva pogreška počinjena pa da posljedica bude ništetnost svih odluka donesenih na takvoj skupštini odnosno donesenih pisanim putem.¹⁰²

Jedan od razloga ništetnost odluke skupštine je kada poziv na skupštinu nije valjano sastavljen ili dostavljen na propisan način.¹⁰³ U pozivu na skupština d.o.o.-a ne mora se navesti sadržaj odluke o sazivanju skupštine, ali se moraju navesti podaci koji se odnose na tvrtku, sjedište društva (ako se skupština održava izvan sjedišta društva), dnevni red kao i ostali uvjeti propisani društvenim ugovorom koji se tiču prava sudjelovanja i glasanja na skupštini. U sadržaju se obvezatno mora navesti dnevni red skupštine.¹⁰⁴ Odluke koje bi se donijele o pitanjima koja nisu navedena u dnevnom redu poziva na skupštinu su ništetne.¹⁰⁵ Naime, ako bi se u dnevnom redu propustilo navesti neka pitanja pojedini članovi bi mogli na temelju takvog manjkavog sadržaja dnevnog reda u pozivu za skupštinu odlučiti ne doći na skupštinu i na kraju propustiti glasovati o odlukama za koje nisu znali da će se donositi.¹⁰⁶ Uz navedeno, rok je bitan procesnopravni razlog koji bi mogao dovesti do ništetnosti odluke skupštine ako bi pozivi za skupštinu bili upućeni članovima bez naznake vremena, s pogrešnim naznakama vremena ili prekasno, tj. neposredno prije održavanja skupštine¹⁰⁷ i pravodoban poziv omogućuje članovima društva da sudjeluju na skupštini.¹⁰⁸

Ovdje je također važno napomenuti kako da neki nedostaci kod d.o.o.-a neće biti procesnopravnim razlogom ništetnosti već poboynosti odluke skupštine d.o.o.-a, iako bi ti isti razlozi kod d.d.-a dovodili do ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a. Primjerice navođenje sadržaja odluke uprave o sazivanju skupštine se kod

102 Wolff, R. u: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Band. 3., izd. 2., München, 2003., str. 676. (dalje: Wolff, R., *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*), Lutter, M.; Hommelhoff, P.; *GmbH-Gesetz Kommentar*, op. cit. (bilj. 46.), str. 888.; Schmidt, K., *Aktiengesetz Grosskommentar*, op.cit. (bilj. 21.), str.427.; Koppensteiner, H., G.; Rüdfler, F., *GmbH Gesetz, Kommentar*, izd. 3., München, 1997., str. 1172, (dalje: Koppensteiner, H., G.; Rüdfler, F., *GmbH Gesetz, Kommentar*).

103 Cf. čl. 227. st. 2. i 3. ZTD-a u vezi s čl. 442. i 443. ZTD-a.

104 Cf. čl. 443. st. 2. ZTD-a.

105 Tako i Barbić, J., *Ništetnost odluka skupštine/članova društva s ograničenom odgovornošću*, op. cit. (bilj. 2.), str.17.

106 U odredbi čl. 443. st. 3. ZTD-a popisano je da članovi društva koji su preuzeli poslovne udjele što čine zajedno najmanje desetinu mogu pisanim putem uz navođenje razloga za to zahtijevati da se na dnevni red stave i druga pitanja ako taj zahtjev postave najkasnije tri dana od dana objave ili primitka poziva sukladno pravilima ZTD-a i društvenog ugovora o načinu i roku sazivanja skupštine.

107 Ledić, D., Čulinović-Herc, E., *Ništavost i poboynost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću*, op. cit. (bilj. 3.), str. 748. Suprotno stavu navedenom u članku autorica rada smatra da nenavođenje mjesta održavanja skupštine nije razlog ništetnosti, već poboynosti jer je u čl. 442. ZTD-a propisano da ako što drukčije nije propisano u društvenom ugovoru da se skupština održava u sjedišta društva. Stoga bi nenavođenje mjesta održavanja skupštine značilo da je mjesto održavanja skupštine sjedište d.o.o.-a.

108 Barbić, J., *Pravo društava društva kapitala, knjiga druga*, op. cit. (bilj. 3.), str. 537.

d.o.o.-a ne traži jer uprava, kada saziva skupštinu kod d.o.o.-a o tomu ne mora donijeti odluku što je kod d.d.-a potrebno. Nenavodenje ili pogrešno navođenje nekih podataka kao što su pretpostavke i oblik davanja punomoći za glasanje, dokazivanje ovlasti za zastupanje, pogreške koje se tiču nepoštovanja roka za sazivanje skupštine, nepotpuno priopćivanje dnevnog reda razlog su za poboynost, a ne za ništetnost.¹⁰⁹

Članovi društva moraju se pozvati preporučenim pismom, ako društvenim ugovorom nije drukčije uređenom.¹¹⁰ Ako je poziv poslan protivno ZTD-u i društvenom ugovoru običnim pismom ili elektroničkim putem, sve odluke na tako sazivanoj skupštini su ništetne, čak iako je poziv došao do svih članova društva, osim ako se na skupštini pojave svi članovi društva i nitko se ne usprotivi njezinu održavanju.¹¹¹ Razlogom ništetnosti smatra se i objava poziva u javnom glasilu ili listu društva ako takav način nije propisan društvenim ugovorom.¹¹²

Ako bi nedostatak koji se tiče oblika bio učinjen samo prema jednome članu društva, to bi bio razlog za ništetnost donesenih odluka, jer je svrha ništetnosti sprječavanje sudjelovanja na skupštini i bez razlike među članovima. Za ništetnost je dovoljno da poziv nije upućen samo jednome članu društva, čak i ako je poziv javno objavljen, osim ako je takav način propisan društvenim ugovorom.¹¹³ Radi zaštite članova društva od zlouporaba i prijevara u sazivanju skupštine za utvrđenje ništetnosti odluke dovoljno je da poziv nije valjano upućen samo jednome članu društva. Tomu neće pomoći okolnost što je poziv javno objavljen, osim ako je javna objava predviđena u društvenom ugovoru.¹¹⁴ Radi preveniranja takvih situacija poželjno je da društvo raspolaže adresama svih članova. U poredbenoj doktrini

109 Tako i: Barbić, J., Ništetnost odluka skupštine/članova društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 2.), str. 14. Barbić, J., Pravo društava društva kapitala, knjiga druga, op. cit. (bilj.3.), str. 537. ; Ledić str. 748.

110 Cf. čl. 443. st. 2. ZTD-a.

111 Cf. Barbić, J., Pravo društava društva kapitala, knjiga druga, op.cit. (bilj. 3.), str. 538.

112 Lutter, M.; Hommelhoff, P.; GmbH-Gesetz Kommentar, op.cit. (bilj. 46.), str. 592. U domaćoj sudskoj praksi isti stav je zauzet u odnosu na ništetnost odluke glavne skupštine d.d.-a koji se može analogno primijeniti i na ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a u presudi VTSRH Pž-1983/99 od 25. svibnja 1999. Takvo stajalište zauzeo je i VTSRH u odluci Rev-124/05 od 16. veljače 2006. godine, dostupnoj na službenim stranicama portala IUS-INFO (URL: www.iusinfo.hr, pristupljeno: 4. studenog 2016.). Sud je zauzeo stajalište da je: "Predlagatelj je sam naveo u podnesku (prigovoru od 8. srpnja 1998. godine) da je saziv glavne skupštine obavljen na oglasnoj ploči i u lokalnom listu "Dubrovački vjesnik". Predlagatelj sam navodi da odredbu čl. 174. Zakona o trgovačkim društvima čl. 88. svoga Statuta, treba primijeniti kada je to u ZTD-u ili u Statutu određeno. Pogrešno međutim predlagatelj drži da to za ovaj slučaj nije određeno. Čl. 277. st. 3. ZTD-a (prva rečenica) glasi: "Sazivanje Glavne skupštine objavljuje se u glasilu društva". Prema čl. 174. st. 1. ZTD-a, ako je zakonom ili statutom određeno da se objavljuju podatci i priopćenja društva, oni se objavljuju u Narodnim novinama Republike Hrvatske. U konkretnom slučaju zakonom je određeno (čl. 277. st. 1. ZTD-a) da se sazivanje glavne skupštine objavljuje, pa je prema tome objava morala biti u Narodnim novinama Republike Hrvatske.

113 Wolff, R., Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, op. cit. (bilj. 97.), str. 682.

114 Lutter, M.; Hommelhoff, P.; GmbH-Gesetz Kommentar, op. cit. (bilj. 46.), str. 888.

stoga se savjetuje u društvenom ugovoru ugovoriti da su za društvo relevantne adrese članova koje su članovi dostavili d.o.o.-u.¹¹⁵ Poziv na skupštinu članu društva koji je pravna osoba mora se uputiti toj pravnoj osobi, a ne osobi koja je prema upisu u sudski registar ovlaštena za zastupanje te pravne osobe, odnosno osobi koja je u vrijeme održavanja prethodne skupštine zastupala tu pravnu osobu.¹¹⁶

Slijedom navedenoga, proizlazi da su nišetne sve odluke donesene na skupštini koju iako je sazvala ovlaštena osoba, na nju nisu pozvani svi članovi društva, osim onih koji su se unaprijed odrekli toga prava da im se šalje poziv, ili ako uopće nisu ili nisu točno navedeni vrijeme i mjesto održavanja skupštine.¹¹⁷ Na skupštinu se moraju pozvati svi članovi društva bez obzira imaju li ti članovi pravo glasa ili nemaju.¹¹⁸

ZTD samo iznimno propisuje da se pojedine odluke skupštine d.o.o.-a moraju donijeti na određen način i u određenom obliku.¹¹⁹ Usvajanjem manje složene procedure donošenja odluka kod d.o.o.-a ZTD zahtijeva da se sve odluke skupštine d.o.o.-a unose u posebnu knjigu odluka, a na nišetnost tih odluka analogno se primjenjuju odredbe koje se tiču zapisnika kod d.d.-a.¹²⁰ Bitna razlika je u tome što se kod d.o.o.-a pri donošenju odluka i upisivanja u knjigu odluka, ne zahtijeva nazočnost i potvrda javnog bilježnika.¹²¹ Ako se d.o.o.-a u društvenom ugovoru ipak odluči da donošenje odluka nadgleda javni bilježnik, neunošenje takve odluke u knjigu odluka bio bi razlogom poboynosti, a ne razlogom nišetnosti.¹²²

Ni kada je riječ o odlukama za koje se traži da su u obliku javnobilježničke isprave, njihov neunošenje nema posljedicu nišetnosti, jer članovi društva u društvenom ugovoru mogu odrediti da se odluke donose bilo u obliku

115 Schmidt, K., u Scholz, F., *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Köln, Band.1., izd. 9., 2000., str. 2638.

116 Tako i VTSRH u sentenci od 10. siječnja 2006. godine u povodu presude Pž-3662/03 od 10. siječnja 2015. godine. Takvo stajalište zauzeo je i VTSRH u odluci Rev-124/05 od 16. veljače 2006. godine, dostupnoj na službenim stranicama portala IUS-INFO (URL:www.iusinfo.hr, pristupljeno: 4. studenog 2016.).

117 Barbić, J., *Pravo društava društva kapitala*, knjiga druga, op. cit. (bilj. 3.), str. 538.; Wolff, R., *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, op. cit. (bilj. 97.), str. 669-713., Lutter, M.; Hommelhoff, P.; *GmbH-Gesetz Kommentar*, op. cit. (bilj. 46.), str. 888.-889.

118 Henze, H., *Handbuch zum GmbH-Recht*, op.cit. (bilj. 91.), str. 321.

119 Cf. čl. 446. st. 1. ZTD-a. Takvo stajalište zauzeo je i VTSRH u odluci Pž-23/01 od 24. rujna 2002. Takvo stajalište zauzeo je i VTSRH odluci Rev-124/05 od 16. veljače 2006. godine, dostupnoj na službenim stranicama portala IUS-INFO (URL: www.iusinfo.hr, pristupljeno: 4. studenog 2016.). Sud navodi: "...sukob interesa između društva i članova društva treba biti vidljiv iz zapisnika, a u protivnom nije valjano isključenje prava glasa člana društva".

120 Cf. čl. 286. st. 1. ZTD-a. S druge strane kod d.d.-a svaka odluka donesena na glavnoj skupštini mora se navesti u zapisniku kojega sastavlja i potpisuje javni bilježnik.

121 Slijedom navedenoga, razlozi nišetnosti propisani u čl. 355. t. 2. ZTD-a neće se uzimati u obzir kada je riječ o d.o.o.-u. Naime, u spomenutoj odredbi za odluke glavne skupštine dioničkog društva propisano je da su nišetne ako se ne unesu u zapisnik koji vodi javni bilježnik.

122 Ipak valja napomenuti da bi dokazivanje postojanja takve odluke o kojoj nema evidencije da je donesena, bilo znatno teže jer ne postoji pismeni trag da je odluka zaista i donesena. Cf. Barbić, J., *Pravo društava društva kapitala*, knjiga druga, op. cit. (bilj. 3.), str. 539.

javnobilježničkog akta, bilo u obliku privatne isprave koju potvrdi javni bilježnik.¹²³ Nema zapreke, niti da članovi društva donesu odluku na skupštini društva i da nakon toga odu javnom bilježniku i ispune formalnosti koja se za nju zakonom traži.

Slijedom navedenoga, proizlazi ako su u društvenom ugovoru predviđeni za neka pitanja kvalificirani uvjeti donošenja odluka (kvalificirana većina, pisani oblik, pogrešno prebrojavanje glasova ili pribrojavanje glasova članova koji nisu ovlašteni glasovati o odluci i sl.).¹²⁴ Neispunjenje tih uvjeta ne bi dovelo do ništetnosti odluka, nego bi bili procesnopravnim razlogom za utvrđivanje pobjonosti odluka skupštine d.o.o.-a.

Vezano za donošenje odluka kod društva s jednim članom, ZTD propisuje da taj član kada djeluje kao skupština mora odluku unijeti u zapisnik i potpisati ga.¹²⁵ U slučaju propuštanja unošenja takve odluke u zapisnik bilo bi riječ o pobjonoj odluci, a ne o ništetnoj jer ova odredba ZTD-a propisana je u dokazne svrhe.¹²⁶

U ZTD-u je postavljeno opće pravilo da se odluke skupštine d.o.o.-a donose običnom većinom ako društvenim ugovorom nije drukčije određeno. Odluka skupštine je korporacijski akt, ali nije ugovor, pa je valjana donesena i kada u tomu nisu sudjelovali svi članovi društva. Odluka skupštine d.o.o.-a o imenovanju uprave i ovlasti uprave donesena s običnom većinom danih glasova, a ne većinom od tri četvrtine danih glasova je valjana jer zakonodavac u pogledu imenovanje uprave i njenih ovlasti zakonodavac traži samo običnu većinu. Iznimke od tog pravila određene su samo iznimno u ZTD-u, pa se tako s izmjenama i dopunama društvenog ugovora traži najmanje tri četvrtine danih glasova za izmjenu predmeta poslovanja traži se jednoglasnost u odlučivanju. Ako se članovima društva postavljaju dodatne obveze ili mu se oduzima neko pravo određeno ugovorom, s odlukom se moraju suglasiti svi članovi na koje se odnosi.¹²⁷ Povreda tih prisilnopravnih odredbi bila bi procesnopravnim razlogom ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a. Procesnopravni razlozi ništetnosti ograničeni su na povrede prisilnih propisa, a ne onih dispozitivnih propisa koje su članovi društva iskoristili za svoje pravo da na drukčiji način urede svoje odnose.¹²⁸

Radi prevladavanja spomenutih problema trebaju se analogno primijeniti i druge srodne odredbe koje se tiču pobjonosti odluka skupštine d.o.o.-a i pobjonost odluka glavne skupštine d.d.-a. U svezi sa zakonskim razlozima ništetnosti d.o.o.-a iste bi trebalo tumačiti tako da sadržajne povrede društvenog ugovora, kao i povrede društvenog ugovora koje se tiču oblika i načina donošenja odluka kod d.o.o.-a, ne

123 U stranoj sudskoj praksi smatra se da je udovoljeno tom zahtjevu čak iako se radi o stranim javnom bilježniku. Cf. Koppensteiner, H., G.; Rüdfler, F., GmbH Gesetz, Kommentar, op. cit. (bilj. 97.), str. 1174.

124 Henze, H., Handbuch zum GmbH-Recht, op. cit. (bilj. 87.), str. 322.

125 Cf. čl. 440. st. 3. ZTD-a.

126 Barbić, J., Pravo društava društva kapitala, knjiga druga, op. cit. (bilj.3.), str.540.

127 Tako i VTSRH u presudi Rev-124/05 od 16. veljače 2006. godine, dostupnoj na službenim stranicama portala IUS-INFO (URL:www.iusinfo.hr, pristupljeno: 4. studenog 2016.).

128 Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavost i pobjonost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, op. cit. (bilj. 3.), str. 748-749.

bi bile razlogom ništetnosti, nego poboynosti, iako bi u d.d.-u većina tih razloga bila razlogom ništetnosti odluka glavne skupštine.

4.1.2. Pogreške kod donošenja odluka pisanim putem

Osnova za donošenje odluka pisanim putem (odnosno izvan skupštine društva) je odredba članka 440. stavka 1. ZTD-a. U njoj je propisano da svi članovi društva mogu pisanim putem glasovati o određenoj odluci ili se svi članovi mogu dogovoriti (na skupštini ili pisanim putem) da će se o određenoj odluci u budućnosti glasati pisanim putem.¹²⁹ Proizlazi da ZTD razgraničava dvije različite situacije u pogledu odluka koje se donose pisanim putem. Prva situacija je kad se pisanim putem glasuje o konkretnoj odluci. Poziv za glasanje pisanim putem mora se uputiti svim članovima društva bez obzira na to imaju li oni pravo glasa i ne. To je zbog toga što i članovi kojima je pravo glasa isključeno imaju pravo sudjelovanja i raspravljanja u skupštini. Oni moraju biti upućeni u sve aktivnosti društva, te imaju pravo davati svoje komentare o svakoj odluci, iako o njoj ne mogu glasati. Ako bi se poziv za glasanje pisanim putem propustio poslati svim članovima društva (dakle i onima koji imaju pravo glasa i onima kojima je pravo glasa isključeno) to bi bio procesnopravni razlog ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a. Za donošenje odluke pisanim putem propisani su stroži uvjeti. Potrebno je da se o toj odluci očituju svi članovi koji imaju pravo glasa. Nakon toga se pristupa prebrojavanju glasova i utvrđuje se je li odluka donesena ili ne. Ovdje ZTD propisuje da je za donošenje odluka pisanim putem potrebna većina od ukupnog broja glasova kojima raspolažu članovi društva, a ne obična većina na temelju danog broja glasova.¹³⁰ Osim toga, popisana je i iznimka, ako samo jedan član ili jedan član i društvo drži poslovne udjele tada jedini član mora bez odgađanja o donesenoj odluci sastaviti i potpisati zapisnik kojim utvrđuje da je donio odluku.¹³¹

Druga situacija je kada članovi društva glasuju da će o određenoj odluci u budućnosti glasovati pisanim putem, a ne na skupštini društva. Ovdje članovi društva odlučuju o načinu donošenja buduće odluke, a ne o sadržaju te odluke. Očitovanje o načinu glasanja može se dati i na skupštini društva, telefonom, putem internet veze i sl. Ako se donese odluka da će se glasanje o određenoj odluci donijeti pisanim putem tad se o toj odluci obvezno mora glasati pisanim putem (osim ako se donese nova odluka kojom bi se promijenio način glasanja o toj odluci). Ovdje je također bitno uočiti da se pod izrazom „svi članovi društva,“ misli i na one članove koji nemaju pravo glasa, nego imaju samo pravo sudjelovanja na skupštini. Članovima kojima je isključeno pravo glasa mora se dostaviti i prijedlog da se o pojedinoj odluci glasa pisanim putem. Iako je točno da sva ta pitanja ne spadaju u pravo glasa, nego u pravo sudjelovanja člana na skupštini, propust da se poziv uputi svim članovima bio bi procesnopravni razlog za pozivanje na ništetnost takvih

129 Cf. čl. 440. st. 1. ZTD-a.

130 Cf. čl. 440. st. 2. ZTD-a.

131 Cf. čl. 440. st. 3. ZTD-a.

odluka. Domaći zakonodavac ne zahtijeva poseban oblik u kojem se donosi odluka da će se o određenoj odluci glasati pisanim putem. Unatoč tomu preporučljivo je da se to radi pisanim putem (slanjem pisama, faksom, elektroničkom poštom i sl.) ili čuvanjem video ili audio snimke očitovanja članova kako bi uprava mogla dokazati da je poziv poslala svima i time si olakšala teret dokazivanja u slučaju pobijanja tako donesenih odluka.

Procesnopravni razlozi koji mogu dovesti do ništetnosti takvih odluka bili bi ako poziv za pismeno glasanje i poziv da se glasa da hoće li se o određenoj odluci glasati pisanim putem ne pošalje svim članovima društva. Ako se naknadno o ovom prijedlogu izjasne svi članovi koji imaju pravo glasa, ovaj propust bio bi uklonjen.

Valja napomenuti da je moguće da se u društvu određene odluke donose kombinacijom odlučivanja na skupštini i davanja glasova pisanim putem. Ovo ne bi bio razlog ništetnosti tako donesenih odluka sve dok bi se moglo utvrditi da je poziv za glasanje upućen svima i da su se svi o njemu izjasnili bez obzira na to na koji način.

5. KONVALIDACIJA NIŠTETNIH ODLUKA SKUPŠTINE D.O.O.-A

Ništetna odluka može u određenim slučajevima konvalidirati tako da je moguće naknadnim djelovanjem dovesti do toga da takva odluka ipak proizvodi pravne učinke.¹³² U pogledu uklanjanja učinaka ništetnosti premda postoji razlog za ništetnost odluke, treba na odgovarajući način primijeniti ono što ZTD predviđa za uklanjanje ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a.¹³³ Ovdje je također potrebno ukazati na određene posebnosti o uklanjanju ništetnosti kad je riječ o odlukama skupštine d.o.o.-a.

O uklanjanju ništetnosti može biti riječ u slučaju upisa u sudski registar odluke pri čijem su donošenju učinjene procesne pogreške tj. tehnički popusti u knjizi odluka, odnosno zapisniku ako se to prisilnim propisima zahtijeva u odnosu na odluku d.o.o.-a. Ovo vrijedi i ako se neka odluka donese pisanim putem, a u tomu zbog pisane pogreške u pozivu da se tako odluči ne sudjeluje koji od članova društva, a ako se poslije svi slože s tom odlukom odluka je valjana.¹³⁴

Kao drugi razlog uklanjanja ništetnosti mogu se pojaviti slučajevi kada je odluka skupštine nišetna iz razloga koji se tiču pogrešaka u sazivanju skupštine. O uklanjanju ništetnosti će biti riječi i kada se zbog pogrešaka u sazivanju skupštine neki članovi na njoj ne pojave, ali naknadno daju svoju suglasnost s odlukom.¹³⁵

132 Cf. čl. 356. ZTD-a.

133 Tako i u njemačkom pravu. Cf. Fleischer, H.; Goette, W., Münchener Kommentar zum GmbHG, §§ 35-52 GmbHG, Band 2., München, 2016., par. 105-111. (URL: <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-MuckoGmbHG>, pristupljeno 4. studenog 2016.).

134 Barbić, J., Pravo društava društva kapitala, knjiga druga, op. cit. (bilj. 3.), str. 541.

135 Ibid. str. 541.

Osim spomenutih, pod to se pravilo mogu podvesti i slučajevi koji se tiču utvrđivanja ništetnosti odluke o sudjelovanju u dobiti i slučaj smanjenja temeljnoga kapitala ispod najnižeg iznosa temeljnoga kapitala, ako ta odluka nije pravodobno upisana u sudski registar.¹³⁶

Kod povreda propisa o obliku donesene odluke, odluka će konvalidirati ako se naknadno udovolji zahtijevanom obliku (solemnizacija odluke javnog bilježnika).¹³⁷ U spomenutim slučajevima ne može se pozivati na ništetnost po proteku tri godine od njezina upisa u sudski registar. Ako se takva odluka upiše u sudski registar jer sud nije opazio da je takva odluka ništetna i da se ne pokrene tužba za brisanje upisa u roku od tri godine od upisa takve odluke takav upis se više ne bi mogao smatrati ništetnima. Naime, protekom roka od tri godine postignut je puni učinak upisa odluke sukladno člankom 72. c Zakona o sudskom registru. Ovim pravilom išlo se *in favorem* pravne sigurnosti, naime vremenskim ograničenjem spriječena je zloupotreba isticanja ništetnosti nakon proteka prekluzivnog roka od tri godine od upisa u sudski registar.

Kao treće pravilo, predviđen je slučaj u kojem su pozivi poslani svim članovima, ali su sami pozivi bili neuredni. Takva će odluka biti valjana samo ako se odlukama koje su donesene na toj skupštini suglase i svi imatelji poslovnih udjela koji nisu zaprimili uredan poziv na skupštinu.¹³⁸

6. PRAVNE POSLJEDICE NIŠTETNOSTI

Ništetnost se može isticati tužbom i na bilo koji drugi način, a ništetna odluka ne proizvodi pravne učinke osim u slučaju uklanjanja ništetnosti.¹³⁹ Ono što se od društva stekne na temelju ništete odluke skupštine mora mu se vratiti, te naknaditi troškove nastale društvu u vezi s tim.¹⁴⁰ Stoga bi članovi društva bili dužni vratiti društvu isplaćenu dobit koja bi im bila isplaćena na temelju ništete odluke o upotrebi dobiti. To pravilo vrijedi i za treće osobe.¹⁴¹

136 Tako i Barbić, J., *Dioničko društvo*, knjiga druga, svezak 1., 6. izmijenjeni i dopunjeno izd., 2013., Zagreb, VIII. 4., str. 2177.

137 Ledić, D., Čulinović-Herc, E., *Ništavost i pobožnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću*, op.cit. (bilj. 3.), str. 750.

138 U domaćoj sudskoj praksi kroz godine je evoluiralo shvaćanje vezano uz ništetnost odluka skupštine d.o.o.-a. Razlog tomu je izmjena i dopuna relevantnih odredbi ZTD-a koje su bile na snazi do izmjena iz 2003. godine, cf. Barbić, J., *Pravo društava društva kapitala*, knjiga druga, op. cit. (bilj. 3.), str. 542.

139 Čl. 357. st. 2. ZTD-a.

140 Čl. 357. st. 1. ZTD-a.

141 *Argumentum per analogiam* cf. Barbić, J., *Ništavost i pobožnost odluka skupštine u društvima kapitala*, op. cit. (bilj. 3.), str. 111.

7. ZAKLJUČAK I DE LEGE FERENDA PERSPEKTIVE

Institut ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a nije izrijeком uređen ZTD-om već je propisano da se na odgovarajući način primjenjuju odredbe o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a. Postojeća zakonska formulacija stvara poteškoće jer pojedine odredbe nije moguće analogno primijeniti s obzirom na temeljne razlike ovih dvaju tipova društva kapitala. Skupština d.o.o.-a puno je fleksibilnija i elastičnija u sazivanju i donošenju odluka u odnosu na glavnu skupštinu d.d.-a. To povlači za sobom posljedicu da procesnopravni razlozi ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a postoje samo ako skupštinu saziva neovlaštena osoba i ako se utvrde bitni nedostaci u sadržaju poziva na skupštinu d.o.o.-a (npr. prekasno je poslan, pogrešno je navedeno mjesto održavanja skupštine, nenavođenje svih točki dnevnog reda i sl.). Ovo se odnosi i na odluke koje se donose neposredno na skupštini d.o.o.-a i na odluke koje donose pisanim putem. Za utvrđivanje spomenutih pogrešaka u sazivanju skupštine ponajprije je mjerodavan društveni ugovor, a tek podredno odredbe ZTD-a o sazivanju, načinu i roku sazivanja skupštine.

Slijedom navedenoga, proizlazi da se zbog specifičnosti d.o.o.-a a u odnosu na d.d. može dogoditi da u određenim slučajevima isti razlog kod d.o.o.-a bude razlogom poboynosti, ako kod d.d.-a razlogom ništetnosti odluka skupštine. Osim toga, proizlazi da i kod d.d.-a i d.o.o.-a zakonska kategorizacija procesnopravnih razloga ništetnosti ima za posljedicu da se statutom odnosno društvenim ugovorom ne mogu niti proširiti, niti suziti razlozi ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a.

Uvažavajući prethodno navedene razloge, iz praktičnih razloga bilo bi poželjno vratiti staru regulaciju ZTD/1995 i izrijeком navesti razloge ništetnosti odluka skupštine d.o.o.-a. Time bi se otklonile nejasnoće koje se pojavljuju u sudskoj i poslovnoj praksi. Kao drugo rješenje može se uvesti i samo djelomična izmjena postojeće regulative i izrijeком propisati samo procesnopravne razloge ništetnosti. Za ostale bi se razloge mogla zadržati odgovarajuća primjena odredbi o ništetnosti odluka glavne skupštine d.d.-a jer kod njih ne dolazi do pogrešnih tumačenja.

LITERATURA

1. Barbić, J., Dioničko društvo, knjiga druga, svezak 1., 6. izmjenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, 2013.
2. Barbić, J., Ništavost i poboynost odluka skupštine u društvima kapitala, Pravo u gospodarstvu, vol. 43., br. 6., 2004.
3. Barbić, J., Ništetnost odluka skupštine/članova društva s ograničenom odgovornošću, Zbornik 53. Susreta pravnika u Opatiji 2015., Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2015.
4. Barbić, J., Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, svezak II. Društvo s ograničenom odgovornošću, društvo za uzajamno osiguranje, kreditna unija, europsko društvo-Societas Europea (SE), 2013.
5. Barbić, J., Tužba za pobijanje odluka skupštine društva odnosno članova društva s ograničenom odgovornošću, Zbornik 52. Susreta pravnika u Opatiji 2014., Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2014.

6. Čuveljak, J., Ništavnost i pobjnost odluka skupštine trgovačkog društva, *Financije i porezi*, br. 1., 2009.
7. Fleischer, H.; Goette, W., *Münchener Kommentar zum GmbHG*, §§ 35-52 GmbHG, Band 2., München, 2016., par. 105-111, <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-MuekoGmbHG>>, 4. studenog 2016.
8. Henssler, M., Strohn, L., *Gesellschaftsrecht*, Band 62., 16. izd., München, 2016., par. 21-22, <https://beck-online.beck.de/Bcid/y-400-W-HensslerStrohnKoGesR_3-name-ID_7206>, 4. studenog 2016.
9. Henze, H., *Handbuch zum GmbH-Recht: hoechstrichterliche Rechtsprechung*, 2. izd., Köln, 1997.
10. Hrastinski-Jurčec, Lj., Šimundić, M., *Pobijanje odluka skupštine dioničkog društva, Računovodstvo, revizija i financije*, br. 11., 2014.
11. Hrvatska, Republika:
 - presuda VTSRH Pž 2783/01 od 7. veljače 2004., <www.iusinfo.hr>, 4. studenog 2016.
 - presuda VTSRH Pž 4572/08 od 26. kolovoza 2008., <www.iusinfo.hr>, 4. studenog 2016.
 - presuda VTSRH Pž-1983/99 od 25. svibnja 1999., <www.iusinfo.hr>, 4. studenog 2016.
 - presuda VTSRH Pž-7466/04-4 od 18. rujna 2007., <www.iusinfo.hr>, 4. studenog 2016.
 - presuda VTSRH Pž-1076/04 od 17. siječnja 2006. godine, <www.iusinfo.hr>, 4. studenog 2016.
 - presuda VTSRH u odluci Pž-23/01 od 24. rujna 2002. <www.iusinfo.hr>, 4. studenog 2016.
 - presuda VTSRH u odluci Pž-3662/03 od 10. siječnja 2006. <www.iusinfo.hr>, 4. studenog 2016.
 - presuda VTSRH u odluci Rev-124/05 od 16. veljače 2006., <www.iusinfo.hr>, 4. studenog 2016.
 - presuda VTSRH u odluci Rev-124/05 od 16. veljače 2006., <www.iusinfo.hr>, 4. studenog 2016.
 - presuda VTSRH u presudi Rev-124/05 od 16. veljače 2006., <www.iusinfo.hr>, 4. studenog 2016.
12. Hüffer, U., *Aktiengesetz*, Becksche Kurzkommentare, Band 53., 5. izd., München, 2002.
13. Koppensteiner, H., G.; Rüffler, F., *GmbH Gesetz, Kommentar*, izd. 3., München, 1997.
14. Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavnosti pobjnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 20., br. 2, 1991.
15. Lutter, M.; Hommelhoff, P.; *GmbH-Gesetz Kommentar*, urednik Bayer, W., 16. izd., Koeln, 2004.
16. Marković, N., Ništavnost odluka skupštine, *Novine u zakonu o trgovačkim društvima i novi uvjeti poslovanja*, Zagreb, 2004.
17. Njemačka, Savezna Republika:
 - *Aktiengesetz*, <<https://dejure.org/gesetze/AktG>>, 30. studenog 2016.
 - *GmbH-Gesetz*, <<https://dejure.org/gesetze/GmbHG>>, 30. studenog 2016.
18. Parać, Z., *Obveza obavještavanja i glavna skupština dioničkog društva*, Zbornik 49. Susreta pravnika u Opatiji, Zagreb, 2011.
19. Pavlović, M., *Razlike između ništavnosti i pobjnosti odluka: skupštne društva kapitala*, 1. dio – Ništavnost i pobjnost odluka glavne skupštine dioničkog društva, *Hrvatska pravna revija*, br. 1., 2005.
20. Pavlović, M., *Razlike između ništavnosti i pobjnosti odluka: skupštne društva kapitala*, 2. dio, *Hrvatska pravna revija*, br. 2., 2005.

21. Saračević Mosavac, A., Ništetnost i pobjnost odluka skupštine društva, Informator, 58, 2010.
22. Schmidt, K. u: Gadow, W., Heinichen, E., Aktiengesetz Grosskommentar, Pflichtfortsetzung, §§ 241-255, Berlin, 4. izd., 1995.
23. Schmidt, K., u Scholz, F., Kommentar zum GmbH-Gesetz, Köln, Band.1., izd. 9., 2000.
24. Šimundić, M., Ništavost i pobjnost odluka glavne skupštine dioničkog društva 1. dio, Informator, br. 54, 2007.
25. Slakoper, Z., Društvo s ograničenom odgovornošću: pravni odnosi između društva i članova, doktorska disertacija, Split, 1997.
26. Wolff, R. u: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Gesellschaft mit beschänkter Haftung, Band. 3., izd. 2., München, 2003.
27. Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011.
28. Zakon o praničnom postupku, NN, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.
29. Zakon o trgovačkim društvima, NN, br. 111/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009, 111/2012, 125/2011, 68/2013, 110/2015.
30. Zöllner, W., u: Baumbach, A.; Huech, A.; GmbHG-Gesetz, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kurzkomentar, 15. izd., München, 1988.

Lidija Šimunović*

Summary

PROCEDURAL REASONS FOR INVALIDITY OF DECISIONS MADE BY THE ASSEMBLY IN LIMITED LIABILITY COMPANY - *de lege lata vs. de lege ferenda*

Procedural reasons, unlike other reasons for invalidity of decisions made by the Assembly in a Limited liability company (hereinafter: Ltd) in the judicial and business practice open up the highest number of legal questions. These are “mistakes in the steps” that lead to invalidity of decisions made by the Assembly in Ltd. about which in the domestic legal literature has not been systematically discussed. The starting point for the elaboration of this issue is based on the circumstance that in the provision of article 448 of the Companies Act is stipulated that to the invalidity of decisions made by the Assembly in Ltd. appropriately apply the provisions on the invalidity of decisions made by the General Assembly in PLC (Public Limited Company). Procedural differences in working of the General Assembly in PLC and Assembly in Ltd. is one of the fundamental differences between these two types of capital companies and this kind of positive legal regulation leads to legal uncertainty and misinterpretations.

The first part of this paper gives a chronological overview of the domestic law with regard to invalidity of decisions made by the Assembly in Ltd. Then are doctrinally deferred invalid decisions from the other decisions with defect. Then, each provision on the invalidity of decisions made by the General Assembly in PLC is tested and then explicitly formulated provision which is valid only within the context of Ltd. Apart from domestic law are analyzed also solutions from comparative law (especially German) because domestic law largely overlaps with the solutions from comparative law. In conclusion after completion of analysis, the obtained findings are used as guidelines for more practical *de lege ferenda* regulation in the Companies Act regarding the invalidity of decisions made by the Assembly in Ltd.

Keywords: *limited liability company, invalidity, the assembly of a limited liability company, procedural reasons, decisions.*

* Lidija Šimunović, mag. iur., Assistant, Faculty of Law Osijek, J. J. Strossmayer University of Osijek; lisimun@gmail.com

Zusammenfassung

**PROZESSUALE GRÜNDE FÜR DIE
NICHTIGKEIT VON BESCHLÜSSEN DER GmbH-
GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG -
de lege lata vs. de lege ferenda**

Im Unterschied zu anderen Gründen für die Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (nachstehend: GmbH) eröffnen prozessuale Gründe die meisten Fragen in der Rechtsprechung und Geschäftspraxis. Es handelt sich dabei um die „Schrittfehler“, welche zur Nichtigkeit des Beschlusses der GmbH-Gesellschafterversammlung führen und über welche in nationaler Rechtsliteratur nicht diskutiert wurde. Die Arbeit geht aus der Bestimmung des Artikels 448 des Gesetzes über Handelsgesellschaften hervor, welche vorschreibt, dass die Bestimmungen über die Nichtigkeit von Beschlüssen der AG-Hauptversammlung auf die Nichtigkeit des Beschlusses der GmbH-Gesellschafterversammlung anzuwenden sind. Prozessuale Unterschiede in der Arbeit der AG-Hauptversammlung und der GmbH-Gesellschafterversammlung aber stellen wesentliche Unterschiede zwischen diesen zwei Arten von Kapitalgesellschaften dar, so dass solche positivrechtliche Regelung zu Rechtsunsicherheiten und falschen Auslegungen führt.

Im ersten Teil der Arbeit wird chronologische Übersicht nationalen Rechtes in Verbindung mit der Nichtigkeit von Beschlüssen der GmbH-Gesellschafterversammlung gegeben. Nachfolgend werden nichtige Beschlüsse von anderen Beschlüssen mit Mängeln doktrinär abgegrenzt. Anschließend wird jede Bestimmung über die Nichtigkeit des Beschlusses der AG-Hauptversammlung getestet, wonach die für die GmbH geltende Bestimmung ausdrücklich formuliert wird. Neben des nationalen Rechtes werden auch Beschlüsse des vergleichenden Rechtes analysiert (insbesondere des deutschen), weil das nationale Recht in dieser Hinsicht in großem Maße mit dem vergleichenden Recht übereinstimmt. Abschließend werden die aus der Analyse hervorgehenden Schlussfolgerungen als Richtlinien für mehr praktische *de lege ferenda* Regelung des Gesetzes über Handelsgesellschaften bezüglich der Nichtigkeit von Beschlüssen der GmbH-Gesellschafterversammlung benutzt.

Schlüsselwörter: *Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Nichtigkeit, GmbH-Gesellschafterversammlung, prozessuale Gründe, Beschlüsse.*

Riassunto

LE CAUSE DI NULLITÀ PROCEDURALI DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI DELLA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA - *de lege lata vs. de lege ferenda*

Le cause di nullità procedurali sono quelle che a differenza delle altre cause di nullità delle delibere assembleari delle società a responsabilità limitata (s.r.l.) nella giurisprudenza e nella prassi sollevano il maggiore numero di questioni giuridiche. Si tratta di casi in cui si manifestano “errori in partenza” che conducono alla nullità delle delibere assembleari delle s.r.l.; errori dei quali nella letteratura giuridica interna non s’è dibattuto in maniera sistematica. Il fondamento per l’analisi di questa problematica va rinvenuto nel fatto che l’art. 448 della legge sulle società stabilisce che alla nullità delle delibere assembleari della s.r.l. si applicano le rispettive disposizioni riguardanti la nullità delle delibere dell’assemblea generale delle s.p.a. Stanti le differenze procedurali relative alle attività dell’assemblea generale della s.p.a. e della assemblea della s.r.l., detto rinvio normativo può comportare situazioni di incertezza del diritto ed interpretazioni errate.

Nella prima parte del lavoro si passa in rassegna in chiave cronologica il diritto interno relativamente alla nullità delle delibere assembleari della s.r.l. Di seguito si analizzano gli orientamenti dottrinali con riferimento alla distinzione tra delibere nulle e delibere affette da altre lacune. Successivamente vengono analizzate e valutate tutte le disposizioni di legge dettate con riguardo alla nullità delle delibere dell’assemblea generale; per procedere poi alla formulazione delle disposizioni che valgono solamente nell’ambito delle s.r.l. Oltre al diritto interno, si analizzano anche le soluzioni previste nel diritto comparato (in specie nel diritto tedesco), poiché il diritto interno in parte consistente è sovrapponibile alle soluzioni previste nel diritto comparato. A indagine completata si utilizzano le conclusioni cui s’è pervenuti per proporre delle soluzioni pratiche *de lege ferenda* al fine di disciplinare la legge sulle società nel contesto della nullità delle delibere assembleari della s.r.l.

Parole chiave: *società a responsabilità limitata, nullità, assemblea della società a responsabilità limitata, cause procedurali, delibere.*

NON-LETHAL WEAPONS: THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN ARMED CONFLICT AND THE RIGHT TO HEALTH IN LAW ENFORCEMENT

Elisabeth Hoffberger*

UDK: 341.33
Ur.: 14. veljače 2017.
Pr.: 26. travnja 2017.
Izvorni znanstveni rad

Summary

If thinking about weapons, one generally thinks about lethal technology. However, an abundance of so-called non-lethal weapons, a technology not aimed at killing but merely incapacitating the human target or military objective, is also being deployed both within and outside the ambit of armed conflict. Since non-lethal weapons do not necessarily implicate a zero chance of mortality, but often lead to severe wounds and tremendous suffering, the use and deployment of such weapons raise strong humanitarian and human rights concerns.

The prohibition to cause superfluous injuries and unnecessary suffering, as well as the prohibition of indiscriminate attacks are, amongst others, one of the most relevant provisions potentially having an influence on the deployment of non-lethal technology in armed conflict. However, the invocation of the principle of proportionality may lead to the justification of the use of non-lethal weapons on the grounds that the military advantage anticipated was greater than the human suffering caused. Insofar, one must ask whether there is a “red-line”; where the almost inflationary invocation of the principle of proportionality may defeat the object and purpose of the Geneva Conventions and therefore render the deployment and use of non-lethal technology illegal.

Apart from the battlefield, non-lethal weapons are also being deployed in law-enforcement scenarios, where human rights law plays a pivotal role. In this regard, one must not look merely at the prohibition of torture and inhuman or degrading suffering and the right to life but also at the right to health, a presumably underestimated principle curbing and shaping the use of non-lethal technology outside the ambit of armed conflict.

Keywords: *Humanitarian Law, Human Rights Law, Disarmament.*

* Elisabeth Hoffberger, Research Assistant, Institute of Public International Law, Air Law and International Relations, Johannes Kepler University, Austria; elisabeth.hoffberger@jku.at

1. INTRODUCTION

Usually, people associate weapons with lethal technology being deployed by various actors in different scenarios, such as the military in armed conflict or police officers during law enforcement as a means of last resort. However, a significant number of weapons are used for military and policing purposes, which both academia and practitioners refer to as “non-lethal” or “less-lethal”. Tasers, a conducted electrical device, water cannons and dazzling laser weapons are prominent examples of such “non-lethal” technology. Even though countries promote strongly the deployment of such technology as a more human alternative to lethal force, history has shown that non-lethal weapons do not necessarily implicate a zero chance of mortality. On the contrary, many “non-lethal” weapons have caused death or unnecessary and exceedingly intense suffering, in turn raising strong humanitarian and human rights concerns.

This paper aims at analyzing how Public International Law (PIL) responds to non-lethal weapons, especially with regard to humanitarian law and human rights obligations. Most of all, two specific problems arising with regard to the use of non-lethal weapons will be addressed. First, the role of the principle of proportionality in humanitarian law in case of deployment of non-lethal weapons will be examined. In this regard, it must be noted that many humanitarian provisions, such as the prohibition to cause superfluous injuries or unnecessary suffering or the prohibition of indiscriminate attacks, may be justified by the invocation of the principle of proportionality, especially when it comes to the use of non-lethal technology. This begs the question, whether there are cases where the principle of proportionality cannot be invoked in case of non-lethal weapons deployment. Second, the right to health, which has not been addressed in connection with the deployment of non-lethal weapons extensively so far, will be analyzed with a view to determining the meaning and relevance of the right to health for the deployment of non-lethal technology.

It is noteworthy that authors dealt with non-lethal weapons and PIL before but mainly before and after the year of 2000. Insofar, a more or less unsatisfactory state of legal science can be observed. In the meanwhile, many non-lethal weapons have been developed rising more and new humanitarian and human rights concerns. Furthermore, new treaties entered into force and international courts dealt with different types of weapons in their jurisprudence, most notably the European Court of Human Rights (ECtHR). These developments will have to be taken into consideration in order to find adequate answers to the questions raised before. From a practical perspective, it must be noted that not only non-lethal weapons currently being deployed lead to severe and sometimes long-lasting suffering and human rights violations, but many countries currently invest significant amounts of money in the development of new non-lethal technology. From the perspective of PIL, the risks emanating from these new weapons can only be limited adequately by conducting research in order to find answers to the challenges lying ahead.

Against this backdrop, it is of pivotal importance to analyze the actual status quo of non-lethal weapons from the perspective of both humanitarian and human rights law. The two special topics addressed in this paper shall exemplify the complexity of legal norms encasing non-lethal weapons both in humanitarian and human rights law. Before embarking on details, a short introduction on the development, definition and categorization shall ensure clarity on this subject.

2. DEVELOPMENT, DEFINITION AND CATEGORIZATION OF NON-LETHAL WEAPONS

The concept of non-lethal weapons is not a new phenomenon. On the contrary, the earliest incident of the deployment of non-lethal weapons was the fall of the almost impenetrable wall of Jericho around 1400 BC, when high noises emanated from horns bringing down the wall and exposing the meaningful city.¹ In academic terms, the concept of non-lethal weapons developed in the 1960s,² when the first riot control agents were deployed for policing scenarios. At that time, civil disobedience, protests and demonstrations were on the rise putting a strain on public security and safety.³ From the late 1990s onwards, the United States, one of the biggest producers of non-lethal technology, started to use the term “non-lethal weapon” in their weapons program on a regular basis and many other states followed in doing so. Their aim was to develop, stockpile or transfer weapons, whose primary purpose was not to kill but to merely incapacitate the human target or destroy the military objective. Non-lethal technology should serve as an alternative to lethal force⁴ and therefore contribute to the humanization of warfare.⁵ On the other side, the use of non-lethal weapons should be enhanced in law enforcement scenarios in order to guarantee security and crowd control on the one hand and avoid escalation of the use of force with a view to adhering to human rights obligations, on the other hand.⁶ As a result, significant research on the development of non-lethal technology, on their potential use and health related issues occurring in case of non-lethal weapons deployment, had been conducted by the United States, most notably by the Joint

1. Alexander, John B., *Future Warfare – Non-Lethal Weapons in Twenty-first Century Warfare*, New York City, Thomas Dunne, 1999, p. 95.
2. Kaurin, Pauline M., *The Warrior, Military Ethics and Contemporary Warfare*, New York, Routledge, 2014, p. 57.
3. Davison, Neil, *Non-Lethal Weapons*, New York City, Palgrave MacMillan, 2009, p. 12.
4. Rappert, Brian, *Non-Lethal Weapons as Legitimizing Forces?*, London, Frank Cass, 2003, p. 18.
5. Mégret, Frédéric, *The Debate on Non-Lethal Weapons: Why Wound and Kill At All?*, Canadian Red Cross, <http://www.croixrouge.ca/cmslib/general/oteoc_megret.pdf>, 22nd of January 2017; Meron, Theodor, *The Humanization of Humanitarian Law*, *The American Journal of International Law*, vol. 94, 2/2000, pp. 239 – 278.
6. Dymond-Bass, Abi/Corney, Neil, *The Use of “Less-Lethal” Weapons in Law Enforcement*, in: Casey-Maslen, Stuart (ed.), *Weapons and International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 33.

Non-Lethal Weapons Program. Other countries followed the same direction by investing vast amounts of money in the development of non-lethal technology, such as Russia, China, Israel, France and South-Africa.⁷ The increased deployment of non-lethal technology both in military and policing contexts raised the attention of international lawyers trying to find out how to deal with non-lethal weapons, amongst others, from the perspective of humanitarian and human rights law.

Despite the increased interest in non-lethal weapons, no commonly accepted definition of the term “non-lethal weapon”⁸ emerged. In default of an official legal definition, both academia and practice refer to the definition provided for by the United States and the North Atlantic Treaty Organization (NATO) respectively.⁹ According to the United States Department of Defense, non-lethal weapons are “[e]xplicitly designed and primarily employed to incapacitate personnel or materiel immediately, while minimizing fatalities, permanent injury to personnel, and undesired damage to property, facilities, materiel, and the environment.”¹⁰

NATO provides for a similar definition of non-lethal weapons, according to which “[n]on-lethal weapons are weapons which are explicitly designed and developed to incapacitate or repel personnel, with a low probability of fatality or permanent injury, or to disable equipment, with minimal undesired damage or impact on the environment.”¹¹

Both definitions indicate that non-lethal weapons can either be deployed against humans or against objects. While so-called anti-personnel non-lethal weapons aim at incapacitating the person targeted, anti-materiel weapons are being used with a view to damaging vehicles or whole facilities, such as power plants.¹² Furthermore, anti-personnel weapons unfold their effects directly but anti-materiel non-lethal weapons cause indirect effects. While exposure to pepper spray, an anti-personnel non-lethal weapon dispersing the chemical agent capsaicin, leads to mucosal irritation, increased lachrymation, tracheal cough, disorientation and even asphyxiation by irritating pain receptors of the nervous system, the M2 vehicle lightweight arresting device net, an anti-materiel weapon rendering vehicles immovable by a net stretching over the vehicle, might endanger the life, health or safety of the car driver himself, fellow passengers or innocent bystanders in case of improper deployment and thus creates indirect effects. Insofar, it is of pivotal importance not only to evaluate the legal implications arising with regard to anti-

7 Davison, N., op. cit., p. 35.

8 Casey-Maslen, Stuart, *Non-Kinetic Energy Weapons termed “Non-Lethal”*, Geneva Academy of International Humanitarian Law, 10/2010, <<http://www.statewatch.org/news/2013/apr/non-kinetic-energy-weapons-casey-maslen-2010>>.pdf, 17th of January 2017.

9 Dymond-Bass, A./Corney, N., op. cit., p. 32.

10 United States Department of Defense Directive, *Number 3000.03E*, 13th of April 2013, <<http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/300003p.pdf>>, 17th of January 2017.

11 *NATO Policy on non-lethal weapons*, NATO Press statements, 13th of October 1999, <<http://www.nato.int/docu/pr/1999/p991013e.htm>>, 22nd of January, 2017.

12 Lewer, Nick/Schofield, Steven, *Non-Lethal Weapons: A Fatal Attraction?*, London, Zed Books, 1997, p. 10.

personnel but also with regard to anti-matériel non-lethal weapons. Moreover, these two examples show that despite the rather euphemistic labelling, non-lethal weapons do not entail a zero chance of mortality. On the contrary, even apparently non-lethal weapons may cause severe adverse health effects or even death.¹³ When non-lethal rubber bullets were used in Northern Ireland by police officers to shut down turmoil in the 1970s, many people died or were heavily wounded by rubber bullets hitting sensitive body parts, such as the ocular system or the temple.¹⁴ Therefore, even though the term “non-lethal” may indicate the cause of less harm, special attention must be paid to the relevant repercussions on health and the overall wellbeing of each person affected by a non-lethal weapon. Even though some weapons are being clearly designated as “non-lethal”, their effects may be far-reaching. Given the high risks on human health caused by non-lethal technology, several Non-Governmental Organizations (NGOs) and authors stated that the term “non-lethal” is a misleading moniker.¹⁵ Instead, terms like “less-lethal”, “less-than lethal”, “soft-kill”, “sub-lethal” or “pre-lethal”, were prioritized emphasizing the possible dangerous and sometimes even fatal effects of non-lethal technology.¹⁶ Until today, no common agreement has been found which term shall be given preference. While the United States (US) favor the term “non-lethal”, most NGOs prefer “less-than-lethal” or “less-lethal”. However, answering this question is merely interesting on an academic level, but it is not relevant for practical purposes, since all terms aim at describing the same types of weapons. In this paper, the term “non-lethal” will be used since most states, with the US leading the way, refer to “non-lethal” weapons.

More importantly, the vast abundance of non-lethal technology nowadays available has to be addressed adequately. Therefore, non-lethal weapons were divided into different categories based on their relevant effects. According to *Fidler*, non-lethal weapons may be classified into acoustic, biological, chemical, digital, electrical, electromagnetic, environmental, kinetic, optical and psychological weapons.¹⁷ One of the main reasons for the significant number of different non-lethal weapons available today is that non-lethal weapons are being deployed in many different scenarios. Not only do non-lethal weapons offer support in classical policing scenarios including riot control and law enforcement, but they are also relevant in custodial centers, armed conflict and peacekeeping operations, imposing different requirements on non-lethal weapons and the military commanders using them.

13 Madea, Burkhard, *Handbook of Forensic Medicine*, West Sussex, Wiley Backwell, 2014, pp. 483 – 484.

14 Burrows, Collin, *Operationalizing Non-Lethality: A Northern Ireland Perspective*, in: Lewer, Nick (ed.), *The Future of Non-Lethal Weapons*, Frank Cass, London, 2002, p. 104.

15 Fidler, David P., *The Meaning of Moscow: “Non-lethal” weapons and international law in the 21st century*, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, 859/2005, p. 529.

16 Rappert, Brian, *Towards an Understanding of Non-Lethality*, in: Lewer, Nick (ed.), *The Future of Non-Lethal Weapons*, London, Frank Cass, 2002, p. 53.

17 Fidler, David P., *The International Legal Implications of Non-Lethal Weapons*, *Michigan Journal of International Law*, vol. 21, 51/2001, p. 53.

3. NON-LETHAL WEAPONS AND PUBLIC INTERNATIONAL LAW

One could argue that the legal provisions applicable to non-lethal weapons are fragmented.¹⁸ There are three different legally binding regimes dealing with non-lethal technology or at least affecting their potential use in different ways.¹⁹ While arms control treaties regulate the use, deployment, stockpiling and transfer of specific types of weapons,²⁰ humanitarian law does not address specific weapons *per se* but provides an abundance of general provisions also relevant for the deployment of weapons in armed conflict.²¹ Human rights treaties neither address specific weapons explicitly but most documents comprise fundamental rights and values for each human being promoting respect for and adherence of human rights standards by the states and the international community respectively, which, without doubt, have relevance for non-lethal technology.²² Even though one might argue that non-lethal weapons and PIL are characterized by fragmentation, the ongoing process of further constitutionalization of the world order and the international community

18 For more details on PIL and fragmentation see Koskeniemi, Martti/Leino Päivi, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, *Leiden Journal of International Law*, 15/2002, pp. 553–579.

19 However, there is a vast amount of soft-law applicable to non-lethal weapons, such as the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners as of 1955, the Code of Conduct for Law Enforcement Officials as of 1979, the Procedure for the Effective Implementation of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners as of 1984, the Basic Principles for the Treatment of Prisoners as of 1990, the Basic Principles on the Use of Force and Firearms as of 1990 and the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners – revision process of 2012. ECOSOC Resolution 663 c (XXIV) of 31st of July 1957 and 2076 (LXII), 13th of May 1977; Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners; General Assembly Resolution 34/169, 17th of December 1979.

20 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects, 2nd of December 1983, UNTS vol. 1342 no. 22495; Protocol on Non-Detectable Fragments (Protocol I), 2nd of December 1983, UNTS vol. 1342 no. 22495; Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3rd of May 1996 (Protocol II, as amended on 3rd of May 1996), 3rd of December 1998, UNTS vol. 2048 no. 22495; Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons (Protocol III), 2nd of December 1983, UNTS vol. 1342 no. 22495; Additional Protocol to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (Protocol IV, entitled Protocol on Blinding Laser Weapons), 30st of July 1998, UNTS vol. 1380 no. 22495; Protocol on Explosive Remnants of War to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (Protocol V), 30st of July 1998, UNTS vol. 2399 no. 22495.

21 Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities*, Cambridge, Cambridge University Press 2004, p. 60.

22 Preamble of the Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution, 3/217 A (III), 10th of December 1948.

as such also affects non-lethal weapons.²³ The three relevant legal regimes are components of one system being highly interconnected and interlinked with each other pursuing the purpose of reducing the suffering of people caused by the use of certain weapons.

3.1. *Non-Lethal Weapons and Humanitarian Law*

There is an abundance of treaties in the field of humanitarian law and an enumeration and careful analysis thereof would go far beyond the scope of this paper. Attention will be exclusively paid to the Four Geneva Conventions (GC) of 1949²⁴ and Additional Protocols (AP)²⁵ of 1977, most notably AP I, relating to the protection of victims of international armed conflict.

Even though the GC of 1949 and AP I and II do not address certain types of weapons directly, several provisions are relevant for non-lethal technology.²⁶ The most important principles having relevance for non-lethal weapons are the prohibition of superfluous injuries and unnecessary suffering, the prohibition of indiscriminate attacks and the related principle of distinction, as well as the principle of proportionality and the regulations on combatants *hors de combat*.²⁷ It will be shown that the principle of proportionality will pose the most challenges as to the regulation of non-lethal technology and evoke the most significant legal repercussions.

23 Klabbers, Jan, et al., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 49.

24 Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 1949, 21st of October 1950, UNTS vol. 75 no. 970; Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 1949, 21st of October 1950, UNTS vol. 75, no. 971; Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, 1949, 21st of October 1950, UNTS vol. 75 no. 972; Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 1949, 21st of October 1950, UNTS vol. 75, no. 973.

25 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12th of August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8th of June 1977, UNTS vol. 1125, no. 17512; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12th of August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8th of June 1977, UNTS vol. 1125, no. 17513.

26 Messingham, Eve, Conflict without casualties...a note of caution: non-lethal weapons and international humanitarian law, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, 886/2012, p. 677.

27 Casey-Maslen, Stuart/Weill, Sharon, The Use of Weapons in Armed Conflict, in: Casey-Maslen, Stuart (ed.), *Weapons and International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 262 – 281.

3.1.1. Prohibition of superfluous injuries and unnecessary suffering

The prohibition to cause superfluous injuries or unnecessary suffering is one of the most prominent provisions in humanitarian law.²⁸ Enshrined in Art 35 para 2 AP I GC, the provision prohibits the deployment of weapons, projectiles, material and the application of methods of warfare causing exceedingly intense harm. However, there is no conclusive and all-encompassing answer as to the question which weapons exactly do fall under this provision.²⁹ According to the International Committee of the Red Cross (ICRC), incendiary weapons, blinding laser weapons, anti-personnel mines and biological as well as chemical weapons, have already been cited frequently as weapons causing superfluous injuries and unnecessary suffering by several states. However, state practice is still too inconsistent in order to assume that a general rule developed according to which all of these weapons constitute weapons causing superfluous injuries or unnecessary suffering.³⁰ Furthermore, the mere enumeration of diverse examples of weapons that fall under the category of Art 35 para 2 AP I,³¹ does not give an answer if *non-lethal* weapons are affected by the prohibition to cause superfluous injuries or unnecessary suffering. In this regard, the ICRC's opinion on Art 35 para 2 AP I and the Commentary on AP I need to be analyzed more closely. According to the ICRC, in order to determine whether a weapon violates the prohibition to cause superfluous injuries or unnecessary suffering, the *effects* of a weapon need to be taken into consideration, not the intent of the producer or user.³² This could mean, that non-lethal weapons whose *effects* are comparable to those of lethal weapons already violating Art 35 para 2 AP I,³³ are infringing upon the prohibition to cause superfluous injuries or unnecessary suffering, such as biological and chemical weapons.³⁴ The idea of referring to existing arms control treaties in order to evaluate which (non-lethal) weapons constitute weapons causing superfluous injuries or unnecessary suffering

28 Durham, Helen/McCormack Timothy L.H., *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, p. 71.

29 Crowe, Jonathan/Weston-Scheuber, Kylie, *Principles of International Humanitarian Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 51 – 57.

30 Henckaerts, Jean-Marie/Doswald-Beck, Louise, *Customary Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press 2015, pp. 243 – 244.

31 With critical remarks see Parks, Hays, *Conventional Weapons and Weapons Reviews*, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 8/2005, pp. 86 – 87.

32 Coupland, Robin/Herby, Peter, *Review of the Legality of Weapons: A New Approach: The SIrUS Project*, *International Review of the Red Cross*, 1999, p. 835.

33 It must be borne in mind that state practice is very inconsistent as to which weapons definitely violate Art 35 para 2 AP I. See Henckaerts, J.M., Doswald-Beck, L., *op. cit.*, p. 273. However, there are reasonable arguments to conclude that the strong condemnation of certain types of weapons, such as chemical weapons and public outcry in case of their deployment constitute weapons causing superfluous injuries or unnecessary suffering. Rehman, Javid, *International Human Rights Law*, Edinburgh, Longman Publishers, 2010, p. 790.

34 Henckaerts, J.M., Doswald-Beck, L., *op. cit.*, pp. 243 – 244. See also the *ICRC's Commentary on AP I* 1419, <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=A1D622EE77F6964A41256650004C9909&action=openDocument>>, 22nd of January 2017. With critical remarks see Parks, H., *op. cit.*, pp. 86 – 87.

is supported by Art 31 para 3 lit c VCLT³⁵, which reads as follows: “[t]here shall be taken into account, together with the context (...) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.”³⁶ The provision of Art 31 reflects the ongoing process of constitutionalization in PIL by taking a systemic approach in treaty interpretation. Art 31 clearly considers PIL as a common legal system where legal regimes are interconnected and complement each other. As early as in *Wimbledon*, the Permanent Court of International Justice (PCIJ) held that treaties must be interpreted by referring to other treaties having the same object and purpose.³⁷ *Hays* rejects the idea of referring to arms control treaties in order to further interpret Art 35 para 2 AP I on the grounds, that arms control treaties and the prohibition to cause superfluous injuries or unnecessary suffering do not have the same object and purpose in common. While arms control treaties have, as their purpose, the prohibition of certain types of weapons, AP I pursues the protection of civilians in warfare in general.³⁸ This argument can be countered by referring to the commentary of the VCLT, which states that Art 31 para 3 lit c VCLT “[m]ust be taken to refer to all recognized sources of international law the emanations of which can *in principle* be of assistance in the process of interpretation.”³⁹ The word *in principle* indicates that relevant treaties serving as a helpful means of interpretation must not necessarily pursue an identical object and purpose, but the overall similarities have to be taken into account. The only case where an identical object and purpose is required to fill a regulatory gap is the invocation of analogy. It could be argued that arms control treaties may be used in order to interpret Art 35 para 2 AP I *per analogiam*. In this regard, it has to be taken into consideration that analogy in PIL may be applied only exceptionally requiring that the states parties concerned agreed on the analogous application of treaties in order to fill regulatory gaps. In this case, a more or less identical object and purpose would indeed be required.⁴⁰ However, one must not resort to analogy if better instruments, such as the systemic interpretation according to Art 31 para 3 lit c VCLT, are available requiring merely that the relevant treaty *in principle* is of assistance in the process of interpretation.

In light of the aforementioned it could be argued that in applying a systemic interpretation, non-lethal weapons already covered by arms control treaties or whose effects are comparable to those regulated by arms control treaties, at the same time constitute weapons which cause superfluous injuries or unnecessary suffering.

However, generally Art 35 para 2 AP I may be justified by the principle of proportionality,⁴¹ a doctrine most widely known in humanitarian law by requiring

35 Vienna Convention on the Law of the Treaties, 23rd of May 1969, UNTS vol. 1155 no. 18232.

36 See also Dörr Oliver/Schmalenbach Kirsten, Vienna Convention on the Law of the Treaties, A Commentary, Heidelberg, Springer, 2012, Art 31, p. 131.

37 PCIJ, *Case of the S.S. Wimbledon*, 17th of August 1923, PCIJ Reports 1923, pp. 23 – 25.

38 Parks, H., op. cit., p. 86 – 87

39 Dörr, O./Schmalenbach, K., op. cit., p. 561.

40 Ipsen, Knut, Völkerrecht, München, CH Beck, 2014, p. 501.

41 Sassòli, Marco/Olson, Laura M., The relationship between humanitarian law and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflict, International Review of the Red Cross, vol. 90, 871/2008, p. 606.

states to strike a balance between the injuries caused to civilians and the concrete military advantage anticipated.⁴² In case of non-lethal weapons deployment, the invocation of this principle will in almost all scenarios lead to the fact that a weapon is not deemed to cause superfluous injuries or unnecessary suffering because it was proportionate in relation to the military advantage anticipated.⁴³ However, there are arguments to assume that the principle of proportionality cannot be invoked without limits if the invocation may lead to the complete erosion of Art 35 para 2 AP I and contradict the object and purpose of AP I GC as a whole.⁴⁴ In other words, it could be argued that Art 35 para 2 AP I consists of an incontestable nucleus which cannot be derogated from by the invocation of the principle of proportionality. Without doubt, one of the main objects and purposes of the GC and AP I is to guarantee the utmost protection of civilians in armed conflict.⁴⁵ In order to better understand the object and purpose of AP I GC, one must have a closer look at Art 31 para 3 lit c VCLT, again. The provision stipulates that in order to interpret treaty provisions, other relevant treaties may be taken into account.⁴⁶ In case of AP I GC, arms control treaties may serve as a source of interpretation. Arms control treaties pursue, as their overall purpose, the mitigation of suffering caused by weapons in armed conflict. For example, the Anti-Personnel Mine Ban Convention pursues, as its purpose, “to put an end to the suffering and casualties caused by anti-personnel mines”,⁴⁷ whereas the Chemical Weapons Convention has as its object and purpose the elimination of chemical weapons and the prohibition of their deployment,⁴⁸ which arguably implies that suffering caused from such weapons shall be mitigated in order to protect civilians. As regards the Conventional Weapons Convention, it could be argued that its purpose is to protect civilians from intense and exceedingly injurious suffering.⁴⁹ Referring to arms control treaties in order to locate the immutable and incontrovertible core of Art 35 para 2 AP I, where the invocation of the principle of proportionality would clearly contradict the object and purpose of the GC as a whole, does not necessitate that the relevant treaties have, as their object and purpose, the

42 The wording of the International Court of Justice (ICJ) in its Nuclear Weapons Advisory Opinion reiterates the principle of proportionality in stating that superfluous injuries or unnecessary suffering is “harm greater than the unavoidable to achieve legitimate military objectives”, ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8th of July 1996, ICJ Reports 1996, p. 226.

43 Fidler, D., *The International Legal Implications of “Non-Lethal Weapons”*, cit., p. 44.

44 Art 31 para 1 VCLT.

45 Boothby, William H., *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2016², p. 51.

46 Ibid.

47 Preamble Anti-Personnel Mine Convention. See also Casey-Maslen, Stuart, *Commentaries on Arms Control Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 288 – 289.

48 Klebbers, Jan, *Strange Bedfellows: The “Interim Obligation” and the 1993 Chemical Weapons Convention*, in: Myer, Eric (ed.), *Issues of Arms Control and the Chemical Weapons Convention*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp.18 – 22.

49 Corten, Oliver/Klein, Pierre, *The Vienna Convention on the Law of the Treaties*, A Commentary, Vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 505.

mitigation of the suffering caused by weapons leading to *superfluous injuries* and *unnecessary suffering*. The overall object and purpose of arms control treaties as to protect civilians from suffering in general arguably suffices in order to refer to such treaties when interpreting Art 35 para 2 AP I.⁵⁰ Therefore, the invocation of the principle of proportionality in a scenario where non-lethal weapons were deployed already covered by existing arms control treaties (which, by the way, in their treaty texts do not allow for a justification by the application of a proportionality test), may defeat the very purpose of the AP I itself.⁵¹ Insofar, non-lethal weapons covered by arms control treaties (such as riot control agents and non-lethal anti-personnel mines) are weapons causing superfluous injuries and unnecessary suffering and must not be justified by the invocation of the principle of proportionality.

3.1.2. *Prohibition of indiscriminate attacks*

Another principle of humanitarian law relevant for non-lethal weapons is the prohibition of indiscriminate attacks, which has to be read in context with the principle of distinction.⁵² Parties to a conflict must, within their attacks, differentiate clearly between civilians and combatants and civilian objects and military objectives.⁵³ In the same direction argues Art 51 para 4 AP I GC prohibiting attacks which cannot be directed at a military objective or a combatant.⁵⁴ It could be argued, for example, that the Long-Range Acoustic Device (LRAD), an acoustic weapon emitting shrill noises aimed at dispersing crowds of people used in armed conflict, contradicts the prohibition of indiscriminate attacks, since the weapon cannot be used in such a way as to distinguish between civilians and combatants properly.⁵⁵ Indeed, LRAD has a certain reach but within this reach, no differentiation can be made between civilians and combatants.⁵⁶

As in the case of the prohibition to cause superfluous injuries or unnecessary suffering, the principle of proportionality must be taken into consideration.⁵⁷ However, whereas Art 35 AP I itself does not entail a “proportionality-test”, Art 51 para 5 lit b states clearly that the principle of proportionality needs to be taken into account: “[a]n attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage

50 Dörr O./Schmalenbach K., op. cit., p. 561.

51 With critical remarks see Parks, H., op. cit., pp. 86 – 87.

52 Sandoz, Yves, *International Humanitarian Law in the 21st Century*, in: McCormack, Thomas (ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, Cambridge, TMC Asser Press, 2003, p. 6.

53 Casey-Maslen, Stuart/Weill Sharon, *The Use of Weapons in Armed Conflict*, cit., p. 262.

54 Lachenmann, Frauke/Wolfrum, Rüdiger, *The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 498.

55 Davison, N., op. cit., p. 196.

56 Dymond-Bass, A./Corney, N, op. cit., p. 42.

57 With critical remarks see Crowe, J./Weston-Scheuber, K., op. cit., p. 59.

anticipated.” With regard to non-lethal weapons, the invocation of the principle of proportionality might relatively often lead to the fact that the prohibition of indiscriminate attacks is not being violated.⁵⁸ Thus, the question rises, whether humanitarian law allows for the invocation of the principle of proportionality in all cases or whether there is a “red line”, which must not be trespassed. Formulated differently: In which scenarios military necessity cannot justify the deployment of indiscriminate non-lethal weapons?

In order to answer this question, one must look at human rights law, most notably the prohibition of torture or inhuman and degrading treatment.⁵⁹ This principle applies in all circumstances, that is to say, within and outside the ambit of armed conflict.⁶⁰ It requires that states abstain from any measures that could lead to the torture, inhuman or degrading treatment of individual persons or the whole population. Nowadays, the prohibition of torture is being considered *ius cogens*,⁶¹ a right which cannot be derogated from.⁶² It applies in any circumstances, independent whether states have ratified relevant international conventions, such as the UN-Convention against Torture⁶³, or not.⁶⁴ Thus, there is a “red line”, according to which military necessity cannot justify the deployment of indiscriminate weapons. Without doubt, the prohibition of torture marks the “red line”, where military commanders have to abstain from using certain types of weapons. According to Art 53 VCLT, a treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of PIL. Even though AP I itself does not *per se* conflict with a norm of *ius cogens*, the relationship between the principle of proportionality and the prohibition of indiscriminate attacks has to be interpreted in such a way as it is compatible with existing peremptory norms of international law.⁶⁵

However, this leaves the question unanswered, what kind of weapons amount to torture, especially when it comes non-lethal weapons and armed conflict. Generally it can be observed, that the duration and intensity of exposure to a weapon plays a fundamental role in assessing whether the deployment of certain non-lethal weapons constitutes torture or inhuman or degrading treatment.⁶⁶ In the end, a case-by-case assessment will be necessary evaluating in each situation, whether or not the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment has been violated.

58 Fidler, D., *The International Legal Implications*, cit., p. 83 – 84.

59 Murray, Daragh, *Practitioner’s Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press 2016, p. 127.

60 Henckaerts J.M., Doswald-Beck, L., op. cit., p. 214.

61 De Wet, Erika, *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens*, *Journal of International Law*, 15/2004, p.121.

62 Weatherall, Thomas, *Ius Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 390.

63 United Nations Convention Against Torture and Other Degrading or Inhuman Treatment, 10th of December 1984, UNTS vol. 1465 no. 24841.

64 Henckaerts, J.M., Doswald-Beck, L., op. cit., p. 214.

65 Dörr, O./Schmalenbach K., op. cit., pp. 897 – 942.

66 Murray, D., op. cit., 127; Lewer, N, *The Future of Non-Lethal Weapons*, cit., p. 82; Davison, N, op. cit., p. 21.

The shutting down of electricity plants by non-lethal anti-materiel indiscriminate weapons leading to starvation, pain and death has been considered as amounting to torture, for example.⁶⁷

In light of the aforementioned one can conclude that not only the principle of proportionality influences significantly the prohibition to cause unnecessary suffering and superfluous injuries but also the prohibition of indiscriminate attacks. In this regard, Art 53 VCLT requires that the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment, a peremptory norm of PIL, is being taken into account constituting the “red line”, where military necessity cannot justify the deployment of indiscriminate (non-lethal) weapons.

3.1.3. *Persons Hors de Combat*

According to Art 41 AP I GC persons *hors de combat* must not be attacked. This provision constitutes one of the most important provisions in humanitarian law limiting and curbing the use of non-lethal weapons.⁶⁸

In this regard, it is noteworthy that a significant number of non-lethal weapons were used by military commanders with the aim to enhance the effectivity of lethal weapons. For example, a dazzle grenade aimed at causing temporary blindness, may be used with a view to incapacitating combatants which then can be shot without causing higher risks to the own military division. Such behavior clearly contradicts Art 41 AP I GC but has occurred many times in international and non-international armed conflict. In case an enemy combatant has been incapacitated by the use of non-lethal technology, the armed forces having deployed such weapons must undertake anything to take care of the person injured.⁶⁹ Insofar, the deployment of non-lethal weapons is being heavily restrained by Art 41 requiring states to refrain from attacking enemy combatants *hors de combat* (negative duty) and to take positive measures in order to ensure the safety and protection of such persons (positive duty). At the same time, armed forces must ensure that persons *hors de combat* will not constitute a military threat in the future.⁷⁰ Therefore, the deployment of non-lethal weapons only has limited significance in wartime scenarios directly aimed at targeting enemy combatants. Considerably more, they may be used as a helpful instrument to secure military checkpoints and other militarily sensitive areas, to deny access to sites of strategic importance and to disperse unruly crowds taking to the streets during armed conflict. The fact that non-lethal technology shall be primarily deployed as a means of support renders important legal questions which will be elaborated in the following chapter.

67 Update No. 96/1 on ICRC activities in Iraq 1996, <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/update/57jn34.htm>>, 25th of January 2017.

68 Fidler, D., *The International Legal Implications*, cit., p. 85.

69 Messingham, E., op. cit., p. 677.

70 Lewer, N., *The Future of Non-Lethal Weapons*, cit., p. 29.

3.2. *Non-Lethal Weapons and the Right to Health*

Apart from humanitarian provisions, human rights also curb and restrain the use of non-lethal weapons. While humanitarian provisions apply in armed conflict only, human rights may be referred to within and outside the ambit of armed conflict.⁷¹ In addition to that, most human rights treaties already reflect customary law binding not only states,⁷² which ratified or acceded to international human rights treaties but the international community as such.⁷³ This paper will focus on health related issues and the deployment of non-lethal weapons. The right to health constitutes one of the most complex human rights being interlinked with several other obligations, such as the right to freedom from torture and the right to life.

“Health” can be understood adequately if taking a holistic approach encompassing all human needs, starting from access to water, food, sexuality and physical integrity.⁷⁴ “The right to health” could be relevant for the deployment of non-lethal weapons in various contexts. First, the right to health enshrines physical integrity obligating states parties to abstain from any active measures jeopardizing that principle. Second, the right to health enshrines the obligation to guarantee adequate medical standards in hospitals to treat injuries caused by non-lethal weapons rendering it necessary to actively undertake measures in order to guarantee such medical conditions.⁷⁵ However, the right to health, as any other human right, except for those constituting *ius cogens*, is not absolute. Restrictions on the full attainment of the right to health are possible if certain criteria are met, such as necessity and proportionality, as in the case of law enforcement.⁷⁶ Furthermore, treaty provisions may be derogated from in case of public emergency. No existing treaty entailing a provision on the right to health spares the right from a possible derogation.⁷⁷

71 ICJ, *Legality of the use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 8th of July 1996.

72 D’Amato, Anthony, *Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms*, *Georgia Journal for International and Comparative Law*, 4/1995, pp. 47 – 61.

73 With critical remarks see Holning, Lau, *Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law*, *Chicago Journal of International Law*, vol. 6, 1/2005, p. 510.

74 Benedek, Wolfgang, *Understanding Human Rights*, Wien, Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2012, pp. 150 – 151.

75 Crowley, M. *The Use of Incapacitants in Law Enforcement*, in: Casey-Maslen, Stuart (ed.), *Weapons and International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 374 – 375.

76 Cottier, Thomas et al., *The Principle of Proportionality in International Law*, Working Paper No. 2012/38 December 2012, <http://www.nccrtrade.org/fileadmin/user_upload/nccrtrade.ch/wp3/publications/Proportionality_final_29102012_with_NCCR_coversheet.pdf>, 22nd of January, 2017.

77 Müller, Amrei, *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law*, in: O’Flaherty, Michael, Harris, David (eds.), *Nottingham Studies on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, p. 138.

The first document mentioning the right to health was the Universal Declaration of Human Rights as of 1948 stressing in its Art 25 that “everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.”⁷⁸ In the preamble of its constitution the WHO adopts a much broader approach by stating that “health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.”⁷⁹ In 1966, the right to health was introduced into the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights⁸⁰ stressing in its Art 12 that “[T]he States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.” Since the adoption of the 1966 pact, several institutions have expressed concern over the use of non-lethal weapons in a health related context.⁸¹ In 2002, the UN Special Rapporteur on Torture warned against non-lethal effects and their adverse but still under-researched health effects by stating that “chemical agents, such as teargas/irritant munition and pepper spray weapons, are said to be promoted as providing effective control without the risk to life, i.e. as ‘humane alternatives’ to lethal force. However, according to information received, insufficient research has been undertaken into their potential effects on targeted persons”.⁸² Even though the Special Rapporteur’s mandate is to investigate incidents potentially inflicting torture or inhuman or degrading treatment, he examines health-related issues in context of non-lethal weapons. In 2006, the UN Special Rapporteur on the right to everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health criticized harshly the conduct of force-feeding and drug injections on inmates. From a broad point of view, such measures could be equated with non-lethal weapons, being used with almost the same intention and causing similar adverse health effects, such as vomiting, nausea and disorientation.⁸³ The Rapporteur clarified that the right to health was violated when detainees were force-fed or injected with drugs. His reasoning indicates that not only states must guarantee sufficient hygienic conditions and adequate medical treatment but also have to abstain from measures causing adverse and non-consensual health effects on detainees in confined spaces.⁸⁴

78 Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution 217 A, 10th of December 1948.

79 Constitution of the World Health Organization, 4th of July 1947.

80 International Covenant on Civil and Political Rights, 16th of December 1966, UNTS vol. 999 no. 14668.

81 Crowley, M. op cit., pp. 374 – 375.

82 Report of the Special Rapporteur, Ashma Jahangir, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution, 2002/36, §12.

83 Crowley, M. op. cit., p. 371.

84 Provided that these “adverse health“ effects were not absolutely necessary in the concrete situation of exposure. This was clearly not the case when people were force-fed or injected with drugs.

Apart from these general considerations, a right to health in the context of non-lethal weapons has not been addressed at the UN level so far.⁸⁵ However, the situation is quite different at the regional level. At the outset, it must be noted that neither the European Convention of Human Rights⁸⁶ (ECHR) nor the Fundamental Rights Charter⁸⁷ (FRC) provide for an own right to health. Instead, the ECHR refers to the right to life and the right to freedom from torture, the prohibition of slavery and forced labor, as well as the right to freedom and security. However, given the significant interconnectedness of the right to health, all these rights could potentially affect health issues. Interestingly, the fact that the court takes into consideration health related issues with regard to Art 2, 3, 8 and 14 of the ECHR is not a new phenomenon. A compound of case law exists, showing in which way the court examined health-related issues in different contexts.⁸⁸ Furthermore, several court decisions exist, which are also relevant for the deployment of non-lethal weapons and health related issues. In 2010, the ECtHR emphasized the severe health effects caused by the use of mustard gas to humans.⁸⁹ In the case concerned, the applicant claimed an infringement of Art 6 and 7 of the ECHR vis-à-vis his home state, the Netherlands. Even though the ECHR does not provide explicitly for a right to health, the ECtHR seized the opportunity to clarify the adverse health effects of chemical weapons. Indeed, the court did not refer to non-lethal weapons but the reference to health issues indicates that health is a concern for the court when interpreting other rights and obligations. In 2014, the ECtHR dealt with the use of TASER-weapons, a non-lethal conducted electrical device discharging electrical darts at humans causing incapacitation and immediate muscular paralysis. The court did not endorse a right to health *per se* but it stressed the severe pain caused by such technology. In the case concerned, the court saw a violation of Art 3 ECHR but it is obvious that health-related issues contributed to the interpretation of Art 3 in the present case.⁹⁰ In another judgement, the ECtHR examined the legality of the use of pepper spray in custodial centers where inmates reportedly died because of prolonged exposure to CS Spray. The court stressed that the use of pepper spray, especially in confined spaces, such as custodial centers, poses an imminent risk to health and overall well-being capable of causing nausea, vomiting, and respiratory problems.⁹¹ Even though the court has not addressed non-lethal weapons in a health-

85 Crowley, M. op. cit., p. 371.

86 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4th of November 1950, UNTS vol. 213, no. 2889.

87 Charter of Fundamental Rights of the European Union, 26th of October 2012, 2012/C, 326/02.

88 See European Court of Human Rights, *Health Related Issues in the Case Law of the European Court of Human Rights*, 2015 <http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf>, 18th of January 2017.

89 ECtHR, *Van Anraat vs. the Netherlands*, 6th of July 2010 Application No. 65389/09, p.6.

90 ECtHR, *Georgiev and others vs. Bulgaria*, European Court of Human Rights, 30st of December 2014, Application No. 51284/09, § 32.

91 ECtHR, *Tali vs. Estonia*, *European Court of Human Rights*, 13th of May 2014, Application No. 66393/10, § 75 – 76.

related context intensively so far, the abovementioned court decisions indicate, that the right to health and non-lethal technology will become more and more relevant, despite the fact that the ECHR does not provide for an own right to health.⁹²

Health related issues in connection with the deployment of non-lethal weapons have not only been addressed by the ECtHR but also by the European Committee for the Prevention of Torture. In 1994, the committee paid several visits to European custodial centers. After a visit to a Spanish prison, the Committee disclosed a report criticizing strongly the deployment of non-lethal electronic shock devices in several custodial centers.⁹³ In its report issued to the Spanish Government, the CPT not only referred to obvious allegations of torture and ill-treatment but it also elaborated the various adverse health effects correlating with ill-treatment and torture by providing medical information and findings.⁹⁴ Insofar, even though the Committee itself deals exclusively with torture-related offences, health related issues undoubtedly played a role in its assessment.⁹⁵

Furthermore, analyzing the right to health in relation to non-lethal weapons necessitates having a closer look at the FRC. Unlike the ECHR, the FRC provides for an own right to health. Looking at Art 35 more closely unveils that the article might not be applicable to non-lethal weapons if one applies a systematic interpretation of the FRC.⁹⁶ The Art is located in chapter IV referring to solidarity. The term “solidarity” indicates that rights enshrined in this chapter primarily deal with socio-political aspects.⁹⁷ The use of weapons, on the other side, touches upon human dignity, the first chapter of the FRC. Insofar, the rights potentially dealing with health-related issues are the same rights that come into play at the level of the ECHR: the right to life, freedom from torture and other inhuman or degrading treatment.

In light of the aforementioned it can be concluded, that health related issues play a pivotal role when it comes to the protection of human rights and non-lethal weapons deployment. Whereas universal institutions are rather reserved when it comes to health-related issues and weapon technology, several regional institutions, most notably the ECtHR, approve that non-lethal weapons, human rights and health are imperatively connected.

92 Crowley, M., op. cit., pp. 374 – 375.

93 Spain, Visit 1994, CPT/Inf, 96/9, 21st of September 1994, Facts Found During the Visit and Action Proposed

94 Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT).

95 Crowley, M., op. cit., p. 344.

96 Art 31 VCLT.

97 Condă, Victor H., *A Handbook of Human Rights Terminology*, Nebraska, University of Nebraska Press, 2004, pp. 242 – 243.

4. CONCLUSION

The importance of non-lethal weapons increases steadily. Whether in armed conflict, in case of riot control or in custodial centers, non-lethal weapons constitute an alternative to lethal force. However, those weapons by no means indicate a zero chance of mortality and therefore raise strong humanitarian and human rights concerns. As regards humanitarian law, it can be concluded that provisions, such as the prohibition to cause superfluous injuries or unnecessary suffering, may be eroded easily by the invocation of the principle of proportionality. In almost all scenarios, where non-lethal weapons come to use, the deployment of such technology may be justified on the grounds that military necessity was given in a certain situation weighing more than the human suffering caused. However, the invocation of the principle of proportionality begs the question, whether there should be a “red line”, where the principle must not be referred to because it would clearly contradict the object and purpose of the GC. Taking into consideration existing arms control treaties and applying a systemic interpretation according to Art 31 para 2 lit c VCLT, it could be argued that arms control treaties absolutely condemning certain weapons, are at the same time weapons causing unnecessary suffering and superfluous injuries, where the invocation of the principle of proportionality would defeat the very purpose of the GC. According to international law, most notably the VCLT, it is not necessary that arms control treaties explicitly condemn weapons causing *unnecessary suffering* or *superfluous injuries*. Arms control treaties as such pursue the same overall purpose of protecting civilians in armed conflict as the GC. Insofar, arms control treaties may be referred to in order to perceive the “red line”, where the principle of proportionality must not be invoked anymore. When it comes to the prohibition of indiscriminate attacks, it can be concluded that the principle of proportionality cannot be invoked in all scenarios. Especially the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment, a principle constituting a peremptory norm of PIL, must be taken into account. In case of conflict with this principle, legal provisions contradicting or infringing upon the prohibition of torture, degrading or inhuman treatment are void and cannot be invoked. A case-by-case assessment will have to be conducted in order to evaluate, which weapons would violate the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment.

As regards human rights, it must be noted that the right to health has not been addressed by authors in a non-lethal context so far. However, especially the recent jurisprudence by the ECtHR reveals that health-related issues play an ever important role when it comes to the protection of human rights. Even though the ECHR does not enshrine an own “right to health”, health has influenced the interpretation of other human rights, most notably the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment. This is of particular importance for non-lethal weapons. States’ increasing interest in non-lethal technology necessitates addressing these issues carefully. Even though not all problems can be solved by analyzing non-lethal weapons from the perspective of PIL, it contributes significantly to the protection of humans, both within and outside the ambit of armed conflict.

BIBLIOGRAPHY

Articles

- Coupland, Robin/Herby, Peter, Review of The Legality of Weapons: A New Approach: The SirUS Project, *International Review of the Red Cross*, 1999.
- D'Amato, Anthony, Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms, *Georgia Journal for International and Comparative Law*, 4/1995.
- De Wet, Erika, The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens, *Journal of International Law*, 15/2004.
- Fidler, David P., The International Legal Implications of Non-Lethal Weapons, *Michigan Journal of International Law*, vol. 21, 51/2001.
- Fidler, David P., The Meaning of Moscow: "Non-lethal" weapons and international law in the 21st century, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, 859/2005.
- Holning, Lau, Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law, *Chicago Journal of International Law*, vol. 6, 1/2005.
- Koskenniemi, Martti/Leino, Päivi, Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, *Leiden Journal of International Law*, 15/2002.
- Meron, Theodor, The Humanization of Humanitarian Law, *The American Journal of International Law*, vol. 94, 2/2000.
- Messingham, Eve, Conflict without casualties...a note of caution: non-lethal weapons and international humanitarian law, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, 886/2012.
- Sassòli, Marco/Olson, Laura M., The Relationship Between Humanitarian Law and Human Rights Law where it matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflict, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, 871/2008.

Books

- Alexander, John B., *Future Warfare – Non-Lethal Weapons in Twenty-first Century Warfare*, New York City, Thomas Dunne, 1999.
- Boothby, William H., *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2016².
- Burrows, Collin, Operationalizing Non-Lethality: A Northern Ireland Perspective, in: Lewer, Nick (ed.), *The Future of Non-Lethal Weapons*, Frank Cass, London, 2002.
- Casey-Maslen, Stuart/Weill, Sharon, *The Use of Weapons in Armed Conflict*, in: Casey-Maslen, Stuart (ed.), *Weapons and International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Condä, Victor, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, Nebraska, University of Nebraska Press, 2004².
- Crowe, Jonathan/Weston-Scheuber, Kylie, *Principles of International Humanitarian Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.
- Davison, Neil, *Non-Lethal Weapons*, New York City, Palgrave MacMillan, 2009.
- Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities*, Cambridge, Cambridge University Press 2004.
- Durham, Helen/McCormack, Timothy L.H., *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999.
- Dymond-Bass, Abi/Corney, Neil, *The Use of "Less-Lethal" Weapons in Law Enforcement*, in: Casey-Maslen, Stuart (ed.), *Weapons and International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Ipsen, Knut, *Völkerrecht*, München, CH Beck, 2014.
- Kaurin, Pauline M., *The Warrior, Military Ethics and Contemporary Warfare*, New York, Routledge, 2014.
- Klabbers, Jan, *Strange Bedfellows: The "Interim Obligation" and the 1993 Chemical Weapons Convention*, in: Myer, Eric (ed.), *Issues of Arms Control and the Chemical Weapons Convention*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

- Klabbers, Jan/Peters, Anne/Ulfstein, Geir, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Lachenmann, Frauke/Wolfrum, Rüdiger, *The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Lewer, Nick/Schofield, Steven, *Non-Lethal Weapons: A Fatal Attraction?*, London, Zed Books, 1997.
- Madea, Burkhard, *Handbook of Forensic Medicine*, West Sussex, Wiley Backwell, 2014.
- Müller, Amrei, *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law*, in: O'Flaherty, Michael/Harris, David (eds.), *Nottingham Studies on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013.
- Murray, Daragh, *Practitioner's Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press 2016.
- Rappert, Brian, *Towards an Understanding of Non-Lethality*, in: Lewer, Nick (ed.), *The Future of Non-Lethal Weapons*, London, Frank Cass, 2002.
- Rappert, Brian, *Non-Lethal Weapons as Legitimizing Forces?*, London, Frank Cass, 2003.
- Rehman, Javaid, *International Human Rights Law*, Edinburgh, Longman Publishers, 2010.
- Sandoz, Yves, *International Humanitarian Law in the 21st Century*, in: McCormack, Thomas (ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, Cambridge, TMC Asser Press, 2003.
- Weatherall, Thomas, *Ius Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Commentaries
- Casey-Maslen, Stuart, *Commentaries on Arms Control Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Corten, Oliver/Klein, Pierre, *The Vienna Convention on the Law of the Treaties, A Commentary*, Vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Dörr, Oliver/Schmalenbach, Kirsten, *Vienna Convention on the Law of the Treaties, A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012.
- Henckaerts, Jean-Marie/Doswald-Beck, Louise, *Customary Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press 2015.
- Internet Sources
- Commentary of the ICRC's Commentary on AP I 1419, <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=A1D622EE77F6964A41256650004C9909&action=openDocument>>, 22nd of January 2017.
- Cottier, Thomas/Echandi, Roberto/Leal-Arcas, Rafael/Liechti, Rachel/Payosova, Teytana, *The Principle of Proportionality in International Law*, Working Paper No. 2012/38 December 2012, <http://www.nccr-trade.org/fileadmin/user_upload/nccrtrade.ch/wp3/publications/Proportionality_final_29102012_with_NCCR_coversheet.pdf>, 22nd of January, 2017.
- European Court of Human Rights, *Health Related Issues in the Case Law of the European Court of Human Rights*, 2015 <http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf>, 18th January 2017.
- Mégre, Frédéric, *The Debate on Non-Lethal Weapons: Why Wound and Kill At All?*, Canadian Red Cross, <http://www.croixrouge.ca/cmslib/general/oteoc_megret.pdf>, 22nd of January 2017.
- Casey-Maslen, Stuart, *Non-Kinetic Energy Weapons termed "Non-Lethal"*, Geneva Academy of International Humanitarian Law 10/2010, <[http://www.statewatch.org/news/2013/apr/non-kinetic-energy-weapons-casey-maslen-2010](http://www.statewatch.org/news/2013/apr/non-kinetic-energy-weapons-casey-maslen-2010.pdf)>.pdf, 17th of January 2017.
- United States Department of Defense Directive, *Number 3000.03E*, 13th of April 2013, <<http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/300003p.pdf>>, 17th of January 2017.
- NATO Policy on non-lethal weapons, NATO Press statements, 13th of October 1999, <<http://www.nato.int/docu/pr/1999/p991013e.htm>>, 22nd of January, 2017.

Elisabeth Hoffberger*

Sažetak

NESMRTONOSNO ORUŽJE: NAČELO RAZMJERNOSTI U ORUŽANOM SUKOBU I PRAVO NA ZDRAVLJE U POLICIJSKIM POSTUPANJIMA

Kada se govori o oružju, obično se pod njime podrazumijeva primjena smrtonosne tehnologije. S druge strane, u i izvan oružanih sukoba, često se koristi i tzv. nesmrtonosno oružje, kojemu svrha nije ubijanje, već oneposobljavanje pojedinaca ili vojnih ciljeva. Budući da nesmrtonosno oružje ne mora nužno uzrokovati smrt, ali uzrokuje ozbiljna ranjavanja i velike patnje, korištenje takvih sredstava otvara brojna humanitarna pitanja i pitanja zaštite ljudskih prava.

Zabrana uzrokovanja suvišnih ozljeda i nepotrebne patnje, kao i zabrana neselektivnih napada su jedne od najznačajnijih zabrana u međunarodnom ratnom pravu, a koje se mogu primijeniti i na korištenje nesmrtonosnog oružja u oružanom sukobu. Međutim, primjena načela razmjernosti može dovesti do opravdavanja korištenja nesmrtonosnog oružja. To se opravdava očekivanim prednostima njegove primjene u oružanom sukobu, koje pretežu u odnosu na uzrokovane ljudske patnje. Stoga se postavlja pitanje postoji li „crvena linija“ njegove primjene. Učestalo pozivanje na primjenu načela razmjernosti može poništiti cilj i svrhu Ženevskih konvencija te dovesti do opravdavanja nezakonitog korištenja nesmrtonosnog oružja.

Osim u oružanim sukobima, nesmrtonosno se oružje može koristiti i u policijskim postupanjima. U tim slučajevima osobito značenje ima zaštita ljudskih prava. Pri tomu se u obzir ne smije uzeti samo zabrana mučenja i uzrokovanja nečovječnih ili ponižavajućih patnji te pravo na život, već i pravo na zdravlje. Pravo na zdravlje ograničava i postavlja granice uporabe nesmrtonosnog oružja izvan okvira oružanog sukoba.

Ključne riječi: humanitarno pravo, zaštita ljudskih prava, razoružanje.

* Elisabeth Hoffberger, asistentica, Institute of Public International Law, Air Law and International Relations, Johannes Kepler University, Austrija; elisabeth.hoffberger@jku.at

Zusammenfassung

NICHT TÖDLICHE WAFFEN: PROPORTIONALITÄTSGRUNDSATZ IM BEWAFFNETEN KONFLIKT UND RECHT AUF GESUNDHEIT BEI DER RECHTSDURCHSETZUNG

Wenn man an Waffen denkt, denkt man für gewöhnlich an ihre letale Technologie. Heutzutage aber wird eine Fülle nicht tödlicher Waffen, welche eine Person oder ein militärisches Ziel kampfunfähig machen aber sie nicht töten sollten, sowohl innerhalb als auch außerhalb des Rahmens eines bewaffneten Konfliktes benutzt. Da der Einsatz nicht tödlicher Waffen trotzdem tödliche Konsequenzen haben kann und oft zu schweren Wunden oder zu unnötigem Leiden führt, ruft die Verwendung solcher Waffen große Sorgen im Bereich des humanitären Völkerrechtes und der Menschenrechte hervor.

Das Verbot des Verursachens überflüssiger Wunden und unnötigen Leidens sowie das Verbot wahlloser Angriffe stellen unter anderem die relevantesten Bestimmungen, welche den Einsatz nicht tödlicher Waffen in einem bewaffneten Konflikt potentiell beeinflussen können. Die Berufung auf den Proportionalitätsgrundsatz aber könnte den Einsatz nicht tödlicher Waffen rechtfertigen, mit der Begründung, dass der erwartete militärische Vorteil größer als das verursachte menschliche Leiden sei. Insofern stellt sich die Frage, ob es eine rote Linie gibt, beziehungsweise, ob die fast inflationäre Berufung auf den Proportionalitätsgrundsatz den Gegenstand und Zweck der Genfer Konventionen überwältigen und den Einsatz nicht tödlicher Waffen als rechtswidrig erklären könnte.

Neben dem Schlachtfeld werden nicht tödliche Waffen auch in Szenarien der Rechtsdurchsetzung eingesetzt, wo Menschenrechte eine zentrale Rolle spielen. In dieser Hinsicht sollte man nicht nur das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und das Recht auf Leben in Betracht ziehen, sondern auch das Recht auf Gesundheit, vermutlich ein unterschätzter Grundsatz, welcher den Einsatz nicht tödlicher Waffen außerhalb des Rahmens eines bewaffneten Konfliktes beschränkt und gestaltet.

***Schlüsselwörter:** humanitäres Völkerrecht, Menschenrechte, Abrüstung.*

Riassunto

**ARMI NON LETALI: IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ
NEI CONFLITTI ARMATI ED IL DIRITTO ALLA SALUTE
NELL'USO DELLE FORZE DELL'ORDINE**

Solitamente quando si pensa alle armi, si pensa a tecnologie belliche letali. Tuttavia, un'abbondante quantità di c.d. armi non letali derivanti dallo sviluppo di tecnologie non volte all'uccisione, bensì alla mera neutralizzazione di obiettivi umani od obiettivi militari, viene dispiegata nel contesto di conflitti armati, come anche al di fuori degli stessi. Posto che le armi non letali non implicano necessariamente una *chance* pari a zero di mortalità, bensì spesso comportano ferite gravi e sofferenze atroci, l'uso ed il dispiego di tali armi provoca serie preoccupazioni sul piano umanitario e dei diritti umani.

Il divieto di causare ferite inutili e sofferenze non necessarie, come pure il divieto di attacchi indiscriminati rappresentano, tra le molte, le disposizioni più rilevanti che potenzialmente potrebbero sortire un'influenza sul dispiego delle armi da tecnologie non letali nei conflitti armati. Peraltro, il richiamo al principio di proporzionalità può indurre alla giustificazione dell'uso di armi non letali sulla base della motivazione che il vantaggio militare realizzato sia maggiore rispetto alla sofferenza umana causata. Benché uno debba interrogarsi se ci sia una "linea rossa", come pure dove l'inflazionato richiamo al principio di proporzionalità possa battere l'oggetto ed il fine delle Convenzioni di Ginevra e per l'effetto rendere il dispiego e l'uso della tecnologia non letale illegale.

Lasciando in disparte il campo di battaglia, le armi non letali vengono altresì dispiegate in interventi delle forze dell'ordine, dove i diritti umani hanno un ruolo predominante. A tale proposito, non si deve guardare esclusivamente al divieto di torture e di sofferenze inumane o degradanti rispetto al diritto alla vita, bensì anche al diritto alla salute, e cioè un diritto presumibilmente sottostimato forgiate e formativo dell'uso di tecnologie non letali fuori dall'ambito dei conflitti armati.

Parole chiave: diritto umanitario, diritti umani, Disarmamento.

ANALIZA AUSTRO-UGARSKE I HRVATSKO-UGARSKE NAGODBE (U POVODU 150. OBLJETNICE AUSTRO-UGARSKE NAGODBE)

Izv. prof. dr. sc. László Heka*

UDK: 943.69"1848/1867"

Ur.: 18. travnja 2017.

Pr.: 15. svibnja 2017.

Prethodno priopćenje

Sažetak

Ove godine navršava se 150. obljetnica donošenja Austro-ugarske nagodbe, kompromisa između Austrije i Ugarske koji je u mnogim segmentima poslužio kao predložak za godinu dana kasnije sklopljenu Hrvatsko-ugarsku nagodbu. Ovima dvjema nagodbama Mađari su uredili svoje odnose s dvorom i s Trojednom Kraljevinom Hrvatskom, Slavonijom i Dalmacijom, s kojom se Ugarska od 1102. nalazila u državnoj zajednici. Tako je okončan dugotrajni sukob s Austrijom, a i hrvatsko pitanje je u Budimpešti i Beču skinuto s dnevnog reda.

Nagodbe su usvojene na sličan način, pregovorima kraljevinskih odbora, prihvaćanjem zakonskih članaka u zemaljskim saborima, njihovim sankcioniranjem od strane kralja, a potom proglašavanjem u saborima. Broj članaka (69 odnosno 70), kao i mnoge formulacije u njima, čine temelj za njihovu poredbenu analizu. Objema je zajedničko i to da su ih ugovorne stranke (Austrija i Ugarska s jedne strane te Hrvatska i Ugarska s druge) različito tumačile, pa su nagodbe služile i kao stalno sredstvo javnopravnoga prijepora i političke borbe unutar pojedinih dijelova monarhije, kao i između dviju polovina dvojne monarhije.

Ključne riječi: *Austro-ugarska nagodba, Hrvatsko-ugarska nagodba, delegacija, dualizam, zajednički poslovi.*

* Dr. sc. László Heka, izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Szegedu; heka@juris.u-szeged.hu

1. UVOD

U ovome radu analiziramo tekstove Austro-ugarske i Hrvatsko-ugarske nagodbe, s posebnim naglaskom na organizaciju državne vlasti, odnose središnjih i zemaljskih organa vlasti te ovlasti zemalja potpisnica nagodbi. Usto dajemo i uvid u prosudbe austrijske, hrvatske i mađarske historiografije o pravnoj naravi i posljedicama nagodbi. Imajući u vidu kako hrvatska stručna javnost nema cjelovit uvid u stajališta mađarske pravno-povijesne znanosti o ovome pitanju, to smo slobodni nešto šire elaborirati mađarsko gledište. Radi otklanjanja nekih dvojbi koje bi čitatelj mogao imati zbog razlika u pojedinim nazivima, napominjemo da se u mađarskom jeziku mađarska strana dvojne monarhije uvijek i isključivo naziva Mađarska (Magyarország), dok se kod slavenskih naroda (Hrvati, Srbi, Slovaci) pravi razlika između Ugarske (to su Zemlje krune svetog Stjepana, koji naziv se u mađarskim izvorima koristi uglavnom kao svečano ime države) i Mađarske (dakle bez Hrvatske). Naziv Hrvatska ili Trojedna Kraljevina u sebi sadrži ustavnopravnu odrednicu po kojoj je i Dalmacija (po Hrvatsko-ugarskoj nagodbi) dijelom Hrvatske, pa tako i Ugarske. Međutim, kako je Dalmacija u isto vrijeme (i *de facto*) bila austrijska pokrajina, kao i Istra, ponekad se rabi sintagma Hrvatska i Slavonija. Glede imena glavnoga grada valja znati da je od 15. stoljeća Budim bio kraljevska prijestolnica, a na lijevoj obali Dunava smještena Pešta je u 19. stoljeću postala trgovačkim i političkim središtem cijele države. Današnja Budimpešta nastala je 17. studenoga 1873. sjedinjavanjem Budima i Starog Budima (na desnoj obali Dunava) i Pešte u jedinstveni grad. Stoga se u nagodbi govori o Pešti. U mađarskim izvorima i historiografiji vlada u Budimpešti službeno se naziva Ministarsko vijeće (potkraj 19. stoljeća paralelno egzistira i kolokvijalni naziv mađarska vlada), dok hrvatska pravna povijest rabi naziv Središnja vlada. Ovaj potonji naziv u Mađarskoj je nepoznat, ali postoji naziv zajedničko Ministarsko vijeće koje je obavljalo zajedničke poslove.

2. REVOLUCIONARNA 1848. I NJEZINE POSLJEDICE

Pitanje reguliranja državnopravnoga odnosa s Austrijom bilo je desetljećima jedna od stožernih točaka ugarske vanjske politike. Međutim, niti oružane pobune (ustanak Franje Rákóczija 1703.-1711.), a niti politički pregovori nisu polučili uspjeh. Unatoč tome je Ugarska poslije apsolutizma Marije Terezije (1740.-1780.) i Franje Josipa (1780.-1790.) nastavila svoj parlamentarni razvoj obilježen napose liberalnim reformama od 1832. do 1836., kao i jasno oblikovanom sviješću o želji za ustrojavanjem nacionalne države. Ovo potonje nastojanje bilo je u suprotnosti s težnjama njoj „pridruženih strana” (*partes adnexae*) Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, kao i manjina u Ugarskoj (Nijemaca, Slovaka, Rumunja i Srba), koje su se otvoreno svrstale na stranu Beča. Vrhunac krize dogodio se 1848. Oružanome sukobu prethodila je kraljevska odluka o sankcioniranju tzv. travanjskih zakona

(11. travnja 1848.).¹ No, netom nakon njihova usvajanja izbila je revolucija, a u Mađarskoj pak ustanak s ciljem stvaranja samostalne države. Premda je on 1849. ugušen, u njemu je (u Mađarskoj se naziva rat za slobodu) rođena moderna mađarska nacija. Tijekom revolucije je u Beču zakraljio osamnaestogodišnji Franjo Josip koji je zavladao državom površine oko 670 tisuća km² s 37 milijuna žitelja. Sastojala se od 21 krunovine različitih veličina, povijesti i stupnja samostalnosti. Stanovništvo carevine bilo je multikulturalno, u zemlji se govorilo dvanaest jezika (s barem sto tisuća govornika). Pripadnici njezinih naroda i etničkih skupina uz katoličanstvo kao državnu vjeroispovijest, pripadali su još četirima vjerskim zajednicama. Katolika je bilo oko 80 % (uz rimokatolike i oko deset posto grkokatolika-unijata), a uz njih još i 9,4 % protestanata (kalvina i luterana), 8-9 % pravoslavaca te 1,9 % izraelita.²

Usljedilo je razdoblje koje se u mađarskoj historiografiji naziva periodom neoapsolutizma i za posljedicu je imalo obračun s idejom mađarske države i sa sudionicima pokreta za slobodu. Poslije ukidanja Bachova apsolutizma, kralj i car Franjo Josip I. je 20. listopada 1860. izdao Listopadsku diplomu, a 26. veljače 1861. i Veljački patent.³ Međutim, Ugarski parlament nije prihvatio diplomu i patent, pa je stoga car proglasio provizorij (prijelazno razdoblje) pod vodstvom Antona von Schmerlinga (1861.–1865.). Dvoru bliski državni sudac grof György Apponyi je već 1863. predložio kralju pomirbu s Ugarskom na temeljima Pragmatičke sankcije.⁴ Slično mišljenje zastupao je i dvoru bliski mađarski političar barun József Eötvös u svezi s pisano dostavljenim stajalištem Zastupničkoga doma Reichsrata o mađarskom pitanju.⁵ On je 1864. zaključio da je prihvaćanjem Pragmatičke sankcije Ugarska kao temeljni zakon prihvatila nedjeljivost austrijskoga carstva, vladarevu osobu i obvezu obrane države. Ustvrdio je da je austrijskim (oktroiranim) ustavom od 26. veljače 1861. njezin dio monarhije dobio određena prava, no, taj ustav ne može utvrditi obveze i za Ugarsku, jer ona ima svoj povijesni ustav i mehanizam odlučivanja o ustavnim pitanjima.

Pojavu novoga razdoblja (dualizma) najavio je znameniti napis Ferenc Deáka, objavljen 16. travnja 1865. u listu "*Pesti Napló*" pod naslovom „Uskršnji

1. Potvrđeni su među inim: Zak. članak 3. *o ustrojavanju neovisnog mađarskog odgovornog ministarstva*, Zak. članak 4. *o sazivanju sabora svake godine*, Zak. članak 5. *o izboru saborskih zastupnika na temelju narodnog predstavnštva*, 7. *o ujedinjenju Ugarske i Erdelja*, 17. *o izboru županijskih činovnika*, 18. *o tisku*, 19. *o mađarskom sveučilištu*, 20. *o vjerskim pitanjima*, 21. *o nacionalnim bojama i grbu*, 22. *o nacionalnoj gardi*, 23. *o slobodnim kraljevskim gradovima*, 24. *o općinskim izborima*, 29. *o državnim javnim činovnicima*, 31. *o kazalištima* itd.

2. Kozári, Mónika: *Dualista rendszér*. Pannonica Kiadó. Budapest, 2005., str. 9.

3. Pavličević, Dragutin: *Povijest Hrvatske*. Naklada Pavičić, Zagreb, 2007., str. 266.

4. Apponyi György gróf országbíró emlékirata Ferenc Józsefhez (1863.). In: Cieger, András (szerk.): *A kiegyezés. Nemzet és emlékezet*. Osiris Kiadó, Budapest, 2004., str. 15.

5. Eötvös József báró: Vélemény a Reichsrat Képviselőháza Felirati javaslatának Magyarországot illető pontjaira (Pest, 1864. november 30.). U: Cieger, András (szerk.): *A kiegyezés. Nemzet és emlékezet*, str. 24.

članak” („húsvéti cikk”), u kojemu autor postavlja temelje za nagodbu s Austrijom.⁶ U svibnju iste 1865. godine je pak državni sudac grof György Apponyi u bečkom listu *“Debatte”* objelodanio plan Deákove nagodbe u tzv. *“svibanjskim pismima”*. Duskoro je car smijenio Antona von Schmerlinga, pa su započeli razgovori između dviju strana. Poslije poraza u prusko-austrijsko-talijanskome ratu Pruske i bitke kod Königgrätza (Hradec Králové) u lipnju 1866., Franjo Josip I. pozvao je na dvor neprijepornoga vođu mađarskoga naroda Ferenc Deáka radi razgovora o nagodbi. Mađarski je političar izrazio želju da se ne ide na sklapanje sporazuma prije nego što car i kralj potpiše mirovni sporazum.⁷ Smatrao je, naime, da sveobuhvatno i trajno rješenje austro-ugarskih odnosa ne bi bilo moguće postići u tim po Beč nepovoljnim uvjetima, jer bi u nuždi pristao na ustupke, a kasnije bi moglo opet doći do radikaliziranja odnosa između Austrije i Ugarske. Ferenc Deák je obavijestio cara i o tomu da ne želi sastaviti svoj kabinet, nego će podržati onu ugarsku vladu, koja će zastupati njegova gledišta i ideje. Za razliku od Deáka, budući predsjednik ugarske vlade grof Andrassy bio je sklon tomu da se iskoristi postojeća prigoda i slabost Austrije, pa da se na taj način pokušaju dobiti veći ustupci.

Rat je završen Praškim mirovnim sporazumom 23. kolovoza 1866. i tada je *Stranka lijevoga centra (Balközép Párt)* grofa Kálmána Tisze počela s agitacijom da Ugarska nagodbom mora dobiti veća prava od onih koje je tražio Ferenc Deák. Narečena stranka zauzimala se za punu neovisnost Mađarske koja se imala ostvariti političkim sredstvima. Ova je stranka doživjela poraz na izborima 1865., ali je zahvaljujući svojim gledištima o nagodbi dobivala sve veću potporu birača. Znameniti mađarski pisac i političar Mór Jókai napisao je 24. listopada 1866. u listu *Hon*⁸ da je „*stranka koja se okuplja oko lista Pesti Napló*” (Deákova stranka) izradila program koji nije prihvatljiv ni u Mađarskoj, ali „*ni u Beču, Pragu ili Zagrebu*”.⁹ Tisza je tražio da se prekinu pregovori s dvorom dok se u cijelosti ne

6 Deák Ferenc Húsvéti cikke. Még néhány szó a Botschafter –nek április 9-i cikkére. In: Cieger, András (szerk.): *A kiegyezés. Nemzet és emlékezet.*, str. 26. Vidi opširnije: Sarlós, Béla: *Deák és a kiegyezés.* Gondolat Kiadó, Budapest, 1987.; Gerő, András: *Deák és a kiegyezés.* Századok, 2003., br. 5.; Hanák Péter: *Deák és a kiegyezés közjogi megalapozása.* u: Tanulmányok Deák Ferencről. Zalai Gyűjtemény, 5. Zalaegerszeg, 1976.

7 Vidi opširnije Bencze, László: *Königgrätz. A testvérháború vége.* Zrínyi, Budapest, 1991.

8 *Hon* je bio list kojega je uređivao tada već vrlo popularni pisac Mór Jókai. Protivio se Austro-ugarskoj nagodbi i zauzimao se za očuvanje stečevina iz 1848. Imao je mali broj pretplatnika, pa se ubrzo ugasio. Slična sudbina je pogodila i novine *Politikai Hetilap* (1865.-1866.), koje su utemeljili barun József Eötvös i Ágoston Trefort radi aktiviziranja mađarske političke scene. Oni su smatrali kako je Ferenc Deák previše pasivan, pa stoga postoji opasnost da Beču skloni konzervativci preuzmu inicijativu u svoje ruke. Konzervativci su imali svoj list nazvan *Magyar Világ*.

9 *Pesti Napló* bio je najznačajniji mađarski politički dnevni list u 19. stoljeću. Izlazio je od 1850. (prvi broj je objavljen 9. ožujka) do listopada 1939. Utemeljio ga je Ferenc Császár, koji je u početku bio i vlasnik lista. Isprva ga je uređivala skupina mladih intelektualaca građanskoga podrijetla, ali je duskoro list dospio u ruke konzervativne, nacionalno osviještene oporbe. Uređivanje novina je 1855. preuzeo barun Zsigmond Kemény, poznati pisac i političar, koji je bio i uvodničar ovoga dnevnika. Tada je *Pesti Napló* uglavnom bio glasilo stranke Deák Párt. Imao je velike zasluge u pripremanju i sklapanju Austro-ugarske

obnovi institucionalni sustav iz 1848., te se na temelju istoga ustroji odgovorno Ugarsko ministarsko vijeće. No, vladajuća Deákova stranka na saborskoj sjednici održanoj 19. studenoga 1866. prihvatila je prijedlog svoga vođe da povjerenstvo od 67 članova nastavi pregovore o zajedničkim austro-ugarskim poslovima. Grof Tisza je svojom protunagodbenom politikom (po njemu su vojni i vanjski poslovi pripadali kralju, pa se slijedom narečenoga nagodba nije trebala sklapati s Austrijom, nego samo s vladarom, a zajedničke poslove bi obavljali Ugarski sabor i kralj), znatno težio poziciju grofa Andrásyja, koji je s grofom Lónyayiem bio glavni mađarski pregovarač. Zbog toga nije želio prihvatiti nikakve ustupke Beču koje su krugovi oko dvora potkraj 1866. pokušali inicirati. Na Andrásyjevo inzistiranje Ferenc Deák 27. siječnja 1867. sudjelovao je u radu konferencije te je tada izdiktirao tekst koji je kasnije prihvaćen u nagodbenome članku. Ugarsko povjerenstvo od 67 članova 5. veljače 1867. završilo je raspravu o tekstu sporazuma, na što je car pozvao u Beč Deáka i Andrásyja, s tim što je „Mudracu domovine” (tako se danas najraširenije naziva Ferenc Deák) povjerio mandat za sastav vlade. No, Deák se toga odrekao u korist grofa Gyule Andrásyja, kojega je preporučio caru kao svoju osobu od povjerenja. Potom je Andrásy sastavio kabinet, 28. veljače je predstavio svoju vladu u kojoj nije sjedio niti jedan od trojice najistaknutijih mađarskih političara 19. stoljeća: Deák se povukao, Lajos Kossuth se nalazio u emigraciji, a István Széchenyi je umro.¹⁰

Poslije ustrojavanja vlade 29. svibnja održano je glasovanje. Prijedlog nagodbenoga zakona prihvaćen je s 209 glasova, a protiv njega je bilo 89 zastupnika. Tako je nastala Austro-ugarska nagodba (Zakonski članak 1867: XII.), kojom su postavljeni temelji novoga ustavnoga ustrojstva.¹¹ Ugarski sabor je usvojio još tri zakonska članka (XIV., XV. i XVI.), koje je car Franjo Josip I. bio voljan sankcionirati, ako ga prethodno Mađari okrunu za svoga zakonitoga kralja

i Hrvatsko-ugarske nagodbe. Suradnici ovih novina bili su skoro svi najznačajniji mađarski intelektualci toga doba skloni politici Ferenc Deáka i njegove stranke. Sredinom šezdesetih godina 19. stoljeća list je imao preko 6000 preplatnika.

10 Mađarska historiografija ističe da je István Széchenyi bio obnovitelj mađarske nacionalne svijesti, Lajos Kossuth beskompromisni borac za mađarski narod, a Ferenc Deák pak, državnik i moralni autoritet. Autori desetosveščane Povijesti Mađara, Széchenyija opisuju kao „rapsodičnoga”, a Kossutha kao vaterenoga političara, pa se u usporedbi s njima Deákova mirnoća i pribranost, uz visoku moralnost ističu kao velike prednosti. Vidi Szilágyi, Sándor (gl. urednik): *A magyar nemzet története*. X. kötet. *A modern Magyarország (1848–1896)*. Autori: Beksics, Gusztáv i Márki, Sándor. Budapest, 1898. I. poglavlje *Deák Ferencz*.

11 Od hrvatskih autora vidi *inter alia*: Beuc, Ivan: *Povijest institucija državne vlasti Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije*. Zagreb, 1985.; Čepulo, Dalibor: *Hrvatsko-ugarska nagodba i reforme institucija vlasti u Hrvatskom saboru 1868-1871.* u: *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, 22 (2001), Supplement, 1, str. 117-148.; Gross, Mirjana-Szabo, Agneza: *Prema hrvatskom građanskom društvu*. Zagreb, 1992.; Gross, Mirjana: *Mađarska vlada i hrvatska autonomija u prvim godinama nakon Nagodbe.* u: *Historijski zbornik*, 38 (1985), str. 1-29.; Horvat, Josip: *Politička povijest Hrvatske*, knj. I. Zagreb, 1989.; Sirotković, Hodimir: *Ustavni položaj i organizacija rada Sabora Kraljevine Hrvatske i Slavoniji u građanskom razdoblju njegova djelovanja (1848-1918)*. *Rad JAZU*, 1981., 393, str. 39-86.; Šidak, Jaroslav i dr.: *Povijest hrvatskog naroda 1860-1914*. Zagreb, 1968.

(naime, legitimnim vladarom smatrao se samo onaj kralj koji je okrunjen krunom Sv. Stjepana). Do krunidbe je došlo 8. lipnja 1867. u budimskoj crkvi sv. Matije (*Mátyás templom*), kada je uz kralja okrunjena i kraljica Elizabeta (Erzsébet), što se imalo tumačiti kao poseban izraz blagonaklonosti Mađara. Car je prisegnuo na ustav te je proglasio opću amnestiju za sve sudionike mađarskoga ustanka iz 1848.-1849. (pripadnike domobranstva), pa je tako nakon tri stoljeća trzavica došlo do svekolike pomirbe između Austrije i Ugarske. Poslije toga je Franjo Josip I., 28. srpnja 1867., potvrdio nagodbeni zakon i njime ustrojenu Austro-Ugarsku Monarhiju, kao ustavnu monarhiju utemeljenu na načelu pariteta.

3. AUSTRO-UGARSKA NAGODBA

Austro-ugarsku nagodbu usvojila su dva parlamenta (austrijski i ugarski) u različitim zakonskim tekstovima. Mađarski tekst nagodbe uobličen je u Zak. članku XII. iz 1867. *o odnosima od zajedničkoga interesa zemalja ugarske krune i drugih zemalja kojima vlada Njegovo Veličanstvo, kao i o načinu vršenja zajedničkih poslova*.¹² Uz njega su usvojeni Zak. članak XIV. iz 1867. *o omjerima u kojima zemlje Krune Sv. Stjepana od sada snose troškove državnih poslova koji su Zak. člankom XII. iz 1867. priznati iz Pragmatičke sankcije proizlazećim zajedničkim poslovima*,¹³ Zak. članak XV. iz 1867. *o godišnjim doprinosima zemalja ugarske krune na temelju preuzetog državnog duga* te Zak. članak XVI. iz 1867. *o carinskom i trgovačkom savezu između zemalja ugarske krune i drugih zemalja kojima vlada Njegovo Veličanstvo*. Austrijski Reichsrat je pak usvojio tzv. Prosinački ustav Austrije iz 1867. godine koji je sadržavao Zak. članak o nagodbi, Zak. članak o carevinskom zastupništvu, Zakon o općim pravima državljana, o reguliranju sudske vlasti i temeljni državni zakon o funkcioniranju vlade i izvršne vlasti.¹⁴

Zak. člankom XII. iz 1867. u 69 članaka reguliraju se odnosi između Beča i Pešte. Njime je dotadašnja jedinstvena država preustrojena u dvojni monarhiju, ali se istodobno izražava i da su Austrija i Ugarska jedinstvene i nerazdvojive cjeline. Međutim, od te jedinstvenosti se očuvalo samo onoliko koliko je nužno bilo potrebno da carstvo kao međunarodna sila može nesmetano funkcionirati (dakle vojni poslovi, vanjski poslovi i financije za te zajedničke poslove), dok su u svim ostalim poslovima Austrija i Ugarska imale punu samostalnost, uključujući i zakonodavstvo i izvršnu vlast. Takvim, po njega teškim kompromisom, vladar

12 Mađarski naziv Zak. članka 1867:12. je *A magyar korona országai és az Ő felsége uralkodása alatt álló többi országok között fennforgó közös érdekű viszonyokról s ezek elintézésének módjáról*. u: Magyar Törvénytár, 1836-1868. Budapest, str. 327-344. 1867. évi. <http://1000ev.hu/index.php?a=3¶m=5313> (9. studenoga 2016.).

13 Vidi: Galántai, József: *A Habsburg-monarchia alkotmánya. Osztrák-magyar dualizmus 1867-1918*. Budapest, 1985., str. 91-121. Somogyi, Éva: *A delegáció. A delegáció intézményének létrejötte 1867-ben*. U: Századok, Budapest, 1994., str. 465-516. Somogyi, Éva: *Kormányzati rendszer a dualista Habsburg Monarchiában*. Budapest, 1996.

14 Kozári, Mónika, op. cit., str. 11.

je sačuvao integritet svoje države, ali se odrekao pokušaja utjecanja na unutarnja pitanja Ugarske, dok su se Mađari odrekli međunarodnoga subjektiviteta.

Člankom 1. propisano je da se „postojeći pravni odnosi između zemalja ugarske krune s jedne strane i ostalih zemalja i pokrajina pod vlašću Njegova veličanstva s druge strane, temelje na Pragmatičkoj sankciji ozakonjenoj Zak. člancima 1723:I., II. i III.” Država je imala jednoga vladara (nosio je naslov austrijskoga cara i ugarskoga kralja) i dva središta (u Beču i Budimpešti). Člankom 7. previđeno je da je vladar zajednički, ali da ima biti okrunjen i ugarskom krunom, kao i da troškove održavanja dvora utvrđuje ugarski sabor na prijedlog ugarskoga ministarskoga vijeća (što je sukladno mađarskoj doktrini o kruni sv. Stjepana, pa stoga nije zajednički posao). Dvije države su uz vladarevu osobu povezivali i naprijed spomenuti zajednički poslovi o kojima su odlučivale i nadzor nad njihovim radom obavljale delegacije dvaju državnih parlamenata sastavljene od po šezdeset zastupnika (čl. 29.). U slučaju jednakoga broja glasova odlučivao je kraljev glas. Troškove zajedničkih poslova utvrđivala su posebna u tu svrhu izabrana saborska povjerenstva. Ako se ona nisu uspjela sporazumjeti oko razmjera sudjelovanja u troškovima (kvotama), onda je, dakako, odlučivao vladar. Ta je odredba pri provedbi zakona izazivala velike prijepore.

Prema nagodbi je Ugarska po državnom ustrojstvu bila *ustavna monarhija*, sa samostalnom vladom (*Ministarskim vijećem*) i dvodomnim parlamentom (*Zastupnički dom* i *Dom velikaša*). Upravno ustrojstvo počivalo je na županijama i *mjesnoj samoupravi*. Ugarski sabor je odlučivao o poreznim pitanjima i novačenju. Dvije su se strane sporazumjele da se radi pokrića troškova zajedničkih poslova svakih deset godina sklapa financijska nagodba na temelju tzv. *kvote*, pa je Ugarska u zajedničkome proračunu trebala sudjelovati s 30 %, s tim da se kvota obnavljala svakih deset godina. Monarhija je imala jedinstveno tržište, zajedničku valutu (krunu) i mjerne jedinice, usklađene poštanske poslove, slobodan protok kapitala i radne snage, a sklopljen je i carinski savez između dviju polovina. U članku 62. koji govori o potpisivanju carinskog i trgovačkog saveza spominju se s jedne strane *zemlje ugarske krune* (krune sv. Stjepana), a s druge strane *ostale zemlje i pokrajine Njegova Veličanstva*.¹⁵ Taj savez se imao sklopiti na temelju „*međusobnoga kompromisa na način na koji se to događa između dviju pravno neovisnih država*”, dakle da prijedlog sporazuma sastave vlade dviju država i prihvate ga njihovi parlamenti te ga potom kralj sankcionira. Ako takav kompromis ne bi bilo moguće postići, onda su si države pridržavale pravo na samostalno reguliranje (čl. 68.).

Zanimljivo je kako novoustrojena dvojna monarhija nije dobila ime što se kao problem pojavilo u siječnju i svibnju 1868. u svezi s naslovom carskoga kancelara Beusta i trgovačkoga ugovora sa Sjevernonjemačkim savezom. Austrijska strana je naime, rabila naziv Austrijsko Carstvo, a u Ugarskoj se udomaćio naziv Austrija i Ugarska. Grof Gyula Andrassy je nastojao da se prihvati naziv Austro-Ugarska

15 *Cislajtaniya* se sastojala od Gornje i Donje Austrije, Tirola s Vorarlbergom, Štajerske, Koruške, Kranjske, Gorice, Gradiške, Trsta, Istre, Dalmacije, Češke, Moravske, Šleske, Galicije i Bukovine.

Monarhija ili Austro-ugarsko Carstvo, držeći da oni najbolje oslikavaju personalnu uniju u kojoj se dvije države nalaze, a koji državnopravni odnos je po njemu bio najbližiji odnosu između Švedske i Norveške. Car i kralj Franjo Josip I. je u biti prihvatio Andrassyjev prijedlog što je potvrdio u svome višnjemu otpisu ministru vanjskih poslova Beustu.¹⁶ U njemu ističe da u buduće njegov naslov bude „car Austrije, kralj Češke, apostolski kralj Ugarske”, a u diplomatskoj praksi „car Austrije i apostolski kralj Ugarske”, odnosno da je njegov skraćeni naziv „Njegovo veličanstvo car i kralj”. U otpisu se kaže: „Odlučio sam nadalje da se kao skupni naziv za ustavno ujedinjene kraljevine i zemlje pod mojom vlašću naizmjenično koriste nazivi Austro-Ugarska Monarhija i Austro-ugarsko Carstvo”.¹⁷

Kralj je nagodbom sačuvao jake prerogative vlasti: ostao je vrhovni vojni zapovjednik, odlučivao je o svim pitanjima ustroja, organizacije i funkcioniranja vojske (čl. 11.), imenovao je časnike, proglašavao rat i mir, odnosno izvanredno stanje, imenovao je predsjednika austrijske vlade i ugarskoga Ministarskog vijeća te sve ministre, imao je pravo predpotvrde svakoga zakonskoga prijedloga prije nego što bi on dospio u saborsku raspravu (bez njegove privole se ni o jednome prijedlogu nije moglo raspravljati u Ugarskom saboru), imao je pravo veta na svaki izglasovani zakon, dobio je i pravo raspuštanja sabora.

3.1. *Hrvatska u nagodbi*

Austro-ugarska nagodba koja je u Ugarskoj na snagu stupila 17. veljače 1867. (bez pristanka Hrvatskog sabora) u svome uvodnome dijelu ne spominje izričekom Hrvatsku, nego se rabi izraz Mađarska *i posestrime zemlje*, a to su bile Hrvatska, Slavonija i Dalmacija. Ovim je izričajem u stanovitoj mjeri prejudicirano pitanje državnopravnoga statusa Hrvatske u odnosu prema Ugarskoj. Naime, do Austro-ugarske nagodbe mađarski zakoni za Hrvatsku rabili su nazive *partes subjectae* (podložni krajevi, do 1526.) ili *partes adnexae* (pridruženi krajevi, poslije Mohačkoga boja), a Zak. članak XII. iz 1867. koristi odrednicu *posestrime zemlje* koji će biti ozakonjen u Hrvatsko-ugarskoj nagodbi. Na Hrvatsku se reflektira i članak 29. o delegacijama, koje su birane na mandat od godinu dana, te članak 69. koji propisuje da će se način i omjer sudjelovanja „posestrima zemalja” u delegaciji utvrditi naknadno. To se dogodilo u godinu dana kasnije sklopljenoj Hrvatsko-ugarskoj nagodbi kada je regulirano da se iz Hrvatske u 60-članu delegaciju biraju četiri člana u Zastupničkom domu i jedan u Domu velikaša.¹⁸

16 Wertheimer, Ede: *Gróf Andrassy Gyula élete és kora. I.* Budapest, 1910., str. 501-536. Usp. Gerald Stourzh: *Der Dualismus 1867 bis 1918. Zur staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Problematik der Doppelmonarchie.*, u: *Die Habsburgmonarchie. VII.*, str. 1177-1230. Priopćava: Pajkossy, Gábor, op. cit., str. 501-502.

17 Magyarországi Rendeletek Tára, 1868., str. 540-541. Priopćava: Pajkossy, Gábor, op. cit. str., 501-502.

18 §. 40. *Čim kraljevine ugarske krune jedan dio zadatakah zajedničkoga svoga sabora, najme ustanovljenje troškovah, potrebitih za one zajedničke poslove, koje iz pragmatičke sankcije proižičućimi pripoznavaju, izvršivaju sredstvom poslanstva (delegacija) iz sredine svoje*

Isto tako se u Zak. čl. XII. iz 1867. ističe da će odredbe koje se odnose na način rješavanja zajedničkih poslova dviju država stvarno stupiti na snagu onda kada ih ustavnim putem prihvate i zemlje pod vlašću Njegova Veličanstva koje ne pripadaju zemljama ugarske krune (dakle i Kraljevina Dalmacija te Istra, koje su davale po jednoga delegata u 60-članu delegaciju).¹⁹

3.2. *Prosudba Austro-ugarske nagodbe*

Austro-ugarskom nagodbom nije nastala od Austrije neovisna Ugarska, nego je stvorena dvojna monarhija kao zajednica dviju država, Austrije i Mađarske, utemeljena na jednakopravnosti obiju članica.²⁰ Nagodbom je riješen najveći prijemor između Austrije i Mađarske, koji se odnosio na zajedničke poslove, a o čemu se dvije zemlje nisu uspjele suglasiti 1848. godine, napose ne glede pitanja obrane zemlje. Zak. članak XII. iz 1867. je utvrdio da su zajednički poslovi: vanjska politika, oružane snage i zajedničke financije koje su se nalazile pod zajedničkom upravom, dok je austrijski car Franjo Josip I. bio zajednički poglavar dvojne monarhije, a u Mađarskoj je okrunjen za ugarsko-hrvatskoga kralja. On je imenovao predsjednike vlada, a bio je i glavni zapovjednik oružanih snaga. Vlast u Austro-Ugarskoj bila je podijeljena između tri strukture: austrijske vlade, ugarske vlade i zajedničke vlade pod okriljem monarha. Granica između austrijske i ugarske polovice monarhije bila je rijeka *Lajta (Leitha)*. Zapadni dio carstva pod austrijskom upravom nazivao se *Cislajtaniya*, a označavao se skraćeno samo s

izabranoga, to će se po zajedničkom saboru izmedj zastupnikah kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije birati toliko licah u ugarsku delegaciju, koliko ih zahtjeva ključ, po kom one kraljevine učestvuju na zajedničkom saboru.

§. 41. *Tomu se odredjuje, da će se izmedju zastupnikah kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije od strane zastupničke kuće četiri zastupnika, a od strane velikaške kuće jedan član birati u delegaciju Ugarsku.*

- 19 Vidi opširnije: Deák, Ágnes: *Az 1867. decemberi ausztriai törvénycikkek a közös ügyekről és azok kezelési módjáról.* u: *Aetas*, 2001. br. 3-4., str. 239-243. Priopćava: Pajkossy, Gábor szerk.: *Magyarország története a 19. században.* Szöveggyűjtemény. Osiris Kiadó, Budapest, 2003., str. 480-484.
- 20 Po popisu pučanstva godine 1910. monarhija imala 51.390.223 stanovnika od kojih Cislajtaniya 28.571.934 (55,6 %), a Translajtaniya 20.886.487 (40,6 %), dok je Bosna i Hercegovina (pod zajedničkom upravom) imala 1.931.802 duša (3,8 %). Njemačkim jezikom je govorilo 12.006.521 duša (23,36 %), mađarskim 10.056.315 (19,57 %), češkim 6.442.133 (12,54 %), poljskim 4.976.804 (9,68 %), hrvatskim i srpskim 4.380.891 (8,52 %), rutenskim (rusinskim i ukrajinskim) 3.997.831 (7,78 %), rumunjskim 3.224.147 (6,27 %), slovačkim 1.967.970 (3,83 %), slovenskim (vendskim) 1.255.620 (2,44 %), a ostalim jezicima njih 4,51 %. Okupacijom, a zatim i aneksijom BiH su se uz postojeće vjeroispovijesti pojavili i muslimani, pa je 1910. bilo 76,6 % katolika (90,9 % u austrijskom dijelu monarhije, 61,8 % u ugarskome dijelu te 22,9 % u BiH, protestanata je bilo 8,9 % (2,1 % u Austriji, 19 % u Ugarskoj, u BiH 0 %), pravoslavaca je bilo 8,7 % (2,3 % u Austriji, 14,3 % u Ugarskoj i 43,5 % u BiH), izraelita 4,4 % (4,7 % u Austriji, 4,9 % u Ugarskoj i 0,6 % u BiH), a muslimana 1,3 % (samo u BiH, gdje su činili 32,7 % pučanstva). Popis stanovništva od 31. prosinca 1910. godine, objavljen u: *Geographischer Atlas zur Vaterlandskunde an der österreichischen Mittelschulen.* K. u. k. Hof-Kartographische Anstalt G. Freytag & Berndt, Beč, 1911.

„k. u. k.“ (*kaiserlich und königlich*, pri čemu se naziv *königlich* odnosio na češku kraljevsku tradiciju, koju je titula cara u sebi nosila), dok se istočni dio carstva pod ugarskom vladavinom nazvao *Translajtanija* i označavao se skraćenom oznakom „m. kir.“ (*magyar királyi*) ili „kgl. ung.“ (*königlich ungarisch*). U austrijskom, odnosno ugarskom dijelu monarhije postojala su pojedina područja (Hrvatska, Galicija) koja su uživala poseban status i imala su svoje posebne upravne strukture.

Za prosudbu samoga karaktera dvojne monarhije bitno je analizirati način obavljanja zajedničkih poslova što je spadalo u djelokrug zajedničkoga ministarskog vijeća sastavljenoga od tri ministra ujedinjenih resora, predsjednika vlade Austrije i Ugarske, nadvojvode i monarha.²¹ Ministri su bili odgovorni samo vladaru, koji je samostalno odlučivao o vanjskoj politici i vojnim poslovima. Austrijska i ugarska delegacija su se sastajale svake godine radi rješavanja zajedničkih poslova (jedne godine u Beču, druge godine u Pešti), te su izglasavale proračun Zajedničkoga ministarskoga vijeća.²² Premda su zajednički poslovi trebali povezati dvije države, to se nije dogodilo, dijelom i stoga što su mađarska i austrijska strana različito tumačile nagodbu, jer je sam zakon u biti više propisivao za što nije ovlaštena zajednička vlada, negoli koje su njezine ovlasti. Car je odredio da je zajednički ministar vanjskih poslova ujedno i predsjednik Ministarskoga vijeća, premda nigdje u literaturi ne nalazimo da bi se spominjala „Andrássyjeva, Kálnokyjeva ili Goluchowskijeva vlada”.²³ Zbog toga Éva Somogyi postavlja pitanje je li se doista radilo o zajedničkome ministarskome vijeću ili tek o tri ministarstva. Ona, naime, ističe kako bi pretpostavka za zajedničku vladu trebalo biti ne samo postojanje zajedničkih poslova, nego i zajedničkoga carstva koje stoji iznad dviju

- 21 Vidi opširnije: Komjáthy, Miklós: *Az Osztrák-Magyar Monarchia közös minisztertanácsa*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1966.; Somogyi, Éva: *A „közös ügyek” 1867-1914. Abszolutista és alkotmányos elemek a közösügyes politikában*. „Előadások a történettudomány műhelyeiből”, (Historia Könyvtár, MTA Történettudományi Intézete, Budapest, 1995.; Diószegi, István – Somogyi, Éva (szerk.): *Die Protokolle des gemeinsamen Ministerrates der österreichisch - ungarischen Monarchie*. Budapest, 1966-1993.; Kmetty, Károly: *Közös miniszterei felelősségéről*. In: *Jogtudományi Közlöny*, Budapest, 1915., br. 22., 23. i 24.
- 22 Vidi opširnije: Egyed, István: *A delegáció pénzügyi hatásköre*, u: *Joghallgatók Tudományos Egyesülete Almanachja 1906/7.*; Komjáthy, Miklós: *A delegáció első ülészaka és első elnöke*, u: *Somogyi megye múltjából*. *Levéltári Évkönyv 14*. Kaposvár, 1983.; Komjáthy, Miklós: *A delegációról*, u: *Jogtörténeti Szemle*, 1992. br. 2.; Lammer, Margit: *Die österreichische Reichdelegation und die Aussenpolitik Österreich-Ungarn 1879-1891*. (Phil. Diss. Graz, 1987.) ; Nagy, Miklós: *A volt Monarchia közösügyi bizottságainak (delegációk) történeti előzményei* (Budapesti Szemle, 234., sv. 680., br. 1934.) ; Schlintner, Kurt: *Die Reichsrat delegation Österreich und die Aussenpolitik von 1867. his 1878/79*. (Wien, 1950.) ; Somogyi, Éva: *A delegációk*, u: *Századok*, Budapest, 1994., br. 3-4.; Somogyi, Éva: *Die Delegation als Verbindungsinstitution zwischen Cis- und Transleithanien*, u: *Die Habsburgmonarchie 1848-1918*. VII. Verfassung und Parlamentarismus 1. Teilband Verfassungsrechts. Verfassungswirklichkeit, Zentrale Repräsentativ Körperschaften, hg von Helmut Rumpler und Peter Urbanitsch. Wien, 2000., str. 1107-1176.
- 23 Somogyi, Éva: *Az Osztrák-Magyar Monarchia közös kormánya*. In: *Historia*. Budapest, 1994/056. <http://www.tankonyvtar.hu/historia-1994-056/historia-1994-056-081013-9>. (20. veljače 2017.).

država.²⁴ U slučaju Austro-Ugarske Monarhije nije premijer sastavljao „vladu”, pa je zato i razumljivo da je primjerice Ferenc Deák uvijek govorio „o ministrima koji obavljaju zajedničke poslove”, a ne o vladi. Dapače, u samome njezinu nazivu se kaže da je riječ o „Ministarskom vijeću”, a ne o vladi. Predsjednik zajedničkoga Ministarskoga vijeća je doduše, imao utjecaja na izbor ministra financija, jer je predlagao kandidata, no prema nepisanome pravilu da on mora biti iz „druge polovine Monarhije”. Ako je, dakle, ministar vanjskih poslova bio iz Austrije, onda je ministar financija trebao biti iz Ugarske i obratno. Tako je car 1871. godine radi oslobođanja mjesta grofu Andrásyju, zajedno s ministrom vanjskih poslova grofom Friedrichom Ferdinandom von Beustom (1866.–1871.) smijenio i zajedničkoga ministra financija Menyhérta Lónyaya, jer dva Mađara nisu mogla biti istovremeno članovi zajedničkoga Ministarskog vijeća.²⁵ No, ovo se pravilo nije odnosilo i na trećega člana vlade, jer u imenovanju ministra vojnih poslova predsjednik Ministarskog vijeća nije imao nikakva upliva. Sam Andrassy je rekao: *Budući je Njegovo Veličanstvo po zakonu vrhovni vojni zapovjednik, a tu vlast ne treba ni s kim dijeliti, stoga velikim ustupkom možemo ocijeniti samu činjenicu da imenuje odgovornoga ministra vojnih poslova.*²⁶ Car je 1879. godine, nakon Andrassyjeva pada, smijenio i ministra financija Leopolda Hoffmana da bi ustupio mjesto jednome Mađaru, ali je ministar vojnih poslova nesmetano nastavio obnašati svoju funkciju. Iznimku je predstavljao Agenor Gołuchowski, koji je smijenjen 1906. godine, a zajedno s njim je funkciju morao napustiti i zajednički ministar vojnih poslova.

Među zajedničkim ministrima po službenome položaju najutjecajniji je bio ministar vanjskih poslova (inače ministar carske kuće). U carevoj je odsutnosti predsjedavao zajedničkim ministarskim vijećem, supotpisivao je imenovanje druge dvojice svojih kolega, bio je prvi krunski savjetnik i osobni vladarov pouzdanik. Zajednički ministar financija morao je proračun pripremiti uz „utjecaj” Ministarskih vijeća obiju zemalja.²⁷ Premda su pojmovi „pristanak”, „utjecaj” ili „suglasnost” u pravnome smislu ostali nedorečeni, ipak se od 1869. počelo prakticirati pozivanje ministara predsjednika dviju zemalja u zajedničko Ministarsko vijeće, a od osamdesetih godina 19. stoljeća je to postalo uobičajeno.²⁸

Zajedničko ministarsko vijeće nije ustrojeno i nije djelovalo na način na koji uobičajeno funkcioniraju vlade, pa tako imenovanjem novoga ministra vanjskih poslova nije nastala nova zajednička vlada, niti je promjena na mjestu šefa diplomacije značila stvaranje nove vlade. Zajednički su ministri dakako snosili odgovornost za svoj rad i to delegacijama. No, djelokrug i ovlasti delegacije bile su vrlo ograničene. One su godišnje zasjedale samo nekoliko tjedana i uglavnom su raspravljale o iznosima namijenjenima za pojedine poslove. Još 1867. je ozbiljno

24 Isto.

25 Isto.

26 Isto.

27 Ress, Imre: A közös minisztériumok, u: *História*, 2003-2004. <http://www.tankonyvtar.hu/hu/tartalom/historia/03-04/ch09.html> (16. svibnja 2017.)

28 Somogyi, Éva, op. cit.

raspravljano o tomu da će se opozvati onaj zajednički ministar koji ne bi djelovao sukladno željama delegacije, ali potkraj 19. stoljeća ugarska i austrijska delegacija više nisu bile ozbiljni kontrolni mehanizmi. Za razliku od zajedničkih ministara, zemaljski ministri su snosili stvarnu odgovornost pred svojim parlamentom.²⁹

Car i kralj Franjo Josip I. je gdjekad pozivao ugarsku vladu u Beč, a katkad je sam dolazio u Budimpeštu. Kada je nazočio njezinu zasjedanju sam je predsjedavao. Sjednica se vodila na njemačkom jeziku, a na njoj je sastavljan i zapisnik. U svim je drugim slučajevima ministar predsjednik predsjedavao sjednicama i potpisivao zapisnik (sastavljen na mađarskom jeziku), koji je potom proslijeđen kralju radi potvrde. Kralj se potpisivao pored predsjednika Ministarskoga vijeća ili nešto niže. Ukoliko se s nekom odlukom nije suglasio, to je priopćio na kraju zapisnika i tako ta odluka nije stupala na snagu.³⁰ Mónica Kozári upozorava da se ugarsko Ministarsko vijeće od 1879. (vlada najdugovječnijega premijera Kálmána Tisze) počela nazivati „mađarskom vladom”, dok je austrijska vlada rabila naziv „carsko kraljevska vlada”.³¹ Dodaje da se kroz cijelu povijest dualizma protežu manji ili veći sukobi, natezanja i popuštanja i to ne samo u austro-ugarskim, nego i u hrvatsko-ugarskim odnosima, pa su ministri morali biti i dobri diplomati. Preklapanje odgovornosti između zajedničkoga ministarstva i ministara obaju dijelova Monarhije uzrokovalo je sukobe i neučinkovitost, posebice u vojnim pitanjima. Naime, Austrija i Ugarska posebno su odlučivale o broju ročnika, uporabi i preustroju vojne službe, reguliranju obveza civilnih vlasti prema vojsci. Svaka polovica dvojne monarhije koristila je svaku prigodu kako bi ometala zajedničke operacije za vlastite interese. Razlike između austrijskoga i ugarskoga dijela eskalirale su početkom 20. stoljeća i izazvale su ustavnu krizu u cijeloj Monarhiji. Razlog je bila nesuglasnost glede jezika zapovijedanja u ugarskim vojnim postrojbama, a kriza je produbljena dolaskom na vlast Mađarske nacionalne koalicije u travnju 1906. godine.

Premda su nagodbom podjednako bili nezadovoljni oporbeni krugovi u obje zemlje, ipak valja istaknuti kako je njenim prihvaćanjem udovoljeno skoro svim mađarskim zahtjevima, a među inim su potvrđeni i tzv. travanjski zakoni iz 1848/49., osim zakona o nacionalnoj zaštiti (u biti mađarskoj vojsci) i narodnoj banci. Ukinuta je austrijska cenzura tiska, obnovljen je Ugarski sabor utemeljen na narodnom zastupništvu, proglašena je (opet) ravnopravnost kršćanskih vjerskih zajednica (u Ugarskoj je živio veliki broj protestanata kalvina i evangelika) i jednakost građana bez obzira na podrijetlo, obnovljena je obveza javnoga snošenja troškova (opća porezna obveza) te je uz određene ograde opet uspostavljeno Mađarsko domobranstvo.

29 Isto.

30 Kozári, Mónica op. cit., str. 173.

31 Isto, str. 175.

4. HRVATSKO-UGARSKA NAGODBA

Pitanje javnopravnoga statusa Hrvatske u odnosu na Ugarsku pojavilo se na zajedničkim saborima 1790. kada su Mađari željeli uvesti mađarski jezik kao službeni, čemu su se Hrvati odupirali, pa kralj desetljećima nije sankcionirao odluke Ugarskoga sabora da se u Mađarskoj nacionalni jezik ustoliči kao službeni u upravi i sudstvu te parlamentu.³² Takvo držanje Hrvata narušilo je međusobne odnose (pripadnici dvaju naroda su se kroz cijelu povijest u ugarskome saboru nazivali „bratskim narodima”), a jačanje mađarskoga nacionalizma izazivalo je bojazan u Hrvata od moguće majorizacije. Naglašavana su hrvatska municipalna prava³³ i vođene su žestoke saborske rasprave o javnopravnome prijeponu (o pravnome temelju ugarskih kraljeva na hrvatsko prijestolje, o pripadnosti Donje Slavonije, Rijeke i Međimurja, o jednakopravnosti protestanata).³⁴ Hrvatska je odlučno branila svoju zasebnost, pa se uspjela izboriti da i dalje pravo građanstva i vlasništva u njoj imaju samo katolici.³⁵ Ipak su 1791. sankcioniranim Zak. člancima 58. i 59. Hrvati samovoljno prenijeli svoje ovlasti na Ugarsko dvorsko namjesništvo,³⁶ a odrekli su se i svojih poreznih olakšica.³⁷

Poslije sukoba 1848. i apsolutizma, 1861. započelo je otopljanje odnosa, ali je do sklapanja nagodbe došlo tek 1868. kada je Ugarska već postigla sporazum s Austrijom. Franjo Josip I. je „hrvatsko pitanje“ ocijenio unutarnjom stvari Ugarske, ali je požurivao dvije zemlje da konačno uredi svoje međusobne odnose. Nagodba je postignuta za samo nekoliko mjeseci, a otpor prema njoj napose u Hrvatskoj bio je žešći od onoga koje je dočekalo potpisnike Austro-ugarske nagodbe.

32 Mezey, Barna, gl. ured. (Beliznay, Kinga-Föglein, Gizella-Horváth, Attila-Mezey, Barna-Révész, T. Mihály): *Magyar alkotmánytörténet*. Budapest, 1995., str. 66-67.

33 Kušević, Josip: *De municipalibus iuribus et statutis regnorum Dalmatiae, Croatiae et Slavoniae*. Zagreb, 1830.

34 Točka 14. Zak članka XXVI. iz 1791. kaže: *Već smo gore spomenuli da se ova prava evangelicima osiguravaju i vrijede samo unutar granica Mađarske, dok u Dalmaciji, Hrvatskoj i Slavoniji i dalje ostaju na snazi njihovi zakoni, pa tako unutar granica tih zemalja evangelici nemaju pravo niti na posjedovanje kakvoga vlasništva, a niti pak na obnašanje javne ili privatne službe...* Vidi: *Magyar Törvénytár, 1740-1835. évi törvénycikkek, II. Lipót 1790. évi decretuma*, str. 169-179.

35 Zakonski članak XLVI. iz 1741. pod nazivom *Da u Dalmaciji, Hrvatskoj i Slavoniji i dalje ostaje na snazi jedna i jedina prava rimokatolička vjeroispovijest* propisao je da se sukladno Zakonskom članku 86. iz 1723. godine jedina priznata vjeroispovijest ostaje rimokatolička, a da pripadnici drugih konfesija nemaju pravo građanstva u Hrvatskoj. (Az. 1741. évi XLVI. t.c. *Az egy és egyedül igaz római katolikus hitnek Dalmát-, Horvát- és Szlavonországokban továbbra is föntartásáról*). *Magyar Törvénytár 1740-1835. évi törvénycikkek, Mária Terézia 1741. évi decretuma* /I./, 45-47. Usp. Zak. čl. 1687:XXXIII, 1715:XXX. i CXXXV, 1790:XXVI. Temeljem članka. 48. Zakonskog članka 1868:XXX. (Hrvatsko-ugarska nagodba) pitanje vjeroispovijesti spadalo je među unutarnje poslove Trojedne Kraljevine.

36 Vidi: Az 1790: LVIII. t.c. *A magyar királyi helytartó-tanács hatáskörének Dalmát-, Horvát és Szlavonországon kiterjesztéséről*, u: *Magyar Törvénytár, 1740-1835. évi törvénycikkek, II. Lipót 1790. évi decretuma*. str. 199.

37 Vidi *Az 1790/1791. évi országgyűlés LII. sz. irományok*. Az 1790:LIX. t.c. *Horvátországnak és a felső szlavonországi három vármegyének adóügyét a magyar országgyűlésen kell tárgyalni*.

4.1. Zakonski članak I.:1868. odnosno 1868:XXX.

Zakonski članak o nagodbi, koju s jedne strane kraljevina Ugarska, sjedinjena s Erdeljem, s druge strane kraljevine Hrvatska i Slavonija sklopiše za izravnanje postojavih između njih državnopravnih pitanja poznatiji kao Hrvatsko-ugarska nagodba usvojen je u Hrvatskom saboru kao Zakonski članak I.:1868., a u Ugarskom saboru kao Zakonski članak 1868:XXX.³⁸ Hrvatska verzija nagodbe proglašena je u *Sborniku zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju*, svezak V. za 1868. godinu, broj 14.³⁹

Nagodba je sankcionirana u onome tekstu kako su predložila dva zemaljska sabora, pa stoga postoje manja odstupanja između dviju verzija.⁴⁰ Mađarski tekst za Hrvatsku rabi naziv *Hrvatska, Slavonija i Dalmacija*, dok se u hrvatskoj verziji koristi naziv *Kraljevine Dalmacija, Hrvatska i Slavonija*, odnosno *Trojedna Kraljevina Dalmacija Hrvatska i Slavonija*. Mađarski tekst nikada ne koristi za Hrvatsku naziv „kraljevina”, koji je pak neizostavan u hrvatskoj verziji, nego Hrvatsku, Slavoniju i Dalmaciju naziva zemljama (*országok*). Razlike postoje i u redoslijedu, koji je u mađarskoj verziji: *Hrvatska, Slavonija i Dalmacija*, a u hrvatskoj *Dalmacija, Hrvatska i Slavonija*. Razlog tomu je u napatku dobijenom iz Beča, da se i time pokaže stanovita odvojenost *Dalmacije* (koja je u ustavnopravnom smislu pripadala i austrijskom, a ne samo ugarsko-hrvatskom dijelu monarhije, a *de facto* je bila pod upravom Beča) od *Hrvatske i Slavonije*.⁴¹ Naziv *Tótország* koji su Mađari često koristili za Slavoniju, 1868. je potpuno napušten te je zamijenjen nazivom *Slavonija (Slavónia, Szlavonország)*.

Nagodba propisuje da dvije zemlje čine nerazdruživu državnu zajednicu te svoje zajedničke poslove rješavaju putem središnjih organa vlasti: zajedničkoga sabora, središnje vlade odgovorne zajedničkome saboru te vladara.⁴² Središnja vlada (Ministarsko vijeće) u Budimpešti obavljala je izvršnu vlast za sve poslove koji su Zak. člankom XII. iz 1867. i Hrvatsko-ugarskom nagodbom određeni kao zajednički svim zemljama ugarske krune. U Trojednoj Kraljevini vlada je izvršbu provodila preko svojih organa (§ 43.). Mađarska historiografija smatra da se radilo

38 Mađarska historiografija i pravna povijest drže da je nagodba sklopljena između Hrvata i Mađara kao dva politička naroda i njihovih zemalja (Hrvatske i Mađarske) koje zajedno čine *Hungáriu*.

39 Tekst nagodbe vidi: *Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju*, 1868. II. izdanje, str. 115-125. Usp. Žigrović, Ivan: *Hrvatsko-ugarska nagoda*. U: Ivan plem. Žigrović: *Hrvatski ustavni zakoni*. Zagreb, 1917., str. 1-37.; Usp. Bogoslav Šulek: *Hrvatski ustav ili konstitucija*, Zagreb, 1883, str. 269-291.

40 Mađarski tekst vidi: *A Magyarországgal s Horvát-, Szlavon- és Dalmátországgal közt fenforgott közjogi kérdések kiegyenlítése iránt létrejött egyezmény becikkelyezéséről*. U: *Magyar Törvénytár 1836-1868. évi törvénycikkek*, Budapest, 1896., str. 422-439.

41 Krestić, Vasilije: *Hrvatsko-ugarska Nagodba 1868. godine*. Srpska akademija nauka i umetnosti. Posebna izdanja, Knjiga CDXXVIII. Odeljenje društvenih nauka. Beograd, 1969., str. 314. *HHS. Kabinettsarchiv, Ungarische Ministerratsprotokolle*.

42 O osobi vladara vidi: Beksics, Gusztáv: *A dualismus. Története, közjogi értelme és nemzeti törekvéseink*. Budapest, 1892, str. 248.

o mađarskoj vladi koja je doduše, glede kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije trebala postupati sporazumno s autonomnom vladom istih kraljevina, *nu budući da je središnja vlada za postupak svoj odgovorna zajedničkomu saboru, na kom su i Kraljevine Dalmacija, Hrvatska i Slavonija zastupane, s toga će zemaljska vlada istih kraljevinah i njene oblasti podpomagati središnju vladu u obziru njenih odredbah, pače takove i neposredno izvršivati na toliko, na koliko središnja vlada vlastitih svojih organah ondje imala ne bi.* (§ 45.).⁴³ Novost je u ustavnom pravu hrvatsko-ugarske državne zajednice uspostavljanje institucije hrvatsko-slavonsko-dalmatinskog ministra bez lisnice, koji je bio imenovani član središnje vlade u Budimpešti, u kojoj je imao pravo odvjeta, a za svoj rad je odgovarao zajedničkomu saboru. Taj je ministar zastupao interese Trojedne kraljevine i kao član Ministarskog vijeća bio je sveza između kralja i hrvatske zemaljske vlade (§ 44.).⁴⁴ Uspostavom ovoga ministarstva vlada je uz dotadašnjih osam ministara, dobilo i devetoga.

Hrvatska je zastupnike u zajednički sabor birala *iz sredine vlastitoga svoga sabora* (§ 34.) sukladno načelu razmjernoga zastupništva, dakle prema broju svoga pučanstva,⁴⁵ a slala je iz svoga sabora i dva zastupnika *u kuću velikašah zajedničkoga sabora* (§ 37).⁴⁶ Po istome ključu je Trojedna Kraljevina bila zastupljena i u delegaciji koja je birana na zajedničkome saboru *između zastupnikah kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije* i to tako da su iz Zastupničkog doma birana četiri zastupnika, a iz Doma velikaša jedan član iz Hrvatske (§ 40, 41.).⁴⁷

S obzirom na to da je većina poslova bila u zajedničkoj nadležnosti središnjih organa vlasti, kao što su zajedničke bile i financije (§ 11-30.)⁴⁸ stoga spominjemo samo one poslove koji su pripadali u isključivu nadležnost zemaljskih vlada.⁴⁹ U djelokrug potpune autonomije Trojedne Kraljevine spadali su *zakonarstvo i uprava u svih poslovnih nutarnjih, bogoštovja, nastave i pravosuđa amo računajuć*

43 O ugarskoj (zajedničkoj, središnjoj) vladi vidi opširnije Deák, Albert: *A parlamenti kormányrendszer Magyarországon*. Budapest, 1912.; Handel, Vilmos: *A parlamenti kormány*. Debrecen, 1920.; Cieger, András: *Kormány a mérlegen - a múlt században. A kormány helye és szerepe a dualizmus politikai rendszerében, 1867-1875*. Századvég, br. 14., 1999.; Kautz, Gyula: *A parlamentarizmus és különösen a parlamentaris kormányalkat*. Budapesti Szemle, 1906., str. 349-450. odn. poseban otisak 1907.

44 Usp. Zak. članak 1869:XXII. *O pokriću potreba hrvatsko-slavonsko-dalmatinskog ministra bez lisnice i njegova pomoćnog osoblja za 1869. godinu*. Ovaj je zakonski članak dopunjen § 5. Zak. članka 1873:XXXIV.

45 Ova odredba je proširena odredbom § 4. Zakonskog članka 1873:XXXIV.

46 Ovaj članak je stavljen izvan snage § 1. Zakonskog članka 1881:XV. Uređenje Doma velikaša propisuju § 1. točka d), § 8. i § 10. točka c) Zak. članka 1885:VII. Usp. § 54. Zak. članka 1848:V., te §. 3. Zak. članka 1881:XV.

47 Usp. § 2. i 4. Zak. članka 1885:VII., te Zak. članak 1886:VIII. i Zak. članak 1893:XXIX.

48 Usp. zadnju alineju Zak. članka 1873:XXXIV.; Usp. Zak. članak 1880:LIV. (rok važenja ovoga sporazuma produžen je Zak. člankom 1888:XXXIV., a obnovljen Zak. člankom 1889:XL. i 1891:XXVIII.). Usp. §. 3. Zak. članka 1880:LIV. Usp. §. 2. Zak. članka 1889:XL.

49 Čepulo, Dalibor: *Hrvatsko-ugarska nagodba i reforme institucija vlasti u Hrvatskom saboru 1868.-1871.*, u: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1. Rijeka, 2001. str. 117-148.

sudbenost u svih molbah, izim sudbenosti glede pomorskoga prava (§ 48.).⁵⁰ Pravo sankcioniranja zakona ostalo je u rukama vladara, a potvrđeni hrvatski zakoni su na temelju Zak. članka 1870:VI. proglašavani u Saboru, a nakon toga su objavljivani u službenim novinama. Od 1873. bilo je potrebno samo njihovo objavljivanje.

Hrvatsko-ugarska nagodba vrlo je važna i zbog odredaba o hrvatskome jeziku i uporabi nacionalnih simbola. U pet, od ukupno sedamdeset članaka, izrijekom navodi da je u *svemkolikom obsegu kraljevinah Hrvatske i Slavonije službeni jezik hrvatski toli u zakonodavstvu, koli u sudstvu i upravi* (§ 56.).⁵¹ Bilo je to vrijeme netom poslije ilirskoga pokreta i tzv. Bečkoga književnoga dogovora (1850.) kojim je istaknuta želja za stvaranjem zajedničkoga jezika za Hrvate i Srbe, pa je u Hrvatskoj jezik gdjekad nazivan ilirskim ili jugoslavenskim (*jugoslavjanskim*), odnosno srpsko-hrvatskim. Mađarska je strana prihvatila želju unionističke većine (ilirici su ih pogrdno nazivali mađaronima) u hrvatskom kraljevinskom odboru, pa je u nagodbu uneseno da je jezik hrvatski (a ne srpsko-hrvatski kako je to predlagala manjina u hrvatskome izaslanstvu). Hrvati su se mogli hrvatskim jezikom koristiti na zajedničkome saboru i unutar delegacije, a i sankcionirane zakone donesene na zajedničkome saboru dobijali su u izvorniku na hrvatskom jeziku.⁵² Isto tako je prijedloge i spise sastavljene na hrvatskom jeziku i iz Trojedne Kraljevine podnesene središnjemu ministarstvu, to ministarstvo moralo zaprimati na hrvatskome jeziku *i rješitbe svoje na istom jeziku izdavati*. (§ 58.).⁵³

Članak 61. osim toga propisao je da se u autonomnim poslovima u Hrvatskoj imaju *upotrebljavati sjedinjene boje i grbovi istih kraljevinah, potonji provideni krunom sv. Stjepana*, a u zajedničkim poslovima *sjedinjeni grbovi kraljevinah Ugarske i Dalmacije, Hrvatske i Slavonije* (§ 62.). Tijekom održavanja zajedničkoga sabora zemalja ugarske krune na zgradi parlamenta uz ugarsku zastavu imala se izvjesiti i sjedinjena zastava *Kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije* (§ 63.). Premda nagodbom Hrvatska nije dobila pravo na svoj novac, ipak je izborila pravo da na ugarskome kovanom novcu u kraljevskomu naslovu bude unesen i naslov kralja Dalmacije, Hrvatske i Slavonije (§ 64.). Hrvatska je priznata za politički

50 Ustrojstvo zemaljske vlade Trojedne kraljevine propisao je Hrvatski sabor svojim Zak. člankom 1869:II.

51 Usp. § 29. Zak. članka 1868:XLIV.

52 Vidi opširnije: Dautsher von Kollensber, Theodor: *Der Staatrechtliche Charakter der Delegationen*. Wien, 1903.; Ferdinandy, Géza: *A felelősség elve a magyar alkotmányban*. Budapest, 1895.; Goreczky, Tamás: Kállay Béni és a magyar delegáció az 1880-as években, u: *Fons*, 2007., br. 3.; Höbelt, Lothar: *The Delegations: Preliminary Sketch of a Semi-parliamentary Institution*. U: *Parlament, Estates and Representation* 6. 1986., str. 149-154.; Kolmer, Gusztáv: *Parlament und Verfassung in Österreich* 8. Bde. Wien-Leipzig 1902-1914., reprint Graz, 1972-1980.

53 Usp. *Uredbu Ministarstva pravosuđa br. 4593. od 1. lipnja 1893. o pružanju međusobne pravne pomoći mađarskih i hrvatskih kr. sudova i državnih odvjetništava u građanskim (parničnim i izvanparničnim) i kaznenim predmetima (1893. R. T. 1032.)*, *Uredbu Ministarstva financija br. 1140. od 26. srpnja 1893. o pružanju međusobne pravne pomoći mađarskih i hrvatskih kr. sudova glede prekršaja propisa u svezi monopolne robe (1893. B. T. 2119.)*.

narod, potvrđena joj je teritorijalna cjelovitost (§ 65.), osim grada Rijeke, oko čijega statusa je konačnu odluku imao donijeti kralj Franjo Josip I. (§ 66.). Propisano je i da će se Austro-ugarska nagodba i Zak. članci 1867:XIV., XV. i XVI. odnositi i na Hrvatsku, ali se ubuduće svi slični temeljni zakoni i sporazumi mogu sklapati samo uz zakonski pristanak Hrvatske (§ 4.). Napokon je po uzoru na završni članak Austro-ugarske nagodbe propisano da se tekst nagodbe može promijeniti samo voljom obiju ugovornih strana i na identičan način na koji je nagodba usvojena (§ 70.).⁵⁴

4.2. *Prosudba nagodbe*

Nagodbom je Trojedna Kraljevina priznata za politički narod sa svojim granicama te punom unutarnjom samoupravom. Hrvatska je birala 29 (kasnije 40) zastupnika u Zastupnički dom i tri velikodostojnika u Dom velikaša Ugarskog sabora, imala je posebnog hrvatsko-slavonsko-dalmatinskog ministra bez lisnice u Ministarskom vijeću putem kojega je ban komunicirao s dvorom, kao i svoju autonomnu vladu i upravno ustrojstvo na čelu s hrvatskim banom. Ipak su Hrvati bili nezadovoljni želeći status jednak onome koji je imala Ugarska, dakle trijalizam.

Unatoč osiguranim širokim pravima Trojednice mađarski pravni povjesničari osporavali su tumačenje hrvatskih profesora, osobito Josipa Pliverića o postojanju hrvatske državnosti ističući kako se krunidba odvijala Krunom svetoga Stjepana, kako je kralj bio krunjen za ugarskoga kralja, pa stoga on nikako nije mogao biti hrvatski kralj. Budući da nije bilo ni hrvatskoga kralja, ni hrvatske krune, stoga Trojednica nije bila poseban čimbenik čak ni u odnosu na Austriju, a napose ne u odnosu na inozemstvo, jer je uvijek nastupala samo kao dio Ugarske.⁵⁵ S druge su strane hrvatski pravni povjesničari od Josipa Pliverića kao suvremenika, preko Ferde Čulinovića i Ivana Beuca zastupali gledište o hrvatskome državnom subjektivitetu.⁵⁶ Ivan Beuc je isticao kako je nagodbom stvorena državna zajednica između dviju kraljevina, koje su osim zajedničkih poslova svoje “*vlastite poslove samostalno rješavali*”.⁵⁷ U posljednje je vrijeme došlo do približavanja gledišta hrvatskih i mađarskih pravnih povjesničara o javnopravnom karakteru hrvatsko-ugarske državne zajednice.⁵⁸

54 Usp. uvodni dio i zadnju alineju § 3. Zak. članka 1873:XXXIV. Usp. uvodni dio i zadnju alineju § 5. Zak. članka 1880:LIV. Usp. uvodni dio i § 4. Zak. članka 1881:XV. Usp. uvodni dio Zak. članka 1889:XL. i uvodni dio Zak. članka 1891:XXVII.

55 O zajedničkim organima vlasti u Habsburškoj Monarhiji vidi opširnije: Somogyi, Éva: *Választójog és parlamentarizmus Ausztriában (1861-1907.)* Akadémiai Kiadó, Budapest, 1968.; Somogyi, Éva: *Kormányzati rendszer a dualista Habsburg Monarchiában. A közös minisztertanács, 1867-1906.* História Könyvtár, Monográfiák, História Alapítvány, Budapest, 1996.

56 Čulinović, Ferdo: *Državnopravna historija jugoslavenskih naroda*, Zagreb, 1954., str. 113.

57 Beuc, Ivan: *Povijest država i prava na području SFRJ*. Universitas Studiorum Zagradiensis, MDCLXIX. III. izdanje, Zagreb, 1989. str. 75.

58 Vidi zbornik Prof. Dr. Máthé, Gábor - Prof. Dr. Mezey, Barna: *Kroatisch-ungarische öffentlich-rechtliche Verhältnisse zur Zeit der Doppelmonarchie*. Eötvös University Press.

Hrvati su o povredama nagodbe raspravljali čak i nekoliko dana uoči atentata na prijestolonasljednika Franju Josipa, kada je početkom lipnja u Zagrebu održana sjednica odbora za javnopravna i upravna pitanja pod predsjedanjem Ljube Babića-Gjalskoga, a uz nazočnost odjelnih predstojnika Aleksandra Fodróczyja i Friedricha (Miroslava) Broschana. Raspravljalo se o prijedlogu bivšega predstojnika za pravosuđe da se reagira na povrede članka 50. Hrvatsko-ugarske nagodbe s obzirom na to da je uz potpis ugarskoga ministra predsjednika 31. ožujka 1913. umjesto Saboru odgovornoga bana, na čelo vlade postavio kraljevskoga povjerenika neposredno odgovornoga ugarskome premijeru. Time je skoro na dvadeset mjeseci izvan snage stavljen ustav i pravo Sabora na zakonodavnu i nadzornu djelatnost. Zatraženo je da se sazove regnikolarna deputacija sukladno kraljevu otpisu od 22. prosinca 1913. i da se dokinu povredbe nagodbe, odnosno da se raščiste nejasnoće koje proizlaze iz različitoga tumačenja nagodbenoga zakona. Sándor Badaj upozorio je da povrede nagodbe mogu sanirati samo Hrvati i Mađari s jedne strane, odnosno kralj s druge strane. Dva su povjerenstva potom prihvatila Badajev prijedlog, osim dva zastupnika Stranke prava koji su bili protiv.⁵⁹

O napetosti hrvatsko-ugarskih odnosa svjedoči i mađarska reakcija na novinske informacije o tomu kako je Hrvatska izmjenama zakona o otpremninama službenicima za odlazak u mirovinu uvela hrvatsko državljanstvo. Pitanje državljanstva ostalo je do danas jednim od najvećih prijepora hrvatskih i mađarskih pravnih povjesničara, a u to vrijeme je redovito izazivala žestoke reakcije obje strane. Ovo je pitanje u vrijeme dualizma regulirano Zak. člankom I. iz 1879. (1879: L. tc.) polazeći od toga da u Ugarskoj postoji samo mađarsko državljanstvo. Stoga je u mađarskim tiskovinama demant objavila Mađarska informacijska (brzoglasna) agencija (Magyar Távirati Iroda, MTI) napominjući kako je zbog nepoznavanja hrvatskoga jezika u mađarskim tiskovinama objavljena netočna vijest. Naime, u Hrvatskoj je oporba predložila uporabu naziva *državljanin* u spomenutom zakonu, ali je „izvjestitelj sveučilišni profesor Krišković bio protiv toga, jer bi to bilo protivno nagodbi.”⁶⁰ Zbog toga je uporabljen pojam *pripadnici (Angehörige)*.

Budapest, 2015. i nadalje radove: Čepulo, Dalibor: Entwicklung der Regierungsinstitutionen des Königreiches Kroatien und Slawonien (1868–1918), str. 31-103.; Máthé, Gábor: Der ungarische Rechtsstaat in der Zeit der Doppelmonarchie., str. 105-185.; Kosnica, Ivan: Das Problem der Staatsbürgerschaft in Kroatien und Slawonien im Ausgleichszeitraum (1868–1918), str. 187-219.; Gosztonyi, Gergely: Die Lage des Königreiches Kroatien und Slawonien nach den Ausgleichen., str. 249-263.; Mezey, Barna: Emil Tauffer und Lepoglava (Gestaltung des Strafvollzugs in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts), str. 265-292. Usp. Heka, Ladislav: Hrvatsko-ugarska nagodba u zrcalu tiska, u: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991) vol. 28. br. 2., str. 897-1440. Rijeka, 2007. str. 931-971.; Isti: Hrvatsko-ugarski odnosi od srednjega vijeka do Nagodbe iz 1868. s posebnim osvrtom na pitanje Slavonije, u: *Scrinia Slavonica* (Godišnjak Podružnice za povijest Slavonije, Srijema i Baranje, Hrvatskog instituta za povijest. Svezak 8. (2008). Slavonski Brod, str. 152-173.

59 Alkotmánybiztosítékok Horvátországban., u: *Budapesti Hírlap*, br. 144., str. 4., nedjelja 21. lipnja 1914., str. 4.

60 A magyar állampolgárság és a horvátok., u: *Budapesti Hírlap*, br. 145., 23. lipnja 1914., str. 2-3.

Osjećajući se prozvanim dnevnik Budapesti Hírlap odgovorio je pišući kako u svezi „hrvatskoga državljanstva” nije želio pisati senzacionalistički članak, nego samo upozoriti hrvatsko-slavonsko-dalmatinskoga ministra bez lisnice da se kralju na potvrdu ne prosljedi zakon koji je protivan nagodbi.⁶¹ Autor napisa kaže da sporna rečenica glasi: *Pravo na mirovinu stječe osoba koja ima prebivalište u Hrvatskoj i Slavoniji ili uopće u zemljama Krune Svetoga Stjepana*. Zamjera hrvatskome zakonu da izbjegava uporabu izraza *mađarski državljanin*, pa je stoga po njemu formulacija „pripadnici naše kraljevine” namjerno nejasna.⁶² Ističe da mu nije nakana *izazvati svađu s hrvatskom braćom, niti se prepirati oko nebitnih stvari, ali mu je dužnost skrbiti se za cjelovitost javnoga prava*.⁶³

Nesporazumi su razjašnjeni, pa je nekoliko dana uoči sarajevskoga atentata saborsko izaslanstvo (predsjednik Medaković i dopredsjednici Magdić i Lukinić) posjetilo kralja u Schönbrunn. Medaković je kazao da je poslije otklanjanja nesporazuma glede tumačenja nagodbe u *uvijek vjernoj Hrvatskoj i Slavoniji opet uspostavljeno ustavno stanje*.⁶⁴ Svoje je obraćanje završio ponovivši kako je hrvatski narod i dalje jednako vjeran i odan kralju kao i uvijek. Franjo Josip je preuzimajući upućenu mu adresu kazao: *Drage volje preuzimam ovu adresu Hrvatskog sabora i u njemu izražena čuvstva odanosti i vjernosti. Ona me uvijek ispunjavu radošću. Nadam se da će sada Sabor u miru moći obavljati svoju ustavnu zadaću u interesu domovine*.⁶⁵ Međutim, oporba se susljedno protivila savezu s Mađarima, pa je zastupnik Novak na saborskoj sjednici 25. lipnja 1914. za vrijeme rasprave o izvješću predsjedništva Sabora o kraljevskoj audijenciji optužio saborsku većinu tvrdeći da je *prodala Mađarima morsku obalu i predala im prava hrvatskoga naroda*.⁶⁶ Zaključio je da su Hrvatsko-ugarska nagodba i dualizam izvor svih problema u Hrvatskoj.

5. PRAVNE POSLJEDICE AUSTRO-UGARSKE I HRVATSKO-UGARSKE NAGODBE

Mnogonacionalna i multikonfesionalna monarhija podijeljena je 1867. na dva dijela, od kojih je svaki imao svoje posebno državno ustrojstvo. Austrija je bila organizirana od svojih povijesnih pokrajina, dok je Ugarska bila jedinstvena država, premda je Erdelj povijesno imao svoj poseban identitet. Usto je Ugarska imala i svoju posestrimu zemlju Hrvatsku, koja je slijedom Hrvatsko-ugarske nagodbe 1868. godine u autonomnim poslovima (sudstvo, uprava, školstvo i bogoštovlje) bila potpuno samostalna, a poseban status imala je i Rijeka s Primorjem (*separatum*

61 Isto

62 Isto.

63 Isto.

64 A szábor elnöksége a királynál., u: *Budapesti Hírlap*, br. 146., 24. lipnja 1914., str. 8-9.

65 Isto

66 A horvát országgnyűlés., u: *Budapesti Hírlap*, br. 149., petak 26. lipnja 1914., str. 3.

sacrae regni coronae adnexum corpus) te Vojna krajina ili granica (do 1881.) koja se prostirala na teritoriju Hrvatske i Ugarske. Ta je dualna država istodobno bila i personalna unija (imala je zajedničkoga vladara) i realna unija. Ministre zajedničkih ministarstava imenovao je i razriješavao kralj, stolovali su u Beču, s tim što su vanjski i vojni poslovi ostali u vladarovoj nadležnosti, pa su ministri bili dužni zastupati njegovu politiku, a svoje osobne stavove mogli su zastupati samo u onoj mjeri koliko im je to Franjo Josip dopuštao. Nije bilo zajedničkoga sabora, nego su dva odvojena sabora rješavala o unutarnjim pitanjima (unutarnja politika, uprava, sudstvo, prosvjeta, kultura, unutarnje financije i gospodarstvo), dok su zajedničke poslove rješavali putem delegacija izabranih u svojim saborima. Austrijski parlament (Carevinsko vijeće) imao je dva doma, isto kao i ugarski, samo što su se oni zvali Gornji dom (u Ugarskoj Dom velikaša) i Zastupnički dom (isto kao i u Ugarskoj). Izborno pravo bilo je različito. U Austriji (Dalmaciji i Istri) se temeljilo na tzv. kurijalnom sustavu i mijenjano je 1873., 1882., 1896. i 1907. kada je uvedeno opće, jednako, neposredno i tajno biračko pravo.

Sponu između dviju država i njihovih vlada i parlamenata te zajedničke vlade predstavljali su ministri predsjednici vlada (u Ugarskoj Ministarskoga vijeća). Njih je imenovao kralj, s time što je Franjo Josip I. pri imenovanju ugarskoga premijera poštovao parlamentarizam te je redovito postavljao čelnika pobjedničke izborne stranke, a samo je krizne 1905. godine imenovanjem baruna Geze Fejervaryja odstupio od toga pravila. Međutim, u Austriji je imenovao sebi odane predsjednike vlada, neovisno o izbornim rezultatima. Zapisnici sa sjednica dviju vlada morali su se dostavljati kralju i on ih je supotpisivao.

U Austro-Ugarskoj kao parlamentarnoj monarhiji austrijski car i ugarsko-hrvatski kralj sazivao je sabore, a zakone je donosio zajedno sa saborom kao zakonodavnim tijelom. S obzirom na to da je imao ovlast odobravati vladine prijedloge zakona prije njihova dostavljanja saboru na raspravu, a potom je sam sankcionirao zakone, stoga je jamačno imao veliki utjecaj na zakonodavstvo, kao i na izvršnu vlast. Cijelo vrijeme zadržao je i utjecaj na crkvenu politiku, a budući da je postavljao suce i čelnike uprave, slijedom toga je nadzirao svekoliko funkcioniranje države. Može se stoga reći da se dualizam ogledao samo u unutarnjim austrijskim i ugarskim poslovima, dok je glede najvažnijih pitanja državnoga suvereniteta dvojna monarhija bila centralizirana država. Kraljeva je osoba bila nepovrediva, svaka povreda njegove osobe značila je veleizdaju, a kralj istodobno nije snosio nikakvu pravnu odgovornost.

U Hrvatsko-ugarskoj nagodbi polazna točka je Pragmatička sankcija, isto kao i u Austro-ugarskoj nagodbi. Njome se izražava i da su Hrvatska i Ugarska (baš kao i Austrija i Ugarska) jedinstvene i nerazdvojive, dakle čine jednu državnu zajednicu. Hrvatska je dobila vrlo široku autonomiju, ali ne i ravnopravnost s Ugarskom. Austro-ugarskom, ali i Hrvatsko-ugarskom nagodbom mnogi nisu bili zadovoljni, ali je protekom vremena taj otpor sve više slabio.⁶⁷ Nezadovoljstvo je proizlazilo i iz

67 Cieger, András: *A kiegyezés*, Osiris Kiadó, Budapest, 2004., str. 437.

različitog tumačenja dvaju nagodbi koje su usvojili sabori triju zemalja u različitim tekstovima.

6. ZAKLJUČAK

Kraljevina Ugarska u razdoblju od samo dvije godine sklopila je dvije nagodbe koje su uredile njezine odnose s Austrijom i Hrvatskom, dvjema državama s kojima je stajala u višestoljetnoj državnoj zajednici. Premda je s Hrvatskom državni savez započeo 1102., a s Bečom 1526., ipak je državno-pravni status svekolike Habsburške Monarhije bila pozvana regulirati Austro-ugarska nagodba, dok je Hrvatsko-ugarskom nagodbom uređen odnos Zemalja krune sv. Stjepana.

Prevladava mišljenje da je dualizam predstavljao jednu vrstu realne unije dviju država zasnovane na osobi zajedničkoga vladara te na zajedničkim organima državnoga saveza. Dvojna monarhija nije bila klasična građanska država, jer u zajedničkim poslovima nije bilo središnjega parlamenta koji bi nadzirao vladu, a zajednička ministarstva nisu bila odgovorna zemaljskim parlamentima, a niti njihovim delegacijama, nego samo kralju. Stoga je i državna politika u biti bila kraljeva politika.⁶⁸

Zanimljivo je da su u obje nagodbe Mađari pristali da ih se spominje na drugome mjestu, dakle nakon Austrijanaca odnosno Hrvata. Isto tako je interesantno i to da su tekstovi obje nagodbe ostavili iza sebe prostor za različito tumačenje javnopravnog (državnopravnoga) odnosa njihovih potpisnica, pa se ponekad govori o personalnoj ili realnoj uniji, najčešće o složenoj državi (kako u pogledu austro-ugarske, tako i hrvatsko-ugarske državne zajednice), a gdjekad o autonomiji (mađarsko stajalište o položaju Hrvatske u odnosu na Budimpeštu, ali nikako ne i o položaju Ugarske prema Beču). Valja istaknuti da je jača strana koristila svoj položaj da bi katkad izigrala pojedine njezine odredbe (Austrija prema Ugarskoj, a ova prema Hrvatskoj) protiv čega su prosvjedovali katkad Mađari žaleći se na postupke Beča, a ponekad Hrvati prosvjedujući protiv odluka ugarske vlade.

LITERATURA

- Beksics, Gusztáv: *A dualismus. Története, közjogi értelme és nemzeti törekvéseink*. Budapest, 1892.
- Bencze, László: *Königrätz. A testvérháború vége*, Zrínyi, Budapest, 1991.
- Beuc, Ivan: *Povijest institucija državne vlasti Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije*. Zagreb, 1985.
- Beuc, Ivan: *Povijest država i prava na području SFRJ*. Universitas Studiorum Zagrabienensis, MDCLXIX. III. izdanje, Zagreb, 1989.
- Cieger, András (szerk.): *A kiegyezés. Nemzet és emlékezet*. Osiris Kiadó, Budapest, 2004.
- Cieger, András: *Kormány a mérlegen - a múlt században. A kormány helye és szerepe a dualizmus politikai rendszerében, 1867-1875*. Századvég, br. 14., 1999.

68 Kozari, Monika, op. cit. str. 29.

- Čepulo, Dalibor: Hrvatsko-ugarska nagodba i reforme institucija vlasti u Hrvatskom saboru 1868.-1871. U: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1. Rijeka, 2001. str. 117-148.
- Čulinović Ferdo: *Državnopravna historija jugoslavenskih naroda*, Zagreb, 1954.
- Dautsher von Kollensber, Theodor: *Der Staatreichliche Charakter der Delegationen*. Wien, 1903.
- Deák, Ágnes: Az 1867. decemberi ausztriai törvények a közös ügyekről és azok kezelési módjáról. U: *Aetas*, 2001. br. 3-4. str. 239-243.
- Deák, Albert: *A parlamenti kormányrendszer Magyarországon*. Budapest, 1912.
- Diószegi, István – Somogyi, Éva (szerk.): *Die Protokolle des gemeinsamen Ministerrates der österreichisch - ungarischen Monarchie*. Budapest, 1966-1993.
- Egyed, István: *A delegáció pénzügyi hatásköre*. U: Joghallgatók Tudományos Egyesülete Almanachja 1906/7.
- Ferdinandy, Géza: *A felelősség elve a magyar alkotmányban*. Budapest, 1895.
- Galántai, József: *A Habsburg-monarchia alkotmánya. Osztrák-magyar dualizmus 1867-1918*. Budapest, 1985. str. 91-121.
- Gerő, András: *Deák és a kiegyezés*. Századok, 2003. br. 5.
- Goreczky, Tamás: *Kállay Béni és a magyar delegáció az 1880-as években*. U: Fons, 2007. br. 3.
- Gross, Mirjana - Szabo, Agneza: *Prema hrvatskom građanskom društvu*. Zagreb, 1992.; Gross, Mirjana: Mađarska vlada i hrvatska autonomija u prvim godinama nakon Nagodbe. U: *Historijski zbornik*, 38(1985), str. 1-29.
- Hanák Péter: *Deák és a kiegyezés közjogi megalapozása*. In: Tanulmányok Deák Ferencről. Zalai Gyűjtemény, 5. Zalaegerszeg, 1976.
- Handel, Vilmos: *A parlamenti kormány*. Debrecen, 1920.
- Heka, Ladislav: Hrvatsko-ugarska nagodba u zrcalu tiska. U: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28., br. 2., 2007., str. 897-1440.
- Heka, Ladislav: Hrvatsko-ugarski odnosi od srednjega vijeka do Nagodbe iz 1868. s posebnim osvrtom na pitanje Slavonije. U: *Scrinia Slavonica* (Godišnjak Podružnice za povijest Slavonije, Srijema i Baranje, Hrvatskog instituta za povijest. Svezak 8. (2008). Slavonski Brod, str. 152-173.
- Horvat, Josip: *Politička povijest Hrvatske*, knj. I. Zagreb, 1989.;
- Höbel, Lothar: The Delegations: *Preliminary Sketch of a Semi-parliamentary Institution*. U: *Parlament, Estates and Representation* 6. 1986., str. 149-154.
- Kautz, Gyula: *A parlamentarizmus és különösen a parlamentaris kormányalkat*. Budapesti Szemle, 1906. str. 349-450. odn. poseban otisak 1907.
- Kmetty, Károly: *Közös miniszterei felelőségéről*. U: *Jogtudományi Közlöny*, Budapest, 1915. br. 22., 23. i 24.
- Kolmer, Gusztáv: *Parlament und Verfassung in Österreich* 8. Bde. Wien-Leipzig 1902-1914., reprint Graz, 1972-1980.
- Komjáthy, Miklós: *Az Osztrák-Magyar Monarchia közös minisztertanácsa*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1966.
- Komjáthy, Miklós: *A delegáció első ülészaka és első elnöke*. U: Somogy megye múltjából. Levéltári Évkönyv 14. Kaposvár, 1983.
- Komjáthy, Miklós: *A delegációról*. U: *Jogtörténeti Szemle*, 1992. br. 2.
- Kozári, Mónika: *Dualista rendszer*. Pannonica Kiadó. Budapest, 2005.
- Krestić, Vasilije: *Hrvatsko-ugarska Nagodba 1868. godine*. Srpska akademija nauka i umetnosti. Posebna izdanja, Knjiga CDXXVIII. Odeljenje društvenih nauka. Beograd, 1969. Kušević, Josip: *De municipalibus iuribus et statutis regnorum Dalmatiae, Croatiae et Slavoniae*. Zagreb, 1830.
- Lammer, Margit: *Die österreichische Reichdelegation und die Aussenpolitik Österreich-Ungarn 1879-1891*. (Phil. Diss. Graz, 1987.)

- Máthé, Gábor - Mezey, Barna: *Kroatisch-ungarische öffentlich-rechtliche Verhältnisse zur Zeit der Doppelmonarchie*. Eötvös University Press, Budapest, 2015.
- Mezey, Barna, gl. ured. (Beliznay, Kinga-Föglein, Gizella-Horváth, Attila-Mezey, Barna-Révész, T. Mihály): *Magyar alkotmánytörténet*. Budapest, 1995. str. 66-67.
- Nagy, Miklós: *A volt Monarchia közügyi bizottságainak (delegációk) történeti előzményei* (Budapesti Szemle, 234. sv. 680. br. 1934.) ;
- Pajkossy, Gábor Szerk.: *Magyarország története a 19. században*. Szöveggyűjtemény. Osiris Kiadó, Budapest, 2003.
- Pavličević, Dragutin: *Povijest Hrvatske*. Naklada Pavičić, Zagreb, 2007.
- Sarlós, Béla: *Deák és a kiegyezés*. Gondolat Kiadó, Budapest, 1987.
- Sirotković, Hodimir: Ustavni položaj i organizacija rada Sabora Kraljevine Hrvatske i Slavoniji u građanskom razdoblju njegova djelovanja (1848-1918). *Rad JAZU*, 1981, 393, str. 39-86.
- Somogyi, Éva: *Választójog és parlamentarizmus Ausztriában (1861-1907.)* Akadémiai Kiadó, Budapest, 1968.
- Somogyi, Éva: A delegáció. A delegáció intézményének létrejötte 1867-ben. U: Századok, Budapest, 1994., br. 3-4., str. 465-516.
- Somogyi, Éva: *Die Delegation als Verbindungsintitution zwischen Cis- und Transleithanien*. U: Die Habsburgmonarchie 1848-1918. VII. Verfassung und Parlamentarismus 1. Teilband Verfassungsrechts. Verfassungswirklichkeit, Zentrale Repräsentativ Körperschaften, hg von Helmut Rumpler und Peter Urbanitsch. Wien, 2000. str. 1107-1176.
- Somogyi, Éva: Kormányzati rendszer a dualista Habsburg Monarchiában. *A közös minisztertanács, 1867-1906*. „História Könyvtár”, „Monográfiák”, História Alapítvány, Budapest, 1996.
- Somogyi, Éva: *A „közös ügyek” 1867-1914. Abszolutista és alkotmányos elemek a közösügyes politikában*. „Előadások a történettudomány műhelyeiből”, (História Könyvtár, MTA Történettudományi Intézete, Budapest, 1995.
- Somogyi, Éva: *Az Osztrák-Magyar Monarchia közös kormánya*. U: História. Budapest, 1994/056. <http://www.tankonyvtar.hu/historia-1994-056/historia-1994-056-081013-9>. (20. veljače 2017.).
- Szilágyi, Sándor (gl. urednik): *A magyar nemzet története*. X. kötet. *A modern Magyarország (1848–1896)* Budapest, 1898. I. poglavlje *Deák Ferencz*.
- Šidak, Jaroslav i dr.: *Povijest hrvatskog naroda 1860-1914*. Zagreb, 1968.
- Schlntner, Kurt: *Die Reichsrat delegation Österreich und die Aussenpolitik von 1867. his 1878/79*. Wien, 1950.
- Stourzh, Gerald: Der Dualismus 1867 bis 1918. Zur staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Problematik der Doppelmonarchie. U: *Die Habsburgmonarchie. VII.*, str. 1177-1230.
- Wertheimer, Ede: *Gróf Andrássy Gyula élete és kora. I*. Budapest, 1910., str. 501-536.

László Heka*

Summary

**ANALYSIS OF THE AUSTRO-HUNGARIAN AND THE
CROATIAN-HUNGARIAN COMPROMISE
(ON THE OCCASION OF THE 150 ANNIVERSARY OF THE
AUSTRO-HUNGARIAN COMPROMISE)**

Year 2017 marks the 150th anniversary of the adoption of the Austro-Hungarian Compromise, compromise between Austria and Hungary, which in many segments served as a template for the Croatian-Hungarian deal assembled one year later. These settlements helped Hungary to establish its relations with the court and with the Triune Kingdom of Croatia, Slavonia and Dalmatia, and it also served Hungary since 1102 to establish itself into the State Union. Thus ended the long-standing conflict with Austria and resolved the *Croatian question* in Budapest and Vienna as it was finally taken off the agenda. The Settlements were adopted in a similar way; by negotiations of the Royal Committee, by adopting legal articles in the Provincial Assembly, by sanctions imposed by the King, and then by declaring it in the Parliament. The number of articles (69 or 70), and many of its formulations, are the basis for their comparative analysis. They both have in common that they are contracting parties interpreted in various ways (Austria and Hungary on the one hand and Croatia and Hungary on the other hand), but the settlement served as a permanent tool of political struggle within the individual parts of the monarchy, as well as between the two halves of the Dual Monarchy.

Keywords: *the Austro-Hungarian agreement, the Croatian-Hungarian agreement, delegation, dualism, common tasks.*

* László Heka, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Szeged;
heka@juris.u-szeged.hu

Zusammenfassung

ANALYSE DES ÖSTERREICHISCH-UNGARISCHEN UND KROATISCH-UNGARISCHEN AUSGLEICHS (ANLÄSSLICH DES 150. JUBILÄUMS DES ÖSTERREICHISCH- UNGARISCHEN AUSGLEICHS)

Dieses Jahr wird das 150. Jubiläum des Österreichisch-Ungarischen Ausgleichs gefeiert, eine Vereinbarung zwischen Österreich und Ungarn, welche in vielen Hinsichten als Muster für den ein Jahr später entstandenen Kroatisch-Ungarischen Ausgleich diente. Durch diese zwei Ausgleiche regulierte Ungarn ihre Verhältnisse mit dem Hof und mit dem Dreieinigem Königreich Kroatien, Slawonien und Dalmatien, mit welchem Ungarn seit 1102 in einem Staatsverband stand. So wurde die lange Auseinandersetzung mit Österreich beendet und die kroatische Frage in Budapest und Wien von der Tagesordnung abgesetzt.

Die Ausgleiche wurden auf ähnliche Weise geschlossen, und zwar, durch Verhandlungen von Regnikolardeputationen, Annahme von Gesetzesartikeln in Landtagen, königliche Sanktion von Gesetzesartikeln und ihre Proklamation im Sabor. Die Nummer der Artikel (69, beziehungsweise 70) sowie auch viele Formulierungen darin stellen die Grundlage für eine rechtsvergleichende Analyse dar. Beiden Ausgleichen ist gemeinsam, dass sie von ihren Vertragsparteien (Österreich und Ungarn einerseits und Kroatien und Ungarn andererseits) unterschiedlich ausgelegt wurden. Demzufolge dienten die Ausgleiche als ständige Mittel öffentlicher Auseinandersetzungen und politischer Kämpfe innerhalb mancher Teile der Monarchie sowie auch zwischen den zwei Reichshälften der Doppelmonarchie.

Schlüsselwörter: *Österreichisch-Ungarischer Ausgleich, Kroatisch-Ungarischer Ausgleich, Delegation, Dualismus, gemeinsame Geschäfte.*

Riassunto

L'ANALISI DEI PATTI AUSTRO-UNGARICO E CROATO-UNGARICO (IN OCCASIONE DEL CENTO CINQUANTENARIO DEL PATTO AUSTRO-UNGARICO)

Quest'anno ricorre il centocinquantesimo anniversario dell'emanazione del Patto austro-ungarico, e cioè del compromesso tra l'Austria e l'Ungheria che in molti segmenti è servito quale fondamento per il patto croato-ungarico dell'anno successivo. Con tali due patti i magiari hanno regolato i propri rapporti con la corte e con il Regno di Croazia, Slavonia e Dalmazia, con la quale l'Ungheria si trovava in comunità statale sin dal 1102. In tale modo si concluse un lungo conflitto con l'Austria, ma anche la questione croata venne risolta sia a Budapest che a Vienna.

I patti vennero stipulati in maniera simile: mediante le negoziazioni delle commissioni reali; per accettazione delle disposizioni di legge nei parlamenti dei singoli stati; mediante loro conferma da parte del re e da ultimo mediante proclamazione nei parlamenti. Il numero di articoli (69 ossia 70), come pure molte formulazioni negli stessi costituiscono il fondamento per l'analisi comparata. Entrambi i patti hanno in comune il fatto che le parti contrattuali (Austria ed Ungheria in un caso e Croazia e Ungheria nell'altro caso) li interpretavano diversamente; sicché i patti fungevano a costante strumento per la diatriba giuspubblicistica e per la lotta politica all'interno delle singole parti della monarchia, come anche tra le due metà della monarchia duale.

***Parole chiave:** Patto austro-ungarico, Patto croato-ungarico, delegazione, dualismo, affari comuni.*

NOVI OBLICI RADA KAO SUVREMENI IZAZOV ZA RADNO PRAVO – SLUČAJ UBER¹

Iva Bjelinski Radić, mag. iur.*

UDK: 349.2:331
Ur.: 9. ožujka 2017.
Pr.: 25. travnja 2017.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Pod utjecajem brzog razvoja digitalnih tehnologija u posljednje vrijeme je došlo do pojave novih oblika fleksibilnog zapošljavanja koje karakterizira snažna ili prevladavajuća podrška informacijske i komunikacijske tehnologije. Online platforma Uber za pružanje usluge gradskog prijevoza putnika jedan je od široke javnosti najpoznatijih predstavnika navedenih promjena u svijetu rada. Imajući u vidu da je pojava Ubera izazvala brojne kontroverze i postavila nove suvremene regulatorne izazove u sferi radnog prava, u radu se problematiziraju glavna radnopravna pitanja i izazovi koji proizlaze iz Uberovog poslovnog modela.

U prvom dijelu rada dan je kratki prikaz novih oblika rada nastalih pod utjecajem procesa digitalizacije tržišta rada, s osobitim naglaskom na modelu grupnog zapošljavanja (engl. crowdwork). U drugom dijelu rada autorica analizira poslovni model kojeg koristi platforma Uber. U trećem dijelu detaljno se razmatra problematika klasifikacije vozača Ubera kao radnika ili samozaposlenih osoba, pri čemu se osobito s aspekta hrvatskoga radnog prava nastoji dati odgovor na pitanje jesu li u ugovornom odnosu između Ubera i njegovih vozača – partnera de facto prisutni, i u kojoj mjeri, bitni elementi radnog odnosa. Naposljetku, autorica iznosi zaključna razmatranja te ukazuje na potrebu utvrđivanja jasnog i transparentnog (radno)pravnog okvira, prikladnog za razvoj novih oblika rada nastalih pod utjecajem digitalnih tehnologija.

Ključne riječi: *Uber, crowdwork, bitni elementi radnog odnosa, prikrivanje radnog odnosa, digitalizacija.*

* Iva Bjelinski Radić, mag. iur., asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu; ibjelins@pravo.hr

1 Rad je izrađen u okviru znanstvenog projekta Hrvatski pravni sustav Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

1. UVOD

Brzi razvoj digitalnih tehnologija u posljednje vrijeme doveo je do značajnih promjena u organizaciji rada. Došlo je, između ostalog, i do pojave novih oblika fleksibilnog zapošljavanja koje karakterizira snažna ili prevladavajuća podrška informacijske i komunikacijske tehnologije. *Online* platforma Uber za pružanje usluge gradskog prijevoza putnika jedan je od široj javnosti najpoznatijih predstavnika navedenih promjena u svijetu rada. Pojava Ubera i drugih sličnih *online* platformi izazvala je brojne kontroverze i postavila nove suvremene regulatorne izazove u različitim pravnim područjima, pa tako i u sferi radnog prava.

U ovom radu uvodno će se dati kratki prikaz novih oblika rada nastalih pod utjecajem procesa digitalizacije te potom analizirati poslovni model kojeg koristi Uber radi identifikacije glavnih radnopravnih pitanja i izazova koji proizlaze iz njega. Posebno će se istaknuti vrlo aktualna problematika klasifikacije vozača Ubera kao radnika ili samozaposlenih osoba. S tim u vezi će se s aspekta hrvatskoga prava detaljno razmotriti (radno)pravna priroda ugovornog odnosa između Ubera i njegovih vozača. Cilj je rada utvrditi jesu li u tom ugovornom odnosu *de facto* prisutni, i u kojoj mjeri, bitni elementi radnog odnosa, budući da je navedeno važno za pravno uređenje tog oblika rada.

2. NOVI OBLICI RADA NASTALI POD UTJECAJEM DIGITALIZACIJE I NOVIH TEHNOLOGIJA

Sve šira primjena digitalnih tehnologija u poslovnim procesima izravno dovodi do značajnih promjena na tržištu rada, a samim time i na polju radnog prava. Promjene uvjetovane razvojem novih digitalnih tehnologija zahvaćaju gotovo sve industrijske grane te bitno utječu na ponudu i dostupnost poslova te njihov sadržaj. Proces digitalizacije nameće se, stoga, kao jedna od glavnih pokretačkih snaga u promjeni organizacije rada. U literaturi se govori o pojmu „digitalizacije rada“ te se kao glavne manifestacije ovog fenomena spominju, između ostalog, novi fleksibilni oblici zapošljavanja nastali kao posljedica primjene digitalnih tehnologija.² Sukladno Eurofoundovoj studiji o novim oblicima zapošljavanja objavljenj 2015. godine³ u posljednjih 15 godina u zemljama Europske unije (u daljnjem tekstu: EU) pojavili su se brojni novi modeli fleksibilnog zapošljavanja, među kojima neke karakterizira

2 Houwerzijl, M., *Digitalization and Mobility of EU-Workers/Services*, ELLN, Digitalisation and Labour Law (8th annual legal seminar, 2015.), keynote paper, str. 1, dostupno na: [https://pure.uvt.nl/portal/en/publications/digitalisation-and-mobility-of-euworkersservices--digitalisierung-und-mobilitat-von-euarbeitnehmer-dienstleistungen-digitalisation-et-mobilite-des-travailleurs-et-services-europeens\(6fd2583a-e78c-489c-a784-128e92bdf8f5\).html](https://pure.uvt.nl/portal/en/publications/digitalisation-and-mobility-of-euworkersservices--digitalisierung-und-mobilitat-von-euarbeitnehmer-dienstleistungen-digitalisation-et-mobilite-des-travailleurs-et-services-europeens(6fd2583a-e78c-489c-a784-128e92bdf8f5).html) (27.2.2017.).

3 Eurofound, *New forms of employment*, 2015., dostupno na: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment> (16.2.2017.).

snažna ili prevladavajuća podrška informacijske i komunikacijske tehnologije (IKT).

Jedan od takvih oblika zapošljavanja je IKT mobilni rad (engl. *ICT-based mobile work*). Prema Eurofoundu, sve veća dostupnost mobilnih tehnologija i komunikacijskih medija, ponajprije tzv. pametnih telefona (engl. *smartphones*) i tableta te jednostavnost povezivanja s internetom koju oni omogućuju, dovodi do pojave sve većeg broja mobilnih radnika. Karakteristično za IKT mobilni rad je da se posao odvija barem djelomično, ali redovito, izvan ureda poslodavca, pri čemu se IKT koristi za *online* spajanje na računalni sustav poslodavca. Taj oblik rada obuhvaća razne načine obavljanja posla putem elektroničkih uređaja, koji omogućavaju radnicima rad s raznih lokacija izvan ureda njihovog poslodavca, primjerice od kuće, iz poslovnih prostorija klijenta ili „na cesti“.⁴ Specifičnosti IKT mobilnog rada su odsutnost fiksnog mjesta rada, obavljanje radnih zadataka putem interneta, podrška mobilnosti od strane upravljačke strukture te tzv. mobilna radna kultura.⁵

Nadalje, utjecaj procesa digitalizacije još se radikalnije očituje u pojavi tzv. „platformizacije“ rada. U literaturi⁶ se govori o novom obliku rada – grupnom zapošljavanju (engl. *crowdwork, crowdsourcing, crowd employment*). Spomenuto Eurofoundovo izvješće definira *crowdwork* kao „model zapošljavanja koji koristi *online* platformu kao posrednika koji omogućuje organizacijama ili pojedincima da pristupe neodređenoj i neograničenoj grupi drugih organizacija ili pojedinaca koja rješava određeni specifični problem ili pruža specifičnu uslugu ili proizvod, uz naknadu“.⁷ Radi se o novom obliku *outsourcinga* radnih zadataka, koji bi uobičajeno bili dodijeljeni individualno određenom radniku, a na ovaj način njihovo je izvršavanje upućeno prema velikoj grupi tzv. „virtualnih radnika“ odnosno „mnoštvu“ u formi otvorenog poziva.⁸ Digitalna tehnologija ključan je čimbenik koji omogućuje *crowdwork*, budući da se spajanje klijenta i radnika, kao i samo izvršavanje radnog zadatka odvija uglavnom *online*.⁹

Risak razlikuje unutarnji *crowdwork* (engl. *internal crowdwork*), kod kojeg se mnoštvo sastoji od postojeće radne snage zaposlene kod poslodavca te vanjski *crowdwork* (engl. *external crowdwork*) gdje se koristi *online* platforma (engl. *crowdsourcing platform*) za pristup neodređenom broju pojedinaca koji mogu

4 *Ibid.*, str. 72-81.

5 Houwerzijl, *op. cit.* u bilj. 1, str. 2.

6 Vidi npr. Felstiner, A., *Working the crowd: Employment and labor law in the crowdsourcing industry*, Berkeley, Berkeley Journal of Employment & Labor Law, vol. 32, 1/2011., str. 143-204; Risak, M., *Crowdworking: towards a „new“ form of employment*, ELLN, New forms of employment and EU law (7th annual legal seminar, 2014.), working paper te Prassl, J.; Risak, M., *Uber, Taskrabbit, and co.: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork*, Champaign, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, 3/2016.

7 Eurofound, *op. cit.* u bilj. 2, str. 107.

8 Poblize o modelu *crowdworka* te prednostima i rizicima koji proizlaze iz ovog oblika zapošljavanja vidi u: Felstiner, *op. cit.* u bilj. 5.

9 Eurofound, *op. cit.* u bilj. 2, str. 109.

izvršiti zadatak.¹⁰ Spektar usluga i zadataka koji se mogu obavljati putem tzv. vanjskog *crowdworka* je veoma širok. S jedne strane postoji čitav niz „fizičkih“ usluga koje se putem *crowdworka* pružaju u stvarnom (*offline*) svijetu, pri čemu radnik (engl. *crowdworker*) dolazi u izravan kontakt s klijentom. Primjeri uključuju usluge prijevoza (pružaju se primjerice preko platforme Uber¹¹), usluge u domaćinstvu poput čišćenja ili popravaka (primjerice platforma Helpling¹²) ili računovodstvene usluge te usluge korisničke podrške (primjerice platforma UpWork¹³).¹⁴ Osim toga, *crowdwork* obuhvaća i digitalni rad koji se obavlja u virtualnom svijetu, najčešće putem sučelja koje nudi odgovarajuća platforma. Često se ovdje radi o vrlo jednostavnim, ponavljajućim aktivnostima, tzv. „mikrozadacima“, koji podrazumijevaju nisku naknadu te visoko standardizirane ili automatizirane procese (npr. označavanje i kreiranje opisa slika, kategorizacija podataka i proizvoda, prevođenje i korektura kratkih tekstova itd.). Iako se načini nuđenja ovakvih mikrozadataka na platformama mogu razlikovati, zajednička im je namjera stvaranja neke vrste konkurencije između *crowd*-radnika.¹⁵ Među vodećim platformama koje nude ovaj oblik radnih zadataka su, između ostalih, Amazon Mechanical Turk¹⁶ i Clickworker¹⁷.

Crowdwork karakteriziraju uglavnom loši uvjeti rada, niske naknade za obavljani rad, nesigurnost u pogledu naknade za rad te često ovisnost o određenoj platformi zbog postojanja sustava tzv. digitalne reputacije.¹⁸ Pojava ovog oblika rada predstavlja i novi izazov za postojeće sustave socijalne sigurnosti, ponajprije zbog problema klasifikacije ovakvih radnika kao formalno samozaposlenih osoba, o čemu će više biti riječi u glavi 4.¹⁹

10 Risak, *op. cit.* u bilj. 5, str. 1.

11 Uber, dostupno na: <https://www.uber.com/hr/> (16.2.2017.).

12 Helpling, dostupno na: <http://www.helpling.com/> (16.2.2017.).

13 UpWork, dostupno na: <https://www.upwork.com/> (16.2.2017.).

14 Prassl; Risak, *op. cit.* u bilj. 5, str. 623-624.

15 Opširnije o tome vidi u: Risak, M.; Warter, J., *Decent Crowdwork: Legal Strategies towards fair employment conditions in the virtual sweatshop*, 2015., dostupno na: http://www.rdw2015.org/uploads/submission/full_paper/373/crowdwork_law_RisakWarter.pdf (16.2.2017.); Risak, *op. cit.* u bilj. 5 i Eurofound, *op. cit.* u bilj. 2, str. 107-117.

16 Amazon Mechanical Turk, dostupno na: <https://www.mturk.com/mturk/welcome> (16.2.2017.).

17 Clickworker, dostupno na: <https://www.clickworker.com/> (16.2.2017.).

18 Naime, *crowd*-radnicima koji redovito rade za određenu platformu te postižu zadovoljavajuće radne rezultate dodjeljuju se bodovi, „zvjezdice“ ili drugi simboli statusa. Atraktivnije i bolje plaćene radne zadatke tako dobivaju radnici s boljom reputacijom, pri čemu treba istaknuti da reputacija nije prenosiva s jedne platforme na drugu, konkurentsku platformu. V. Risak; Warter, *op. cit.* u bilj. 14, str. 3-4. Također, o sustavu ocjenjivanja vozača Ubera od putnika v. *infra* glava 3. i glava 4.2.4.

19 Detaljnije o izazovima koje pred socijalnu poliku u državama EU-a postavlja *crowdwork* vidi u: Eichhorst, W.; Hinte, H.; Rinne, U.; Tobsch, V., *How Big is the Gig? Assessing the Preliminary Evidence on the Effects of Digitalization on the Labor Market*, IZA Policy Paper br. 117, 2016., dostupno na: <http://ftp.iza.org/pp117.pdf> (15.2.2017.), str. 7-12.

Autorica ističe da neki autori, primjerice De Stefano, koriste nešto drukčiju terminologiju te pod pojam *crowdworka* podvode samo one oblike rada koji se odvijaju *online*, bez izravnog kontakta između radnika i klijenta. De Stefano tako navodi da pojam tzv. gig-ekonomije²⁰ obuhvaća dva glavna oblika rada – *crowdwork* i rad na zahtjev putem aplikacija (engl. *work on – demand via apps*).²¹ Dok *crowdwork* uključuje „mikrozadatke“ koji se obavljaju putem *online* platformi, rad na zahtjev putem aplikacija odnosi se na tradicionalne radne aktivnosti poput transporta ili čišćenja, koje se nude i dodjeljuju radnicima putem mobilnih aplikacija. Glavna razlika je u tome što se *crowdwork* ponajprije obavlja *online*, dok rad na zahtjev putem aplikacija jedino spaja ponudu i potražnju putem *online* platforme odnosno aplikacije, a sama usluga se kasnije pruža lokalno, tj. *offline*. Zajedničke karakteristike ovih oblika rada su: korištenje digitalnih tehnologija i interneta za spajanje ponude i potražnje rada i usluga, rizik od dehumanizacije rada, mogućnost prebacivanja rizika i odgovornosti na individualne radnike, nestabilnost dohotka za radnike te često nepriznavanje prava iz sustava socijalne sigurnosti takvim radnicima.²²

3. PLATFORMA UBER – POSLOVNI MODEL ZA 21. STOLJEĆE?

Radi identifikacije glavnih radnopravnih pitanja i problema koja proizlaze iz sve prisutnije digitalizacije tržišta rada te opisanih novih oblika rada, analiza će se usmjeriti na detaljnije razmatranje poslovnog modela *online* platforme Uber.

Kompanija Uber Technologies Inc. utemeljena je 2009. godine, sa sjedištem u San Franciscu u Kaliforniji. Radi se o globalno prisutnoj *online* platformi za pružanje usluga gradskog prijevoza putnika, koja trenutno posluje na tržištu u više od 60 država svijeta, odnosno u preko 550 gradova.²³ Sukladno klasifikacijama izloženim u prethodnom poglavlju, Uber je jedan od glavnih predstavnika modela tzv. *offline crowdworka*, odnosno rada na zahtjev putem aplikacije. Poslovni model kojeg je razvio Uber postao je predložak za brojne druge *online* platforme.²⁴

Način na koji Uber funkcionira je veoma jednostavan. Klijenti Ubera koriste besplatnu aplikaciju na svojim mobilnim telefonima kako bi naručili vožnju

20 Oxfordov rječnik engleskog jezika definira pojam gig-ekonomije kao „tržište rada na kojem prevladavaju ugovori sklopljeni na kratko vremensko razdoblje ili honorarni poslovi (engl. *freelance work*), za razliku od stalnih radnih mjesta.“

21 De Stefano, V., *The Rise of the „Just-in-Time Workforce“: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the „Gig Economy“*, Champaign, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, 3/2016., str. 473-480.

22 Poblje o tome vidi u: *ibid.*, str. 473-485.

23 Uber, dostupno na: <https://www.uber.com/hr/cities/> (15.2.2017.).

24 Aloisi, A., *Commoditized workers: Case study research on labor law issues arising from a set of „on-demand/ gig economy“ platforms*, Champaign, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, 3/2016., str. 672.

s određene lokacije, koju aplikacija automatski pronalazi, a potom podatke o zatraženoj usluzi prenosi najbližim Uberovim vozačima na tom geografskom području. Aplikacija omogućuje klijentima dobivanje informacija o predviđenom vremenu čekanja te procijenjenoj cijeni vožnje. Nakon što klijent naruči vožnju, a određeni vozač prihvati narudžbu, klijent putem aplikacije može vidjeti podatke o vozaču (ime, fotografiju i ocjene drugih putnika) te detalje o vozilu koje dolazi po njega. Vožnja se naplaćuje izravno s kreditne kartice klijenta, stoga gotovina nije potrebna da bi se izvršilo plaćanje.²⁵ Dakle, naplata od putnika se automatski vrši putem platforme, pri čemu se, nakon što Uber odbije svoju proviziju u iznosu od 20 do 30 %, preostali iznos prosljeđuje vozaču.²⁶ Odnedavno, Uber je putnicima u određenim gradovima, koji uključuju i neke hrvatske, omogućio i gotovinsko plaćanje.²⁷ Bitno je napomenuti da cijenu usluge prijevoza određuje Uber, dakle vozač i putnik ne mogu pregovarati o cijeni.²⁸

Potencijalni Uberovi vozači - partneri trebaju proći kroz proces registracije, što uključuje predočavanje podataka o vozačkoj dozvoli i dokaza o registraciji vozila te osiguranju. Od kandidata za Uberovog vozača ne traže se nikakvi posebni dodatni uvjeti i/ili vještine.²⁹ Uvjeti se razlikuju ovisno o gradu, pri čemu se na Uberovoj *web* stranici kao minimalni uvjeti navode: (i) uvjet minimalne starosti, (ii) ispunjavanje zakonskih uvjeta za vožnju u matičnoj zemlji, (iii) prolazak kroz obuku u vidu kratkog videozapisa. Provjera vozača uključuje pregled vozačke evidencije i povijesti kažnjavanja.³⁰

Pri registraciji vozač sklapa ugovor s Uberom klikom miša, odnosno elektroničkim očitovanjem volje putem interneta na *web* stranici (engl. *click-wrap agreement*³¹). Pritom se moraju složiti s Uberovim odredbama i uvjetima³², što potvrđuju putem tipke ili poveznice s natpisom „slažem se“ (engl. *I accept*).

Vozači sami biraju kada će i koliko dugo raditi. Mogu odbiti zahtjev za vožnju ili otkazati zahtjev, međutim razvidno je da Uber očekuje od svojih voza-

25 Uber, dostupno na: <https://www.uber.com/hr/ride/how-uber-works/> (14.2.2017.).

26 Prassl, J., *Digitalisation, Self-employment and Precarious Work: Recent Developments in the UK*, ELLN, Digitalisation and labour law (8th annual legal seminar, 2015.), keynote paper, str. 1-2.

27 Uber, dostupno na: <https://newsroom.uber.com/croatia/uvodimo-placanje-gotovinom-za-sve-uber-voznje-u-zagrebu-splitu-dubrovniku-i-zadru/> (28.2.2017.).

28 Todolí-Signes, A., „*Uber economy*“: *employee, self-employed or a need of a special employment regulation?*, SSRN working paper, 2015., dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703057 (14.2.2017.), str. 3. Više o načinu izračunavanja tarifa vidi na: <https://help.uber.com/hr/h/33ed4293-383c-4d73-a610-d171d3aa5a78> (14.2.2017.).

29 Aloisi, *op. cit.* u bilj. 23, str. 672-673.

30 Uber, dostupno na: <https://www.uber.com/hr/drive/requirements/> (16.2.2017.).

31 Opširnije o pravnoj prirodi *click wrap* ugovora vidi u: Matić, T., *Formularni ugovori u elektroničkom obliku (Sklopanje ugovora klikom miša - elektroničkim očitovanjem volje putem Interneta na web stranici – click wrap i browse wrap ugovori)*, Zagreb, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, 3/2008., str. 779-803.

32 Uber, dostupno na: <https://help.uber.com/hr/h/44cf1f0e-27ca-4919-9621-f1321a0381c1> (16.2.2017.).

ča - partnera da to čine samo ako je riječ o prijekojoj potrebi.³³ Štoviše, vozači koji otkazuju vožnje učestalije od prosjeka za grad u kojem rade, mogu očekivati da će im Uber dati upozorenje, a visoki postotak otkaznih vožnji u konačnici može dovesti i do deaktivacije korisničkog računa vozača.³⁴

Treba napomenuti da Uberovi vozači sami plaćaju sve troškove vezane uz pružanje usluge prijevoza, što uključuje troškove benzina, osiguranja, održavanja vozila te poreze, a također preuzimaju i odgovornost za nastalu štetu.³⁵ Vozači - partneri moraju dati ocjenu putnika pri svakoj vožnji. Isto tako, nakon svake vožnje putnici imaju priliku ocijeniti vozača (od 1 do 5 zvjezdica) te ostaviti anonimne povratne informacije o vožnji.³⁶

4. PROBLEM KLASIFIKACIJE VOZAČA UBERA – RADNICI, SAMOZAPOSLENI ILI NEŠTO TREĆE

Poslovni model kojeg koristi Uber, ali i neke druge *online* platforme, otvorio je brojna pitanja i postavio nove suvremene regulatorne izazove u različitim pravnim područjima, primjerice u sferi prometnog prava³⁷, poreznog prava ili prava tržišnog natjecanja.³⁸ Iako iz ovakva inovativnog oblika poslovanja očigledno proizlaze određene koristi za potrošače i društvo u cjelini³⁹, stječe se dojam da javnost Uberu upućuje puno više kritika nego pohvala. Između ostalog, otvara se pitanje nelojalne konkurencije s vozačima taksija, zaštite osobnih podataka i privatnosti Uberovih klijenata, problem sigurnosti Uberovih putnika te diskriminacije vozača i/ili klijenata.⁴⁰ Treba napomenuti da je pojava Uberovih usluga dovela i do niza, katkada nasilnih, prosvjeda te do sudskih postupaka diljem Europe⁴¹ i Sjedinjenih Američkih Država (u daljnjem tekstu: SAD).

33 Uber, dostupno na: <https://help.uber.com/hr/h/d30735ec-7f6f-490d-afa5-176bb1e01fa7> (16.2.2017.).

34 Uber, dostupno na: <https://help.uber.com/hr/h/520c1520-14f7-4144-b581-8f18846a8174> (16.2.2017.).

35 Todoli-Signes, *op. cit.* u bilj. 27, str. 4.

36 Uber, dostupno na: <https://help.uber.com/hr/h/99928811-f3a0-4fd6-9fce-a3436b5238d0> (15.2.2017.).

37 Za detaljnu analizu pravnog okvira obavljanja djelatnosti prijevoza putnika u unutarnjem cestovnom prometu u Republici Hrvatskoj i pravne kvalifikacije usluge koju pruža Uber s aspekta prometnog prava vidi: Marin, J., *Pravni okvir obavljanja djelatnosti prijevoza putnika u unutarnjem cestovnom prometu u Republici Hrvatskoj s posebnim osvrtom na autotaksi prijevoz i iznajmljivanje vozila s vozačem* (rad u postupku objavljivanja).

38 Vidi npr. Prassl, *op. cit.* u bilj. 25, str. 3, 5-6.

39 Vidi npr. Rogers, B., *The Social Cost of Uber*, Chicago, The University of Chicago Law Review Dialogue, vol. 82, 2015., str. 90-91.

40 *Ibid.*, str. 91-98.

41 Na navedenu pojavu upozorava i Europsko gospodarsko i socijalno vijeće u svojem Mišljenju o temi „Ekonomija dijeljenja i samoregulacija“ 2016/C 303/5 (v. točku 5.2.2.), SL L C 303/37 od 19.8.2016.

Mišljenje autorice je da se s radnopravnog aspekta kao glavni izazov nameće pitanje ispravnosti klasifikacije Uberovih vozača. Temeljno pravno pitanje odnosi se, stoga, na određivanje dosega radnozaštitnog zakonodavstva, pri čemu je prije svega potrebno razmotriti jesu li vozači Ubera: (i) radnici kojima treba osigurati radnopravnu zaštitu, (ii) samozaposlene osobe koje ostaju izvan dosega radnog zakonodavstva ili se radi o (iii) potpuno novom obliku rada, koji treba imati zasebni pravni status.⁴²

U tom smislu treba napomenuti da neki autori⁴³ upozoravaju kako je rast tzv. gig-ekonomije doveo do širenja nesigurnog načina rada (engl. *precarious employment*) i prebacivanja brojnih rizika poslovanja na radnike, a što se očituje osobito u nestabilnosti⁴⁴ njihovog dohotka⁴⁵ ili zahtjevu za financiranjem troškova sredstava rada od strane samih radnika⁴⁶.

Osobe zaposlene u gig-ekonomiji najčešće se formalno klasificiraju kao samozaposlene osobe. Štoviše, u svojim općim uvjetima platforme u najvećem broju slučajeva eksplicitno ističu da su osobe koje obavljaju rad odnosno pružaju usluge na konkretnoj platformi ili aplikaciji samozaposlene osobe.⁴⁷ Uber u svojim odredbama i uvjetima tako navodi da se radi o tehnološkoj platformi te da aplikacija Uber samo povezuje korisnike i vozače - partnere koji koriste vlastita vozila. Ističe se da Uber ne pruža usluge prijevoza i ne služi kao izvršitelj prijevoza te da takve usluge prijevoza ili logistike pružaju nezavisni treći ugovaratelji koji nisu zaposleni u Uberu niti u njegovim podružnicama.⁴⁸ Definišući se isključivo kao posrednik, Uber odbacuje svaku odgovornost povezanu s uslugama koje pružaju njegovi vozači - partneri.⁴⁹

Prema De Stefanu, činjenica da se radnike u gig-ekonomiji klasificira kao samozaposlene osobe (engl. *independent contractor*) omogućuje platformama poput

42 Tako i: Prassl; Risak, *op. cit.* u bilj. 5, str. 619-620, Aloisi, *op. cit.* u bilj. 23, str. 656.

43 Tako i: Sprague, R., *Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy: Trying to Fit Square Pegs into Round Holes*, Minneapolis, ABA Journal of Labour & Employment Law, vol. 31, 1/2015., str. 53-76.; De Stefano, *op. cit.* u bilj. 20, str. 475-489.

44 Stabilnost dohotka kod radnika je tradicionalno zaštićena, primjerice propisima o minimalnoj plaći i sustavom osiguranja za vrijeme nezaposlenosti.

45 Za detaljnu analizu (ne)sigurnosti dohotka *crowd*-radnika te njihove ekonomske ovisnosti o platformama i općenito uvjeta rada vidi: Berg, J., *Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers*, Champaign, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, 3/2016., str. 543-576.

46 Tako primjerice Uberovi vozači – partneri voze vlastite automobile te plaćaju troškove benzina i ostale troškove vezane za pružanje usluge prijevoza putnika. V. *supra* glava 3.

47 De Stefano, *op. cit.* u bilj. 20, str. 485.

48 Uber, dostupno na: <https://www.uber.com/hr/legal/terms/hr/> (16.2.2017.).

49 *Ibid.*, točka 5. U Uberovim Odredbama i uvjetima za Hrvatsku navodi se, između ostalog, da „Uber ne pruža izjave ili jamstva o pouzdanosti, pravovremenosti, kvaliteti, prikladnosti ili dostupnosti usluga ili bilo kojih usluga ili dobara zatraženih uporabom usluga ili da će usluge biti bez prekida ili pogrešaka“, te da „tvrtka Uber nije odgovorna za neizravne, slučajne, posebne, kaznene ili posljedične štete, uključujući gubitak profita, gubitak podataka, osobne ozljede ili oštećenje imovine koje se odnose na, povezane su sa ili su na drugi način posljedica bilo kojeg korištenja usluga, čak i ako je Uber upozoren o mogućnosti takvih šteta“.

Ubera ne samo odbacivanje svoje neizravne odgovornosti prema klijentima, nego i izbjegavanje čitavog niza obveza koje proizlaze iz radnozaštitnog zakonodavstva, uključujući primjerice pravo radnika na minimalnu plaću, uplatu doprinosa u sustave socijalne sigurnosti, odmora i dopuste, naknadu plaće tijekom privremene nesposobnosti za rad, antidiskriminacijsku zaštitu itd.⁵⁰

Autorica napominje da postoje brojni sudski procesi u SAD-u⁵¹ te nekim državama EU-a⁵² koji se odnose na pitanje ispravnosti klasifikacije vozača Ubera kao samozaposlenih osoba, odnosno na problematiku je li Uber poslodavac, a njegovi vozači radnici.

Autorica će se u nastavku usredotočiti na pravni poredak Republike Hrvatske te analizirati problem klasifikacije vozača Ubera s aspekta hrvatskoga radnog zakonodavstva i pravne teorije.

4.1. Problem klasifikacije vozača Ubera u pravnom sustavu Republike Hrvatske

Zakonodavstva svih europskih država razlikuju rad na temelju ugovora o radu (nesamostalni odnosno subordinirani rad) od rada samozaposlenih osoba (samostalni rad). Važnost tog razlikovanja ogleda se u ključnoj činjenici da se na nesamostalan rad primjenjuju odredbe radnog prava, a na samostalan rad odredbe građanskog i trgovačkog prava. Dok s jedne strane povijesni razvoj radnopravnog uređenja nesamostalnog rada počiva na ideji potrebe zaštite radnika kao pravno i socijalno slabije ugovorne strane, samozaposlene osobe se s druge strane smatraju ravnopravnima drugoj ugovornoj strani, a njihov rad uređuju principi tržišta. Stoga se odredbama građanskog i trgovačkog prava nastoji osigurati tek ispravno i učinkovito djelovanje tržišnih mehanizama.⁵³

I u pravnom sustavu Republike Hrvatske postoji navedeno razgraničenje između nesamostalnog i samostalnog rada. U članku 1. Zakona o radu (u daljnjem tekstu: ZR)⁵⁴ definira se predmet toga zakona, kojim se uređuju radni odnosi u Republici Hrvatskoj, ako drugim zakonom ili međunarodnim ugovorom, koji je sklopljen i potvrđen u skladu s Ustavom Republike Hrvatske, te objavljen, a koji je na snazi, nije drukčije određeno. Time je ZR određen kao temeljni opći zakon

50 De Stefano, *op. cit.* u bilj. 20, str. 478-479.

51 Za cjelovit pregled sudskih postupaka u SAD-u koji se odnose na pitanje klasifikacije radnika koji rade u tzv. ekonomiji na zahtjev (engl. *on-demand economy*) vidi: Cherry, M. A., *Beyond Misclassification: The digital transformation of work*, Champaign, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, 3/2016., str. 577-602. Dodatno, vezano za sudske postupke koji se u SAD-u vode protiv Ubera vidi npr.: Aloisi, *op. cit.* u bilj. 23, str. 672-678. i Sprague, *op. cit.* u bilj. 42.

52 Primjerice u Ujedinjenom Kraljevstvu, v. <https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/28/uber-uk-tribunal-self-employed-status> (16.2.2017.).

53 Perulli, A., *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, 2003., str. 6-7.

54 Zakon o radu, NN, br. 93/14.

kojim se normativno uređuju radni odnosi, a primjenjuje se ako drugim zakonom ili međunarodnim ugovorom nije nešto drugo riješeno. Treba, stoga, istaknuti da je predmet hrvatskoga radnog prava upravo nesamostalan odnosno ovisan rad, pri čemu je samostalan rad izvan dosega njegovih normi.⁵⁵

Postavlja se pitanje kako utvrditi je li neki ugovorni odnos s činidbom rada radni odnos te posljedično - primjenjuje li se na njega radnozaštitno zakonodavstvo Republike Hrvatske. Bitne elemente radnog odnosa u hrvatskom pravu možemo prepoznati u odredbi članka 7. ZR-a o temeljnim obvezama i pravima iz radnog odnosa. Tako je, između ostalog, određeno da je poslodavac obavezan u radnom odnosu radniku dati posao te mu za obavljeni rad isplatiti plaću, a radnik je obavezan prema uputama koje poslodavac daje u skladu s naravi i vrstom rada, osobno obavljati preuzeti posao. Poslodavac ima pravo pobliže odrediti mjesto i način obavljanja rada, poštujući pritom prava i dostojanstvo radnika.⁵⁶ Iz navedenog proizlazi da je radni odnos dobrovoljno zasnovan naplatni odnos u kojem je radnik obavezan osobno obavljati rad, prema uputama i pod nadzorom poslodavca.⁵⁷ Stoga se u pravnoj teoriji i sudskoj praksi ustalilo stajalište da postoje četiri bitna elementa radnog odnosa, temeljem kojih se radni odnos razlikuje od drugih pravnih odnosa:⁵⁸ dobrovoljnost, obveza osobnog obavljanja rada, podređenost (subordinacija) i napolatnost.⁵⁹

U kontekstu razmatranja temeljnog radnopravnog problema klasifikacije vozača Ubera kao radnika ili samozaposlenih osoba, bitno je skrenuti pozornost na odredbu članka 10. stavak 2. ZR-a, kojom je propisano: „Ako poslodavac s radnikom sklopi ugovor za obavljanje posla koji, s obzirom na narav i vrstu rada te ovlasti poslodavca, ima obilježja posla za koji se zasniva radni odnos, smatra se da je s radnikom sklopio ugovor o radu, osim ako poslodavac dokaže suprotno“.⁶⁰ Dakle, ako su ugovorne strane sklopile neki drugi ugovor s činidbom rada, a po naravi stvari se radi o ugovoru o radu, zakonodavac postavlja oborivu presumpciju⁶¹

55 O pravnom predmetu radnog prava vidi: Ravnić, A., *Osnove radnog prava – domaćeg, usporednog i međunarodnog*, Zagreb, Pravni fakultet, 2004., str. 118-126.

56 Čl. 7. st. 1. i 2. ZR.

57 Tako i: Grgurev, I., *Ugovor o radu*, u: Crnić, I. et al., *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Potočnjak, Ž.), Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007., str. 12.

58 Svaki drugi pravni oblik obavljanja rada, kod kojeg nisu zastupljeni svi navedeni elementi radnog odnosa, predstavlja rad izvan radnog odnosa. Detaljnije o pojavnim oblicima rada izvan radnog odnosa u Republici Hrvatskoj vidi u: Potočnjak, Ž.; Gotovac, V., *Rad i pravni oblici rada u Republici Hrvatskoj*, u: Rad u Hrvatskoj: Pred izazovima budućnosti (ur. Franičević, V. i Puljiz, V.), Zagreb, Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2009., str. 281.-283.

59 Vidi: Ravnić, *op. cit.* u bilj. 54, str. 146-147.; Grgurev, *op. cit.* u bilj. 56, str. 12-19.

60 Čl. 10. st. 2. ZR.

61 ZR dopušta da poslodavac dokaže suprotno, odnosno da dokaže da se ne radi o radnom odnosu. Prema Rožmanu, to znači da poslodavac može: (i) osporavati da takav ugovor ima narav radnog odnosa ili (ii) tvrditi da je, iako se radi o ugovornom odnosu koji ima elemente radnog odnosa, takav ugovorni odnos dopušten u tom obliku bez ugovora o radu, temeljem samog Zakona o radu ili posebnog propisa. Vidi: Čavrak, D. et al., *Detaljni komentar novoga Zakona o radu*, Zagreb, Radno pravo, 2014., str. 48-60.

da je sklopljen ugovor o radu, neovisno o tome što su stranke stvarno htjele i kako su ugovor nazvale. Ovom odredbom u našem radnom pravu ograničena je autonomija ugovornih strana, na način da je prihvaćeno načelo davanja prednosti činjenicama (engl. *primacy of fact principle*).⁶² Prema Gotovcu, ovakvim rješenjem se načelu autonomije ugovornih strana suprotstavlja „načelo prednosti radnog odnosa“, koje kod prosuđivanja pravne prirode konkretnog pravnog odnosa polazi od naravi i vrste činidbe rada te ovlasti poslodavca, a ne autonomijom ugovornih strana određenog naziva i dijela sadržaja pravnog odnosa.⁶³

Već je rečeno da Uber svoje vozače – partnere smatra „nezavisnim trećim ugovarateljima“ te izričito navodi da oni nisu radnici Ubera. Treba imati na umu da poslodavci ponekad radnike svjesno tretiraju kao samozaposlene osobe, prividno s njima sklapajući neki drugi ugovor s prestacijom rada umjesto ugovora o radu, a sve s namjerom da time izbjegnju odredbe radnozaštitnog zakonodavstva koje se primjenjuje isključivo na radnike.⁶⁴ U nastavku će autorica stoga analizirati ugovorni odnos koji postoji između Ubera i njegovih vozača – partnera te pokušati dati vlastito stajalište o tome jesu li u tom odnosu *de facto* prisutni, i u kojoj mjeri, bitni elementi radnog odnosa. Cilj je, dakle, pokušati dati odgovor na pitanje postoji li u tom slučaju tzv. prikrivanje radnog odnosa (engl. *disguised employment, false self-employment*) ili se eventualno radi o takvom obliku rada koji ne možemo jednostavno svrstati u postojeće kategorije nesamostalnog ili samostalnog rada, budući da pokazuje određene karakteristike i jedne i druge kategorije.⁶⁵ Pritom će se analiza ograničiti na ugovorni odnos između Ubera i vozača - partnera, ne ulazeći u razmatranje pravne prirode ostalih odnosa koji se stvaraju poslovanjem Ubera - onoga između Ubera i korisnika usluge prijevoza te odnosa između vozača i korisnika usluge prijevoza.⁶⁶

62 V. Perulli, *op. cit.* u bilj. 52, str. 31.

63 Gotovac, V., *Razlikovanje ugovora o radu i ugovora o djelu*, Zagreb, Pravo i porezi, vol. 21, 1/2012., str. 14.

64 V. Grgurev, *op. cit.* u bilj. 56, str. 3-4.

65 Prema Perulliju, postoji tzv. „siva zona“ između rada temeljem ugovora o radu i rada samozaposlenih osoba. Ona obuhvaća dvije različite potkategorije. U prvom slučaju radi se o oblicima rada koji istovremeno imaju karakteristike i samostalnog i nesamostalnog rada, stoga ih je teško svrstati u neku od spomenutih kategorija u državama koje imaju binarni sistem (tj. razlikuju samo samostalan i nesamostalan rad). S druge strane, u „sivu zonu“ Perulli ubraja i slučajeve prikrivanja radnog odnosa, dakle one oblike rada koji se prikazuju kao samostalan rad, ali se *de facto* ipak radi o radnom odnosu. Vidi: Perulli, *op. cit.* u bilj. 52, str. 14-16.

66 Detaljnije o ugovornim odnosima koji se pojavljuju u poslovanju *online* platformi u kontekstu *crowdworka* vidi: Prassl; Risak, *op. cit.* u bilj. 5.

4.2. Postojanje bitnih elemenata radnog odnosa u odnosu između Ubera i njegovih vozača – partnera

4.2.1. Dobrovoljnost

Dobrovoljnost podrazumijeva suglasnost volja ugovornih strana za nastanak i postojanje radnog odnosa, pri čemu je važno istaknuti da ovaj bitan element radnog odnosa nije specifičan samo za ugovor o radu. Naime, za svaki ugovorni odnos karakteristično je da se sklapa suglasnošću volja ugovornih strana, s posljedicom ništetnosti kada dobrovoljnost izostane.⁶⁷ Primijeni li se navedeno na odnos između Ubera i vozača – partnera, evidentno je da vozači ni na koji način nisu prisiljeni proći kroz proces registracije kako bi postali partneri Ubera, već odluku u stupanju u taj ugovorni odnos donose slobodnom voljom. Ako bi postojali slučajevi u kojima je takav ugovor sklopljen prisilno, radilo bi se o ništetnom ugovoru sukladno članku 279. stavku 3. Zakona o obveznim odnosima (u daljnjem tekstu: ZOO).⁶⁸

4.2.2. Obveza osobnog obavljanja rada

Obveza radnika da osobno obavlja rad⁶⁹ znači da radnik ne može svoju obvezu rada prenijeti na drugu osobu. Prema Grgurev, *ratio* navedene obveze nalazi se u činjenici da je poslodavac sklopio ugovor o radu s točno određenim radnikom zbog njegovih kvalifikacija te stoga ima pravo upravo od njega zahtijevati obavljanje preuzetog posla.⁷⁰ Obveza osobnog obavljanja činidbe rada ujedno je i jedan od razlikovnih elemenata ugovora o radu u odnosu na ugovor o djelu koji je uređen odredbama ZOO-a.⁷¹ Naime, za razliku od ugovora o radu, kod ugovora u djelu izvođač nije dužan osobno obaviti posao, ako iz ugovora ili naravi posla ne proizlazi što drugo.⁷²

Već je ranije pojašnjeno⁷³ kako Uberov poslovni model zahtijeva od potencijalnih vozača – partnera da prođu kroz proces registracije, što uključuje predočavanje podataka o vozačkoj dozvoli i dokaza o registraciji vozila te osiguranju. Uber provjerava zadovoljava li potencijalni vozač tražene minimalne uvjete, a provjerava se i vozačka evidencija te povijest kažnjavanja. S obzirom na obvezu svakog vozača da se osobno registrira kako bi mogao preuzeti Uberovu aplikaciju za vozače, a osobito uzevši u obzir provjere koje Uber provodi u odnosu na svakog potencijalog vozača pri registraciji, razvidno je da se Uber opisanim

67 V. Grgurev, *op. cit.* u bilj. 56, str. 12-13.

68 Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15. Čl. 279. st. 3. predviđa: „Ugovor sklopljen uporabom sile prema ugovornoj strani ništetan je.“

69 Vidi: čl. 7. st. 1. ZR.

70 Grgurev, *op. cit.* u bilj. 56, str. 13.

71 Sukladno čl. 590. ZOO, ugovorom o djelu se izvođač obvezuje obaviti određeni posao, kao što je izrada ili popravak neke stvari ili izvršenje kakva fizičkog ili umnog rada i sl., a naručitelj se obvezuje da mu za to plati naknadu.

72 Čl. 600. st. 1. ZOO.

73 V. *supra* glava 3.

postupcima želi uvjeriti u „kvalifikacije“ točno određenog vozača - partnera. Stoga se autorici čini da iz svega navedenog nedvojbeno proizlazi obveza vozača da osobno obavlja preuzeti posao, odnosno nemogućnost da pružanje usluge prijevoza prenese na nekog drugoga. U suprotnom bi moglo doći do situacija u kojima bi usluge prijevoza obavljale nekvalificirane osobe, a Uber ne bi mogao osigurati ujednačenu kvalitetu pružene usluge.

4.2.3. Naplatnost

Već je rečeno, jedna od temeljnih obveza poslodavca u radnom odnosu je isplata plaće radniku za obavljenu rad.⁷⁴ Hrvatsko pravo ne poznaje nenaplatni radni odnos.⁷⁵ Odredba o plaći jedan je od obveznih uglavaka ugovora o radu⁷⁶, a ZR-om je, između ostalog, uređen i način određivanja plaće⁷⁷ te način isplate plaće⁷⁸.

Iako se ne radi o najbitnijem kriteriju razlikovanja ugovora o radu i ugovora o djelu, ipak postoji načelna razlika u pogledu plaćanja između ovih dvaju ugovora, budući da ugovor o djelu može biti i nenaplatan⁷⁹. Promotrimo sada postoji li element naplatnosti u ugovornom odnosu između Ubera i njegovih vozača.

U svojim Odredbama i uvjetima Uber izričito navodi da se plaćanje nakon izvršene usluge prijevoza obavlja uz posredovanje Ubera, pri čemu će Uber „olakšati plaćanje primjenjivih naknada u ime trećih strana u svojstvu ograničenog agenta za plaćanje trećoj strani“ (odnosno vozaču – partneru Ubera koji se smatra nezavisnim ugovarateljem). Sve naknade se odmah naplaćuju, a plaćanje pojednostavljuje Uber koristeći željenu metodu plaćanja koju odabere putnik putem svog korisničkog računa, nakon čega putnik prima račun e-poštom.⁸⁰ Može se stoga primjetiti da Uber djeluje kao posrednik koji olakšava i pojednostavljuje plaćanje naknade za izvršenu uslugu prijevoza od korisnika prijevoza prema vozaču. Pritom Uber ističe da se za takvo plaćanje naknada smatra da je plaćeno izravno vozaču.

Ključno je uočiti okolnost da se vozaču naknada za izvršenu uslugu ne isplaćuje izravno od putnika, već, što je izraz posebnosti, upravo Uber u potpunosti kontrolira plaćanje⁸¹. Naime, nakon što putnik plati uslugu izravno na račun Ubera (u Hrvatskoj na račun Uber BV u Nizozemskoj), Uber će iznos umanjiti za svoju proviziju te ostatak iznosa isplatiti vozaču. Ranije je već spomenuto i da cijenu

74 Vidi: čl. 7. st. 1. ZR.

75 Grgurev, *op. cit.* u bilj. 56, str. 18-19.

76 Čl. 15. st. 1. t. 8. ZR.

77 Vidi: čl. 90. ZR.

78 Vidi: čl. 92. ZR.

79 Gotovac, *op. cit.* u bilj. 62, str. 17.

80 Uber, dostupno na: <https://www.uber.com/hr/legal/terms/hr/>, (16.2.2017.), Odjeljak 4., Plaćanje.

81 Putnik će platiti iznos vožnje izravno vozaču jedino u slučaju da odabere plaćanje gotovinom kao način plaćanja. V. <https://newsroom.uber.com/croatia/uvodimo-placanje-gotovinom-za-sve-uber-voznje-u-zagrebu-splitu-dubrovniku-i-zadru/> (28.2.2017.). Međutim, i tada Uber djeluje kao posrednik koji putem aplikacije pojednostavljuje i kontrolira plaćanje naknade za pruženu uslugu prijevoza.

usluge prijevoza određuje Uber, pri čemu vozač i putnik ne mogu pregovarati o cijeni.⁸² Stoga, autorica je mišljenja da se, s obzirom na vrlo visok stupanj kontrole koju Uber ima nad plaćanjem vozaču za obavljene usluge prijevoza, može smatrati da novčani iznos kojeg Uber uplaćuje vozaču ima karakteristike plaće koju poslodavac isplaćuje radniku za obavljene rad.

Treba ipak dodatno spomenuti da kod nas prevladava ugovaranje plaće u mjesečnom iznosu.⁸³ ZR-om je određeno da se plaća isplaćuje najkasnije do petnaestoga dana u idućem mjesecu,⁸⁴ međutim autorica smatra da se plaća može isplaćivati i za razdoblja koja su kraća od mjesec dana.⁸⁵ Način na koji Uber vrši isplatu prema svojim vozačima (na kraju svakog tjedna⁸⁶), blizak je periodičkom načinu isplate plaće karakterističnom za ugovor o radu.⁸⁷

4.2.4. Podređenost (subordinacija)

Iz članka 7. ZR-a proizlazi i podređenost radnika poslodavcu kao posljednji bitni element radnog odnosa, a kojeg autorica smatra najznačajnijim za predmetnu analizu. Radnik je, naime, obavezan obavljati preuzeti posao prema uputama poslodavca, danima u skladu s naravi i vrstom rada, dok je poslodavac ovlašten pobliže odrediti mjesto i način obavljanja rada. U pravnoj teoriji razlikuju se pojmovi podređenosti u ekonomskom i pravnom smislu, pri čemu se jedino pravna podređenost smatra bitnim elementom radnog odnosa.⁸⁸ Prema Grgurev, pravna podređenost može biti: (i) stručna, koja podrazumijeva da je poslodavac ovlašten radniku davati upute kako da obavlja svoj rad i/ili (ii) organizacijska, koja znači da je poslodavac ovlašten radniku odrediti vrijeme i mjesto rada.⁸⁹

Usporedi li se opet ugovor o radu s ugovorom o djelu, uočava se da se ova dva pravna posla jasno razlikuju u pogledu uputa. Naime, kod ugovora o radu postoji osobna podređenost radnika uputama poslodavca, pri čemu se osobne

82 V. *supra* glava 3.

83 Zuber, M., *Plaće, naknade plaća i ostala primanja radnika iz radnog odnosa*, u: Crnić, I. et al., *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Potočnjak, Ž.), Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007., str. 226.

84 V. čl. 92. st. 3. ZR: „Ako kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu nije drukčije određeno, plaća i naknada plaće za prethodni mjesec isplaćuju se najkasnije do petnaestoga dana u idućem mjesecu.“

85 Tako i: Čavrak et al., *op. cit.* u bilj. 60, str. 324.

86 Uber, dostupno na: <https://help.uber.com/hr/h/cac1cbab-fdae-4d43-b49a-bce7a7cd49c5> (1.3.2017.).

87 Prema Mišljenju Ministarstva rada i mirovinskog sustava od 25. rujna 2015., jedna od karakteristika ugovora o djelu je da za obavljene posao izvođač prima naknadu najčešće po obavljenom poslu, odnosno po predaji djela. S druge strane, za radni odnos karakteristično je da je poslodavac dužan radniku isplaćivati plaću u propisanim razdobljima (najmanje jednom mjesečno). Mišljenje Ministarstva dostupno na: <http://www.mrms.hr/pitanje/ugovor-o-radu-ugovor-o-djelu/> (6.2.2017.). Isti stav nalazi se i u pravnoj teoriji, vidi npr.: Grgurev, I., *Pravna priroda i sadržaj menadžerskih ugovora*, Zagreb, Radno pravo, 2011., str. 144-146.

88 Detaljnije o ekonomskoj i pravnoj podređenosti vidi u: Grgurev, *op. cit.* u bilj. 56, str. 14-16.

89 *Ibid.*, str. 15.

upute poslodavca odnose na vrstu i način rada – gdje, kada, što i kako će radnik raditi. S druge strane, upute koje naručitelj kod ugovora o djelu ima pravo davati izvođaču su stvarne upute, a odnose se na rezultat činiidbe rada.⁹⁰ Razmotrit će se u nastavku postoji li u odnosu između Ubera i njegovih vozača element podređenosti u pravnom smislu.

Na prvi pogled jasno je da poslovni modeli poput Uberovog za osobe koje obavljaju rad, u ovom slučaju vozače – partnere, podrazumijevaju puno veću slobodu i fleksibilnost u načinu izvršavanja činiidbe rada negoli kod „tradicionalnog“ radnog odnosa. Vozači sami biraju kada će i koliko dugo raditi, a mogu odbiti zahtjev za vožnju ili otkazati zahtjev. Štoviše, platforme poput Ubera upravo promocijom maksimalne fleksibilnosti i neovisnosti u obavljanju rada žele ukazati na atraktivnost načina rada kojeg nude.⁹¹ Unatoč navedenom, mišljenje autorice je da se u odnosu između Ubera i njegovih vozača ipak mogu identificirati određeni indiciji, koji će se pojasniti dalje u tekstu, a koji ukazuju na to da Uber zadržava izvjestan stupanj kontrole nad načinom na koji vozači obavljaju rad.

Perulli navodi da pravni pojam subordinacije radnika poslodavcu podrazumijeva kontrolu poslodavca nad radnikom, koja uključuje pravo poslodavca da daje upute radniku kako da obavi posao, kažnjava radnika za pogreške u radu te nadzire radnika tijekom rada.⁹²

Ključni mehanizam kojeg Uber koristi za nadzor i kontrolu nad svojim vozačima je, autorica smatra, sustav ocjenjivanja vozača od putnika.⁹³ Radi se o novom obliku nadzora nad radnikom tijekom rada, pri čemu *online* platforme poput Ubera klijentima „delegiraju“ funkciju nadzora nad svojim vozačima. Neki autori smatraju da to čine upravo kako bi prikriale činjenicu da same kontroliraju radnike.⁹⁴ Treba osobito istaknuti da loše ocjene putnika mogu imati izravnu pravnu posljedicu za ugovorni odnos između Ubera i vozača. Uber, naime, ima pravo deaktivirati korisnički račun vozača čije ocjene padnu ispod određene razine.⁹⁵ Postojanje ovakve sankcije veoma nalikuje pravu poslodavca da kažnjava radnika za pogreške u radu, do uključivo mogućnosti otkazivanja radnog odnosa, a što je jedna od komponenti pojma pravne podređenosti.⁹⁶ S tim u vezi, Prassl i Risak

90 *Ibid.*, str. 19-20.; Gotovac, *op. cit.* u bilj. 62, str. 17.

91 Uber, dostupno na: <https://www.uber.com/hr-US/drive/> (14.2.2017.).

92 Perulli, *op. cit.* u bilj. 52, str. 13.

93 *V. supra* glava 3.

94 Aloisi, *op. cit.* u bilj. 23, str. 674.

95 Uber, dostupno na: <https://help.uber.com/hr/h/99928811-f3a0-4fd6-9fce-a3436b5238d0> (13.2.2017.)

96 Pritom su vozači Ubera u znatno lošijem pravnom položaju od radnika koji zbog kršenja obveza iz radnog odnosa dobiju redoviti otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika ili eventualno izvanredni otkaz ugovora o radu. Naime, radnozaštitne odredbe našeg ZR-a, između ostalog, (vidi čl. 114.-133. ZR): (i) određuju razloge zbog kojih poslodavac može otkazati ugovor o radu te obvezuju poslodavca da uvijek navede razlog otkaza i obrazloži otkaz, (ii) dopuštenost otkaza uvjetuju poštovanjem posebnih formalnosti u pogledu postupka prije otkazivanja te obveze savjetovanja i suodlučivanja s radničkim vijećem ili sindikatom, (iii) uređuju posebne oblike zaštite od otkaza za određene zaštićene skupine radnika, (iv)

ističu da Uber ima potpunu kontrolu nad postojanjem ugovornog odnosa s vozačem, pri čemu izvršava jednu od funkcija tipičnih za poslodavca u radnom odnosu.⁹⁷ Štoviše, postojanje „virtualne reputacije“ stvara prilično čvrstu vezu između Ubera i vozača te na izvjestan način umanjuje njihovu fleksibilnost u mijenjanju zaposlenja. Naime, kada vozač odluči prestati raditi kao Uberov partner, njegova dosadašnja „profesionalna karijera“ koja se ogleda u ocjenama putnika bit će nepovratno izgubljena, budući da su ocjene neodvojivo povezane s Uberovom platformom te nisu prenosive na konkurentske platforme.⁹⁸

Nadalje, čini se da Uber ima mehanizme kojima može nadzirati razne aspekte pružanja usluge prijevoza. Naime, Uber koristi svoj sustav ocjenjivanja kako bi potaknuo vozače na primjenu određenih pravila pružanja usluge, primjerice pravila o održavanju čistoće u vozilu, profesionalnom odijevanju vozača, profesionalnoj komunikaciji s putnicima, služenju hrane i pića u vozilu itd.⁹⁹ Također može utjecati na tip vozila kojeg vozači mogu koristiti u pružanju usluga, ima pravo na povremene preglede vozila, a kontrola nad načinom pružanja usluge obuhvaća čak i puštanje glazbe u vozilu.¹⁰⁰

Iz svega navedenog može se zaključiti da u odnosu između Ubera i njegovih vozača ima elemenata koji upućuju na postojanje stručne podređenosti vozača Uberu, odnosno da Uber može davati upute o tome kako vozači moraju raditi. S druge strane, organizacijska podređenost vozača Ubera je slabije prisutna, budući da vozači sami biraju kada će i koliko dugo raditi.¹⁰¹

Zaključno, bitno je uočiti da je ovakav specifičan način obavljanja rada pod utjecajem digitalizacije doveo i do promjena u načinu davanja uputa i nadzora nad obavljanjem činiidbe rada u odnosu na „tradicionalni“ radni odnos¹⁰². Pojam pravne

uređuju otkazni rok kod redovitog otkaza te (v) predviđaju sudsku zaštitu prava iz radnog odnosa u slučaju nedopuštenog otkaza te pravne posljedice takvog otkaza.

97 Prema Prasslu, ideja funkcionalnog koncepta poslodavca uključuje pet osnovnih funkcija poslodavca u radnom odnosu: (i) zasnivanje i prestanak radnog odnosa, odnosno kontrolu nad postojanjem ugovornog odnosa s radnikom, (ii) iskorištavanje rezultata činiidbe rada, (iii) davanje posla radniku te isplatu plaće, (iv) kontrolu nad svim faktorima proizvodnje te (v) poduzimanje ekonomske aktivnosti s ciljem ostvarivanja potencijalne dobiti, a što uključuje i izloženost eventualnim gubitcima koji iz nje proizlaze. Detaljnije vidi u: Prassl; Risak, *op. cit.* u bilj. 5, str. 634-641.

98 Tako i: Aloisi, *op. cit.* u bilj. 23, str. 671.

99 Uber, dostupno na: <https://help.uber.com/hr/h/f0934623-5fbc-4628-8dd0-565d5e451882> (15.2.2017.).

100 Prassl; Risak, *op. cit.* u bilj. 5, str. 640.

101 S obzirom na to da za postojanje radnog odnosa nije nužna kumulacija stručne i organizacijske podređenosti, samo stručna podređenost je dovoljna za kvalifikaciju onoga koji radi kao radnika. Vidi: Grgurev, *op. cit.* u bilj. 56, str. 15.

102 Todoli-Signes tako ističe da smanjenje intenziteta podređenosti radnika platformi kod ovakvih oblika rada ne znači automatski da su ti radnici postali samozaposlene osobe. U takvim novim odnosima nije bitno koliki stupanj kontrole poslodavac stvarno izvršava nad radnikom, nego koliko kontrole je u mogućnosti izvršavati. Činjenica da kompanije poput Ubera koriste samo nužne upute o tome kako obavljati rad ne čini njihove vozače samozaposlenima. Vidi: Todoli-Signes, *op. cit.* u bilj. 27, str. 8.

podređenosti stoga dobiva drukčiji smisao kada se razmatra u kontekstu takvih novih oblika rada u odnosu na onaj koji je imao u prošlosti. Imajući u vidu sve veće širenje nestandardnih oblika rada nastalih pod utjecajem digitalizacije, na sudskoj praksi je da odredi doseg pojma pravne podređenosti i time eventualno u koncepciju nesamostalnog rada uključi oblike rada poput Ubera.

4.3. Dodatni kriteriji utvrđivanja postojanja radnog odnosa

Osim navedenih bitnih elemenata radnog odnosa, u našoj sudskoj praksi i pravnoj teoriji su se iskristalizirali i neki dodatni, sekundarni kriteriji utvrđivanja postojanja radnog odnosa.¹⁰³ Grgurev tako napominje da se u najvećem broju slučajeva prikrivanja radnog odnosa u našoj sudskoj praksi radilo o sklapanju ugovora o djelu umjesto ugovora o radu radi izbjegavanja primjene odredaba radnozaštitnog zakonodavstva.¹⁰⁴ Stoga je bitno razlikovati obilježja ovih dvaju ugovora s prestacijom rada.¹⁰⁵ Za potrebe analize postojanja prikrivenog radnog odnosa kod vozača Ubera, uzet će se u obzir i neki od ovih dodatnih kriterija.

Jedan od kriterija u pravnoj teoriji i praksi je trajnost činidbe rada, koja uobičajeno postoji u radnom odnosu.¹⁰⁶ Iako bi se svaka vožnja koju pojedini vozač obavi za Uber načelno mogla protumačiti kao zasebno izvršenje točno određene činidbe rada (prijevoza određenog putnika), pri čemu se obveza vozača iscrpljuje izvršenjem konkretne vožnje, u stvarnosti je priroda odnosa Ubera i vozača ipak karakterizirana elementom trajnosti. Životno je vrlo vjerojatno da vozač koji prođe kroz opisani Uberov postupak registracije i eventualnu dodatnu edukaciju namjerava trajnije Uberu staviti na raspolaganje svoj radni potencijal, a što podsjeća na ugovor o radu u kojem se sadržaj obveze rada u pravilu određuje općenito, a konkretizacija rada se događa tijekom procesa rada¹⁰⁷.

103 Za cjelovit pregled indikatora postojanja radnog odnosa utvrđenih u sudskoj praksi naših sudova vidi: Grgurev, I., *The Concept of Employee: Croatia*, u: *Restatement of Labour Law in Europe, Volume I: The Concept of Employee* (ur. Wass, B.; Heerma van Voss, G.), Oxford, Hart Publishing, 2017. (rad prihvaćen za objavljivanje).

104 *Ibid.*

105 Vidi tablicu usporedbe ugovora s prestacijom rada koja sadrži 12 kriterija razlikovanja u: Grgurev, *op. cit.* u bilj. 86, str. 144-147.

106 Prema Gotovcu, osnovna razlika ugovora o radu i ugovora o djelu je u njihovom sadržaju, pri čemu je sadržaj ugovora o radu obavljanje činidbe rada na način da se trajno i kontinuirano obavljaju konkretni poslovi točno određenog radnog mjesta, dok se kod ugovora o djelu tipično radi o konkretnom rezultatu točno određene činidbe rada. Gotovac, *op. cit.* u bilj. 62, str. 16.

107 V. Grgurev, *op. cit.* u bilj. 56, str. 20. Konkretizacija rada znači da tijekom procesa rada poslodavac daje detaljne upute kako rad obaviti. Vežano za Uberovu mogućnost davanja uputa o tome kako vozači moraju raditi v. *supra* glava 4.2.4. Gotovac ističe da, ako neke poslove treba obavljati trajno i kontinuirano te potreba za njima nije samo privremena, tada ne samo da nema opravdanja za sklapanje ugovora o djelu, već bi trebalo sklopiti ugovor o radu na neodređeno vrijeme. Gotovac, *op. cit.* u bilj. 62, str. 16.

Nadalje, često se kao indikator postojanja radnog odnosa spominje sudjelovanje radnika u radu samo svojom radnom snagom, ne i vlastitim sredstvima rada.¹⁰⁸ Iako vozači Ubera koriste vlastite automobile kao sredstvo rada, nužno je zapitati se čini li ih to uistinu samozaposlenim poduzetnicima. Dio pravnih teoretičara, naime, sugerira da u promijenjenim okolnostima obavljanja rada pod utjecajem digitalnih tehnologija ovaj kriterij razlikovanja gubi na važnosti, budući da ključno sredstvo koje omogućuje obavljanje rada postaje sama tehnologija (*online* platforma), a ne automobil.¹⁰⁹

Naši sudovi uzimaju u obzir i činjenicu predstavlja li sporna činidba rada poslove koji su izravno vezani za obavljanje djelatnosti za koji je poslodavac registriran.¹¹⁰ Već je rečeno da Uber, vezano za prirodu svoje djelatnosti, tvrdi da se radi isključivo o tehnološkoj platformi koja povezuje korisnike i vozače – partnere, pri čemu Uber ne pruža usluge prijevoza i ne služi kao izvršitelj prijevoza.¹¹¹ Ne ulazeći na ovom mjestu u razmatranje problematike pravne kvalifikacije djelatnosti kojom se bavi Uber¹¹², treba ipak primjetiti da poslovanje Ubera u potpunosti ovisi o vozačima. Bez obzira na to kako Uber sam definira svoju djelatnost, ključno je uzeti u obzir da je srž onoga što Uber *de facto* nudi na tržištu – gradski prijevoz putnika. Jasno je stoga da je činidba rada koju obavljaju Uberovi vozači integralni dio Uberovog poslovnog modela, pri čemu njegovo poslovanje ne bi bilo moguće bez njegovih vozača.¹¹³

5. ZAKLJUČAK

Pojava novih oblika rada pod utjecajem digitalnih tehnologija postavila je pred radno pravo brojna suvremena pitanja i izazove, među kojima se temeljna problematika odnosi na razgraničenje samostalnog od nesamostalnog rada u novonastalim okolnostima. Pojednostavljeno rečeno, potrebno je definirati kakav oblik pravne zaštite bi bio najprikladniji za uređenje ovakvih novih oblika rada.

108 V. npr. Grgurev, *op. cit.* u bilj. 86, str. 146.

109 Todoli-Signes, *op. cit.* u bilj. 27, str. 10-11.

110 Tako primjerice Vrhovni sud Republike Hrvatske zaključuje u presudi Revr. 980/10-2, 20.10.2010.: „Poslovi koji su bili predmet ugovora o djelu nisu imali obilježje ugovora o radu, a tuženik nije imao ovlasti u smislu čl. 13. ZR, za zaključivanje ugovora o radu s tužiteljem radi obavljanja ovih poslova, jer u obavljanje njegove djelatnosti nije ulazilo i održavanje Ergele konja lipicanaca. Zato nisu bile ispunjene pretpostavke propisane odredbom čl. 13. ZR za zaključenje ugovora o radu između stranaka, već je tuženik mogao i sklopiti s tužiteljem više ugovora o djelu budući da se radi o poslovima koji nisu izravno vezani za obavljanje trajne djelatnosti za koji je tuženik registriran.“

111 V. *supra* glava 4. Pitanje prirode i definicije usluge koji pruža Uber trenutno razmatra i Europski sud u kontekstu zahtjeva za prethodnu odluku kojeg je uputio španjolski sud 2015. godine. Vidi predmet pod oznakom C-434/15, SL L, C 363/21 od 3.11.2015.

112 O ovoj problematici opširnije u: Marin, *op. cit.* u bilj. 36.

113 Slična stajališta nalaze se i u recentnoj američkoj sudskoj praksi u predmetu *O'Connor v. Uber Technologies, Inc.*, Br. C-13-3826 EMC, 2015. Detaljnije vidi u: Sprague, *op. cit.* u bilj. 42.

Analizirajući poslovni model *online* platforme Uber, autorica je pokušala dati s aspekta hrvatskog radnog prava doprinos rješavanju otvorenih pitanja vezanih uz problem pravne kvalifikacije ugovornog odnosa koji postoji između Ubera i njegovih vozača – partnera.

Uočeno je tako da je moguće identificirati određene indicije koje bi mogle ukazivati na *de facto* prisutnost bitnih elementa radnog odnosa u ugovornom odnosu između Ubera i vozača. Polazeći od definicije radnog odnosa kao dobrovoljno zasnovanog naplatnog odnosa u kojem je radnik obavezan osobno obavljati rad, prema uputama i pod nadzorom poslodavca, te uzimajući u obzir i neke dodatne sekundarne kriterije za utvrđivanje postojanja radnog odnosa, autorica zaključno ističe nekoliko bitnih opažanja. Odnos Ubera prema njegovim vozačima uistinu u mnogim segmentima podsjeća na odnos poslodavca prema radniku u radnom odnosu: zastupljen je element dobrovoljnosti, element naplatnosti, postoji obveza osobnog obavljanja rada, a postoje i specifični mehanizmi koji omogućuju vršenje nadzora nad vozačima te davanje uputa o tome kako da vozači obavljaju rad. Putem deaktivacije korisničkog računa vozača Uber ima potpunu kontrolu nad postojanjem ugovornog odnosa s vozačem, pri čemu izvršava jednu od funkcija tipičnih za poslodavca u radnom odnosu.

Međutim, razvoj tehnologije i novi modaliteti obavljanja čimbe rada doveli su i do određenih specifičnosti koje se odražavaju kod ovakvih oblika rada. One se ponajprije odnose na promjene u načinu davanja uputa i nadzora nad obavljanjem čimbe rada u odnosu na „tradicionalni“ radni odnos. Kompanije poput Ubera koriste se tehnologijom koja im omogućava da funkciju nadzora nad radnicima uvelike „delegiraju“ na svoje klijente putem sustava ocjenjivanja vozača. Osim toga, nova vrsta radnika ima ipak veću slobodu i fleksibilnost u načinu izvršavanja čimbe rada negoli kod „tradicionalnog“ radnog odnosa. Kod vozača Ubera to se osobito očituje u slabijoj prisutnosti elementa organizacijske podređenosti, budući da vozači sami biraju kada će i koliko dugo raditi.

Koliko je autorici poznato, hrvatski sudovi se do sada nisu izjasnili o radnopravnom položaju vozača Ubera odnosno razmatrali pitanje postoji li eventualno u ovom slučaju tzv. prikrivanje radnog odnosa. Spomenuto je da u poredbenim pravnim sustavima država EU-a i SAD-u već postoje brojni sudski postupci koji se odnose na ovu problematiku. Za očekivati je da bi se u budućnosti i kod nas mogla aktualizirati ova pitanja, ne samo u odnosu na Uber, već i na druge slične suvremene oblike rada u digitalnom okruženju.

Pojava i sve veća gospodarska važnost navedenih nestandardnih oblika rada dovela je do situacije u kojoj su postojeće granice između samostalnog i nesamostalnog rada puno manje precizne nego ikad ranije, budući da tradicionalna binarna distinkcija između radnika i samozaposlenih osoba više ne oslikava potpuno adekvatno realnost svijeta rada. Naše zakonodavstvo u ovom trenutku ne definira međukategorije između radnika i samozaposlenih osoba. Neka usporedna zakonodavstva s druge strane poznaju koncept „ekonomski ovisnih osoba“ odnosno

„parasubordiniranih osoba“ te im daju ograničenu pravnu zaštitu.¹¹⁴ U postojećim okolnostima postojanja samo dviju kategorija – radnika i samozaposlenih osoba u Republici Hrvatskoj, eventualne sudske odluke o kvalifikaciji odnosa između Ubera i njegovih vozača kao radnog odnosa značile bi da se na vozače Ubera treba primijeniti cjelokupno hrvatsko radnozaštitno zakonodavstvo. S obzirom na specifičnosti tog novog tipa radnika, autorica smatra da bi se mogli pojaviti određeni problemi u primjeni postojećeg radnopravnog okvira na vozače Ubera.

Iako detaljnije razmatranje navedenih pitanja nadilazi okvire ovog rada, u ovome trenutku treba skrenuti pažnju da bi se poteškoće uklapanja u postojeći pravni okvir mogle osobito odnositi na sljedeće radnopravne institute. Prije svega, bilo bi vrlo teško vozače Ubera, čija je osnovna karakteristika pravo izbora kada će i koliko raditi, uklopiti u prilično rigidne i nefleksibilne odredbe o radnom vremenu, odmorima i dopustima. S tim u vezi, problematična bi mogla biti i primjena instituta minimalne plaće na takve radnike. Također, s obzirom na relativno slabu koheziju među radnicima poput vozača Ubera, veliki praktični izazovi mogli bi se javiti u sferi ostvarivanja prava tih radnika na udruživanje te prava na sudjelovanje radnika u odlučivanju.

S obzirom na sve navedeno, ovoj kontroverznoj i vrlo aktualnoj temi trebalo bi pokušati pristupiti sustavno te utvrditi jasan i transparentan (radno)pravni okvir, prikladan za razvoj takvih novih oblika rada nastalih pod utjecajem digitalnih tehnologija. Ovim radom se pokušalo problematizirati neke od izazova koje pred radno pravo stavlja sve zastupljeniji proces digitalizacije tržišta rada. Kao ciljevi se nameću, između ostalog, potreba procjene utjecaja novih oblika rada u digitalnom okruženju na tržište rada te jasnog definiranja pojmova. Nadalje, bit će nužno razmotriti je li tradicionalna koncepcija radnika kakvu trenutno poznaje naše radno pravo adekvatna za radnu i socijalnu zaštitu novih načina rada ili je potreban novi model zaštite odnosno prilagodba postojećeg, kako bi se primjereno odgovorilo na opisane trendove u svijetu rada i omogućio njihov nesmetani razvoj u pravno jasno definiranim okvirima.

LITERATURA

a) Knjige i članci

Aloisi, Antonio, *Commoditized workers: Case study research on labor law issues arising from a set of „on-demand/ gig economy“ platforms*, Champaign, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, 3/2016, str. 653-690.

Berg, Janine, *Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers*, Champaign, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, 3/2016., str. 543-576.

¹¹⁴ Radi se o oblicima rada koji pokazuju karakteristike i samostalnog i nesamostalnog rada, stoga se nalaze u tzv. „sivoj zoni“ između radnog i trgovačkog prava. Takve osobe su formalno samozaposlene, ali su ekonomski ovisne o jednom naručitelju posla. Vidi: Green Paper: Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century, Commission of the European Communities, Brussels, 22.11.2006., COM(2006) 708 final, str. 11. Detaljno o konceptu ekonomski ovisnih osoba vidi u: Perulli, *op. cit.* u bilj. 52.

- Cherry, Miriam A., *Beyond Misclassification: The digital transformation of work*, Champaign, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, 3/2016., str. 577-602.
- Čavrak, Darko *et al.*, *Detaljni komentar novoga Zakona o radu*, Zagreb, Radno pravo, 2014.
- De Stefano, Valerio, *The Rise of the „Just-in-Time Workforce“: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the „Gig Economy“*, Champaign, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, 3/2016, str. 471-503.
- Felstiner, Alek, *Working the crowd: Employment and labor law in the crowdsourcing industry*, Berkeley, Berkeley Journal of Employment & Labor Law, vol. 32, 1/2011., str. 143-204.
- Gotovac, Viktor, *Razlikovanje ugovora o radu i ugovora o djelu*, Zagreb, Pravo i porezi, vol. 21, 1/2012, str. 12-20.
- Green Paper: Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century, Commission of the European Communities, Brussels, 22.11.2006., COM(2006) 708 final
- Grgurev, Ivana, *Ugovor o radu*, u: Crnić, I. *et al.*, *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Potočnjak, Ž.), Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007.
- Grgurev, Ivana, *Pravna priroda i sadržaj menadžerskih ugovora*, Zagreb, Radno pravo, 2011.
- Grgurev, Ivana, *The Concept of Employee: Croatia*, u: *Restatement of Labour Law in Europe, Volume I: The Concept of Employee* (ur. Wass, B.; Heerma van Voss, G.), Oxford, Hart Publishing, 2017. (rad prihvaćen za objavljivanje)
- Marin, Jasenko, *Pravni okvir obavljanja djelatnosti prijevoza putnika u unutarnjem cestovnom prometu u Republici Hrvatskoj s posebnim osvrtom na autotaksi prijevoz i iznajmljivanje vozila s vozačem* (rad prihvaćen za objavljivanje)
- Matić, Tin, *Formularni ugovori u elektroničkom obliku (Sklapanje ugovora klikom miša - elektroničkim očitovanjem volje putem Interneta na web stranici – click wrap i browse wrap ugovori)*, Zagreb, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, 3/2008., str. 779-803.
- Perulli, Adalberto, *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, 2003.
- Potočnjak, Željko; Gotovac, Viktor, *Rad i pravni oblici rada u Republici Hrvatskoj*, u: *Rad u Hrvatskoj: pred izazovima budućnosti* (ur. Franičević, V. i Puljiz, V.), Zagreb, Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2009.
- Prassl, Jeremias, *Digitalisation, Self-employment and Precarious Work: Recent Developments in the UK*, ELLN, Digitalisation and labour law (8th annual legal seminar, 2015.), keynote paper
- Prassl, Jeremias; Risak, Martin, *Uber, Taskrabbit, and co.: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork*, Champaign, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, 3/2016., str. 619-651.
- Ravnić, Anton, *Osnove radnog prava – domaćeg, usporednog i međunarodnog*, Zagreb, Pravni fakultet, 2004.
- Risak, Martin, *Crowdworking: towards a „new“ form of employment*, ELLN, New forms of employment and EU law (7th annual legal seminar, 2014.), working paper
- Rogers, Brishen, *The Social Cost of Uber*, Chicago, The University of Chicago Law Review Dialogue, vol. 82, 2015, str. 85-102.
- Sprague, Robert, *Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy: Trying to Fit Square Pegs into Round Holes*, Minneapolis, ABA Journal of Labour & Employment Law, vol. 31, 1/2015, str. 53-76.
- Zuber, Marija, *Plaće, naknade plaća i ostala primanja radnika iz radnog odnosa*, u: Crnić, I. *et al.*, *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Potočnjak, Ž.), Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007.

b) Vrela s interneta

Eichhorst, Werner; Hinte, Holger; Rinne, Ulf; Tobsch, Verena, *How Big is the Gig? Assessing the Preliminary Evidence on the Effects of Digitalization on the Labor Market*, IZA Policy Paper br. 117, 2016., <http://ftp.iza.org/pp117.pdf>, 15. veljače 2017.

Eurofound, *New forms of employment*, 2015. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment>, 16. veljače 2017.

Houwerzijl, Mijke, *Digitalization and Mobility of EU-Workers/Services*, ELLN, Digitalisation and Labour Law (8th annual legal seminar, 2015.), keynote paper, [https://pure.uvt.nl/portal/en/publications/digitalisation-and-mobility-of-euworkersservices-digitalisierung-und-mobilitat-von-euarbeitnehmer-dienstleistungen-digitalisation-et-mobilite-des-travailleurs-et-services-europeens\(6fd2583a-e78c-489c-a784-128e92bdf8f5\).html](https://pure.uvt.nl/portal/en/publications/digitalisation-and-mobility-of-euworkersservices-digitalisierung-und-mobilitat-von-euarbeitnehmer-dienstleistungen-digitalisation-et-mobilite-des-travailleurs-et-services-europeens(6fd2583a-e78c-489c-a784-128e92bdf8f5).html), 8. ožujka 2017.

Risak, Martin; Warter, Johannes, *Decent Crowdwork: Legal Strategies towards fair employment conditions in the virtual sweatshop*, 2015., http://www.rdw2015.org/uploads/submission/full_paper/373/crowdwork_law_RisakWarter.pdf, 16. veljače 2017.

Todoli-Signes, Adrian, „*Uber economy*“: *employee, self-employed or a need of a special employment regulation?*, SSRN working paper, 2015., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703057, 14. veljače 2017.

c) Pravni akti

Zakon o radu, NN, br. 93/14

Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15.

d) Sudska praksa

VSRH, Revr. 980/10-2, 20.10.2010.

Europski sud, C-434/15, SL L, C 363/21 od 3.11.2015.

Northern District of California Court, *O'Connor v. Uber Technologies, Inc.*, Br. C-13-3826 EMC, 2015.

Iva Bjelinski Radić*

Summary

NEW FORMS OF EMPLOYMENT AS CONTEMPORARY CHALLENGE FOR LABOUR LAW – THE CASE OF UBER

Recently, under the influence of rapid development of digital technologies, new flexible forms of employment have emerged, which are characterized by strong or prevalent support of information and communication technology. Online platform Uber which provides urban passenger transport services is one of the best known examples of the abovementioned changes in work organization. Taking into account that emergence of Uber has given rise to numerous controversies and set new contemporary regulatory challenges in the labour law field, the author in this paper problematizes the main labour law issues and challenges arising from Uber's business model.

The first part of the paper contains the short overview of the new forms of employment emerged under the influence of digitalisation of labour market, with the special emphasis on the model of crowd work. In the second part the author analyses the Uber's business model. In the third part the issue of classification of Uber drivers as employees or self-employed persons is examined in detail. The following question has been considered especially from the Croatian labour law perspective – whether the key elements of an employment relationship are *de facto* present, and to what extent, in the contractual relationship between Uber and its drivers – partners. Finally, the author concludes with the final remarks and underlines the need to establish clear and transparent legal framework which will be suitable for development of the new forms of employment emerged under the influence of digital technologies.

Keywords: *Uber, crowd work, key elements of an employment relationship, disguised employment, digitalisation.*

* Iva Bjelinski Radić, mag. iur., Assistant, Faculty of Law, University of Zagreb;
ibjelins@pravo.hr

Zusammenfassung

NEUE ARBEITSFORMEN ALS AKTUELLE HERAUSFORDERUNG FÜR DAS ARBEITSRECHT – DER FALL UBER

In der letzten Zeit sind neue Arbeitsformen als Ergebnis schneller Entwicklung neuer Digitaltechnologien erschienen, welche durch kräftige oder überwiegende Unterstützung der Informations- und Kommunikationstechnologie gekennzeichnet sind. Die Online-Plattform Uber für Vermittlungsdienste der Personenbeförderung ist in der Öffentlichkeit eine der bekanntesten Änderungen in der Arbeitssphäre. Da die Erscheinung von Uber zahlreiche Kontroversen hervorrief und neue regulatorische Herausforderungen dem Arbeitsrecht schickte, werden in der Arbeit die wichtigsten aus dem Geschäftsmodell von Uber hervorgehenden arbeitsrechtlichen Fragen und Herausforderungen thematisiert.

Im ersten Teil der Arbeit werden neue durch Arbeitsmarktdigitalisierung entstandene Arbeitsformen mit besonderer Betonung auf *Crowdwork* problematisiert. Nachfolgend analysiert die Autorin das Geschäftsmodell von Uber. Im dritten Teil der Arbeit wird die Problematik der Klassifizierung von Uber-Fahrern als Arbeiter oder Freiberufliche analysiert, wobei man insbesondere aus der Perspektive des kroatischen Arbeitsrechtes die Frage zu beantworten versucht, ob das Vertragsverhältnis zwischen Uber und seine Fahrern oder Partnern wesentliche Elemente der Arbeitsverhältnisses enthält. Abschließend werden Schlussfolgerungen gezogen und es wird auf die Notwendigkeit der Feststellung eines klaren und transparenten arbeitsrechtlichen Rahmens, welcher für die Entwicklung neuer durch Arbeitsmarktdigitalisierung entstandenen Arbeitsformen geeignet ist, hingewiesen.

Schlüsselwörter: *Uber, Crowdwork, wesentliche Elemente des Arbeitsverhältnisses, Verdeckung des Arbeitsverhältnisses, Digitalisierung.*

Riassunto

NUOVE FORME DI LAVORO QUALI SFIDE ATTUALI PER IL DIRITTO DEL LAVORO – IL CASO UBER

Sotto l'influenza del rapido sviluppo delle tecnologie digitali, in tempi recenti, sono comparse nuove forme di occupazione flessibile, caratterizzate da un forte od addirittura predominante supporto delle tecnologie informazionali e delle comunicazione. La piattaforma *online* Uber per la prestazione di servizi di trasporto urbano di passeggeri rappresenta nel mondo del lavoro uno degli esempi più noti di tali cambiamenti. Considerando che la presenza di Uber ha sollevato numerose controversie e ha posto nuove sfide nella disciplina giuslavoristica, nel contributo si trattano le questioni principali nell'ambito del diritto del lavoro, come pure le sfide che nascono dal modello imprenditoriale di Uber.

Nel prima parte del contributo viene offerta una rassegna delle nuove forme di lavoro sorte sotto l'influenza del processo di digitalizzazione del mercato del lavoro con particolare accento sul modello del "lavoro nella folla" (in ingl. *crowdwork*). Nella seconda parte del lavoro, l'autrice analizza il modello imprenditoriale utilizzato dalla piattaforma di Uber. Nella terza parte del lavoro si analizzano dettagliatamente le questioni riguardanti la classificazione dei conducenti di Uber quali lavoratori od autoimpiegati, tentando, in particolare da un punto di vista del diritto del lavoro croato, di rispondere all'interrogativo se nei contratti conclusi tra Uber ed i suoi autisti – partner siano *de facto* presenti, e se sì, in quale misura, elementi essenziali del rapporto di lavoro. Al termine, l'autrice riporta le sue considerazioni conclusive e sottolinea l'esigenza di accertare un quadro giuridico (del lavoro) chiaro e trasparente, consono allo sviluppo di nuove forme di lavoro sorte sotto l'influenza delle tecnologie digitali.

Parole chiave: *Uber, crowdwork, elementi essenziali del rapporto di lavoro, occultamento del rapporto di lavoro, digitalizzazione.*

**PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO AND MANDATUM
POST MORTEM:
TWO EXAMPLES OF VALID AGREEMENTS AS TO
SUCCESSION BETWEEN THE PRESENT AND THE PAST**

Maria Federica Merotto*

UDK: 341.33

Ur.: 17. ožujka 2017.

Pr.: 10. travnja 2017.

Pregledni znanstveni rad

Summary

The paper focuses on the post mortem mandate, an agreement used to protect some interests arising after the mandator's death, both in Italian legal system and in Roman Law. Given that the latest doctrine has considered invalid a post mortem mandate where the nature of the mandatory's tasks is economic, as it does not comply with art. 458 Cod. Civ., this article explores the issues suggesting that the recent introduction of the 'reverse mortgage' within the Italian legal system could be considered as a new step towards overcoming the prohibition of agreements as to succession. After analysing the current legislation, also within the framework of European private law, the research dwells on post mortem mandatum in Roman law, trying to show that such consensual contract could be considered as a succession agreement. After having demonstrated the difference between the mandatum post mortem (understood as a contract) and other testamentary dispositions defined as mandatum post mortem as well, a source showing the possible economic nature of the Roman mandatum post mortem is considered, to conclude that there were Roman law cases, like that of Gaius in D. 17.1.13, proving the existence of bilateral agreements intended to fulfil an economic function casually related to the mandator's death.

Keywords: *mandatum post mortem, agreements as to succession, prestito vitalizio ipotecario, European private law, mandatum mortis causa, Italian reverse mortgage, mandatum post mortem, actio doli's subsidiarity, Roman law, testamentary dispositions.*

* Maria Federica Merotto, Doctoral Student, The University of Verona;
mariafederica.merotto@univr.it

1. THE POST MORTEM MANDATE IN ITALIAN LAW AND THE RECENT INTRODUCTION OF REVERSE MORTGAGE

Within the Italian legal system, the *post mortem* mandate is an agreement used to protect some interests arising after the mandator's death¹. This is one of the so-called "alternatives to the Will"² and is widely used, for example, for decisions on the deceased's funeral,³ in the field of copyrights and intellectual property rights and for the management of the deceased's electronic accounts⁴.

The rules and the validity framework to be applied to this agreement are laid down by the doctrine and the case-law,⁵ in the light of the mandate contract as reference.

Clearly, the *post mortem* mandate posed systematic coherence problems: the *post mortem* mandate is indeed to be considered mainly in accordance with Italian succession law and, so, with art. 458 cod. civ., banning agreements as to succession.⁶

In providing a simple definition of "agreements as to succession" we might say that they are agreements which confer, modify or withdraw, with or without

-
- 1 On *post mortem* mandate in Italian civil law, see N. DI STASO, *Il mandato 'post mortem exequendum'*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 685 ff.; F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. Pers. Succ.*, I, 2010, 56 ff.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, 37; A.A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi. Mandato 'post mortem'*. *Contratto di mantenimento*, in *Vita notarile*, 2011, I.2, 453 ff.; A. ANSALDO, *In tema di mandato 'post mortem'*. *Nota a Cass. sez. I civ. 23 maggio 2006, n. 12143*, in *NGCC*, 2007, I, 496 ff.; G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato 'post mortem'*. *Nota a Trib. Palermo sez. I civ. 16 marzo 2000*, in *I Contratti*, XII, 2000, 1101 ff.; F. GRADASSI, *Mandato 'post mortem'*, in *Contratto e Impresa*, 1990, 827 ff.; M. DES LOGES, *Il mandato 'post mortem'*, in *Il notaro*, 1970, XXIV, 115 f.
 - 2 See A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, Napoli, 2003; V. PUTORTÌ, *I contratti 'post mortem'*, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, III, 768 ff.; A. ROSA, *Successione testamentaria e istituti alternativi al testamento*, in *Il Nuovo diritto*, 2006, VII-VIII.1, 720 ff.; L. SANTORO, *Le alternative al testamento*, in *Contratto e impresa*, 2003, III, 1187 ff.; M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *NGCC*, 1991, II, 91 ff.
 - 3 See G. MUSOLINO, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato 'post mortem'*. *Nota a Cass. sez. I civ. 23 maggio 2006, n. 12143*, in *Rivista del notariato*, 2007, III.2, 690 ff.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La Famiglia. Le successioni*, Milano, 2002, 419; G. BONILINI, *Iscrizione a 'società' di cremazione e mandato 'post mortem'*, in *Fam. Pers. Succ.*, VI, 2007, 524 ff.
 - 4 A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Notariato*, V, 2014, 519 ff.; STUDIO 6-2007/IG DELLA COMMISSIONE STUDI DI INFORMATICA GIURIDICA DEL CNN, *'Password', credenziali e successione 'mortis causa'*, in *Diritto dell'internet*, VI, 2007; L. DI LORENZO, *Il legato di 'password'*, in *Notariato*, 2014, II, 144 ff.; G. RESTA, *La 'morte' digitale*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, VI, 891 ff.; U. BECHINI, *'Password', credenziali e successione 'mortis causa'*, in *Studi e materiali*, 2008, I, 279 ff.
 - 5 C. CECERE, *Il divieto dei patti successori nella giurisprudenza*, in *Diritto privato*, 1998, IV, 343 ff.
 - 6 See V. PUTORTÌ, *Mandato 'post mortem' e divieto dei patti successori*, in *Obbligazioni e Contratti*, XI, 2012, 737 ff.

consideration, rights to the future succession of one or more persons who are party to the agreement.

So, with respect to the possible contrast with the Italian ban of succession agreements, it has to be pointed out that, in order to be valid, the *post mortem* mandate has to be revocable (and this seldom poses problems, as revocability is part of the typical mandate structure⁷) and must have no economic nature⁸. The latest doctrine has considered invalid the so-called *mortis causa mandate*, a contract where the nature of the mandatory's tasks is economic: it is null as it does not comply with art. 458 cod. civ.⁹.

On the other hand, the *post mortem* mandate is valid when the nature of the mandatory's tasks is merely material and the contract do not have economic nature (so-called *post mortem exequendum mandate*).¹⁰

Since the line between a valid *post mortem* mandate (which is a contract without patrimonial nature) and a void succession agreement is very fine, I contend that the recent introduction of the *reverse mortgage* within the Italian legal system could be considered as a new step towards overcoming the prohibition of succession agreements.

2. THE ITALIAN REVERSE MORTGAGE AND ITS COMPATIBILITY WITH ART. 458 COD. CIV.

The Italian *prestito vitalizio ipotecario* is a type of mortgage introduced with Law 44/2015 in which a homeowner, 60 years old or older, can borrow money against the value of his home. No repayment of the mortgage is required until the borrower dies or the home is sold. The home serves as collateral and it must be sold in order to repay the mortgage when the borrower dies.¹¹

7 Art. 1722, 1° co., n. 2, cod. civ.

8 See V. PUTORÌ, *Disposizioni 'mortis causa' a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, III, 787 ff.

9 See G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 62 ff.

10 A third type is the so-called *post mortem* mandate 'in senso stretto' (in its strictest sense): it tends to be seen as legal, although it should not be considered as a real contract of mandate, being, actually, a will. In this respect, the latest doctrine (N. DI STASO, *Il mandato*, cit., 685) has considered the *post mortem* mandate expression as imprecise as it does not fully embrace the juridical complexity of the legal instruments it intends to cover.

11 On the new Italian reverse mortgage, see A. PAGANO (a cura di), *Novità normative. Rassegna di legislazione*, in *Corriere giuridico*, 2016, IV, 458 ff.; M. PROCOPIO (a cura di), *Novità legislative. Rassegna di legislazione*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2016, II.1, 672 ff.; A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel 'prestito vecchietti'*, in *Notariato*, 2016, 358 ff.; S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corriere giuridico*, 2015, VIII-IX, 1099 ff.; T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *I Contratti*, 2015, X, 937 ff. For some reflections before the entry into force of the Law 44/2015, see G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un 'reverse mortgage' all'italiana?*, in *Il Corriere del Merito*, 2011, VII, 677; R. RINALDI - A. VARRATI, *Credito e Imprese - Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaria*, 2007, III, 65; A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo 'sistema' delle garanzie reali*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, IV, 717 ff.

As regards this legislation, what is important to emphasize here is the power given to the financing institution – unless the borrower or his heirs repaid the loan not later than 12 months after the sale of the house or the debtor's death – to sell the property at the market price and to keep any amounts derived from the sale until the total extinction of the debt. All this is without prejudice to the obligation to pay any surplus to the heirs (or to those entitled).

Beyond the details, all the above elements make it possible to state, as already underlined by the latest doctrine¹², that a rational and more efficient reconstruction of the new regulations shows that the true nature of the reverse mortgage is that of a mandate to sell the property after the debtor's death¹³.

The proposed procedure implies that, on the one hand, although having the right, no bank will ever proceed to forced execution in order to enforce its pre-emption rights (the financing institution can indeed directly exercise the power to sell the property); on the other, it leads to the non-application of the normal mandate rules (which would sanction the extinguishment of the power of representation after the sale of the property to third parties by the mandator).¹⁴ In this regard, for example Chianale stated that the mechanism of the reverse mortgage is not based on the mortgage, but rather on the legal mandate with representation assigned to the bank *in rem propriam* and, therefore, irrevocable and also to be exercised after the debtor's death.¹⁵

So, the structure of such a contract reveals not only a financial nature of a *post mortem* mandate (which is in itself sufficient to demonstrate the *mortis causa* nature of the mandate¹⁶), but also the impossibility for the borrower to revoke the bank's power to sell the property. All these features shall suggest a high similarity between the *prestito vitalizio ipotecario* and a forbidden succession pact.

A further factor linked to the possibility of considering the Italian reverse mortgage as a succession agreement derives from the rule that prevents the financing institution from demanding reimbursement of the loan only as long as the mortgaged property remains part of the borrower's estate.

The above rule seems to hint that the legislator has given the bank a real right over an object understood as part of the *id quod superest*.

This gives me reason to expect that the *prestito vitalizio ipotecario*, in accordance with the objective criterion – based on the evaluation of the object of the contract in question, to determine whether or not it is part of the *id quod superest* – should be considered as a void succession agreement¹⁷.

12 A. CHIANALE, *L'inutilità*, cit., 358 ff.

13 See E. BUDA, *Mandato e trasferimento immobiliare*, in *I Contratti*, 2016, III, 267 ff.

14 Indeed, the bank can exercise its power to sell the property in any case of breach, including the sale of the property to third parties.

15 A. CHIANALE, *L'inutilità*, cit., 360.

16 See G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 62 ff.

17 See G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 233.

In fact, today, the transfers of goods considered to form part of the remaining assets (*id quod superest*) are held to be void.

In the light of all this, I believe that the Italian legislator, giving this structure to the reverse mortgage, has created a new legal derogation from article 458 cod. civ.¹⁸. I think that the reverse mortgage is indeed a *mortis causa* mandate which, in accordance with the principles established by the doctrine and the case-law, should be an example of void succession agreement.

3. TOWARDS THE HARMONISATION OF EUROPEAN PRIVATE LAW IN THE FIELD OF AGREEMENTS AS TO SUCCESSION?

Although it is clear that the contrast between the reverse mortgage and the basic principles and rules of the Italian civil law is due to a non-well thought legal transplant of Common law models¹⁹, I feel that the difficulty of incorporating the reverse mortgage into the Italian legal categories provides an additional spur for a partial rethinking of some legal dogma hampering the flexibility that is increasingly needed in order to incorporate legal instruments that are being conceived within the framework of the European private law²⁰.

The Italian ban of succession agreements is certainly one of these dogmas, especially since the entry into force of the Regulation 659/2012, in which the agreements as to succession are mentioned as parts of a common European succession law.

Although no generally applicable rules have been fixed, the Regulation provides a definition of “agreement as to succession” and implicitly expresses the hope that the new European succession law may promote the validity of the agreements as to succession.

Art. 49 Reg. 650/2012 defines an agreement as to succession as «a type of disposition of property upon death the admissibility and acceptance of which vary among the Member States». To make it easier for succession rights acquired because of an agreement as to succession to be accepted in the Member States, art. 49 Reg. 650/2012 stipulates that the «Regulation should determine which law is to govern the admissibility of such agreements, their substantive validity and their binding effects between the parties, including the conditions for their dissolution».

18 I would like to underline that the same reasoning could cover the trust. See U. CARNEVALI, *Negozi fiduciario e mandato 'post mortem'*. *Nota a Trib. Milano 18 aprile 1974*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1975, V.2, 694 ff.

19 See A. CHIANALE, *L'inutilità*, cit., 359. For some reflections on this point before the entry into force of the Law 44/2015, see D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: 'legal transplant' in cerca di definizione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, II, 503 ff.

20 It is generally accepted that, in the present context, the various categories are starting to collapse more and more rapidly and more and more often, and the new realities forcibly replace the existing ones. On this issue, I share the hopes expressed by N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*.

The objective of facilitating recognition of succession rights acquired thanks to an agreement as to succession in a Member State was also evident in the ‘Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession’²¹. In fact, recital 20 of the Proposal stated that «in order to facilitate recognition of succession rights acquired in a Member State, the conflict-of-laws rule should favour the validity of the agreements as to succession by accepting alternative connecting factors. The legitimate expectations of third parties should be preserved».

As the current European trend shows that where future succession pacts are banned, Member States should consider allowing such covenants, an amendment of the applicable national rules appears necessary especially for countries such as Italy, whose laws do not allow succession agreements.²²

In such a scenario, it is my belief that, in view of the harmonisation of the European private law, both a historical and comparative point of view merit equal importance. Considering that Roman law – as stated by the latest doctrine – «is thinking, it is a cultivated science, it is a logic proceeding, a useful model which today can be followed not much (and not only) to force its cases, its solutions, its institutes in an unsuited social and economic context, but to rediscover the creative power of legal science»²³, into the Roman *scientia iuris* some universally recognised legal principle shall be found.

But the prerequisite for such a research is to be, as far as possible, independent from all those «meta-historical ideas and teleology that are, today still, and especially in civil law systems, advocated by many scholars as the justification for constructions that aim at decoding the culture, institutions, techniques and ideologies of the ancients (Romans, Greeks, ‘barbarians’) using categories, principles, values that are completely alien to those worlds».²⁴

Following the methodological procedure outlined, with this paper I am trying to demonstrate that the archetype of the admissibility of succession agreements could be found also in the ancient Roman law²⁵: notwithstanding the general

21 Brussels, 14.10.2009, COM 2009/154 final, COD 2009/0157. The full text of the Proposal can be found on <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:EN:PDF>.

22 Art. 458 cod. civ.: «Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi».

23 C. PELLOSO, *The concept of ‘bargain’ and the (un-)bridgeable gulf between Common Law and Civil Law. Some historical observations on the Europeanization of the Law of Contract*, in *RGDR*, XIX, 2012, 37 f.

24 C. PELLOSO, *The concept*, cit., 35.

25 And not only in the German tradition, as assumed by the prevailing doctrine. See, for example, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, trad. it., Torino, 1930, 105, nt. 2; B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milano, 1946, 124 ss.; ID., *Diritto ereditario romano. Parte generale. (Corso di lezioni)*, Milano, 1954, 170; P. Voci, *Diritto*

understanding that the prohibition of succession pacts may be traced back to the ancient Romans, my research aims at pointing out that a clear stance against *mortis causa* attributions resulting from bilateral agreements cannot be found in the classical legal thought.

From this perspective, as Roman law cannot be regarded only as our past, but it is also «the memory of our future»²⁶, it seems possible to ‘use’ the concepts arising from the casuistry of the Digest not only to rediscover our very deep legal roots, but also to reinterpret some current legal issues.²⁷

4. THE MANDATUM POST MORTEM

Against this background, I have studied the *post mortem mandatoris* mandate in Roman legal sources and I found that, maybe, the European trend (allowing more widely the conclusion of future succession pacts) is not contrary to our common judicial culture rooted in Roman law.²⁸

So far as the *mandatum post mortem* in Roman law is concerned, my firm belief, indeed, is that such consensual contract could be considered as a succession agreement.

Even though no “succession agreement” category had been theorized in Roman law, jurists’ writings could provide some guidelines (which Emilio Betti would define as ‘enlightening inspirational principle’²⁹) suggesting a jurists’ stance

-
- ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1960, 475 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni. Parte generale*, Milano, 1974, 212; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Milano, 1949, 315 ff.; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano. (Anno accademico 1931-32)*, Napoli, 1932, 237 ff.; R. BONINI, ‘Interrogationes’ forensi e attività legislativa giustiniana, in *SDHI*, XXXIII, 1967, 286; M. SIČ (SZŪCS), *L’eredità futura come oggetto del contratto (patto) nel diritto classico e postclassico*, in *RIDA III S.*, LIX, 2012, 203.
- 26 C. PELLOSO, *The concept*, cit., 38. See also L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 1 ff.
- 27 AS R.C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future*, Cambridge, 2002, 36, said, «when I look at the present, I am a pessimist, but when I look at the past I am an optimist».
- 28 For the important role played by the Roman Legal tradition in the context of the introduction process of a new European private law, see the recent essays of T. DALLA MASSARA, *New Europe-Old Values? Reform and Perseverance. Can Roman Legal Tradition Play a Role of Identity Factor Towards a New Europe?*, in *New Europe - Old Values? Reform and Perseverance*, edited by N. Bodiroga-Vukobrat, S. Rodin and G.G. Sander, Rijeka - Luxembourg - Ludwigsburg, 2016, 1 ff., and of C. PELLOSO, *The concept*, cit., 1 ff.
- 29 See E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, Como, 1996, 31 f.: «nella ricerca delle singole soluzioni essi (i giuristi romani) non sogliono fare applicazione consapevole di principi. Bene spesso la soluzione viene trovata di intuito e, in apparenza, balza fuori quasi per caso. C’è bensì, alla sua base, un principio ispiratore che la illumina: ma questo – lungi dal venir enunciato – resta nell’ombra come latente nella coscienza del giurista».

on the *post mortem* topic that could be analysed within the framework of the current legal dogma.

I shall not dwell on all the legal sources I studied. Basically, I have noted that Roman jurists, as shown by *Paraphrasis Graeca Institutionum* 3.19.16: *Et post mortem alterius concepta stipulatio valebat etiam apud veteres; veluti si quis dixerit: spondeo dare tibi decem aureos post mortem Titii; cum accidere potest, vivis adhuc contrahentibus, Titium mori*, did envisage the possibility to conclude a *stipulatio* taking effect after the death of a person other than the *stipulator* or the *promisor*.

Problems arose in case the contract was to produce its effect after the death of one of the parties.

The texts I consulted did not seem to entirely exclude the possibility of making a legal act subject to the time clause of one of the parties' death.

A blocking issue could derive from the enforcement of a principle set by Paul. 12 *ad Sab.* D. 45.1.46.1: *Id autem, quod in facto est, in mortis tempus conferri non potest, veluti: 'cum morieris, Alexandriam venire spondes'*, i.e. the impossibility of foreseeing a *facere* by the *debitor mortuus*, or from the inevitable conflict between this time clause and the legal structure of the legal act, for example the impossibility of establishing a usufruct after the death of the usufructuary, as maintained by Paolo: Paul. 3 *ad Sab.* D. 33.2.5: *Usum fructum 'cum moriar' inutiliter stipulor: idem est in legato, quia et constitutus usus fructus morte intercidere solet.*

It is in the light of these principles that I think that also the main source on *mandatum post mortem* should be considered:

Gai 3.158: *item si quis quid post mortem meam faciendum mihi mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.*

From this text, the prevailing doctrine assumed that the *mandatum post mortem* was totally invalid in Roman law.³⁰

However, contrary to the prevalent opinion, since Gaius's words only refer to *mandatum post mortem mandatarii*, and accordingly to the principles arising from other fragments (as those I mentioned before), I think that this fragment proves the only invalidity of the *mandatum post mortem mandatarii* (it is impossible to charge someone with doing something after his death), but that the text does not hinder the validity of the *mandatum post mortem mandatoris*.³¹

30 V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anno 1948 – 1949*, Napoli, 1949, 142 ff.; G. CASTELLI, *Alcune osservazioni giuridiche sull'epitaffio di 'Allia Potestas'*, in *Scritti giuridici*, a cura di E. Albertario con prefazione di P. Bonfante, Milano, 1923, 111 f.; S. DI MARZO, *Sul mandato 'post mortem'*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, I, Milano, 1947, 234; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Bologna, 1927, 310, nt. 2.

31 On this matter, I agree with C. SANFILIPPO, *'Mandatum post mortem'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 556.

5. A LEGAL TRANSACTION BETWEEN CONTRACT AND TESTAMENTARY DISPOSITION

Based on this assumption, here I would like to dwell on another fundamental issue for my research.

Firstly, it is necessary to point out the difference between the *mandatum post mortem* (understood as a contract) and other testamentary dispositions defined as *mandatum post mortem* as well. The two instruments are sometimes confused with one another, because of the ambiguous terminology found in classical sources. This confusion has been a hindrance for a correct analysis of the *mandatum post mortem*.

For example, Pietro Bonfante stated that *mandatum post mortem* was not a contract, but rather a testamentary disposition because the mandate should not be considered as a contractual relationship, while it could be conceived in theory as a mandate *mortis causa*, i.e. a testamentary disposition.³²

As you can expect, the choice on the perspective to be adopted (i.e. whether the contractual or the testamentary perspective) is the premise for my entire research, because I am trying to investigate the importance of the *post mortem mandatoris* mandate as an index of a hereditary system including also bilateral agreements. If I had not contested Bonfante's opinion, I would have implicitly accepted the nature of the *mandatum post mortem* as a testamentary disposition, thus excluding the *post mortem* mandate as a valid "source of inspiration" for my research.

For this reason, I deemed necessary to express an opinion on this matter.

It is therefore obvious that the term '*mandatum*' in legal sources not only indicates a consensual contract³³, but could also designate more generally the concepts of 'order', 'proxy', 'assignment', 'authorization'³⁴. Furthermore, normal practice was that the testator often included in his/her will the so called 'atypical' dispositions in order to instruct somebody different from the heirs to organise the testator's funeral. This is corroborated by Ulp. 25 *ad ed.* D.11.7.12.4, which indicates the list of people who were to *funus facere*³⁵.

32 For P. BONFANTE, *Mandato 'post mortem'*, in *Scritti giuridici varii*, III, *Obbligazioni e possesso*, Torino, 1926, 270 f., the *mandatum post mortem* was «una volontà estrinsecata dal subietto perché debba valere dopo la morte, senza reciproco scambio di dichiarazioni, senza accordo di parti: si tratta, in breve di un atto *mortis causa*. I principi del sistema contrattuale, gli adagi pericolosi, *mandatum morte finitur, obligatio ab heredis persona*, ecc., sono fuori questione».

33 See F. PRINGSHEIM, *L'origine des contrats consensuels*, in *RHD*, XXXII, 1954, 494.

34 For an extensive bibliography about the etymology of the term *mandatum* and the concept of *mandare* in Roman law, see S. RANDAZZO, '*Mandare*'. *Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 7 ff.

35 See Ulp. 25 *ad ed.* D.11.7.12.4: *Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit: sed si non ille fecit, nullam esse huius rei poenam, nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est: tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur. sin autem de hac re defunctus non cavuit, nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit: si nemo scriptus est, legitimos vel cognatos: quosque suo ordine quo succedunt.* On the burial expenses as a statutory obligation on the *hereditas*, see S. DI SALVO, *Il legato modale in diritto romano*, Napoli, 1973, 132.

In those cases, the terms used to convey the concept of ‘assignment’ included the word *mandatum*.

So, I found particularly interesting a passage by Ulpiano where the term *mandare* is used in a testamentary context:

Ulp. 25 *ad ed. D. 11.7.14.2: Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit: credo tamen et extra ordinem eum a praetore compellendum funus ducere.*

In this case, a testator gave a *mandatum* to someone in order to organise his funeral using a sum of money the testator have left him for this purpose. Since the funeral was not organised, the jurist Mela gave the *actio doli* to the heirs, against the person instructed by the testator, while Ulpiano indicates the possibility of a *praetor's ex officio* intervention.

This text generated confusion, as it led for example Andreas Wacke to state that the *mandatum post mortem mandatoris* was invalid³⁶: the impossibility of concluding a valid *mandatum post mortem* agreement would have made the *agere ex mandato* impossible, thus making the *actio doli* the only *actio* available.

On the contrary however, I think that the expression *si mandaverit* does not resemble the consensual contract, given the ambiguous use of the term *mandatum* in Roman legal sources, as I mentioned before³⁷.

In my opinion, the main element showing that the text does not fall within the contractual framework is the term *testator*: therefore, most probably, the source of obligation of the supposed ‘mandatary’ was, actually, a will³⁸.

It is clear that the *actio mandati* is to be excluded, as it is impossible to bring an *ex contractu* action, as *actio mandati* is, for the performance of a contract that has never been concluded.

In contradiction with Wacke’s opinion, however, I have found out that other sources referring to *mandatum post mortem* do refer to *actio mandati*, to *agere mandati* or to *iudicium mandati*. See for example:

Ulp. 31 *ad ed. D. 17.1.12.17: Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret, ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.*

Gai. 10 *ad ed. prov. D. 17.1.13: Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.*

Gai 3.117: *Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit; adstipulatorem uero fere*

36 A. WACKE, *Sul concetto di ‘dolus’ nell’ ‘actio de dolo’*, in *Iura*, XXVIII, 1997, 30.

37 This opinion is also expressed by C. SANFILIPPO, *Ancora un caso*, cit., 2051.

38 The text falls within the testamentary context also for J.L. MURGA GENER, *Las practicas consuetudinarias en torno al ‘bonum animae’ en el derecho romano tardio*, in *SDHI*, XXXIV, 1968, 172, nt. 186.

tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur; quia enim ut ita nobis detur stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut si post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur.

Ulp. 31 *ad ed. D. 17.1.12.16: Si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero, an sit mandati actio vel mihi vel heredi meo? et ait Marcellus cessare mandati actionem, quia extinctum est mandatum finita voluntate. quod si mandaveris exigendam, deinde prohibuisti, exactamque recepisti, debitor liberabitur.*

As it is possible to notice, when reference is made to an action of a contractual nature (as *actio mandati*), no reference is made to the will nor to the testator.

When analysed from the procedural point of view, these two elements are consistent: on the one hand, in cases like D.11.7.14.2, reference to the *testator* is made, and therefore, it should be no surprise that the *actio mandati* is refused; on the other, in other fragments, the *actio mandati* is granted and this goes to show that there were cases of ‘contractual’ *mandatum post mortem*.

As a matter of fact, broad the *mandatum* concept might have been, in the case of consensual contract, any ‘pathological’ element of the legal relationship should have been analysed and solved within the framework of a *iudicium mandati*, and the existence of legal sources proving the use of *actio mandati* for the performance of *mandatum post mortem* shows that it was an actual contract.

6. DE DOLO ACTIONEM IN EUM DANDAM MELA SCRIPSIT

As far as the *actio doli* mentioned by Ulpiano in D.11.7.14.2 is concerned, I think that Mela granted *actio doli* for the following reason: through a *condictio* or an *actio in factum*, the claimant could have obtained only a pecuniary compensation from the defendant³⁹.

Conversely, by introducing the *iudicium de dolo* and thanks to the *arbitratus de restituendo*⁴⁰ in the *actio doli*'s formula⁴¹, heirs could have expected that, in order

39 The connection between the patrimonial nature of all convictions in Roman civil law process and the *arbitratus de restituendo* is clearly explained by M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006 (rist. Palermo, 2011), 95, nt. 77: «il ricorso alla clausola arbitraria va messo in relazione col principio per cui la condanna doveva essere sempre espressa in denaro, e ne rappresentava un evidente temperamento; un temperamento che giovava di norma sia al convenuto – che avrebbe evitato la condanna al pagamento di una somma di denaro di cui poteva non disporre – sia all’attore, che avrebbe conseguito direttamente l’oggetto della sua pretesa».

40 For a recent and wide analysis on *arbitratus de restituendo*, see S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo’ nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012, *passim*; M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 66; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982, 107; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova, 1942, 297.

41 A different opinion about the presence of the *arbitratus* in the *actio doli*'s formula is in B. BIONDI, *Studi sulle ‘actiones arbitrarie’ e l’‘arbitrium iudicis’*, Palermo, 1912, 83.

to avoid conviction and the *infamia*⁴² (which was a consequence of the criminal nature⁴³ of *actio doli*⁴⁴), the *accipiens* would decide to remedy its breach of good faith and use the money already accepted for the specific purpose set by the *de cuius*.

As a matter of fact, unlike all the other actions, the *actio dolis* indirectly gave the possibility of obtaining a specific compensation, and maybe this was sufficient for Mela (who lived in an age⁴⁵ when the only civil law process known was the *per formulas* one, where the only kind of conviction available was the pecuniary compensation) to consider that also the main pre-requisite to bring the *actio doli* was present, *i.e.* the subsidiarity, to be understood – in my opinion – not as ‘lack of judicial remedies available’, but rather as ‘impossibility to reach a particular protection goal’.

In this case, it is clear that the main objective was to identify a legal instrument to get to the specific compensation, *i.e.* the holding of the funeral by the defendant⁴⁶. I think this is proved in particular by the last part of the text, where Ulpiano (who lived approximately two centuries after Mela, when the civil law process allowed new means of protection introduced by the *cognitio extra ordinem*⁴⁷) indicates the possibility of a *praetor's ex officio* intervention aimed at compelling the person *cui funeris sui curam testator mandaverit to funus ducere*.

42 The *actio doli* was one of the few *actiones in personam* containing the *arbitratus de restituendo* in the formula, and probably – as said by P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, 72 – «la presenza dell'*arbitratus de restituendo* sembra si debba spiegare come un'ultima *chance* per permettere al convenuto di evitare l'*infamia*».

43 However, the *actio doli* is commonly defined as ‘la meno penale delle azioni penali’; see L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, II, 14, Berlin - New York, 1982, 702; G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di 'struttura' e 'funzione' delle azioni penali private*, in *BIDR*, XXXV-XXXVI, 1993-1994, 343 ff.; P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 1 ff.

44 On the controversial and ignominious nature of the *actio doli*, see Á. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, in ‘*Sodalitas*’. *Scritti in onore di A. Guarino*, VI, Napoli, 1984, 2575 ff.; J.M. BLANCH, *Nota a propósito de la 'actio de dolo' y su carácter infamante*, in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, 1151.

45 See C. FERRINI, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, in *Opere di C. Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929, 11 ff.

46 As noted also by G. MACCORMACK, ‘*Dolus*’ in *Republican Law*, in *BIDR*, LXXXVIII, 1985, 34, «the specific mention of *accepta pecunia* suggests that the receipt of the expenses was relevant for the determination of the *dolus*», as «it was not just the failure to carry out the undertaking but the receipt of the money and the subsequent failure to arrange the funeral that constituted *dolus*».

47 See M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 113.

7. THE ROMAN MANDATUM POST MORTEM AND ITS POSSIBLE ECONOMIC NATURE

After having demonstrated that the presence of some testamentary provisions defined as *mandatum post mortem* does not exclude the existence of other cases of *mandatum post mortem* contracts, enforced by the *actio mandati*, I would like to introduce a source which – I think – shows that Roman law allowed agreements that, most probably, would be considered today void succession agreements.

That is:

Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 17.1.13: *Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.*

Here Gaius talks about a *mandatum post mortem* where the *mandator* instructed the *mandatary* to buy a land for the *mandator's* heir after the *mandator's* death.

First, I had to put the text in context: since the incipit *idem est* recalls an arrangement that is not made clear by Gaius's words, I had to look at the preceding passage:

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.17: *Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret, ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.*

Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 17.1.13: *Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.*

In the order of the Digest, the incipit *idem est* (which can be translated as 'likewise', 'in the same way') refers to the preceding passage by Ulpiano which grants the *actio mandati* to manage the binding relationship between the *mandatary* and the *mandator's* heirs deriving from a *mandatum post mortem*.

Idem est, therefore, hints at the possibility of requiring performance of a contract where the *mandator* instructed the *mandatary* to buy a land for the *mandator's* heir after the *mandator's* death, and it seems to me that the patrimonial nature of this contract is clear.

However, the two texts include fragments written by two different jurists (one is Gaius and the other is Ulpiano) and, therefore, certainly, when using *idem est*, Gaius did not refer to Ulpiano.

Then, I verified the reconstruction of the correct order that can be found in Lenel's *Palingenesia*:

Gai. 9 *ad ed. prov.* (D. 17.1.27)

(pr.) Si quis alicui scripserit, ut debitorem suum liberet, seque eam pecuniam, quam is debuerit, soluturum, mandati actione tenetur.

(l.) Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum recipere velim. *Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.*

When analysing the topics dealt with by Gaius in the 9 Comment Book *ad edictum provinciale*, I found confirmation of the reference to the procedural data, as the preceding passage, in the original order, contains several hypotheses of mandate and granting of the contractual action: the *actio mandati*.

From Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 17.1.13 we can therefore deduce not only the possibility of *agere ex mandato* to perform a *mandatum post mortem*, but also and mostly the eligibility, in Roman law, of contracts that, in applying Italian civil law, would be considered today void *mortis causa* mandates.

8. CONCLUSIVE REMARKS

Thus, looking at the typical “procedural law-reasoning” of the Roman jurists, the following conclusions may be drawn.

On the one hand, the legal sources envisage the possibility of bringing a *iudicium mandati* for the performance of a *post mortem* mandate, and this goes to show the existence of a contractual *post mortem* mandate; on the other, there were Roman law cases, like that of Gaius in D.17.1.13, proving the existence of bilateral agreements intended to fulfil a patrimonial function casually related to the *mandator*’s death.

In this respect, an interesting example for my study is set by an Italian case challenged before the Genova Court of Appeal in 1947⁴⁸. The Court declared the invalidity of a bank deposit of bearer securities where the depositor charged the Bank to distribute those securities according to his instructions after his death. The Court’s decision was taken because of the patrimonial function of the agreement (perceived as a *mortis causa* mandate) and, therefore, of the non-compliance with art. 458 cod. civ.

Such arrangement, still considered void in compliance with the Italian prohibition of succession agreements, shall fall within the framework of the legal act described by Gaius, although the outcomes differ.

Moreover, about the recent introduction of the reverse mortgage in the Italian legal system, the clear patrimonial nature of this new type of loan, containing an irrevocable mandate to sell the property after the death of the borrower/mandator, shows that the Italian legislator has opted for a legal transaction maybe closer to the Gaius’s solution than to the Genova Court of Appeal’s one.

Ultimately, in the framework of the gradual process leading to the creation of a ‘Common European private law’, the case of the Roman *post mortem mandatum* seems to hint that the Roman legal experience might represent, also in the field of the agreements as to succession, a good instrument for reaching a European legal “palingenesis”⁴⁹, which must get over the present discrepancies, to recover

48 App. Genova, 19.6.1947, in *Monitore tribunali*, 1948, 48.

49 See L. GAROFALO, *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, in *Giurisprudenza*, cit., 45 ff.

the essence of the Roman *scientia iuris*⁵⁰ as a «*rational reflection, a creation of a spirit, free from the often oppressing bonds of a positive power, either legislative or judicial*».⁵¹

The concepts emerged from the sources considered in this paper apparently do not evoke any hostility towards any bilateral agreements intended to govern some aspects relevant to the inheritance.

Consequently, as long as the understanding of Roman Law remains far from «the mirage of the placeless and timeless ‘Roman-Pandectist’»⁵², the study of the Roman *post mortem mandatum* shall add a “letter” to the “conceptual alphabet”⁵³, written by the Roman jurists, where the modern jurist could also be able to find certain fundamental values on which the European culture of private law is based.⁵⁴

BIBLIOGRAPHY

- V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell’Università di Roma. Anno 1948 – 1949*, Napoli, 1949;
- A. ANSALDO, *In tema di mandato ‘post mortem’*. Nota a Cass. sez. I civ. 23 maggio 2006, n. 12143, in NGCC, 2007, I, 496 - 501;
- U. BECHINI, ‘Password’, *credenziali e successione ‘mortis causa’*, in *Studi e materiali*, 2008, I, 279 - 286;
- E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, Como, 1996, 25 - 83.
- E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova, 1942;
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La Famiglia. Le successioni*, Milano, 2002;
- B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milano, 1946;
- B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale. (Corso di lezioni)*, Milano, 1954;
- B. BIONDI, *Studi sulle ‘actiones arbitrariae’ e l’‘arbitrium iudicis’*, Palermo, 1912;
- J.M. BLANCH, *Nota a propósito de la ‘actio de dolo’ y su carácter infamante*, in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, 1151 - 1157;
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni. Parte generale*, Milano, 1974;
- P. BONFANTE, *Mandato ‘post mortem’*, in *Scritti giuridici varii*, III, *Obbligazioni e possesso*, Torino, 1926, 262 - 282;
- G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato ‘post mortem’*. Nota a Trib. Palermo sez. I civ. 16 marzo 2000, in *I Contratti*, XII, 2000, 1101 - 1103;

50 Following A. SCHIAVONE, ‘*Ius*’. *L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, it is certainly possible to speak of a wholly Roman «invenzione del diritto», which represents a vital resource even for modern legal systems.

51 C. PELLOSO, *The concept*, cit., 37.

52 C. PELLOSO, *The concept*, cit., 35.

53 See T. DALLA MASSARA, *New Europe*, cit., 4.

54 On the way to approach to the historical-comparative study of Roman law, I totally agree with C. PELLOSO, *The concept*, cit., 36: «Roman law is and shall always be a model because it is unique, that is to say different from any other past or present legal experience, not because it is universal: this is the reason why we believe that the most fascinating and most current element that characterizes Roman law is its ontological ‘otherness’ from today’s systems». On this point see also L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo, in Europa e diritto privato*, 2004, 66, and, on the ‘otherness’ which characterizes Roman law, P.G. MONATERI, *Roma e l’Occidente. Comparazione e critica della tradizione*, in *Ostraka*, XVII, 2008, 213 ff.

- G. BONILINI, *Iscrizione a 'società' di cremazione e mandato 'post mortem'*, in *Fam. Pers. Succ.*, VI, 2007, 524 - 529;
- R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, in *SDHI*, XXXIII, 1967, 279 - 319;
- E. BUDA, *Mandato e trasferimento immobiliare*, in *I Contratti*, 2016, III, 267 - 277;
- C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982;
- G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983;
- U. CARNEVALI, *Negozi fiduciario e mandato 'post mortem'*. Nota a Trib. Milano 18 aprile 1974, in *Giurisprudenza commerciale*, 1975, V.2, 694 - 705;
- G. CASTELLI, *Alcune osservazioni giuridiche sull'epitaffio di 'Allia Potestas'*, in *Scritti giuridici*, a cura di E. Albertario con prefazione di P. Bonfante, Milano, 1923, 101 - 118;
- C. CECERE, *Il divieto dei patti successori nella giurisprudenza*, in *Diritto privato*, 1998, IV, 343 - 403;
- D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: 'legal transplant' in cerca di definizione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, II, 503 - 530;
- A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel 'prestito vecchietti'*, in *Notariato*, 2016, 358 - 361;
- S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corriere giuridico*, 2015, VIII-IX, 1099 - 1108;
- Á. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino*, VI, Napoli, 1984, 2575 - 2590;
- T. DALLA MASSARA, *New Europe-Old Values? Reform and Perseverance. Can Roman Legal Tradition Play a Role of Identity Factor Towards a New Europe?*, in *New Europe - Old Values? Reform and Perseverance*, edited by N. Bodiroga-Vukobrat, S. Rodin and G.G. Sander, Rijeka - Luxembourg - Ludwigsburg, 2016, 1 - 14;
- M. DES LOGES, *Il mandato 'post mortem'*, in *Il notaio*, 1970, XXIV, 115 - 116;
- L. DI LORENZO, *Il legato di 'password'*, in *Notariato*, 2014, II, 144-151;
- S. DI MARZO, *Sul mandato 'post mortem'*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, I, Milano, 1947, 233 - 238;
- S. DI SALVO, *Il legato modale in diritto romano*, Napoli, 1973;
- N. DI STASO, *Il mandato 'post mortem exequendum'*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 685 - 694;
- A.A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi. Mandato 'post mortem'. Contratto di mantenimento*, in *Vita notarile*, 2011, I.2, 453-464;
- C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Milano, 1949;
- C. FERRINI, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, in *Opere di C. Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929, 11 ff.
- L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 1 - 25;
- L. GAROFALO, *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 45 - 55;
- G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954;
- G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un 'reverse mortgage' all'italiana?*, in *Il Corriere del Merito*, 2011, VII, 677 - 680;
- F. GRADASSI, *Mandato 'post mortem'*, in *Contratto e Impresa*, 1990, 827 - 849;
- A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo 'sistema' delle garanzie reali*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, IV, 717 - 745;
- P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010;
- N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013;
- A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Notariato*, V, 2014, 519 - 532;
- M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *NGCC*, 1991, II, 91 - 113;

- M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006 (rist. Palermo, 2011);
- G. MACCORMACK, 'Dolus' in *Republican Law*, in *BIDR*, LXXXVIII, 1985, 1 - 38;
- P.G. MONATERI, *Roma e l'Occidente. Comparazione e critica della tradizione*, in *Ostraka*, XVII, 2008, 213 - 220;
- F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. Pers. Succ.*, I, 2010, 56 - 62;
- J.L. MURGA GENER, *Las practicas consuetudinarias en torno al 'bonum animae' en el derecho romano tardio*, in *SDHI*, XXXIV, 1968, 110 - 182;
- G. MUSOLINO, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato 'post mortem'*. Nota a Cass. sez. I civ. 23 maggio 2006, n. 12143, in *Rivista del notariato*, 2007, III, 2, 690 - 693;
- A. PAGANO (a cura di), *Novità normative. Rassegna di legislazione*, in *Corriere giuridico*, 2016, IV, 458 - 461;
- A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, Napoli, 2003;
- C. PELLOSO, *The concept of 'bargain' and the (un-)bridgeable gulf between Common Law and Civil Law. Some historical observations on the Europeanization of the Law of Contract*, in *RGDR*, XIX, 2012, 1 - 38;
- S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Bologna, 1927;
- F. PRINGSHEIM, *L'origine des contrats consensuels*, in *RHD*, XXXII, 1954, 475 - 495;
- M. PROCOPIO (a cura di), *Novità legislative. Rassegna di legislazione*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2016, II.1, 672-690;
- V. PUTORTÌ, *I contratti 'post mortem'*, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, III, 768-807;
- V. PUTORTÌ, *Mandato 'post mortem' e divieto dei patti successori*, in *Obbligazioni e Contratti*, XI, 2012, 737-746;
- V. PUTORTÌ, *Disposizioni 'mortis causa' a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, III, 787-830;
- S. RANDAZZO, *'Mandare'. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005;
- G. RESTA, *La 'morte' digitale*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, VI, 891 - 920;
- R. RINALDI - A. VARRATI, *Credito e Imprese - Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaria*, 2007, III, 65.
- A. ROSA, *Successione testamentaria e istituti alternativi al testamento*, in *Il Nuovo diritto*, 2006, VII-VIII.1, 720 - 728;
- G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di 'struttura' e 'funzione' delle azioni penali private*, in *BIDR*, XXXV-XXXVI, 1993-1994, 343 - 394;
- T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *I Contratti*, 2015, X, 937 - 947;
- C. SANFILIPPO, *'Mandatum post mortem'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 554 - 567;
- L. SANTORO, *Le alternative al testamento*, in *Contratto e impresa*, 2003, III, 1187 - 1192;
- A. SCHIAVONE, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005;
- M. SIC' (SZÚCS), *L'eredità futura come oggetto del contratto (patto) nel diritto classico e postclassico*, in *RIDA III S.*, LIX, 2012, 197 - 216;
- S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano. (Anno accademico 1931-32)*, Napoli, 1932;
- M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1 - 79;
- L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, II, 14, Berlin - New York, 1982, 682 - 721;
- L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2004, I, 53 - 67;
- R.C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future*, Cambridge, 2002;
- S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012;

- P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 1 - 46;
- P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1960;
- A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus' nell' 'actio de dolo'*, in *Iura*, XXVIII, 1997, 10 - 39;
- B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, trad. it., Torino, 1930.
- STUDIO 6-2007/IG DELLA COMMISSIONE STUDI DI INFORMATICA GIURIDICA DEL CNN,
'Password', credenziali e successione 'mortis causa', in *Diritto dell' internet*, VI, 2007,
633 - 637;
- App. Genova, 19.6.1947, in *Monitore tribunali*, 1948, 48.
- Brussels, 14.10.2009, COM 2009/154 final, COD 2009/0157. The full text of the Proposal
can be found on <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:EN:PDF>.

Maria Federica Merotto*

Sažetak

PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO I MANDATUM POST MORTEM:
DVA PRIMJERA VALJANIH UGOVORA O NASLJEĐIVANJU IZMEĐU PROŠLOSTI I SADAŠNJOSTI

U radu se analizira *mandatum post mortem* u rimskom i talijanskom pravu kao pravni posao koji služi zaštiti interesa koji nastaju nakon smrti davatelja mandata. Glede sadašnjeg prava, uzimajući u obzir dominantno stajalište doktrine, koja smatra *mandatum post mortem* s imovinskim sadržajem ništetnim, budući da je u suprotnosti s člankom 458. talijanskoga Građanskog zakonika, analizirat će se osnovna obilježja instituta *prestito vitalizio ipotecario* radi usporedbe kompatibilnosti tog nedavno uvedenog instituta sa zabranom ugovora o nasljeđivanju koji je još uvijek na snazi u Italiji. Istraživanje će se provesti i na razini rimskog prava, nakon dokazivanja da se *mandatum post mortem*, shvaćen kao ugovor, razlikuje od drugih oporučnih raspolaganja, premda isto nazivanih *mandatum post mortem*, autorica uzima u obzir jedan izvor (Gai 10 *ad ed.* D. 17.1.13) koji bi mogao utvrditi postojanje takvih ugovornih mandata *post mortem* imovinskog sadržaja i u rimskom pravnom sustavu.

Ključne riječi: *mandatum post mortem, ugovor o nasljeđivanju, prestito vitalizio ipotecario, europsko privatno pravo, mantadum mortis causa, rimsko pravo, oporučno raspolaganje.*

Zusammenfassung

PRESTITIO VITALIZIO IPOTECARIO UND MANDATUM POST MORTEM:
ZWEI BEISPIELE GÜLTIGER ERBVERTRÄGE IN VERGANGENHEIT UND GEGENWART

Diese Arbeit basiert auf das Mandat *post mortem*, welches ein Vertrag zum Schutz mancher nach dem Tod des *Mandants* entstandenen Interessen sowohl im italienischen als auch im römischen Rechtssystem darstellt. Da der neuesten Doktrin nach das Mandat *post mortem*, bei welchem die Aufgaben des *Mandants* wirtschaftlicher Natur sind, als ungültig betrachtet wurde, weil es nicht in Einklang mit Art. 458 des italienischen bürgerlichen Gesetzbuches steht, schlägt diese Arbeit vor, dass der neulich eingeführte Begriff der „umgekehrten Hypothek“

* Maria Federica Merotto, doktorandica na Sveučilištu u Veroni; mariafederica.merotto@univr.it

im italienischen Rechtssystem ein neuer Schritt zur Überwindung des Verbots von Erbverträgen darstellen kann. Die Arbeit analysiert die aktuelle italienische Gesetzgebung und die des Europäischen Privatrechts. Anschließend wird der Begriff *mandatum post mortem* aus dem römischen Recht analysiert, wobei gezeigt wird, dass ein solcher Konsensualvertrag als Erbvertrag angesehen werden kann. Im nächsten Teil der Arbeit wird der Unterschied zwischen dem *mandatum post mortem* (angesehen als Vertrag) und den anderen als *mandatum post mortem* definierten letztwilligen Verfügungen erläutert. Nachfolgend wird die Quelle, welche die wirtschaftliche Natur des *mandatum post mortem* zeigt, in Betracht gezogen, wonach abschließend betont wird, dass es im römischen Recht Entscheidungen gibt (z.B. die Entscheidung von Gaius in D.17.1.13), welche das Bestehen von bilateralen Verträgen, dessen Zweck die Erfüllung von wirtschaftlichen Funktionen nach dem Tod des *Mandants* war, beweisen.

Schlüsselwörter: *mandatum post mortem, Erbverträge, prestito vitalizio ipotecario, Europäisches Privatrecht, mandatum mortis causa, umgekehrte Hypothek im italienischen Recht, mandatum post mortem, Subsidiarität von der actio doli, römisches Recht, letztwillige Verfügungen.*

Riassunto

PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO E MANDATUM POST MORTEM: DUE ESEMPI DI PATTI SUCCESSORI VALIDI TRA PRESENTE E PASSATO

Il contributo tratta, sia nel diritto italiano che nel diritto romano, del mandato *post mortem*, particolare figura negoziale che si presta ad essere eseguita per tutelare interessi che si manifestano dopo la morte del mandante. Con riferimento al diritto odierno, tenendo a mente l'opinione della dottrina maggioritaria, che considera un mandato *post mortem* avente contenuto patrimoniale nullo a causa del contrasto con l'art. 458 cod. civ., vengono analizzate le principali caratteristiche del prestito vitalizio ipotecario al fine di verificare la compatibilità di questo istituto di recente introduzione con il divieto di patti successori vigente in Italia. L'indagine si sposta quindi sul piano romanistico: dopo aver dimostrato la differenza tra il *mandatum post mortem* – inteso come contratto – e le altre disposizioni testamentarie definite ugualmente '*mandatum post mortem*', viene presa in considerazione una fonte in particolare (Gai 10 ad ed. D. 17.1.13) che sembrerebbe attestare l'esistenza, nel sistema giuridico romano, di mandati *post mortem* contrattuali aventi contenuto patrimoniale.

Parole chiave: *mandatum post mortem, patti successori, prestito vitalizio ipotecario, diritto privato europeo, mandatum mortis causa, diritto romano, disposizione testamentaria.*

UPUTE SURADNICIMA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci objavljuje radove iz područja pravnih i društvenih znanosti. Uredništvo prima rukopise na hrvatskom, engleskom, talijanskom i njemačkom jeziku, a odlukom uredništva prihvaća za objavljivanje rukopis i na nekom drugom stranom jeziku. Radovi se uredništvu dostavljaju u elektroničkom obliku (CD ili e-mail) i otisnuti na papiru poštom u tri istovjetna primjerka. Uredništvo prima isključivo neobjavljene rukopise. Uz naslov rada nužno je navesti ime, prezime i titulu autora, naziv i adresu ustanove ili kućnu adresu te e-mail adresu.

Preporučeni opseg rada u pravilu je do dva autorska arka. Radu treba biti priložen sažetak na hrvatskom jeziku. Sažetak se prevodi na engleski jezik te po izboru autora na njemački ili talijanski jezik. Sažetak ne smije prelaziti 200 riječi upućujući na svrhu rada, metodologiju, najvažnije rezultate i zaključak. Prilaže se na posebnoj stranici s navedenim imenom i prezimenom autora, nazivom institucije, naslovom rada, do pet ključnih riječi i s oznakom „Sažetak“.

Rukopis koji se predaje za objavljivanje u Zborniku Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci treba biti pisan i opremljen u skladu s Uputama za oblikovanje teksta koje su objavljene na mrežnoj stranici:

<http://pravri.uniri.hr/files/zbornik/upute%20autorima%20za%20oblikovanje%20teksta%20rada.pdf>

Detaljne upute autorima i recenzentima glede razvrstavanja radova dostupne su na mrežnoj stanici:

<http://pravri.uniri.hr/files/zbornik/upute%20autorima%20i%20recenzentima%20glede%20razvrstavanja%20radova.pdf>

Svi radovi podliježu anonimnom recenzentskom postupku. Radi anonimizacije rukopisa, koja se obavlja uklanjanjem imena autora, neprihvatljivo je da autor u radu piše na način da je identitet autora moguće otkriti iz načina na koji upućuje na vlastite radove.

Rukopisi se ne vraćaju. Uredništvo pridržava pravo rukopis redakcijski prilagoditi propozicijama časopisa i radove predane na hrvatskom jeziku lektorirati sukladno standardima hrvatskog književnog jezika.

Prikazi knjiga, osvrti i ocjene ne podliježu recenziji, ne smiju biti dulji od osam kartica i potpisuju se na kraju.

Rukopisi se upućuju na adresu: zbornik@pravri.hr, Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, HR-51000 Rijeka.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka publish scientific papers from the field of legal and social sciences. The editorial board accepts scientific papers written in Croatian, English, Italian and German language, nevertheless, the board may according to its internal decision accept for publishing scientific papers in some other foreign language. The papers should be submitted in the electronic form (CD or e-mail) and printed out in three identical copies sent by post. The editorial board strictly accepts unpublished manuscripts. Together with the title of the paper the authors should submit their name, family name and title, name and address of the institution or home address as well as their e-mail.

It is recommended to submit papers which should not exceed more than 32 type-written double-spaced pages (about 10000 words). A summary in Croatian language should be attached to the paper. The summary will be translated in English and German or Italian language. The summary should encompass no more than 200 words and should inform about the purpose of the paper, methodology, the most important results and conclusion. The summary should be enclosed on a separate page stating the name and family name of the author, name of the institution, title of the article, no more than five key words and a denotation "Summary".

Manuscript submitted for publishing in the Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka should be written and formatted according to the Instructions for Text Formatting which can be downloaded at <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/format.pdf>.

Detailed instructions for authors and reviewers regarding the classification of papers can be downloaded at <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/category.pdf>.

All papers will be subjected to anonymous review procedure. Due to paper anonymity which is ensured by removing the author's name, it is unacceptable to submit a paper written in a way revealing the author's identity by citations of his own previous written works.

Submitted contributions will not be returned. The editorial board holds the right to editorially adjust the paper to journal's propositions and to language-edit written works in Croatian language according to standards of Croatian standard language.

Book reviews, comments and surveys are not subjected to review. They should not exceed eight typed double-space pages (about 2400 words). The authors are expected to sign them before submitting.

Manuscripts should be sent to the following address: zbornik@pravri.hr, Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka, Hahlic 6, CROATIA-51000 Rijeka.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

AKCIJSKA PRODAJA ZBORNİKA!

Naručujem/o ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

- po jedinstvenoj cijeni od **26,25 kn.**
 - Vol. 20 br. 2 (1999.). _____ primjeraka
 - Vol. 21 br. 1 (2000.). _____ primjeraka
 - Vol. 21 br. 2 (2000.). _____ primjeraka
 - Vol. 22 br. 1 (2001.). _____ primjeraka
 - Vol. 22 br. 2 (2001.). _____ primjeraka
 - Supplement br. 1 (2001.). _____ primjeraka
 - Vol. 23 br. 1 (2002.). **rasprodan**
 - Vol. 23 br. 2 (2002.). _____ primjeraka
 - Supplement br. 2 (2002.). _____ primjeraka
 - Vol. 24 br. 1 (2003.). _____ primjeraka
 - Vol. 24 br. 2 (2003.). _____ primjeraka
 - Supplement br. 3 (2003.). _____ primjeraka
 - Vol. 25 br. 1 (2004.). _____ primjeraka
 - Vol. 25 br. 2 (2004.). _____ primjeraka
 - Vol. 26 br. 1 (2005.). _____ primjeraka
 - Vol. 26 br. 2 (2005.). _____ primjeraka
 - Vol. 27 br. 1 (2006.). _____ primjeraka
 - Vol. 27 br. 2 (2006.). _____ primjeraka
 - Vol. 28 br. 1 (2007.). _____ primjeraka
 - Vol. 28 br. 2 (2007.). _____ primjeraka
 - Vol. 29 br. 1 (2008.). _____ primjeraka
 - Vol. 29 br. 2 (2008.). _____ primjeraka
 - Vol. 30 br. 1 (2009.). _____ primjeraka
 - Vol. 30 br. 2 (2009.). _____ primjeraka
 - Vol. 31 br. 1. (2010.). _____ primjeraka
 - Vol. 31 br. 2. (2010.). _____ primjeraka
 - Supplement, Vol. 31 br. 1. (2010.). **rasprodan**
 - Vol. 32 br. 2. (2011.). _____ primjeraka
 - Vol. 32 br. 1. (2011.). **rasprodan**
 - Vol. 33 br. 1. (2012.). **rasprodan**
 - Vol. 33 br. 2. (2012.). _____ primjeraka
 - Vol. 34 br. 1. (2013.). **rasprodan**
 - Vol. 34 br. 2. (2013.). _____ primjeraka
 - Vol. 35 br. 1. (2014.). _____ primjeraka
 - Vol. 35 br. 2. (2014.). _____ primjeraka
 - Vol. 36 br. 1. (2015.). **rasprodan**
 - Vol. 36 br. 2. (2015.). _____ primjeraka
 - Vol. 37 br. 1. (2016.). _____ primjeraka
- po cijeni od **50,00 kn**
 - Vol. 37 br. 2. (2016.). _____ primjeraka
- po cijeni od **90,00 kn**
 - Vol. 37 br. 3. (2016.). _____ primjeraka
- po cijeni od **150,00 kn**
 - Vol. 38 br. 1. (2017.). _____ primjeraka

* **Napomena: u cijene je uračunat porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

Ime i prezime/Poduzeće/Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

OIB: _____

U _____, _____ godine

MP

Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci

IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka

Tel.: 051/359-516, fax 051/675-113, e-mail: skriptarnica@pravri.hr

BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

UREDNIK: PROF. DR. SC. MIOMIR MATULOVIĆ

Biblioteka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena je 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose. Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici. U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, *Kriminalistika, 1. Uvod, 1997. (rasprodano)*
- Vinko Hlača, *Hrvatsko pomorsko pravo, Izabrani radovi, 2001. (rasprodano)*
- V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. (unutarnja cijena: 165,00 kn; vanjska cijena: 200,00 kn)*
- Matthias Herdegen, *Europsko pravo, 2003. (rasprodano)*
- Milovan Jovanović, *POLIS-OIKOS-NOMOS, Ekonomski zakoni, 2004. (rasprodano)*
- Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo, II. osuvremenjeno izdanje, 2006. (rasprodano)*
- Zvonimir Slakoper, *Bankovni i financijski ugovori, 2007. (rasprodano)*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, 2007. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo – autorizirana predavanja – 2. izdanje, 2008. (rasprodano)*
- Dorotea Čorić, *Onečišćenje mora s brodova – Međunarodna i nacionalna pravna regulativa, 2009. (cijena: 577,50 kn)*
- Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo, 3. izdanje, 2010. (rasprodano)*
- Anamari Petranović, *Obligationes iuris romani: (breviarum), 2010. (cijena 157,50 kn)*
- Milovan Jovanović i Ivo Eškinja, *Osnove ekonomske politike, 2012. (cijena 157,50 kn)*
- Dario Đerđa, *Osnove upravnog prava Europske unije, 2012. (cijena 115,00 kn)*
- Berislav Pavišić i Tadija Bubalo, *Međunarodno kazneno pravo, 2013. (cijena 94,50 kn)*
- Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić i Igor Martinović, *Kazneno pravo – opći dio, 2013. (cijena 68,25 kn)*
- Edita Čulinović-Herc, Dionis Jurić, Mihaela Braut Filipović i Nikolina Grković: *Pravno uređenje UCITS fondova na tržištu kapitala, 2013. (cijena 300,00 kn)*
- Teodor Antić, *Ustrojstvo i djelokrug javnog sektora, 2014. (cijena 150,00 kn)*
- Berislav Pavišić i suradnici, *Kazneno postupovno pravo, 6. izdanje, 2014. (cijena 140,00 kn)*
- Željko Bartulović, *Povijest prava i države (I. dio – Opća povijest prava i države, 2014. (cijena 50,00 kn)*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, 2015. (rasprodano)*
- Ivan Padjen, *Metodologija pravne znanosti, 2015. (cijena 120,00 kn)*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, V. izdanje, 2016. (cijena 120,00 kuna)*
- Milovan Jovanović, *Osnove ekonomike javnog sektora, 2016. (cijena 60,00 kuna)*

MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, *Politički poretki i legitimitet, 1995. (rasprodano)*
- Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. (rasprodano)*
- Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo, 1997. (rasprodano)*
- Vesna Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo, Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998. (rasprodano)*
- Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. (cijena: 73,50 kn)*

- Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izabrane studije*, 1999. **(rasprodano)**
- Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra*, 1999. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku*, 2000. **(cijena: 105,00 kn)**
- Vesna Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora*, 2002. **(cijena: 126,00 kn)**
- Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID* (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. **(cijena: 136,50 kn)**
- Petar Simonetti, *Denacionalizacija*, 2004. **(rasprodano)**
- Petar Šarčević, *Essays in Private International Law and Comparative Law*, 2004. **(cijena: 294,00 kn)**
- Robert Blažević, *Karizma, Politička vlast i karizmatičke ličnosti*, 2006. **(rasprodano)**
- Mirela Župan, *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu*, 2006. **(cijena: 103,95 kn)**
- Ivana Kunda, *Internationally Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation*, 2007. **(cijena: 114,45 kn)**
- Petar Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu*, 2008.- **rasprodano**
- Petar Simonetti, *Prava na nekretninama*, 2009. – **rasprodano**
- Sanja Barić, *Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim Europskim državama*, 2009. (suizdavač: Organizator, Zagreb) **(rasprodano)**
- Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, uz suradnju Maje Bukovac Puvače, *Obvezno pravo - opći dio - sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, 2009. (suizdavač: Novi informator, Zagreb) **(cijena: 556,50 kn)**
- Maša Marochini, *SOCIO-ECONOMIC DIMENSION OF THE ECHR - Should there be limits to the European Court of Human Rights reading significant socio-economic elements into Convention rights?*, 2013. **(cijena 73,50 kn)**
- Marija Pospíšil Miler, *Novi sustav odgovornosti za smrt i tjelesne ozljede putnika u pomorskom prijevozu*, 2014. **(cijena 299,00)**,
- Sanja Grbić, *Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6. stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost – razumna duljina trajanja postupka – nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca – pristup sudu – jednakost oružja)*, 2014. **(cijena 120,00 kuna)**,
- Dalida Rittossa, *Zablude u kaznenom pravu*, 2014. **(cijena 110,00 kuna)**,
- Igor Martinović, *Institut namjere u kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi*, 2014., **(cijena 80,00 kuna)**,
- Tadija Bubalović, *Pravni lijekovi u kaznenom postupovnom pravu*, 2015. **(cijena 180,00 kuna)**
- Velinka Grozdanić (urednica), *Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama*, 2015. **(cijena 100,00 kuna)**

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- Velinka Grozdanić, Alenka Šelih, *Žene i kazna zatvora*, 2001. **(rasprodano)**
- Velinka Grozdanić i dr., *Kad žena ubije*, 2011. **(cijena: 105,00 kn)**
- Susan Šarčević, *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union*, 2001. **(rasprodano)**
- Nada Bodiroga Vukobrat, Sanja Barić, *Prekogranična i regionalna suradnja*, 2007. (Zbornik radova s međunarodnog znanstvenog skupa održanog na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 6. i 7. listopada 2006. godine), **(cijena: 126,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu, Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala*, 2005. **(rasprodano)**
- Nada Bodiroga Vukobrat, *Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje - europski zahtjevi i nacionalna rješenja*, 2008. **(cijena: 147,00 kn)**

- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Vlatka Butorac Malnar, *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđnom području, 2009. (cijena: 189,00 kn)*
- Vesna Tomljenović i Kunda: *Uredba Bruxelles I. – izazovi u hrvatskom pravosuđu, 2013. (cijena 150,00 kn)*
- Vesna Tomljenović, Silvija Petrić i Emilia Mišćenić, *Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba, 2013. (cijena: 150,00 kn)*
- Zbornik radova povodom 70. godine života Berislava Pavišića, *Kazneno pravo i kazneno postupovno pravo i kriminalistika, 2014. (cijena 190,00 kn)*
- Zbornik radova, *Obitelj i djeca: europska očekivanja i nacionalna stvarnost*, urednica: Ivana Kunda, 2015, **(cijena 157,50 kn)**
- Zbornika radova, *Povijest i sadašnjost građanskih kodifikacija Baltazar Bogišić 1908-2008.*, urednik: Nenad Hlača, 2015. **(cijena: 115,50 kn)**

PRIJEVODI:

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi, 1998. (besplatno izdanje – nema više primjeraka)*
- R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje, 1999. (besplatno izdanje – nema više primjeraka)*
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice, 2004. (cijena: 315,00 kn - meki uvez)*
- Buergethal, Thomas, *Međunarodna ljudska prava, 2011. (rasprodano)*

PRIRUČNICI:

- Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe, 2001. (cijena: 157,50 kn)*

* **Napomena: u cijene knjiga uračunat je porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

Nakladnik
PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600, fax.: 051/675-113

Skriptarnica tel.: 051/359-516

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

OIB: _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci
IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

BIBLIOTEKA
ZAVODA ZA KAZNENE ZNANOSTI MOŠĆENICE

www.pravri.hr/zavodi/zkzm

e-mail: zkzm@pravri.hr

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi.

- Berislav Pavišić, Gaetano Insolera, *Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava*, Rijeka, 1997. **(rasprodano)**
- *Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra*, Rijeka, 2002. **(rasprodano)**
- Berislav Pavišić, *Transition of criminal procedure systems, Vol. II.*, 2004. **(cijena: 236,25 kn)**
- Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta*, 2005. **(cijena: 189,00 kn)**
- *Codigo procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica*, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, *poredbeni pregled: Vanina Ferreccio*, 2005. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru – Mošćenički zakon i statuti, Knjiga prva*, 2006. **(rasprodano)**
- Marinko Đ. Učur, *Radni odnosi u privatnoj zaštiti*, 2006. **(rasprodano)**
- Dejana Golenko, *Hrvatska kriminalistička bibliografija, Svezak 1 / Bibliography of Croatian Criminalistics, Volume 1*, 2009. **(cijena: 136,50 kn)**
- Berislav Pavišić, *Hrvatska kaznena jurisdikcija za kaznena djela na moru/Croatian criminal jurisdiction over the crime at sea*, 2013. **(cijena 105,00 kn)**
- *Zakonik o kaznenom postupku Ruske Federacije*, urednik: prof. em. dr. sc. Berislav Pavišić, prijevod Iva Parenta, 2015. **(cijena: 460,00 kn)**

* **Napomena: u cijene knjiga uračunat je porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

Nakladnik
PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600, fax.: 051/675-113

Skriptarnica tel.: 051/359-516

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

OIB: _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci
IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

